

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

(Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Verilen)
REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2007-2-236 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 08-54/852-340
Karar Tarihi : 18.9.2008

10

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Tuncay SONGÖR, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN,
Mehmet Akif ERSİN, Dr. Mustafa ATEŞ, İsmail Hakkı
KARAKELLE

B. RAPORTÖR : İbrahim AYDEMİR

20

C. ŞİKAYET EDEN : - Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Ltd.Şti.
Barbaros Bulvarı, Akdoğan Sok., No:36/11,
Beşiktaş/İstanbul
Temsilcisi : Av. Haluk İnanıcı
Bahariye Cad., No:73/2, Sabiha Esen Apt.,
Kadıköy/İSTANBUL

30

D. KARŞI TARAF : Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Merkez Mah. Abide-i Hürriyet Cad. No:286/1
Şişli/İstanbul
Temsilcisi: Prof. Dr. Arif Esin
Akaretler Sıraevleri, Spor Caddesi No:67
Beşiktaş/İSTANBUL

40

E. DOSYA KONUSU : Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (Armada A.Ş.)'nin, Novell İtalya ve Novell Inc. (ABD) ile birlikte Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi (Beyaz Ltd. Şti.) tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası üzerine alınan 24.11.2005 tarih, 05-79/1099-316 sayılı Rekabet Kurulu kararının Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Ltd.Şti. tarafından açılmış olan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesinin 20.11.2007 tarih, 2006/2047 E.,2007/7581 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi.

F- İDDİALARIN ÖZETİ : Başvuruda özetle;

- Kendilerinin Novell Inc. (ABD) firması tarafından üretilen bilgisayar programlarını bu firmanın distribütörlerinden ithal ederek Türkiye piyasasına sattıkları,
- Novell Inc. firmasının ürünü olan Netware 4-x Software lisansının ABD'nin telif hakları kanunları ve uluslararası telif hakları anlaşmaları ile korunduğu,
- Yazılım ve dokümantasyonun mülkiyet ve kullanımının bu lisansta tanımlanan

sınırlamalara tabi olduğu,

- Novell Inc. (ABD) firmasının Avrupa ve Türkiye distribütörü olduğunu söyleyen

50 Novell İtalya Ofisi ve Armada A.Ş.'nin aralarında anlaşarak, Beyaz Ltd.Şti. aleyhine bir kampanya başlattıkları, çeşitli yayın organlarında (bilgisayar dergilerinde) ilanlar vererek; Beyaz Ltd. Şti.'nin satmış olduğu "Novell Beyaz Kutu Bilgisayar Programları"nın lisanssız olduğu, desteklenmediği, şaibeli olduğu ve söz konusu ürünleri bu firmanın ithal edemeyeceği, ayrıca Armada "Sticker"ı (amblemi) taşımayan Novell ürünlerinin gerçek Novell ürünleri olmadığı ve (Beyaz Ltd.Şti. tarafından) verilen seri numaralarının Novell İtalya tarafından onaylanmadığı, dolayısıyla bu ürünlerin sahte olduğu şeklinde beyanlarda bulunulduğu,

60 - Bu haksız fiillere ilişkin Beyaz Ltd. Şti.'nin, verilen seri numaralarının Novell Inc. (ABD) firması tarafından onaylandığını belgelediği, bahsedilen tarzdaki ilanların ticari itibarını zedelediği gerekçesiyle açılan davadaki istekleri haklı görülerek Armada A.Ş.'nin ilan vermiş olduğu dergilerde tekzip yayımlanmasına ilişkin karar verildiği,

- Beyaz Ltd. Şti. ile Armada A.Ş. arasındaki bu hukuk savaşı sürerken Armada A.Ş. Genel Müdürü'nün paralel ithalatın yasak olduğuna dair beyanlarda bulunarak Armada A.Ş. dışında hiçbir firmanın Novell ürününü Türkiye'ye getiremeyeceğini ifade ettiği,

- Tüm bu işlemlerin, Armada A.Ş. ile Novell İtalya firmalarının aralarında anlaşarak fiyat tekeli oluşturduklarının ve hakim durumlarını kötüye kullandıklarının göstergesi olduğu belirtilmiştir.

70 **G. DOSYA EVRELERİ**

Kurum kayıtlarına 14.1.1998 tarih ve 70-20 sayı ile giren Beyaz Ltd.Şti.nin şikayet dilekçesi üzerine hazırlanan 17.3.1998 tarih ve D1/S.Y.-98/5 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 19.3.1998 tarih ve 57/17 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.

Önaraştırma sonucunda düzenlenen 4.10.1999 tarih ve D2/2/I.S.-99/4 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 30.11.1999 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 99-55/590-377 sayılı karar ile

80 Armada A.Ş.nin; Novell İtalya adına, Beyaz Ltd.Şti. aleyhinde, tüketicilerde bu firmanın satışını yaptığı Novell ürünlerinin orijinal olmadığı izlenimine kapılmalarına sebep olacak türde reklam kampanyaları düzenlediği,

- Armada A.Ş. ve Novell firmaları tarafından çekilen ihtarlarla, Beyaz Ltd.Şti.nin, Novell ürünlerinin satışına son vermesi yönünde baskı yaptığı,

- Armada A.Ş. Genel Müdürü'nün "paralel ithalat"ın yasak olduğuna dair basına yaptığı açıklamalarla, Beyaz Ltd.Şti.nin kanuna aykırı faaliyette bulunduğu intibayı uyandırarak, firmanın tüketicilere karşı itibarını ve güvenilirliğini yitirmesine sebep olduğu,

90 - Armada A.Ş.nin, Novell Inc. (ABD) ve Novell İtalya Ofisi ile birlikte Beyaz Ltd.Şti.nin, Novell ürünlerini ithal etmesini engellemeye çalıştığı ve bu engellemenin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (d) bendinde yer alan "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması..." şeklindeki hükmüne aykırı olduğu,

- Dosya üzerinden yapılan incelemelerden ve önaraştırma sürecinde yapılan yüz yüze görüşmelerden Armada A.Ş.nin, ilgili dönemde ağ (network) işletim yazılımı piyasasında hakim durumda olabileceği ve bu hakim durumu fahiş fiyat uygulayarak kötüye kullanmış olabileceği

yönündeki raportör tespitleri göz önüne alınarak Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

100 Bu karar üzerine, 15.12.1999 tarihinde, Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca ilgili teşebbüse soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş, 17.12.1999 tarihinde söz konusu karara ilişkin tebligatı alan Armada A.Ş.nin ilk yazılı savunması 17.1.2001 tarih ve 168 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir.

Kurul'un 30.5.2000 tarihinde aldığı kararla 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır. Soruşturma Heyeti'nce tamamlanan 30.11.2000 tarih ve SR/00-15 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse 5.12.2000 tarihinde gönderilmiş ve ilgili teşebbüs soruşturma Raporu'nu 6.12.2000 tarihinde tebellüğ etmiştir.

110 Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs, 12.12.2000 tarih ve 5108 sayılı başvurusu ile Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma sürelerinin 30 gün uzatılmasını talep etmiş, bu talep Kurul'un 21.12.2000 tarih ve 00-50 sayılı toplantısında görüşülerek kabul edilmiştir. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsün ikinci savunması 30.1.2001 tarihinde Kurum'a intikal etmiştir.

120 Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı, 14.2.2001 tarihli ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili teşebbüse gönderilmiş ve ilgili teşebbüs 20.3.2001 tarihinde ek yazılı görüşü tebellüğ etmiştir. İlgili teşebbüsün ek yazılı görüşe karşı yazılı savunması 21.3.2001 tarih ve 1143 sayı ile Rekabet Kurumu kayıtlarına girmiştir. soruşturma kapsamındaki teşebbüsün talebi üzerine; Rekabet Kurulu'nun 10.4.2001 tarih ve 01-18 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 17.5.2001 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir. 17.5.2001 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısına şikayetçi Beyaz Ltd.Şti. ile hakkında soruşturma yapılan Armada A.Ş. temsilcileri katılmışlardır. Toplantıda iddialar ve savunmalar dinlenmiştir. Rekabet Kurulu, 29.5.2001 tarihinde nihai kararını vermiş ve karar 30.5.2001 tarihinde tefhim edilmiştir.

130 Beyaz Ltd.Şti. tarafından Rekabet Kurulu'nun 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı kararının sonuç bölümünün 3. ve 4. maddelerinin iptali talebiyle dava açılmıştır. Kurul'un 29.5.2001 tarih ve 01-25/238-61 sayılı kararı "Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu" gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 10.10.2005 tarih ve 2005/939 E., 2005/4940 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu karar üzerine Kurul tarafından 24.11.2005 tarihinde verilmiş olan karar, Beyaz Ltd. Şti. tarafından açılmış olan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesi'nin 20.11.2007 tarih, 2006/2047 E., 2007/7851 K. sayılı kararı ile şekil noktasından iptal edilmiştir.

Bu iptal kararı üzerine hazırlanan 13.5.2008 tarih, 2007-2-236/BN-08-IS sayılı Bilgi Notu, 21.5.2008 tarih ve REK.0.06.00.00-110/157 ve 28.8.2008 tarih, REK.0.03.00-647.03.01/1814 sayılı Başkanlık önermeleri ile önaraştırma ve soruşturmaya ait tüm

140 savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, sözlü savunma tutanaklarının ses kayıtlarının yazılı açılımı, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, dosya münderecatında yer alan tüm bilgi ve belgeler incelenerek 08-54 sayılı Kurul toplantısında karara bağlanmıştır

H- RAPORTÖRLERİN GÖRÜSÜ

Soruşturma raporunda;

- Armada A.Ş.'nin fahiş fiyat uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullandığının tespit edilemediği,
 - 150 - Armada A.Ş. ile Novell Ireland Software Ltd. (Novell İrlanda) firması arasında yapılan distribütörlük anlaşmasının 4054 sayılı Kanun'a aykırı hükümler içermediği,
 - Armada A.Ş. ile Novell İtalya Ofisi arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın mevcut olduğu, bu anlaşmanın 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca yasak olduğu, bu nedenle Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereği Armada A.Ş.'ye para cezası uygulanması gerektiği,
 - Armada A.Ş. ile Novell İtalya Ofisi arasında yapılan söz konusu rekabete aykırı sözlü anlaşmanın 1997/2 sayılı "Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Kanununun 10. maddesine göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği" çerçevesinde bildirilmesi zorunlu anlaşmalardan olduğu,
 - 160 anlaşmanın bildirilmemiş olması sebebiyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereği Armada A.Ş.'nin ve 16. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca adı geçen teşebbüsün yönetim organlarında yer alan gerçek kişilerin cezalandırılmalarının gerektiği,
 - Rekabete aykırı sözlü anlaşmanın diğer tarafı olan Novell İtalya'nın İtalya'da mukim bir teşebbüs 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 bildirebilecek ve diğer Tarafın rekabetle ilgili makamının uygun tedbirleri*
 - 170 *almasını talep edebilecektir*" şeklindeki hükmü uyarınca, Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesinin ve uygun tedbirleri almasının talep edilmesi gerektiği
- kanaat ve sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir.

I- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. İlgili Pazar

I.1.1. İlgili Ürün Pazarı:

İlgili ürün pazarı tespitinde belirleyici olan ürünlerin ikame edilebilirliğidir ve bu açıdan ürünün işlevi ile tüketici tercihlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

180 Bilgisayar sektörü "yazılım", "donanım", "hizmet" ve "tüketim malzemeleri" olmak üzere dört alt ürün grubunun oluşturduğu bir üst pazar niteliğini taşımakta olup, söz konusu ürün grupları birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler.

Bilgisayar sistemleri arasında bağlantı kurarak ağ (network) sisteminde yer alan bir kullanıcının aynı ortamda bulunan tüm bilgisayarlara erişebilmesi, ağ işletim yazılımları ve ağ donanım ürünlerinin birleşiminden oluşan ağ sistemleri ile mümkündür. Bunların birinde meydana gelen değişim ve gelişmelerin diğerlerini doğrudan etkilemesi nedeniyle alt ürün gruplarını tamamen bağımsız olarak değerlendirmenin doğru olmadığına ilişkin görüşler vardır. Ancak ilgili ürün pazarının tanımlanmasında belirleyici olan, ürünlerin ikame edilebilirliğidir.

- 190 Bilgisayar sektöründeki ürünlerin birbirlerini tamamlayıcı oldukları, ancak farklı işlevleri nedeniyle birbirleriyle ikame edilebilir olmadıkları bilinmektedir. Dolayısıyla inceleme konusu olan pazar, yazılım alt sektörünün iki kolundan biri olan sistem yazılımları kategorisinde yer alan “ağ işletim yazılımları pazarı” olarak belirlenmiştir.

I.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

İthal edilen malların dağıtımının ve perakende satışının yapıldığı alanın homojenliği dikkate alınarak, ilgili coğrafi Pazar “Türkiye” olarak kabul edilmiştir.

I.2. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TEŞEBBÜS

200 Armada Bilgisayar Sistemleri Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi

İstanbul Ticaret Sicili’nde 297294 – 244876 sicil numarası ile kayıtlı bulunan Armada A.Ş. 1992 yılında GTK firması ile Karma Holding A.Ş.’nin bir ortak girişimi olarak kurulmuştur.

Bilgisayar sektöründe faaliyette bulunan Armada A.Ş. ağ işletim yazılımı ve donanım ürünlerinin distribütörlüğünü yapmakta ve bu konularda son kullanıcılara hizmet vermektedir.

I.3. TESPİTLER

I.3.1. Genel Olarak

- 210 “Novell” markası, 99740 sayı ile Novell Inc. adına, bilgisayar ve bilgisayar programları üzerinde kullanılmak amacıyla 551 sayılı Kanun’a göre 27.7.1987 tarihinden geçerli olmak üzere 10 yıl süreyle Marka Sicili’ne tescil edilmiştir. Tescil, daha sonra 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (556 sayılı KHK) 40. maddesi gereğince 27.7.1997 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle yenilenmiştir.

“Netware” markası ise, yine bilgisayar ve bilgisayar programları üzerinde kullanılmak üzere 100697 sayı ile yine Novell Inc. adına 551 sayılı Kanun’a göre 27.7.1987 tarihinden geçerli olmak üzere 10 yıl süreyle Marka Sicili’ne tescil edilmiştir. Tescil, daha sonra 556 sayılı KHK’nin 40. maddesi gereğince 27.7.1997 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle yenilenmiştir.

220

I.3.2. Taraflar Arasındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Bilgiler

I.3.2.1. Novell Inc. (ABD) Tarafından Yapılan Suç Duyuruları ve Savcılığın Takipsizlik Kararları

Novell Inc. firması vekili tarafından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)’na aykırılık iddiasıyla yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak, T.C. İstanbul

230 Cumhuriyet Başsavcılığı 1.8.1997 tarih ve 97/26494 Hz. sayılı kararında, "5846 sayılı Yasanın 72/6. maddesi (...eser sahibinin izni olmadan yapılan nüshaları ithal eden) dolayısıyla, izinsiz çoğaltılmış nüshaların ithalinin yasaklandığı, sanık firmanın bu tür bir ürünü ithal edip sattığına ilişkin delil bulunmadığı, 5846 sayılı Yasanın 23/2. maddesine göre, Novell firması ürettiği programları satarak yayma hakkını tükettiğinden, bu programları satın alıp Türkiye'ye getiren sanık firmanın satışını engelleyemeyeceği, bu konuda hiçbir cezai yaptırım bulunmadığı"ni belirterek takipsizlik kararı vermiştir.

240 Yine Novell Inc.'in vekili tarafından 556 sayılı KHK'ye aykırılık iddiasıyla yapılan suç duyurusu ile ilgili olarak da İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 18.8.1997 tarih ve 997/26254 Hz. sayılı kararında aynen "Müşteki vekili adlarına tescilli 'Novell' ve 'Netware' marka bilgisayar programlarının taklitlerinin sanıklar tarafından yetkileri olmadığı halde satışının yapıldığının şikayeten bildirilmiş ise de; sanıkların belirtilen adresteki işyerinde yapılan aramada şikayete konu ürünlerin bulunmadığı 3.7.1997 tarihli arama tutanağı kapsamında anlaşılmış olup; sanıkların savunması ve sanıklar vekilinin 18.7.1997 tarih ve 31.7.1997 de Başsavcılığımıza ibraz edilen savunma dilekçesi ve ibraz edilen fatura ve gümrük makbuzları ile yasal yollardan ithal edilen ürünlerin satışının yapıldığı belirtilmiştir. Bu itibarla sanıkların is yerinde şikayete konu ürün elde edilmediği " belirtilerek takipsizlik kararı verilmiştir.

I.3.2.2. Beyaz Ltd.Şti.nin Yayımlattırdığı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu'na

Yapılan Şikayet

250 Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Reklam Kurulu Başkanlığı'nca Beyaz Ltd.Şti.'ye yazılan 17.10.1997 tarih ve 10694 sayılı yazıda, yapılan bir başvuru üzerine Beyaz Ltd.Şti.'ye ait, BT Haber Dergisi'nin 5.8.1996 tarihli ve Chip Dergisi'nin Temmuz 1996 tarihli nüshalarında yayımlanan "Gerçek Novell, Gerçek Fiyat" başlıklı; Computer World Dergisi'nin Ağustos 1996 tarihli nüshasında yayımlanan "Gerçek Fiyata, Gerçek Novell" başlıklı; BT Haber Dergisi'nin 29.4.1996, Chip Dergisi'nin Mayıs 1996 ile Haziran 1996 ve Byte Dergisi'nin Mayıs 1996 tarihli nüshalarında yayımlanan "Lisanslı Kullanıcı olmak için Novell alırken sadece bu karta ihtiyacınız var" başlıklı reklam ve ilanlara yönelik olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16 ve 17. maddeleri ile Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ hükümleri çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda söz konusu reklamların 4077 sayılı Kanun'a aykırı olmadıklarına karar verildiği 260 belirtilmiştir. Bu karara itiraz edilmemiştir.

I.3.2.3. Armada A.Ş.'nin Yayımlattırdığı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu'na

Yapılan Şikayet ve Verilen Cezanın İptali İçin Açılan Dava

270 Armada A.Ş. tarafından 5-11.8.1996 tarihli BT Haber Dergisi'nde yayımlattırılan "En iyi performans en iyiden alınır" başlıklı reklamın, Reklam Kurulu'nca 4077 sayılı Kanun'a aykırı bulunarak 12.000.000.000,- TL'lik para cezası ile cezalandırılmasına yönelik tesis olunan idari işlemin, Novell'e ait network programlarının Türkiye'ye ithal, yayma ve yararlanma haklarının distribütörlük sözleşmesi ile sadece Armada A.Ş.ye ait olduğu ve bu nedenle dürüst reklam yapıldığı gerekçesiyle iptal edilmesi talebini haiz dava sonucunda Ankara 5. İdare Mahkemesi 8.7.1999 tarih ve 997/1042 E., 1999/599 K. sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir.

280 Söz konusu kararda; Armada A.Ş. dışındaki firmaların da Novell bilgisayar programlarını Türkiye'ye ithal edip satışı sunma hakkı bulunduğu, bu arada Beyaz Ltd.Şti.'nin ithal edip Türkiye'de sattığı Novell bilgisayar programlarının orijinal nitelikte olduğu yetkili makamlarca tespit edildiği, Armada A.Ş.'nin 11.8.1996 tarihli BT Haber Dergisi'nde yayımlattığı "*En iyi performans, en iyiden alınır. Sadece kutuları üzerinde 'Armada güvencesiyle' sticker'ı bulunan Novell ürünlerini alanlar 'Lisanslı Novell Kullanıcısı' olurlar*" ifadesini taşıyan reklamın gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla ticari reklamların dürüst ve doğru olmasını, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı reklam yapılamayacağını öngören 4077 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ihlal edildiği yolundaki bilirkişi raporuna dayanılarak dava konusu idari işlemin mevzuata aykırı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

I.3.3. Paralel İthalat

290 Paralel ithalat, fikri ve sınai hak sahibi veya onun izni ile bir başkası tarafından bir ülkede piyasaya sunulan bir malın aynısının üçüncü kişilerce bir başka kaynaktan sağlanmak suretiyle yasal prosedürüne uygun olarak o ülkeye ithal edilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için ithal edilen mal ile o ülkede daha önce piyasaya sunulan mal arasında bir ayniyetin bulunması gerekmektedir. Mallar arasında farklılığın olması durumunda paralel ithalattan değil, gri ithalattan bahsedilebilir. Ancak bu farklılığın fikri ve sınai hak sahibi veya onun izni ile bir başkası tarafından yapılan bir müdahale ile yaratılması da gerekli şartlar arasındadır.

300 Paralel ithalat konusunda fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmaması ve soruşturma konusunun Novell markalı ağ işletim yazılımlarının paralel ithalatının engellenmesi olması dolayısıyla, durumun önce markaların korunması hakkında mevzuat açısından, sonra fikri ve sınai haklar ve malların serbest dolaşımı çerçevesinde Türkiye'nin, Avrupa Birliği ile ilişkileri açısından ve son olarak rekabet mevzuatı açısından incelenmesi uygun olacaktır.

I.3.3.1. Markalarla İlgili Mevzuat Açısından Paralel İthalat

310 556 sayılı KHK'nin 9. maddesinde marka tescilinden doğan hakların kapsamı belirlendikten sonra "Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi" başlıklı 13/1. maddesinde aynen "*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki bir mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.*" şeklindeki hükme yer verilmiştir. Doktrinde yer alan görüşler incelendiğinde markaların korunması ile ilgili mevzuatın paralel ithalata yönelik açık bir düzenlemeye sahip olmadığı gibi doktrinde de tam bir fikir birliği bulunmadığı görülmektedir.

I.3.3.2. AB ve Türkiye İlişkileri Açısından Fikri ve Sınai Haklar

Türkiye ile AB arasındaki ilişkinin hukuki temeli 1964 senesinde yürürlüğe giren Ankara Anlaşması'dır. Bu anlaşmada yer verilen şartlar 1.1.1996 tarihinde yürürlüğe giren 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (OKK)'nda belirtilmiştir.

1/95 sayılı OKK'da fikri ve sınai haklara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. OKK'nın "Yasaların Uyumlaştırılması" başlıklı kısmının fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması ile ilgili birinci bölümünde yer alan 29. maddesinde; "1. *Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile uygulamasını sağlamak konusuna verdikleri önemi teyit 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 Ek 8'de belirlenen yükümlülükleri üstlenmektedirler.*" ifadeleri yer almaktadır.

Ek 8'de, on madde halinde düzenlenen yükümlülüklerin ilki Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) çerçevesinde 1994 yılında imzalanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs)'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 ve sınai haklarda üye ülkelerin dikkate alması gereken minimum standartları belirlemiş ve fikri ve sınai haklar çerçevesinde "Hakkın Tüketilmesi" ilkesine yer vermiştir. Bu ilkenin düzenlendiği 6. madde, fikri ve 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'nın 8 sayılı Ek'inin TRIPs Anlaşması ile ilgili getirdiği düzenlemeyi takip eden maddelerinde, uluslararası sözleşmelere ilişkin yükümlülükler ele alınmıştır. Kararın 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 yanı sıra AT'nin bu konudaki mevzuatına uyumdur. Fikri ve sınai haklar mevzuatının bir kısmına OKK'nin 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.

350

I.3.3.3. Rekabet Mevzuatı Açısından Paralel İthalat

Rekabet mevzuatı açısından konunun değerlendirilmesinde öncelikle paralel ithalatın nedenleri ve dolayısıyla engellenmesinin sebepleri üzerinde durulacaktır. Fikri hak sahipleri, yıllar boyunca kendi yarattıkları mallar üzerinde azami korumayı sağlamayı hedeflemiş, buna karşılık malı satın alan kişiler de, satın aldıkları bu malı diledikleri 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 hak 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 ve sınai mülkiyet hakkı sahibi, malını ilk defa piyasaya sürme konusunda kendi

360

370 kontrolünde olan tekel hakkına sahip olmakla birlikte bu hak, daha sonra malın piyasada yasal dolaşımını kontrol etme yetkisini de kapsamaz. Ancak günümüzde bu dengenin fikri hak sahipleri lehine bozulmasına yönelik bir eğilim görülmektedir. Asıl amacının markayı korumak olan düzenlemelerin; fikri hak sahibinin ticari kazancını artırmaya yönelik olarak gerçekleştirdiği faaliyetleri korumaya varan, buna karşılık yeniden satıcıların ve tüketicilerin markalı mal üzerindeki tasarruf haklarını gerektiğinden fazla sınırlayacak şekilde yorumlandığı görülmektedir.

380 Bu aşamada ticaret serbestinin sağlanmasında önemi olan 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 ülkeye ithal edilmesiyle birlikte ortaya çıkan paralel ithalatın temel nedenlerinden biri iki ülke arasındaki fiyat farklılığıdır. Bu durumda paralel ithalatçılar tarafından, fiyatı ucuz olan ülkeden alınan mal, pahalı olan ülkeye ithal edilecektir. Marka sahibinin bu iki ülke için uyguladığı fiyatlarda farklılaşmaya gitmesinin iki önemli nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki marka sahibinin yeni girdiği veya pazar payını artırmayı hedeflediği piyasalarda tutunma amacıdır. diğer sebep ise üretim faktörleri fiyatlarının üretim yapılan ülkelerde farklılık göstermesidir. İş gücünün ucuz olması, üretilen ülkedeki malların fiyatlarının da ucuz olmasını doğurabilecektir. Bu iki temel sebebe dayanan fiyat farkı nedeniyle üçüncü kişilerce gerçekleştirilen paralel ithalatın engellenmeye çalışılması, hak sahibinin fikri ve sınai haklarından ziyade, hak sahibinin pazar stratejisini koruma amacına hizmet edecektir. Oysa gerek markaların korunmasına yönelik mevzuatta, gerekse rekabetin korunmasına ilişkin mevzuatta marka sahibinin pazar stratejisini oluşturmaya yönelik faaliyetlerini koruma amacını taşıyan bir düzenleme bulunmamaktadır.

390 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun "paralel ithalat" konusuna doğrudan bir düzenleme getirmemiştir. Ancak Kanun'un 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 kötüye kullanım halleri saklı kalmak kaydıyla, malın yeniden satışını ya da yasal yollarla orijinal malın ülkeye ithalini engelleyici bir hakka sahip olduğu ileri sürülemez. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, Police marka güneş gözlüklerinin paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 12.3.1999 tarih ve 1998/7996 Esas sayılı kararı ile Dexter markalı ayakkabıların paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 14.6.1999 tarih ve 400 1999/3243 Esas sayılı kararı da bu görüşü doğrular niteliktedir.

410 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 amacını haiz 4054 sayılı Kanun kapsamında da yaklaşarak karar verdiği görülecektir. Yargıtay, Rekabet Mevzuatı'nda düzenlenmeyen ilk satış hakkını da içeren kararında "paralel ithalat"ın engellenemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre, Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından, üçüncü kişilerce yasal

prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunamayacağı açıktır.

Sözü edilen tüm görüşler rekabetçi bir piyasanın sağlanması amacını taşıyan 4054 sayılı Kanunu'nun düzenlemeleriyle birlikte değerlendirildiğinde; paralel ithalat kavramının, hak sahibi tarafından bir ülkede piyasaya sunulan bir malın aynısının üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak bir başka ülkeden o ülkeye ithal edilmesi ve piyasaya sunulması şeklinde tanımlanması ve rekabet mevzuatı yönünden bu hakkın varlığının kabul edilip korunması gerektiği sonucuna varılmıştır.

420

I.4. SAVUNMALAR VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

I.4.1. İlgili Ürün Pazarına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

İlgili ürün pazarına ilişkin olarak savunma dilekçesinde özetle, ilgili ürün pazarının ağ işletim yazılımları pazarı olarak tespit edilmesinin yeterlilikten uzak olduğu, bilgisayar sektöründe, ağ işletim yazılımları da dahil, her ürün için ikame bulmanın mümkün olduğu, nitekim Windows for Workgroups, UNIX ve LINUX adlı işletim sistemlerinin Novell Netware'in ikamesi olduğu, ağ işletim yazılımlarının ve ağ donanım ürünlerinin birbirlerinin yüzde yüz oranında tamamlayıcısı oldukları ve tüm bu nedenlerle ilgili ürün pazarının ağ sistemleri pazarı olarak tespit edilmesi gerektiği iddia edilmiştir.

430 Ancak aşağıda da açıklanacağı üzere ağ donanımları ile ağ yazılımlarının birbirinin ikamesi olamayacağı açıktır. Birbirini tamamlayan ürünler açısından değerlendirildiğinde, nasıl ki bir otomobil lastiği üreticisi bir otomobil motoru üreticisine rakip olamaz ve lastik üreticileri hakkında yürütülen bir soruşturma için ilgili ürün pazarı olarak tüm otomotiv sektörü belirlenemezse, benzer sebeplerle ağ donanımları ile ağ yazılımlarının aynı pazar içerisinde tanımlanması da mümkün değildir. Konuyla ilgili bilgi yetersizliği, teknik açıdan oldukça karmaşık yapıya sahip olan sektöre ilişkin yanlış saptamalara sebebiyet verebilmektedir. Ağ sistem yazılımları, ağ üzerinden bilgi sistemlerinin iç bilgi kaynaklarını (dosyalar vb.) ve bunların çıktılarını (yazıcı vb.) paylaştırmaya yönelik bilgisayar programlarıdır. Ağ donanım ürünleri ise bilgi sistemlerini ve bunların parçalarını birbirine bağlamak üzere tasarlanıp üretilen elektronik cihazlardır. Dolayısıyla bunlar arasındaki tamamlayıcılık ilişkisi yüksek olsa da ticari mal olarak tamamen ayrı kategoridedirler.

440

TCP-IP ağ protokolüdür. Ağ protokolleri bir makinenin başka bir makineyle nasıl haberleşeceğini belirler. İnternet protokolü [IP] internet üzerindeki her türlü haberleşmenin temelini oluşturan benzer kuralları tanımlar. Çoğu protokolda olduğu gibi internet protokollerinde de katmanlar vardır. İnternet Protokolü [IP] temeli oluşturur. Onun üzerinde İletim Kontrol Protokolü [TCP] denen başka bir protokol yer alır. Çoğunlukla bu iki protokol TCP-IP olarak beraber kullanılır. TCP-IP'nin bir ağ protokolü olarak ortaya çıkışı IPX'e göre daha sonra olmuştur. TCP-IP, IPX (İnternet Paket İletimi: Novell'in, Netware [Novell'in, bilgisayarların haberleşmesini sağlayan programı] programı kullanıcılarının birbirleri ile haberleşmesini, veri iletimini sağlayan standartlaşmış iletişim protokolü)'in tam ikamesi değildir. Bunların birbirini tam ikame etmediği kullanım alanları söz konusudur. Bu iki ürün birbirinden farklı standartlaşmıştır. Novell Netware ürünü piyasada uzun süre tekel sayılabilecek bir konumda bulunmuş ve ağ donanım parçaları da sadece Novell ile uyumlu olarak üretilmiştir.

450

Bu ürünler aynı platformda çalışmamaktadır ve çalışma mantıkları farklıdır. Novell Netware üzerinde Windows uygulaması çalıştırılabildiği halde Windows üzerinde Novell çalıştırılmamaktadır.

460 UNIX, bir ya da birden fazla kullanıcının ticari/teknik uygulama programlarının bir ağ üzerinden ortak kullanımını sağlayan bir işletim sistemidir. Netware ise birden fazla kullanıcının bir ağ üzerindeki kaynaklara erişimini sağlayan bir ağ işletim sistemidir. UNIX'in temel fikri bilgisayar sistemlerinin kaynaklarının, kullanıcıların kullanımına açılımını sağlamaktır. Netware'in temel fikri ise ağ üzerinde bulunan çeşitli kaynakların kullanıcılar tarafından paylaşımını ve erişimini denetlemektir. Bu ürünler tamamen farklı platformlardadır. Bunlar çok sınırlı alanlarda birbirinin yerine kullanılabilenlere ise de uygulama alanı açısından aynı ürün piyasasında rakip olmaları söz konusu değildir.

470 LINUX ise UNIX'in bir türeviden yola çıkarak dünya çapında pek çok programcının ortak çabasıyla geliştirilmiş olan bir bilgisayar sistemidir. LINUX hemen tüm bilgisayar işletim sistemleri gibi ağ üzerinde yer alarak çalışma yeteneğine sahip ise de teknik açıdan bir "ağ işletim sistemi" değildir. Bu ürün kategorileri birbirinin tamamlayıcısı olsa da işlevsel olarak farklı ürün pazarında yer alırlar. Herkesçe bilindiği gibi iktisat teorisine göre de tamamlayıcı ürünler değil ikame ürünler aynı ürün pazarında yer alırlar. Dolayısıyla, ilgili ürün pazarı, ağ işletim yazılımları pazarıdır.

I.4.2. Hukuki Değerlendirmeye İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

480 Savunmalarda, Armada A.Ş.'nin soruşturma konusuyla ilgili olarak fikri ve sınai mülkiyet haklarından kaynaklanan hiçbir tekelleci hakka sahip olmadığı gibi bu tip hakların kötüye kullanımından doğacak ihlallere de taraf olmadığı, Armada A.Ş. ile Novell arasında akdedilen sözleşmede Armada A.Ş.'ye hiç bir münhasır hak tanınmadığı, sözleşmenin 2. maddesinde Armada A.Ş.'nin münhasır olmayan yetkilere sahip olduğu, 6. maddesinde ise Novell'in Armada A.Ş.'ye fikri mülkiyet hakları kapsamında hiç bir yetki devri yapmadığı ve tüm bu hakların Novell'e ait olduğu belirtilmiş, dolayısıyla Armada A.Ş.'nin paralel ithalatı engelleyebilecek hiç bir güce ve yetkiye sahip bulunmadığı iddia edilmiştir.

490 soruşturma konusu husus Armada A.Ş. ile Novell firmaları arasında imzalanan distribütörlük anlaşmalarına ilişkin bir ihlali içermemektedir. Distribütörlük anlaşmaları incelenmiş ve soruşturma Raporu'nun ilgili bölümünde ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Dolayısıyla distribütörlük anlaşmalarında ihlal olmadığına ve Armada A.Ş.'nin hakim durumun kötüye kullanımından doğacak bir ihlale taraf olamayacağına yönelik yapılan savunma yersizdir. Soruşturma Raporu'nda böyle bir iddiada bulunulmamış, ancak Armada A.Ş. ile Novell İtalya arasında rekabeti ihlal amacı taşıyan sözlü bir anlaşmanın bulunduğu belirtilmiştir.

I.4.3. İhlal İddialarının Mahkemelerde Halen Devam Etmekte Olan İhtilaflara

Dayandırılmasına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi

500 Savunmalarda, ihlal iddialarının tamamen Türk Ticaret Kanunu, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girerek adli yargıya intikal etmiş ve bir kısmı halen devam etmekte olan davalara dayandırıldığı, bu durumda Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası uyarınca Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin olarak herhangi bir işlem tesis etme yetkisinin bulunmadığı ileri sürülmüştür.

Yapılan incelemeler neticesinde ortaya atılan iddialar, devam etmekte olan davalara dayandırılmamaktadır. Söz konusu davalar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile doğrudan ilişkili olmadıklarından soruşturmaya konu teşkil eden olay anılan yasa kapsamında incelenmiştir. Soruşturma Raporu'nda bahsi geçen sözlü anlaşmaya ilişkin olarak yargıya intikal etmiş bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun bu konuya ilişkin olarak işlem tesis etmesi konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

510 **I.4.4. İlgili Ürün Piyasasındaki Pazar Paylarına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi**

Savunmalarda, Armada A.Ş.'nin yazılım, donanım ve hizmet sektörlerindeki pazar paylarının oldukça düşük olduğu, Armada A.Ş.'nin hakim durumda bulunmadığı iddia edilmiştir. Sadece Rekabet Kurumu Araştırma Dairesi tarafından hazırlanmış olan Bilgisayar Sektörü Raporu kaynak gösterilerek verilen tablolardaki Armada A.Ş.'nin "Yazılım Gelirleri" içindeki ve "Sistem Yazılımları" içindeki pazar paylarına işaret edilmek suretiyle Armada A.Ş.'nin ilgili ürün pazarı olarak tespit edilen "ağ işletim yazılımları" pazarında hakim durumda bulunup bulunmadığını söylemek güçtür. Nitekim yazılım sektörü içinde işletim sistemleri, sistem yazılımları, yazılım geliştirme araçları, güvenlik yazılımları, uygulama yazılımları gibi çok sayıda alt sektör bulunurken "Sistem Yazılımları" dahi işletim sistemleri yazılımları ve ağ yazılımları gibi farklı alt ürün pazarlarını kapsamaktadır. Genel olarak bakıldığında bilişim sektöründe firma sayısının çokluğu ve alternatif temin kaynaklarının mevcudiyeti de bir vakıadır. Esasen soruşturma Raporu'nda da hakim durumun kötüye kullanılmasına yönelik bir suçlama yapılmamıştır.

520 **I.4.5. Soruşturmanın Sadece Armada Bilgisayar Sistemleri A.Ş. Aleyhine Açılmasına İlişkin Savunma ve Değerlendirmesi**

Savunmalarda, rekabet ihlalinin varlığı halinde anlaşmanın her iki tarafı hakkında da soruşturma açılması gerektiği, sadece Türkiye'de yerleşik Armada A.Ş. hakkında soruşturma açılmasının yerinde olmadığı iddia edilmiştir.

530 Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerde faaliyet gösteren teşebbüslerin Türkiye sınırları içerisinde rekabeti ihlal etmeleri durumunda, Ortaklık Konseyi Kararı'nda yer alan rekabet kuralları geçerli olacaktır.

1/95 sayılı OKK'nin 30. maddesinde,

"... amaçları veya etkileri rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan tüm kuruluşlar- arası anlaşmalar, kuruluşların örgütlerince alınan kararlar ve ortak uygulamalar, özellikle de; ...

(b) üretimi, pazarları, teknik ilerlemeyi ve yatırımları sınırlayan veya denetim altına alanlar;

540 *(c) pazarları veya kaynakları paylaşmaya yönelik olanlar;*

...

takdirde Gümrük Birliği'nin iyi işleyişiyle bağdaşmaz sayılarak Topluluk ile Türkiye arasındaki ticareti etkileme olasılığı taşıdıkları ölçüde yasaklanır."

hükmüne yer verilmiştir. Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak da 35. maddenin birinci fıkrası "Ortaklık Konseyi, Gümrük Birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde, 30., 31., 32. maddeler ile 33. maddenin ilgili hükümlerinin uygulanması için gereken kuralları bir kararla benimseyecektir. Bu kurallar, AT içinde halihazırda

550 mevcut olan kuralları temel alacak ve başka hususların yanı sıra, rekabetle ilgili kurumların görevlerini belirleyecektir.” şeklinde düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında,

“Bu kurallar kabul edilinceye kadar:

a. *Topluluk ve Türkiye'deki makamlar, anlaşmaların, kararların, ortak uygulamaların ve hakim durumun kötüye kullanılmasının kabul edilebilir olup olmadığı hususunu, 30. ve 31. maddeler çerçevesinde belirleyeceklerdir.”*

560 hükmüne yer verilmiştir. Topluluğun veya Türkiye'nin belli bir uygulamayı 30, 31 ve 32. maddelere aykırı bulması halinde yapılması gerekenler 36. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde gereğince 30., 31. ve 32. maddelere aykırı bir uygulamanın 35. maddede bahsedilen uygulama kuralları ile yeterince ele alınmamış olması veya bu kuralların bulunmaması ve söz konusu uygulamanın, bir tarafın çıkarlarına veya sanayiye ciddi zararlar getirmesi veya getirme tehdidini yaratması halinde, söz konusu taraf, Gümrük Birliği Ortak Komitesi bünyesinde gerçekleştirilecek danışma temalarını takiben veya bu temalar için talepte bulunmasından sonra 45 işgünü sonunda uygun önlemleri alabilecektir. Novell İtalya'nın İtalya'da mukim bir teşebbüs olması ve Türkiye'de rekabeti engelleme amacı taşıyan bir anlaşmanın tarafı olduğu kanaatine varıldığı takdirde Avrupa Komisyonu'nun konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesinin gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

570 Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, 4. madde kapsamında yürütülen soruşturmanın sadece Armada A.Ş. aleyhine açılması doğru olup, nihai kararda rekabet ihlalinin varlığının tespiti halinde sözlü anlaşmanın diğer tarafı olan Novell İtalya firması ile ilgili olarak Avrupa Komisyonu'nun bilgilendirilmesi söz konusu olacaktır.

I.4.6. Novell Türkiye Ofisine ilişkin Savunma ve Değerlendirmesi

580 Savunmalarda, raportörlerin incelemelerinde Novell Türkiye'den herhangi bir bilgi talep edilmediği, Rekabet Kurumu'nun, Novell'in Türkiye'de bir ofisinin bulunduğunu tespit edememiş olduğu kaygısının taşındığı ifade edilmiştir. soruşturma Raporunda da belirtildiği üzere, önaraştırma döneminde yapılan incelemeler sırasında Novell Türkiye Ofisi'nin faaliyette bulunmaması sebebiyle bilgi alınamamış olmakla beraber Novell Türkiye Ofisi, Ekim 1999 yılında kurulmuş olup, soruşturma konusu ile doğrudan bir ilişkisi bulunmamaktadır.

J. GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK

590 Her ne kadar Armada Bilgisayar Sistemleri A.Ş. Genel Müdürü'nün basına yapmış olduğu açıklamalar ve firma tarafından verilen reklamlar Armada A.Ş.'nin “paralel ithalat”ı engellemeye yönelik davranışları olarak kabul edilebilir görünse de, Novell İtalya ile Armada A.Ş. arasındaki ilişki mal tedariki ve pazarlaması dışında, başkaca ve 4054 sayılı ihlal edici nitelikteki bir faaliyeti kapsamamaktadır. Novell İtalya'nın vermiş olduğu reklam, üçüncü taraflarca gerçekleştirilecek FSEK kapsamında ihlal niteliğini haiz davranışlar karşısında kamuoyunu bilgilendirmeye yönelik bir içeriğe sahiptir. Armada A.Ş.'nin tek taraflı olarak gerçekleştirdiği faaliyetler, bu bağlamda Novell İtalya'yı bağlamamaktadır.

Kaldı ki, Novell firması Armada A.Ş. ile çalışmaya son vermiştir. Bu gelişmeler de göstermektedir ki, Novell firmasının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek şekilde Türkiye çapında tekelleşmeye yönelik üçüncü firmaları piyasa dışına itici faaliyetleri bulunmamaktadır.

600 Bu açıklamalar ışığında Armada A.Ş. ile Novell İtalya'nın 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 sözlü bir anlaşma veya uyumlu eylem içinde olmadıkları anlaşılmaktadır. Ancak, yasal yollarla yapılan ithalatın engellenmesinin rekabet mevzuatına aykırılık teşkil edeceğine, diğer bir deyişle paralel ithalatın engellenemeyeceğine ilişkin olarak açıklama yapmak gerekli görülmüştür.

610 Paralel ithalatı engellemeye yönelik girişimler, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesine, faaliyetlerinin zorlaştırılmasına neden olacaktır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (d) bendinde örneklendiği üzere, 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, bu cümleden olarak da paralel ithalatı engellemeye yönelik karar ve eylemleri yasaklamaktadır. Kanun, 6. maddesinin (a) bendinde örneklendiği üzere, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmasını, bu cümleden olarak da paralel ithalatı engellemeye yönelik karar ve eylemleri yasaklamaktadır.

620 Dolayısıyla, Türkiye'de markası tescil edilmiş bir malın, marka sahibi ya da yetkili satıcısı tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasının ardından, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunması 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri uyarınca yasaklanmıştır. Armada A.Ş. ile Novell İrlanda arasında akdedilmiş olan distribütörlük anlaşması Armada A.Ş.ye münhasır olmayan bir hak tanımaktadır ve anlaşmada 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

diğer yandan ihlale konu olan dönemde ilgili ürün pazarında hakim durum tespiti yapmaya yeterli veriler bulunmadığı gibi ihlalin sağlıklı pazar bilgilerine ulaşılamayacak kadar geçmiş bir döneme rastlaması ile sektörün karmaşık yapısı ve istatistiki bilgilerin kıtlığı da nazara alındığında Armada A.Ş.'nin hakim durumda bulunduğu sonucuna varmak mümkün görülmemiştir.

630 Armada A.Ş.'nin elektronik posta yazışmalarında ve basın demeçlerinde kendini gösteren paralel ithalatı engellemeye dönük tek taraflı faaliyetleri Novell İtalya'yı bağlamamaktadır. Dolayısıyla Armada A.Ş. ile Novell İtalya arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın ve bundan kaynaklanan bir rekabet ihlalinin varlığından söz edilemez.

Sonuç olarak, somut olayda hakkında soruşturma yapılan Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Novell İtalya arasında paralel ithalatı engellemek suretiyle rekabetin ihlaline yol açan bir sözlü anlaşmanın varlığına ilişkin yeterli bilgi ve belgeye ulaşılamamıştır.

K. SONUÇ

640 Önarastırma ve soruşturmaya ait tüm savunma, ek savunma, sözlü savunma tutanakları, raporlar, Danıştay'ın iptal kararları, dosya münderecatında yer alan bütün bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda;

1. Armada Bilgisayar Sistemleri San. ve Tic. A.ř.'nin ilgili ürün pazarında hakim durumda bulunmadığına,

2. Armada Bilgisayar Sistemleri San. ve Tic. A.ř. ile Novell İtalya Ofisi arasında paralel ithalatı engelleme amacı taşıyan bir sözlü anlaşmanın varlığına ilişkin yeterli bilgi ve belgenin elde edilemediğine, dolayısıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığına

OYÇOKLUĐU ile karar verilmiştir.

18.9.2008 tarihli, 08-54/852-340 sayılı Kurul Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

Rekabet Kurulunun kararına aşağıda ayrıntılı bir şekilde izah edilen nedenlerden dolayı iştirak etmemiz mümkün olamamıştır.

Kurulun mezkûr kararı; Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi'nin Novell İtalya ve Novell Inc. İle birlikte Beyaz iletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası üzerine alınan 24.11.2005 tarih, 05-79/1099-316 sayılı Kurul kararının Beyaz Ltd.Şti. tarafından açılmış olan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesinin 20.11.2007 tarih, 2006/2047 E., 2007/7581 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi ile ilgilidir.

Bu noktada, para cezalarında uygulanacak zamanaşımına ilişkin son düzenlemelerin dikkate alınması, buna göre de Kurulun mezkûr dosya ile ilgili karar verip veremeyeceğine karar verilmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere, 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 578. maddesinin (kk) bendi, 4054 sayılı Kanun'un 18 ve 19. maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. Para cezalarında zamanaşımına ilişkin mülga 19. maddenin dördüncü fıkrasında karar aleyhine yargı yoluna başvurulmuş olmasının zamanaşımı süresini keseceği düzenlenmiştir. 4054 sayılı Kanun'un 19. maddesinin yürürlükten kaldırılması ile rekabet ihlallerinde zamanaşımı, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeye tabi hale gelmiştir. Kabahatler Kanunu'nda iki tür zamanaşımı öngörülmüştür: *Soruşturma* ve *tahsil* zamanaşımı. Soruşturma zamanaşımı, kabahat işlendikten sonra, Kanunda yazılı belirli bir süre içerisinde soruşturma yapıp idari para cezası verilip verilemediğine yönelik iken; tahsil zamanaşımı, verilen cezanın Kanunda belirlenen süre içinde uygulanmasına ilişkindir. Kabahatler Kanunu'nun soruşturma zamanaşımı başlıklı 20. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre, nispi para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi 8 yıl olup, fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlamaktadır.

4054 sayılı Kanun'un 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile değişik 16. maddesinde düzenlenen idari para cezasının nispi para cezası niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca zamanaşımı süresinin 8 yıl olduğu anlaşılmaktadır. Zamanaşımı yönünden 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 20. maddesi, 4054 sayılı Kanunun kaldırılan 19. maddesine göre teşebbüsler açısından *lehe bir düzenleme* içermektedir. Bu durumda anılan soruşturma dosyasında zamanaşımı ele alınırken fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesinin tespiti önem kazanmaktadır.

Kurul Kararı'nın Tespitler başlıklı I.3. numaralı bölümünde belirtildiği üzere, ihlal iddiası niteliğindeki eylemler 1997 ve 1998 yıllarında gerçekleşmiş ve Beyaz Ltd. Şti. 1998 yılı başında kuruma şikâyette bulunmuştur. Bu çerçevede dosya bakımından ihlal olarak iddia edilen eylemler en son 1998 itibarıyla gerçekleşmiş bulunmaktadır. Buna göre zamanaşımının 1998 yılından itibaren işletilmesi gerekmektedir.

Zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak 1998 yılı olarak dikkate alındığında ise süre 2006 yılında sona ermiş bulunmaktadır.

Öte yandan, Kabahatler Kanunu'nun Geçici 2. maddesinde yer verilen anılan Kanun'un, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idare mahkemelerine dava açılarak iptali istenen idari yaptırım kararları hakkında uygulanmayacağı düzenlemesinin amacının kanun yolu açısından olduğu açıktır. Diğer bir ifadeyle, idare mahkemelerinde görülmekte iken Kabahatler Kanunu kapsamında tanımlanan kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlara karşı başvuru yolu sulh ceza mahkemesi olarak belirlenmiş olup, kanun koyucunun idare mahkemelerinde açılmış davaların sulh ceza mahkemesine taşınmasını önlemeye çalışmış olması muhtemeldir. Nitekim bilindiği üzere, kanun yolu açısından doğabilecek sorunlar, Kabahatler Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi'nin iptali üzerine değişen 3. maddesi ile giderilmiş ve anılan Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça uygulanacağı düzenlenmiştir.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, 24.11.2005 tarih ve 05-79/1099-316 sayılı Kurul Kararı'nın şikâyetçi teşebbüsçe açılan davayla Danıştay tarafından iptal edilmesi üzerine, Kurul'un dosyaya ilişkin alacağı kararın; 5326 sayılı Kabahatler Kanununda belirtilen 8 yıllık zamanaşımı süresine tabi olması nedeniyle "soruşturma zamanaşımının dolması nedeniyle karar alınamayacağı" şeklinde olması gerektiğini düşündüğümüzden çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olamamıştır.

Tuncay SONGÖR
İkinci Başkan

Mehmet Akif ERSİN
Kurul Üyesi

Rekabet Kurulu'nun 18.09.2008 Tarih ve 08-54/852-340 Sayılı Kararına

KARŞI OY GEREKÇESİ

Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin Novell Inc. ile birlikte Beyaz İletişim Sistemleri Dış Tic. ve San. Ltd. Şti. tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası üzerine alınan Kurul kararının Beyaz Ltd. Şti. tarafından açılmış olan dava sonucunda Danıştay 13. Dairesinin 20.11.2007 tarih, 2006/2047 E., 2007/7581 K. Sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine ilgili dosya yeniden incelenmiş, karara bağlanmıştır. Alınan karara katılmamaktayım. Şöyle ki:

23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 578. maddesinin (kk) bendi, 4054 sayılı Kanun'un zamanaşımı ve kesilmesi hallerini düzenleyen 19. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Böylece rekabet ihlallerinde zamanaşımı, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeye tabi hale gelmiştir. Kabahatler Kanunu'nun soruşturma zamanaşımı başlıklı 20. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre, nispi para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi 8 yıl olup, fiilin ikası veya neticenin gerçekleşmesiyle işlemeye başlamaktadır. Karara konu dosyada ihlal niteliğindeki eylemlerin sona erdiği tarih Ekim **1999 yılıdır**. Zamanaşımı süresinin başlangıcı 1999 yılı olarak dikkate alındığında süre **2007 yılında sona ermiş** bulunmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda belirtilen 8 yıllık zamanaşımı süresi dolduğundan "soruşturmada, **zamanaşımı nedeniyle idari para cezası verilmesine yer olmadığına**" şeklinde karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

M.Sıraç ASLAN
Kurul Üyesi