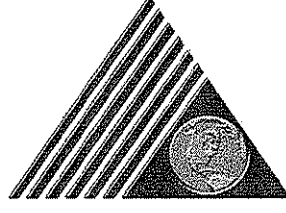


T.C
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

REKABET HUKUKU İLE BAĞLANTISI AÇISINDAN FİKRİ MÜLKİYET
HAKLARININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

Hazırlayan
Derya Devrim GENÇ

Sosyal Bilimler Enstitüsüne teslim edilmiştir
Hukuk Yüksek Lisansı Tezi
İSTANBUL, 2006



T.C
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

REKABET HUKUKU İLE BAĞLANTISI AÇISINDAN FİKRİ MÜLKİYET
HAKLARININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

Hazırlayan
Derya Devrim GENÇ

Tez Danışmanı
Dr. Kemal EROL

Sosyal Bilimler Enstitüsüne teslim edilmiştir
Hukuk Yüksek Lisansı Tezi
İSTANBUL, 2006

T.C
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

REKABET HUKUKU İLE BAĞLANTISI AÇISINDAN FİKRİ MÜLKİYET
HAKLARININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

ONAY:

Dr. Kemal EROL
(Tez Danışmanı)

Doç. Dr. Ali Cem BUDAK

Yrd. Doç. Dr. Ferna İPEKEL

TESLİM EDEN : DERYA DEVRİM GENÇ
TEZ SAVUNMA TARİHİ : 05.02.2007
TEZ ONAY TARİHİ : 05.02.2007

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
KISALTMALAR	VI
ABSTRACT	VIII
ÖZET	X
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

PARALEL İTHALAT VE HAKKIN TÜKETİLMESİ İLKESİ

1. PARALEL İTHALAT	4
1.1. Kavram	4
1.2. Tükenme İlkesi ve Paralel İthalat İlişkisi	4
1.3. Geri İthalat (Reimport)	6
1.4. Gri Piyasa (Grey Market)	6
2. HAKKIN TÜKETİLMESİ (TÜKENME) İLKESİ	7
2.1. Genel Olarak	7
2.2. Hakkın Tüketilmesinin Koşulları	7
2.2.1. Hak Sahibi Tarafından veya Hak Sahibinin İzniyle Üçüncü Bir Kişi Tarafından Malın Piyasaya Sunulması	7
2.2.2. Belirli Bir Bölgede Piyasaya Sunulma / Tükenmenin Coğrafi Sınırları	9
2.2.2.1. Ülkesel Tükenme (National exhaustion)	9
2.2.2.2. Bölgesel Tükenme İlkesi (Regional exhaustion)	10
2.2.2.3. Uluslararası Tükenme (International exhaustion)	10
3. ÜLKESEL VE BÖLGESEL TÜKENME İLKESİNİ SAVUNANLARIN EKONOMİK GEREKÇELERİ	11
3.1. Bedavacılık Sorunu (free-riding problem)	11
3.2. Fiyat Ayrımcılığının Refahı Arttırdığı İddiası	13
3.3. Tüketicilerin Aldatıldığı ve Paralel İthalatın Korsan Markaları Teşvik Ettiği İddiası	14
3.4. Uluslararası Tükenme İlkesini Savunanların Ekonomik Gerekçeleri	14

3.4.1. Uluslararası Tükenme İlkesinin Serbest Ticaretin İlkelerine Daha Uygun Olduğu İddiası	14
3.4.2. Paralel İthalatın Rekabeti Tamamlayıcı Olduğu İddiası	15
3.4.3. Paralel İthalata Konu Olan Malların Bir FMH Sorunu Olmadığı İddiası.....	15

2. BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

1. GENEL OLARAK.....	16
1.1. Avrupa Topluluklarının Kuruluşu ve Avrupa Birliği	18
1.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Kuralları.....	21
1.3. Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Fikri Haklar.....	21
2. AVRUPA BİRLİĞİNDE FİKRİ MÜLKİYET İLE İLGİLİ	
DÜZENLEMELER	26
3. ÇATIŞMAYA AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ÇÖZÜMÜ	25
3.1. Hakkın Varlığı / Kullanımı Ayırımı (The existence/exercise doctrin).....	27
3.2. Hakkın Spesifik Konusu (The specific subject matter)	29
3.3. Ortak Köken Öğretisi (Common origin doctrin)	30
4. TÜKENME PRENSİBİNİN UYGULANMAYACAĞI HALLER	33
4.1. Markasız Orjinal Malın Üçüncü Bir Kişi Tarafından Marka Konularak Satılması.....	33
4.2. Malın İlk Kez Piyasaya Sunulmasından Sonra Yeniden Satıcı Tarafından Yapısının ve Kalitesinin Değiştirilmesi	33
4.2.1. Markalı Malın Yapısının ve Kalitesinin Değiştirilmesi.....	33
4.2.2. Markalı Malın Reklamlarda Kullanılması	34
4.2.3. Markalı Malın Yeniden Paketlenmesi	35
4.2.4. Markada Değişiklik Yaparak Yeniden Paketleme	38
5. DAHA SONRAKİ ATAD KARARLARI VE HAKKIN TÜKETİLMESİ	39
5.1. ATAD'ın Silhouette Kararı	40
5.2. İngiltere Mahkemesinin Zino Davidoff Kararı	41
5.3. ATAD'ın Sebago Kararı	42

5.4. Sonuç	43
6. AVRUPA EKONOMİK ALANI	44

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

1. GENEL OLARAK	46
2. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA KARAR VE UYUMLU EYLEMLER	48
2.1. Teşebbüsler Arası Anlaşma	49
2.1.1. Dikey ve Yatay Anlaşma Kavramı	53
2.1.2. Dağıtım Anlaşmaları	55
2.1.3. Tek Satıcılık Sözleşmeleri	58
2.2. Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylem	62
2.3. Teşebbüs Birliği Kararları	67
2.4. Rekabeti Sınırlama Amacı ve Etkisi	70
2.4.1. De Minimis	72
2.4.2. Per se ve Rule of Reason Doktrinleri	73
2.5. MUAFİYET	75
2.6. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	83
2.6.1. İlgili Ürün Pazarı (relevant product market)	84
2.6.2. İlgili Coğrafi Pazar (relevant geographical market)	86
2.6.3. Hakim Durumun Tespiti	87
2.6.4. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.....	88
2.6.4.1. Piyasaya Girişleri Engellemek, Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak.....	89
2.6.4.2. Ayrımcılık	89
2.6.4.3. Bir Mal veya Hizmetin Satılmasını Başka Bir Malın da Satın Alınması Koşuluna Bağlamak; Mal ve Hizmetlerin Yeniden Satışına İlişkin Yükümlülükler Öngörmek....	90
2.6.4.4. Bir Pazardaki Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması	90
2.6.4.5. Üretim, Pazarlama ya da Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olacak Şekilde Sınırlandırılması	91
2.6.4.6. Hakim Durumun Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması	91

2.6.4.6.1. Yıkıcı Fiyatlar	92
2.6.4.6.2. Fahiş Fiyatlar	93
2.6.4.6.3. İndirim Sistemleri	93
3. GENEL OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI.....	95
3.1. MARKA HAKLARI	100
3.1.1. Markanın Tanımı ve Unsurları	100
3.1.2. Markanın Çeşitleri	102
3.1.3. Markanın Fonksiyonları	103
3.1.4. Marka Anlaşmaları	103
3.1.5. Marka Hakkının Tüketilmesi.....	104
3.1.6. Tükenme Prensiplerinin Uygulanmayacağı Haller	106
3.2. PATENT VE FAYDALI MODEL HAKLARI	107
3.2.1. Patent Hakkı	107
3.2.2. Faydalı Model Hakkı	110
3.2.3. Patent ve Faydalı Modellerde Hakkın Tüketilmesi	111
3.3. FİKRİ VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN HAKLAR	114
3.4. TASARIM HAKLARI	119
3.5. COĞRAFİ İŞARETLER	122
3.6. GELİŞEN TEKNOLOJİ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI	123
4. TÜRK HUKUKUNDA UYGULAMALAR	124
4.1. Yargıtay'ın Paralel İthalatta Marka Hakkının Tükenmesine İlişkin İçtihadı	124
4.2. Rekabet Kurulunun Se-Sa Kararı	128
4.3. Hakkın Tüketilmesi İlkesi ve Paralel İthalat Konusunda Yapılan Tartışmalar	131

4. BÖLÜM

ULUSLARARASI ANLAŞMALAR GÖRE HAKKIN TÜKETİLMESİ İLKESİ

1. AB VE TÜRKİYE ARASINDAKİ İLİŞKİLER ÇERÇEVESİNDE DURUM...136	
1.1. Ankara Anlaşması ve Katma Protokol	136
1.2. AT- Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı (1 / 95 sayılı)	137
1.3. 1/95 sayılı AT- Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı Açısından Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi İlkesi	138

2. EFTA ANLAŞMASI	141
3. TRIPS ANLAŞMASI VE TÜKENME İLKESİ	143

5. BÖLÜM

HAKKIN TÜKETİLMESİ İLKESİ VE PARALEL İTHALATIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK.....	145
2. PARALEL İTHALAT VE SEBESİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ŞARTLARI.....	146
2.1. Sebepsiz Zenginleşme Davasının Niteliği Konusu ve Kapsamı.....	149
2.2. Paralel İthalatçıya Sebepsiz Zenginleşme Nedeniyle Dava Açılabilir mi?	152
SONUÇ	155
KAYNAKÇA	157
YARGITAY KARARLARI DİZİNİ.....	164
REKABET KURUMU KARARLARI DİZİNİ.....	164
AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANİ KARARLARI DİZİNİ.....	166
ÖZGEÇMİŞ	170

KISALTMALAR

- AAET** : Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu
- AB** : Avrupa Birliği (European Union)
- AET** : Avrupa Ekonomik Topluluğu
- AEA** : Avrupa Ekonomik Alanı (The European Economic Area)
- AKÇT** : Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
- AT** : Avrupa Topluluğu
- ATAD** : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
- ATRG** : Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi (ATRG,19.04.1958 tarihine kadar Journal Officiel de la Communauté Européenne du Charbon et de L'Acier adı altında 20.04.1958'den itibaren 01.07.1967 tarihine kadar Journal Officiel des Communautés Européennes başlığı ile yayınlanmıştır. Bu döneme ait yollamalar sahife ve yıl verilerek yapılır; örneğın 916 / 63 gibi. 01.01.1968'den başlayarak ATRG (L) ve (C) diye iki bölüme ayrılmıştır. (L) yasamayı Legislation, (C) haberleri (Communications) ifade etmektedir¹.
- A.Ü.H.F.** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- Batider** : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
- Bkz** : Bakınız
- B.K.** : Borçlar Kanunu
- BM** : Birleşmiş Milletler
- C** : Cilt
- CMLR** : Common Market Law Reports
- CMLRev.** : Common Market Law Review
- ECR** : European Court Report
- EEC** : European Economic Community
- EndTasKHK** :Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- FMR** :Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
- FMH** : Fikri Mülkiyet Hakkı

¹ TEKİNALP/ TEKİNALP, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi, s. XLII.

FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GATT	: General Agreement On Tariffs And Trade
IBRD	: International Bank of Reconstruction and Development (DÜNYA Bankası)
IMF	: International Money Fone (Uluslar arası para Fonu)
İKV	: İktisadi Kalkınma Vakfı
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Mark.KHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
NAFTA	: North American Free Trade Agreement Association (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması Birliği)
OECD	: Organization For Economic Cooperation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı)
OGT	: Ortak Gümrük Tarifesi
Pat.KHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PCT	: Patent Cooperation Treaty (Patentlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Strasbourg Anlaşması)
R.G.	: Resmi Gazete
RKHK	: 07.12.1994 tarihli ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa Numarası
S	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TPE	: Türkiye Patent Enstitüsü
TRIP'S	: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
vd.	: ve devamı
vs.	: vesair
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organization

**PRINCIPLE OF EXHAUSTION OF THE INTELLECTUAL RIGHTS WITH
RESPECT TO ITS RELATION WITH THE PROVISIONS ON COMPETITION
LAW**

DERYA DEVRİM GENÇ

ABSTRACT

The proprietors of the intellectual property and industrial rights look for means to control the distribution of the marketing of the derivatives thereof under the rights they granted on behalf of the third party real and corporate persons by virtue of the extensive rights vested on behalf of the owners of such rights. This might sometimes be adversely influential on the free trade environment and the competition, which justifies the restriction against of the owners of such rights. The Principle of Exhaustion of Right, defined in the course of such restriction, is proposed as establishing the balance between the protection of the intellectual rights vs. protection of the free trade. Any right in regard to the intellectual property is considered as being exhausted upon first introduction thereof in the market by the owner of such intellectual property right or any real and corporate persons authorized thereof. After such introduction, the proprietor is not allowed to prevent its free circulation in the market on legal basis. The proprietor will only have the right to intervene after the authorization for the first introduction to the market there of, to the extent such goods have been modified or degraded for the purpose of their commercial purposes.

One of the most crucial issues encountered in the course of implementing the exhaustion principle is the parallel import, where the goods subject to an intellectual property right is imported to another country after introduction to the market, without prior consent obtained by its proprietary. The original goods subject to an intellectual property right is launched under different prices at different countries due to the market conditions, marketing strategies of the relevant entrepreneurs, etc., and therefore, it might turn out to be cheaper in the imported country, which triggers illegal exportation to another country, where the market conditions so warrant.

There is no direct regulation on “the parallel imports” under Code on Protection of Competition. On the other hand, the provisions provided under article 4 (d) and 6(a) of the

same Code prohibit the actions for the restriction, limiting or preventing the competitors operation in regard to market launching and the misappropriation of the dominant position in the market, respectively. The prevention of the parallel import might give rise to the same results and it is therefore, it is considered within the scope of this Code. The resolution of the Board of Competition and Supreme Court in our country and European Commission Justice Divan in Europe determine that the parallel import cannot be prevented.

REKABET HUKUKU İLE BAĞLANTISI AÇISINDAN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

DERYA DEVRİM GENÇ

ÖZET

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının, hak sahiplerine tanıdığı mülkiyet benzeri geniş yetkiler nedeniyle, hak sahipleri, fikri mülkiyet hakkına konu ürünün kendileri veya verdikleri izinle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulmasından sonraki dolaşımını kontrolleri altına almak istemektedirler. Bu durum, serbest ticaret ortamını dolayısıyla rekabet düzenini olumsuz yönde etkileyebildiğinden, hak sahibinin bu haklarına bazı sınırlamalar getirilmesi gerekmektedir. Bu sınırlamalardan biri olan Hakkın Tüketilmesi İlkesi, fikri mülkiyet hakkının korunması ile serbest ticaretin korunması arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkmıştır. Fikri Mülkiyet hakkına konu malın, fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından ilk defa piyasaya sunulmasından sonra fikri mülkiyet hakkı tükenmektedir. Artık hak sahibi malın pazarda yasal dolaşımına engel olamayacaktır. Hak sahibinin ilk piyasaya sürme hakkı kullanıldıktan sonra artık, piyasaya sunulmuş olan bu mal üzerinde, fikri mülkiyet hakkına dayanan kontrol yetkisi ortadan kalkmakta, sadece malın, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanması halinde müdahale etme yetkisi kalmaktadır.

Tükenme ilkesinin uygulanması sırasında karşılaşılan en önemli konulardan biri olan Paralel ithalat, fikri hak konusu malın, ihraç ülkesinde piyasaya sunulmasından sonra, hak sahibinin izni olmadan başka bir ülkeye ithal edilmesidir. Hak konusu orijinal mal, piyasa koşulları, teşebbüsün pazar stratejisi gibi nedenlerle her ülkede farklı fiyatlarla piyasaya sunulabilmekte ve ihraç ülkesindeki fiyatı daha ucuz olduğunda üçüncü kişiler tarafından yasal yollardan başka bir ülkeye ithal edilebilmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda, "paralel ithalat" konusunda doğrudan bir düzenleme yoktur. Buna karşılık RKHK'nun 4(d) maddesinde, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasaya girişinin engellenmesini

amaçlayan eylemler, 6(a) maddesinde ise hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Dolayısıyla paralel ithalatın engellenmesi de bu sonuçları doğurması açısından Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Ülkemizde Rekabet Kurumu ve Yargıtay'ın kararları, Avrupa Birliğinde ise ATAD ve Komisyon kararları “paralel ithalat”ın engellenemeyeceği yönündedir.

GİRİŞ

Tez çalışmamızda, Fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi ilkesi, Rekabet Hukuku ile bağlantısı açısından değerlendirilmektedir. Ulaşım ve haberleşme gibi önemli alanlardaki teknolojik gelişmelerle birlikte, uluslararası ticaret ülke ekonomilerinde önemli bir yere sahip olmuştur. Bu gelişmelere paralel olarak fikri mülkiyet hakları da uluslararası alanda ticarete konu olmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının, hak sahibine tanıdığı tekel niteliğinde yasal koruma karşısında, serbest ticaretin gereklerini sağlamaya yönelik olarak, rekabet ortamını korumaya çalışan rekabet hukuku kuralları arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle rekabetçi piyasa yapısının korunması ile fikri mülkiyet hakkı sahibinin hakları arasında denge oluşturulması gereği doğmaktadır. Bu iki çıkar arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik ilkelerden biri olan “Hakkın Tüketilmesi” ilkesi, fikri mülkiyet haklarının hak sahibine tanıdığı güçlü ve geniş yetkilerin sınırlandırılması gerekliliği düşüncesinin bir ürünüdür. Serbest ticaret kavramının uluslararası alanda yeri dikkate alındığında, hakkın tüketilmesi ilkesinin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Hakkın Tüketilmesi ilkesinde, Fikri mülkiyet hakkına konu malın, fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından ilk defa piyasaya sunulmasından sonra fikri mülkiyet hakkının tükendiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla hak sahibi, malın piyasaya ilk kez sunulmasından sonraki yasal dolaşımına engel olamamaktadır. Bu ilke doktrinde “ilk satış hakkı” (first sale) olarak da adlandırılmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahibi ancak malın, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde dolaşımına engel olabilmektedir. Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için öncelikle fikri hak konusu malın fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulmuş olması gerekmektedir. Bununla birlikte burada bahsedilen mallardır. Taklit mallar söz konusu olduğunda bu ilkenin uygulanma imkanı olmadığından hak sahibi malın piyasadaki dolaşımına engel olabilmektedir. Hakkın tüketilmesi ilkesinin coğrafi alanda; ülkesel, bölgesel ve uluslararası olmak üzere üç tür uygulaması bulunmaktadır.

“Rekabet Hukuku ile Bağlantısı Açısından Fikri Mülkiyet Haklarının Tüketilmesi” konusunda yapmış olduğumuz bu çalışma; beş bölümden oluşmaktadır. Türk Rekabet Kurallarının mehzatı Avrupa Birliği Rekabet Kuralları olduğundan Avrupa Birliği uygulamaları ile karşılaştırmalı olarak inceleme yapılmıştır.

Çalışmamızın her bölümünde, konumuzla ilgili, gerek ulusal mevzuat gerekse uluslararası antlaşmalar değerlendirilmiş olup Rekabet Kurulu, Yargıtay, ATAD ve Komisyon kararlarından örnekler verilerek konu açıklanmıştır.

Birinci bölümde; hakkın tüketilmesi ilkesi ile iç içe geçen paralel ithalat ve buna bağlı olarak “geri ithalat” ve “gri piyasa” kavramları incelenmiştir. Daha sonra hakkın tüketilmesi ilkesi ile ilgili olarak genel bilgiler anlatılmış, ülkesel ve bölgesel tükenme prensibini savunanların ekonomik gerekçeleri üzerinde yapılan tartışmalar değinilmiştir.

İkinci bölümde fikri hakların malların serbest dolaşımını engellemek için kullanılabilmesi ve hakkın tüketilmesi ilkesi malların serbest dolaşımı kavramı ile birlikte gelişmeye başladığı için öncelikle Avrupa Topluluklarının Kuruluşu, Roma Antlaşması ve toplulukta malların serbest dolaşımı konuları anlatılmış. ATAD’ın fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi ilkesi ile ilgili olarak geliştirmiş olduğu doktrinler incelenmiştir. Avrupa Birliği mevzuatında bu konuda yapılan düzenlemelerden (örneğin 89/104 sayılı Marka Direktifi) bahsedilerek konu ATAD kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu çerçevesinde hakkın tüketilmesi ilkesi incelenmeden önce RKHK hakkında genel bilgiler verilmiş olup Rekabet hukukuna özgü bazı kavramlar (teşebbüs, anlaşma vs.) ile doktrinler (de minimis, per se, rule of reason vs.) anlatılmaya çalışılmıştır. Daha sonra Fikri mülkiyet hakları ile ilgili anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar, (ii) Muafiyet ,(iii) Fikri mülkiyet hakları ile ilgili hakim durumun kötüye kullanılması konuları incelenmiştir. Konu çalışma kapsamı ile sınırlı tutularak Rekabet hukukunun konuyla ilgili bölümleri anlatılmıştır. Fikri mülkiyet hakları türleri ve tükenme ilkesi tek tek ele alınarak ayrı ayrı incelenmiştir. Uygulamada daha çok marka ve patent haklarının tüketilmesi konusunda olaylarla karşılaşılması nedeniyle marka ve patent hakları ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Tez konusu ile ilgili doktrinde yapılan tartışmalara değinilerek Yargıtay’ın bu konudaki içtihatları ile Rekabet Kurulu kararları incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, Türk ve Avrupa Birliği hukuklarındaki durum incelenmiş, AB ile Türkiye arasındaki ilişkiler ve mevzuatların uyumlaştırılması sürecinde; Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi (Gümrük Birliği) Kararı bağlamında fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi ilkesi incelenmiştir. Fikri mülkiyet haklarının uluslararası

alandaki ortak bazı ilkelerle korunmasına serbest ticareti kısıtlamayacak şekilde düzenlemeler getirilmeye çalışılması amacıyla yapılan uluslararası anlaşmalara değinilmiştir.

Son bölümde ise, öncelikle tükenme ilkesi ile içiçe geçen paralel ithalat kavramları ve tükenme ilkesi hakkında yapılan tartışmalara değinilmiştir. Tükenme prensibinin özel hukuk alanındaki sonuçları değerlendirilmeye çalışılmıştır.

1. BÖLÜM

PARALEL İTHALAT VE HAKKIN TÜKETİLMESİ İLKESİ

1. PARALEL İTHALAT

1.1. Kavram

OECD tarafından 2002 yılında hazırlanan bir raporda¹ paralel ithalat, hak sahibi tarafından veya onun yetkilendirdiği bir kişi tarafından ihraç ülkesinde pazara sunulan gerçek malların üçüncü kişiler tarafından ve hak sahibinin izni olmaksızın başka bir ülkeye ithal edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bir başka ifade ile, marka hakkı 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.²

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için ithal edilen mal ile o ülkede daha önce piyasaya sunulan malın aynı olması gerekmektedir. Mallar arasında farklılığın olması durumunda paralel ithalattan söz edilemez. Ancak burada hemen vurgulamak gerekir ki, bir markayı taşıyan mal ve hizmetlerin ithalatının paralel ithalat olarak değerlendirilebilmesi için malların yasaya uygun olarak pazara sunulmuş olması ve / veya korsan mal olmaması gerekir. Paralel ithalat durumunda, ithalata konu olan mallar ürünler olup, marka hakkı sahibi veya onun yetkilendirdiği bir teşebbüs tarafından üretilerek pazara sunulmuştur.³

1.2. Tükenme İlkesi ve Paralel İthalat İlişkisi

Tükenme ilkesi ve paralel ithalat kavramları özellikle konumuz açısından içiçe girmiştir. Biri diğerinin açıklanmasına bağlıdır.

Fikri mülkiyet hakkını düzenleyen hukuk kuralları hak sahibine, söz konusu hak üzerinde (hakkın niteliğine göre değişmek üzere) belirli bir süre münhasıran tasarrufta bulunma yetkisi tanımaktadır. Ancak bu tasarruf hakkı sonsuz ve sınırsız bir hak değildir.

¹ ' Synthesis Report on Paralel Import' Joint Group on Trade and Competition- www.ois.oecd.org.

² TEKDEMİR, Yaşar, 2003, "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi bir Yaklaşım ", Rekabet Kurumu Rekabet Dergisi Sayı 13, Ankara, s. 8.

³ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 8.

Uygulandığı ülkenin kabul ettiği hukuk sistemine bağlı olarak FMH'nın kullanımı üzerinde çeşitli sınırlamalar getirebilmektedir. FMH'nın kullanımına getirilen sınırlamalardan birisi de, "Tükenme İlkesi"dir (principle of exhaustion). Burada tükenme, hak sahibinin hak üzerindeki yetkilerinin sona ermesi değil, ancak o hakka dayanılarak üretilen ve pazara sunulan mallar üzerindeki tasarruf hakkının sona ermesi anlamına gelmektedir. Bu ilkeye göre, hak sahibi veya onun yetkilendirdiği bir teşebbüs o hakka dayanarak ürettiği bir malı pazara sunduktan sonra, o mal üzerindeki hakları sona ermiş olur ve istisnai koşullar saklı kalmak kaydı ile o malların yeniden ticarete konu olmasına karışamazlar. Bu ilke bağlamında gündeme gelen ve uluslararası ticaret perspektifini içeren önemli bir konu "paralel ithalat (parallel import)" sorunudur. Paralel ithalat, bir FMH'na konu olan malın bir başka ülkede pazara sunulmasından sonra ithalatın yapıldığı ülkeye hak sahibinin rızası veya onayı olmadan ithal edilmesidir.⁴

ARIKAN, örnekleme süretiyle paralel ithalatı şu şekilde açıklamıştır: Bağımsız bir işletmenin, bir ülkede daha ucuza edindiği fikri ve sınai hak konusu orijinal malları, piyasasında aynı malın daha pahalı satıldığı ülkeye satma amacıyla ithal etmesidir. Malın ticari bir amaçla ithal edilmesi çok önemlidir. Örneğin, A ülkesinde fiyatlar B ülkesine göre üç kat daha fazladır. A ülkesinde fikri sınai hakka aynı zamanda "hak sahibi" sıfatı ile sahip bir üretici var. Bir başka ifade ile hak konusu ürünü kendisi yaratmış. Bu hak, patent, marka, endüstriyel tasarım veya 5846 sayılı kanun kapsamında korunan bir telif hakkı veya bir bilgisayar programı olabilir. Hak sahibi, bir takım dağıtım sözleşmeleri ve satışlarla A ülkesi içinde bunları piyasaya sürebilir. A ülkesindeki bu hak sahibi B ülkesi içinde üretim yapması için imalat lisansı verebilir veya imalat lisansı vermez de dağıtım sözleşmeleri yapabilir ve B ülkesi içinde dağıtım ağı kurabilir. Sorun bu noktada başlar. A ülkesinde bir fikri sınai hak konusu X ürünü piyasadadır. X ürünü, A ülkesindeki üreticinin vermiş olduğu yetkiler çerçevesinde üretilmiştir. Üretici bir de B ülkesinde ayrıca başka bir kişiye imalat lisansı vermiş veya dağıtım ağı kurmuştur. İmalat lisansı verdiğinde, B ülkesinde üreten kişinin piyasaya sürdüğü bu ürünleri, sözleşmenin tarafı olmayan bağımsız üçüncü bir kişi, B piyasasından bunları topladıktan sonra fiyat farklılıklarından yararlanarak A ülkesine ithal edebilir buna Paralel İthalat denir. Çünkü, bu yolla daha önce piyasasında X ürünü bulunan A'ya, paralel bir şekilde ürün, korsan olmayan, izinle imal edilmiş veya izinle dağıtım

⁴ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 3-4.

yapılmış ürün olarak girmekte ve A ülkesinde orijinal ürüne paralel olarak piyasada işlem görmektedir.

Paralel İthalat ve Tükenme İlkesinin, Uluslararası ticaretteki yansımaları, AB'nde de konu hakkında ayrıntılı çalışmalar yapılmasına ve bu konuya olan ilginin artmasına sebep olmuştur. Tartışmalar ve konuya olan ilgi ATAD'ın *Silhouette*⁵ kararıyla artmıştır. ATAD'ın konuya ilişkin yaklaşımları bölümlerde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1.3. Geri İthalat (Reimport)

Geri İthalat (reimport), marka hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle ülke içinde piyasaya sunulmuş olan markalı malların marka sahibi tarafından (veya onun izniyle bir üçüncü kişi tarafından) başka bir ülkeye ihraç edilmesinden sonra aynı malların üçüncü kişiler tarafından tekrar ihracat ülkesine ithal edilmesidir.⁶

1.4. Gri Piyasa (Grey Market)

Paralel ve Geri İthalatta, piyasaya sunulan ithalata konu mallar birbirinin aynıdır. Aralarında herhangi bir fark yoktur. Fakat Gri Piyasada, marka sahibinin, yurt dışında aynı marka altında piyasaya sunduğu mallar ile yurt içinde piyasaya sunduğu mallar arasında farklılık vardır. Örneğin Türkiye'deki X markasının sahibi bu marka altında Türkiye'de üretim piyasaya sunduğu bilgisayarlarda Türkçe karakter seti, aynı marka altında Almanya'da piyasaya sunduğu mallarda Almanca karakter seti kullanmışsa bu iki bilgisayarın aynı mal olduğu söylenemez. Marka sahibinin Almanya'da piyasaya sunduğu bilgisayarın Türkiye'ye ithali Gri Piyasaya yol açacaktır. Burada malın piyasaya sunulduktan sonra ikinci el satıcı veya dağıtıcılar tarafından bozulması veya farklılaştırılması değil, marka sahibi tarafından iç ve dış piyasaya aynı marka adı altında farklı evsafa malın sunulması olgusu mevcuttur.⁷

⁵ Case C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH* 29 January 1998, E.C.R. I-4799 (1998) 2 C.M.L.R. 953.

⁶ PINAR, H., 2000, s. 855-915.

⁷ KAYHAN, Fahrettin, 2002, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi", Rekabet Kurulu Ekim Perşembe Konferansları 17, Ankara, s. 133.

2. HAKKIN TÜKETİLMESİ (TÜKENME) İLKESİ

2.1. Genel Olarak

Fikri ve sınai mülkiyet hakkının sahibi sadece ürünün ilk defa piyasaya sunulması konusunda mutlak bir hakka sahiptir. Bu hak, fikri ve sınai mülkiyet hakkına konu oluşturan ürünün, hak sahibi (ya da onun izniyle hareket eden bir üçüncü kişi) tarafından piyasaya sürülmesi ile tükenir; bundan sonra hak sahibi, ürünü satın alan kişilerin bu ürünü yeniden satışa sunmalarına, markayı kullanarak reklam ve dağıtım yapmalarına, fikri- sınai hakkına dayanarak karşı çıkamaz. Kısacası, fikri ve sınai haklar hak sahiplerine ürünün ticareti dağıtımını konusunda bir tekel hakkı vermediği gibi ürünün nihai alıcısına intikal etmesine kadar geçecek süre içinde yapılacak satışları ve bunun şartlarını düzenleme, yerine göre bu işlemleri yasaklama yetkisi vermez.⁸ Hak sahibi malı ilk kez piyasaya sunduktan sonra o ürün üzerindeki hakkını tüketir ve artık malın pazarda dolaşımını kontrol edemez. Bu prensip “ilk satış doktrini” olarak da adlandırılmaktadır. Fikri ve sınai hak sahibi, sadece piyasaya sunulan malda sonradan bir değişiklik yapılması (malın kendine özgü yapısını değiştirme veya kötüleştirme gibi) halinde o zaman sahip olduğu hakka dayanarak müdahale edebilir.

Tükenme ilkesinde sadece maddi mallar üzerindeki haklar tükenmektedir. Örneğin hizmet markalarında tükenme prensibi yoktur. Çünkü hizmet bir kez verilmekle zaten tükenmektedir. Dolayısıyla sadece ticaret markalarında tükenme ilkesi söz konusudur.

2.2. Hakkın Tüketilmesinin Koşulları

2.2.1. Malın Hak Sahibi Tarafından veya Hak Sahibinin İzniyle Üçüncü Bir Kişi Tarafından Piyasaya Sunulması

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesinin en önemli koşulu, hakka konu malın fikri-sınai hak sahibi tarafından veya hak sahibinin izni ile üçüncü bir kişi tarafından hukuka uygun bir şekilde piyasaya sunulmasıdır. Burada önemli olan malın piyasaya sunulmasında hak sahibinin izninin olup olmadığıdır. Çünkü hak sahibinin izni olmadan piyasaya çıkarılan mal üzerinde hakkın tüketildiğinden söz edilemez. ATAD’a göre’de tükenme prensibinin

⁸ ARKAN, Sabih, 1998, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 197.

uygulanması açısından en önemli kıstas malın piyasaya sunulmasının hak sahibinin izni ile olup olmadığıdır.⁹

Hak sahibinin hakkının tükenebilmesi için, hakka konu mal üzerindeki zilyetliğinin başkası tarafından elde edilmiş olması gerekmektedir. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılmış satış, markalı malın kiralanması veya vitrine konularak teşhir olunması da piyasaya sunulma olarak kabul edilmektedir.¹⁰ Buna karşılık, markalı mal teminat verilmek üzere malın mülkiyeti devredilmişse ve fakat bu mal önceki gibi hala elde bulunduruluyorsa hakkın tükenmesini sağlayan piyasaya sunulma şartı gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu durumda marka hakkı tükenmeyecek, artık bu malların -satış, kiralama, ödünç verme, leasing sözleşmesine konu olması amacıyla- tekrar piyasaya arzı, bu yönde reklamının yapılması veya herhangi bir şekilde pazarlanması hali marka hakkına karşı bir ihlâl teşkil edecektir.¹¹

Markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından piyasaya sürülmesinin yanı sıra marka sahibinin onayı ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sürülmesi de hak sahibinin marka hakkına dayanarak mal üzerinde tasarrufta bulunulmasını önleme imkanını ortadan kaldırır. Marka sahibi ile hukuki yada ekonomik bir tabiiyet ilişkisi içerisinde bulunanlar marka sahibinin izni ile markayı taşıyan malı piyasaya süren üçüncü kişiler konumundadırlar.¹² Üretici şirketler arasındaki hukukî-iktisadî tabiiyet ilişkisi çerçevesinde mal piyasaya sunuluyorsa örneğin, işletmeler birliğine (*Konzern*) dahil bir ticari şirket tarafından markalı malın piyasaya sürülmesi halinde marka hakkı tükenmiş olacaktır.¹³

Marka sahibi yapacağı sözleşmelerle hukuki açıdan kendisinden tamamen bağımsız olan kişilere de markasını kullanma hakkını verebilir. Örneğin lisans, acentalık, tek satıcılık sözleşmeleri ile acenteye, tek satıcıya, malları marka sahibinin markası altında satışa çıkarma yetkisi verebilir.¹⁴ Lisans sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken husus, lisans alanın, kendisine verilen yetkileri aşım aşmadığıdır. Lisans alanın kendisine tanınan yetkileri aşması

⁹ BEIER, K.F., 1990, "Industrial Property and Free Movement of Goods in the Internal European Market" IIC V.21, No:2, s.153.

¹⁰ PINAR, H., 2000, s. 861.

¹¹ PINAR, Hamdi, 2002, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi", Rekabet Kurulu Perşembe Konferansları, Ankara, s. 120.

¹² ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin, 2001, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 117.

¹³ PINAR, H., 2002, s. 120.

¹⁴ ARKAN, S., 1998, Marka Hukuku, C:2, Ankara, s. 204.

(yetkileri genişletmek veya başkasına devretmek gibi) marka hakkına tecavüz sayıldığından bu hallerde hakkın tükendiğinden sözedilemeyecektir.

2.2.2. Belirli Bir Bölgede Piyasaya Sunulma / Tükenmenin Coğrafi Sınırları

Hakkın tüketilmesi ilkesinin coğrafi alanda; ülkesel, bölgesel ve uluslararası olmak üzere üç tür uygulaması bulunmaktadır.

2.2.2.1 Ülkesel Tükenme (National exhaustion)

Ülkesel tükenme ilkesine göre, hakka konu olan mal bir ülke sınırları içerisinde hak sahibi veya onun yetkilendirdiği bir başka kişi tarafından pazara sunulduktan sonra, hak sahibi o malların yeniden dağıtımını veya ticarete konu olmasına ilişkin olarak sahip olduğu fikri mülkiyet hakkı çerçevesinde herhangi bir sınırlama getiremez. Bir başka ifade ile, söz konusu malların ülke içindeki yeniden satışına ve dolaşımına karışamaz. Bu ilke çerçevesinde, tescilli bir markayı taşıyan ürünler ülke içinde serbestçe dolaşabilir ve üçüncü kişiler yasaların çizdiği sınırlar içerisinde bu mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olurlar.¹⁵

Ülkesel Tükenme İlkesinde, hak sahibi başka bir ülkede yasal yollardan piyasaya sunulan malların kendi ülkesine paralel ithalatını engelleyebilir. Hak sahibi sadece o ülke sınırları içerisinde pazara sunulan mallar üzerinde hak iddiasında bulunamaz. Çünkü, malın ülke içinde piyasaya sunulmasıyla birlikte, piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak o ülke içinde hak tükenir. Fikri Mülkiyet Hakkı (FMH) sahibinin ülke içerisinde piyasaya sunduğu bir malı, başka bir ülkeye ihraç etmesinden sonra, üçüncü kişiler tarafından marka sahibinden izin almaksızın, mal, ihraç edilen o ülkeden geri ithal (reimportation) edilebilir. Hak sahibi geri ithalata o mal üzerindeki hakkı tükendiği için engel olamaz.

Bu ilkenin söz konusu mallar bakımından yarattığı sonuç ise, hak sahibine uluslararası pazarı bölme olanağı tanınmasıdır. Bu olanak çerçevesinde hak sahibi her ülkenin kendine has koşullarını da dikkate alarak farklı fiyat ve satış politikaları izleyebilir. Bu ilkeyi kabul eden ülkede fikri mülkiyet hakkına konu olan mallar için marka içi rekabet, paralel ithalatın olmaması nedeniyle sınırlandırılmış olur ve başka ülkelerdeki düşük fiyatın yarattığı arbitrajdan bu ülkenin vatandaşları mahrum kalırlar.¹⁶

¹⁵ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 11.

¹⁶ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 11.

2.2.2.2. Bölgesel Tükenme İlkesi (Regional exhaustion)

Bölgesel tükenme ilkesine göre, birden fazla ülke alanı yapılan serbest ticaret anlaşmaları veya uluslararası sözleşmelerle tek bir bölge kabul edilmekte ve fikri mülkiyete konu hakkın, hak sahibi veya hak sahibinin izniyle üçüncü bir kişi tarafından o bölge içerisindeki ülkelerden herhangi birinde piyasaya sunulmasıyla o bölgeyi oluşturan bütün ülkeler açısından hak tükenmektedir. Bu ilke esasen Ülkesel Tükenme İlkesiyle aynı düşüncenin ürünüdür fakat tükenmenin gerçekleşeceği alan genişletilmiştir. Bu nedenle sonuçları bakımından benzemektedir. Şöyle ki, ülkesel tükenme ilkesinde olduğu gibi hak sahibi, fikri mülkiyet hakkına konu malın bölge içerisinde piyasaya sunulmasından sonra bir daha söz konusu malın bölge içerisinde dolaşımına, el değiştirmesine ve o mallarla ilgili olarak yapılan ticari işlemlere engel olamayacaktır. Yani mal o bölge içerisinde serbestçe dolaşabilecektir. Örneğin AB üyesi ülkelerde bu ilke uygulanmaktadır.

Paralel ithalat açısından ise ülkesel tükenme ilkesinde olduğu bölge içerisindeki ülkeler arasında hak tükendiğinden paralel ithalata engel olunamaz. Bununla birlikte hak sahibinin bölge dışında piyasaya sunduğu bir malın, o bölgeye paralel ithalat yoluyla ithaline engel olunabilecektir. Çünkü hak sahibi açısından bölge içerisinde o hak tükenmemiştir.

Marka hakkı sahibinin bölge içinde piyasaya sunduğu malları bölge dışında bir ülkeye ihraç etmesi halinde, bu malların tekrar bölgeye ithal edilmesi durumunda bu ithalatın bölgedeki aynı ülkeye yapılması (paralel ithalat) bölgedeki diğer bir ülkeye yapılması (geri ithalat) hallerinin her ikisinde de marka hakkı tükendiğinden marka sahibi bu ithalatı marka hakkına dayanarak engelleyemez.¹⁷

2.2.2.3. Uluslararası Tükenme (International exhaustion)

Uluslararası tükenme prensibi, malların hak sahibi tarafından veya onun izni ile uluslararası pazarda herhangi bir yerde pazara sunulmasından sonra, marka sahibinin markanın sağladığı hakları malların piyasaya sunulduğu ülkeden başka bir ülkede de tüketmiş olması anlamına gelir.¹⁸ Uluslararası tükenme ilkesinin kabulü halinde, hiçbir coğrafi sınır tanımaksızın dünyanın neresinde piyasaya sunulursa sunulsun markayı taşıyan bir malın marka sahibi tarafından veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasıyla

¹⁷ KAYHAN, Fahrettin, 2001, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C:1, Ankara, s.142.

¹⁸ ÇAMLİBEL, E., 2001, s.94.

marka hakkı evrensel olarak tüketir. Bu kabulün doğal sonucu olarak, marka hakkı sahibi marka hakkına dayanarak paralel ithalatı engelleyemez.¹⁹

Uluslararası tükenme prensibinin uygulanması halinde, paralel ithalat engellenmediği için dünya pazarında malların fiyatları dengelenebilmekte dolayısıyla markalar arası ve marka içi rekabetin önü açılmaktadır. Uluslararası tükenme ilkesinin uygulanması halinde az gelişmiş ülkelerden yapılan paralel ithalatlar nedeniyle doğacak rekabet ortamında fiyatlar dengelenecek ve tüketicinin yararına sonuçlar doğacaktır.

Doktrinde çoğunluk görüşü uluslararası tükenme ilkesinin markanın fonksiyonlarına daha uygun bir ilke olduğu yönündedir.

3. ÜLKESEL VE BÖLGESEL TÜKENME İLKESİNİ SAVUNANLARIN EKONOMİK GEREKÇELERİ

3.1. Bedavacılık Sorunu (free-riding problem)

Uluslararası tükenme ilkesinin en önemli sonucunun paralel ithalatın engellenememesi olduğu göz önüne alındığında, paralel ithalat karşıtlarının / fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin bu konuda ileri sürdükleri ekonomik gerekçe bedavacılık problemidir.

Uygulamada, hak sahibi her bölge ve/veya ülkede hakka konu ürünün satılması veya üretilmesi konusunda bir teşebbüse yetki vermekte (lisans anlaşmaları, distribütörlük anlaşmaları gibi), yetki ile beraber o teşebbüse bir takım maliyetler de yüklemektedir. Bu maliyetler ilgili teşebbüsün yapacağı garanti hizmetleri, ürünün pazarda tanıtılması, reklamı, ar-ge çalışmaları şeklinde olabilmektedir. Münhasır bölgede tek bir teşebbüsün yetkilendirilmesinin nedeni, o bölgede gerekli yatırımların bu teşebbüs tarafından yapılmasını teşvik etmek amacını taşımaktadır. Teşebbüs bahsedilen konularda yatırımlar yapmakta, ürünün piyasadaki markalar arası rekabet gücünü artırmaktadır. Yapılan yatırımlar doğal olarak ürünün maliyet hesabına yansımaktadır.

Paralel ithalat yolu ile o ürünün bölgeye getirilmesi, paralel ithalatçıların, yapılan yatırım maliyetlerine katlanmadan pazara girerek malları pazara sunmaları bedavacılık sorununun başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bu durum kısa vadede tüketici yararına gibi

¹⁹ KAYHAN, F., 2001, s. 143.

görünse de orta ve uzun vadede teşebbüslerin yenilik ve yatırım yapma isteklerini soğutma riskini de taşımaktadır. Teşebbüslerin harcamış oldukları emek, sermaye gibi faktörlerini geri alabilmeleri zorlaştığından yatırım yapma isteği azalacaktır.

Büyük yatırımlar veya zaman ve emek harcanarak yapılan bazı imkanların rakipler tarafından hiç çaba gösterilmeden kullanıma sunulması rakip teşebbüslerin piyasadaki faaliyetleri için bir çeşit bedava kullanım imkanı doğurmaktadır. Bedava kullanım derken kullanılan unsura herhangi bir ödeme yapmamak olarak algılanmaması gerekir. Yapılan ödeme ve katlanılan riskin karşılaştırılması ve oransal adaletsizliğin varolması aynı etkiyi sağlayabilir. Bu tür eleştirilerin doğruluk payı yüksektir. Bir teşebbüsün belirli riskler alarak, belirli maliyetlerle yaptığı bazı yatırımların başka rakip firmalar tarafından kullanıma sunulması, adaletsizmiş gibi görünebilmektedir.²⁰

Genel olarak bakıldığında, bedavacılık sorununun paralel ithalata ilişkin olarak politikaların belirlenmesinde önemli ölçüde dikkate alınması gereken bir konu olduğu düşünülebilir. Ancak bu soruna per se bir yaklaşım yanlıştır. Başka bir ifade ile bedavacılık argümanı çerçevesinde bütün sektörleri kapsayacak global bir tükenme rejimi ve paralel ithalat politikası belirlemek doğru bir yaklaşım olmayabilir. Böyle bir yaklaşım özellikle markalar arası rekabetin yoğun ve malın fiyat esnekliğinin yüksek olduğu pazarlar bakımından etkin sonuç doğururken tersi durumda, sadece ilgili teşebbüsün pazar gücüne destek olmaktan başka sonuç doğurmayabilir.²¹

İNAN, hakkın tüketilmesi ilkesinin mikro düzeyde fikri mülkiyet hakkı sahibini bedavacılıktan korumak amacıyla getirilen bir kural olduğunu belirtmektedir. Tek satıcının henüz Türkiye’de piyasaya sürmediği fakat önceden bir takım pazarlama ve reklam faaliyetleri ile ürünü tanıttığı durumlarda paralel ithalatın engellenebileceği çünkü bu durumda tek satıcının yaptığı yatırım maliyetlerine katlanılmadan üçüncü bir kişinin bunlardan yararlanması söz konusudur ki buna haksız rekabet’te emek ilkesi denilmektedir.

Rekabet kurumunun benimsediği bizimde katıldığımız görüşe göre, ülkesel veya bölgesel tükenme ilkelerinin kabulü ve paralel ithalatın engellenmesine dayanak olarak, sadece bedavacılık sorununu göstermek yanlış sonuçlar doğuracaktır. Çünkü, paralel ithalatın

²⁰ ÖLMEZ, Hakan Suat, 2003, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:33, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 66.

²¹ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 18.

engellenmesi, ar-ge çalışmaları sonucu geliştirilen, ortaya çıkan ürünü değil, üreticinin pazar stratejisini koruyarak üreticiyi içinde bulunduğu pazar ekonomisinde tekel haline getirebilecektir. Bu da ortaya çıkması muhtemel başka bir risktir. Bu nedenle kısır yaklaşımlar ve dar bir bakış açısı ile konu değerlendirilmemelidir. Bu çerçevede her iki argümanın da haklı olduğu noktaların varlığı gözardı edilmemelidir.

3.2. Fiyat Ayrımcılığının Refahı Arttırdığı İddiası

Paralel ithalatın engellenebildiği Ülkesel ve Bölgesel Tükenme ilkelerinin uygulanması halinde fikri mülkiyet hakkı sahibi, serbest dolaşımı engelleyebildiği pazarları bölge bazında bölmekte ve o bölgedeki (ülkedeki) ekonomik koşullara göre fiyat politikası belirleyebilmektedirler. Paralel ithalatın ortaya çıkış noktası da ülkelerarası fiyat farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Fiyat ayrımcılığının refahı artığı iddiası çerçevesinde, bu görüşü savunanlar fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, fiyat ayrımcılığı yaparak bir pazardan elde ettiği artı gelirlerini yeniden yatırıma dönüştürerek istihdam yaratabileceğini ve/ veya yeniliklerin ortaya çıkmasında yapılacak araştırma geliştirme çalışmalarında hak sahiplerinin hareket kabiliyetini artıracaklarını ileri sürmektedir.

Pazarı uluslararası pazar olarak kabul edersek, marka hakkı sahibinin farklı ülkelerde takip edebileceği farklı fiyatların refah üzerinde olumlu sonuçlar doğurabileceği kabul edilebilir. Örneğin bir fakir ve diğeri zengin iki ülkenin olduğu bir model çerçevesinde, marka sahibi zengin ülkede yüksek fiyat belirleyerek buradan elde ettiği gelir ile fakir ülkede daha düşük fiyat belirleme imkanına kavuşabilir. Bu bağlamda teşebbüs her iki ülkede mal satma imkanına sahip olduğu için üretim bakımından ölçek ekonomisinde önemli ölçüde yararlanabilir. Eğer bu iki ülke arasında paralel ithalat imkanı olursa, bu durumda marka sahibi her iki ülkede aynı fiyatı takip etmek durumunda kalacağı için, paralel ithalattan fakir ülkenin zarar göreceği ileri sürülmektedir. Ancak şunu da kabul etmek gerekir ki, böyle bir modelin işleyebilmesi için en azından yüksek fiyat politikasının takip edildiği ülkenin paralel ithalatın engellenmesine imkan tanıması gerekir. Aksi takdirde fakir ülkenin nasıl bir ilke belirlediğine bakılmaksızın modelin istenen sonucu vermesi mümkün değildir. Bu konuda ileri sürülebilecek başka bir itiraz ise marka sahibinin, zengin ülkede karşı karşıya kalabileceği markalar arası rekabet sebebiyle, istediği fiyatı uygulayamamasıdır. Son bir

nokta ise, yüksek fiyatın belirlendiği ülkede fiyatın talep esnekliğinin düşük olması gerekliliğidir.²²

3.3. Tüketicilerin Aldatıldığı ve Paralel İthalatın Korsan Markaları Teşvik Ettiği İddiası

Farklı pazarlarda piyasaya sunulan aynı marka ürünler o pazarın özelliklerine göre farklı standartlarda, örneğin farklı ambalaj içerisinde üretilmiş olabilmektedir. Bu durumda paralel ithalat yolu ile getirilen mallar tüketicinin kafasında karışıklığa yol açabileceğinden taklit ve korsan ürünlerin ülkeye girişlerinin önünü açacak niteliktedir. Bu durum tüketici gözünde marka imajı ve değerine de zarar verebilecek sonuçların ortaya çıkmasına neden olacağından paralel ithalatın engellenmesi gerektiği savunulmaktadır. Fakat burada taklit ve korsan ürünlerin piyasaya sunulmasının yasa dışı faaliyetlerin önlenmesi ile ilgili bir konu olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

3.4. Uluslararası Tükenme İlkesini Savunanların Ekonomik Gerekçeleri

3.4.1. Uluslararası Tükenme İlkesinin Serbest Ticaretin İlkelerine Daha Uygun Olduğu İddiası

Uluslararası tükenme ilkesi dolayısıyla paralel ithalatın engellenmemesi gerektiğini savunanların en önemli gerekçesi, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, fikri mülkiyet haklarına dayanarak uluslararası pazarları bölmelerinin serbest ticaret ilkesi ile bağdaşmadığı yönündedir. Şöyle ki, ulusal veya bölgesel tükenme ilkelerinin kabul edilmesi ile birlikte paralel ithalatın yasaklanması, o bölgedeki teşebbüsler için olması gerekenden daha fazla bir koruma sağlayacağından teşebbüslerin rekabet ortamından uzak kalarak kapalı ekonomilerin doğmasını teşvik edecektir. Sonuçta nihai tüketici ürünü fazla fiyatlarla alacağından olumsuz sonuçlar ortaya çıkacaktır.

Serbest ticaret, pazar engellerinin ortadan kaldırılarak kaynakların etkin ve sağlıklı bir şekilde dağıtımını amaçlamaktadır. Paralel ithalatın serbestleşmesi de kaynakların dağılımındaki dengeyi olumlu yönde etkileyecektir. Aslında AB üyeler arasında bölgesel tükenme ilkesinin kabulünün nedeni de pazar engellerinin ortadan kaldırılmasıdır.

²² CARSTEN, Fink, 2005, Entering the Jungle of Intellectual Property Rights, "Exhaustion and Parallel Imports", s.12 http://www1.worldbank.org/wbiep/trade/c_papers/fink-parallel.pdf.

3.4.2. Paralel İthalatın Rekabeti Tamamlayıcı Olduğu İddiası

Rekabet Hukuku açısından bakıldığında paralel ithalatın yasaklanması, gerek marka içi gerekse markalararası rekabeti sınırlayacağından, hakka konu malların üretim veya satışı yetkisi verilen teşebbüse o bölgede tekel olma imkanı vereceğinden rekabete aykırı sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Özellikle markalar arası rekabetin az olduğu pazarlarda nihai tüketicinin alternatifleri az olduğundan marka hakkı sahibinin o pazarda hakim duruma gelmesi ve rekabet üstü bir kar elde etme amacıyla hakim durumunu kötüye kullanması söz konusu olabilecektir.

Bu görüşü savunanlar, uluslararası tükenme ilkesinin kabulü halinde paralel ithalatın pazardaki rekabet koşullarına olumlu etkileri olduğunu ileri sürmektedirler. Bir ülkede marka hakkı sahibi veya onun yetkilendirdiği teşebbüsün Pazar gücünü kötüye kullanması veya rakipleriyle rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylemler içerisine girmesi paralel ithalatın imkan dahilinde olduğu koşullarda zorlaşacaktır. Paralel ithalatın engellenmesi halinde, teşebbüsler kolaylıkla ellerinde pazar gücünden daha fazla yararlanma veya rakipleriyle kolaylıkla anlaşarak rekabeti sınırlandırma yoluna gidebilirler.²³

3.4.3. Paralel İthalata Konu Olan Malların Bir FMH Sorunu Olmadığı İddiası

Fikri mülkiyete konu bir hak, hak sahibi tarafından veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulduktan sonra artık o mallar üzerinde daha fazla hak ve yetki iddia etmek fikri mülkiyet haklarının korunma amacıyla bağdaşmamaktadır. Zaten hak sahibi hakka konu malı ilk kez piyasaya sunduğunda kendisine hakkın sağladığı korumayı kullanarak yeterli ekonomik kazanç elde etmektedir. Paralel ithalat konusu olan bir mal üzerinde yeniden hak iddia etmek hakkın kapsamını aşacaktır.

²³ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 23.

2. BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

1. GENEL OLARAK

20. Yüzyılın başlarından itibaren ulaşım ve haberleşme başta olmak üzere, teknolojiye yaşanan gelişmeler karşısında ülkeler arasında her alanda entegrasyon hareketleri başladı. Milli ülkelerin bir yandan bağımsızlık mücadelesi verirken bir yandan da yaşanan bu gelişmeler karşısında bir takım iktisadi ve politik çözümler üretmesi bir zorunluluk halini aldı. Bu süreç küreselleşme tartışmalarına da hız kazandırdı.

İktisadi açıdan küreselleşme özellikle 1980’li yıllardan itibaren belirginleşmeye başlamıştır. Küreselleşmeyi tanımlamaya dair yaklaşımlar her ne kadar tartışılmaya açık olsa da, üzerinde en az tartışma olan ekonomik, ticari ve finansman alanlarındaki küreselleşmedir. Ekonomik küreselleşmeyi sağlayan üç önemli boyut bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, küresel finansman ilişkilerinin çıkması ve gelişmesidir. İkinci boyut küresel üretim ağı ve bunun sonucu olan üçüncü boyut ise ticari ilişkiler ağının küreselleşmesidir.²⁴

Küreselleşme hareketlerinin doğal olarak en hızlı geliştiği alanlardan biri de niteliği itibariyle Fikri ve sınai mülkiyet hakları alanı olmuştur. Fikri ve sınai mülkiyet hakları ile ilgili ilk düzenlemeler milli sınırlar içinde yapılmış fakat teknolojik gelişmeler ve globalleşmenin önlenemeyen yükselişi ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının milletlerarası dolaşımı koruma kapsamının ülke sınırları ile bağlı olmasının yetmeyeceğini göstermiştir. Dönemin gelişmiş ülkeleri, mevcut durumun yarattığı sakıncaları önceleri ikili anlaşmalarla mütekabiliyet (karşılıklılık) esasına göre gidermeye çalışmışlardır. Bu anlaşmaların yetersiz kalması nedeniyle çok uluslu anlaşmalar yapma ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu alanda atılan en önemli adımlardan biri de ilk çok uluslu anlaşma olan, 11 ülke arasında 20.03.1883 yılında imzalanan ve bugüne kadar altı kez revize edilen “Sınai Mülkiyetin Himayesine İlişkin Paris İttihadı Mukavelesi”²⁵ yani “Paris Sözleşmesi”dir.

²⁴ ÇETİNTAŞ, Hakan, 2000, “Küreselleşme sürecinde Türkiyenin Rekabet Politikası ve Rekabet Gücü: Demir - Çelik Sektörünün Rekabet Gücü Analizi” Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, İstanbul, s. 14-16.

²⁵ Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

Bunu, 09 Eylül 1886 tarihinde İsviçre'nin Bern şehrinde 10 ülkenin katılımı ile imzalanan "Edebiyat ve Sanat Eserlerin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi" izlemiştir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra, gelişmiş ülkelerin büyük paralar akıttığı AR-GE çalışmaları sonucu ortaya çıkan teknolojilerin, az gelişmiş ülkeler tarafından taklit edilmesi rekabet dengelerinin gelişmiş ülkeler aleyhine değişmesine neden olmuştur. Savaş sonrasında ekonomik işbirliğinin tesisine yönelik olarak Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası (IBRD) gibi çeşitli yapılanmalar ortaya çıkmıştır.

II. Dünya Savaşından sonra uluslararası ticareti düzenlemek amacıyla BM çerçevesinde Cenevre'de 1947 yılında yapılan uluslararası bir konferans sonucunda imzalanmış olan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT), tarafı olan devletleri bağlayan anlaşmalar demeti olarak her on yılda bir tekrarlanan turlar (roundlar) şeklinde sürmüş ve en son Uruguay Round'da Dünya Ticaret Örgütünü (WTO) kuran Nihai Senet'in imzalanmasıyla bugünkü şeklini almıştır.²⁶ Nihai Senet (Final Act) ile WTO'nun kurucu antlaşması ve eki TRIPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması) yürürlüğe girmiştir. TRIPS antlaşması fikri ve sınai mülkiyet haklarının uluslararası alanda ortak bazı ilkelere korunmasına serbest ticareti kısıtlamayacak şekilde düzenlemeler getirmesi çalışılması nedeniyle önemli bir adım olmuştur. Avrupa Birliğine üye devletlerin her biri GATT'a ve WTO'ya tek tek üye oldukları gibi AB'de ayrıca tüzel kişilik olarak üyedir.

Esasen, genel olarak ülkeler bu süreçte politikalarını uyumlaştırmışlardır. Gelişmekte olan ülkelerin 109'u 1980'lerden sonra piyasa ekonomisine geçme adına reformlar yapmışlardır. Ekonomik faaliyetlerin küreselleşmesi, ister gelişmiş, ister gelişmekte olsun bütün ülke ekonomilerinde rekabetçi baskıyı artırmıştır. Bu nedenle milli devletlerin küreselleşmeye karşı çözüm üretmek zorunda oldukları en önemli politika alanlarından birisi de rekabet politikasıdır.²⁷

Gerek GATT Antlaşmalarının, gerekse Dünya Ticaret Örgütünü kuran antlaşmanın asıl amacı, üyeleri olan ülkeler arasında ticareti engelleyen ayırıcı uygulamalara son vermek ve rekabeti sağlamaktır. Bu itibarla, WTO'nun kurulması ile örgüt içinde bir Ticaret

²⁶ EROL, Kemal, 09/2000, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 148.

²⁷ AKTAŞ, Cihan, 2003, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:28, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 25.

Politikasını Gözden Geçirme Mekanizması (Trade Policy Review Mechanism) kurulmuştur. Bu mekanizmanın iyi işlemesi için, üye ülkelerin birbirleri ile uyumlu ve tutarlı bir rekabet mevzuatına sahip olması gerektiği açıktır. Bu itibarla Türkiye'nin rekabet mevzuatına sahip olması, GATT ve WTO'ne üyeliği sebebiyle de önem taşımaktadır.²⁸

1.1. Avrupa Topluluklarının Kuruluşu ve Avrupa Birliği

Tarihsel gelişimi içerisinde, Avrupa entegrasyon hareketleri arasında olduğu kadar, dünyadaki uluslararası entegrasyon hareketleri arasında da bugüne kadar en başarılı olduğu kabul edilen, Avrupa Birliği'nin ilk resmi kuruluş adımı, 18 Nisan 1951 yılında altı Avrupalı devlet, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Fransa, Almanya ve İtalya arasında imzalanan Paris Antlaşması ile atıldı. Paris'te imzalanan Kurucu Antlaşma ile kurulmuş olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (AKÇT), ilk "uluslar üstü" (supranasyonel) kurum olma özelliğini taşımaktadır. Bu antlaşma ile taraf devletler, egemenlik haklarından bir kısmını kendi iradeleri ile uluslar üstü kuruluş olan AKÇT'ye devretmişlerdir. AKÇT'nin asıl amacı silah hammaddesi olan çelik ve kömür üretiminin ve satışının kontrolü ile barışın korunması; bu arada her iki stratejik maddenin de üretim ve pazarlamasındaki güç birliğinin ekonomik olarak sağlayacağı katkılarla üye devletlerin ekonomik refahının artırılması idi.²⁹

AKÇT'nun kuruluş amacı bu değilse bile, uluslarüstü bir örgüt biçiminde kurulmuş olan ilk kartel olduğu ve bununla bir anlamda kömür ve çelik karteli oluşturulduğu ileri sürülmektedir. Belkide başarılı bir şekilde süren bu işbirliğini, ekonominin diğer alanlarında da sürdürmek amacıyla, aynı devletler Avrupa ortak pazarını oluşturan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET) kuran Roma Antlaşmasını (Treaty of Rome) 25 Mart 1957 de Roma'da imzalamışlardır. Bu antlaşma ile Topluluğun amacı, üye ülkeler arasında malların, kişilerin, sermayenin ve hizmetlerin serbestçe dolaşabildiği bir ortak bir pazarın kurulması olarak belirlenmiştir. Bu fikirler o tarihte hedeflenmiştir.

Üye ülkeler Roma Antlaşması ile birlikte, aynı tarihte Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu kuran (AAET) Antlaşmasını da imzalamışlardır.

Her üç Kurucu Antlaşmada değişiklik yapan 7 Şubat 1992 tarihinde imzalanıp 1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması ile, Avrupa Toplulukları (AT) (European

²⁸ EROL, K., 2000, s. 149.

²⁹ EROL, K., 2000, s. 43, 45.

Communities) ortadan kalkmış ve “Avrupa Birliği” (AB) oluşturulmuştur. Maastricht Antlaşmasının G, H ve I maddeleri, AET, AKÇT ve AAET kuran Roma ve Paris Antlaşmalarında bazı değişiklikler yapmış ise de, bu değişiklikler dışında Toplulukların Kurucu Antlaşmaları ve tüzel kişilikleri devam etmektedir.³⁰

Kendine has (sui generis) bir hukuk olan Avrupa Birliği Hukuku'nun en üstten en alta bugüne kadar yarattığı hukuk kurallarının bütününe müktesebat (Acquis Communaitare) denilmektedir. Uluslar üstü (supranational) bir örgüt olan AB'nde bir hukuk kuralı üye devletler için üstün hukuk kuralıdır ve doğrudan uygulanır. Buna “AB hukuk kurallarının üstünlüğü” (Supremacy of the European Union Law) denir.

1957 tarihli Roma Antlaşması altı kısımdan oluşur ve başlangıç hükümleri vardır. Topluluk Temelleri Başlıklı ikinci kısımda Malların Serbest Dolaşımı İlkesine yer verilmiştir. AB içinde mallar serbest dolaşacağı için, dış sınırlarda yeknesaklık sağlanmak zorundadır. Bu yüzden dış sınırlar için geçerli bir AB Ortak Gümrük Tarifesi (OGT) yapılmıştır. AB'ne nereden mal girerse girsin aynı gümrük vergisi ödenir. AB ticaret politikası Roma Antlaşması'nın 131-134 üncü (eski md. 110-115) maddelerinde açıkça düzenlenmiştir. Ortak dış ticaret politikası, AB'nin üçüncü ülkelere uyguladığı gümrük tarifesi olan OGT'nin doğal sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Üye ülkeler arasında malların serbest dolaşımı hedefini gerçekleştirmek için; OGT uygulanması veya gümrük birliği tek başına yeterli olmayıp bununla birlikte, ithalat ve ihracata ilişkin kurallar ile ticaret ve rekabet politikası alanlarında da ortak hareket etmenin gerekliliği anlaşılmış yani her alanda ortak bir dış ticaret politikası oluşturma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bir başka ifade ile üye ülkelerin kendi aralarında ekonomik bir bütünlük sağlama ve iç pazar oluşturma hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla, dış ticaret politikalarını ortak kurullarla düzenlemeleri AB Ortak Dış Ticaret Politikasını oluşturmaktadır.

Avrupa Birliği organları (Commission of The European Communities) Avrupa Birliği Paramentosu, Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Birliği Komisyonundan, Avrupa Birliği mevzuatı ise Kurucu Antlaşma, Tüzükler, Direktifler, Kararlar ile Tavsiye ve Görüşlerden oluşmaktadır.

³⁰ EROL, K., 2000, s. 44.

Tüzükler (Regulation), Konsey ve Komisyon Tüzüğü olmak üzere ikiye ayrılır. Konsey Tüzükleri hukukumuzdaki Kanunlara, Komisyon Tüzükleri ise Kanun Hükmünde Kararnamelere benzemektedirler. Bir başka ifade ile Konsey ve Komisyon Tüzükleri arasında yetki farkı vardır. Biri yetkileri daha geniş olan yasama, diğeri ise yürütme yetkisidir. Örneğin bir konuda yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıktığında bu düzenlemenin hemen uygulanması istiniyorsa bunun Konsey Tüzüğü olarak yayınlanması gerekir. Çünkü Konsey Tüzüğüne herkes uymak zorundadır, iç hukukta direkt uygulanır. Kısaca Avrupa Birliği Konsey Tüzükleri normal iç hukuktaki kanunlar gibi doğrudan uygulanırlar.

Direktifler (Directives)'de Tüzükler gibi Konsey ve Komisyon Direktifleri olmak üzere ikiye ayrılırlar. Direktifler, '... konusunu yerine getirmek için üye devletler gereken tedbirleri alacaktır' şeklinde yapıldıklarından, Konsey Tüzükleri gibi hemen uygulamaya girmezler. Direktifler, üye devletlerin iç hukukta gereken tedbirleri almaları için onlara süre tanırlar ve üye devletleri taraf alırlar. Direktifler "doğrudan uygulanabilirlik" özelliğine sahip olmadıkları için, üye ülkeler tarafından, direktifte öngörülen süre içinde , ya iç hukuka aynen yansıtılır veya iç hukuk direktifte öngörülen ilke ve kurallara göre değiştirilir. Ancak direktiflerin işlevleri sadece uyumlaştırmayı gerçekleştirmek değildir. Direktifin muhatabı üye devletlerdir, çünkü, hukukunu direktife uygun olarak değiştirmek üye devletlere yönelen bir yükümdür. Bu yüküme uymamanın sonuçlarına ilgili üye ülke katlanır. Direktifin ulusal hukuk içine alınması şekil ve yolunu belirlemekte –kural olarak- üye ülke serbesttir.³¹

Tüzükler, doğrudan doğruya hem üye devletleri, hemde bu karardan yarar sağlayacak kişileri muhatap aldıklarından herkes için bağlayıcıdır. Direktifler ise sadece devletler için bağlayıcıdır, muhatap sadece devlettir.

Kararlar (Decision), sadece ilgili olan tarafları ya da kurumları bağlar. Kararlar sadece Komisyon kararıdır, konsey kararı olmaz. Kararlar devletlere, şirketlere veya kişilere yönelik olabilir.

Tavsiye ve Görüşler ise bağlayıcı değildir, belli konulardaki görüşleri yansıtmaktadır.

³¹ TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi, s. 72.

1.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Kuralları

Rekabet kuralları, Roma Antlaşması'nın, 81 (eski madde 85) ile 88. (eski madde 92) maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan maddeler kendi içlerinde iki bölüme ayrılmıştır bunlardan birincisi işletmelere ilişkin hükümlerdir. Roma Antlaşması'nın 81. maddesi kartelleri ve kartel dışında kalan kısımları , 82. maddesi ise hakim durumda olan bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Her ikisi de doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip hükümlerdir. Roma Antlaşmasının 83 ve 85. maddeleri ise, Konseye Antlaşmanın 81 ve 82. maddelerinin uygulanması ile ilgili olarak verilen düzenleme görevi ile Komisyonun görevlerine ve anılan madde ile ilgili olarak üye ülkelerin alacağı hukuksal önlemlere ayrılmıştır.³² Roma Antlaşmasının 86. maddesinde ise üye devletlerin kamu teşebbüsleri ve kendilerine özel haklar veya tekel hakları verilen teşekküllerle ilgili olarak Antlaşmanın 12 ve 81'den 89'a kadar olan maddelere aykırı davranamayacakları ve Topluluk rekabet kurallarına aykırı kurallar getiremeyecekleri konusu düzenlenmiştir.

İkinci bölümde belirtilen kurallar ise devlet yardımları ile ilgilidir. Roma Antlaşmasının 87. (eski madde 92) maddesinde, Antlaşmada aksine hüküm bulunmadıkça, belirli teşebbüsleri ya da belirli ürünlerin üretimini kayırarak rekabeti bozan veya bozma tehdidi yaratan ve bir Üye Devlet tarafından veya hangi şekilde olursa olsun Devlet kaynakları aracılığıyla yapılan yardımlar, Üye Devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde Ortak Pazar ile bağdaşmaz kabul edilmiştir. Avrupa Birliği Rekabet kuralları Türk Rekabet kuralları ile birlikte karşılaştırmalı olarak incelendiğinden burada daha fazla değinilmeyecektir.³³

1.3. Avrupa Birliği'nde Malların Serbest Dolaşımı ve Fikri Haklar

Fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukuku etkileşiminden, fikri hakların malların serbest dolaşımını engellemek için kullanılabilmesi, AB açısından özel bir önem taşımaktadır. AB'nin temel amacı bir yandan OGT ve Ortak Dış Ticaret Politikası ile dış sınırlarda yeknasak uygulamayı garantilerken diğ er yandan malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanabileceğ i ulusal sınırlardan arındırılmış bir iç pazar yaratmaktır. Üye ülkeler arasında ulusal boyutta korunan fikri haklar ise Ortak Pazar içinde

³² TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bastı, Beta Yayınevi, s. 381.

³³ Ayrıntılı bilgi için Türk Hukukunda Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet İlişkisi Bölüm başlığı altında bakınız.

malların serbest dolaşımına engel olabilmektedir. İşte buradan temel bir çatışma ortaya çıkmış ve fikri hakların Ortak Pazar içinde malların serbestçe dolaşabilmesini engellemeye dönük kullanımı bir çok davaya konu olmuştur.³⁴

Fikri ve sınai mülkiyet hakları (FMH), hak sahibine mülkiyet benzeri son derece güçlü yetkiler vermektedir. Bu yetkilerin kullanılması rekabet düzeninin korunmasını da etkilemektedir. Çünkü, bu güçlü inhisari yetkiler fikri-sınai hak sahibini, bir nevi iktisadi anlamda monopol olmasa bile, güçlü bir konuma getirmektedir. Bu yetkilerin kullanılması AB’nde serbest ticareti dolayısıyla rekabet düzenini etkileyebilecektir.³⁵

FMH’nın hak sahibine tanıdığı bu güçlü yetkilerden sonra hukuk düzenleri, düzenin de korunması açısından nerede bir hak tanınmışsa, daima onun istisnasını da saymıştır. Hele mülkiyet benzeri güçlü yetkilerin tanıdığı yerlerde, kamu düzeni adına daima bunlar kanunlarda ayrıca teker teker sayılmak suretiyle vurgulanmıştır.³⁶ AB nin temel hedefleri arasında yer alan Serbest Ticaret ile teknolojik yenilikler sonucu daha da önem kazanan fikri ve sınai hakların birbiriyle yarışmasında bu iki menfaatin dengelenmesi amacıyla Roma Antlaşması’nda birtakım düzenlemeler yapılmıştır.

AB’nin kurucu antlaşması olan Roma Antlaşması’nın Topluluk Politikaları başlıklı Üçüncü Kısım, Başlık 1’de Malların serbest dolaşımı konusu madde 23 ve 24’te (eski md. 9 ve 10) düzenlenmiştir.

Roma Antlaşması madde 23 (eski md. 9); “1. Topluluk, mal ticaretinin tümünü kapsayan ve Üye Devletler arasında ithalat ve ihracattaki gümrük vergileri ile eş etkili bütün yükümlerin yasaklanmasına ve üçüncü ülkelerle ilişkilerde ortak bir gümrük tarifesinin kabulüne dayanan bir gümrük birliği temeli üzerine kurulmuştur.

2. 25. (eski md.12) madde’nin ve Bu Başlığın 2. Kısmı’nın hükümleri, Üye Devletler kaynaklı ürünlerle, üçüncü ülkelere gelen ve Üye Devletlerde serbest dolaşım durumunda bulunan ürünlere uygulanır.” şeklindedir.

³⁴ ARI, M. Haluk, 2003, Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:29, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 4.

³⁵ ARIKAN, A. Saadet, 2002, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi”, Rekabet Kurulu Ekim Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.108.

³⁶ ARIKAN, S., 2002, s. 112.

Ayrıca antlaşmanın, 28-30. (eski md. 30-36) maddeleri de malların serbest dolaşımına ilişkindir. Antlaşmanın 28. (eski md. 30) maddesine göre; “İthalata ilişkin miktar kısıtlamaları ile eş etkili tüm tedbirler, aşağıdaki hükümler saklı kalmak kaydıyla Üye Devletler arasında yasaktır.”

Antlaşmanın 30. (eski md. 36) maddesi ise; “ 28 ve 29. maddelerin hükümleri, genel ahlak, kamu düzeni veya kamu güvenliği; insan ve hayvanların hayatı ve sağlığının ve bitkilerin korunması; sanatsal, tarihi veya arkeolojik değere sahip ulusal varlıkların korunması; veya sınai ve ticari mülkiyetin korunması sebebiyle ithalat, ihracat ya da transit yasağı veya bunlara ilişkin kısıtlama konmasına engel oluşturmaz. ” şeklindedir.

Yani 28. (eski md.30) madde ile getirilen mutlak yasaklamaya 30. (eski md. 36) madde ile bazı istisnalar getirilmiştir. Roma Antlaşması'nın 28. ve 30 uncu (eski md. 30-36) maddeleri birlikte değerlendirildiğinde ise şu sonuca varılmaktadır. Buna göre, üye devletlerin, fikri ve sınai mülkiyet haklarının sağladığı tekelleri kullanma hakkı nedeniyle, bu hakları koruyabilmek için, malların serbest dolaşımını engellemesi 28 inci (eski md.30) madde anlamında yasak kapsamında kabul edilmeyecektir. Bir başka deyişle 28.(eski md. 30) maddeye göre temel prensip AB içinde malların serbest dolaşımıdır. Bunun istisnası ise 30. (eski md. 36) maddede tek tek sayılmıştır. Bu istisnalardan biride fikri mülkiyet haklarıdır. İstisnaya göre, üye ülkelerin ulusal hukuklarında fikri mülkiyete tanınan koruyucu ve inhisari haklar, malların serbest dolaşımı ilkesini sınırlayabilir, hatta bu haklar malların serbest dolaşımına engel olabilir.³⁷

28. (eski md.30) maddede ki malların serbest dolaşımını engelleme hakkının, üye devletler tarafından kötüye kullanılmasının önüne geçmek ve ortaya çıkabilecek bir takım sakıncaları gidermek maksadıyla 28. (eski md. 30) maddenin ikinci cümlesinde; “ Ancak bu yasaklama ve kısıtlamalar, Üye Devletler arasındaki ticarete keyfi bir ayırım veya örtülü bir kısıtlama aracı olamaz” denilerek bu yetkiye bir sınır konulmuştur. Bu, istisnanın istisnası olarak da nitelendirilmektedir.

Fikri mülkiyet hakkına konu bir mal, sahibi tarafından veya ancak onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sürülebilir. Örneğin, Bir Hollanda firmasının kolestrole karşı bulduğu ilaca yine bu ülkede patent alması halinde, patent sahibi, Hollanda kanunları

³⁷ TEKİNALP/TEKİNALP, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi, s. 683.

uyarınca, kendi izni olmadan bu ilacın üretilmesine ve ticaret mevkiine konulmasına engel olabilir. Patent sahibine tanınan inhisari nitelikteki mutlak hak “malların serbest dolaşımı” kuralı dolayısıyla bertaraf edilemez. Bir başka ifade ile patent sahibinin hakları, mallar serbest dolaşacak diye hiçe sayılamaz. Fikri mülkiyet haklarının sağladığı koruma malların serbest dolaşımının önüne geçer. Roma Antlaşması'nın 30. maddesinde yer alan fikri mülkiyet hakları ile ilgili istisnanın anlamı budur. Anılan hükümlerle, patentten, markadan, tasarımdan ve fikir ve sanat eserinden doğan inhisari hak, açık ve kesin bir tarzda AB'nde geçerli, malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında korunmuştur.³⁸

Fikri ve sınai hakların hak sahibine mülkiyet benzeri bazı haklar vermesi gözönüne alındığında Roma Antlaşması'nın AB'ne üye devletlerin mülkiyet haklarına ilişkin 295 inci (eski md. 222) maddesindeki hüküm de önem arz etmektedir. Buna göre;

“Bu Antlaşmanın Üye Devletlerin mülkiyet rejimi sistemini düzenleyen kurallar üzerinde hiçbir etkisi yoktur” şeklindeki hüküm çerçevesinde, AB hukukunun üye devletler hukukunun üzerinde olması kuralına rağmen, bu açık hüküm çerçevesinde üye devletlerin mülkiyet rejimini düzenleyen hukuk kuralları aynen kalacaktır. Roma Antlaşması'nın 295. (eski 222) maddesinde, fikri mülkiyet hakkı çeşitlerini ve sahiplerini belirleme konusunda, AB'ne üye devletlerin kendi iç hukuklarının geçerli olduğu ve AB mevzuatının ve Roma Antlaşması'nın bu alan üzerinde etkisi olmadığı düzenlenerek antlaşmanın sınırları belirlenmiştir.

Tükenme ilkesi, fikri mülkiyet haklarının hak sahibine sağladığı tekeli kullanma hakkı karşısında, serbest ticaretin gereklerini yerine getirmeye imkan sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle tükenme ilkesi son derece önemli ve serbest ticaretin sağlanması açısından büyük öneme sahip bir ilkedir. Böylece fikri mülkiyet haklarının korunması ile serbest ticaret fikri arasında bir denge sağlanmış olur³⁹. Bir başka deyişle, fikri mülkiyet hakkı sahibi ilk satış hakkını kullandıktan sonra artık piyasaya çıkan o malın serbest dolaşımına engel olamayacaktır.

AB hukuku, Kurucu Anlaşmada yapılan düzenlemeler ve topluluk hedefleri doğrultusunda sadece Fikri Mülkiyet hakları konusunda değil malların serbest dolaşımı,

³⁸ TEKİNALP/TEKİNALP, 2000, , s. 683.

³⁹ ARKAN, Sabih, 2002, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi”, Rekabet Kurulu Ekim Perşembe Konferansları 17, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 105.

rekabet vs. gibi Topluluk Hukukunun alanı içerisindeki her konuda tüzükler, direktifler ve Komisyon ve ATAD kararları ile şekillenmiştir.

2. AVRUPA BİRLİĞİNDE FİKRİ MÜLKİYET İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Yukarıdaki genel açıklamalarımızdan sonra, teoride ve pratikte Markalarla ilgili olarak daha fazla sorunlarla karşılaşılması ve AB’nde hangi tükenme prensibinin uygulanacağı konusunda genel uygulamaların çerçevesini belirlemedeki önemi nedeniyle 89/104 sayılı Yönerge’den⁴⁰ bahsetmek doğru olacaktır.

AB’ne üye devletlerin marka hukukuyla ilgili hükümlerinin uyumlu hale gelmesini sağlamak amacıyla hazırlanan 89/104 sayılı Yönergenin 7. maddesinde marka hakkının sağladığı hakların Tükenmesi ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre marka sahibi markasını taşıyan malların kendisi (veya rızası ile üçüncü kişi) tarafından Topluluk içinde piyasaya sunulmasından sonra markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklama hakkına sahip değildir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, bu ilkenin, malların sonraki el değiştirmelerini önleme konusunda marka sahibinin haklı nedenlerinin bulunduğu hallerde uygulanmayacağı gösterilmiştir. Bu anlamda haklı nedene örnek olarak da malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından durumunun değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi gösterilmiştir. Aynı yönde bir hükme, Topluluk markası ile ilgili 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünde⁴¹ yer verilmiştir.⁴²

AB ‘ne üye bir çok devlet daha önce ülkesel veya uluslararası tükenme ilkesine kabul etmişken, 89/104 sayılı Yönerge ve Topluluk markasıyla ilgili Tüzük’te, yer alan düzenlemelerle birlikte, AB sınırları içerisinde piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak “bölgesel tükenme” ilkesi kabul edilmiştir. AB’nde Bölgesel tükenme ilkesinin kabul edilmesinin altında tamamen ekonomik gerekçeler yatmaktadır, korunmak istenen AB’ne üye devletlere ait şirketlerin uluslararası pazarda rekabet güçlerinin korunmak istenmesidir. Marka Yönergesinden sonra bu konuda AB üyeleri içerisinde önemli adımı Almanya atmıştır. Şöyle

⁴⁰ First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40, 11.2.1989, p. 1–7, Dates of document: 21/12/1988, Subject matter: Internal market, Industrial and commercial property.

⁴¹ Council Regulation (EC) No:40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark, OJ L 11, 14.1.1994, p. 1–36, Dates of document:20/12/1993, Subject matter: Provisions under Article 235 EEC, Industrial and commercial property.

⁴² PINAR, Hamdi, 2000, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Beta Yayınevi, İstanbul, s. 881.

ki Marka Yönergesinin yürürlüğe girmesinden sonra Almanya yönergeye paralel bir şekilde 1994 tarihinde hazırlanan Yeni Markalar Kanunu ile daha önce istikrarlı ve açık bir şekilde uyguladığı uluslararası tükenme prensibinden vazgeçerek bölgesel tükenme ilkesini kabul etmiştir.

89/104 Sayılı Direktifin temeli, AB Antlaşması'nın üye devletlerin mevzuatlarının uyumlaştırılmasına ilişkin 95. (eski md.100/a) maddedir. Söz konusu madde, Antlaşmanın 14 (eski 7/a) maddesindeki hedeflerin gerçekleştirilmesi için üye devletlerin hukuki ve idari mevzuatını uyumlaştırmasını öngörür. Roma Antlaşması'nın, 95.(eski md.100/a) maddesinde anılan 14. maddesi, tek Pazar hedefinin gerçekleştirilmesini ve malların serbest dolaşımını hedeflemektedir. Eğer, 89/104 sayılı Direktif'in tükenmeye ilişkin prensibinin uluslararası tükenmeye izin verdiği kabul edilecek olursa, Avrupa tükenme kuralının dayanağı olan AB Antlaşmasının 95. (eski md.100/a) maddesi ile öngörülen amacın ötesine geçilmiş olacaktır.⁴³

Bu ilkeyle birlikte AB'ne üye ülkelerin sınırları tek bir bölge kabul edilmiş ve üye ülkeler arasında malın ilk kez piyasaya sunulmasından sonra malların serbest dolaşımına fikri mülkiyet hakkına dayanarak engel olunamayacak ve kısıtlama getirilemeyecektir.

AB'ne üye olmayan ülkeler ile olan ilişkiler de ise fikri mülkiyet hakkına dayanarak kısıtlama getirilebilecek ve paralel ithalata engel olunabilecektir. AB'nin Faydalı Modellerle İlgili Direktifinin⁴⁴ 21/2. maddesi'nde AB içerisindeki faydalı model haklarının üçüncü ülkere karşı ileri sürülebileceği yönündeki açık düzenlemede aynı doğrultudadır. Yani üçüncü ülkelerden yapılan paralel ithalat, hak tükenmediği için engellenebilecektir.

⁴³ ALBERT, F./HEALT,C., 1997, "Dyed But Not Exhausted-Paralel Imports and Trade Marks in Germany" IIC 28, s. 27.

⁴⁴ Proposal for a European Parliament and Council Directive approximating the legal arrangements for the protection of inventions by utility model, COM(97) 0691 final - Official Journal C 36 of 3.2.1998, p.13, Submitted by the Commission on 12 December 1997; Article 21 Community exhaustion of rights: 1. The rights conferred by a utility model shall not extend to acts concerning a product covered by that utility model which are done after that product has been put on the market in the Community by the right-holder or with his consent. 2. The rights conferred by a utility model shall, however, extend to acts concerning a product covered by that utility model which are done after that product has been put on the market outside the Community by the right-holder or with his consent".

3. ÇATIŞMAYA AVRUPA BİRLİĞİ'NİN ÇÖZÜMÜ

Bölgesel Tükenme ilkesi Avrupa Topluluğu'nun entegrasyon hedefleriyle çok yakından bağlantılıdır. Üretim unsurlarının, yani mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımı esasına dayanan, üye devletler arasında gümrükleri kaldıran, üçüncü ülkelere karşı ortak bir gümrük tarifesi ve ortak bir ticaret politikası oluşturan Avrupa Topluluğu, başlangıçtaki bu güçlü entegrasyon hedefi çerçevesinde, özellikle malların serbest dolaşımı açısından, bu entegrasyonu bozucu her türlü farklı yaklaşımı, farklı kuralı, farklı uygulamayı önleyici bir tavır sergilemiştir. Bu tavır 1966'lı yıllardan itibaren, bir takım mahkeme kararlarıyla ortaya çıkmıştır.⁴⁵

AB'ne üye ülkelerde, Bölgesel tükenme prensibinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılan tartışmalar Marka Yönergesi, Marka Tüzüğü, Faydalı Modeller Hakkında çıkarılan Yönerge ve daha bir çok düzenlemeden sonra dahi tartışılmaya devam edilmiştir. ATAD kendi önüne gelen somut olaylarda, fikri mülkiyet hakları ile malların serbest dolaşımı hakkında, fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi prensibinden önce hakkın varlığı /kullanımı ile Hakkın spesifik konusu doktrinini geliştirmiştir. Sonuç olarak konu, pratik sorunlar karşısında ATAD'ın verdiği kararlar çerçevesinde netlik kazanmıştır.

3.1. Hakkın Varlığı /Kullanımı Ayırımı (the existence/exercise doctrine)

ATAD fikri sınai haklar ile onların kullanımını birbirinden ayırır. Rekabet kuralları sınai mülkiyet haklarının varlığını etkilemez, ancak onların kullanımı rekabete aykırılık teşkil edebilir. Cafe Hag olayında ATAD bu ayrımı belirginleştirerek, bir üye devlette yasal olarak üretilen malların toplulukta serbestçe dolaşımının bir başka üye devletteki fikri ve sınai haklar kullanılarak engellenemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁶ Yani fikri sınai mülkiyet haklarının kullanımı AB rekabet hukuku kuralları ile malların serbest dolaşımını içeren yasaklamalarına ve sınırlamalarına konu olabilmektedir.

ATAD ilk kez Consten-Grundig davasında hakkın varlığı ve kullanımını birbirinden ayırarak, rekabetin engellenmesi, kısıtlanmasının, yasaklanan davranışın "*amacı*" veya bu

⁴⁵ ARIKAN, S., 2002, s. 114.

⁴⁶ ARSLAN, İ. Y., 2001, s. 346 ; case 192/73 Van Zuylen Frenes v Hag 1974 ECR s. 477, naklen ALEXANDER, W ; "Some Comments on teh Cafe Hag Judgement" CML Rev. Vol.11 1974, 387 vd.

amaç olmasa dahi, sonucu itibariyle aynı veya benzer “*etkisi*” olarak ortaya çıkabileceğini ve bunun da yasak kapsamına girdiğini **Consten-Grundig**⁴⁷ davasında belirtmiştir.

Bu davada, Grundig, Grundig markasının (Grundig International’ın kısaltması olarak) “Gint” adı ile tescili yetkisi ile beraber, Fransa’da çeşitli ürünlerinin satışı için Consten’i münhasır dağıtıcı olarak atamış, ayrıca tüm dağıtıcılarına ve satıcılarına, bölgelerinin dışına doğrudan veya dolaylı olarak satış yasağı getirmiştir. Consten ile Grundig arasındaki anlaşmayı 81 (1) inci (eski md. 85/1) maddeye aykırı bulan Komisyon, paralel ithalatı önleyici önlemler almamaları için Consten ve Grundig’i uyarmıştır. Karara itiraz eden Consten ve Grundig, Roma Antlaşması’nın 295 (eski md.222) inci maddesinin Consten’in Gint markasını kullanmasını koruduğunu iddia etmişlerdir. ATAD ise paralel ithalatı engellemek için, ulusal marka hukukuna göre hakları kullanmaktan kaçınma zorunluluğunun, bu hakların “*verilmesini*” etkilemeyeceğini, ancak sadece 81/1 inci (eski md. 85) maddedeki yasağa etki ettiği derecede onların “*kullanılmasını*” sınırlayacağını belirterek, Komisyon kararını desteklemekle birlikte, yeterli gerekçe gösterilmediği için kararı bozmuştur. Buna göre, hakkın varlığı/ kullanımını doktrini, 295 inci (eski md.222) maddenin yorumunu, 81/1 inci (eski md. 85) maddeye göre belirlemek çabısından doğmuştur.⁴⁸

Adalet Divanı *Consten & Grundig* davasında AB sınırları içerisinde fikri mülkiyet hak konusu malın bir kez piyasaya sunulması ile, artık o mal üzerindeki fikri mülkiyet hakkının tükenmesine yol açtığını ve hakkın bundan sonra üçüncü kişilere karşı kullanılamayacağına karar vererek bölgesel tükenme prensibinin uygulandığını bir kez daha belirtmiştir.

Patent hakları ile ilgili olarak **Parke Davis**⁴⁹ davasında ATAD’ın aynı görüşlerini tekrarlamasıyla beraber Rekabet Hukuku açısından konu daha da açıklık kazanmıştır. Patent korumasının olmadığı İtalya’dan, Hollanda’ya yapılan ithalatın önlenmesi amacıyla açılan davadaki koşulların, Grundig davasındakinden farklı olduğu ileri sürülerek, davacının hakkı üstün tutulmuş ve paralel ithalatın önlenmesi hakkın kapsamında görülmüştür. Kararda 81/1 inci (eski md. 85) madde kapsamında tanımlanan anlaşma, karar ve uyumlu eylemin bulunmaması halinde, bu hakların kullanımının tek başına 81/1 inci (eski md. 85) inci madde

⁴⁷ Joined Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 13.07. 1966 ECR 299, 347.

⁴⁸ ARI, H., 2003, s. 8.

⁴⁹ Case 24 / 67, Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, Judgment of the Court of 29 February 1968, ECR 55.

yaşığı kapsamına girmeyeceği de belirtilmiştir.⁵⁰ ATAD Hakkın varlığı/ kullanımı ayırımından fikri sınai hakların sınırlarının belirlenmesi konusunda yararlanmaktadır.

3.2. Hakkın Spesifik Konusu (the specific subject matter)

ATAD,'ın geliştirdiği hakkın spesifik konusu doktrini de hakkın varlığı/kullanımı doktrininden farklı olarak hakkın yasal bir şekilde kullanılmasının temelindeki düşünceyi açıklamaya çalışır. Bunun hakkın varlığı/kullanımı ayırımını tamamlayıcı nitelikte yardımcı bir kavram olduğu söylenmektedir. Bu doktrindeki en sıkıntı yaratan nokta tam olarak bir tanımının yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle her olayda o olayın özelliklerine göre yeniden tanımlama ve değerlendirme yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durum her bir somut olayda uygulanan yöntemin ana kurallarını belirlememizi engellemez.⁵¹

Ritter, Braun ve Rawlinson'a göre, ilgili sınai mülkiyet hakkının spesifik konusu, hakkın Antlaşma tarafından ihlal edilemeyecek kapsamını belirler. Bu nedenle hakkın spesifik konusu, hak sahibi veya onun rızasıyla başkası tarafından, ilgili ürün veya hizmetin ilk defa pazarlanmasıyla tüketilen hak için bir kriterdir. Aynı zamanda, Roma Antlaşması'nın malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili hükümleri gereğince, münhasır hakkın özünü korumak için gerekli sınırlamaların gerekçesi için de bir ölçüdür.⁵²

Tek pazar yaratılması ve ulusal fikri mülkiyet haklarının korunması arasındaki önemli denge, mahkeme kararlarıyla şekillenerek malların serbest dolaşımı, Antlaşma kurallarına yansımıştır. Madde 28 (Eski madde 30) bütün sayısal sınırlamaları yasaklamış ve üye ülkeler arasında eş etkili ithalat ve ihracat etkilerinin olmasını ölçü almıştır.⁵³ ATAD, ilk olarak, **Deutsche Grammophon v. Metro**⁵⁴ davasında "30 uncu (eski md. 36) maddede serbest ticarete getirilen sınırlama ve kısıtlamalara ancak bir malın spesifik amacını teşkil eden hakkın korunmasını meşru gösterdiği ölçüde izin verileceği" şeklinde yaptığı tanımlı

⁵⁰ ARI, H., 2003, s. 9.

⁵¹ TEKİNALP/TEKİNALP, 2000, s.694

⁵² ARI, H., 2003, s. 9 naklen RITTER, L. , W.D. BRAUN., F.RAWLINSON, 2000, EEC Competition Law- A Practioner Guide, Kluwer Law, The Hauge – London-Boston, s. 576.

⁵³ BELLAMY, Christopher and CHILD, Graham, 2001, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London Sweet & Maxwell, s. 614.

⁵⁴ Case 78-70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG., Judgment of the Court of 8 June 1971, European Court reports 1971 Page 00487.

Centrafarm v. Sterling Drug⁵⁵ davasında patentlere uygulamıştır. ATAD, kararında, Roma Antlaşması'nın 28 inci (eski md. 30) maddesinin Topluluk hukukunun temel prensibi olduğunu ve geniş yorumlanması gerektiğini; buna karşın prensibin istisnalarını gösteren 30 uncu (eski md. 36) maddenin ise dar yorumlanması gerektiğini belirttikten sonra, patent hakları bakımından hakkın spesifik konusunu şöyle tanımlamıştır: Patent ile ilgili olarak hakkın spesifik konusu; yapılan ihlallere karşı çıkmak olduğu kadar, yaratıcı çabasının ödülü olarak, buluşunu üretmek ve doğrudan veya üçüncü kişilere lisans vermek yoluyla ilk defa dolaşıma çıkarmak için patent sahibinin münhasır hakkını garanti etmektir.⁵⁶

ATAD, **Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler**⁵⁷ ve **Pharmon BV v Hoechst AG**⁵⁸ davalarında, patent hakkının spesifik konusunu “hakkın özü” adı altında aynı içerikle açıklamıştır.

3.3. Ortak Köken Öğretisi (Common origin doctrine)

ATAD, “ortak köken öğretisini” ilk kez, **HAG I**⁵⁹ davasında bölgesel tükenme ilkesini tamamlayıcı bir doktrin olarak geliştirmiştir. Ortak köken öğretisi, hakkın spesifik konusuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁶⁰

ATAD **HAG I** kararında, Alman HAG AG şirketi “HAG” kelimesini Almanya, Belçika ve Lüksemburg’da kafeinsiz kahvede kullanmak için tescil ettirmiştir. HAG AG, Belçika’da Cafe Hag SA isimli yavru bir şirket kurmuştur. Daha sonra “HAG” markası Belçika ve Lüksemburg’da, Cafe Hag SA’ya devredilmiştir. 2. Dünya Savaşı sırasında Cafe Hag SA şirketine Belçika hükümeti tarafından el konulmuş ve şirket “HAG” markası da dahil olmak üzere Belçikalı bir aileye devredilmiştir. Devirden sonra, Cafe Hag SA, HAG AG’den bağımsız olarak Belçika’da faaliyetine devam etmiştir. Hag markası 1971 yılında Benelux tescilli olarak Van Zuylen Freres ailesine devredilmiştir. Bundan kısa bir süre sonra HAG AG ürünlerini Lüksemburg’da HAG markası ile satmaya başlayınca, Van Zuylen Freres marka

⁵⁵ Case 15/74, Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc., Judgment of the Court of 31 October 1974, ECR 1147.

⁵⁶ ARI, H., 2003, s. 10.

⁵⁷ Case 187/80, Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler, Judgment of 14/07/1981, ECR page 02063.

⁵⁸ Case 19/84, Pharmon BV v Hoechst AG., Judgment of 09/07/1985, European Court reports 1985 Page 02281.

⁵⁹ Case 192/73, Judgment of the Court of 3 July 1974, Van Zuylen frères v Hag AG, European Court reports 1974 Page 00731.

⁶⁰ WHISH, Richard, 2003, Competition Law, Fifth edition, Butterworths, London, s.774.

ihlaline dayanarak HAG AG'ye karşı açtığı davada Belçika ve Lüksemburg'da HAG AG adına yapılan tescilin iptalini talep etmiştir.⁶¹

ATAD, bu davada bir üye devletteki marka sahibinin, diğer bir üye ülkede bağımsız bir işletme tarafından üretilen malların ithalini marka hakkına dayanarak önleyemeyeceğine karar vermiştir. Olayda, Cafe Hag SA'nın markayı kullanması bir devlet müdahalesi ile gerçekleşmiştir. Burada marka sahibinin izni varmış gibi görünmesine karşın devir alanın, markalı malları piyasaya sunması konusunda izninin varlığından söz edilemez, bu durumda marka hakkının tüketilmesi sözkonusu değildir. Bu karar ile ATAD tükenme prensibinden ayrı bir doktrin "ortak köken öğretisi" (common origin doctrine) yaratılmış oldu. Buna göre mallar başka bir üye devlette hukuka uygun olarak ortak menşei bir marka altında üretilmişse, malların diğer bir üye devlete ithaline veya ihracına o ülkedeki marka sahibi engel olamaz. HAG 1 davası sonucu, bölünmüş bir markanın her bir sahibinin Topluluk içinde aynı marka adı altında benzer ürünleri satmaya yetkili olduğu kabul edilmiştir. HAG 1 kararı marka hakkının özüne ağır bir müdahale anlamına gelmektedir.⁶² Çünkü marka hakkı sahibi milli hukukun kendisine tanıdığı hakları kullanarak, malların ithaline engel olamayacaktır. ATAD'a göre marka hakkının münhasırlığına dayanarak ortak menşeye sahip aynı marka ile bir üye devlette yasal olarak üretilen malların bir başka üye devlette ticaretini yasaklayabilmesi kabul edilemez.

ATAD HAG 1 kararında; "Marka hakkının kullanımı pazar paylaşımına neden olur ve bu suretle üye devletler arasında malların serbest dolaşımını etkiler, bu durum Tek Pazar yaratma hedefi ile bağdaşmayacağından topluluk içerisinde malların serbest dolaşımına marka hakkına dayanarak engel olunamaz görüşünü dile getirmiştir.

ATAD bu karardan iki yıl sonra **Terrapin**⁶³ davasında HAG 1 kararındaki görüşünden dönmüştür. Davada, Terranova isimli inşaat malzemeleri yapıp satan Alman şirketi, Terranova ticari ünvanını kullandığı gibi ürünleri de aynı adla patent siciline tescil ettirmiştir. Davalı Terrapin ise prefabrik ev ve bu evlere ait malzemeleri üreten bir İngiliz şirkettir. İngiliz Terrapin şirketi bu ismi Almanya'da tescil ettirmek isteyince, Alman Terranova şirketi Terrapin isminin tescilinin kendine ait ticaret ünvanı ile iltibasa neden olacağı gerekçesi ile itiraz etmiş ve Terrapin markasının Almanya'da kullanımını yasaklanması talebiyle dava açmıştır. ATAD, vermiş olduğu kararda, marka hakkının garanti ve ayırtedicilik işlevlerini

⁶¹ ÇAMLİBEL, E., 2001, s.135, 135.

⁶² ÇAMLİBEL, E., 2001, s.135, 136.

⁶³ Case 119/75, Terrapin v. Terranova, European Court reports 1976 Page 1039.

vurgulayarak, Roma Antlaşmasınının 36. maddesinin diğer bir ülkede korunan fikri mülkiyet haklarının karışıklığa sebep olması halinde, her ülkedeki hak sahibinin kendi ülkesinde kabul gören fikri mülkiyet hakkını korumak amacıyla malların serbest dolaşımına engel olacak şekilde ithalatı engelleyebileceğini, ancak iki ayrı ülkede birbiriyle bağlantısı olmayan firmalar tarafından üretilen markalı mallar karışıklığa sebep olsa bile marka hakkı ticarete örtülü kısıtlama getirmek ve pazarları bölmek amacıyla kullanılamaz denilmiştir.⁶⁴ Ortak köken öğretisi sadece topluluk içerisinde uygulanmış olup sonraki yıllarda marka hakkı dışındaki haklar için uygulanmamıştır.

ATAD, **HAG 2** kararında⁶⁵ Terrapin kararındaki görüşünü tekrarlayarak HAG 1 kararındaki görüşünden tamamen vazgeçmiştir. HAG 2 davasında Almanya'daki HAG şirketi, Belçikadaki şirketin "HAG" marka kafeinsiz kahveyi Almanya'da pazarlamasına karşı çıkmaktadır. Ancak ATAD, HAG 2 kararında markaların tarihsel kökenlerine değil, marka sahipleri arasındaki hukuksal ve ekonomik bağa ağırlık verir. Aynı türden ürün, hukuksal ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız hak sahipleri tarafından üretiliyor ve dağıtılıyorsa, tükenme ilkesi uygulanmaz. Çünkü bu durumda ürünlerin kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletme bulunmamaktadır. Özetle markaya yönelik, hem irade dışı hem de devreden hak sahibinin kontrolü imkanının bulunmadığı iradi biçimde el değiştirmeler, markanın spesifik konusuna dahildir. Bu karar marka hakkının ön plana çıktığı kararlardan biridir⁶⁶. Marka sahibinin kendi markası ile iltibasa yol açacak markayı taşıyan benzer malların ithalini önlemek için ulusal hukukun kendisine tanıdığı hakkı kullanmasını önlemek markanın ayırteçicilik fonksiyonunu azaltır.⁶⁷ Bu durumda da malın menşei fonksiyonu zarar göreceğinden marka hakkı sahibi ulusal hukuklarının kendisine tanıdığı hakları kullanarak diğer üye ülkeden kendi ülkesine yapılacak olan ithalatı engelleyebilir.

HAG 2 davasında verilen karar sonucu, ilgili her iki üye devletteki "HAG" markası sahipleri, birbirlerinin malının "HAG" markası altında bir diğerinin ülkesinde satılmasını marka hakkına dayanarak önleyebileceklerdir.⁶⁸

⁶⁴ ASLAN, A., 2004, s. 126.

⁶⁵ Case C-10/89, Judgment of the Court of 17 October 1990, SA CNL-SUCAL NV v HAG GF AG, European Court reports 1990 Page I-03711.

⁶⁶ TEKİNALP/TEKİNALP, 2000, s. 700, 701.

⁶⁷ Case 10/89 HAG II, 1990 ECR I-3752, paragaf 16.

⁶⁸ ÇAMLİBEL, 2001, s.139.

4. TÜKENME PRENSİBİNİN UYGULANMAYACAĞI HALLER

4.1. Markasız Orijinal Malın Üçüncü Bir Kişi Tarafından Marka Konularak Satılması

Bazen Fikri mülkiyet hakkı sahibi, hakka konu ürünlerin bir kısmını markasız olarak piyasaya sunabilmektedir. Bu durum, markalı ürünlerin üretim aşamasında defolu çıkması veya istenilen kalitede olmaması halinde veyahut piyasadaki ekonomik koşullar nedeniyle bir pazar stratejisi olarak hak sahibi tarafından tercih edilebilir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin markasız olarak piyasaya sunulan ürün üzerine marka koyarak piyasaya yeniden sunması marka hakkının ihlali teşkil eder.

Bu durumda hakkın tüketilmesi prensibi uygulanmaz. Marka hakkının tüketilmesinden söz edebilmek için marka ile korunan malın ilk kez marka sahibi tarafından veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulması gerekmektedir. Marka sahibinin markaya ilişkin kalite güvencesi vermekten kaçındığı mallara onun izni ve denetimi olmadan marka konularak markanın sağladığı garanti fonksiyonundan yararlandırılmaz.⁶⁹

ÇAMLİBEL'e göre Türk Hukuku açısından, markasız orijinal malın üçüncü bir kişi tarafından marka konularak satılması tükenme prensibine bir istisnası değil marka sahibinin münhasır hakkının ihlalidir. Çünkü, MarkKHK'nın 9/1 (a) ve 2(a) maddesi marka sahibine üçüncü kişi tarafından markanın ve işaretin mal veya ambalajı üzerine konulmasını önleme yetkisi vermektedir. Bu maddenin ihlali MarkKHK'nın 61(a)maddesine göre marka hakkına tecavüz sayılmaktadır.

4.2. Malın İlk Kez Piyasaya Sunulmasından Sonra Yeniden Satıcı Tarafından Yapısının ve Kalitesinin Değiştirilmesi

4.2.1. Markalı Malın Yapısının ve Kalitesinin Değiştirilmesi

Hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulmuş olan markalı bir malın üçüncü bir kişi tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek piyasaya sunulması halinde malın menşeyini gösterme ve garanti fonksiyonları zarar görebilir. Bu durum marka hakkı ihlali oluşturur. Bu durumda hak sahibi ürünün piyasadaki dolaşımına engel olabilecektir.

⁶⁹ ÇAMLİBEL, 2001, s.121.

89/104 sayılı Direktifte hakkın tüketilmesi prensibinin uygulanmayacağı durumlar değiştirilme ve kötüleştirme olarak sınırlanmamış bu durumlar sadece örnek olarak verilmiştir. Eğer haklı bir sebep var ise tükenme prensibinin uygulanmamasına imkan tanınmıştır.

Fikri mülkiyet hakkına konu olan bir malın sadece yapısının ve kalitesinin değiştirilmesi malın piyasadaki dolaşımını engellemek için yeterlidir. Zira bu değişimin olumlu yönde olmasının önemi yoktur. Önemli olan malın özgün yapısına zarar verilip verilmediğidir.

Avrupa Birliğinde vaziyet bu olmakla beraber Türk Hukukunda konu MarkKHK'nın Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi başlıklı 13. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olup buna göre; "... Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır." Hukukumuzdaki bu hüküm, 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesine benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Fakat MarkKHK'de, 89/104 sayılı direktiften farklı bir biçimde haklı sebep kavramına yer verilmemiştir.

4.2.2. Markalı Malın Reklamlarda Kullanılması

ATAD **Christian Dior**⁷⁰ davasında, Evora şirketinin paralel ithalat yolu ile yasal yollardan getirdiği Christian Dior marka ürünleri satmaktadır. Evora şirketi, Noel döneminde Dior ürünlerini reklam ve tanıtım broşürlerinde kullanmıştır. Dior ise Evora firmasının genellikle düşük kalitede ürünler sattığını ve bu nedenle markayı reklam ve tanıtım broşürlerinde kullanmasının markanın prestijine zarar verdiği iddiasıyla marka hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle dava açmıştır. Bu durumda, hakkın tüketilmesi prensibi reklam ve tanıtım bakımından söz konusu olacak mıdır? ATAD kararında marka sahibi veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulan malların üçüncü kişiler tarafından satışının önlenemeyeceği gibi, markanın, malların satışından üçüncü kişileri haberdar etmek üzere kullanılmasının da önlenemeyeceğini belirtmiştir.⁷¹ ATAD, markanın kullanımının markanın imajına zarar vermesi halinde marka hakkı sahibinin 89/104 sayılı direktifin 7/2. maddesine göre haklı sebebe dayanarak markanın kullanımını önleyebileceğini ifade etmiştir.

⁷⁰ Case C- 337/95, Parfums Christian Dior v. Evora, ECR I6013; (1998) 1 CMLR 737.

⁷¹ ÇAMLİBEL, 2001, s.124.

Türk Hukukunda ise; 556 sayılı MarkKHK'nın 9/II (d) hükmü uyarınca, İşaretin İş Evrakı ve Reklâmlarda Kullanılması yetkisi münhasıran marka hakkı sahibine aittir. Buna göre marka sahibi markanın üçüncü kişiler tarafından reklamlarda kullanılmasını yasaklayabilir. Fakat MarkKHK'nın 13/1. maddesine göre, fikri mülkiyet hakına konu olan markalı malın hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulmasında sonra, markalı mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakların kapsamı dışında kalır. Markanın, malın reklamı ile ilgili kullanımını da bu madde kapsamında değerlendirilir.

4.2.3. Markalı Malın Yeniden Paketlenmesi

ATAD'm, markalı malların tekrar ambalajlanması hakkındaki 23 mayıs 1978 tarihli *Hoffmann-La Roche*⁷² kararında konu gündeme gelmiştir. Freiburg asliye mahkemesi tarafından ön karar verilmesi için 1 ağustos 1977 tarihinde ATAD önüne gelen dava, davacı Hoffmann-La Roche & Co.AG ve Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH şirketleri arasındadır.

Davaya konu olayda, davacı Hoffmann-La Roche "Valium" marka ilaçların hem İngiltere'de hemde Almanya'da patent hakkına sahiptir. Valium'u imal eden Hoffmann-La Roche şirketinin İngiltere'deki bağlı şirketi ürünü 100 ya da 500 tabletlik ambalajlarda Almanya'daki alış fiyatından epeyce düşük fiyatlarla pazarlarken, sözkonusu Valium ürünü Hoffmann-La Roche Almanya'da bireysel alıcılara 20 ya da 50 tabletlik ambalajlarda, hastanelere ise 100 ya da 250 tableti içeren 5 paketlik partiler halinde pazarlamaktadır. Davalı Centrafarm şirketi, bu fiyat farklılığından yararlanarak İngiltere'den satın aldığı Valium'u Almanya'da 1000 tabletlik yeni paketlere yerleştirerek ambalajlar halinde pazarlamaktadır. Centrafarm şirketi hazırladığı yeni paketlerin üzerine Hoffmann şirketinin ismi ile ilacın markasının yazılı olduğu etiketler yapıştırılmıştır. Ayrıca etiketlerin üzerine yeniden paketlemenin Centrafarm tarafından yapıldığı ve tabletlerin bireylere satılmak üzere tasarlanan daha küçük ambalajlara yeniden konularak satılacağına ilişkin bir not yazmıştır. Birden fazla üye devlette belirli bir taciri markanın sahibi olan davacı Hoffmann-La Roche, üye bir devlette pazarlanan marka hakkı kapsamındaki ürünü satın alan davalı Centrafarm'ın, ürünü tekrar paketleyip, yeni ambalajın üzerine markanın yer aldığı etiketi yapıştırdıktan

⁷² Case 102/77, Judgment of the Court of 23 May 1978, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, European Court reports 1978 Page 01139, About Repackaging of trade-marked goods.

sonra bu ürünü bir başka üye devlette satmasının marka hakkının ihlali olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurur.

ATAD, hakkın varlığı ve kullanımını arasındaki ayrımı hatırlatarak, hakkın kullanımının Antlaşmadaki sınırlamalara tabi olduğunu, Antlaşmanın 30. maddesine göre, ithalatlarla ilgili miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirlerin üye devletler arasında yasak olduğunu belirtmiştir. Antlaşmanın 36. maddesin deki, fikri ve sinai mülkiyet haklarının korunması ile ilgili istisnanın uygulanabilmesi için hakkın özünün ihlal edilmemesi gerekmektedir.

ATAD, marka hakkının özünün, ticari marka sahibine bir ürünü ilk kez tedavüle koymak amacıyla markanın kullanımı hususunda ve rakiplerin markanın itibarından haksız yere faydalanmaları konusunda hak sahibine tanınan garanti olduğunu ifade etmiştir.

Ürünün tekrar paketlenmesinin ardından, paketin üzerine markanın yer aldığı etiketin yapılandırılması, (herhangi bir karışıklık olmadan ürünün menşei başka bir ülkeye ait olan, diğer üründen ayırt edilmesini sağlamak suretiyle) markalı ürünün menşe kimliğinin tüketiciye yahut son kullanıcıya garanti ettiğinden ticari markanın temel işlevini ilgilendirmektedir. Bu menşe garantisinden kasıt, tüketicinin ya da son kullanıcının kendisine satılan ticari markalı bir ürünün üçüncü bir şahıs tarafından bir önceki pazarlama aşamasında ürünün durumunu etkilemek gibi ticari marka sahibinin izni olmadan müdahaleye maruz kalmadığından emin olabilmesidir. Bu nedenle, anlaşılan menşe garantisini bozma ihtimali yüksek olan markanın herhangi bir şekilde kullanımının önlenmesi konusunda marka sahibine tanınan hak ticari marka hakkının özünün bir parçasıdır. Yani nihai tüketici markalı ürünü aldığı anda ürünün herhangi bir müdahaleye maruz kalmadığından emindir fakat yeniden paketlenme ve etiketlenme durumunda müdahale sözkonusu olduğundan marka hakkının özü zedelenmiştir. Bu nedenle, 36. maddenin ilk cümlesi gereğince marka sahibinin, paralel ithalatçının ilgili ürünü tekrar paketledikten sonra marka sahibinin izni olmadan, markayı yeni ambalajına etiketlemesini önlemeye yetkili olduğunu kabul etmek haklı gösterilmektedir.

Bununla birlikte, bu tür bir hakkın kullanımının 36. maddenin ikinci fıkrası anlamında üye devletler arasındaki ticarete yönelik bir “örtülü kısıtlama” teşkil edip edemeyeceğini değerlendirmek gereklidir. Bu meyanda, bu tür bir kısıtlama marka sahibinin, markanın menşe kimliği ve durumu olumsuz etkilenmeyecek şekilde yapılmış olsa dahi üçüncü bir şahsın ürünü tekrar ambalajlamasını önlemek için ticari markaya özgü haklarından faydalanırken aslının aynısı olan bir ürünü çeşitli üye devletlerde pazara sunmasından kaynaklanabilmektedir. Bu nedenle, mevcut davada sorun Centrafarm'ın üstlendiği ticari

markalı bir ürünün yeniden ambalajlanmasının ürünün durumunu etkileyip etkileyemeyeceğidir.

Bu hususta, verilecek yanıtın mevcut koşullara ve özellikle de ürünün niteliğine ve tekrar ambalajlama yöntemine göre değişmesi gerekmektedir. Ürünün niteliğine bağlı olarak, diğer ürünler açısından tekrar ambalajlama az veya çok belirli bir şekilde ürününe müdahale edilebilmesi ya da durumunun başka bir şekilde etkilenmesi riskini taşıırken, ürünün tekrar ambalajlanması çoğu kez ürünün durumunu kaçınılmaz şekilde etkilemektedir. Yine de, ürünün durumu etkilenmeyecek şekilde üstlenilmekte olan tekrar ambalajlama işlemi hakkında düşünmek mümkündür. Bu, örneğin ticari marka sahibinin hasarsız durumda olan iç ambalajı kaldırarak ürünü çifte ambalajda pazarlayarak ve tekrar ambalajlamanın sadece dıştaki ambalajı etkilemesi durumunda veya ürünün olumsuz şekilde etkilenmemesini sağlamak amacıyla tekrar ambalajlamanın resmi makamlarca teftiş edilmesi durumunda olabilir. Böylece ürünün menşeiini garanti etmek amacıyla ticari markanın temel işlevinin korunması durumunda, malların üye devletler arasında serbest dolaşımını önlemek amacıyla ticari marka sahibinin haklarını kullanması ticari marka hakkını benimsemiş olduğu pazarlama sistemine saygı gösteren hak sahibi tarafından kullanılmasının pazarların üye devletler arasında kanuna uygun şekilde paylaşılmasına katkıda bulunacağı tespit edildiği takdirde sözleşmenin 36. maddesinin ikinci fıkrası anlamında örtülü bir kısıtlama teşkil edebilmektedir.

Nihai tüketicinin, ürünün menşei konusunda yanılmaması ticari marka sahibinin menfaatine olacağından, sadece marka hakkı sahibine önceden bildirimde bulunması ve yeni ambalaj üzerinde ürünün kendisi tarafından tekrar ambalajlandığını belirtmesi koşuluyla ithalatçının yeni ambalaja etiketlenen ticari markalı ithalat ürününü satması mümkündür.

Kısaca, hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından üye ülkelerden birinde piyasaya sunulan markalı ürünün, üçüncü bir kişi tarafından yeniden paketlenerek paketin üzerine markanın etiketlenmesinden sonra diğer üye ülkede pazarlanmasının engellenmesi Antlaşmanın 36. maddesinin ilk cümlesine göre haklı gösterilmektedir.

Yeniden paketlemenin haklı olabilmesi için;

- Yeniden paket üzerinde ürünün kim tarafından üretildiği belirtilmelidir.
- Yeniden paketleme ürünün durumunu olumsuz yönde etkilememelidir.

-Marka sahibine tekrar paketlenen ürünün pazarlanması konusunda önceden bildirimde bulunmalıdır.

- Yeniden paketleme markanın, ürünün veya marka sahibinin imajını itibarını olumsuz etkilememelidir.

-Yeniden paketlemenin kim tarafından yapıldığı ve ürünün yeniden paketlenmiş olduğu yeni ambalajda belirtilmelidir.

- Marka sahibinin talebi halinde yeniden paketlenen ürünün bir örneği marka hakkı sahibine ürün satışa sunulmadan önce verilmelidir.

Eğer yukarıdaki sayılan koşullar gerçekleşmiş ve buna rağmen hak sahibi, tekrar paketleme ve etiketlemeye dayanarak paralel ithalatı engellemeye çalışıyorsa, Antlaşmanın 36. maddesinin ikinci fıkrası anlamında üye devletler arasındaki ticarete örtülü bir kısıtlama getirilmesi anlamına gelmektedir. ATAD,'ın bu kararı konuyu ilaç sanayinin sınırları dışına çıkararak genişletmiştir.⁷³

4.2.4. Markada Değişiklik Yaparak Yeniden Paketleme

ATAD markada değişiklik yaparak yeniden paketleme konusunda önüne gelen **Centrafarm BV v American Home Products Corporation (AHP)⁷⁴** davasında AHP şirketi aynı ilacı İngiltere'de "Serenid D", Hollanda'da ise "Seresta" markasıyla piyasaya sunmuştur. Girişimci Centrafarm şirketi, İngiltere'den daha ucuza ithal ettiği "Serenid D" marka ilaçları hak sahibi AHP'nin iznini almadan yeniden paketleme ve etiketleme yaparak Hollanda'da "Seresta" markası ile piyasaya sürmektedir. AHP şirketi marka hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle paralel ithalatın engellenmesi için dava açar. Konu ATAD önüne geldiğinde, Marka hakkı sahibinin, ürettiği ilaçlar üzerine kendi markasını koymasının münhasır yetkilerinden olup, aynı şekilde aynı ürün üzerine farklı ülkelerde farklı markaların konulması da bu yetkiye dahildir. Hak sahibinin bu münhasır hakkını kullanması, Antlaşmanın 36. maddesinin özellikle ikinci fıkrasındaki üye ülkeler arasındaki pazarları suni olarak bölmek amacıyla ticarete örtülü kısıtlama getirilmesi anlamına gelebilir. Fakat bu hususun yerel mahkemelerin yetkisinde olduğuna karar vermiştir.

Antlaşma sınıai ve ticari mülkiyet konularında üye bir devletin yasaları gereği tanınan hakların varlığını etkilememesine karşın, yine de şartlara bağlı olarak bu hakların kullanılması, Antlaşmada yer alan yasaklar doğrultusunda kısıtlanabilir. Temel ortak pazar ilkelerinden birine istisna oluşturması nedeniyle, 36. maddenin aslında hakların korunması

⁷³ KORAH, V., 2000, s.271.

⁷⁴ Case 3/78, Judgment of the Court of 10 October 1978, Centrafarm BV v American Home Products Corporation, European Court reports 1978 Page 01823.

amacıyla kullanıldığı ölçüde malların serbest dolaşımı ile ilgili kurallara istisna kabul edilmektedir. Şayet, hak sahibi münhasır haklarını üye ülkeler arasındaki pazarları suni olarak bölmek amacıyla yapıyorsa üçüncü kişilerin markada değişiklik yaparak yeniden paketlemesine engel olamayacaktır. Fakat bu durumun tespiti ulusal mahkemelerin yetkisindedir.⁷⁵

5. DAHA SONRAKİ ATAD KARARLARI VE HAKKIN TÜKETİLMESİ

5.1. ATAD'ın *Silhouette*⁷⁶ Kararı

EFTA Mahkemesi Maglite⁷⁷ kararında, EFTA ülkelerini bağlayıcı bir şekilde karar almaya yetkisiz olduğunu, bu konuda her ülkenin kendisinin yetkili olduğunu, tükenme ilkelerinden hangisini kabul edeceklerine taraf ülkelerin kendilerinin karar vereceği sonucuna varmıştır. Bu karardan sonra Silhouette kararı, ATAD'ın konu ile ilgili bakacağı ilk dava olması nedeniyle AB hukuku açısından önemli bir karar özelliği taşımaktadır.

Davacı, Silhouette International Schmied GmbH&Co. KG şirketi Avusturya da üretmiş olduğu ve tüm dünyada tescil ettirdiği gözlük çerçevelerini Silhouette markası ile piyasaya sunmaktadır. Davalı Hartlauer Handelsgesellschaft mbH şirketi davacının Bulgaristan'a daha önceden satmış olduğu gözlük çerçevelerini tekrar ithal (reimportation) ederek Avusturya'da piyasaya sunmuştur. Bunun üzerine davacı marka hakkına dayanarak dava açmıştır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, önüne gelen olay ile ilgili Marka Yönergesinin 7. maddesinde düzenlenen bölgesel tükenme ilkesi karşısında, iç hukukta kabul edilen uluslararası tükenme prensibinin muhafaza edilmesinin Yönerge ile bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda ön karar vermek üzere konuyu ATAD'a göndermiştir.

ATAD, AB sınırları dışında marka sahibi veya onun izni ile piyasaya sunulmuş mallar bakımından marka sahibinin hakkını tüketmesi yönündeki ulusal düzenlemenin 89/104 sayılı direktifin 7/1 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kanun sözcüsü Jacobs, Direktifin

⁷⁵ BELLAMY, Christopher and CHILD, Graham, 2001, s. 615.

⁷⁶ Case C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH 29 January 1998, E.C.R. I-4799, 2 C.M.L.R. 953.

⁷⁷ Case E-2/97 Mag Instrument Inc., California Trading Company Norway, Ulsteen, (1997) 29 IIC 316 (1998); CMLR 331.

kullandığı dil, amacı ve tarihi oluşumunu gözönünde bulundurarak ve bu hususu üye Devletlerin tercihine bırakarak istenmeyen sonuçların doğmasına imkan vermemek için 7/1. maddenin Üye Devletleri uluslararası tükenme prensibini benimsemekten alıkoyduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu görüşü desteklemiş ve yaklaşımı konusunda 89/104 sayılı direktifin önsözünü dayanak göstermiştir. Direktifin önsözünde üye devletlerde uygulanan marka Hukukunun içerdiği farklılıkların malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını engellediği ve rekabeti bozduğu ve tek pazarın oluşması amacı altında üye Devletlerin konuya ilişkin hukuklarının yakınlaştırılması gerektiği belirtilmiştir.⁷⁸

Geri ithalatta, koruma konusu malların ilk kez yurt dışında mı yoksa yurt içinde mi piyasaya sunulduğu hususuna özellikle dikkat etmek gerekmektedir. Geri ithalatta bir ülke pazarında ilk kez piyasaya sunulan bir malın ihraç edilmesinden sonra, geri ithali de hak sahibinin iznine bağlı değildir. ATAD *Silhouette* kararında, topluluk sınırları dışında pazara sunulan bir malın, tükenme ilkesine dayanılarak topluluğa geri ithal edilmesini marka hakkının tecavüzü olarak değerlendirerek, topluluk sınırları içerisine geri ithalatını hak sahibinin iznine bağlamıştır.

Sonuç olarak ATAD, konuya açıklık getirmiş ve burada uluslararası tükenme ilkesini redderek Avrupa ekonomik alanı sınırlarını kapsayan bölgesel tükenme prensibinin üye devletleri bağlayacağına karar vermiştir. Bu noktadan hareketle topluluk içinde ilk kez piyasaya sunulan malın, topluluk dışına ihracından sonra geri ithalinin hak sahibinin iznine tabi olmadığı anlaşılmaktadır.

5.2. İngiltere Mahkemesinin *Zino Davidoff*⁷⁹ Kararı

1998 yılında ATAD'ın *Silhouette* davasında verdiği bölgesel tükenme ilkesini kabul eden kararına rağmen, 1999 tarihinde İngiltere Mahkemesi önüne gelen *Zino Davidoff* davasında, AB'ne üye ülkelere, üçüncü ülkelere yapılan paralel ithalatı mümkün kılan neredeyse uluslararası tükenme ilkesinin kabulü anlamına gelen bir karar vermiştir. İngiliz Mahkemesi kararında, malın ilk kez piyasaya sunulduğu zaman açıkça paralel ithalatın yasaklanmadığı hallerde, marka sahibinin üçüncü ülkelere yapılan paralel ithalata izin verdiği anlamına geldiğine karar vermiştir.

⁷⁸ ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 101.

⁷⁹ Case C-414 / 99, *Zino Davidoff SA, v. A&G Imports Ltd.* 18.05.1999, CH-1998, 2 CMLR 1056 Ch. D. 1999.

Davacı Zino Davidoff SA, Fransada ürettiği yüksek kaliteli puro ve sigaraları “Cool Water” ve “Davidoff Cool Water” markası ile AB’ne üye olmayan üçüncü ülkelere satmaktadır. Davidoff şiketi, markalı ürünlerini, piyasaya sunduğu pazarın koşullarına göre fiyatlandırmakta dolayısıyla üçüncü ülkelere aynı ürün daha ucuza satılmaktadır.

Davalı, A&G Imports Ltd., Davidoff şirketinin üye olmayan ülkelere ucuza sattığı mallarını o piyasalardan toplayıp İngiltere’ye paralel ithalatını yapmıştır. Davacı, üçüncü ülkedeki distribütörü ile, distribütörünün ve distribütörün acenta ve bayilerinin Davidoff ürünlerinin anlaşma sınırları dışında satmaması konusunda anlaşma yapmışlardır. Fakat, yapılan anlaşmada distribütöre ürünleri bu malları AEA sınırları içerisinde satmamaya ilişkin özel bir hüküm konulmadığı gibi ürünler üzerinde bu konuya ilişkin bir açıklamada bulunmamaktadır.

Davidoff şirketi marka hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan paralel ithalatın yasaklanması için İngilterede dava açmıştır. Kararda, markanın asıl fonksiyonunun malın menşeyini göstermek olduğu vurgulanarak ATAD’ın Silhouette kararında markanın asıl fonksiyonu ile sağladığı yan haklar üzerinde bir ilişki kurulmadığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre, AB hukuku marka sahibine AEA dışından malların ithaline itiraz hakkı tanımaktadır. Ancak ATAD verdiği kararlarda, marka sahibinin itirazını nasıl etkin bir şekilde gerçekleştireceği hususuna açıklık getirmemektedir Bir diğer ifade ile hangi hallerde izin olduğu konusunda karar vermek yetkisi üye Devletlerin ulusal hukukuna bırakılmıştır.⁸⁰ İngiltere Kanunlarına göre, marka sahibinin, tek satıcıları ve lisans alanlarla yapacağı anlaşmalarla markanın üçüncü kişilere satış ve dağıtım konusunda sınırlamalar ve bir takım şartlar getirmesi mümkündür. Bu durumda Davidoff ile distribütör arasında yapılan sözleşmede; Davidoff markalı ürünlerin üçüncü ülkelerden ithal edilerek AEA sınırları içerisine getirilmesini yasaklayan açık bir hüküm bulunmaması, davacının zımni olarak paralel ithalata izin verdiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla davalının paralel ithalat yoluyla malları İngiltere’ye ithal etmesi yasaldır.

Kararda, AEA dışından üye ülkelere yapılacak olan paralel ithalatın önlenmesi, açıkça bunun yasaklanmış olması ve tüm alıcıların bu yasaktan ve sınırlamadan haberdar edilmesi şartına bağlanmıştır. Aksi takdirde marka sahibinin paralel ithalata muvafakat etmiş olacağını

⁸⁰ ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 104.

kabul etmektedir. Tüm alıcıların haberdar edilmesinin ise markalı malın üzerine konulacak “AEA sınırlarında satılamaz” gibi bir kayıtla gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir.

Kanımızca bu kararda gerekçeler çok açık değildir. Önceden beri İngiltere Hukukunda kabul gören uluslararası tükenme ilkesinin devamı anlamına gelen karar, bölgesel tükenme ilkesinin uygulanmasını zor koşullara bağlamaktadır.

5.3. ATAD’ın *Sebago*⁸¹ Kararı

ATAD, Silhoutte kararından sonra 01.07.1999 tarihinde Sebago kararında da aynı yönde karar vererek içtihadını pekiştirdiği gibi açık bir şekilde hakkın tükenmesinin sadece sınırını değil, aynı zamanda hangi mallar üzerindeki hakkın tükenmiş olduğunu da ortaya koymuştur.

Davacı Sebago Inc and Ancienne Maison Dubois and Fils SA, Amerikada ürettiği ayakkabıları tescil ettirerek “Sebago” markasıyla piyasaya sunmaktadır. Diğer davacı ise, ilk davacıdan yasal yollardan satın aldığı markalı ayakkabılarını Benelux ülkelerinde satan başka bir kişidir. Davalı GB-Unic SA, ilk davacının ürettiği markalı ayakkabılarını satın almış ve bunları paralel ithal ederek kendi süpermarketlerinde satışa sunmuştur. Her iki davacı da, davalının marka hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmışlardır. Yerel mahkeme marka hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Karar temyiz aşamasında, ön karar verilmesi için ilgili mahkeme Cour d’appel de Bruxelles tarafından ATAD’a gönderilmiştir.

Bu kararda ATAD Silhoutte kararındaki gerekçelerini teyit ettikten sonra, Bölgesel tükenmenin sınırının sadece markanın kendisi için mi olduğunu yoksa markayı üzerinde taşıyan mallar için mi söz konusu olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. ATAD’a göre 7. maddenin metninde doğrudan olmasa bile markadan doğan hakların, hak sahibinin veya onun izniyle Avrupa Ekonomik Alanı sınırları içerisinde fiziken piyasaya sürülmüş mallar üzerinde tükenmesi sözkonusudur. Bundan dolayı bölgesel tükenme sınırları içerisinde ama marka hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle piyasaya sunulmamış mallara karşı önceden olduğu gibi yönerge tarafından kendine tanınmış olan hak sayesinde marka sahibi bu markaların kullanılmasını yasaklayabilir.⁸²

⁸¹ Case C-173 / 98, Sebago Inc. and Ancienne Maison Dubois and Fils SA v. GB-Unic SA., ECR I-4103, 2 CML R. 1317, at 1330 (1999).

⁸² PINAR, H., 2000, s. 889.

5.4. Sonuç

Roma Antlaşmasının 28. ve 30. maddeleri herhangi bir tecavüz girişimine karşı tam anlamıyla bir koruma sağlamıştır. ATAD 1998 tarihli **Silhouette** kararı ile Bölgesel Tükenme prensibini kabul ederek AB sınırları içerisinde piyasaya sunulan mallar üzerinde hakkın tükendiğini açıkça belirtmiştir. ATAD'ın daha sonra vermiş olduğu 1999 tarihli Sebago kararında da bu yöndeki kararında ısrar etmiş hatta bir adım daha ileri giderek sadece hakkın tükenmesinin sınırını değil, hangi mallar üzerinde hakkın tükendiğini de belirtmiştir. Buna karşın İngiltere Mahkemesi 1999 tarihli **Zino Davidoff** kararında gerekçeleri çok net ve anlaşılır olmamakla birlikte uluslararası tükenme prensibini destekler nitelikte bir karar vermiştir.⁸³

Genel olarak bakıldığında AB içerisinde uluslararası tükenme ilkesinin kabulü yönünde tartışmalar hâlen devam etmektedir. AB Komisyonu, uluslararası tükenme ilkesinin kabulünün bu ilkeyi savunanların gerekçelerinde önemli yer bulan tüketici yararına fiyatların düşmesine neden olacağı fikrinin aslında doğru olmadığı çünkü AB sınırlarının genişlemesi ve teknolojik yenilikler nedeniyle elektronik ticaretin de yaygınlaşması karşısında zaten bu sonuçların doğacağı yönündedir. Bu nedenle uluslararası tükenme ilkesinin kabulünün nihai tüketici açısından yarar sağlayacak gibi görünmesine karşın orta ve uzun vadede bir yararı olmayacağı yolundadır. Komisyon'un isteği üzerine Nera Study tarafından 21 Haziran 1999 tarihinde hazırlanan raporda, fikri mülkiyet haklarının tükenmesi ile ilgili olarak yapılan çalışmada mevcut tükenme rejiminde herhangi bir değişiklik ihtiyacı olup olmadığı araştırılmış ve AB'de uygulanan bölgesel tükenme prensibinin değişmemesi gerektiği görüşü yukarıdaki nedenlerle tekrarlanmıştır.⁸⁴ Fakat daha sonra Avrupa Parlamentosunun hakların

⁸³ Case C-352/95, Phytheron International SA v Jean Bourdon SA, (1997), ECR I-1729. ATAD'ın ön karar prosedürü uyarınca vermiş olduğu *Phytheron* kararında ise, Türkiye'de üretilip Almanya'ya ihraç edilen bir bitki ilacı *Phytheron şirketi* tarafından Fransa'ya ithal edilmektedir. Fransız hukukuna göre yurt dışından ithal edilecek ürünlerde sınai hak sahibinin onayı olmak zorundadır fakat hak sahibi somut olayda onay vermemiş ve *Phytheron* ile *Jean Bourdon* arasındaki satın alım akdinin feshine yönelik yerel mahkemede dava açılmıştır. Kararda Divan yerel mahkemenin yönelttiği sorunun açık olmadığı ve yeterince bilgi, belge gönderilmemiş olduğunu belirttikten sonra, ürünün Topluluk dışındaki bir ülkede üretilmiş olması, üye ülkelerden birine hak sahibi tarafından sokulmuş olması, üye devletlerden biri tarafından satın alınıp başka bir üye devlete ithal edilmesi, hiçbir değişikliğe ve paketleme değişikliğine uğramadan sadece ihraç edilecek ülkenin ihracat mevzuatına uygunluk sağlanması açısından ürün üzerine bir notun yapıştırılması ve marka hakkına sahip üye devletlerde faaliyetler gösteren işletmelerin aynı ekonomik gruba dahil olmaları hallerinde bir üye devletin ulusal mevzuatı uyarınca marka hakkı sahibine ithalatı önleme yetkisi verilmesinin, 89/104 sayılı Direktifin 7. maddesine aykırı olacağını ifade etmiştir.

⁸⁴ Nera Study (National Economic Research Associets) "Exhaustion of Trade Mark Rights Working Document From the Comission Service", http://europa.eu/pol/singl/index_en.htm. This document constitutes the

tükenmesi ile ilgili olarak 2001 tarihinde yayımladığı bir rapor taslağında uluslararası tükenme prensibi AB'nde ilk kez savunulmuştur.⁸⁵

6. AVRUPA EKONOMİK ALANI

AET ile EFTA arasında 1973 yılında imzalanan Serbest Ticaret Antlaşması ile işlenmiş tarım ürünlerinin bir kısmı ve sanayi ürünleri anlaşma sınırları içinde serbestçe dolaşabiliyordu. 1 Ocak 1988 tarihinde EFTA ülkelerinin Topluluğun bütünleştirilmiş gümrük tarifesini (TARİC) ve uygulama kurallarını da kabul etmesiyle ürünlerin menşei ile ilgili ortak kurallar da saptanmıştı.

Son adım olarak, 02.05.1992'de Oporto'da AB ile EFTA Devletleri (İsviçre hariç-İsviçre referandum sonucu antlaşmaya katılmayı reddetmiştir) arasında Avrupa Ekonomik Alanı Antlaşması⁸⁶ (AEA) imzalanmıştır. 01 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren antlaşma, malların serbest dolaşımı ile topluluk müktesebatının (*acquis communautaire*) büyük bölümünü kapsamakta ve tek pazarın sınırlarını EFTA ülkelerine kadar genişletmektedir.

Avrupa Ekonomik Alanı antlaşması ile EFTA üyelerinin Avrupa Tek Pazarına katılmalarının sağlanması (ticarete teknik engellerin kaldırılması, formalitelerin basitleştirilmesi, rekabet, kamu piyasaları ve devlet yardımlarının denetimi ile ilgili bazı Topluluk kurallarının daha uygun biçimde uygulanması) Topluluk politikalarının (ulaştırma, araştırma ve geliştirme, tarım ve balıkçılık, enerji, çevre, meslekî eğitim, eğitim, fikri mülkiyet) EFTA ülkelerini kapsayacak biçimde genişlemesi hedeflenmiştir. AEA zaman içerisinde topluluk mevzuatındaki yeni gelişmelere paralel olarak tadil edilmektedir.

AEA Antlaşması ile yaratılan AEA'nda ticaretin ortak kurullarla eşit rekabet koşullarına göre devamı amaçlanmıştır. Avrupa Birliği ile EFTA devletleri arasında yapılan Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi Antlaşması'nın 28. Protokolünün 2. maddesi ile topluluk içi tükenme prensibi ile ilgili AB'ne üye ülkelere tanınan haklar ve yükümlülükler, EFTA devletlerine aynı şekilde verilmiştir. Buna göre fikri mülkiyet hakkına konu bir malın

Commission services' working document on exhaustion of trade mark rights that the Commission undertook to prepare at the Internal Market Council of 21 June 1999.).

⁸⁵ The European Parlements, 2001, Draft Report; "The Problem of the Exhaustion of Trade Mark Rights" . <http://europa.eu>.

⁸⁶ OJ L 001, 03/01/1994 p. 3-36

piyasaya sunulması sadece AB piyasasına değil, aynı zamanda AEA pazarına da sunulduğu anlamına gelir. Bu durumda tükenme ilkesinin alanı da AEA'nı kapsayacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu noktada tükenme ilkesinin AEA kaynaklı olmayan mallara (üçüncü ülkede üretilen mallar) uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmaktadır. Bu konuda ATAD'ın görüşü, fikri mülkiyet hakkına konu malın hak sahibi veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından AEA içerisinde piyasaya sunulmasıyla birlikte bir daha o hakka dayanılarak malın serbest dolaşıma engel olunamayacağı yönündedir. Dolayısıyla AEA kaynaklı olsun olmasın tükenme prensibi uygulanır. Bir başka ifade ile bir mal AEA içerisinde piyasaya sunulduktan sonra hak tükenir; malın AEA kaynaklı olup olmadığına bakılmaz şeklindedir.

3. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

1. GENEL OLARAK

Serbest piyasalarda, etkin rekabetçi bir yapının oluşması ve korunmasını sağlayan bir hukuk disiplini olan Rekabet Hukuku'nun⁸⁷ amacı doğrudan doğruya kişileri ya da rakipleri korumak değil "rekabet düzenini" korumaktır.⁸⁸

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amacı (madde 1); "*Mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak, rekabetin korunmasını sağlamak*" şeklindedir. Madde de amaç ve bu amaca yönelik araçlar sayılırken 7. maddede yer alan birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme kapsam dışında bırakılmıştır. Bunun maddenin kötü kaleme alınmasından kaynaklandığı kabul edilmekte, Rekabet Kurumunu tanımlayan Kanun'un 20. maddesinin, kanunun amacını daha güzel bir şekilde gösterdiği ileri sürülmektedir. Buna göre kanunun amacı "*Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini*"dir.⁸⁹

Kanun'un kapsamı 2 nci maddede: "*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer.*" ifadeleriyle belirtilmiştir.

⁸⁷ SU, Kemal Tahir, 2003, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 3.

⁸⁸ ASLAN, İ. Yılmaz, 2005, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 18.

⁸⁹ ASLAN, İ.Y., 2005, s. 30-31.

Bu hükmün rekabet kuralları açısından temel önemi; rekabet kurallarının kimlere ve hangi coğrafi sınırlar dahilinde uygulanacağını çerçevesinin çizilmesinde kendini gösterir.⁹⁰ Öncelikle, ülke sınırları içinde cereyan eden rekabeti sınırlandırıcı uygulamalar kapsam dahilindedir.⁹¹ Ayrıca Kanun, etki doktrininden hareketle, etkisini ülke piyasalarında gösteren her türlü rekabeti sınırlayıcı faaliyeti, bunların ülke sınırları içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın kapsam içine almıştır.⁹²

Rekabet Kanunun'da, RKHK'nun fikri mülkiyet hukuku ile ilişkisini düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildir. RKHK'nun 2. maddesinde, Kanun'un kapsamı belirlenirken, bu hususta herhangi bir istisna tanınmamıştır. Bu maddedeki "...her türlü hukuki işlem ve davranışlar...bu Kanun kapsamına girer." ifadesinden, fikri mülkiyet düzenlemelerinden doğan haklara dayanılarak yapılacak hukuki işlem ve davranışların da doğrudan RKHK kapsamında değerlendirileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada fikri mülkiyet hukuku ile ilgili düzenlemelerde belirtilen "amaç" hükümlerinin, aynı zamanda, rekabet hukuku hükümlerinin müdahale sınırını oluşturduğunun kabulü gerekir. RKHK'da fikri mülkiyet hakları ile ilgili işlem ve eylemlere nasıl ve hangi ölçüde müdahale edilebileceğine dair özel bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanan boşluk, RKHK'nun uygulanmasında gözetilen ATAD kararları esas alınarak doldurulabilir.⁹³

Bu çalışmanın konusu "Rekabet Hukuku ile Bağlantısı Açısından Fikri Mülkiyet Haklarında Hakkın Tüketilmesi Kavramı" olduğundan bu bölüm başlığı altında sadece (i) Fikri Mülkiyet Hakları ile ilgili Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar (ii) Muafiyet (iii) Fikri Mülkiyet Hakları ile ilgili Hakim Durumun Kötüye Kullanılması konuları incelenecek ve birleşme ve devralmalar kapsam dışında bırakılacaktır.

4054 sayılı RKHK'da "paralel ithalat / hakkın tüketilmesi " konusunda doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Fakat RKHK'un 4(d) ve 6(a) maddelerinde, rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler

⁹⁰ SANLI, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 28.

⁹¹ AKTAŞ, Cihan, 2003, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:28, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 62.

⁹² EROL, Kemal, 09/2000, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.19.

⁹³ ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, 2002, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 346.

yasaklanmıştır. Buna bağlı olarak, paralel ithalatın engellenmesi de bu sonuçları doğurması açısından Kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda RKHK'nun 4(d) ve 6(a) maddeleri özellikle ele alınacaktır.

2. REKABETİ SINIRLAYICI ANLAŞMA KARAR VE UYUMLU EYLEMLER

RKHK'un 4'üncü maddesi, "*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 eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*" şeklindedir. Buna göre rekabeti sınırlayıcı (1) Teşebbüsler arası anlaşmalar (2) uyumlu eylemler, (3) teşebbüs birliği kararları yasaklanmaktadır. Burada birden fazla teşebbüsün varlığı şartı aranmaktadır. Çünkü sadece bir teşebbüsün yapmış olduğu rekabeti sınırlayıcı fiiller, sadece RKHK'nun 6. maddesine göre değerlendirilerek yasaklanabilir. Birden fazla teşebbüsün yapmış olduğu anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar rekabeti engelliyor, bozuyor, kısıtlıyor veya etkiliyorsa 4. madde anlamında yasaklanmaktadır.

Konunun daha net anlaşılabilmesi için öncelikle Teşebbüs (İşletme) Kavramını anlamak gerekmektedir. Teşebbüsün tanımı RKHK'nın 3. maddesinde yapılmıştır. Buna göre teşebbüs, *piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri* ifade eder.

Serbest meslek sahipleri ve faaliyetleri de işletme kavramına girdiği ölçüde RKHK kapsamında değerlendirilmelidirler. AT Komisyonu da işletme kavramını yorumlarken, ekonomik ve ticari faaliyette bulunmayı temel almakla birlikte, bu tür etkinliklerde kişi ve kuruluşların niteliği ve niceliğini de inceleyerek, genişletici yorumlar yapmaktadır. Örneğin **Coapi** (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial) Kararında⁹⁴ serbest meslek sahiplerinin, avukatlar da dahil olmak üzere hizmetin fikri, teknik veya uzmanlık gerektiren nitelikte olmasının, kişilere bire bir ilişkilerle sunulmasının, faaliyetin ekonomik niteliğini etkilemeyeceği gerekçesiyle rekabet kurallarına tabi olacağına hükmetmiştir. Komisyon ekonomik faaliyetlerde bulunan kişi ya da kurumun hukuki niteliğini ve elde edilen kar miktarını, işletme tanımı için tek ölçüt olarak almamaktadır. **Re Unitel** Kararında,⁹⁵ Salzburg

⁹⁴ Case 95/188/EC: Coapi, (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial), 30 January 1995, Official Journal L 122 , 02/06/1995 P. 0037 – 0050.

⁹⁵ Opera singer Re UNITEL [1978] 3 CMLR 306.

Festivali çerçevesinde yapılan bir gösteride Don Carlos operasında rol alan bir sanatçı teşebbüs kabul edilmiştir. Bu sanatçının sanatını icra etmek için istediği koşullar ve bu koşullara uygun olarak yapılan anlaşmalar, rekabet ortamını ortadan kaldırmaya nitelikte bulunmuş ve Roma Antlaşması'nın 81.(eski md.85/1.) maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Gerekçe olarak da özel bir durumda bulunan sanatçıların kabul ettiği şartlar, diğer sanatçılar için rekabet edilemez bir ortam yaratmaktadır denmiştir.⁹⁶

RKHK'un 4. maddenin mehzası olan Roma Antlaşması md. 81/1'dekine (eski md. 85) benzer bir düzenleme ile 4. madde de rekabeti sınırlayıcı nitelikte sayılan bütün işlemleri ve fiilleri yasak kapsamına almıştır. 4. madde, teşebbüsler arasındaki hem dikey hem de yatay nitelikteki anlaşmalara uygulanabilecektir.

Roma Antlaşması 81/1. (eski md. 85/1) maddesinde rekabeti bozabilecek nitelikte anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasaklanmış ve örnek olmak üzere bu amaca yönelik eylemlerin neler olduğu sayılmıştır.⁹⁷ Roma Antlaşması'nın 81. (eski md.85) maddesinde, amacı veya etkisi itibariyle rekabete aykırı olan anlaşmaları yasakladığından, bu amaca ulaşılmış olup olmaması hukuka aykırılığın varlığı bakımından belirleyici değildir.⁹⁸

2.1. Teşebbüsler Arası Anlaşma

RKHK. 4. maddesine göre; “ *Rekabeti sınırlama, engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilmiştir.* RKHK'nın 4. maddesinde sayılan yasaklanmış anlaşma örnekleri şunlardır:

a) *Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,*

b) *Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,*

⁹⁶ BADUR, Emel, 2001, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:6, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 49.

⁹⁷ KORAH, Valentine, 2000, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Seventh Edition, Hart Publishing, Oxford, s.35.

⁹⁸ ÖZ, Gamze, 2000, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No:4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 70.

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”

Kanununun 56. maddesinde de 4. maddeye aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararlarının geçersiz olduğu ve bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Anlaşma denilince, sadece Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku hükümlerine göre geçerli bir anlaşma olması gerektiği anlaşılmamalıdır. Rekabeti sınırlamak amacıyla yapılan tüm anlaşmalar bu kapsamdadır, zaten genellikle bu anlaşmalar gizli olarak yapılır. Taraflar arasında bir anlaşmanın varlığının kabulü için her ne sebepten olursa olsun tarafların kendilerini bu anlaşmayla bağlı kabul etmeleri yeterlidir.⁹⁹

⁹⁹ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 126.

Kanun sözleşme terimi yerine anlaşma kelimesini özellikle seçmiştir. Çünkü burada yazılı, sözlü, zımni her türlü uyuşma anlaşma olarak kabul edilmektedir. Taraflar açısından bağlayıcı olmayan centilmenlik anlaşmaları da tarafların fiilen bunlara uymaları ve rekabeti sınırlamaları halinde anlaşma olarak kabul edilir.

Doktrinde RKHK'un anlamında "anlaşma" kavramı üzerine bir çok tartışmalar olmakla birlikte, bizim de katıldığımız ATAD ve Komisyon kararlarının da aynı yönde olduğu üzere çoğunluk görüşü anlaşma kavramının Medeni ve Borçlar Hukuku anlamında bağlayıcılığı olmayan anlaşmaları da kapsadığı yönündedir.¹⁰⁰ Roma Antlaşması 81 inci (eski md.85) madde, rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan anlaşmaları yasaklamış, ancak AB rekabet mevzuatında anlaşmanın tanımı yapılmamıştır. Bu itibarla, işletmeler arasındaki ne tür bir ilişkinin, Roma Antlaşması 81 inci (eski md.85) madde kapsamında anlaşma sayılacağına dair Komisyon ve Adalet Divanının örnek kararları bulunmaktadır.¹⁰¹

Komisyon ve ATAD kararlarına göre, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında, herhangi bir şekil şartı veya hukuken geçerlilik şartı aranmadan, her türlü anlaşma Roma Antlaşması'nın 81 inci (eski md.85) maddesinde yer alan yasak kapsamında olabilecektir. Bununla birlikte bazı sözleşmelerin geçerlilikleri şekle tabi olduğundan örneğin patent ve marka lisans sözleşmelerinde olduğu gibi burada ilgili oldukları hükümlere göre sözleşmelerin öngörülen şekil şartlarını taşıması zorunludur. ATAD uygulamasında karşılıklı açık bir mutabakatı içermese bile, alıcı ile satıcı arasında satışa son verildiğini gösteren bir mektubun gönderilmesi, standart satış koşullarının bildirilmesi, anlaşma kapsamında kabul edilmiş ve rekabeti sınırlayıcı nitelikte olan sözlü anlaşmalarında (*örneğin Gentlemen's Agreement*) tıpkı yazılı sözleşmeler gibi Roma Antlaşması 81 inci (eski md.85) madde kapsamında rekabete aykırılık teşkil edebileceği yönündedir. Doktrinde genel kabul gören görüşte anlaşma kavramının geniş yorumlanması yönündedir.¹⁰²

Rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası anlaşmaların yasaklanması için fiilen uygulanmaya başlanmaları gerekmemektedir. Çünkü, 4. madde de açıkça belirtildiği üzere

¹⁰⁰ Karşıt görüşler için bkz: TOPÇUOĞLU Metin,2001, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 7, s. 133 vd. ; ÇAMLİBEL, 2001, s.174 -175.

¹⁰¹ ÖZ, G., 2000, s.70.

¹⁰² KORAH,V., 2000, s. 39.; ÖZDEMİR OKTAY, Saibe, 2002, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi ve Rekabet Hukuku Hükümlerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, s. 164.

rekabeti sınırlama amacına yönelik veya bu etkiyi doğurabilecek anlaşmanın varlığı dahi hukuka aykırıdır. Bir başka ifade ile teşebbüsler arası yapılan anlaşmanın amacı rekabeti sınırlamak olmasa dahi eğer bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte ise 4. madde anlamında hukuka aykırılık sonucu ortaya çıkmaktadır.

ATAD, taraflardan birinin diğerine önemli oranda bağlı olduğu durumlarda bile, örneğin **BMW Belçika**¹⁰³ kararında sağlayıcının satıcılarına gönderdiği ve satıcılar tarafından imzalanan sirküleri anlaşma olarak kabul etmiştir. Rekabet Kurulunun **LPG- Adıyaman**¹⁰⁴ kararında anlaşmanın tespitinde şekil şartı aranmamış, Çimento¹⁰⁵ kararında ise “teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışları yerine geçen bir koordinasyon veya pratik işbirliği sağlayan, doğrudan veya dolaylı ilişkilerin” de eğer aynı sonucu doğuruyorsa yasaklandığı belirtilmiştir¹⁰⁶.

Bağlı teşebbüsler terimi, genellikle hukuken bağımsız olmakla birlikte, ekonomik olarak ya ortak bir merkeze (ana teşebbüs) ya da birbirlerine bağlı olarak faaliyetlerini yürüten teşebbüsler hakkında kullanılır.¹⁰⁷ Rekabet Kurumu kararlarına göre bir yavru şirketle ana şirket arasındaki ya da aynı ana şirkete bağlı iki yavru şirket arasındaki anlaşmalar 4. madde anlamında anlaşma sayılmamaktadır. Çünkü RKHK'nun 3. maddesine göre bir teşebbüs'ün ekonomik bakımdan bağımsız karar verebilmesi gerekmektedir. Ana şirketle yavru şirket arasındaki bağ nedeniyle ekonomik bir bütünlük içerisinde bulunan tek bir teşebbüs söz konusudur.

¹⁰³ Cases 32/78, 36/78 to 82/78 BMW Belgium SA and others v. Commission of the European Communities 1979, ECR page 02435.

¹⁰⁴ Rekabet Kurulu, 26.11.1998 tarih, Dosya No : E2-D1-97/2, Karar 93/750-159, Şikayetçi Yücel Gaz Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ve Bayileri ve Aygaz A.Ş., Likidgaz Tevzi ve Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş., Milangaz Ticaret ve Sanayi A.Ş., İpragaz A.Ş. , R.G. 09.12.2000 tarih, 24255 sayı.

¹⁰⁵ Rekabet Kurulu, 17.06.1999 tarih, Dosya No : E2-D1-97/1, Karar 99-30/276-166 (a), Şikayetçi İzmir Ticaret Odası ve Akçansa Çimento San. ve Tic. A.Ş., Batıçim Batı Anadolu Çimento San. A.Ş., Batisöke Söke Çimento Sanayi A.Ş., Çimentaş İzmir Çimento Fabrikası Türk A.Ş., Denizli Çimento Sanayi A.Ş. , R.G. 06.10.2000 tarih, 24192 sayı.

¹⁰⁶ ASLAN, İ. Y., 2005, s.130; ATAD'ın ve Komisyon'un Commission Decision (Quinine Cartel), O. J. 1969, L.192, p. 5 (şekil şartına uyulmasa dahi verilen kararlara fiilen uyulmasını sağlayan hükümlerin varlığı anlaşma olduğunu gösterir). Distillers Case, O. J. 1978, L. 50, p. 16 (Karşılıklı bir mutabakatı içermese bile alıcı ile satıcı arasındaki standart satış koşullarının ve tek yanlı olarak gönderilen ve satışa son verildiğini gösteren mektup anlaşmadır). Case 28/77 Tepea BV v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 20.06.1978 (zımni kabulde anlaşmadır). Joined Cases 25 and 26/84, Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 17.09.1985, Case 17/74, Transocean Marine Paint Association v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 23.10.1974 kararlarında aynı doğrultuda verilmiş kararlardır.

¹⁰⁷ ASLAN, İ.Yılmaz, 1992, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, İş Bankası Vakfı, Ankara, s. 56.

2.1.1. Dikey ve Yatay Anlaşma Kavramı

Yatay anlaşmalar (horizontal agreement), üretim zincirinin aynı seviyesinde olan işletmelerin yapmış oldukları anlaşmalardır. Üretim zincirinin aynı seviyesinde faaliyet gösteren işletmeler birbirinin rakibidirler. Bu tip anlaşmalara kartel anlaşmaları da denmektedir. Rakipler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaların aynı zamanda olumlu etkileri olmaz. Bu nedenle rekabet hukuku sistemlerinde *per se* yasaklanırlar.¹⁰⁸ Aynı mal veya hizmetlerin üreticileri yahut dağıtıcıları arasındaki anlaşmalar yatay, üretici ile dağıtıcı, dağıtıcı ile perakendeci, üretici ile servis arasındaki anlaşmalar dikey anlaşmadır.¹⁰⁹ Örneğin otomobil üreticilerinin üretim aşamasında yaptıkları fiyat, dağıtıcıların dağıtım aşamasında yaptıkları bölge paylaşma konusunda yaptıkları anlaşmalar yatay anlaşma olarak değerlendirilebilirler.

Dikey anlaşma (vertical agreement), üretim zincirinin farklı seviyelerinde bulunan işletmeler arasında yapılan anlaşmalardır. Dikey anlaşma; üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren lisans alan ve veren, üretici ve toptancı, sağlayıcı ve müşteri gibi teşebbüsler arasındaki anlaşmalar şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁰ Dikey anlaşmaların en önemli unsuru, anlaşmanın taraflarının üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet göstermesidir. Dikey anlaşmaların rekabeti sınırlayıcı özellikleri yanında, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri rasyonelleştirmesi, tüketiciye ilgili ürünü daha kolay bulabilme olanağı sağlaması gibi olumlu yönleri de bulunmaktadır.¹¹¹ Bununla birlikte tekelden dağıtım, coğrafi pazar veya müşteri paylaşma, yeniden satış fiyatlarının belirlenmesi gibi sınırlayıcı dikey anlaşmalar da yapılabilmektedir.¹¹² Dikey sınırlamalara yatay sınırlamalardan daha ılımlı yaklaşılmasının ardındaki temel sebep, yatay sınırlamaların, ikame mallar/hizmetler üreten rakipler arasında bir anlaşmayı içermesi ihtimalini barındırırken; dikey anlaşmaların belirli bir malın /hizmetin sağlayıcısı ile alıcısı arasındaki anlaşmaya işaret etmesidir. Yatay anlaşmaların söz konusu olduğu durumlarda, bir firmanın pazar gücünü kullanmasından (ürettiği ürünün daha yüksek fiyatlı olmasından) rakipleri istifade edecektir.

¹⁰⁸ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 212.

¹⁰⁹ MERKIN, Robert, 1987, Encyclopedia of Competition Law, Vol: 1, London., s. 1012, 1013.

¹¹⁰ HILDEBRAND, D., 1998, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Netherlands, Kluwer Law International, s. 277.

¹¹¹ Aslan, İ. Y., 2005, s. 213.

¹¹² BADUR, E., 2001, s. 61.

Bu da rakiplerin anti rekabetçi davranışları için birbirlerini tahrik etmelerine zemin hazırlamaktadır.¹¹³

Roma Antlaşması'nın 81/1. (eski md. 85) maddesi, yasaklanan türdeki eylemlerin yatay veya dikey düzlemde yapılmış olmaları konusunda bir ayırım getirmez. ATAD tarafından, bu ilke doğrultusundaki ilk kararın, Consten&Grundig davası'nda¹¹⁴ alındığı kabul edilir. Yine de, dikey rekabet kısıtlamalarının tüketiciye yarar sağlayacak şekilde ürünlerin üretimi, dağıtımı ve son tüketiciye sunulmasında yeni gelişme ve iyileştirmelerin sağlanmasında önemli rol oynayabileceği kabul edilmektedir.¹¹⁵ Dolayısıyla dikey anlaşmaların, belirli şartların varlığı halinde, muafiyet sistemi ile genel yasak çerçevesinden çıkarılabilmesi mümkündür (RKHK md. 5, Roma Antlaşması md. 81/3 (eski md.85)).¹¹⁶

Alman Grundig ile Fransız Consten şirketi arasında yapılan süresiz tek satıcılık sözleşmesi ile Consten, Grundig markasını kullanma hakkını da alarak, bunu Fransa'da GINT markası adı altında tescil ettirmiştir. Daha sonra **UNEF** adlı 3. bir şirketin, Alman satıcılardan aldığı Grundig ürünlerini Consten'in satış bölgesinde yani Fransa'da, Consten'den daha ucuza satmaya başlaması üzerine Consten şirketi, marka hakkına dayanarak açtığı haksız rekabet ve marka hakkının ihlali davalarını kazanmış ve UNEF'in paralel ithalatını engellemiştir. Olay ATAD önüne geldiğinde, "**Consten and Grundig v. Commission**" davasında 81/1. (eski md.85) maddenin hem yatay hem de dikey anlaşmalara uygulanabileceğini, bozulan rekabetin Grundig markasında değil, iki dağıtıcı yani Consten ile UNEF arasında olduğunu saptamıştır.¹¹⁷

Marka lisansı verenle lisans alan arasındaki anlaşmalar genellikle bu kapsamda ele alınır. Lisans veren, lisans sözleşmesinde lisans alan için pek çok sınırlama öngörebilir. Örneğin satış fiyatını belirlemek, marka altında yapılacak üretimin miktarını belirlemek gibi. Bu tür sınırlamalar marka içi rekabet açısından önemlidir. Bunun dışında dikey anlaşmalar,

¹¹³ PEEPERKORN, Luc, 2002, "Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu" Çev. Meltem Bağış, Rekabet Dergisi, Sayı 10, s. 78.

¹¹⁴ Joined Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 13.07. 1966 ECR 299, 347. (Kararın ayrıntısı için bakınız Hakkın Varlığı Kullanımı konu başlığı).

¹¹⁵ AYBER, Murat, 2003, Marka İçi ve Markalararası Rekabetin Dengelenmesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 9.

¹¹⁶ TOPÇUOĞLU, Metin, 2001, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 133 vd.

¹¹⁷ Marka içi rekabet kavramı ilk kez bu olayda kullanılmıştır. Bu karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız Hakkın Varlığı/ Kullanımı Ayırımı konu başlığı altına.

tie-in klozları¹¹⁸, rekabet etmeme yükümlülüğü (rakip malları satmama) gibi markalar arası rekabeti etkileyen hükümler de içerebilir.¹¹⁹ Türk Rekabet Kanunu uygulanmasında da RKHK 4. maddesi hem yatay nitelikteki hem de dikey nitelikteki anlaşmalara uygulanmaktadır.

2.1.2. Dağıtım Anlaşmaları

Dağıtım anlaşmaları bir ürünün üretiminden son tüketiciye ulaşıncaya kadar geçtiği aşamaları birbirleriyle birleştiren anlaşmalardır. Yani üretici ile dağıtıcı, dağıtıcı ile toptancı ve toptancı ile parakendeci arasındaki anlaşmalar, dağıtım anlaşmalarının birer basamağını oluştururlar. Bu gibi anlaşmalar üretimden tüketime kadar geçen yolda farklı basamakları birleştirdikleri için, dikey anlaşmalar olarak nitelendirilirler. Dikey anlaşma kavramı dağıtım anlaşmaları kavramından daha geniştir. Örneğin alıcının yeniden satım amacıyla değil de kendi üretiminde ara girdi olarak kullanmak üzere temin ettiği hammadde alım anlaşması, bir dikey anlaşma olmasına rağmen dağıtım anlaşması değildir. Dağıtım anlaşmaları genellikle bir ürünün dağıtımını ve pazarlamasında rasyonalizasyon sağlarlar. Buna karşılık doğurdıkları toprak ve müşteri koruma gibi sonuçlar itibariyle, marka içi rekabet üzerinde sınırlayıcı bir etkiye sahiptirler.¹²⁰

Dağıtım anlaşmalarındaki ortak noktalardan hareketle ve uygulamada daha pratik olması sebebiyle Avrupa Birliğinde tekelden dağıtım, tekelden satınalma ve franchise anlaşmaları hakkındaki Tüzükler birleştirilerek tek bir Tüzük çıkarılmıştır.¹²¹ Türkiyede de benzer bir uygulama ile Tek Elden Dağıtım Anlaşmaları Hakkındaki 1997 / 3 sayılı, Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları Hakkındaki 1997 / 4 sayılı ve Franchising Anlaşmaları Hakkındaki 1998 / 7 sayılı tebliğler kaldırılarak yerine 2002 / 2 Dikey Anlaşmalar tebliği çıkarılmıştır. Motorlu Taşıtlar Sektöründeki dikey anlaşmalar AB'ndekine benzer bir şekilde ayrı bir tebliğle düzenlenmiştir.¹²²

¹¹⁸ Anlaşmanın niteliği ve ticari teammüllere aykırı olarak, bir mal ve hizmetle birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması, RKHK m.4/ f'de rekabeti engelleyici bozucu faaliyet olarak; ve 6/c maddesinde hakim durumu kötüye kullanma hali olarak hukuka aykırı ve yasak kabul edilmiştir.

¹¹⁹ ÇAMLİBEL, E., 2001, s.178.

¹²⁰ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 215.

¹²¹ Commission Regulation (EC) No 2790 / 1999 of December 1999 on the application of article 81 (3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices (O.J. L 336, 29.12.1999 P.29).

¹²² R.G. 12.11.2005 Tarih, Sayı 25991, "Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" 1.1.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Dağıtım anlaşmalarında dikey sınırlamaların rekabet piyasasına etkileri açısından diğer bir konu ise Marka içi (intra-brand competition) ve markalararası rekabet (inter-brand competition) ayrımıdır.

Dağıtıcılar genel olarak iki farklı rekabet ile karşı karşıyadır. Bunlardan birincisi, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren rakip sağlayıcıların ürünlerinden kaynaklanan “markalararası rekabet”, diğeri ise kendisi ile aynı sağlayıcıdan mal veya hizmet temin eden diğer dağıtıcılardan kaynaklanan “marka içi rekabet”tir.¹²³ Belirli bir ürün piyasasında faaliyet gösteren farklı teşebbüslerin, tüketicinin aynı ihtiyacını karşılayan mal ya da hizmetler için uyguladıkları fiyat, kalite ve diğer sözleşme şartları farklılık gösterir. Markalararası rekabet, tüketicinin bu alternatif temin kaynaklarına ulaşmasının bir sonucudur.¹²⁴ Marka içi rekabet ise, aynı markanın üretim, dağıtım veya satışı gibi farklı aşamalarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasındaki rekabeti ifade eder. Doğal olarak Rekabet Hukuku açısından esas korunması gereken, “markalar arası” rekabet sürecidir. Zira “marka içi” rekabetin, somut olaya göre değişebilmekle birlikte, tüketici veya teşebbüslerin seçim veya ticaret özgürlüğü üzerinde önemli bir etkisi olmadığı gibi, bilakis markanın dağıtım ve satışında optimum etkinliğin sağlanması açısından, markalar arası rekabete ve dolayısıyla ekonomik verimliliğe olumlu katkısı bulunmaktadır.¹²⁵

Dağıtım sözleşmelerinde rekabeti sınırlayıcı hükümler genellikle, “alıcıya belirli bir bölgeyle sınırlı tekel hakkı tanınması /tek elden satış hakkı tanınması”¹²⁶ veya “alıcının başka bir satıcının mallarını satmamaya ilişkin taahhüdü” veya “satıcı tarafından tekrar satış koşullarına sınırlama getirilmesi (sağlayıcının nihai satış fiyatını belirlemesi) gibi kayıtları içermektedir. Belirtilen ilk türden kayıtlar, ilişkinin ticari açıdan ortaya çıkardığı olağan riskin, karşılaşılması muhtemel rekabetin engellenmesi yoluyla bertaraf edilmesi amacıyla

¹²³ HUGHES, M., FOSS, C., ROSS, K., 2001, “The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law”, ECLR 10, s. 424.

¹²⁴ KARAKURT, Alper, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:11, Ankara, s.18.

¹²⁵ SANLI, K.C., 2000, s. 93.

¹²⁶ Alıcıya belirli bir bölge üzerinde tekel hakkı tanıyan sınırlamalar iki şekilde olabilmektedir. Eğer alıcı ve satıcı arasındaki sözleşmede, sadece satıcının başka bir alıcıya mal vermemesi üzerinde anlaşmaya varılmışsa, *basit tekel hakkı* (pasif provizyon kayıtları), sadece alıcı ve satıcı arasında değil, diğer alıcılara yapılan sözleşmelere de, alıcıların birbirlerinin bölgelerine mal verememesine ilişkin kayıtlara var ise, *mutlak tekel hakkı* (aktif provizyon kayıtları) söz konusudur. Mutlak tekelde, piyasalar coğrafi olarak bölünülerek, ticaretin akışı sınırlanmakta ve tüketicilerin tercihleride bu şekilde kısıtlandığından rekabet açısından daha olumsuz etkilerle sahiptir. ATAD, mutlak tekel hakkı tanıyan ve pazarın bölünmesine yol açan bu kayıtların Ortak Pazar’ın bütünleşmesi hedefi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle *per se* hukuka aykırı olarak kabul etmektedir.

dayanmaktadır.¹²⁷ Daha açık bir anlatımla, dikey bir anlaşmanın yaratacağı rekabet riski, bu türden himaye vasıtaları ile azaltılmakta ve anlaşmanın tarafların amacına uygun olarak tatbik edilebilmesi sağlanmaktadır. Diğer türden kayıtlar ise, daha çok dikey ilişkinin üst düzleminde bulunan teşebbüslerin menfaatlerini korumakta ve onun kendi ticari politikası uyarınca geliştirdiği pazarlama ve satış hedeflerinin gerçekleştirilmesi amacına dayanmaktadır. Doğal olarak bu kayıtlar, taraflar arasındaki rekabetten ziyade, taraflar ile üçüncü kişiler arasındaki rekabetin kısıtlanmasına yol açmaktadır.¹²⁸

Dağıtım anlaşmalarında amaç dağıtıcının maksimum ölçüde korunmasıdır. Bu amaçla sağlayıcı ile dağıtıcı arasında yapılacak anlaşmadaki rekabeti sınırlayıcı hükümler (örneğin sağlayıcının dağıtıcıya bölge sınırlaması yapması) RKHK 5. maddesindeki koşulları taşıyor ise muafiyetten yararlanabilir, bu durumda söz konusu rekabeti sınırlayıcı hüküm geçerli olacağından tarafları bağlayıcı niteliktedir. Fakat bu durum 3. kişileri bağlamaz bir başka ifade ile üçüncü kişilerin ticaret özgürlüğünü kısıtlamaz. Yani dağıtım anlaşmasının geçerli olması, dağıtım anlaşmasına konu olan ürünün, üçüncü kişiler tarafından paralel ithalatına engel olmaz.¹²⁹

Komisyon, **Wea-Filipacchi Music SA.** kararında¹³⁰, Kinney grubuna ait Wea-Filipacchi Music SA. Şirketi, aynı gruba ait Warner Bross firmasının ürettiği plakları, Fransa'ya ithal etmektedir bu konuda aralarında dağıtım anlaşması akdetmişlerdir. Bu

¹²⁷ Örneğin, ürettiği yeni ürünü bir marka adı altında tescil ettiren bir teşebbüsün, çeşitli nedenlerle ürünü piyasaya başka bir şirket aracılığı ile sunmak istemesi durumunda akdedilen dağıtım anlaşmasında dağıtıcıya; reklam yapılması, belirli bir bedel ödenmesi, satış sonrası yedek parça ve servis hizmetinin verilmesi, satış fiyatının belirlenmesi, malın garanti kapsamında satışa sunulması ve başka bir marka ürünle bir arada satış yasağı gibi ağır koşullar getirilebilir. Bu durumda dağıtıcının bu ağır koşullar karşısında, bir takım ayrıcalıklarının olmasının gerektiği açıktır. Dağıtıcı, akdetmiş olduğu anlaşma sonrasında bir takım maliyetlerin altına girmekte örneğin bir dağıtım ve pazarlama ağı kurup, reklam yapmaktadır. Aynı ürünün sonradan bir baka teşebbüs tarafından dağıtımının yapılarak bu emeğinin sömürülebilmesi olasılığı karşısında (*free riders problem*), sağlayıcı tarafından dağıtıcıya tanınan bu imtiyazlar, başarıya ulaşmasında tek rasyonel yol olarak kalmaktadır. İşte dağıtıcının elde ettiği, “belirli bir coğrafya ile sınırlı tekel koruması”, “malın belirli bir fiyattan satılmaması” ve “belirli bir miktardan aşağı alınmaması” gibi kayıtlar, dikey bir anlaşmayla üzerine aldığı riskin, ticari hayatın gereklerine göre hafifletilmesini ve üretici ile arasında paylaşılmasını sağlar. Şüphesiz bu ve benzeri sınırlamalar, marka içi rekabete olumsuz etkide bulunmakta ve ikinci kuşak rekabeti sınırlamaktadır. Benzer durumu, fikri mülkiyet haklarının lisans yoluyla devredilmesi halinde de görmek mümkündür. Zira bu takdirde de patent hakkı sahibi, patente konu buluşun elde edilmesi amacıyla sarf ettiği ar-ge masraflarının karşılanması amacıyla, lisans almak isteyen taraftan bir bedel talep edecek ve lisans alanın gerek bu bedeli karşılayabilmesi ve gerekse patent konusu malın üretime dönüştürülmesi ve yatırımın ticari açıdan taşıyacağı riski hafifletmek için bir takım inhisari imtiyaz hakları talep edecektir.

¹²⁸ SANLI, K.C., 2000, s. 93.

¹²⁹ Bu konu yukarıda “Rekabet Hukuku Açısından Paralel İthalat” konu başlığı altında Rekabet Kurumunun Se-Sa Kararı açıklanarak incelenmiştir.

¹³⁰ Commission Decision 72/480/EEC of 22 December 1972, WEA-Filipacchi Music SA, OJ L. 303 of 31 December 1972, p.52.

anlaşmaya göre, Wea-Filipacchi Music SA., müşterilerine satın alacakları plakların Fransa dışına, özellikle Batı Almanya'ya ihraç edilmemesi şartını mektupla bildirir. Batı Almanya'da ise Warner Bross şirketinin plaklarını, Wea GmbH adında üçüncü bir şirket ithal etmektedir. Wea-Filipacchi SA. ile sözleşme imzalayan perakende plak satıcılarından üçü Wea-Filipacchi şirketine, anlaşmanın 81. maddeyi ihlal ettiğini bildirirler. Olayda Komisyon, Fransız perakende plak satıcılarının, Fransa dışına plak satışının kısıtlanmasının, Roma Antlaşması'nın 81/1. (eski md. 85) maddesine aykırı bularak üçüncü kişilerin sözleşme yapma özgürlüğünün kısıtlanarak rekabetin kısıtlanmış olduğuna karar verir. Dağıtıcılar ile borç ilişkisine giren üçüncü kişilerin faaliyetlerini kısıtlayan anlaşmalarda, üçüncü kişinin, malı tekrar aynı ülkede satması veya Avrupa Topluluğu içinde başka bir ülkeye ithali engellenemez.

2.1.3. Tek Satıcılık Sözleşmeleri

Nitelikleri gereği bölgesel tekel sağlama amacına yönelik olarak yapılan tek satıcılık sözleşmeleri ile marka içi rekabetten de kaçınmak istenir. Doktrinde, sui generis bir sözleşme olarak da nitelendirilen tek satıcılık sözleşmesi genel olarak şu şekilde tanımlanmaktadır:

“Tek satıcılık sözleşmesi yapımçı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçevede niteliğinde ve sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımçı ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisari olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmak yükümlülüğünü üstlenir”.¹³¹

Yukarıda verilen tanımdan hareketle, tek satıcılık sözleşmesinin unsurlarının “belirli bir bölgede tek satıcılık hakkı tanınması”, “süreklilik”, “kendi adına ve hesabına davranmak”, “pazarlama satış ve sürümü arttırma faaliyetlerinde bulunmak” şeklinde sayılması mümkündür. İçlerinde en önemlisi ilk unsur olarak belirlenen tek satış hakkıdır. Yani tek satıcılık sözleşmesinin temel unsuru yapımçı tarafından tek satıcıya belirli bir bölgede ve belirli bir süre için tekel hakkı tanınmasıdır. Çünkü, tek satıcı yapımçı firmanın mallarını belirli bir bölgede diğer satıcılarla rekabet etmeden tek başına satarak, rekabette avantajlı durum kazanmış olacaktır. Öte yandan aynı anlaşmada yer alan, tek satıcının

¹³¹ İŞGÜZAR, Hasan, 1989, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, s.14 ; TANDOĞAN, Haluk, Aralık 1982, “Tek Satıcılık Sözleşmesi”, Batıder, C. XI, S.4, s. 1.

sözleşme konusu malların satışlarını arttırmak için göstereceği çaba şartı sonucunda yapımçı da malların satışı arttığı için çıkar sağlayacaktır.¹³²

Tek satıcılık sözleşmeleri ile rekabet kuralları arasında bir çelişki söz konusudur. Fakat bu durum tek satıcılık sözleşmelerinin her zaman hukuka aykırı olduğu ve per se yasaklanacağı anlamına gelmez. RKHK'da genel olarak düzenlenmeyen tek satıcılık sözleşmeleri hakkında kanunun 4/e maddesi "Münhasır Bayilik hariç olmak üzere, eşit hak ve yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması" şeklinde olup bu maddenin uygulanmasından münhasır bayiliklerin hariç tutulacağı belirtilmektedir.

Münhasır satıcılık sözleşmelerini Rekabet Hukuku açısından değerlendirirken, ele alınması gereken ilk husus, üreticinin münhasır satıcılık sözleşmeleri ile, piyasayı toptancı ve perakendeci satıcılar arasında bölüştürmesi ile, toptancı ve perakendeci satıcıların piyasayı kendi aralarında paylaşmak üzere yaptıkları kartel anlaşmaları arasındaki farkın belirlenmesidir. İlkinde, üretici ile satıcılar arasında, belirli bölgeler dışında satış yapmamak kaydı ile yapılan satış sözleşmeleri¹³³, ikincisinde ise, Rekabet Hukukunca yasaklanan piyasa paylaşma anlaşması vardır.¹³⁴

Tek satıcılık sözleşmesinin tarafları uygulamada genellikle sağlayıcı ile ürünlerin belli bir bölgede satışı yapacak olan tek satıcı/dağıtıcıdır. Tek satıcı sözleşme konusu ürünleri sağlayıcıdan satın alıp kendi adına ve hesabına satmaktadır. Tek satıcının kendi adına davranması sözleşmeyi acenta sözleşmesinden, kendi hesabına davranması ise komisyonculuk sözleşmesinden ayırt eder.¹³⁵

Tek satıcılık sözleşmesiyle sağlayıcı, tek satıcının münhasır bölgesine doğrudan satış yapmamayı taahhütle tek satıcıya basit tekel hakkı sağlar. Tek satıcılık sözleşmelerindeki sağlayıcının başka bölgelerdeki tek satıcılarının birbirlerinin bölgelerine satış yapmasını engelleyeceğine ilişkin taahhütler ise güçlendirilmiş tekeli yaratır. Eğer sağlayıcının üçüncü kişilerin tek satıcının bölgesinde satış yapmalarını önleyici tedbirler almayı da üstlenirse

¹³² İŞGÜZAR, H., 1989, s. 16.

¹³³ Tek satıcılık sözleşmeleri ile sağlayıcının tek satıcıya sözleşme konusu ürünün markasını tek satıcının tekel bölgesinde kendi adına tescil ettirmesi hakkını tanınması da mümkündür. Bu durumda taraflar arasında ayrıca marka lisans sözleşmesi, patent lisansı ya da know-how sözleşmesi yapılabilirler.

¹³⁴ AKINCI, Ateş, 2000, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:5, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 95.

¹³⁵ İNAN, Nurkut, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batıder, C. XVII, S. 2, s. 57-58.

mutlak satış tekeli söz konusu olur.¹³⁶

Tek satıcılık sözleşmeleri, tek satıcının rakip malları satmasını, yapımıcının aynı bölgede başka satıcılara mal vermesini ve yapımıcının sözleşme bölgesine doğrudan satış yapmasını yasaklaması nedeniyle rekabeti sınırlayıcı bir etkiye her zaman sahiptir. Bununla birlikte genel olarak dağıtımda bir iyileşme sağlarlar. Çünkü tek satıcı satış faaliyetleri üzerinde yoğunlaşabilir, yapımıcı pek çok ticari ilişkiler kurmak zorunda kalmayacağından üretimde yoğunlaşabilir ve böylece özellikle, uluslararası ticarete dil, yabancı yasalar ve diğer farklılıklardan kaynaklanan dağıtım güçlükleriyle uğraşmak zorunda kalmaz. Tek satıcılık sözleşmeleri ürün satışının artırılmasına yardımcı olur ve yoğun bir arzın devamlılığını sağlar, dağılımı rasyonelize eder. Pazara girişleri kolaylaştırarak farklı üreticilerin ürünleri arasında rekabeti artırır. Tüketici iyileşen dağıtım sistemi sonucunda ürünleri daha kolay ve çabuk elde edebilir.¹³⁷

Tek satıcılık sözleşmeleri rekabeti sınırlayıcı nitelikte olsalarda yukarıda da bahsedilen olumlu yönleri nedeniyle RKHK 5. maddesindeki koşulları taşıması kaydıyla grup olarak muafiyet kapsamındadırlar.

AT Komisyonu'nun tekelden dağıtım ve tek elden satınalma sözleşmelerinde Roma Antlaşması 81. (eski md. 85/3.) maddenin uygulanarak grup olarak muafiyetten faydalanabilmesi için kabul ettiği yeni Dikey Anlaşmalara ilişkin Tüzükte¹³⁸ paralel ticaret olanaklarının açık tutulması ve tek satıcıya mutlak tekel hakkı verilmemesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Buna paralel düzenleme aynı şekilde ülkemizde de Rekabet Kurulunun çıkarttığı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğinde¹³⁹ yer almıştır.

AKINCI, münhasır satıcılık sözleşmelerinin Rekabet Hukuku kurallarının dışında tutulmasının, Rekabet Hukukunun amaçlarına ters düştüğünü, Piyasanın rakip firmalar arasında paylaşılmasının, ticarete hiçbir olumlu katkısı olmaması sebebi ile *per se* hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerektiğini; aynı sonucun üretici ile yapılan münhasır satıcılık sözleşmesi ile gerçekleştirilmesine izin verilmesine engel oluşturduğunu, bu tür sözleşmelerin satıcının birden çok kişi ile, ayrı ayrı yaptığı anlaşmalar olmasına karşın, tek bir planın uygulanmasından başka bir şey olmadığını ve üreticinin birden çok kişi ile yaptığı bağımsız

¹³⁶ İNAN, N., s. 58.

¹³⁷ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 234.

¹³⁸ Commission Regulation (EC) No 2790 / 1999.

¹³⁹ 30.05.2002 Tarihli, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, R.G. 14.07.2002 Tarih, sayılı 24815.

satış sözleşmeleri, bir bütün olarak ele alındığında, ortaya çıkan durumun, kartel sözleşmelerinden farklı olmadığını, bu nedenle rekabeti sınırlayıcı hükümlerin yasaklanması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca etkin bir pazarlama sisteminin geliştirilebilmesi ve tüketicilere daha iyi hizmet sunulabilmesi için münhasır satıcılık sözleşmelerinin gerekli olduğu ve KOBİ'lerin pazara girişinin kolaylaştırılması gerekçesinin kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmektedir.¹⁴⁰

Tek satıcılık sözleşmelerine konulabilecek 3. kişilerin paralel ticaret hakkını kısıtlayıcı nitelikte ve mutlak tekel sağlamaya yönelik hükümler RKHK 4/1 maddesine aykırıdır ve yasaktır. Bunlara ancak belirli koşullarda muafiyet verilebilir. Örneğin, pasif ticareti engelleyerek marka içi rekabeti mutlak bir şekilde ortadan kaldıran sözleşmeler kanunun 5/c maddesindeki koşulu yerine getirmediğinden muafiyet alamayacaktır. Bu kısıtlamalar, ancak Kanun'un 5. maddesinde öngörülen dört koşulun yerine getirilmesi şartıyla muafiyet alabilirler.¹⁴¹

AT uygulamasında dağıtım anlaşmalarının paralel ticareti tamamen ortadan kaldırmamasına özen gösterilmektedir. Doğrudan veya dolaylı olarak paralel ticareti engelleyici sözleşme hükümleri veya uygulamalar rekabet kurallarına aykırı kabul edilmektedir. Komisyon, paralel ticaret yapanları kayıtsız şartsız korumaktadır.¹⁴²

Paralel ticaret konusunda yapılan en önemli tartışmalardan biri yine bu noktada karşımıza çıkmakta ve dağıtıcının yapmış olduğu bir takım ar-ge faaliyetleri, garanti hizmetleri, reklam gibi maliyetlerinin paralel ticaret yapan 3. kişiler tarafından sömürüldüğü gerekçesiyle komisyonun bu tutumu eleştirilmektedir. Bu eleştirilerde haklılık payı olmasına karşın özellikle markalar arası rekabetin az olduğu piyasalarda, tek satıcının /dağıtıcının katlandığı maliyetler nedeniyle korunması ile rekabet ortamının ve pazarın korunarak ticaret özgürlüğünün sağlanması arasında bir seçim yapmak zorunluluğu doğmaktadır. Bu koşullar altında AB'nde ve ülkemizde rekabet ve ticaret yapma özgürlüğünden yana açık bir tercih yapılmıştır.

¹⁴⁰ AKINCI, A., 2000, s. 95-96.

¹⁴¹ ASLAN, İ.Y., 2005, s. 242.

¹⁴² ASLAN, İ.Y., 1992, s.108.

2.2. Teşebbüsler Arası Uyumlu Eylemler

Anlaşmalardan başka yasaklanmış olan benzer nitelikteki uyumlu eylemdir. Bir anlaşma mutabakat olmamasına rağmen işletmelerin birbirine benzeyen, birbirleriyle uyumlu pratikleriyle, tatbikatlarıyla kartel ve karteğe benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Uyumlu eylemin tespiti oldukça zordur.¹⁴³

RKHK teşebbüsler arasında bilerek gerçekleştirilen pratik işbirliğini dahi rekabete aykırı kabul etmektedir. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda pazar yapısı veya teşebbüslerin pazar davranışları rekabetin sınırlanması sonucunu doğuruyorsa işletmeler arası uyumlu davranış olduğu kabul edilecektir (RKHK md. 4, f. 3/4). RKHK'nın öngörmüş olduğu bu karinenin aksi, işletmeler tarafından aralarında uyumlu eylem olmadığı ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayandırılmak süretiyle ispatlanabilir.¹⁴⁴

Teşebbüsler arasında uyumlu davranışın varlığının kabul edilebilmesi için şu koşullar aranmalıdır:

- Teşebbüsler arasında kendi bağımsız davranışı yerine geçen ortak işbirliği olmalıdır.
- Bu işbirliğine doğrudan veya dolaylı bir ilişki ile ulaşılmış olmalıdır.
- Amaç rakiplerin gelecekteki davranışlarındaki belirsizlikleri ortadan kaldırmak olmalıdır.¹⁴⁵

Roma Antlaşması'nın 81 inci (eski md. 85) maddesinde, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu doğuran teşebbüsler arasındaki tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve birlikte davranışlar ortak pazarla bağdaşmadıkları için yasaklanmıştır. Daha önce değinildiği üzere anlaşmalarda olduğu gibi uyumlu davranışın

¹⁴³ TEKİNALP, Ünal, 1998, "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör", Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş.: İnterMedya Yayını, s. 70.

¹⁴⁴ ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 178.

¹⁴⁵ ARSLAN, İ. Y., 2005, s. 138; BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, 1987, Competition Law of the E.E.C.; Oxfordshire, s. 212., Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 16 December 1975, European Court Reports 1975 Page 01663.

tanımı da, ne Roma Antlaşması'nda ne de RKHK'nın "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinde yapılmıştır. Bu kavram Türk Hukukunda RKHK'nın 4. maddesinin 3 ve 4. fıkralarından hareketle ve Rekabet Kurumu kararları ile; AB'nde ise Adalet Divanı içtihatlarıyla açıklığa kavuşmuştur.

Uyumlu davranış, Adalet Divanında ilk kez, ICI firmasının Komisyona karşı açtığı ve *Dyestuffs* davası olarak anılan davada incelenmiştir. Adalet Divanı, bu davada uyumlu davranışı, "...aralarında gerçek anlamda bir anlaşma olmadığı halde, tarafların, rekabetin doğuracağı riskleri, bilerek ve isteyerek koordinasyon içinde ortadan kaldırarak, bunun yerine, pratikte işbirliğini ortaya çıkaran davranış şekli..." olarak tanımlamıştır.¹⁴⁶

Daha sonra önüne gelen olaylarda ATAD, uyumlu davranışı, "Teşebbüsler arasında hiçbir zaman anlaşmanın varlığı aşamasına gelmeyen bunun yerine bilerek ikame ettikleri rekabetin risklerine karşı aralarında pratik işbirliği yaratan bir eşgüdüm şeklidir" şeklinde tanımlamıştır.¹⁴⁷ Teşebbüslerin, *bilinçli olarak ya da bilerek ve isteyerek* uyumlu davranış içinde olmaları yeterlidir. Uyumlu davranışın planlanmış olması koşulu aranmamaktadır. Örneğin Şeker Karteli davasında ATAD; teşebbüslerin planlı bir davranış içinde olmadıkları bu nedenle uyumlu eylemden söz edilemeyeceği yönündeki savunmalarını reddetmiştir.¹⁴⁸

Rekabet Kanunu ve mehzazı Roma antlaşmasında uyumlu eylem kavramına yer verilerek yasaklanmasının nedeni teşebbüslerin ispatı daha kolay olan ve hukuki bir durumu ifade eden anlaşma ve kararlar ile ulaşamayacakları veya bundan kaçınarak başka yollarla aynı sonuca ulaşmaya çalışmalarının engellenmek istenmesidir. Bu düzenleme ile, yani teşebbüsler arasındaki rekabeti engelleyen, sınırlayan, fakat anlaşma olarak nitelendirilemeyen davranışların kanun kapsamına alınması ile kanun'un 4. maddesinin uygulanmasının etkisiz hale gelmesi engellenmek istenmiştir. Uyumlu eylem ile anlaşma birbirinden farklı şeylerdir. Anlaşmadan söz edebilmek için taraflar arasında, hukuken bağlayıcı olmasa bile karşılıklı "irade açıklaması" vardır. Uyumlu davranışta ise taraflar arasında böyle bir irade açıklaması yoktur.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ÖZ, G., 2000, s. 73. Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 14 July 1972, ECR 619.

¹⁴⁷ SANLI, K.C., 2000, s. 86.

¹⁴⁸ Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 16 December 1975, European Court reports 1975 Page 01663.

¹⁴⁹ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 140.

RKHK 4. maddenin 3. ve 4. fıkralarından hareketle uyumlu eylemi şöyle tanımlamak mümkündür: “İki veya daha fazla teşbbüsün, ekonomik veya rasyonel gerekçelerle açıklanamayan ve bir anlaşmaya dayanmayan fakat bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilmiş rekabeti sınırlayıcı pazar davranışdır”.¹⁵⁰

Uyumlu davranışlardan söz edebilmek için bazı unsurlar gereklidir. Bunlar:

a. Uyumlu eylemden söz edilebilmesi için iki veya daha fazla işletme olmalıdır.

b. Bilinçli paralellik olmalıdır. Teşbbüslerin pazar davranışları bilinçli olarak birbirine paralel hale getirilerek rekabet sınırlanmış olmalıdır. Buradaki bilinçlilik, taraflar arasında anlaşmanın varlığını kabul edemediğimiz durumları ifade etmektedir. Buradaki bilinçlilik daha çok işletmeler arasında bir bağlantının varlığı ile gösterilmektedir. Bu öyle bir bağlantıdır ki teşbbüsler bu sayede birbirlerinin gelecekte Pazar davranışlarını önceden öğrenebilmekte ve ona uygun pazar davranışları geliştirebilmektedirler.¹⁵¹ Rakiplerin toplantılara katılmaları, görüşmeleri, aynı otelde kalmaları dahi bağlantıya örnek verilebilir. Bu bağlantı sonucunda gerçekleşen paralel davranışla, uyumlu eylem sonucuna ulaşılabilir.

Oligopolistik pazarlarda ise arada hiçbir bağlantı olmaksızın, pazar yapısı gereği bilinçli paralellik sağlanabilmektedir. Dolayısıyla ister oligopolistik pazarlarda pazarın koşulları icabı, isterse rekabetçi piyasalarda işletmeler arası bağlantılar olsun, rakip işletmelerin davranışları bilinçli olarak paralel ve birbirine uygun hale gelerek rekabeti sınırlandırıyor, orada bir uyumlu davranış vardır.¹⁵²

Rekabet Kurulunun **Turkcell-Telsim kararında**¹⁵³; Şikayetçi Rekabeti Koruma ve Geliştirme Derneği (REKODER)'nin, Telsim ve Turkcell'in uyumlu eylem içinde buldukları ve hâkim durumunu kötüye kullandıkları iddiasını taşıyan başvurusu üzerine yapılan ön araştırma sonucunda, ilgili teşbbüsler arasında genel olarak paralel davranışların olmadığı; var olan paralelliklerin ise oligopol piyasalarındaki klasik pazar davranışlarına uyduğu söylenerek, uyumlu eylemin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

¹⁵⁰ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 140.

¹⁵¹ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 141.

¹⁵² ASLAN, İ. Y., 2001, Rekabet Hukuku, Bursa, s. 83.

¹⁵³ Rekabet Kurulu, 14.12.1999 tarih, Dosya No : D2/1/E.Ö.-99/1, Karar 99-57/614-391, Şikayetçi Rekabeti Koruma ve Geliştirme Derneği (REKODER) ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş. , R.G. 26.08.2000, 24152 sayı.

c. Davranışlarda Paralellik: Teşebbüsler, bu paralel davranışlarını ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklayamamalıdır. Zira paralel davranışların altında ekonomik ve rasyonel “haklı” sebepler varsa, bunlar uyumlu eylem olarak kabul edilip, yasaklanamazlar. Esasen bu unsur, bilinçli paralellik unsurunun ortadan kalkmaması için zorunludur. RKHK 4. maddesinin 4. fıkrasında bir uyumlu eylem karinesi getirilerek, taraflara rekabeti sınırlayıcı uygulamanın başka sebeplerden kaynaklandığının kanıtlanması olanağı tanımlanmıştır.¹⁵⁴ Uyumlu eylem karinesi aşağıda ayrıntılı açıklanacaktır.

Rekabet Kurulu’nun **Süt** kararında¹⁵⁵, şişe sütü üreticilerinin fiyat tespit anlaşması yaptıkları iddiası üzerine, şişe sütü pazarında var olduğu iddia edilen fiyat tespit anlaşmasına ilişkin olarak yapılan incelemede, “rekabet hukukunda paralel fiyatlandırmanın değil, bilinçli paralelliklerin yasaklandığı”; ilgili pazarın oligopolistik olması ve teşebbüslerin davranışlarının ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilmesinden dolayı, uyumlu eylemin bulunmadığına hükmedilmiştir.

d. Uyumlu davranışlar rekabeti sınırladıklarında yasaklanır. Rekabeti sınırlamayan ya da sınırlasa dahi sınırlamalar ekonomik ve rasyonel haklı sebeplere dayanan paralel davranışlarla yapılıyorsa uyumlu eylem nedeniyle yasaklama getirilemez.

RKHK 4. maddesinin 3. fıkrası bir uyumlu eylem karinesi getirmektedir. Buna göre, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder".

Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur. Somut olayda teşebbüsler arasında uyumlu davranışların varlığını iddia eden kimseler, teşebbüslerin paralel (benzer veya aynı şekilde) hareket ettiklerini ispat etmelidirler. Örneğin teşebbüslerin eş zamanlarda fiyatları arttırmaları, ayrı yerlerdeki teşebbüslerin karşılıklı olarak birbirlerinin piyasalarından çekilmeleri, belirli alıcılara mal verilmemesi, farklı fiyat ya da satış şartları koymaları gibi görünüş itibarıyla makul gerekçelere dayanmayan ve taraflar arasındaki işbirliği kuşkusunu güçlendiren emareler gösterilebildiği takdirde, ispat yükü yerine getirilmiş

¹⁵⁴BADUR, E., 2001, s. 58.

¹⁵⁵Rekabet Kurulu, 07.01.1998 tarih, Karar 46/323-34, Başvuruda Bulunan (Rekabet Kurumu kayıtlarında saklıdır) ile Şişe Sütü Üreticileri, R.G. 17.11.1998 tarih, 23526 sayı.

sayılır. Davalı teşebbüsler uyumlu eylemde bulunmadıklarını her türlü delille ispat edebilirler.¹⁵⁶

RKHK md. 4 / son fıkradaki “...*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan herbiri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir.*” İfadesi ispat yükünün ters çevrilerek uyumlu eylem içerisinde olmadığını ispat yükünü teşebbüslere bırakmıştır. İspatı güç olsa da teşebbüslerin uyumlu davranışlarının pazarda yarattığı sonuçlardan uyumlu davranış içinde oldukları anlaşılıyor ise teşebbüsler arasında uyumlu davranışın varlığı kabul edilmektedir. Bir anlaşmanın yasaklanabilmesi için, ayrıntılı pazar analizleri yapmadan, o anlaşmanın amacının Kanuna aykırı olduğunun gösterilmesi yeterlidir. Uyumlu davranışlarda ise detaylı analiz yapılarak paralel davranışlarla rekabetin sınırlandırıldığının gösterilmesi gerekmektedir.

Rekabet Kurulunun uyumlu eylem karinesine dayanması halinde, uyumlu eylemde bulunduğu iddia edilen işletmeler, ancak ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla uyumlu eylemde bulunmadıklarını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler. Bu gibi durumlarda ispat yükünü ters çevirerek, Rekabet Kurulunun sadece sonuçlardan hareketle karar verebilmesi, yani rekabetin bozulduğunu saptamakla yetinmesi ve nasıl sınırlandırıldığını göstermek zorunda olmaması sağlanmıştır. Eğer fiilen rekabetin sınırlandırıldığı tespit edebiliyorsa, ilgili işletmeler rekabeti kendilerinin sınırlamadığını, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle kanıtlayamazlarsa, sorumlu olacaklardır. Bu hüküm özellikle oligopolistik pazarlarda uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁷

Uyumlu eylemlerin, özellikle teşebbüsler arasındaki anlaşmaya varmayan bağlantıların ve bu bağlantılar ile paralel davranışlar arasındaki sebep sonuç ilişkisinin kurulması ve ispatlanması oldukça güçtür. Bu nedenle uyumlu eylem karinesi geliştirilmiştir. Hukukta belirli bir konuda karine varsa, karinenin aksinin olduğunu ispat etmek, iddia eden tarafa düşer. Buna uygun olarak RKHK’un 4. maddesinin 3. fıkrası bir uyumlu davranış karinesi getirmiştir. 4. fıkrası ise, 3. fıkranın getirdiği karinenin aksini ispatlamak süretiyle, sorumluluktan kurtulmayı sağlayacak bir kurtuluş beyyinesi düzenlemiştir. Buna göre işletmelerin sahiplerinin, yöneticilerinin ya da ilgili kişilerin bir araya geldikleri

¹⁵⁶ TOPÇUOĞLU, Metin, 2001, s. 208.

¹⁵⁷ ASLAN, İ. Y., 2001, s. 78-79.

ispatlanamamış olsa bile, piyasadaki ekonomik verilerden hareketle uyumlu eylem yasaklanabilecektir.¹⁵⁸

Uyumlu eylem iddiasıyla karşılaşan teşebbüsler paralel davranışlar içerisinde olmadıklarını, benzer veya eş zamanlı hareket etmelerinin makul sebeplere dayandığını, uyumlu davranışların ekonomik gerekçelerden veya piyasa koşullarının doğal sonucu olduğunu ya da aynı yöndeki davranışlara rağmen aralarında herhangi bir irtibat bulunmadığını yahut uyumlu hareketlerin paralel davranışların Rekabet Kanununa aykırı bir amaca yönelmediğini ve rekabeti sınırlandırmadığını ispat etmelidirler. Teşebbüsler bu hususları ispat edememiş olsalar dahi, uyumlu davranışların teşebbüslerin kendi bağımsız tercihleri sonucunda ortaya çıktığını ispat edebilirlerse sorumluluktan kurtulabileceklerdir.

2.3. Teşebbüs Birliği Kararları

RKHK'nın 3. maddesinde "*Teşebbüs Birliği: Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. İki veya daha fazla işletmenin bir koordinasyon içerisinde ticari veya mesleki birlik şeklinde oluşturdukları topluluklar işletme birlikleridir.

Buna göre teşebbüs birliklerinin piyasalarda rekabetin sınırlandırılmasına yol açan karar ve eylemler RKHK'nın 4. maddesi kapsamında yasaklanmıştır. Teşebbüs birliklerinin hukuka uygun olarak kurulmuş olmasının veya tüzel kişiliğe sahip olup olmamasının önemi yoktur.¹⁵⁹ Herhangi bir birliğe üyelik kanunen zorunlu olabileceği gibi (örneğin ticaret odaları, baro vb.) dernek üyeliklerinde olduğu gibi gönüllü üyelik şeklinde de olabilir. Fakat ekonomik ve hukuken bağlı teşebbüsler, teşebbüs birliği olmazlar. Örneğin bir holding'e bağlı teşebbüsler ekonomik ve hukuki olarak bağımsız olmadıklarından Rekabet Hukuku anlamında teşebbüs birliği değildirler. Teşebbüsler arası anlaşmalar ile uyumlu eylemlerin yanısıra, teşebbüs birliklerinin kararları da, Roma Antlaşması'nın 81 inci (eski md. 85) maddesi kapsamında rekabete aykırı sayılabilecektir. Teşebbüslerle karşılaştırıldığında, bir üst kuruluş sayılabilecek teşebbüs birliklerinin kararlarının da bu madde kapsamında olması, teşebbüslerin rekabeti bozucu anlaşma yapmaları yasaklandığı için, anlaşma yaparak

¹⁵⁸ BUDAK, Ali Cem, 1993, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi", AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul., s. 143.

¹⁵⁹ Commission Decision (Cematex), 24 December 1971, J. O. 227. L., p. 26. Komisyon bu kararında tüzel kişiliğe sahip olmayan bir işletme birliğinin tavsiye kararını, 85/1. madde çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı bulmuştur.

ulaşamayacakları sonuçlara, üyesi oldukları işletme birliğinin kararını uygulamaya koymak süretiyle ulaşımlarını engellemek amacını taşımaktadır.¹⁶⁰

Rekabetin kısıtlanması amacına yönelik ya da kısıtlamak sonucu veren birlik kararları, 81. (eski md. 85) maddeye göre hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için, karara, birliğe üye teşebbüslerin uymuş olmasının aranmasına gerek yoktur. Sözleşme durumunda olduğu gibi, kararın varlığı hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için yeterlidir.¹⁶¹ Yani rekabetin kısıtlanması bozulması engellenmesi sonucu doğuran teşebbüs birliği kararlarına, birliğe dahil işletmeler uyuyor iseler yasak kapsamındadır.

Teşebbüs birliklerinin en önemli faaliyetlerinden biri de, üyelerine belirli davranış ve uygulama biçimleri öneren tavsiyelerde bulunmalarıdır. Bu tavsiyeler, kararlardan üyeleri bağlayıcılık niteliğinin eksikliği nedeni ile ayrılır.

ATAD ve Komisyonun da aynı yönde olduğu üzere, teşebbüs birliklerinin tavsiyeleri, karardan farklı değildir her ne kadar tavsiye'ler bağlayıcılıkları karardan farklı ise de teşebbüs birliklerinin tavsiyeleri de kararları gibi aynı sonuca yönelmeleri nedeniyle Rekabet Hukuku anlamında kararlar gibi değerlendirilmelidir.¹⁶²

Doktrinde Mathijsen, Merget ve Korah, tavsiye beyanlarının karar gibi hukuken bağlayıcı olmadıklarını kabul etmekte, ancak teşebbüs birliğinin tavsiyelerine uymamanın hiç de sonuçsuz kalmadığını ve 81. maddenin 1. paragrafı (eski md. 85) bakımından hukuken bağlayıcı olmanın gerekmediğini ileri sürmektedirler. Birlik tavsiyelerine uymama halinde, birlik amacına ters düşme, ahlaki ve iktisadi düzeni bozma nedeni ile, grup içinde aşağılanma söz konusudur. Bu da tavsiye kararlarının psikolojik ve sosyal bağlayıcılık özelliğini ortaya çıkarmaktadır.¹⁶³

¹⁶⁰ ÖZ, G., 2000, s.76.

¹⁶¹ AKINCI, A., 2000, s. 182.

¹⁶² Case 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 17 October 1972, European Court reports 1972 Page 00977, ATAD bu kararda işletme birliğinin tavsiye kararını, işletme birliği kararı olarak nitelendirilmiştir.

¹⁶³ AKINCI, 2000, A., s. 183. Krş. Görüş: Gleiss ve Hirsch, teşebbüs birlikleri kararının, sadece teşebbüsleri bağlayıcı birlik kararları olduğunu ve hukuken bağlayıcı niteliği olmayan teşebbüs birliklerinin teklif ve tavsiyeleri durumunda bir kararın varlığından söz edilemeyeceğini iddia etmektedirler. Bu yazarlara göre teşebbüs birlikleri kararları, şekil bakımından sınırlanmamış olmamakla beraber, tavsiyelerin üyeleri bağlayıcı özellikten yoksun olması, bunların karar gibi değerlendirilmesini engeller. Gleiss ve Hirsch, kendi görüşlerini desteklemek için 81. (eski md. 85). 2. paragrafındaki, 1. paragrafa göre hukuka aykırı olan sözleşme ve kararların yok sayılacağı hükmüne başvurarak, uyumlu eyleme ilişkin görüşlerine benzer bir mantık içinde, bir şeyin yok sayılabilmesi için ilk önce hukuken var olması gerektiğini belirtmektedirler. Hukuken bağlayıcı nitelikten

Divan “ **NV IAZ International and Others V. Commission**” Davasında¹⁶⁴ bir teşebbüs birliği ile çeşitli teşebbüsler arasında yapılmış bir anlaşmayı ve söz konusu anlaşma uyarınca üyelere yapılan tavsiyeleri, 81. (eski md. 85/1.) madde çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı bulmuştur. Karar Navewa-Anseu adlı “**uygunluk etiketi**”nin çamaşır ve bulaşık makinelerinde kullanılmasına ilişkin bir anlaşma ile ilgilidir. Karara konu olan anlaşma ANSEAU (ASSOCIATION NATIONAL DES SERVICES D'EAU ASBL), adlı bir beyaz eşya üreticileri birliği ile Belçika’da belirli ticari örgütlerle ilgileri bulunan imalatçılar ve tek yetkili ithalatçılar arasında yapılmıştır. Anlaşmanın amacı, çamaşır ve bulaşık makinelerinde, çevre kirliliğini önleyici teknik standartlara uygunluğun sağlanmasını denetlemektir. Anlaşmaya göre sadece belirli gereçlerle donatılmış bulunan ve Belçika kuralları ile uyumlu olan makinelerin kullanımına izin verilecektir. Bu uygunluk belgesi sadece üreticilere ve resmi ithalatçılara tek bir yetkili makam tarafından verilecekti. Anseu adlı birlik ise, ticari dolaşıma çıkarılacak makinelerin sözkonusu uygunluk belgesini taşımalarını kontrol etmeyi taahhüt etmiştir. Komisyon uygunluk belgelerinin sadece üreticilere ve tek yetkili ithalatçılara verilmesini, her ferdi ithalatta makinelerin teknik donanımının kontrol edilmesi gereğinin, Belçika’ya paralel ithalat yapılmasını engellediği ya da çok güçleştirdiği gerekçesiyle rekabeti sınırlayıcı bulmuştur.¹⁶⁵

Taraflar yapılan anlaşmanın 81/1. (eski md.85/1.) maddeyi ihlal etmediğini çünkü Anseu’nun herhangi bir iktisadi faaliyette bulunmayan ve sadece tavsiye niteliğinde kararlar alan bir teşebbüs birliği olduğu iddiasıyla Komisyon kararının iptali istemiyle ATAD’a başvurmuşlardır. ATAD davacıların savunmalarını yerinde bulmayarak, gerekçesinde ANSEAU, tarafından-imzalanmış sözleşme uyarınca- yapılan tavsiyelerin rekabeti sınırlayıcı olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu tavsiyeler Anseu’ya üye olan teşebbüsleri bağlıyor ve onları yapılan anlaşmanın amaç ve içeriğini izleme zorunluluğu altına sokuyordu. Yani Divan'a göre teşebbüs birliği tarafından yapılan anlaşmadan çok, aynı birliğin verdiği tavsiyeler, üyelerin çoğunun davranışlarını belirleyerek rekabeti sınırlamaktaydı.¹⁶⁶

yoksun olan tavsiye, teklif gibi beyanların hukuken var olmadığı için yokluk ile sakatlanmasının düşünülemediğini ileri sürmektedirler. Deringer de, aynı görüşü savunmakta ve hukuken bağlayıcı olmayan tavsiyelerin, 81. (eski md. 85) maddenin 1. paragrafına göre karar olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

¹⁶⁴ NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities, Joined cases 96-102, 104, 105, 108 and 110/82, Judgment of the Court of 8 November 1983, Competition law - ANSEAU-NAVEWA conformity label, European Court reports 1983, Page 03369.

¹⁶⁵ BADUR, E., 2001, s. 75.

¹⁶⁶ ÖZSUNAY, Ergun, 1985, Kartel Hukuku, İstanbul, s. 163 ; ÖZSUNAY, Ergun, Aralık 1984, “AET Rekabet Hukukunda Paralel İthalatın Kısıtlanmasına İlişkin Anlaşmaların Roma Antlaşmasınının 85 Maddeye Aykırılığı, -

2.4. Rekabeti Sınırlama Amacı ve Etkisi

Rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar RKHK'nun 4. maddesi kapsamında değerlendirilerek hukuka aykırı kabul edilmektedir. Anlaşmanın 4. maddeye aykırılığının tespitinde ikinci nokta anlaşmanın rekabeti bozma, kısıtlama amacı taşıması durumunda, etkileri itibariyle rekabeti sınırlayıcı olup olmadığının araştırılmasıdır. Son olarak anlaşmanın fiilen rekabeti sınırlayıcı etki yaratmayıp fakat gelecekte rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilecek nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Dolayısıyla rakipler arasında yapılan fakat rekabeti bozmayan anlaşmalar kanun kapsamı dışındadır.

Bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olup olmadığının tespiti için tarafların nitelikleri, pazar payları, anlaşmaların yapısı, ekonomik sonuçları, diğer ikame malları, pazara giriş engellerinin varlığı gibi hususların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerektiğinden öncelikle bir anlaşmanın amacı ve/veya etkisi itibariyle rekabeti sınırlayıcı nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi pratik açıdan çok daha kolaydır.

Roma Antlaşması 85/1. maddesinden farklı olarak RKHK'da ileride rekabeti sınırlama ihtimali olan anlaşmalar da yasaklanmıştır.

Bir anlaşmanın 4. maddeye aykırılığı olup olmadığının tespiti açısından en önemli husus ilgili coğrafi pazar ve ilgili ürün pazarının doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konu aşağıda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması başlığı altında ayrıntılı inceleneceğinden burada değinilmeyecektir.

Bazı hallerde tek bir anlaşma ele alınarak yapılan araştırmalar, doğru sonuç vermeyebilirler. Bir lisans verene çeşitli lisans alanları bağlayan veya bir üreticiye çeşitli dağıtıcıları bağlayan anlaşmalar, münferit olarak ele alındıklarında rekabeti bozucu etkili veya amaçlı bulunmayabilirler. Bu gibi durumlarda bu anlaşma zincirlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁶⁷

N.V. I.A.Z. International Belgium S.A. ve Diğerleri v. Komisyon Kararı- Üzerine Gözlemler ", İktisat-Maliye, C. XXXI, S. 9, s. 355.

¹⁶⁷ARSLAN, İ. Y., 2001, s. 79.

ATAD “**Consten and Grundig v. Commission**” Davasında¹⁶⁸ 81/1. (eski md. 85/1) maddenin uygulanabilmesi için, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı amaç taşıdığıının tespitini yeterli bulurken daha sonra tarihli “**ICI v. Commission**” davasında¹⁶⁹ davacı boya üreticilerinin “*Boya alıcıları geleneksel olarak boyalarını kendi ülkelerinden alırlar. Zaten varolmayan rekabet, çeşitli ülkelerdeki satıcıların aynı anda fiyat artışı yapmalarıyla etkilenmiş olamaz.*” şeklindeki savunmalarını haklı bulmayarak Ortak Pazar içinde, boya piyasasında kısıtlanmış olan rekabetin, başka ülkelerde bile olsa boya üreticilerinin uyumlu davranışı sonucu devam edeceğini öngörerek bu durumun rekabeti engellediği yolunda karar vermiştir. Burada rekabetin düzelme ihtimalinin önlenerek, bozuk rekabet düzeninin sürdürülmesinin, 81/1. (eski md. 85/1) madde anlamında rekabeti bozucu etki olduğuna karar verilmiştir. Bu karar RKHK’unda benimsenen, ilerde rekabeti bozma etkisi doğurabilecek anlaşmaların yasaklanmasına ilişkin hükmün ATAD ve Komisyon kararları ile benimsendiğini göstermesi açısından önemlidir.

AT Antlaşmasınının 81/1. (eski md. 85/1) maddesi, RKHK’nın 4. maddesinden farklı olarak iki ayrı etkilenme kavramı düzenlemiştir. Bu etkilenmelerden ilki, iki hukuk sisteminde de bulunan rekabetin sınırlanması yoluyla gerçekleşen olumsuz etkidir. AT Rekabet sisteminde yer alan ikinci etki, üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesidir. Bu ilk etki gibi olumsuz koşullu bir etki değildir. Yani üye ülkeler arası ticaretin azalması değil, etkilenmesi şartı aranmıştır. Üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesi, bu ticaretin artması, azalması ve hatta artma ihtimali varken artmaması olabilir.¹⁷⁰ Burada belirtmek gerekir ki Roma Antlaşması’nın 81/1. (eski md. 85/1) maddesindeki üye devletler arasındaki ticaretin etkilenmesi ve rekabetin sınırlanması amaç veya etkisi şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması gereklidir.

ATAD **Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)** Davasında¹⁷¹, üye ülkeler arasındaki ticaretin etkilenme ihtimalini de ihlal olarak kabul etmektedir.

¹⁶⁸ Joined Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 13.07. 1966 ECR 299, 347.

¹⁶⁹ Case 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 14 July 1972, ECR 619.

¹⁷⁰ ASLAN, İ. Y., 2001, s. 63.

¹⁷¹ Case 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Judgment of the Court of 30 June 1966.

Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities Davasında¹⁷² 81/1. (eski md. 85/1) maddenin ihlalini oluşturan mal Topluluk topraklarında üretilmekle birlikte, neredeyse tamamı Topluluk dışına satılan tüberkiloz ilacıdır. CSC, vermeyi reddettiği hammaddelerle yapılan ilacın, tüberkiloz ilacı olduğunu ve neredeyse tamamı ihraç edildiği için, üye ülkeler arası ticaretin etkilenmesinin mümkün olmadığına ilişkin savunmasına Komisyon itibar etmemiş ve rakibin ortadan kaldırılması ile ortak pazar içindeki ticaret dengesinin zaten bozulacağını ve üye ülkeler arasındaki ticaret etkileneceğinden ihlalin varlığına ilişkin karar vermiştir.

Consten and Grundig v. Commission Davasında¹⁷³ ATAD, bir anlaşmanın “*üye ülkeler arası ticaret özgürlüğünü, üye ülkeler arasında oluşturulacak tek bir pazara ulaşılması hedefine zarar verebilecek yönde, fiili veya potansiyel, doğrudan veya dolaylı olarak tehlikeye düşürebilecek ise*” 81/1. (eski md. 85/1) madde kapsamında olduğuna karar vermiştir.

2.4.1. De Minimis Kuralı

Adalet Divanı, hukuktaki “*de minimis non curat lex*” ilkesinden¹⁷⁴ esinlenerek “*de minimis*” adı verilen doktrinin uygulanmasına ön ayak olmuştur. Kısaca ifade etmek gerekirse “*de minimis*” doktrini, teorik olarak rekabeti sınırladığı ileri sürülebilecek bazı anlaşmaların, rekabeti ve üye ülkeler arasındaki ticareti hissedilir derecede etkilemedikleri sürece 81/1. (eski md. 85/1) madde yasağı kapsamı dışında görülmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁷⁵ De minimis kuralı¹⁷⁶, AT Rekabet Hukukunda kaynağını Roma Antlaşması’nın 81/1. (eski md.

¹⁷² Joined cases 6 and 7-73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 6 March 1974, European Court reports 1974 Page 00223.

Commercial Solvents v. Commission, C. 6-7/73, 06.03.1974.

¹⁷³ Joined Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 13.07.1966 ECR 299, 347.

¹⁷⁴ “Hukuk, pek önemsiz meselelerle meşgul olmaz”.

¹⁷⁵ SANLI, K.C., s. 86

¹⁷⁶ “*De minimis*” doktrinin ilk uygulandığı karar olan, Franz Völk v. Etablissement J. Vervaecke Davasında (Case 5/69, Franz Völk v S.P.R.L. Etablissement J. Vervaecke Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, Judgment of the Court of 9 July 1969, European Court reports 1969 Page 00295.), ATAD’nın 1969 yılında verdiği karar, de minimis hakkındaki duyuru çıkmadan verilmiş olduğu için, Divan’ın bu ilkeye bakış açısını yansıtması bakımından önemlidir. Almanya’da çamaşır makineleri üreten Volk isimli teşebbüs, Belçika ve Lüksemburg ülkelerinde çamaşır makinalarının dağıtımını için, Vervaecke’yle münhasır dağıtım anlaşması yapmış ve söz konusu teşebbüse, paralel ticareti de engelleyecek şekilde mutlak inhisarı koruma sağlamıştır. Bunun karşılığında ise, kendisinden, her ay için 80 adet çamaşır makinesinin alım yapılması şartını getirmiştir. Yani anlaşmanın içerdiği şartlar itibarıyla rekabeti sınırladığına şüphe yoktur. Taraflar arasında anlaşmazlık çıkması üzerine Vervaecke, Alman mahkemeleri önünde anlaşmanın Roma Antlaşması’nın 81/2. (eski md. 85/2.)

85/1) maddesinde bulan bir ilkedir. Rekabet üzerindeki etkisi hissedilir derecede olmayan işletmeler arası anlaşmaların yasaklama dışı tutulmasına **de minimis kuralı** denmektedir. Avrupa Topluluğunda uluslararası bir örgüt olmanın avantajıyla, sorun “**üye ülkeler arası ticaretin hissedilir derecede etkilenmesi**” ifadesiyle çözümlenmiştir. Yani rekabetin etkilenmesi derecesi, üye ülkeler arası ticaretin hissedilir derecede etkilenmesi ölçütüne bağlı kılınmıştır. RKHK’da de minimis kuralının Türk Rekabet Hukukunda da geçerli olacağına ilişkin bir hüküm yoktur.¹⁷⁷

Komisyon De Minimis kuralının, uygulamada karışıklığa ve hukuki belirsizliğe sebep olabileceği endişesiyle bir takım objektif kriterler getirmiştir. Buna göre; yatay anlaşmalara taraf olan teşebbüslerin Pazar paylarının %5, dikey bir anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin Pazar paylarının %10’u geçmemesi halinde, söz konusu anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararı, 81.(eski md.85) maddedeki yasağın kapsamı dışında tutulmaktadır.

2.4.2. Per se ve Rule of Reason Doktrinleri

Rekabet (antitröst) politikaları, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin korunması amacını taşırlar. Rekabet politikalarına yönelik hukuki düzenlemelerden ilki, o dönemde üzerinde uzlaşarak genel kabul gören ve 1890’da Amerika Birleşik Devletleri’nde yürürlüğe giren “Sherman Yasası”dır. Hazırlayan Senatörün adıyla anılan *Sherman Act* Kongre’de kabul edilerek ABD’nin ilk federal rekabet yasası yürürlüğe girmiştir.

Amerikan Antitröst Hukukunda ortaya çıkan “*per se*” ve “*rule of reason*” doktrinleri, farklı bir sistemi benimseyen Avrupa Birliği Hukukunu da etkileyerek Rekabet Hukukunun uygulanmasında önemli bir yere sahip olmuştur.

Sherman yasasının 1. maddesine göre rekabete aykırı her tür anlaşma yasaktır. Uygulamada bazı anlaşmaların yapıları ve etkileri itibariyle rekabeti sınırlayıcı, engelleyici,

maddesi nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştü ve dava, Roma Antlaşması’nın 234. (eski md.177.)maddesi nedeniyle Adalet Divanı önüne gelmiştir. Adalet Divanı, 81/1 (eski md.85/1.) maddenin ihlalinin söz konusu olabilmesi için, anlaşmanın ticarete fark edilebilir derecede etkide bulunması gerektiğini belirtmiş ve bu bağlamda, somut olaydaki anlaşma taraflarının, ilgili piyasadaki ekonomik güçlerini inceleme konusu yapmıştır. Bu inceleme, ilgili piyasa bazında yapılmış ve anlaşmanın akdedildiği 1963 yılından itibaren, gerek satış miktarı (2361 adet, 866 adet), gerekse piyasa payı açısından (%0.5,%0.2), Volk isimli teşebbüsün piyasadaki rekabete ve ticaretin işleyişine etkide bulunma gücüne sahip olmadığı ve bu durumun dikkate alınarak, söz konusu anlaşmanın Roma Antlaşması’nın 81. (eski md.85.)maddesi kapsamından çıkarılması gerektiğine karar verilmiştir.

¹⁷⁷ BADUR, E., 2001, s. 77.

kısıtlayıcı nitelikleri açık olduğundan rekabet üzerindeki sınırlayıcı etkileri araştırılmadan *per se* yasaklanır.

Fakat bazı anlaşmalar piyasada bir takım koşullar birarada gerçekleştiği takdirde rekabeti sınırlayıcı etkiye sahiptir. Bu nitelikteki anlaşmaların rule of reason (haklı sebep) analizine göre incelendikten sonra bu incelemenin sonuçlarına göre yasaklanıp yasaklanmayacağına karar verilmesi gerekmektedir.

Avrupa Topluluğunda aynı piyasada faaliyet gösteren firmaların, anlaşma ve uyumlu eylem ile, rekabeti yatay kısıtlanmalarını düzenleyen Roma Antlaşması'nın 81. (eski md. 85.) maddesinde iki kademeli bir uygulama öngörülmüştür. 81/1. (eski md. 85/1.) madde de ticareti, rekabeti kısıtlama yolu ile etkileyen anlaşmaların yasaklanmış olduğu belirtilirken, 81/3'da (eski md.85/3) rekabeti kısıtlayıcı bazı faaliyetlere izin verilebileceği hükmü getirilmiştir.¹⁷⁸ Yani, *per se* ve *rule of reason* doktrinlerinin etkileri, 81. maddenin 3. paragrafında etkisini göstermektedir.

Bir anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkisi olduğunun tespit edilmesi durumunda anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak mı ya da rekabeti etkilemek sonucunu mu ortaya çıkardığı tesbit edilecektir. Bu tespit sonucuna göre 81/3 (eski md.85/3) madde uygulanmaktadır çünkü rekabeti kısıtlama amacı taşıyan anlaşmalar ile 81/3 (eski md.85/3) madde de belirtilen şartların birlikte bulunması sözkonusu değildir. Anlaşmanın rekabeti kısıtlama amacı taşımaması, fakat rekabeti kısıtlama etkisi yapması durumunda, 81. maddenin 3. paragrafının uygulanması sözkonusu olacaktır.

Avrupa Birliği Hukukunda da benzer şekilde, yatay fiyat belirleme, piyasa paylaşma, belirli kanallardan ticaret yapma anlaşmaları ve dikey anlaşmalardan da, paralel ticareti engelleyen veya alıcının ticari özgürlüğünü makul olmayan derecede engelleyen anlaşmalara karşı, "*per se*" benzeri bir yaklaşım sergilenmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁸ GIDE- LOYRETTE- NOUEL., 1972, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris, s. 58; BELLAMY,C.-CHILD,G., 1978, Common Market Law of Competition, London, s. 137.

¹⁷⁹ BELLAMY,C. -CHILD,G., 1978, s. 91.

2.5. MUAFİYET

Bazı anlaşma türleri, amacı rekabeti ihlal etmek olmamasına karşın etkileri itibariyle rekabeti ihlal edebilirler. Bu durumda rekabetin ihlal edilmesi anlaşmaların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin; franchise anlaşmalarında yer alan, ürünlerin belli firmalardan alınması, mal yada hizmetin belirli yerlerde açılacak, belirli metrekarenin üzerindeki mekanlarda sunulması gibi hükümler rekabeti ihlal edebilir. Oysa bu hükümlerin öngörülüş amacı rekabetin ihlal edilmesi değil, mal ya da hizmetin sunulmasında belirli bir kalitenin ve standardın tutturulması isteğidir. İşte bu gibi rekabeti ihlal etme amacı olmayan fakat etkileri itibariyle bu sonucu doğuran anlaşmalar muafiyet koşullarını taşımaları halinde muafiyet kapsamında değerlendirilir.¹⁸⁰

Avrupa Birliğinde muafiyet konusu Roma Antlaşmasının 81(3) (eski md.85/3) maddesinde düzenlenmiştir. Roma Antlaşması'nın 81/1 (eski md.85/1) maddesinde, Üye Devletler arasındaki ticareti etkileyebilecek ve ortak pazar içindeki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasını amaç edinen veya bu sonucu doğuran teşebbüsler arasındaki tüm anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve birlikte davranışlar ortak pazarla bağdaşmadıkları için yasaklanmış ve bu tür eylemlerin başlıca neler olduğu örnekleme süretiyle sayılmıştır.

Roma Antlaşması 81/2'de (eski md.85/2) maddesinde, 81. madde ile yasaklanan anlaşma ve kararların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmiştir. Geçersizliğin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak AT rekabet mevzuatında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Konuyla ilgili Adalet Divanı içtihatlarından hareketle, geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının, üye devletlerin ulusal hukukları çerçevesinde değerlendirileceğini¹⁸¹ söylemek mümkündür.¹⁸²

Roma Antlaşması'nın 81/1 (eski md. 85/1.) maddesinde belirtilen rekabete aykırı anlaşma, karar ve davranışların 81/3 (eski md.85/3) üncü maddede belirlenen şartları taşıması halinde, Roma Antlaşması'nın 81 inci maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı, yani, bu

¹⁸⁰ GÜVEN, Pelin, 2005, Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, s.179

¹⁸¹ Case 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Judgment of the Court of 30 June 1966, ECR 235; Case 319/82, Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 14 December 1983, ECR 04173.

¹⁸² ÖZ, G., 2000, s. 78.

madde hükümlerinden muaf tutulacağı belirtilmiştir. Bir istisna hükmü özelliği taşıyan 81/3 (eski md.85/3)maddeye göre;

“ Bununla birlikte, tüketicilere sağlanan çıkardan adalete uygun bir pay sağlamanın yanı sıra, malların üretimi veya dağıtımının geliştirilmesine veya teknik ve ekonomik ilerlemenin hızlandırılmasına katkıda bulunan; ve

(a) ilgili teşebbüslere, bu amaçlara ulaşmak için gereksiz kısıtlamalar getirmeyen,

(b) bu tür teşebbüslere söz konusu ürünlerin önemli bir kısmı için rekabeti ortadan kaldırma olanağı vermeyen,

- teşebbüsler arasındaki herhangi bir anlaşma veya anlaşma grupları, - teşebbüslerin ya da teşebbüs birliklerinin herhangi bir kararı veya karar grupları, - müştereken kararlaştırılmış her tür uygulama veya uygulamagrupları, ile ilgili olarak 1. paragraf hükümlerinin uygulanmaması kararlaştırılabilir.”

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda, muafiyetlerle ilgili olarak sistemi basitleştirmek ve rekabet kurallarının etkin uygulanmasını sağlamak amacıyla 17/62 sayılı Tüzüğün yerine kabul edilen, 1/2003 sayılı Konsey tüzüğü¹⁸³ ile muafiyetler konusunda önemli değişiklikler getirilmiştir.¹⁸⁴ Bu değişikliklerden en önemlisi bildirim sisteminin kaldırılmış olmasıdır. 1/2003 sayılı Tüzüğün 1. maddesi;

“ 1. Antlaşmanın 81(1) nolu Maddesindeki koşulları taşıyan ve Antlaşmanın 81 (3) nolu Maddesindeki koşullara uymayan anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler yasaklanacaktır, söz konusu yasaklama için önceden alınmış bir karar gerekmemektedir.

2. Antlaşmanın 81(1) nolu Maddesindeki koşulları taşıyan ve Antlaşmanın 81 (3) nolu Maddesindeki koşullara uyan anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler yasaklanmayacaktır, söz konusu bu uygulama için önceden alınmış bir karar gerekmemektedir.

3. Antlaşmanın 82. Maddesinde atıfta bulunulan hakim durumun kötüye kullanılması men edilecektir, bu mealde önceden karar alınmasına gerek bulunmamaktadır.” şeklindedir.

Buna göre artık muafiyetten yararlanmak için Komisyon tarafından verilen bir muafiyet kararı gerekmemektedir. Eğer teşebbüsler arası anlaşmalar, kararlar ve uyumlu eylemler yapıldıkları anda muafiyet koşullarını taşıyorlarsa otomatik olarak önceden verilen

¹⁸³ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid in Articles 81 and 82 of Treaty, OJ L 1, 4.1.2003, page 1–25. Entry into force on 1 May 2004.

¹⁸⁴ GÜVEN, P., 2005, s.182.

bir karara gerek olmadan muafiyetten yararlanırlar. Aksi durumda yani teşebbüsler arası anlaşmalar, kararlar veya uyumlu eylemlerin yapıldıkları zaman muafiyet koşullarını taşıyamamaları durumunda ise yapıldıkları andan itibaren hukuka aykırı kabul edilecekler ve yasaklanacaklardır. Muafiyet koşullarının varlığını ispat yükümlülüğü, söz konusu maddenin ihlal edildiğini ileri süren taraf veya yetkili makama ait olacaktır.

Önceden bildirim zorunluluğunun bulunması hem Komisyon'un iş yükünü, hem maliyetleri arttırdığından, muafiyet kapsamına giren uygulamaların önceden bildirim zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.¹⁸⁵

81. maddenin 3. paragrafının uygulanmasında iki farklı yöntem öngörülmüştür. Bunlar, bireysel muafiyet kararı ve grup muafiyetidir.¹⁸⁶

Teşebbüsler, bireysel muafiyet sisteminin uzun sürmesi nedeniyle, aralarında yaptıkları anlaşmaları Komisyon'a bildirmediklerinden ve bu durumun ileride yaratacağı olumsuz sonuçları en aza indirmek ve ticaret hayatını daha işler hale getirmek açısından, Konsey, Komisyon'a grup muafiyetleri tanıma yetkisi vermiştir.¹⁸⁷ Komisyon, kendisine tanınan yetkilere dayanarak, araştırma ve geliştirme anlaşmaları¹⁸⁸ münhasır satıcılık, sınai hakların kullanımı, standartlaşma ve ihtisaslaşma anlaşmaları¹⁸⁹, teknoloji transfer

¹⁸⁵ GÜVEN, P., 2005, s. 183

¹⁸⁶ JONES, Alison and SUFRIN, Brenda, 2004, EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University, s.180.

¹⁸⁷ Roma Antlaşması madde 87(2)(b).

¹⁸⁸ Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements [Official Journal L 304, 05.12.2000], Date of entry into force 01.01.2001, Final date for implementation in the Member States 31.12.2010. Araştırma ve geliştirme sözleşmelerinin kategorilerine ilişkin Antlaşmanın 81 (3) nolu Maddesinin uygulanması hakkındaki bu Tüzüğün amacı ortak pazarda etkin rekabetin sürmesini sağlarken şirketler arasında araştırma ve geliştirme alanında işbirliğini teşvik etmektir. Bu Tüzüğün 31 Aralık 2000 tarihinde yürürlük süresi dolan 418/85 Nolu Tüzüğün yerine konulması amaçlanmıştır. Bu yeni blok halinde muafiyet getiren Tüzük özellikle muafiyet koşullarını listeler halinde belirten ve muafiyet tüzükleri ile getirilen geleneksel yaklaşımdan ayrılmakta ve şirketlerin AR&GE sözleşmelerinde akdettiği bütün şartlara genel muafiyet tanıma üzerine kurulu bir yaklaşım getirmektedir. Bu yaklaşım Komisyonun 1997 yılında başlatmış olduğu kaide ve yönetmeliklerin basitleştirilmesi ve açıklanması sürecinin bir parçasıdır. AR&GE sözleşmeleri deneysel üretim, gerekli tesislerin kurulması ve ilgili fikri mülkiyet haklarının iktisabı da dahil olmak üzere ürünler veya süreçlere ilişkin teknik bilginin (know-how), kuramsal çözümlenimin, çalışmaların veya deneylerin iktisap edilmesi ile ilgili olabilir. Komisyon, gerektiği takdirde işbu Yönetmelik ile sağlanmış olan muafiyeti geri alma, kaldırma hakkını elinde saklı tutmaktadır.

¹⁸⁹ Commission Regulation (EC) No 2658/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of specialisation agreements [Official Journal L 304 of 05.12.2000]. İhtisaslaşma anlaşmalarına, Antlaşmanın 81 (3) nolu Maddesinin uygulanması hakkındaki 2569/2000 sayılı Avrupa Komisyonu (EC) Tüzüğü'nün amacı Ortak pazarda etkin rekabeti sağlar ve sürdürürken şirketler arasında ürünlerin imal edilmesinde ve hizmetlerin verilmesi alanlarındaki ihtisaslaşma konusundaki işbirliğini teşvik etmektir. İhtisaslaşma sözleşmeleri malların imalatı ve hizmetlerin verilmesi alanlarındaki ihtisaslaşma konularında firmalar arasındaki işbirliğini desteklemeyi amaçlamaktadır. İşbu Tüzük AB Antlaşmasının 81(3)

anlaşmaları¹⁹⁰, patent lisans ve know-how lisans anlaşmaları¹⁹¹ konularında grup muafiyeti tanıdığını açıklamıştır.¹⁹²

Grup olarak muafiyet tanınan anlaşmaların Komisyon'a önceden bildirilmesi gerekli olmadığından doğrudan 81/1 (eski md.85/1) madde de belirtilen yasaklamadan muaf olacaklardır.¹⁹³

RKHK'nun 5. maddesinde de benzer bir düzenleme kabul edilerek RKHK'nun 4. maddesine aykırı olan anlaşmaların 5. maddede belirtilen koşulları taşıması durumunda muafiyet alabileceği düzenlenmiştir. RKHK 5. maddesi; *"Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde (Mülga:02.07.2005-5388/1.Md)(...) teşebbüsler arası anlaşma,*

nolu Maddesi uyarınca Komisyona belirli tip sözleşmelerin muaf tutulmasına dair yetki veren 2821/71 Nolu Tüzüğün ışığı altında okunmalıdır. Bu Tüzüğün 31 Aralık 2000 tarihinde yürürlük süresi dolan 19 Aralık 1984 tarihli 417/85 Nolu Tüzüğün yerine konulması amaçlanmıştır. Bu yeni blok halinde muafiyet getiren Tüzük özellikle muafiyet şartlarını listeler halinde belirten ve muafiyet yönetmelikleri ile getirilen geleneksel yaklaşımdan ayrılmakta ve şirketlerin ihtisaslaşma sözleşmelerinde akdettiği bütün şartlara genel muafiyet tanıma üzerine kurulu bir yaklaşım getirmektedir. Bu yaklaşım Komisyonun 1997 yılında başlatmış olduğu kaide ve yönetmeliklerin basitleştirilmesi ve açıklanması sürecinin bir parçasıdır. Komisyon, gerektiği takdirde bu Tüzük ile sağlanmış olan muafiyeti geri alma, kaldırma hakkını elinde saklı tutmaktadır.

¹⁹⁰ Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, Official Journal L 123 of 27.04.2004. Yönetmelik, 19/65/EEC sayılı Yönetmeliğin çerçevesi dahilinde AT Antlaşmasının 81(3). Maddesine uygun olarak Komisyonu bazı sözleşme tiplerini muaf tutması hususunda yetkilendirir. 31 Ocak 1996 tarihli, ve 30 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğü sona ermiş olan 240/96 sayılı (EC) Tüzüğün yerine geçmiştir. Rekabeti kısıtlayan lisans sözleşmeleri AB Rekabet kuralları ve özellikle AT Antlaşmasının 81. maddesi vasıtası ile yasaklanmıştır. Çoğu zaman bu sözleşmelerin rekabeti kısıtlayan etkilerinden daha önemli olan olumlu etkileri de bulunmaktadır. Teknoloji devir sözleşmeleri teknolojinin lisanslandırılmasını ilgilendirmektedir. Söz konusu sözleşmeler, araştırma ve geliştirmenin çok sayıda yapılmasını azalttığı, ilk araştırma ve geliştirmenin teşvik etkisini güçlendirdiği, giderek artan ve fark yaratan yeniliği ve yaratıcılığı teşvik ettiği, yayılmayı hızlandırdığı ve ürün Pazar rekabetini oluşturduğu için çoğu zaman ekonomik verimliliği geliştirmekte ve rekabeti artırıcı etki yapmaktadır. Bununla birlikte lisans sözleşmeleri rekabeti ortadan kaldıran amaçlar için de kullanılabilir, örneğin rakip iki kurumun pazarı aralarında paylaşmak amacı ile kullanmaları veya ithalat ruhsat sahibinin rekabet eden teknolojileri pazardan dışlaması, içine almaması. Rekabetin korunması ile fikri mülkiyet haklarının korunması arasındaki doğru dengeyi bulmak için, bu blok muafiyet Tüzüğü birçok lisans antlaşması için bir kesinlik alanı oluşturmaktadır. Kılavuz ilkeler tam kesinlik alanı içerisine girmeyen sözleşmelere Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 81 nolu Maddesinin nasıl uygulanacağını belirtmektedir. Yeni kuralların kapsamı sadece patent ve know-how (teknik bilgi) lisans sözleşmelerini kapsamamakta aynı zamanda tasarım ve model haklarına ve yazılım telif haklarına da uygulanmaktadır. Komisyonun blok halde bir muafiyet yönetmeliği için karar alma hakkının bulunmadığı durumlarda, örneğin patentlerin paylaşılması/birleştirilmesi ile ilgili sözleşmeler veya genel olarak telif hakkı lisanslarının verilmesi durumunda, kılavuz ilkeler kuralların uygulanması hususuna ilişkin gelecekteki politika hakkında net ve kesin bir rehberlik, yönlendirme yapmaktadır.

¹⁹¹ Commission Regulation (EEC) No 2349/84 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements, OJ L 219, 16.8.1984. Commission Regulation (EEC) No 556/89 on the application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of know-how licensing agreements, OJ L 61, 4.3.1989. Bu iki tüzük kalkmış yerine 240/1996 sayılı tüzük getirilmiştir. Daha sonra 2004 tarihinde 240/1996 sayılı tüzüğün de yürürlüğü sona ermiş onun yerine de 772/2004 sayılı teknoloji transfer anlaşmaları tüzüğü gelmiştir. 772/2004 sayılı tüzük ile ilgili ayrıntılı bilgi yukarıdaki dipnottadır.

¹⁹² AKINCI, A., 2000, s. 257.

¹⁹³ JONES, Alison and SUFRIN, Brenda, 2004, EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University, s.248.

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,

(Değişik: 02.07.2005-5388/1.Md) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.

Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.”şeklindedir.

5. maddede iki çeşit muafiyet düzenlenmiştir. *Bireysel muafiyette (individual exemption)* anlaşmanın tarafları anlaşmayı Rekabet Kurumuna bildirerek o anlaşma için muafiyet tanınmasını talep ederler. Bireysel muafiyetin kapsamı, başvuru yapılan tek bir anlaşma veya kararla sınırlıdır. *Grup muafiyetinde (block exemption)* ise tarafların herhangi bir bildirimde bulunmalarına gerek yoktur. Rekabet Kurumu tarafından çıkarılan bir tebliğle 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilecek anlaşma ve kararlara ilişkin genel esaslar belirlenir ve ilgili anlaşma ya da karar, grup muafiyet tebliğindeki şartları taşıyorsa, muafiyet kapsamına, herhangi bir bildirimde gerek olmaksızın kendiliğinden girmiş olacaktır.

Rekabet Kurulunun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği¹⁹⁴, dikey anlaşmaların RKHK’un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından grup

¹⁹⁴ RG - 14.07.2002; 24815, 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği. Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin 1997/3 Sayılı, Tek Elden Satın Alma

olarak muaf tutulmasının koşullarını belirlemektir. Tebliğin 2. maddesinde dikey anlaşmalar; “ Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar -dikey anlaşmalar- bu Tebliğde belirtilen koşulları taşıması kaydıyla, Kanunun 4 üncü maddesindeki yasaklamadan Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasına dayanılarak grup olarak muaf tutulmuştur.”

Tebliğin 2/2. maddesine göre, fikri mülkiyet haklarının devri ve kullanımı konularındaki dikey anlaşmalarda Tebliğ’de öngörülen şartları taşıması halinde grup muafiyetinden yararlanacaklardır. Buna göre “ Mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin düzenlemelerle birlikte fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımıyla ilgili hükümler içeren dikey anlaşmalar da, söz konusu fikri hakların anlaşmanın asli konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin alıcı veya alıcının müşterileri tarafından kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olması ve bu fikri hakların devri veya kullanımının anlaşmanın esas amacını oluşturmaması kaydıyla, bu Tebliğde öngörülen grup muafiyetinden yararlanır. Ancak bu muafiyet, anlaşma konusu mallarla veya hizmetlerle ilgili olarak, söz konusu haklara ilişkin hükümlerin bu Tebliğ ile muaf tutulmayan dikey sınırlamalarla aynı amaç veya etkilere sahip rekabet sınırlamaları içermemesi şartıyla uygulanır.”

Bu düzenleme ile Franchising gibi, fikri hakların kullanımına dayalı olan, fakat bu fikri hakların, belirli mal ve hizmetlerin ticaretinde tali bir hak olarak kullanıldığı sözleşmelerde grup muafiyeti kapsamına girmiştir.¹⁹⁵

Muafiyet konusunda gözden kaçırılmaması gereken bir husus ta muafiyet, sadece 81. (eski md.85) maddesinden veya RKHK’nun 4. maddesinden muaf tutulmaya ilişkindir. Yani bunun dışındaki başka rekabet ihlalleri kapsam dışında tutulmaktadır.

Anlaşmalarına İlişkin 1997/4 sayılı ve Franchise Anlaşmalarına İlişkin 1998/7 sayılı Grup Muafiyeti Tebliğleri kaldırılarak yerine 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği yürürlüğe girmiştir. Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin 1998/3 sayılı Grup Muafiyeti tebliği yerine ise 2005/4 sayılı Yeni Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliği çıkarılmış olup bu tebliğ 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklik 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı doğrultusunda Türkiye’nin Avrupa Birliği Mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında değerlendirilmelidir. Avrupa Birliği mevzuatında da 1475/95 sayılı Motorlu Taşıtlar sektörüne ilişkin Tüzük 31.07.2002 tarihli 1400/2002 sayılı tüzükle (Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, Official Journal L 203 of 01.08.2002) değiştirilmiştir.

¹⁹⁵ ASLAN, İ.Y., 2005, s. 297.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere rekabete aykırı, anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere muafiyet verilebilmesi için dört şartın bir arada bulunması gerekmektedir.

Bir anlaşma ya da kararın, 4. maddenin uygulanmasından muaf tutulabilmesi için, ilk koşul yarar ikincisi de bu yarardan tüketicinin pay almasıdır. Malın üretimi ve dağıtımındaki gelişmeye katkı, teknik ve iktisadi ilerlemeyi desteklemek, olumlu yarar olarak nitelendirilerek ortaya çıkan yaradan tüketicinin de faydalanması gerektiği düzenlenmiştir. Yani ekonomik yarar, arzın artırılması, maliyetlerin düşürülmesi, kalitenin düzeltilmesine katkıda bulunan anlaşmalar ile sınırlanmıştır. Bu olumlu iki koşulun gerçekleşmiş olması yanında ayrıca anlaşmanın amaçlanan yararın elde edilmesine ters düşen ya da yararın gerçekleşmesi için zaruri olmayan hükümler içermemesi¹⁹⁶ ve ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmaması gerekmektedir.

Rekabet Kurulu Strojimport Foreign Trade Company (SFTC) adlı Çek firması ile Tezsan Pazarlama A.Ş. (TEZSAN) arasında imzalanan yetkili acentalık sözleşmesine menfi

¹⁹⁶ Rekabet Kurulu, 15.08.2003 tarih, Dosya No: 4/1/L.K.-01/2, Karar 03-57/671-304, , R.G. 03.04.2004 tarih , 25422 sayı . Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs HSBC Bank A.Ş. (Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'yi devralmıştır). Rekabet Kurulu Benkar Kararında Münhasırlık şartı getirilmesinden tüketicinin yarar sağlaması kriterinin yerine getirilmediğine karar vermiştir. “Esasen münhasırlık uygulamasına gerekçe olarak pazarlama danışmanlığı hizmetlerinin gösterilmesi nedeniyle, tüketici yararının bu açıdan değerlendirilmesi daha doğru olacaktır. Pazarlama danışmanlığı ile güdülen amacın üye işyerlerinin satışlarını artırmak ve bu suretle Advantage Card ile yapılacak işlem hacmini yükseltmek ve sonuçta üye işyerlerinin ve sağlayıcının karını yükseltmek olduğu açıktır. Pazarlama danışmanlığı hizmetinin en önemli unsurunu oluşturan CRM hizmetleri çerçevesinde hazırlanan kampanyalar asıl olarak üye işyerlerinin satışlarını artırmaya yöneliktir. Bu hizmetlerden tüketicinin ancak dolaylı olarak bir fayda sağlayabileceği söylenebilir. Zira değinilen hizmetlerin mağazaların müşterilerine alternatif yollardan ulaşmasını, değişik kampanyalar düzenleyebilmesini, tüm müşterileri kapsayacak reklamlar yerine müşteri endeksli reklam yaparak tasarruf elde etmesini sağladığı ve bunun da fiyatlara yansıtılabileceği iddia edilmektedir. Soruşturma safhasında yapılan incelemelerde ileri sürülen bu hizmetler açısından tüketici adına somut bir fayda tespit edilememiştir. Kaldı ki, soruşturma safhasında yapılan tespitler diğer kart sağlayıcısı teşebbüslerin benzer hizmetleri böyle bir sınırlama olmaksızın verebildiğini göstermiştir.

HSBC'nin marka bazında 300'den fazla ve mağaza bazında 5000'e yakın üye işyeri ile sözleşmesi bulunmakta, buna karşın sadece 39 üye işyeri pazarlama danışmanlığı hizmeti almaktadır. Ancak söz konusu sınırlama anılan hizmeti alsın almasın tüm üye işyerlerinin sözleşmelerinde yer almaktadır. Bu durum dikkate alındığında pazarlama danışmanlığı hizmetinden sisteme dahil tüketicinin dolaylı da olsa yararlandığı kabul edilse bile, anılan sınırlamanın pazarlama danışmanlığı almayan çoğunluktaki üye işyerlerinde de uygulanması amacı aşan bir biçimde tüketicinin aleyhine sonuç doğurmaktadır.”

Rekabet Kurulu BENKAR kararında aynı hizmetlerin rakipler tarafından münhasırlık olmadan verilmesi halinde aynı hizmetlerden beklenen yararları elde etmek için münhasırlığın zorunlu olmadığına karar vermiştir: “ Sonuç olarak pazarlama danışmanlığı hizmetleri için üye işyerlerine başka kartla çalışma yasağı getirilmesinin, söz konusu sınırlamanın tüm üye işyerlerine uygulanması ve aynı veya benzer hizmetlerin rakip teşebbüsler tarafından böyle bir sınırlama olmaksızın verilmesi karşısında rekabeti gereğinden fazla sınırladığı açıktır. Yukarıda yapılan değerlendirmeler sonucunda soruşturmaya konu anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğu tespit edilmiş olup, bu nedenle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6. maddesi uyarınca grup muafiyetinin geri alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

tespit/muafiyet verilmesi talebi ile ilgili olarak verdiği **SFTC/Tezsan**¹⁹⁷ kararında olumlu sonuçların varlığına şu şekilde hükmetmiştir.

“...Bu tür bir basit tekelin oluşturulması, 4054 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin (a) bendinde yer alan “malları üretim ve dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması” hükmü bakımından değerlendirilirse; TEZSAN, elde ettiği bu yetkiye dayanarak sözleşme ürünlerini diğer satıcılarla rekabet etmeden tek başına satmak suretiyle çıkar sağlayacak, bütün enerjisini malların sürümüne yönelterek piyasada etkin bir şekilde faaliyette bulunacak, SFTC de TEZSAN’ın göstereceği yoğun çabalarla mallarının daha fazla satılmasını sağlamış olacak, pek çok satıcı ile ticari ilişkiler kurmak zorunda olmayarak özellikle uluslararası ticarete dil, yabancı yasalar ve diğer farklılıklardan kaynaklanan dağıtım güçlükleriyle uğraşmak zorunda olmayacaktır. Bu şekilde, SFTC kendi faaliyetlerinde yoğunlaşma imkanı elde ederken, yetkili acentesi de pazarlama faaliyetlerinde uzmanlaşarak etkin bir dağıtım mekanizmasına sahip olacaktır. Bunların yanısıra, TEZSAN’ın pazarın yapısı, rakiplerin faaliyetleri ve rakip ürünlerin teknik gelişmeleri ile ilgili göndereceği düzenli raporlar sayesinde SFTC, rakip ürünlerle rekabet edebilecek gelişmişlikte ürünler için çaba harcama ve üretim faaliyetlerinin yeni gelişmelere göre uyarlanması olanağı bulacaktır. Sonuç olarak, söz konusu bilgiler çerçevesinde anılan sözleşmenin 4054 sayılı Kanun’un 5’inci maddesinin (a) bendinde yer alan koşulu yerine getirmeye yönelik işlevinin olduğu anlaşılmaktadır.”

Yine aynı kararda tüketicinin yararı olup olmadığına ilişkin şu değerlendirmeleri yapmıştır;

“Anılan sözleşme maddelerinden olan, acenteye anlaşma bölgesinde anlaşma konusu ürünler için müşterilere düzenli servis hizmeti verilmesi hükmünün tüketici yararına olduğu açıktır. Böylece, ürünleri satın alan tüketiciler bir sorunla karşılaştıklarında veya ürünle ilgili teknik yardıma ihtiyaç duyduklarında servis hizmetinden faydalanabileceklerdir. Burada vurgulanması gereken husus garanti kapsamında verilen satış sonrası hizmetlerin üreticinin nam ve hesabına yürütülmekte olması, garanti kapsamı dışındaki hizmetlerin ise (periyodik bakım gibi) normal tarifeli ve bedel karşılığında acente vasıtasıyla yürütülmekte olmasıdır.

¹⁹⁷ Rekabet Kurulu, 28.04.1999 tarih, Dosya No : D3/1/Y.K.-99/6 , Karar 99-21/171-90, Bildirimde Bulunanlar: Tezsan Pazarlama A.Ş. adına Ali Tamer KAVALLALI ve Mete ALPAY ile Taraflar: Strojimport Foreign Trade Company ve Tezsan Pazarlama A.Ş., R.G. 19.08.2000 tarih, 24145 sayı.

Ayrıca, TEZSAN şirketinin aynı grupta yer alan Tezsan Takım Tezgahları Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından üretilen takım tezgahları dışında kalan ürünlerin satışına anılan sözleşme ile aracılık etmesi de pazarda tüketicilerin daha çeşitli ürünler bulabilmesine olanak tanıyacak, yani tüketicinin seçim hakkı artacaktır. Bunlara ilave olarak, bu sözleşme ile TEZSAN ve SFTC arasında sürekli bir ilişki kurulduğu için (sözleşme 1989 yılından bu yana geçerliliğini korumaktadır) ürün tedarikinde belirgin bir düzenlilik sağlandığı da söylenebilir. Nihayet, şirket tarafından üretilen bilgisayarlı tezgahlarda mamul fiyatları dolar bazında önemli oranda değişiklik göstermemiş, ancak TL. bazında enflasyonu takip eden bir seyir izlemiş olup tüketici aleyhine olarak fiyatlarda aşırı ölçülere varan artışlar gözlenmemiştir. Bu açıklamalar ışığında, anılan sözleşme ile kurulan acentelik faaliyetleri sonucunda tüketicinin yarar sağlayacağı, böylece Kanun'un 5'inci maddesinin (b) bendinde yer alan şartın da sağlandığı anlaşılmaktadır."

2.6. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

RKHK md. 6, "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" hükmünü içermektedir. RKHK md.3'te hakim durum, "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak ifade edilmektedir.

Dikkat edilmesi gereken nokta ilgili pazarda hakim durumda olmanın değil, bu durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasıdır. AB Rekabet hukuk düzenlemeleri de paraleldir. Hakim durumda olabilmek için öncelikle teşebbüs tanımına uygun bir işletme olmak gerekmektedir.

Tüm rekabet kurallarının uygulanmasında ilgili pazarın belirlenmesi son derece önemlidir. Söz konusu pazarın belirlenmesi doğrudan teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığını etkileyeceğinden, ilgili teşebbüsler için hayati öneme sahiptir. Zira pazarın dar belirlenmesi halinde, teşebbüsün hakim durumda bulunması olasılığı artacak, aksi halde ise

teşebbüsün hakim durumda olma ihtimali azalacaktır.¹⁹⁸ Öncelikle teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasa tespit edilmekte, sonra o piyasada teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı ve bu hakim durumunu kötüye kullanılıp kullanmadığı incelenmektedir. İlgili Pazar genel olarak iki şekilde incelenmektedir; birincisi ilgili ürün pazarı, ikincisi ilgili coğrafi pazardır.

2.6.1. İlgili Ürün Pazarı (relevant product market)

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde inceleme konusu pazarın hangi mal ve hizmetleri kapsadığının bilinmesi gerekmektedir. Daha sonra bir takım iktisadi analizlere göre ilgili ürün pazarı tespit edilmektedir. Buna göre ilgili ürün pazarının belirlenmesinde öncelikle söz konusu mal ya da hizmetin, başka mal ya da hizmetlerle "*ikame edilebilirlik (substitutability)*" derecesi önem kazanmaktadır. İlgili ürün pazarı, birbiriyle ikame edilebilen mal ya da hizmetlerin oluşturduğu pazar olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁹ Eğer mal ve hizmetler bazı özellikleri nedeniyle kısmen ikame ediliyorsa ilgili ürünlerin ayrı pazarlarda kalma ihtimali mevcuttur. Bu durum sınırları dar olarak tespit edilen bir pazarda hakim durumda olma ihtimalinin daha fazla olması açısından önemlidir.

Rekabet Kurulu **Havaş kararında**²⁰⁰, Uçak ile seyahat edecek yolcuların havaalanları ile şehir merkezi arasında ulaşımlarının sağlandığı " toplu taşıma hizmetleri pazarı" olarak tespit ederek havaalanı yakınından geçen diğer otobüs ve minübüsler ile taksileri ilgili pazarın dışında tutmuştur.

Rekabet Kurulu **Egebank kararında**²⁰¹, Egebank A.Ş. (Egebank)'ın GSM kredilerinin kullanımıyla ilgili ithalat akreditif işlemlerinin süreci içinde, programın işleyişi nedeniyle değiştirilme imkanı bulunmayan amir banka Egebank'ın 3 yıllık akreditif bedellerinin ödenmesi için uyguladığı bir defaya mahsus %1,5'lik komisyon bedelini, yıllık %20'ye çıkararak hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile yapılan ön araştırma sonucunda Ürün Pazarı'nı, dar biçimde belirlemiştir. Karara göre, Akreditif işlemleri

¹⁹⁸ GÜÇER, Sülün, 2005, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:13, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 101.

¹⁹⁹ ÖZ, G., 2000, s. 92.

²⁰⁰ Rekabet Kurulu, 03.03.1999 tarih, Karar 99-12/89-31, R.G. 09.09.1999 tarih, 23811 sayı, İhbar Eden ile Muhatap Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş. (HAVAŞ): Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş. (HAVAŞ)'nin havaalanları-sehir merkezi yolcu taşıma piyasasında aşırı fiyat uygulayarak ilgili piyasaki hakim durumunu kötüye kullandığı iddiası ile yapılan şikayet üzerine yapılan önaraştırma sonucunda Kanun'un ihlal edildiğine ilişkin kanıt bulunamaması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

²⁰¹ Rekabet Kurulu, 06.10.1999, Dosya No: D4/1/K.O.K.-99/1(İlk İnceleme), Karar 99-45/486-311, R.G. 07.03.1999 tarih, 24688 sayı. Şikayetçiler: Baykur Gıda San. Tic. A.Ş. ve Doysan Yağ San. A.Ş. ile Hakkında İlk İnceleme Yapılan Egebank A.Ş.

bankaların sağladığı garanti ve hizmetlerle diğer ödeme yöntemlerinden farklıdır. Uluslar arası ticaretin yürütülmesinde akreditif diğerleriyle karşılaştırıldığında satıcıya en çok güvenceyi sağlayan ve en çok tercih edilen ödeme yöntemidir. Bu özellikleriyle farklı bir pazar oluşturduğundan ilgili ürün pazarı “akreditif işlemleri pazarı” olarak belirlenmiştir.

United Brands v Commission²⁰² davasında Komisyon ve Adalet Divanı, ilgili ürün pazarını “muz pazarı” olarak kabul etmiş ve muz tüketicileri arasında çocukları, yaşlıları ve hastaları, bağımlı tüketici grubu olarak değerlendirmiştir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde, muzun belirli bazı özelliklerinin, bu meyveyi başka yaş meyvelerle ikame etmeyen bu tüketiciler açısından, muzun çapraz esnekliğini etkilemekte ve muz, belirli bir tüketici grubu için tek başına diğer yaş meyvelerden bağımsız bir pazar oluşturmaktadır. Yani burada hem üretim hem de tüketim ikamesine göre ilgili ürün pazarı belirlenmiştir.²⁰³

ATAD ve Komisyon, tüberküloz ilaçları pazarını değil, yalnız bu ilaçların yapımında kullanılan hammadde pazarını²⁰⁴; yazar-kasa pazarını değil, yazar-kasa yedek parçaları pazarını²⁰⁵; vitamin pazarını değil, her bir vitamin için ayrı ayrı alt pazarları²⁰⁶; motorlu araçlar pazarını değil, yasa gereği motorlu araçlar için üretici tarafından verilmesi gereken yol uygunluk belgesi düzenlenmesi hizmetine ilişkin pazarı²⁰⁷, televizyon yayıncılığı ve televizyon programları hakkında genel bilgi veren tüm yayınlar pazarını değil, haftalık program listeleri ve bu listeleri yayınlayan haftalık televizyon programları dergileri pazarını²⁰⁸, sıvı gıdaların paketlenmesi sistemleri pazarını değil, aseptik ve aseptik olmayan paketlenme makinelerini ve bu makinelerde kullanılabilecek ayrı ayrı aseptik ve aseptik olmayan karton kutuları pazarını²⁰⁹ ilgili ürün pazarı olarak belirlemiştir.²¹⁰

²⁰² Case 27/76, United Brands Company and United Brands Contineental BV v Commission of the European Communities (Chiquita Bananas), Judgment of the Court of 14 February 1978, ECR 207.

²⁰³ GOYDER, D.G., 2003, EC Competition Law, Fourt Edition, Oxford University, s.269.

²⁰⁴ Joined cases 6 and 7-73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 6 March 1974, ECR 00223.

²⁰⁵ Case 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 31 May 1979, ECR 01869.

²⁰⁶ Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 13 February 1979, ECR 00461.

²⁰⁷ Case 226/84, British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 11 November 1986, ECR 03263.

²⁰⁸ Case 70/89 British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited v Commission (1991) CMLR 669.

²⁰⁹ Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 10 July 1990, European Court reports Page II-00309.

²¹⁰ ÖZ, G., 2000, s. 98.

2.6.2. İlgili Coğrafi Pazar (relevant geographical market)

İlgili coğrafi Pazarın tespiti konusunda RKHK 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti Sınırları içinde”, 6. ve 7. maddelerde “ülkenin tümünde veya bir bölümünde” ibaresi kullanılmaktadır. Bu noktadan hareketle ilgili coğrafi pazarın ülkenin tamamı veya bir kısmı olduğu açıktır. Fakat uluslararası ticaretin söz konusu olduğu ve ithalat ihracat engellerinin olmadığı ve dış piyasalardaki küçük dalgalanmalardan dahi iç piyasaların etkilendiği durumlarda ilgili pazar, Türkiye pazarından daha geniş olarak yorumlamak gerekebilecektir.²¹¹

Hakim durumda olup olmadığı incelenen bir ya da birden fazla işletmenin, hakim durumda oldukları coğrafi sınırların belirlenmesi gereklidir. İlgili coğrafi pazarın tespiti için, ilgili ürünün pazarlanmakta olduğu ve pazar koşullarının da yeterince homojen olduğu bir coğrafi alanın açıkça belirlenebilmesi gerekmektedir. *Homojen yapı*'nın varlığı her olayda ayrıca incelenmektedir.

İlgili coğrafi pazarın sınırlarını belirlerken aranan homojen pazar koşulları, ithalat ihracat mevzuatından kaynaklanan farklılıklar, çeşitli nedenlerle farklı bölgelerdeki ürünlerden ya da bunların fiyatlarından haberdar olamama, kültürel etkenler, yerli ya da yöresel malı tercih etme arzusu, ticari işlemlerde ortaya çıkabilecek ek masraf ve ödemeler gibi nedenlerle bozuldu ise bu durumda o coğrafi alanlar ilgili coğrafi Pazar tespit edilirken kapsam dışında bırakılacak ve bu şekilde ilgili coğrafi pazarın sınırları da belirlenmiş olacaktır.

İlgili coğrafi pazarın, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarının tamamı olabilmesi için bütün Türkiye’de homojen bir yapının sağlanmış olması gerekmektedir. Aksi durumda Türkiye sınırlarının tamamı değil daha dar bir alan ilgili coğrafi pazar olarak belirlenecektir. AB’nde de uygulama üye devletler açısından aynıdır. AT coğrafi alanının tamamı olabilmesi için, bütün bu alanda homojen bir yapının sağlanmış olması gerekir.²¹²

²¹¹ ASLAN, İ.Y., 2005, s. 102.

²¹² Roma Antlaşması'nın 86 ncı maddesinin uygulanabilmesi için, hakim durumun ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde olması gerekmektedir. AB'de Komisyon ve ATAD'ın, Roma Antlaşması 86 ncı maddenin uygulanmasına ilişkin birçok kararında, ilgili coğrafi pazar, yalnız bir üye devletin coğrafi sınırları olarak tespit edilmiştir. Komisyonun, bu konudaki kararlarını haklı bulan Adalet Divanı da bir üye devlet coğrafi alanının, ortak pazarın önemli bir bölümünü oluşturduğu görüşündedir. Case No. IV / M.190-Nestle/Perrier O.J. L 356 dated 5.12.1992, page 1; Case 247/86, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et

Rekabet Kurulu **Aygaz** kararında²¹³, Aygaz A.Ş., Sihirgaz A.Ş., İpragaz A.Ş. ve Demirören Gaz Grubu temsilcilerinin, Güney ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde yer alan 6 ilde faaliyet gösteren yerel teşebbüsleri pazar dışına çıkarmak amacıyla, 24 Haziran 1997 tarihinde Gaziantep Tilmen Oteli'nde temsilcileri vasıtasıyla bir fiyat anlaşması yaptıkları, söz konusu anlaşma hükümlerini Mogaz A.Ş.'nin de katılımı ile 27.10.1997 tarihinde Adıyaman ilinde uygulamaya koydukları, böylece, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettikleri iddiasıyla açılan soruşturmada Adıyaman İli'ni ilgili coğrafi Pazar olarak kabul etmiştir

United Brands²¹⁴ davasında Komisyon, İngiltere, İtalya ve Fransa'yı ilgili coğrafi pazar kapsamı dışında tutarak Almanya, Danimarka, İrlanda ve Hollanda'yı ilgili coğrafi pazar olarak belirlemiştir. Bu üye devletlerde, ticaret koşulları, ithalat ihracat rejimi ve bu ülkelerde pek çok farklı kaynaktan gelen çeşitli muzların satışa sunulmuş olması nedeniyle pazar yapısının homojen olmadığı ve bu nedenle adı geçen bu ülkeler, ilgili coğrafi pazar kapsamı dışında tutulmuştur.

2.6.3. Hakim Durumun Tespiti

Hakim durumun tespit edilmesi için niceliksel ve niteliksel çok sayıda ölçüt kullanılmaktadır.

Niceliksel ölçütler, teşebbüsün ilgili pazarda sahip olduğu pazar payı ve pazardaki diğer işletmelerin sayısı ve Pazar paylarıdır. Teşebbüsün ilgili pazarda yüksek bir pazar payına sahip olması hakim durumda olması için güçlü bir etken olmakla birlikte, özellikle teşebbüsün yüksek bir pazar payına sahip olmadığı hallerde hakim durumun tespiti için diğer faktörlerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda Kurulun bir kararında²¹⁵ hakim

d'électronique (Alsatel) v SA Novasam, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 5 October 1988, ECR 05987 ; Case 41/83, Italian Republic v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 20 March 1985, ECR 873.

²¹³ Rekabet Kurulu, 26.11.1998 tarih, Dosya No : E2-D1-97/2, Karar 93/750-159, R.G. 09.12.2000 tarih, 24255 sayı, Şikayetçi Yücel Gaz Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ve Bayileri ve Aygaz A.Ş., Likidgaz Tevzi ve Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş., Milangaz Ticaret ve Sanayi A.Ş., İpragaz A.Ş. : “ İlgili coğrafi pazar ise, teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet şartlarının makul ölçülerde benzer bulunduğu coğrafi sınırlar olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir pazarın topraksal sınırı, taşıma maliyetleri (navlun, paketleme vb.), malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, belirli sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri, geleneksel alışkanlıklar, müşterilerin damak zevkleri ve satınalma özellikleri gibi faktörlere bağlıdır.”

²¹⁴ Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (Chiquita Bananas) , Judgment of the Court of 14 February 1978, ECR 207.

²¹⁵ Benkar A.Ş.'nin mağaza kart hizmetleri piyasasında hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasının incelendiği karar (Rekabet Kurulu, 15.08.2003 tarih, Dosya No: 4/1/L.K.-01/2, Karar 03-57/671-304, , R.G. 03.04.2004 tarih

durumun tespiti açısından; “ilgili teşebbüsün pazar payı, pazara giriş koşulları, hakim durumun devamlılığı, bağımsız davranabilme yeterliliği, sahip olunan ekonomik güç gibi kriterlerin” dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.²¹⁶

Niteliksel ölçütlerden en önemlisi ise pazara giriş engellerinin varlığıdır. Örneğin teşebbüsün pazarda teknolojik bir üstünlükten faydalanması, sahip olduğu kullanılmayan kapasitesinin büyüklüğü pazara yeni girişleri engelleyebileceğinden hakim durum göstergesi sayılabilmektedir. Fikri sınai mülkiyet haklarının da pazara giriş engeli oluşturabilecekleri kabul edilmektedir. Fikri mülkiyet haklarının pazara giriş engeli sonucu doğurması için hakların koruma sağladıkları bölgelerde markalar arası rekabetin olmaması veya zayıf olması gerekir.

ATAD ve Komisyonun bazı kararlarında teşebbüslerin hakim durumda olup olmadığı incelenirken, fikri mülkiyet haklarının varlığı, pazara giriş engeli olarak değerlendirilmiştir. Örneğin; **Tetra Pak**²¹⁷ davasındaki, Tetra Pak'ın sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan aseptik ve aseptik olmayan kutulara ilişkin patent hakkı ile **Hugin**²¹⁸ davasında, Hugin'in kullandığı yazar-kasa yedek parçalarına ilişkin patent hakkının varlığı pazara giriş engeli olarak değerlendirilerek hakim durumun tespitinde ölçüt olarak kullanılmıştır.²¹⁹

2.6.4. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Roma Antlaşmasınının 82 inci (eski md. 86) maddesinde de hakim durumun kötüye kullanılması halleri örnekleme süretiyle sayılmış madde metnindeki sayılan örneklerle sınırlandırılmamıştır.²²⁰ RKHK'un 6 ncı maddesinde kötüye kullanmanın tanımı yapılmamış uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bununla birlikte RKHK 6. maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, Roma Antlaşması'nın 82 nci (eski md.86) maddesinde de olduğu gibi rekabetin bozulması kötüye kullanmanın unsurları arasında sayılmamıştır. Hakim durumun kötüye kullanılması, yalnız rakipler açısından değil, hakim durumu istismar edici piyasa davranışları nedeniyle

, 25422 sayı . Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs HSBC Bank A.Ş. (Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'yi devralmıştır).

²¹⁶ GÜÇER,S., 2005, s.-103.

²¹⁷Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 10 July 1990, European Court reports 1990 Page II-00309.

²¹⁸ Case 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 31 May 1979, ECR 01869.

²¹⁹ **GOYDER, D.G.**, 2003, EC Competition Law, Fourt Edition, Oxford University, 277.

²²⁰ KERSE, Cristopher and KHAN, Nicholas, 2005, EC Antitrust Procedure, Fift Edition, London, s.23.

alıcılar/kullanıcılar/tüketiciler açısından olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilir. Pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, Kanunun 6 ncı maddesinin ifadesine uygun olarak mutlaka rekabetin bozulmuş olma şartı aranmamalı, alıcı/kullanıcı/tüketicie yönelik kötüye kullanma halleri de göz önünde bulundurulmalıdır.²²¹

RKHK'nun 6 ncı maddesine göre; "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır." Buna göre kötüye kullanma halleri örnekleme süretiyle sayılmıştır. Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

2.6.4.1. Piyasaya Girişleri Engellemek, Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak

Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler yasaklanmıştır. Pazara girişi engelleme ve rakiplerinin faaliyetlerini güçleştirme amacına yönelik eylemler daha çok fiyat politikaları sonucu ortaya çıkmakta olup bu konu aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada bahsedilmeyecektir.

2.6.4.2. Ayrımcılık

Pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapması kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır.

Kanunun 4/2(e) maddesinde yer alan ayrımcılıktan farkı burada hakim durumda olan tek bir teşebbüsün davranışları ile ayrımcılık yapılmaktadır. Halbuki 4/2(e) maddesinde anlaşma, karar ve uyumlu eylem ile ayrımcılık yapılması için en az iki tarafın olması gerekmektedir.

Roma Antlaşması'nın 82/2(c) (eski md. 86) maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması; Bir veya daha çok teşebbüsün ortak pazarda veya önemli bir bölümündeki hakim durumu kötüye kullanması, Üye Devletler arasındaki ticareti etkilemesi ölçüsünde, ortak pazarla bağdaşmaz ve yasaktır. Denilmek süretiyle kanunumuzdaki

²²¹ ÖZ,G., 2000, s.159.

düzenleme ile paralel bir düzenleme yapıldıktan sonra kötüye kullanma halleri örneklenmek suretiyle açıklanmış ve 86. maddenin 2 c bendinde; "ticari ilişkinin diğer tarafları ile yapılan eş değerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanmasını ve böylelikle de onların rekabet açısından dezavantajlı duruma sokulması" denilmek suretiyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Görüldüğü üzere Roma Antlaşması 82/2(c) (eski md.86/2(c)) maddesinde RKHK'un 6/2(b) maddesinden farklı olarak, hakim durumdaki bir teşebbüsün tarafların, rekabet edebilirlikleri bakımından birbirlerine karşı dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı şartlar uygulaması nedeniyle ortaya çıkan ayrımcılık da kötüye kullanma olarak sayılmıştır. Hakim durumdaki teşebbüsün rakiplere farklı koşullar uygulanmasının bu teşebbüsleri birbirlerine karşı dezavantajlı konuma getirip getirmediği hususu ancak bu eylemin rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılması ile anlaşılabilir.

2.6.4.3. Bir Mal veya Hizmetin Satılmasını Başka Bir Malın da Satın Alınması Koşuluna Bağlamak; Mal ve Hizmetlerin Yeniden Satışına İlişkin Yükümlülükler Öngörmek

Kanunun 6/2(c) maddesi "*...Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi...*" hükmünü içermektedir.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere burada yeniden satışa ilişkin koşulları düzenlenmektedir.

2.6.4.4. Bir Pazardaki Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması

Kanun'un 6/2(d) maddesi "*... Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler...*"i kötüye kullanma halleri arasında saymıştır.

Kanun'un 6/2(d) maddesinde belirtilen bu örnek, bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakim durumunu başka bir pazarda kötüye kullanmasının da 6. madde kapsamında olduğunun açıkça kanunda belirtilmesi açısından önemlidir.

2.6.4.5. Üretim, Pazarlama ya da Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olacak Şekilde Sınırlandırılması

Bu maddede "...Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması" hükmü yer almaktadır.

Esasen rekabet kuralları uygulanırken tüketicinin korunması öncelikli amaç değil rekabet kanununun uygulanmasının sonucudur. Bununla birlikte bu madde de açıkça tüketici menfaatine yer verilmiştir. Buna benzer bir durum kanununun 5/1(b) maddesinde de yer almaktadır. Maddenin uygulanması bakımından tüketicinin zarar görmesi ile hakim durumdaki teşebbüsün eylemleri ve rekabet ortamı arasındaki bağın üzerinde durulması ve araştırılması gerekir. Aynı şekilde Roma Antlaşması'nın 82/2(b) (eski md. 86) maddesinde de buna paralel bir düzenleme yapılmıştır.

2.6.4.6. Hakim Durumun Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması

Roma Antlaşması'nın 82/(a) (eski md.86/(a)) maddesinde yer alan "*haksız fiyatlar*"la hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenleme RKHK'nun 6. maddesinde sayılan kötüye kullanma örnekleri arasında yer almamıştır. ASLAN ve ÖZ fiyatlarla ilgili kötüye kullanmaların uygulamada sıkça görüldüğünü ve RKHK'da yer almasının gerektiğini savunmaktadır. ÇAPOĞLU²²² ek olarak, hakim durumun haksız fiyatlarla kötüye kullanılmasının yasaklanmadığında pazarda tekel konumunda olan teşebbüslerin keyfi fiyat politikaları ile tatlı karlar elde etmelerinin önlemeyeceğini belirtmektedir. AKINCI ise fiyatlara ilişkin bir düzenlemenin rekabet kanununda düzenlenmesinin beklenmemesi gerektiği görüşündedir.

Her ne kadar 6. maddedeki örnekler arasında sayılmasa da hakim durumun fiyat politikaları aracılığıyla kötüye kullanılması durumunda 6. maddenin ilk paragrafındaki genel hükmün uygulanması mümkündür.

Uygulamada fiyat politikaları aracılığıyla kötüye kullanma, bir başka deyişle haksız fiyat (*unfair pricing*), genellikle yıkıcı fiyatlar (*predatory pricing*), fahiş (aşırı

²²² ÇAPOĞLU, Gökhan, 1993, Rekabet Kavramı ve Rekabet Koruma Yasa Tasarısı, Türkiye İktisat, Y.5, S.14, s. 10 vd.

yüksek/sömürücü) fiyatlar (*excessive pricing*) ve çeşitli indirim sistemleri (*discounts/rebates*) uygulanması süretiyle ortaya çıkmaktadır.²²³

Aşağıda uygulamada sıkça karşılaşılan örnekler çerçevesinde haksız fiyatın ne şekillerde ortaya çıkabileceği incelenecektir.

2.6.4.6.1. Yıkıcı Fiyatlar (*predatory pricing*)

Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde kötüye kullanma sayılan davranışlar arasında açıkça sayılmayan yıkıcı fiyat, hakim durumda olan teşebbüsün rakipleri pazar dışına itme, pazara girişleri engelleme amacını taşıyan ya da bu etkiyi doğuran, fiyat politikasıdır. Pazarda hakim durumda olan teşebbüs tarafından yıkıcı fiyat uygulandığı takdirde kötüye kullanma sayılabilecektir.

Kanunun 6/2(a) maddesinde yasaklanan, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazara girişlerin önlenmesi yıkıcı fiyat uygulamalarıyla da ortaya çıkabileceğinden, yıkıcı fiyat uygulamalarını Kanunun 6/2(a) maddesi kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim AT rekabet hukukunda da Komisyon, yıkıcı fiyat iddiasının sözkonusu olduğu olaylarda, rakipleri pazar dışına itmek veya onların faaliyetlerini güçleştirmek iddialarını bununla birlikte değerlendirmiştir.²²⁴ Rekabet hukukunda genellikle maliyetin altında olan fiyatlar için yıkıcı fiyat tanımı yapılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verirken uygulanacak ölçüt ve maliyetin hesaplanması yöntemi önem kazanmaktadır.²²⁵

Yıkıcı fiyatlar, belirli bir rakibe yönelik veya seçici bir şekilde belirli bir rakibin müşterilerine yönelik olabileceği gibi, hiç kar öngörmeyen veya çok az kar öngören genel nitelikli fiyat belirlemeleri de olabilmektedir.²²⁶

²²³ ÖZ, G., 2000, s.167.

²²⁴ Case C- 62/86, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 3 July 1991, ECR I-3359; Case T- 83/91, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994, European Court reports 1994 Page II-00755

²²⁵ ÖZ, G., 2000, s. 167.

²²⁶ BELLAMY, C./CHILD, G.,2001, s. 721.

2.6.4.6.2. Fahiş Fiyatlar (*excessive pricing*)

Rekabet Kurulu fahiş fiyat uygulamasının kanununun 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğunu kabul etmektedir. Aşırı fiyat, sağlanan ürünün ekonomik değeri ile fiyatı arasında makul olmayan bir farklılığın bulunması olarak tanımlanabilir.²²⁷ Aşırı fiyatın belirlenmesinde fahiş fiyatla piyasaya sunulduğu iddia edilen mal ve hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım amacı, işlevi bakımından aynı sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırmak veya maliyet analizi yapmak en sık başvuru olan ölçütlerdir. Bu şekilde emsal mal ve hizmetlerin fiyatıyla karşılaştırma, fahiş fiyatın ispatı bakımından daha elverişli görünmekle beraber, böyle bir karşılaştırmanın mümkün olmadığı hallerde, maliyet analizi yapmak gerekebilecektir. Bazen de incelemede bu iki ölçütün her ikisinden de yararlanmak gerekebilir.²²⁸

Rekabet Kurulu **BELKO**²²⁹ kararında, Ankara İli'nde kömür ithalatı ve satışı hakkının Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne (Belko) verilerek diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla bu ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da, pazarda tekel olmasından yararlanarak, perakende kömür satışında aşırı fiyat uygulayarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanıp kullanmadığına ilişkin yapılan soruşturma neticesinde; BELKO şirketinin “kömür alımlarında şirket çıkarlarına bilinçli ve/veya bilinçsiz azami özenin gösterilmeyişi” - “sonrasında maruz kalınan diğer maliyet kalemlerinin oluşumunda da sözkonusu özensizliğin devamı”- “işletme maliyetlerinin olması gereken seviyelerin çok üzerinde gerçekleşmesi”- “ve neticesinde uygulanan aşırı yüksek fiyatlandırma” ile hukuki tekel imtiyazını, kömür alımında ve sonrasında oluşan diğer maliyetlerin ...olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesi neticesinde aşırı fiyat uygulayarak” hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir.

2.6.4.6.3. İndirim Sistemleri (*discounts/rebates*)

Pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüsün, satış politikalarını belirlerken rekabet hukuk kurallarını ve özellikle hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek davranışları

²²⁷ ASLAN, İ.Y., 2005, s. 437.

²²⁸ ÖZ, G., 2000, 169.

²²⁹ Rekabet Kurulu, 06.04.2001 tarih, Dosya No: D1/1/H.U.-99/1 (Soruşturma, Nihai Karar), Karar 01-17/150-39, R.G. 23.12.2001 tarih, 24619 sayı. Şikayetçi İsmet AYZAZ ile Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.

gözönünde bulundurması gerekmektedir. Teşebbüsün, belli müşterilerine, dağıtıcılarına indirim veya promosyon yapması doğaldır. Ancak teşebbüsün hakim durumda olduğunun bilinci ile hareket etmesi ve hakim durumda olan işletmelerin uyguladığı satış politikalarının objektif açıklamalarının bulunması gerekmektedir. Örneğin belli bir müşterisine fiyat indirimi uygulayan hakim durumda bir teşebbüsün, bu indirimi satın alınan malın miktarına bağlı olarak sağlaması halinde, rekabete aykırı bir tutum olmayacaktır. Oysa bağlılık indirimlerinde uygulanan indirimler, satın alınan mal veya hizmetin miktarına bağlı olarak yapılmamaktadır.²³⁰

Bir teşebbüsün, kendisinden mal ya da hizmet satın alan dağıtıcısına (bayi,toptancı, perakendeci gibi) uyguladığı fiyat indirimleri *hedef indirimler* veya *sadakat (bağlılık) indirimleri* şeklinde iki farklı şekilde karşımıza çıkar.

İndirim sistemleri uygulamada sıkça karşılaşılan bir satış politikası olmakla birlikte Rekabet Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Zira herhangi bir indirim sistemi bizatihi Rekabet Kanununa aykırı olmayıp, bazı hallerde indirim sisteminin uygulanmasıyla örneğin ayrımcılık, rakiplerin pazar dışına itilmesi gibi Kanun'a aykırı bir durum ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla indirim sistemleri aslında Kanun'da belirtilen rakipleri pazar dışına itmeyi veya rakiplerinin piyasaya girmesini engellemeyi amaçlayan eylemlerin somut örneklerinden biridir. Bu nedenle piyasadaki ve rekabet üzerindeki etkilerini tespit etmeksizin indirim sistemlerinin per se hukuka aykırı olduğu söylenemez. Uygulanan her indirim sisteminin amacı, rekabet üzerindeki etkileri incelenmek suretiyle kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağına karar verilmelidir.²³¹

Sadakat indirimi, alıcının bütün ihtiyacını veya çoğunluğunu satıcı olan hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması karşılığında, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından ürün fiyatında yapılan indirimdir. Alıcının sadakat indiriminden yararlanması, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden mal almaması şartına bağlanmaktadır bu şartın açıkça belirtilmesi gerekli değildir. Söz konusu şartın, indirim sisteminin yarattığı bir etki olarak ortaya çıkması yeterlidir. Diğer bir anlatımla indirim sistemi, alıcının bütün ihtiyacını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamasını teşvik edici olmasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden alım yapmasını

²³⁰ ÖZ, G., 2000, s. 135.

²³¹ GÜÇER, S., 2005, s. 44.

engelliyorsa, söz konusu şart gerçekleşmiştir.²³² Sadakat indiriminin iki açık etkisi bulunur: bunlardan birincisi, pazara yeni girecek rakipleri açısından önemli bir giriş engeli oluşturması; ikincisi ise pazarda hali hazırda varolan rakip teşebbüsleri piyasa dışına itecek etkilerinin olmasıdır.²³³

Hedef indiriminde ise sadakat indiriminden farklı olarak, satın alınan mal veya hizmetin aynı teşebbüsten alınması koşulu ile indirim yapılmakta fakat bu indirimde kota uygulanmaktadır. Yani indirim alabilmek için belli miktarda mal ya da hizmetin belli bir zaman dilimi içerisinde satın alınmış olması koşulu aranmaktadır.

3. GENEL OLARAK FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

Fikri mülkiyet hakları, bir şahsın zeka ve becerisi sonucu ortaya çıkardığı ticarete konu olabilme özelliğini içeren yeni durumun, hukuk tarafından korunması ile ortaya çıkan ve sahibine bir takım tekeli (inhisari) ve ülkesel nitelikte haklar sağlayan gayrimaddi bir mülkiyet hakkı çeşididir.²³⁴ Fikri mülkiyet hakkı bir fikrî mülkiyet konusu üzerindeki mutlak nitelikli haktır.²³⁵ Genel olarak fikrî mülkiyet hakları, fikri çaba ve zekanın ürünlerini devlet otoritesiyle korumayı hedefleyen haklardır. Fikri mülkiyet politikasını iki amaç arasındaki bir dengenin bileşimi olarak görmek mümkündür; yenilikte bulunan mucitleri ve yaratıcıları ödüllendirmek ya da bunlara karşılığını vermek; bilim, teknoloji ve kültüre geniş bir katılımın sağlanmasında kamu ve özel sektör aktörlerinin ilgisini çekebilme.²³⁶

14 Haziran 1967'de Stockholm'de imzalanan "Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı"(WIPO)²³⁷ Kuruluş Sözleşmesi'nin 2. Maddesinde, fikri mülkiyet hakları, Edebi, sanatsal ve bilimsel çalışmalar; İcracı sanatçıların eserleri, fonogram ve radyo yayınları; İnsan emeğinin tüm alanlarındaki buluşlar; Bilimsel buluşlar; Haksız rekabete karşı koruma; Endüstriyel tasarımlar; Ticari markalar, hizmet markaları (*service marks*), ticari unvan ve

²³² GÜL, İbrahim, 2000, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No: 2, Ankara, s. 85 .

²³³ GÖRGÜLÜ, Ümit, 2003, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:32 Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.17.

²³⁴ AYİTER, Nurşin, 1968 , İhtira Hukuku, AÜHF Yayınları, N:236, Ankara, s. 1-2 .

²³⁵ TEKİNALP, Ünal, 2004, s. 4.

²³⁶ OECD, 1997, "Patents and Innovation in International Context", OECD/ GD (97) 210, Paris, s. 5.

²³⁷ Merkezi İsviçre'nin Cenevre kentindeki, Birleşmiş Milletlerin (UN) 16 uzman kuruluşundan biri olan WIPO'nun temel görevi ülkeler arasında iş birliği yoluyla dünyada fikri mülkiyet haklarının korunmasını sağlamaktır. Kuruluşun kökenleri 1883 Paris Sözleşmesi ve 1886 Bern Sözleşmesine kadar gitmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; <http://wipo.org/eng/main.htm>.

isimler ve Sınai, bilimsel, edebi ya da sanatsal alanlarda fikri mülkiyet faaliyetlerinden kaynaklanan diğer tüm haklarla ilişkili olarak tanımlanmıştır.

Bunlar altı temel grup altında ele alınmaktadır: Buluşlarla ilişkili olarak **patentler**; Edebi ve sanatsal çalışmalarla ilişkili olduğu kadar, mühendislik tasarımları, bilgisayar yazılımları ve sanatın diğer alanlarını da kapsayan **teelif hakları** (*copyrights*); entegre devrelerin dizim-tasarımlarını da içeren, şekillendirme ve yapılandırma ile ilişkili olarak **tasarımlar**; ürünün kaynağı ya da sponsorunu tanımlamak için hizmet veya ürünü niteleyen kelime ya da sembollerle ilişkili olarak **ticari markalar** (*trademarks*); 1978 Uluslararası Yeni Bitki Cinslerinin Korunması Birliği'ne dayalı **bitki cinslerinin korunması** (*plant varieties protection*) ve son olarak gizli bilgiyi korumakla ilişkili **ticari sır korunması**.

Spesifik olarak **sınai mülkiyet kavramı**, patent ve faydalı model gibi araçlarla buluşun korunmasının yanı sıra, endüstriyel tasarımların korunmasına yönelik kanunlar, ticari ünvan ve ticari markalar kanunu gibi araçlarla, belirli ticari çıkarların korunmasını kapsamaktadır. Buna ilaveten haksız rekabetin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeleri de içerir.²³⁸

GATT Müzakerelerinin sonuncusu Uruguay Round'da Dünya Ticaret Örgütünü (WTO) kuran Nihai Senet ile birlikte eki TRIPS Antlaşması 1994 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiştir. TRIPS antlaşmasında fikri mülkiyet hakları; "*kişilerin düşüncelerinin ürünleri üzerine verilen haklardır. Bu haklar genellikle bu düşünceyi yaratan kişiye, onu belirli bir zaman süresi münhasıran kullanma hakkı verir*" şeklinde tanımlanmaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku; fikri ürün ve onun sahibinin korunmasını düzenleyen hukuk dalları yani fikir ve sanat eserleri (*teelif hakkı ve teelif haklarıyla ilişkili haklar (copyrights)*) ile **sınai mülkiyet hakları** olmak üzere iki alt gruba ayrılmaktadır. Birinci grupta fikir ve sanat eserleri hukukunda korunan bir fikri üründür dolayısıyla sınai mülkiyet haklarından farklı kurallara tabidir. Sınai mülkiyete ilişkin haklar ise marka, coğrafi işaretler, ticaret ünvanı, işletme adı fikri ürün değildir bunlar ayırt edici özelliğe sahiptirler. Bunlar bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden, bir işletmenin sahiplerini diğer işletmelerin sahibinden ve işletmesini başkasının işletmesinden ayırırlar.²³⁹

²³⁸ SOYAK, Alkan, 2000, " Küreselleşme Sürecinde Ulusal Teknoloji Politikası ve Türkiye: Sınai Mülkiyet Hakları ve Ar-Ge Teşvikleri Açısından Bir Çözümleme", Bilim ve Teknik Yayınevi, İstanbul, s. 7.

²³⁹ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 4.

Fikir ve sanat eserleri hukuku ile sınai mülkiyet hakları diğerlerinden yani patentlerden, faydalı modellerden, markalardan coğrafi ad ve işaretlerden, endüstriyel tasarımlardan, ticaret ünvanları ile işletme adlarından farklı kurallara bağlıdır. İlk olarak, fikir ve sanat eserlerinin korunmak için tescil edilmelerine gerek olmamasına karşılık diğerlerinde tescil ilkesinin hâkim bulunması temel farklılık yaratır.

İkincisi, manevi haklar ve bunların nitelikleri fikir ve sanat eserlerine özgüdür. Bu haklar kısmen patent, faydalı model ve tasarımda mevcuttur. Markada ise yoktur.

Üçüncü fark ise, bazı kamu menfaatleri ve toplumsal düşüncelerle eser sahibinin hakları sınırlandırılrsa bile, elkoyma ve zorunlu lisans gibi toplum yararının sebep olduğu zorlayıcı kurumlara fikir ve sanat eserleri hukukunda rastlanmaz.²⁴⁰

Fikri mülkiyet hakları; maddi varlığa sahip olmama, cisimleştiği eşyadan farklı ve süreyle sınırlı olma gibi özellikleriyle maddi mülkiyet haklarından ayrılır. Maddi mülkiyet hakları süreyle sınırlanmamıştır. Otomobil, masa ve çanta gibi maddi bir eşyanın sahibi, o eşyayı dilediği gibi kullanabilir, başkasına verebilir ya da tahrip edebilir. Dünyanın her yerinde bu kural aynıdır. Buna karşılık patent, marka, tasarım, müzik, sinema ve güzel sanat gibi fikri mülkiyet haklarında durum farklıdır. Fikri mülkiyet hakkı sahibi ancak hukuk düzeni tarafından kendisine tanınan yetkileri kullanabilir.²⁴¹

Fikri mülkiyet hakları bir çeşit mülkiyet hakkı olarak anılmasına karşın, sadece maddi varlığı olan şeyler *eşya* olarak kabul edildiğinden ve fikrî ürün'ün eşyadan farklı olarak maddi bir varlığa sahip olmaması yani soyut olma niteliği ile diğer maddi mülkiyet haklarından farklı bir hukuk rejimine tabi tutulmaktadır. Örneğin, bir şarkı, resim ya da kimya kuralının maddi bir varlığı yoktur. Buna karşın bir eşya üzerinde somutlaşırlar. Fikri ürün ile üzerinde somutlaştığı eşyalar birbirinden farklıdır. Örneğin, sanatçının okuduğu ses CD'si *nüshasının* maddi bir varlığı vardır ve eşya hukukuyla korunur. CD'yi satın alan kişi o CD'nin sahibi olur içinde somutlaşan fikri ürünü satın almamıştır. Yani satın aldığı şeyin maddi mülkiyetine sahip olmaktadır. İçindeki fikrî hak konusu ürüne sahip değildir. Yani fikrî ürünün bir eşya üzerinde somutlaşması onun soyut olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, bu şekilde bir eşya üzerinde somutlaşmayan, sadece düşünce aşamasında kalan fikirler korumadan

²⁴⁰ TEKİNALP, Ü., s. 4.

²⁴¹ SULUK, Cahit, 2004, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınevi, İstanbul, s. 21.

yararlanamazlar. Fikri ürün eşya olmadığı için bu ürünler üzerindeki haklar aynı haklar gibi değildir. Fakat fikri hak, sahibine mülkiyet benzeri bir takım inhisari yetkiler verir. Bu özelliği ile fikrî mülkiyet haklarının rekabeti sınırlama ihtimali her zaman sözkonusudur.

Fikri mülkiyet konusu hak, eşya hukukundan farklı olarak ülkesel olarak korunmaktadır (*ülkesellik ilkesi*). Başka bir ifade ile fikrî mülkiyete konu bir hak bir ülkede koruma kapsamında kalırken başka bir ülkede korunmayabilir. Bunun sonucu olarak da maddi mülkiyetten farklı olarak, fikri mülkiyet haklarının korunmaları her ülkede farklı sürelerle tabi olabilmektedir. Örneğin Türkiye’de Markalar tescil edildikten itibaren 10 yıl boyunca tescil korumasından yararlanabilmektedir. Ancak tescilin yenilenmesiyle koruma devam eder.

Fikri mülkiyet hukuku alanındaki ilk gelişmeler 1455 yılında Matbaanın icadı ile birlikte edebi eserlerin çoğaltılması noktasında yani copyright alanında yaşanmıştır. Matbaanın icadından sonra eserleri çoğaltıp satan matbaacılar açısından ilk baskıyı yapmak son derece eziyetli ve masraflı olduğu halde, ikinci ve takip eden baskılar çok daha ucuza mal oluyor, bu da haksız rekabete yol açıyordu. Bu nedenle, *belirli bir bölgede, belirli bir süre için bir eserin sadece bir matbaacı tarafından basımı konusunda matbaacılara inhisari haklar tanındı*. İlk basım imtiyazının 1469’da Venedik’te Giovanni Spira adlı bir matbaacıya verildiği sanılmaktadır. Eser sahiplerinin haklarını koruyan ilk kanun İngiliz Parlamentosu tarafından 1709’da kabul edilen “Kraliçe Anne Kanunu” (The Statute of Anne)’dur. İngiltere’de fikri haklar 1911 tarihli kanunla toparlanmış ve en son 1957 yılında yürürlüğe giren “Copyright Act” ile son şekline kavuşmuştur.²⁴²

ABD’ndeki kurucu devletler, İngiliz sistemini olduğu gibi almış, fikri haklar alanındaki ilk adımı 1783 ve 1786 yılları arasında Kraliçe Anne yasasına dayanılarak hazırlatılan telif hakları yasalarını yürürlüğe koyarak atmışlardır.

İngiltereden sonra benzer nitelikli düzenlemeler diğer Avrupa ülkelerinde yapılmıştır. Örneğin, Fransa’da İngiltere’den daha sonra ortaya çıkan fikri mülkiyet haklarına ilişkin kanunlar 1789 Fransız İhtilali’nden sonra çıkarılabilmektedir.

Tarihteki sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin ilk patent kanunu da yine Venedik’te 1474 yılında uygulamaya konulmuştur. Buluşların korunmasına yönelik olarak yapılan ikinci hukuksal düzenleme ise İngiltere’deki 1623 tarihli “*Tekel Kanunu*”dur.

²⁴² TEKİNALP, Ü., 2004, s. 79 ve devamı.

Gelişmeler, İngiliz kanunundan fazlasıyla etkilenen 1790 tarihli Amerikan *Patent Kanunu*”, 1791 yılında yürürlüğe giren ve buluşları incelemeksizin patent verme esasına dayanan “*Fransız Patent Kanunu*, 1815 yılında Rusya, 1864 yılında İtalya ve 1877 yılında incelemeli patent verme ilkesini benimsemiş olan Almanya Patent Kanunlarının yürürlüğe girmesiyle devam etmiştir. 23 Mart 1879 tarihinde yürürlüğe giren ve dönemin Fransız Patent Kanunundan olduğu gibi çevrilmiş olan “*Osmanlı İhtira Beratı Kanunu*” ise zaman içerisinde yapılan küçük değişiklikler ile 1995 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.²⁴³

Genel olarak fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik yapılan hukuksal düzenlemeler gelişmekte olan ülkeler tarafından yapılmıştır. Marka haklarının korunması hakkındaki düzenlemeler ise 1800’li yılların ortalarında yine İngiltere, ABD ve Fransa’da tüketicileri sahte markalara karşı koruma amacıyla ortaya çıkmıştır.

Endüstriyel tasarımların korunmasına ilişkin dünyadaki ilk düzenleme 1711 yılında Fransa’da, tekstil dokumalarının üzerindeki tasarımların korunması talimatıdır. Bu düzenlemeden sonra 1842 yılında ABD, 1876 yılında Almanya ve 1888 yılında Japonya’da endüstriyel tasarımların korunması hakkında yasal düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye’de ise endüstriyel tasarımlar 27 Haziran 1995 tarihinde yürürlüğe giren “*Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname*” ile koruma kapsamına alınmıştır.²⁴⁴

Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve teknolojik gelişmeler karşısında ülkelerin mevzuatlarının uyumlaştırılması ihtiyacı fikri mülkiyet hukuku alanında daha fazla hissedilmeye başlanmıştır. Bu ihtiyaçla beraber uluslararası anlaşmalar dönemi olarak da adlandırılan dönem başlamıştır. Bu alanda yapılan ilk uluslararası sözleşme 1883 tarihli Sınai mülkiyet haklarıyla ilgili olan “*Paris Sözleşmesi*” (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)dir. İkinci önemli uluslararası anlaşma ise fikir ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin olarak 09 Eylül 1886 tarihinde İsviçre’nin Bern şehrinde 10 ülkenin katılımı ile imzalanan “*Bern Sözleşmesi*”dir.

Bu anlaşmadan sonra pek çok ikili ve çok taraflı sözleşme imzalanmıştır. 14 Temmuz 1967’de Stokholm’de imzalanan “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’nün (World Intellectual Property Organisation) kurulmasını öngören WIPO anlaşması , 1995 tarihinde Dünya Ticaret

²⁴³ SULUK, Cahit, 2004, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınevi, İstanbul,s.26.

²⁴⁴ Türk Patent Enstitüsü (TPE), Haziran 1999, *Beşinci Yılında Türk Patent Enstitüsü*, TPE Yayın No: 21, s.7.

Örgütü'nün (World Trade Organization) kurucu anlaşması ile eki TRIPS Anlaşması (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) fikri ve sınai mülkiyet haklarının uluslararası alanda ortak bazı ilkelerle korunmasına serbest ticareti kısıtlamayacak şekilde düzenlemeler getirmeye çalışılması nedeniyle önemli bir adım olmuştur.

3.1. MARKA HAKLARI

Hakkın tüketilmesi konusunda uygulamada ortaya çıkan ve mahkemelerin önüne gelen olayların daha çok markalar hakkında olması sebebiyle bu bölümde markanın tanımı, unsurları, çeşitleri ve fonksiyonları ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

Marka, ticaret ünvanı veya işletme adından farklıdır. Marka, ürün veya hizmeti, başkalarının ürün ya da hizmetinden ayırt eden işaretlerdir. İşletme adı işletmeyi, ticaret ünvanı ise taciri tanıtmaktadır. Markalar MarkKHK'da ve uluslararası anlaşmalarla korunurken ticaret ünvanı ve işletme adı Ticaret Kanununda düzenlenmiş olup, koruma kapsamı dar tutulmuştur.

3.1.1. Markanın Tanımı ve Unsurları

Marka, ticaret ünvanı (TTK. md. 41 vd.), işletme adı (TTK md. 55) ve diğer fikri ve sınai mülkiyet hakları ile birlikte ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alan maddi varlığı bulunmayan haklardan biri olup (TTK md. 11/2) bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan işaretlerdir (556 s. MarkKHK. md.5).^{245 246} 556 s. MarkKHK.'nin 5. maddesinde hangi işaretlerin marka olabileceği hükme bağlanırken dolaylı bir şekilde markayı da tanımlamıştır.²⁴⁷

556 s. MarkKHK.'nin md. 5; "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi" veya "ambalajları" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir." şeklindedir. Bu tanıma göre markanın iki unsuru "*işaret*" ve "*işaretin ayırt edici nitelik taşıması*" olarak belirlenmiş olmaktadır.

²⁴⁵ 8.06.1995 tarih ve 4113 sayılı yetki kanunununa dayanarak, 24.06.1995 tarihli Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, RG. 27.06.1995,S.22326; 4128 sayılı Kanun ile Değişik RG. 7.11.1995, S. 22456.

²⁴⁶ TAYLAN, E., 2001, s. 23.

²⁴⁷ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 339.

İşaret geniş anlamda anlaşılmalıdır. Şöyle ki; grafikler, sözcükler, logolar, tasarımlar, sözcük-şekil bileşimleri, kişi adları, sayılar, harfler, sloganlar, amblemler, emtia ve ambalaj biçimleri, renkler, renk kombinasyonları, sesler, müzik tanıtıcı unsurlardan olduklarından *işaret*'tir ve marka olarak tescil edilebilirler. Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için 556 s. MarkKHK.'nin 7. ve 8. maddelerin de açıkça belirtilen mutlak ve nisbi red nedenlerinde gösterilen işaretlerden olmaması ve işaretin ayırteci bir özelliğe sahip olması gerekmektedir. Örneğin, kırmızı rengin marka olarak tescili için aynı zamanda *ayırteci bir özelliğe* sahip olması gerekir. 556 s. MarkKHK.'nin md. 5. maddeye göre; Şekille görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen ve baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen bir işarete ayırteci bir özelliğe sahipse marka olarak tescil edilebilir. Yani işaret kavramı genişletilmiş ve çizim dışında üç boyutlu şekiller, renkler, müzik, koku da işaret kapsamına girmiştir. Örneğin, çilek kokan bir silgi'de çilek kokusu marka olarak tescil edilebilecektir. Madde de marka olarak tescil edilebilecek işaretler tadadı olarak sayılmamıştır. Kısaca yukarıda bahsettiğimiz özelliklere sahip bir işaret tescil edilerek marka olabilecek ve markanın sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

Ayırteci Nitelik, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için ayırteci bir özelliğe sahip olması gerekmektedir. MarkKHK.md. 5'e göre, Markanın, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırteciyi sağlaması ön şarttır. Markanın ayırteci özelliğe sahip olması markanın temel fonksiyonlarını sağlaması açısından da gereklidir. Çünkü; marka, malın veya hizmetin kime veya hangi teşebbüse ait olduğunu göstermeli kökenini ayırteciyi sağlamalıdır. Örneğin, " sigorta hizmetleri" "ayakkabı boyası" gibi sözcük grupları mal ve hizmeti diğerlerinden ayırteci bir niteliğe sahip olmadıklarından marka olarak tescil edilemezler. MarkKHK.'nin 7. md. göre, ticaret alanında cins, çeşit, (Ek ibare: 4128 - 3.11.1995 / md.5) "vasıf", kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemezler. Bununla birlikte bir *işaret* ya baştan beri yada kullanılarak zaman içinde ayırteci bir niteliğe kavuşabileceğinden bazı durumlarda tescil edilmeleri mümkündür. Örneğin "ELMA" kelimesi bilgisayar markası olarak zaman içerisinde kullanılarak ayırteci nitelik kazanmış ve marka olarak tescil edilmiştir. Yine bir sigara markası olan ve deve anlamına gelen CAMEL markasında da durum aynıdır.

3.1.2. Markanın Çeşitleri

MarkKHK.'de marka çeşitlerine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamış ise de; MarkKHK'nın uygulama şeklini gösteren Yönetmelikte bu konuda bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre marka çeşitleri amaca ve sahiplerine göre tespit edilir.

Amaca göre marka türleri kendi içinde markanın kullanıldığı mal ve hizmetlere göre ayrılmaktadır. *Ticaret Markaları* MarkYön'de "bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir" şeklinde tanımlanmıştır. Açıkça anlaşıldığı üzere ticaret veya mal markası bir menkul mal ile ilgili olan, onun üstüne ve/veya ambalajına konan markadır. Örneğin , Migros mağazaları, bir üreticiye verdikleri sipariş ile istedikleri malı ürettirip (kendileri üretici olmadıkları hâlde) kendi markaları altında satışa sunabilirler.²⁴⁸ *Hizmet Markaları* ise, bir işletmenin hizmetlerini, diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. Örneğin, danışmanlık, bankacılık, sigortacılık gibi işler yapan işletmelerin malları yoktur tüketiciye sundukları hizmetlerin tanıtımı için kullandıkları işaretler onların markalarıdır.

Sahiplerine göre marka türleri Garanti, Ortak ve Ferdi marka olarak üçe ayrılır. *Garanti Markası*, marka sahibinin kontrolü altında bir çok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir (Mark KHK 54/1.md.). Garanti markasında garanti edilen şey o işletme değil işletmenin piyasaya sunduğu malın ve hizmetin özellikleri, üretim usulü, menşei ve kalitesidir. *Ortak Marka* ise üretim, ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan, bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. İşletmelerin belli bir birliğe dahil olduğunu gösterirler.²⁴⁹ Ortak marka bir grubun değil aynı veya ayrı gruplara dahil veya tamamen bağımsız işletmeler veya kişiler adına tescil edilir.²⁵⁰ Ortak marka, ortaklara sadece kullanma hakkı değil, bütün hakları ve yetkileri, diğer ortakların haklarıyla sınırlanmış olarak sağlar.²⁵¹ Örneğin bir Holding'te kullanılan ortak markadır. *Bireysel (Ferdi) Marka*'da, marka sahibi tek bir gerçek kişi veya tüzel kişidir. Yani bir işletmenin tek başına kullandığı ve markanın sağladığı haklardan tek başına yararlandığı markalardır.

²⁴⁸ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 347.

²⁴⁹ ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 37.

²⁵⁰ ARKAN, Sabih, 1997, Marka Hukuku C:1, Ankara, s. 45.

²⁵¹ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 349.

Tanınmış Markalar ise sadece ulusal değil uluslararası alanda korunmaktadır. Paris Sözleşmesinin 1 mükerrer 6. maddesinde, TRIPS Antlaşmasının 16. maddesinde ve MarkKHK'nın 7. ve 8. maddelerinde düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerin genel çerçevesine bakıldığında tanınmış marka kavramı açıklanmıştır. Doktrinde bu konuda bir çok tartışma yapılmaktadır. Paris sözleşmesine göre bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilebilmesi için yurt içinde ve yurt dışında herkesçe bilinmesi, TRIPS Anlaşmasına göre ilgili çevrede bilinmesi, MarkKHK'ya göre ise Paris Antlaşmasındakine benzer bir tanımla Türkiye'de herkes tarafından bilinmesi gerekmektedir.

3.1.3. Markanın Fonksiyonları

Markanın ayırt etme, mal veya hizmetin işletmesel kökenini (menşeyini) gösterme, mal ve hizmetin niteliklerini garanti etme (güven), reklam, tekelleştirme ve koruma fonksiyonları olduğu kabul edilir.²⁵²

Bugün için markanın köken fonksiyonu önemini yitirmiştir. Serbest piyasada pazar ekonomilerinin dağıtım ve pazarlama stratejilerindeki değişmelerle beraber markanın malın kökenini göstermedeki fonksiyonu önemini yitirmiştir.

Bir marka, tüketicisine o ürünün veya verilen hizmetin nitelikleri ve kalitesi konusunda güvence sağlar. Marka sahibi, ürün veya hizmetlerinin kalitesiyle elde ettiği ticari prestiji kaybetmemek dolayısıyla pazardaki payını artırmak amacıyla vermiş olduğu hizmet veya ürünün kalitesini düşürmemek ve kalite ve nitelikteki sürekliliği sağlamaya dikkat edecektir. Günümüzde bazen markanın üründen daha fazla ticari değerinin olduğu gözönüne alındığında markanın garanti fonksiyonunun marka sahibini zorlayıcı etkisi olduğu ve bu yönüyle tüketici için en az hukuki koruma kadar etkili olduğu tartışmasızdır.

3.1.4. Marka Anlaşmaları

Rekabeti kısıtlayıcı etki yaratabilecek marka anlaşmaları, marka lisans ve marka devir anlaşmalarıdır. 556 sayılı KHK.'nin 15. maddesine göre; marka hukuki işlemlere konu olabilir. Tescilli bir marka, başkasına devir edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir.

²⁵² TEKİNALP, Ü., 2004, s. 352.

556 sayılı KHK'nın 20. maddesi, tescilli bir markanın kullanım hakkının, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabileceği düzenlenmiştir. Lisans anlaşması ile marka sahibi kendisine ait markanın kullanma hakkını lisans alana bırakabilir. Lisans anlaşması sonucu, marka sahibi, lisans alana karşı marka hakkından doğan yetkilerini kullanmamayı taahhüt etmektedir. Buna karşılık lisans alan, lisans verene belirli bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir.²⁵³ 556 sayılı KHK'nin 21. maddesinde lisans anlaşmalarının şartları açıkça belirtilmektedir.

Marka lisans anlaşmalarında, kanunun izin verdiği sınırlamalar dışındaki Rekabeti sınırlayıcı etki yaratan veya yaratabilecek hükümler RKHK'nun 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu durumda RKHK'nun 5. maddesinde belirtilen muafiyet koşullarını taşıyan sözleşmeler muafiyetten yararlanabilecektir.

3.1.5. Marka Hakkının Tüketilmesi

Genelde tüm fikri mülkiyet haklarının özelde marka hakkının korunması hususunda en önemli problemlerden biri, bu haklara sağlanacak hukuksal korumanın kapsamının ne olması gerektiği meselesidir²⁵⁴. Fikri mülkiyet alanındaki mutlak sınırsız bir koruma, fikri mülkiyet hakkına sahip olan kimselerin, ürünün kendileri tarafından piyasaya sunulmasından sonraki el değiştirmelerini, dağıtımını da kontrol altına almaları sonucunu doğurur. Bu durum, malların serbest dolaşımına ve rekabete aşırı kısıtlayıcı bir etki yaratır. Bu nedenle, fikri mülkiyet haklarının sınırlandırılması zorunluluğu doğmuştur. Fikri mülkiyet haklarını sınırlayan ilkelere biri, hakkın tükenmesi öğretisidir. Hakkın tükenmesi öğretisine göre, fikri mülkiyete konu malları bizzat hak sahibi veya onun izniyle bir başkası tarafından ilk defa piyasaya sunulmasından sonra fikri mülkiyet hakkı tükenmiş kabul edilmektedir. Başka bir deyimle artık hak sahibi, fikri mülkiyet hakkına dayanarak, malın piyasadaki sirkülasyonunu denetleme hakkına sahip değildir.²⁵⁵

Hakkın Tüketilmesi kavramı 556 KHK'nın Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi Başlıklı 13. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre;

²⁵³ ÇAMLİBEL, s. 207.

²⁵⁴ OCAK, Nazmi, 1999, "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Ali Bozer'e Armağan, s. 269-286

²⁵⁵ KAYHAN, F., 2002, s. 131.

“Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki 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.

Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır.”

Buna göre marka hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından markalı malın Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi; Markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını ve üçüncü kişilerin bu malları ithal, satış veya dağıtımını engelleyemez ve satış koşullarına müdahale edemez.

Marka sahibinin 13. maddenin 1. fıkrası ile sınırlanan haklarına ikinci fıkra ile istisna getirilmiştir. KHK. Konuya ilişkin 89/104 sayılı Konsey Yönergesine paralel bir şekilde, malın piyasaya sunulmasından sonra hak tükenmiş olmakla birlikte, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması halinde tükenme prensibinin uygulanmayacağını, bu durumda marka sahibinin bu tür fiilleri önleme yetkisine sahip olacağını belirtmiştir.²⁵⁶

KHK’nin 9. maddesinde marka hakkının marka sahibine sağladığı hak ve yetkiler belirtilerek 2(c) bendinde marka sahibinin izni alınmadan markasını taşıyan malın ithali veya ihracatını yasaklayabileceği düzenlenmiştir. Yani markalı malın ihraç veya ithal edilmesi marka sahibine ait bir yetkidir. 9. maddenin ihlal edilmesi ise KHK’nin 61. maddesinde marka hakkına tecavüz kabul edildiğine göre bu durumda KHK’nin uygulanmasında 13. madde de yer alan tükenme ilkesi gözardı edildiğinde marka hakkı sahibi paralel ithalatı engelleyebilecektir. 13. madde ile 9. maddede belirtilen koruma kapsamı daraltıldığından, marka sahibinin veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından markalı malın piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi malın pazardaki dolaşımına engel olamaz dolayısı ile paralel ithalini engelleyemez.

KHK’nın 13. maddesinin 1. fıkrasına göre, marka hakkının tükenmesinin iki koşulu vardır: (a) tescilli markayı taşıyan malların Türkiye’de piyasaya sunulması; (b) malların marka sahibi tarafından veya onun izniyle piyasaya sunulması. Marka hakkının tüketilmesinin

²⁵⁶ ÇAMLİBEL ,E., 2001, s. 94.

koşulları yukarıda 1. bölümde ayrıntılı olarak incelendiğinden burada tekrardan kaçınmak için değinilmeyecek konu içtihatlarla anlatılacaktır.

3.1.6. Tükenme Prensibinin Uygulanmayacağı Haller

Tükenme ilkesi hizmet markalarında uygulanmayıp sadece ticaret markalarında uygulanır. Bunun dışında genel olarak aşağıdaki hallerde tükenme prensibi uygulanmaz.

Birincisi, 89/104 sayılı direktifin 7/2 maddesine paralel olarak 556 sayılı KHK. 13/2. maddesinde de düzenlendiği üzere; marka hakkı sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra yani ilk satıştan sonra yeniden satıcının malı kötüleştirerek ticari amaçla kullanmasını önleyebilir. Çünkü burada malın piyasaya sunulmasından sonra kötüleştirilerek kullanılması halinde markanın menşei, ayırtetme ve garanti fonksiyonları zarar görmektedir. Bu durum marka hakkına tecavüz oluşturur ve marka hakkı sahibi malın dolaşımına engel olabilir. Burada tesbit edilmesi gereken husus markalı malın değiştirilip değiştirilmediğidir. Değişikliğin olumlu yönde yapılmasının bir önemi yoktur; malın özgün niteliğinin değiştirilmesi yeterlidir.²⁵⁷ Bununla birlikte markalı malın onarımı ya da kullanılabilmesi amacıyla teknik uyarılama zorunlulukları nedeniyle yapılan değişiklikler, örneğin bilgisayar klavyesinin veya telefonun tuşlarına Türkçe karakterli harflerin yazılması gibi değişiklikler marka sahibinin müdahalesini haklı göstermez.

Tükenme prensibinin uygulanmayacağı ikinci durum, markasız mala üçüncü kişinin marka koyarak satması durumudur. Bu halde marka sahibi üretilen malların bazılarını markasız olarak piyasaya sunmaktadır. Bu durum üretilen mallarda istenilen kalitenin sağlanamaması gibi nedenlerle olabileceği gibi ekonomik gerekçelerle de olabilmektedir. KHK 9/1(a) ve 9/2(a) maddesine göre; marka sahibi, üçüncü kişilerin marka veya işaretin mal ve ambalaj üzerine konulmasını önleme yetkisine sahiptir. Bu durumda üçüncü kişilerin markasız mallara marka koyarak piyasaya sunması marka sahibinin münhasır haklarının ihlali teşkil edeceğinden KHK 61(a) maddesine göre marka hakkına tecavüz teşkil eder.²⁵⁸

²⁵⁷ URLESBERGER, F.C., December 1999, "Legitimate Reasons for the Proprietor of a Trade Mark Registered in the EU to Oppose Further Dealings in the Goods After They Have Been Put on The Market For First Time" CML Rev. V.36, No:6, s. 1201.

²⁵⁸ ÇAMLİBEL ,E., 2001, s. 121.

3.2. PATENT VE FAYDALI MODEL HAKLARI

3.2.1. Patent Hakkı

1844 tarihli Fransız patent kanunundan etkilenen Türkiye'deki ilk patent kanunu (İhtira Beratı Kanunu) 13 Mart 1879'da yürürlüğe girmiştir. Bu kanun yerini yürürlükte olan 27.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnameye bırakmıştır.

Patent, buluş üzerindeki hak ile bu hakkı ispatlayan belgeyi ifade eder. Patent hakkı, buluş sahibine buluşu üzerinde belirli bir süre için mutlak ve inhisari yetki sağlar.²⁵⁹ Patent hakkı sahibine, buluşunun izinsiz kullanılmasını engelleme ve bu hakkını üçüncü kişilere devretmek veya belirli bir süre kullandırma yetkisini verir. Patent verilmesinin amacı buluşu özendirmektir. PatKHK. md.1.'de "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumaktır." şeklindedir.

Patentin konusunu buluş oluşturur. Gelişen teknolojik ilerlemeler karşısında koruma kapsamının sınırlandırılması ihtimali gözönüne alınarak uluslararası düzeyde de olduğu gibi ülkemizde de buluşun tanımı yapılmamıştır. Buluş, bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğreti ile çözüm getiren, fikri bir üründür.²⁶⁰ Buna göre buluşun unsurları; teknik alan, uygulanabilir öğreti ve çözümdür. Yani teknik alana giren, hayata uygulanabilen somutlaşabilen ve bir soruna çözüm getiren fikir buluştur.

Her buluşa patent verilmez. Bir buluşa patent verilebilmesi için o buluşun; yeni, buluş basamağını aşmış (teknğin bilinen durumunu aşmış) ve sanayiye uygulanabilir olması gerekir. Bir buluşla ilgili patent başvuru yapılmadan önce başkaları tarafından yazılı, sözlü, uygulanarak veya başka yollarla açıklanmamış olmak mutlak yeniliktir. Yenilik kavramı tekniğin bilinen durumu olarak da ifade edilmektedir. Tekniğin bilinen durumunun aşılp aşılmadığının tespitinde buluşun ilgili olduğu alanda, konusunda uzman bir kişinin bilgisi dahilinde olan tekniğin bilinen durumunun aşılması buluşun yeni olduğu anlamına gelir(PatKHK m.9). Buluş, tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında uygulanabilir veya

²⁵⁹ ORTAN, Ali Necip, 1979, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, s.16; MERKIN,M.R.,-WILLIAMS, 1984, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London, s. 294.

²⁶⁰ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 490.

üretilebilir olmalıdır. Aynı teknik problemlere farklı çözümler üretilebileceğinden bir alanda birden çok buluş yapmak ve patent alınması mümkündür.

Her buluşa veya her konudaki buluşa patent verilemez. PatKHK 6. maddesinde TRIPS Anlaşmasının 27 (3) hükmüne uygun olarak yer alan patent verilemeyecek konular ve buluşlar şunlardır²⁶¹: a) Keşifler, bilimsel teoriler, matematik metotları; b) Zihni, ticari ve oyun faaliyetlerine ilişkin plan, usul ve kurallar; c) Edebiyat ve sanat eserleri, bilim eserleri, estetik niteliği olan yaratmalar, bilgisayar yazılımları; d) Bilginin derlenmesi, düzenlenmesi, sunulması ve iletilmesi ile ilgili teknik yönü bulunmayan usuller e) İnsan veya hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan, hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri. (Bu usullerin herhangi birinde kullanılan terkip ve maddeler ile bunların üretim usulleri hariç) bunların dışında konusu kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan buluşlar ile bitki veya hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki veya hayvan yetiştirilmesi usulleri ile ilgili buluşlara patent verilmez.

551 sayılı KHK'ye göre patent hakkı sahibi, patent hakkını devredebilir veya lisans sözleşmesi yapabilir. 551 sayılı KHK'nın 88/1. maddesi; " Patent başvurusunun veya patentin kullanma hakkı, milli sınırların bütünlüğü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde, lisans sözleşmesine konu olabilir. Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir." şeklindedir. 551 sayılı KHK'nın 88 ve 89. maddelerinde lisans sözleşmelerinin şartları bir başka deyişle sözleşmeye konulabilecek azami sınırlamalar belirtilmiştir.

Lisans anlaşmaları "münhasır lisans", "münhasır olmayan lisans" anlaşmaları olmak üzere iki çeşittir.

Münhasır lisans sözleşmesinde, lisans veren kullanma yetkisini lisans alana verirken, patent hakkını hem kendisinin kullanmayacağı hem de daha sonra aynı konuda ve aynı sınırlamalar içinde (bölge, süre vb.) bir başkasına lisans hakkı vermeyeceğini taahhüt etmektedir.²⁶² Gerçekte, bu sözleşmeyle, lisans verenin lisans alanla rekabet etmesi önlenmekte ve lisanslı teknolojiyi geliştirmenin maliyetinin karşılığı olarak sadece lisans alanın yapacağı lisans bedeli ödemesi ile yetinmesi gerekmektedir.²⁶³

²⁶¹ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 500.

²⁶² ORTAN, N., 1979, s. 150.

²⁶³ ARI, H., 2003, s. 18.

Münhasır olmayan lisans, patent sahibinin, patentin kullanım hakkını lisans alana verirken, kendi kullanım hakkını veya bir üçüncü kişi ile lisans sözleşmesi yapma hakkını saklı tuttuğu lisans sözleşmeleridir. Münhasır olmayan lisans, lisans alana rekabet gücünün bir ölçüde zayıf olduğu bir ortam sağlamaktadır.²⁶⁴

Patent hakkının kullanılması iki şekilde rekabet hukuku ile çelişebilir. Birincisi tekel haklarının kullanılması yoluyla çeşitli işletmelerin pazara girişi önlenir. İkincisi patent hakkı sahibi lisans sözleşmesinde lisans alana kanunun izin verdiği kadar sınırlamalar koyduğu takdirde rekabet kanunu kapsamına girebilir.²⁶⁵ Bu durumda RKHK'nun 4. maddesine aykırı fakat 5. maddedeki muafiyet koşullarını taşıyan anlaşmalar muafiyetten yararlanabilecektir.

Uygulamada patent lisansı anlaşmalarındaki sınırlamalar, genellikle bölgesel ve bölgesel olmayan sınırlamalar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Bölgesel sınırlamalar lisans anlaşmalarında en sık rastlanan şartlardandır ve bu sınırlamalar lisans anlaşmalarının temeli olarak görülmektedir.²⁶⁶ Bölgesel koruma lisans alan açısından, yeni ve bilinmeyen bir teknolojiye yapacağı yatırıma karşı koruma sağlamakta ve bu nedenle teşvik edici olmaktadır. Lisans veren açısından ise lisans alana sağlayacağı korumanın derecesi oranında elde edeceği lisans bedeli artmaktadır. Münhasırlık koşulları, lisans verenin anlaşma bölgesinde başkasına lisans vermemesi (tek lisans) ve lisanslı teknolojiyi kendisinin de kullanmamasıdır (münhasır lisans). Buna karşılık, lisans alana da lisanslı teknolojiyi lisans verenin bölgesinde kullanmama yükümlülüğü getirilmektedir.²⁶⁷ Örneğin bir patent hakkı sahibinin her bölgede başka bir kişi ya da teşebbüse lisans vermesi durumunda lisans alanların birbirlerinin bölgelerine satış yapmalarını yasaklaması lisans alanlar arasındaki rekabeti sınırlayıcıdır.

Patent Lisans anlaşmalarındaki bölgesel olmayan sınırlamalar, fiyat tespiti, süre, miktar ve kalite sınırlamaları, kullanım sınırlamaları, bağlı ürün sınırlamaları, patentin geçerliliğine itiraz etmeme koşulu ve geri verme yükümlülüğü (grant back), lisans bedelinin

²⁶⁴ ORTAN, N., 1979, s. 151.

²⁶⁵ ASLAN, İ. Y., 2005, s. 576.

²⁶⁶ ANDERMAN, Steven D., 1998, EC Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation, Clarendon Press, Oxford, s. 90.

²⁶⁷ ARI, H., 2003, s. 20.

saptanış şekline göre ve tarafların iradeleri açısından isteğe bağılı ya da zorunlu lisans şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

3.2.2. Faydalı Model Hakkı

Hukukumuzda patent gibi faydalı model’de tanımlanmamıştır. Faydalı model, küçük buluş (*utility model*) olarak da nitelenebilir. PatKHK’da, yeni (başvurusuna konu olan buluş başvuru tarihinden önce, Türkiye içinde veya dünyada herkesin ulaşabileceği şekilde yazılı olarak veya bir başka yolla açıklanmamış veya yöresel veya ülke çapında kullanılmamış PatKHK 156 m.) ve sanayide uygulanabilen (PatKHK m.154) buluşlar olduğu belirtilmiştir. Bir buluşun Faydalı Model belgesi kapsamında korunması için, tekniğin bilinen durumunun aşılması kriteri (*inventive step*) aranmaz.

Tekniğin bilinen durumunu aşmayan fakat yeni ve sanayiye uygulanabilen buluşlar, faydalı model belgesi ile korunur. Faydalı model koruması, patent Hukukunun bir parçası olarak patent korumasını tamamlar niteliktedir. Patentlerdeki gibi araştırma ve inceleme işlemlerinin olmaması nedeniyle patente oranla daha hızlı, basit ve ekonomik bir tescil sistemi vardır. Faydalı model başvurusunu patent başvurusuna dönüştürme imkânı da bulunmaktadır.

Faydalı Model hakkı, teknik buluşları koruduğundan ürünlerin dış görünümünü koruyan Endüstriyel Tasarım korumasından ayrılır.

PatKHK 166. m. “Faydalı model belgelerine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı ve faydalı model belgelerinin özelliği ile çelişmediği takdirde, patentler için öngörülen hükümler, faydalı model belgeleri için de uygulanır.” şeklindedir. Faydalı modeller ile patentler arasındaki farklar şunlardır: a) Patentler başvuru tarihinden itibaren 20, faydalı modeller 10 yıl süre ile korunur, (koruma süresi sona eren Patent ve Faydalı Modeller halka mal olur) b) Patentlere ek buluş belgesi alınabilirken, faydalı modellere alınmaz, c) Usul buluşları (örneğin yeni bir teknik kullanılarak çimento üretme yöntemi) ile kimyasal maddelere patent belgesi alınabilirken, faydalı modellere alınmaz.

3.2.3. Patent ve Faydalı Modellerde Hakkın Tüketilmesi

Patent hakkı, patentin izinsiz olarak kullanılmasını, patent konusu ürünlerin piyasaya sunulmasını önleme yetkisini de kapsamaktadır. Patent hakkı sahibi, kendisinin veya izni ile üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulan malın piyasadaki sonraki el değiştirmelerini engelleyemez. Patent hakkı malların piyasada dolaşımına engel olmaz.

551 sayılı KHK'nın Patentten doğan hakkın tüketilmesi başlıklı 76. maddesine göre; *"Patent sahibi veya onun izni ile Türkiye'de satışa sunulmuş olan patentli ürünlerle ilgili fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışında kalır."*

Hükümde yer alan üç unsur şöyle sıralanabilir;²⁶⁸

- a. Hakkın Tüketilmesi ilkesi, buluşun kendisi ile ilgili olmayıp "patentli mallar" hakkındadır.
- b. Hakkın tüketilmesi, ülke sınırları içinde sözkonusudur. Bunun anlamı, bölgesel yasa uluslararası tükenmenin kanunda öngörülmüş olmadığıdır ve sadece Türkiye sınırları içinde tükenmenin kabul edildiğidir. Patentli ürüne ilişkin izin Türkiye'nin belirli bir bölümüne ilişkin olarak verilmiş olsa bile hak bütün Türkiye'de tükenir. Çünkü patent lisansı sözleşmelerindeki bölge dışında satış yasağına ilişkin koşul sadece lisans sözleşmesi açısından hüküm ifade eder.²⁶⁹
- c. Tükenen patentli mallar ile ilgili fiilerdir.

Türkiye Gümrük birliğine dahil olduğu halde, Gümrük birliği ülkelerinden birinde satışa sunulan mallar Türkiye yönünden tükenmiş sayılmaz. Bu kural 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 8 sayılı ekinin 9.2. maddesinde açıkça öngörülmüştür.²⁷⁰ AB'ne üye ülkeler arasında "bölgesel tükenme" ilkesi benimsendiğinden üye ülkelerden birinde piyasaya sunulan patentli mallar hakkında diğer ülkeler yönünden de hak tükenir.

²⁶⁸ TEKİNALP,Ü., 2004, s. 548.

²⁶⁹ KHK'nin bu hükmü Rekabet Hukukunun dikey anlaşmalarda pasif satışı engellenemeyeceğine dair kurallarıyla da uyumludur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne (RG - 14.07.2002; 24815) bakınız.

²⁷⁰ TEKİNALP,Ü., 2004, s. 548. Ayrıntılı bilgi için "1/95 sayılı AT- Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı Açısından Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi İlkesi" başlıklı konuya bakınız.

Patent hakkı sahibinin hak ve yetkileri, buluşa konu olan malın, kendisi tarafından veya kendi rızası ile bir başkası tarafından piyasaya arz edilmesi ile sona erer. Bundan sonra, patent hakkı sahibinin ve lisans alanın, malın dolaşımını kontrol üzerinde hiç bir hakkı yoktur. Malın piyasaya, patent hakkı sahibinin rızası ile sürülmesi, Patent Hukukundan doğan haklarının tüketilmesi anlamına gelir.²⁷¹

Avrupa Topluluğunda patent hukuku temelde üye ülkelerin mevzuatlarının yanında Roma Antlaşmasının ilgili hükümleri, Avrupa Patent Anlaşması (*European Patent Convention-EPC*²⁷²) ve Patent İşbirliği Anlaşması ile düzenlenmektedir (*Patent Cooperation Treaty-PCT*^{273 274}). Ancak Topluluk hukukunda marka korumasında olduğu gibi henüz bir "Topluluk patenti" kavramı yaratılamamıştır. Üye devletler arasında (İrlanda ve Danimarka hariç) Topluluk Patent Sözleşmesi (*Community Patent Convention-CPC*²⁷⁵) adı altında bir sözleşme imzalanmış ve bu sözleşme ile tek bir patent başvurusu sonucu, tüm Avrupa Topluluğu ülkelerinde geçerli bir patent hakkı elde edilmesi amaçlanmıştır.²⁷⁶

AB'nde, patent koruması altında olan bir ürün, hak sahibi tarafından veya onun izni ile üçüncü kişi tarafından üye devletlerden birinde piyasaya sunulduktan sonra, AB içinde serbestçe dolaşabilir. Topluluk Patent Anlaşmasının 76. maddesinde de hakkın tüketilmesi doktrini kabul edilmiştir. Buna göre başka bir üye devlette paralel patente sahip olan ve o ülkede korunan kişinin piyasaya süreceği mallara karşı diğer üye devletteki patent hakkı sahipleri patent hakkını ileri sürerek bu malların ülkelere ithalini önleyemezler.²⁷⁷

Avrupa Topluluğu uygulamasında ATAD, ilk kez **Centrafarm B.V. v. Sterling Drug Inc.**²⁷⁸ davasında hakkın tüketilmesi ilkesini patent hakkına ilişkin bir olayda uygulayarak,

²⁷¹ BELLAMY, C.-CHILD, G., 1978, s. 270; WRIGHT, 1968, Patent and Know-How Licensing, EEC Competition Law, Oxford, s.4.

²⁷² Convention on the Grant of European Patents of 5 October 1973 (as amended) (Protocol on a possible modification of the conditions of entry into force of the agreement relating to community patents, 30/12/1989, OJ L 401).

²⁷³ Türkiye PCT anlaşmasını 7/7/1995 tarih ve 4115 sayılı kanunla kabul etmiştir.

²⁷⁴ IPC (International Patent Classification) ise, WIPO tarafından yürütülen çok taraflı bir anlaşma olan Strasbourg Antlaşmasına dayanmaktadır. IPC patentlere, sağlanan koruma ile ilgili bir anlaşma olmayıp, patentlerin tescilinde kolaylık sağlayan bir patent sınıflandırmasını öngörmektedir. Bu doğrultuda IPC her 5 yılda bir yenilenen ve teknolojiyi 8 ana bölümde yaklaşık 67.000 alt bölümlere ayıran bir uluslararası patent sınıflandırması sistemidir.

²⁷⁵ 76/76/EEC Convention for the European Patent for the Common Market, OJ 1976, L 17/1.

²⁷⁶ ÖZCAN, Mehmet, 1999, Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, s.185.

²⁷⁷ ORTAN, Ali Necip, 1992, Avrupa Patent Sistemi; C:2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, s.137.

²⁷⁸ Case 15/74, Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc., Judgment of the Court of 31 October 1974, ECR 1147. Davada, Sterling Drug şirketler grubu, gruba dahil İngiltere'de ve Hollanda'da bulunan iki

patent hakkının tüketilmesini şu şekilde açıklamaktadır²⁷⁹; "Patent hakkı ile ilgili olarak, sınai hakkın özü, patent hakkı sahibinin çalışmalarını ödüllendirmek ve buluşunu ticari bir mal olarak piyasaya kendisinin ya da kendi rızası ile bir başkasının arz etmesini garanti altına almaktır. Bazen bu, malların serbest dolaşımına engel olmakta ise de, bu yetki ulusal hukuklardaki sınai haklardan doğmaktadır ve patent hakkı sahibinin böyle bir sınırlamaya hakkı vardır. Ancak, patent hakkı sahibinin ya da lisans alanın, buluş ile ilgili malı bir kez piyasaya sürdükten sonra, o malın nerede ve hangi şartlar ile satılacağını belirlemesi, üye devletler arasındaki ticareti kısıtlama oluşturur, çünkü o mal üzerinde patent hakkı sahibinin ya da lisans alanın yetkileri tükenmiştir."

ATAD kararında, patent hakkına konu ürünün üye ülkelerden birinde piyasaya sunulması ile birlikte patent hakkı korumasının tükendiğini, bu nedenle ürünün serbestçe tüm Topluluk içinde serbestçe dolaşabileceğini belirtmektedir. Ayrıca Divan ulusal hukuk sisteminin patent hakkı sahibine tanıdığı yetki uyarınca hak sahibinin paralel ithalatı engellemesinin, ortak pazar içinde malların serbest dolaşımına ilişkin Roma Antlaşması hükümleri ile bağdaşmayacağını da özellikle vurgulamıştır.²⁸⁰ Divan üye devletlerin hükümetlerinin uyguladığı fiyat politikaları sonucunda üye devletlerde ilaçlara uygulanan fiyatların farklı olmasının da patent hakkı sahibine paralel ithalatları engelleme yetkisi vermeyeceğini ifade etmiştir.²⁸¹

Patent lisans sözleşmelerinin, lisans alanın bölgesini belirlemesi, Patent Hukukunun buluş sahibine tanıdığı patent hakkının vazgeçilmez bir unsuru olmakla beraber, bu sınırlama

şirketle patent lisans sözleşmesi yapmıştır. Bu iki şirket Negram adındaki bir ilacın üretim ve satışını yapmaktadır. İlaç fiyatları İngiltere'de Hollanda'ya göre yarıyarıya ucuzdur. Üçüncü bir şirket Centrafarm BV, İngiltere'den ithal ettiği malları Hollanda'da satmağa başlar, Sterling Drug şirketler grubunun, Centrafarm BV aleyhine, Hollanda'daki patent hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile açtığı davada Hollanda Yüksek Mahkemesi olayı ATAD'a gönderir. ATAD, patent hakkının, sahibine sağladığı yetkilerin, sadece, buluştan lisans sözleşmesi ile, üçüncü kişilerin yararlanmasına, bir bedel karşılığı izin vermek ve izinsiz kullanımlara engel olmak olarak belirtmiştir. Bu nedenle üye devletlerin ulusal hukukları patent lisans sözleşmesi ile üretilmiş malların patent hakkı sahibinin faaliyet gösterdiği ülkeye ithal edilmesine engelleyici hükümler taşımasının Rekabet Hukuku kuralları ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Üye devletlerin ulusal patent hukuklarının, patent anlaşmalarına göre, ülke dışında üretilen malların ülkeye ithalini engellemesi iki durumda söz konusu olabilir. Birincisi, buluştan izinsiz yararlanılmış olması, ikincisi ise üretimin gerçekleştirildiği ülkede buluşun patent hakkına konu olmamasıdır. Bu iki durumda, patent hakkı sahibinin Patent Hukukundan doğan korunmaya değer menfaatleri vardır. Buna karşılık, bu malların patent hakkı sahibinin rızası ile üretilip, piyasaya arz edilmiş olması, bunlar üzerindeki kontrol ve denetleme yetkilerini sona erdirir.

²⁷⁹ AKINCI, A., 2000, s. 65.

²⁸⁰ ÖZCAN, Mehmet, 1999, s. 127.

²⁸¹ GÜÇER, S., 2005, s. 78.

yetkisi patent hakkı sahibinin izni halinde kendiliğinden sona erer.²⁸² Dolayısıyla, patent hakkı sahibinin veya lisans alanın üçüncü kişiler ile yaptıkları sözleşmelerde, malların serbest dolaşımını engelleyici şartlar ileri sürmeleri rekabetin kısıtlanmasını oluşturur. Bu da, Roma Antlaşmasının 81. (eski 85/1) maddesine göre hukuka aykırıdır.²⁸³

ATAD kararları, korumacı bir yaklaşımla, topluluk içinde tükenme prensibini yani bölgesel tükenme prensibini kabul etmektedir. Dolayısıyla, hak sahibinin patent ve marka hakkına dayanarak topluluk dışından paralel ithalatı engellemesi Roma Antlaşması'nın 82. maddesine aykırılık oluşturmadığından hak sahibi topluluk dışından yapılan paralel ithalatı engelleyebilmektedir.²⁸⁴

3.3. FİKİR VE SANAT ESERLERİNDEN DOĞAN HAKLAR

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'na göre; "*Fikir ve Sanat Eserleri*" (*Eser*), sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir (md.1/B-a). Bu fikir ve sanat ürününü yaratan, meydana getiren gerçek kişiye ise "*Eser Sahibi*" denir. Yaratıcı bir fikri çalışmanın ürünü olan eser yaratıcısının kişilik özelliklerini (uslubu) yansıtır. FSEK'e göre sadece gerçek kişiler eser sahibi olabilir. Bununla birlikte bir işyerinde çalışan kişilerin meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi işveren tarafından kullanılır (FSEK md. 18/2).

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku genel olarak; nelerin eser sayılacağını ve kimlerin eser sahibi olabileceklerini belirlerken eserleri ve eser sahiplerinin maddi ve manevi haklarını haksız tecavüz ve sömürülere karşı korur, eser sahiplerine eserlerinden ekonomik yararlanma olanağı sağlar, sahibinin bilgisi ve izni olmadan eserlerin alenileşmesini ve değiştirilmelerini önler.

FSEK eser türlerini; a) İlim ve Edebiyat Eserleri, b) Musiki Eserleri, c)Güzel Sanat Eserleri, d) Sinema Eserleri olarak 4 ana gruba ayırmıştır. Kanun bu ana eser kategorilerini

²⁸² GLEISS-HIRSCH, 1978, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 3rd edition, s. 201; WHISH, Richard, 2003, Competition Law, Fifth edition, Butterworths, s.766.

²⁸³ AGNEW. J. H., 1985, Competition Law, London, s. 164-165.

²⁸⁴ TEKDEMİR, Yaşar, 2003, "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi bir Yaklaşım", Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi Sayı 13, Ankara, s.11.

sınırlı olarak saymış, buna karşılık bu alanların alt başlığında yer alan eser türlerini örnek vererek açıklamıştır. FSEK'e göre bilgisayar programlarında İlim ve Edebiyat eserleri olarak koruma kapsamındadır (FSEK md. 2/1). Bir eserin koruma kapsamına alınması için bu eser kategorilerinden birinin içine girmesi gerekmektedir. FSEK'te eser kavramı geniş tutulmakla birlikte düşünce aşamasında kalan fikirler, yöntemler bu korumadan yararlanamamaktadır. Eser, bir bütün olarak korunur; yoksa eserde yer alan her türlü münferit fikir, münferit düşünce veya söz ayrı ayrı korumaya konu olamaz.²⁸⁵

Koruma kapsamındaki bir eser sahibine manevi ve mali nitelikte birtakım haklar sağlar.

Manevi haklar eser sahibine herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte yetkiler tanır. FSEK'te manevi haklar; a) Eseri kamuya sunma hakkı, b) Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, c) Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, d) Eserin aslına ulaşma hakkı (eser sahibinin eserin aslını elinde bulunduran eserin Malik ve Zilyedine Karşı Hakları) olarak dört ana başlıkta sıralanmıştır. Eser sahibi, manevi hakların kendisini devredemez ancak, bunların kullanma yetkisini üçüncü şahıslara devredilebilir. Manevi haklar şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar olduklarından miras yolu ile de geçmezler. Bu nedenle sadece Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'na münhasır olmak üzere mirasçılarının hakları "Yakınların Hakları" adı altında korumadan yararlanır. Bir başka ifade ile eser sahibiyle ilgili manevi hakların bir kısmı sırasıyla eşi, çocukları, mansup mirasçısı, anası, babası ve kardeşleri tarafından mirasçısı sıfatıyla değil, onun yakınları oldukları için kullanılabilir.

Kişinin ölümü ile kişilik hakkı sonra erdiği halde, telif hakkının devamı, kişiliğin sona ermesine bağlı değildir. Telif hakkı mali hakların devamı süresince ve her halde eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süreyle, mirasçılar tarafından kullanılabilir (FSEK. md.19/2). Manevi hakların kullanılması kişinin sağlığında devredilebildiği gibi, bir ölüme bağlı tasarrufla da devredilebilir. Bununla birlikte, manevi hakkın miras yoluyla da olsa kendisi değil sadece kullanım hakkı geçer. Tıpkı ölen kişi adına mirasçıları onun adına manevi tazminat açamazlarsa, eser sahibinin ölümü ile manevi hakkın sahibi de olamazlar.²⁸⁶

Mali haklar ise eser sahibine eserinden ekonomik olarak yararlanma olanağı sağlar. Bir eser ancak alenileştiği takdirde FSEK tarafından korunur. Kamuya sunma bir anda

²⁸⁵ HIRSCH, Ernst E., 1943, Hukuki Bakımdan Fikri Say, C.2, İstanbul, s. 18.

²⁸⁶ GÖKYAYLA, Emre, 2001, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.

gerçekleşen bir defalık hukuki bir fiildir.²⁸⁷ Aleniyet gerçekleştikten sonra bunun geri dönüşü yoktur. Mali hak çeşitleri FSEK 21 ve devamı maddelerinde; a) İşleme hakkı, b) Çoğaltma hakkı, c) Yayma hakkı, d) Temsil hakkı, e) İşaret Ses ve Görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı, f) Pay ve takip hakkı olarak belirtilmiştir. Mali haklar birbirlerinden bağımsız olduklarından bu haklardan biri ya da birkaçı üzerindeki tasarruf diğer hakları etkilemez. Mali Haklar mirasla geçer, süreli ya da süresiz, bir bedel karşılığı ya da bedelsiz olarak devredilebilir, kullanım (lisans - ruhsat) hakkı başkasına bırakılabilir, haczedilebilir, rehnedilebilir, üzerinde intifa hakkı, hapis hakkı gibi takyidatlar tesis edilebilir.

Fikir ve sanat eseri ürünlerin hak sahibi veya onun rızasıyla üçüncü kişi tarafından piyasaya sunulmasından sonra, hak sahibi eserden doğan inhisari yetkilerine dayanarak koruma konusu malların yeniden satışına, piyasadaki el değiştirmelerine müdahale edemez. Eserin piyasaya sunulması hak sahibinin kendisi tarafından olabileceği gibi mali hakların devredildiği üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Lisans verme tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir. Bununla birlikte lisans sözleşmesiyle hak devreden malvarlığından çıkmaz, kullanma hakkını devralan kişi, sadece lisans sözleşmesinin sınırları çerçevesinde, hakkı kullanma imkanına kavuşur.²⁸⁸

Fikir ve sanat eserlerinden doğan hakkın tüketilmesi FSEK'in 23 üncü md.'sinin 2 inci fıkrasında eseri yayma hakkı kapsamında;

“Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne sürette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.” şeklinde düzenlenmiş olup yayma hakkı dışındaki diğer haklar, eser aslı ya da kopyasının devri ile tükenmeye konu teşkil etmeyecektir.²⁸⁹ 5846 sayılı kanunda yayma hakkı ile ilgili olarak yapılan bu düzenleme ile hak sahiplerine tanınan “yayma hakkı”nın sınırları daha genişletilmiş olup, hakkın tüketilmesinden vazgeçilmiş ve paralel ithalatın yasaklanacağı

²⁸⁷ HIRSCH, Ernst E., 1943, s. 298.

²⁸⁸ AYİTER, Nuşin, 1981, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, s. 210-211.

²⁸⁹ ASLAN,A., 2004, s. 202.

açıkça hükme bağlanmıştır. Kanun koyucu burada diğer fikri sınai mülkiyet mevzuatından, marka, patent ve endüstriyel tasarımdan farklı olarak paralel ithalatı yasaklamaktadır.

Yayma hakkı ise TEKİNALP'e göre, eserin ticaret mevkiine konulmasıdır. Kanunun 23/2 maddesinde ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği açıktır. Bu durum madde metninin ilk cümlesinde eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurda getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine bırakıldığı belirtilmektedir.

Türk hukukunda durum bu olmakla birlikte Avrupa Birliği uygulamasında ATAD, ilk kez **Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH**²⁹⁰ davasında, telif hakları konusunda hakkın tüketilmesi ilkesini uygulamıştır.

Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH (DG) ile Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG., arasındaki davada, DG'un ürettiği plakları Fransa'da DG'nin yavru şirketi olan Pollydor SA, Pollydor markası ile satmaktadır. Pollydor SA'nın Fransa pazar politikası nedeniyle indirimleri sırasında, plaklardan satın alan Metro şirketi bu plakları Almanya'ya ithal eder. DG şirketi, Almanya'da Pollydor marka plakların satışının engellenmesi için Almanya ulusal mahkemesinde açtığı dava, ATAD önüne geldiğinde; ATAD, Deutsche Grammophon ile Pollydor SA'nın aynı ekonomik gruba dahil şirketler olmaları ve aralarında bir sözleşmenin bulunmaması nedeni ile olayı ROMA ANTLAŞMASI'nın 30. (eski md.36) maddesindeki malların serbest dolaşımı prensibi çerçevesinde değerlendirmiştir.²⁹¹

ATAD, DG'un Pollydor marka plakların Fransada piyasaya sunulmasına izin vermesini, bu plaklar üzerindeki telif haklarından vazgeçtiği anlamına geldiğine ve Deutsche Grammophon'a tanınan yetkinin, diğerlerinin izinsiz kullanımına engel olmaya yönelik olduğuna karar vermiştir.²⁹² Roma Antlaşması'nın 30. (eski md.36) maddesine göre, fikri mülkiyet haklarının korunması amacı ile, hakka konu malların ortak pazarda dolaşımına engel olunabilir fakat, hak sahibi veya lisans alanın topluluk içinde malı piyasaya sunması üzerine, malları hukuka uygun olarak kullanan kişilere karşı örneğin malın yasal yollardan ithali halinde, artık o hak tükenir ve ileri sürülemez.

²⁹⁰ Case 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG., European Court reports 1971 Page 00487.

²⁹¹ WHISH, Richard, 2003, Competition Law, Fifth edition, Butterworths, London, s.766.

²⁹² AGNEW, 1985, s. 163; GIDE- LOYRETTE- NOUEL,1972, s. 125.

GEMA²⁹³ kararında ise; *GEMA* (Gesellschaft Fuer Musikalische Auffuehrungs - Und Mechanische Vervielfaeltigungsrecht), Almanya'da faaliyet gösteren, müzik ve filmlerin yayın ve telif haklarını elinde tutan bir şirkettir. GEMA şirketi İngiltereden Almanya ve diğer üye ülkelere paralel ithalat ve geri ithalat yolu ile çeşitli ses tespitleri ithal etmektedir. Komisyonun kararında GEMA'nın Roma Antlaşması 82. (eski 86) maddeye aykırılık oluşturacak şekilde; bazı müzik yayınlarında telif haklarının süresini, anlaşmalar yoluyla uzattığı, Almanya'ya ithal edilen veya geri ithal edilen ses kayıtlarından lisans ücreti talep ettiği ve video ve müzik kasetlerine aşırı telif ücreti istediği tespit edilmiştir. Komisyon GEMA'nın ses kasetlerinin ilk kez hak sahibinin rızasıyla piyasaya sunulması nedeniyle Roma Antlaşması'nın 28-30 (eski md. 30-36) maddelerine göre ücret farkı isteyemeyeceğine karar vermiştir.

ATAD'ın bu konu ile ilgili bir diğer kararı **SACEM**²⁹⁴ kararıdır. Olayda davacı Fransız meslek birliği Societe Des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) davalıların yayını yapıtları müzik parçaları için telif hakkı bedeli tahakkuk ettirmiştir. Davalı diskotek sahipleri, Belçika dışında kalan üye devletlerde mekanik çoğaltma hakkının, plak yapımcısına verilmesi ile tükendiğinin kabul edildiğini dolayısıyla telif ücreti ödemeyeceklerini savunmaktadırlar. Üstelik, *SACEM*'in ikili anlaşmalar yoluyla diğer üye ülkelerde faaliyet gösteren *SACEM* benzeri kuruluşların Fransa'da yer alan *SACEM* müşterilerine hizmet sunmalarını engellemek suretiyle de, rekabet hukukuna aykırı davrandığı iddia edilmiştir. ATAD, ön karar prosedürü uyarınca önüne gelen olayda, hakim durumda olan bir teşebbüsün objektif gerekçeleri olmadan, müşterilerine onları istismar edici şartlar ileri sürmesinin, başka deyişle diğer üye ülkelerde uygulandığından daha fazla telif hakkı bedeli talep edilmesi veya tüm repertuar için bedel talep edilmesinin, Roma Antlaşması'nın 82.(eski md. 86) maddeye aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.

Bir eser nüshasının, eser sahibinin yayma hakkına dayanarak verdiği izin ile bir ülkede piyasaya sunulmasından ya da ithalinden sonra, bu eser üzerinde yayma hakkının son bulduğu hakkın tükendiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu eser nüshasının, eser sahibinden izin

²⁹³ Case 45/71 R., GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) v Commission of the European Communities, Order of the President of the Court of 18 August 1971, ECR 00791.

²⁹⁴ Case 402/85, G. Basset v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) Judgment of the Court of 9 April 1987, ECR 1747; Joined cases 110/88, 241/88 and 242/88, François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others, Judgment of the Court of 13 July 1989, ECR 2811.

alınmaksızın üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulması ya da paralel ithalat yoluyla yurtdışından ithal edilerek ülkede satışa sunulmasına engel olunamayacaktır.²⁹⁵

3.4. TASARIM HAKLARI

Türk hukukunda tasarım hakları EndTasKHK²⁹⁶ ile düzenlenmiştir. 554 sayılı Kararnameye kadar tasarım hakları TTK'daki haksız rekabet ile FSEK'teki eser kavramları çerçevesinde korunmaya çalışılmıştır.²⁹⁷ Tasarım, bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu görünümüdür (EndTasKHK m.3). Yani tasarım, bir ürün ya da ürün parçasının görünümüdür. Tasarım; bir otomobilin şekli, farı, lastiği, jantı, direksiyonu; profil; süsleme; ambalaj kutusu; koltuk; tekstil yapısı; elektrik prizi; şişe; şişe ambalajı; bilgisayar klavyesi, vb. olabilir.

Ürün ise, bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanısıra bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçaları, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere, birden çok nesnenin veya sunuşun birarada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleridir. Ürün kavramı çok önemlidir çünkü bir tasarımın hukuki korumadan faydalanabilmesi için tasarımın, bir ürün veya parçasına uygulanması gerekir (EndTasKHK m. 3 b. a; m. 26/II).

Ürün tanımında bilgisayar programları ile çiplerin ayrık tutulmasının sebebi, bunların işlevlerinin, biçimlerinin çok önüne geçmiş olması sadece işleve yönelik bulunan ürünlerde tasarımın, yani biçimin hiç önem taşıyıp taşımadığıdır.²⁹⁸

Faydalı modellerde olduğu gibi tasarımların korunmasında da yenilik ve ayırt edicilik kriterleri kabul edilmiştir. Buna göre bir tasarımın aynısı, tescil için başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde açıklanmamış ise o tasarım yeni bir tasarımdır. Dolayısıyla dünyanın herhangi bir yerinde açıklanan bir tasarımın Türkiye'ye getirilmesi halinde bu tasarım yeni kabul edilmeyecek ve korumadan yararlanamayacaktır. Ayırt edici nitelik ise tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile herhangi bir

²⁹⁵ BEŞİROĞLU, Akın, 2004, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 254.

²⁹⁶ 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Resmî Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Haziran 1995 - Sayı: 22326.

²⁹⁷ TEKİL, Müge, 1997, "554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları", İHFM, C:LV, S.4, s. 233-251.

²⁹⁸ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 607.

tasarımın kıyaslandığı diğer bir tasarımın kullanıcısında yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olmasıdır.

Patent ve faydalı model hukuku ürünlerin özgün üretim tekniklerini, tasarım hukuku ise ürünlerin özgün şekillerini konu alır. Demek ki, tasarımlar, ürünün görünümü; faydalı modeller (ve patentler) ise ürünün çalışma prensibiyle ilgili kavramlardır. Şunu da belirtelim ki, bir ürün hem tasarım, hem de faydalı model mevzuatının koruma şartlarını taşıyorsa, hak sahibi her iki mevzuata da dayanabilir (Çoklu-Kümülatif Koruma İlkesi). Örneğin, bir otomobilin görünümü tasarım mevzuatıyla korunur. Aynı otomobilin tasarımı, onun aerodinamiğini etkileyecek nitelikte bir fonksiyonelliğe sahipse bu özellikler ayrıca faydalı model (veya patent) mevzuatıyla da korunur.²⁹⁹ Bir ürünün benzer şekilde hem FSEK hemde EndTasHKH kapsamındaki korumadan yararlanması da mümkün olabilmektedir.

Tasarımın kullanılması hak ve yetkileri münhasıran tasarım hakkı sahibine aittir. Üçüncü kişiler, tasarım hakkı sahibinin izni olmadan koruma kapsamındaki tasarlanan veya tasarımın uygulandığı bir ürünü üretmez, piyasaya sunamaz, satamaz, sözleşme yapmak için icapta bulunamaz, ithal edemez, ticari amaçlı kullanamaz veya bu amaçlarla elde bulunduramaz (EndTasKHK md. 13/I, 17).

Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı tasarımlar; Teknik fonksiyonun gerçekleştirilmesinde, tasarımcıya, tasarıma ilişkin özellik ve unsurlarda hiçbir seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar; Tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünü, başka bir ürüne mekanik olarak monte edebilmek veya bağlayabilmek için ancak belirli biçim ve boyutlarda üretilen tasarımlar koruma kapsamı dışındadır.

Bir tasarımın EndTasHKH kapsamındaki korumadan yararlanması için tescil edilmesi gerekir. Tescilsiz tasarımlar ancak genel hükümlere göre korunabilir. Tescilli bir tasarımın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren 5 yıl olmakla birlikte bu süre tasarım sahibinin talebi ile her defasında 5 yıldan fazla olmamak üzere toplam 20 yıl uzatılabilmektedir.

554 sayılı EndTasKHK'nın Hakkın Tüketilmesi Durumu başlıklı 24. maddesi;"
Tasarlanan veya bu tasarımın uygulandığı ürünün, tasarım hakkı sahibi tarafından veya onun

²⁹⁹ SULUK, C., 2004, s. 33.

onayı ile Türkiye'de piyasaya sürülmesinden sonra, bu ürünle ilgili fiiller tasarım hakkının dışında kalır.”

Tasarım hakkı tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünün Türkiye'de piyasaya sunulmasıyla tükenir. Burada da ülkesel tükenme prensibi kabul edilmektedir. Bu nedenle Türkiye'de tasarlanan bir ürün eğer Türkiye dışında başka bir ülkede piyasaya sunulmuşsa, tükenme o ülkenin hukukuna göre gerçekleşir.³⁰⁰

Avrupa Birliğinde ise, ATAD'ın endüstriyel tasarım hakları konusunda vermiş olduğu ilk kararlardan biri **Volvo**³⁰¹ kararıdır.

Volvo kararı dışında ATAD, **CICRA v Renault**³⁰² kararında, bir araba üreticisinin yedek kaporta parçaları üzerindeki endüstriyel tasarım hakkına dayanarak, kendi onayı dışında üçüncü kişilerin bu yedek parçaları üretmesini, satışa sunmasını veya onayı dışında üretilen ülkelerden ithal etmesini engelleyebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca hakim durumda olan bir işletmenin endüstriyel tasarım koruması elde etmek suretiyle ürünlerini korumasının Roma Antlaşması'nın 82. (eski 86) maddesinin ihlali anlamına gelmeyeceği de belirtilmiştir.

³⁰⁰ TEKİNALP, 2004, s. 626.

³⁰¹ Case 238/87, Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd, Judgment of the Court of 5 October 1988, ECR 6211. Olayda Volvo şirketi İngiltere'de Volvo arabalarının 200 modeli için üretilen bazı yedek parçaların endüstriyel tasarım hakkına sahiptir. Erik Veng ise, İtalya ve Danimarka'dan Volvo'nun izni dışında üretilmiş olan söz konusu kaporta parçalarını İngiltere'ye ithal etmiştir. Volvo'nun endüstriyel tasarım hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle açtığı davada mahkeme ön karar alınması için ATAD'a başvurmuştur. Yerel Mahkeme ATAD'a endüstriyel tasarım hakkı sahibinin uygun bir lisans bedeli teklif edilmesine karşın lisans hakkı vermemesinin 82. madde anlamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğini sormuştur. Veng, savunmasında Volvo'nun endüstriyel tasarım hakkına dayalı olarak ürettiği ürünler için aşırı fiyat talep ettiğini ve Volvo'nun makul bir ücret ödeyerek lisans almak isteyenlerin bu taleplerini reddetmekle hakim durumunu kötüye kullandığını belirtmiştir. Divan endüstriyel tasarım hakkı sahibinin onayı olmadan üretilen, piyasaya sürülen veya ithal edilen ürünlerin, hak sahibi tarafından engellenmesinin bu hakkın spesifik konusuna dahil olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede Divan, hak sahibinin üçüncü kişilere lisans verme hakkının da endüstriyel tasarım hakkının özünde yatan bir hak olduğunu, dolayısıyla hak sahibinin bu haktan mahrum edilemeyeceğini, bu nedenle lisans verilmesinin reddedilmesinin, bizzatıhi hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceğini, 82. (eski md. 86) madde uyarınca hakim durumun kötüye kullanılması için ayrıca bazı şartların da varolmasının gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir. Endüstriyel tasarım hakkına sahip bir firmanın bu hakkını kullanmasının 82. (eski md. 86) maddeye aykırılık oluşturabileceği haller, hakim durumda olan tasarım hakkı sahibinin; ayrımcı olarak bağımsız tamirci şirketlere yedek parça vermeyi reddetmesi veya yedek parça fiyatlarını çok yüksek belirlemesi yahut belli modelde üretilmiş ve halen kullanımda olan arabalar için yedek parça üretmemeye kararı almasıdır. Olayda bu şartların hiç birinin gerçekleşmediği görüldüğünden, Volvo tarafından lisans verilmesinin reddinin, hakim durumun kötüye kullanılması sayılamayacağına karar verilmiştir.

³⁰² Case 53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault, Judgment of the Court of 5 October 1988, ECR 6039.

3.5. COĞRAFI İŞARETLER

Coğrafi işaret, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretlerdir. Örneğin bir bölgede yetişen meyve, çıkan su veya o yöreye özgü işlemlerin özellikleri itibariyle halkta güven duygusu yaratıyor olabilir. Türkiye’de coğrafi işaretler, 27 Haziran 1995 tarihli ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname³⁰³ uyarınca tescil edilerek korunmaktadır. Coğrafi işaretler “menşe adı” ve “mahreç işareti” olarak ikiye ayrılmıştır. Menşe adlarında söz konusu ürünün belli bir coğrafi bölgeden çıkması veya o bölgeye özgü bir şekilde meydana getirilmesi, işlenmesi, üretilmesi söz konusudur. Örneğin Amasya elması, Antep fıstığı gibi. Mahreç işaretleri ise, piyasaya sürelen ürün belirli bir bölgeye özgü ürn ile üretilmiştir. Örneğin; Antep fıstığı kullanılarak yapılan baklava paketinin üzerine fıstıkların antepden getirildiğinin belirtilmesi gibi.

Coğrafi işaretlere sağlanan korumadan yararlanabilmek için işaretin tescil edilmesi gerekmektedir. Dünyadaki uygulamalara paralel olarak, ticaret ve hizmet markalarına kıyasla öncelik ve üstünlük tanınmış olan coğrafi işaretler, tek başına marka olarak kullanılmasa da marka ile birlikte kullanılabilir. Ürünlerde tescil edilmiş işaretin ticari amaçlı olarak kullanımıyla ürünün sicilde gösterilen kalite, ün ve diğer özelliklere uygun üretildiği garanti edilmekte ve ulusal, bölgesel, yöresel kültür öğeleri ekonomik bir katma değer yaratmaktadır.³⁰⁴ Coğrafi işaretler üzerindeki hak mutlak bir hak olmadığı gibi kullanan kişi yönünden inhisari nitelikte de değildir. Çünkü, coğrafi işaret alansal, yöresel, bölgesel, ülkesel genelliğe, bir anlamda anonimliğe sahip olup belli bir kişi veya kişilere bağlanamaz.³⁰⁵ Bu nedenlerle 555 sayılı KHK’de coğrafi işaretlerin tükenmesi konusu düzenlenmemiştir.

³⁰³ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 27 Haziran 1995 - Sayı: 22326; Resmi Gazete’de 26/06/2004 tarih ve 25504 sayı ile yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 5194 No.lu Kanun ile, coğrafi işaretlere koruma sağlayan KHK’ya eklemeler yapılmıştır. Coğrafi işaretlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin kaynağı Avrupa Topluluğunun 02.07.1992 tarihli 2081/1992 sayılı yönergisidir.

³⁰⁴ <http://www.tusiad.org/turkish/rapor/fikri/fikri2005> , 2005, “Fikri Mülkiyet Hakları Alanında Gündemdeki Konular: İş Dünyası İçin Yol Haritası” başlıklı raporun Türkiye’deki Mevcut Durum başlıklı bölümü.

³⁰⁵ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 23.

3.6. GELİŞEN TEKNOLOJİ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren teknolojik gelişmelerin hızla artması ile birlikte yeni fikri mülkiyet türleri ortaya çıkmıştır. Teknolojik ürün, fikri çaba sonucu ortaya çıkarılan ve endüstriyel üretimde kullanılmaya yönelik soyut değerdir. Her teknolojik ürün, bir fikrî üründür.³⁰⁶ Örneğin, çipler (entegre devre topografyası), bilgisayar programları, veritabanları, yeni bitki çeşitleri, biyoteknolojik buluşlar teknolojik ürünlerdir. Teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan bu fikri mülkiyet türlerinin, fikri mülkiyet hakları ile korunarak yeniliklerin teşvik edilmesi amacıyla birtakım düzenlemeler yapmak ihtiyacı doğmuştur.

5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun³⁰⁷ kapsamında korunan entegre devre topografyaları da teknolojik gelişmelerden biri olarak hukukumuzda girmiştir. 5147 sayılı kanunun 2. maddesinin a bendinde *entegre devre*; “Elektronik bir işlevi veya bunun gibi diğer işlevleri yerine getirmek üzere tasarlanmış, en az bir aktif elemanı olan ve ara bağlantılarından bir kısmının ya da tümünün bir parça malzeme içerisinde ve/veya üzerinde bir araya getirilmiş ara veya son formdaki bir ürün,” olarak tanımlanırken, kanunun b bendinde entegre devre topoğrafyası; “Entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren, üretim amacıyla hazırlanmış ve herhangi bir formatta sabitlenmiş görüntüler dizisi olup, her görüntü entegre devrenin üretiminin herhangi bir aşamasındaki yüzeyinin tamamının veya bir kısmının görünüm” şeklinde tanımlanmıştır.

Entegre devre topoğrafyası hakkı sahibi, izni dışında yapılan; olma şartlarını haiz bulunmayan parçaların çoğaltılması hariç olmak üzere, koruma altındaki entegre devre topoğrafyasının bütününün veya bir kısmının, bir entegre devre içine alınması ya da bunun dışında herhangi bir şekilde çoğaltılması ve korunan bir entegre devre topoğrafyasının, korunan entegre devre topoğrafyasını içeren bir entegre devrenin ya da yasal olmayan bir biçimde çoğaltılmış entegre devre topoğrafyasını içeren ürünün ithali, satışı veya ticari amaçlı dağıtılması fiillerini önleme konusunda inhisari yetkilere sahiptir. Bu inhisari yetkilerinin sınırlandırıldığı durumlar yani topoğrafya hakkı sahibinin izni olmadan yapılabilecek eylemler ise kanunun koruma hakkının sınırlandırıldığı durumlar başlıklı 12. maddesinde sayılmaktadır.

³⁰⁶ ODMAN, A., 2002, s.37.

³⁰⁷ R.G. 30.04.2004 tarih, sayı: 25448 Kabul Tarihi 22.04.2004.

Türkiye’de fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak, mevzuatta ulusal tükenme prensibi kabul edilmiştir. Bu konudaki tek istisna ise Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun’dur. Entegre devre topografyaları konusunda diğer fikri ve sınai mülkiyet haklarından farklı bir biçimde uluslararası tükenme prensibinin kabul edildiği 5147 sayılı kanununun 12. maddesinin c bendinde, “ *Korunan entegre devre topoğrafyasının veya bu entegre devre topoğrafyasını üzerinde bulunduran entegre devrenin, hak sahibi tarafından veya onun onayı ile yurt içinde veya yurt dışında piyasaya sürülmesinden sonra, söz konusu entegre devre topoğrafyası veya entegre devrenin ithalatı, satılması veya ticari amaçlı dağıtımı serbesttir.* ” denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Hukukumuzda, Bilgisayar programları FSEK çerçevesinde ve yeni bitki çeşitleri ise 08.01.2004 tarihli Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarına İlişkin Kanun çerçevesinde korunmasına karşın biyoteknolojik buluşlar ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. TRIPS anlaşmasında da biyoteknolojik buluşlar ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. AB’de ise 06.07.1998 tarihli Biyoteknolojik Buluşların Hukuki Korunmasına İlişkin 98/44 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi ile korunmaktadır.

4. TÜRK HUKUKUNDA UYGULAMALAR

4.1. Yargıtay’ın Paralel İthalatta Marka Hakkının Tükenmesine İlişkin İçtihadı

Markalı malın Türkiye’de piyasaya sunulması ile marka hakkı tükenir.³⁰⁸ Marka hakkının tüketilmesi ve paralel ithalata ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin *Police*³⁰⁹ kararı ve sonraki tarihli *Police* kararındaki ilkelerin aynen tekrar edildiği *Dexter*³¹⁰ kararları doktrinde tartışmaların odak noktası olmuştur.

³⁰⁸ PINAR’a göre (2000, s. 891.) Tükenme ilkesinin coğrafi sınırları KHK’de düzenlenmemiş ve 13/1 ‘de yer alan düzenleme emredici değil asgari bir düzenlemedir. ÇAMLİBEL (2001, s. 105, dipnot 162) PINAR’ın bu görüşünün kabulünün mümkün olmadığını 556 sayılı KHK’nın 13. maddesinde “ Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra.” ifadesi ile tükenmenin coğrafi sınırlarının emredici olarak belirlendiğini. Ayrıca emredici bir hükmün alternatifinin “asgari düzey” kavramı olamayacağını belirtmektedir.

³⁰⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,12.03.1999 tarih ve 1998/7997 Esas ve 1999/2098 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr.

³¹⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.06.1999 tarih ve 1999/3243 E. 1999/5170 sayılı DEXTER Kararı www.kazanci.com.tr.: Davacı şirket, merkezi Amerika Birleşik Devletleri’nde bulunan D. S. Company ile aralarında imzalamış oldukları 11.1.1993 tarihli sözleşme gereğine, Dexter marka ev dışı ayakkabıların ve tekstil ürünlerinin Türkiye’de ve KKTC’deki tek temsilcisi ve distribütörü olduğunu, davalı şirketin hiçbir haklı nedene dayanmaksızın Dexter markalı ürünleri mağazalarında sattığını, davalının eylemlerinin haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, men’ine, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı ise, sözkonusu ayakkabıları ithal yoluyla getirdiğini, davacı ile imalatçı firma arasındaki anlaşmadan haberdar

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Police davasında, Davacı Sesa Dış Ticaret - Semih Saraçoğlu (Lisans alan), dava dışı İtalyan şirketi De Rigo SPA (Lisans veren) ya ait tüm Dünyada ve Türkiye'de tescilli Police, Sting ve Vogart markalarının Türkiye distribütörü ve lisans hakkı sahibi olduğunu, dolayısıyla bu markalı ürünlerin Türkiye'de satım ve dağıtım işinin müvekkiline ait olduğunu, davalının da aynı markalı gözlükleri her nasılsa temin edip pazarladığını, bu hususun müvekkilinin marka ve lisans haklarına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tespit ve men'ine, davalı elindeki ürünlerin toplatılmasına, ilana karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Kararda;

“ 556 sayılı K.H.K. nin 9/II maddesinin (c) bendinde, markayı taşıyan malın ithali veya ihracının, münhasıran marka sahibine ait bir yetki olduğu gösterilmiştir. Dolayısıyla bu markanın aynı ya da benzeri olan bir işareti taşıyan malların bir başka kişi tarafından ithali ya da ihracı, ilke olarak marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. (K.H.K.61/a). K.H.K. nin 9/II maddesinin (c) bendi ile Türk iç pazarına hiç sunulmamış olan malların ithali veya ihracının marka hakkına tecavüz oluşturacağı kabul edilmiştir.” şeklinde bir açıklamadan sonra marka sahibi veya onun izni ile tek satıcı veya münhasır lisans hakkı sahibi tarafından markalı emtia Türk iç pazarına ithal edilip sunulmasından sonra aynı markalı malın 3. kişiler tarafından yurt dışından ithali halinde ne olacağı konusunu tartışmış ve 556 sayılı K.H.K. nin 13/1. maddesi ve mehazı olan 89/104 Sayılı Yönerge'nin 7.1 maddesine göre;

“Tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmuş olması gerekir. Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (paralel import) engel olamaz. Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye'de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) durumunda olan ve marka sahibinin izniyle bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir.

olmadığını, davanın reddini savunmuştur. Yargıtay kararda, “556 sayılı KHK'nin 9/II. maddesinin (c) bendinde, markayı taşıyan malın ithali veya ihracının, münhasıran marka sahibine ait bir yetki olduğu gösterilmiştir. Dolayısıyla bu markanın aynı ya da benzeri olan bir işareti taşıyan malların bir başka kişi tarafından ithali ya da ihracı, ilke olarak marka hakkına tecavüz teşkil edecektir (KHK 61/a). KHK'nin 9/II. maddesinin (c) bendi ile Türk iç pazarına hiç sunulmamış olan malların ithali veya ihracının marka hakkına tecavüz oluşturacağı kabul edilmiştir. Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline (paralelimport) engel olamaz. Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye'de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) durumunda olan ve marka sahibinin izniyle bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir.

Ancak, K.H.K. nin 13/II maddesi uyarınca marka sahibi, malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından başka ülkelerden ithalinden sonra değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde bunu önleme yetkisine sahiptir.” gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Kararda, ithal edilen markalı malların olduğu taklit olmadığı ve yasal yollardan ülkeye ithal edilmesi nedeniyle 556 sayılı KHK'nin 9/II, c maddesinin uygulanmayacağı özellikle belirtilmiştir.

Kararın bizce önem arzeden diğer bir yönü de konunun mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları önlemek amacını taşıyan Rekabet Hukuku çerçevesinde de değerlendirilmesidir. Yargıtay; *“tek satıcılık sözleşmesi yapımıcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde ve sürekli bir sözleşme olup, kural olarak edimler ve yükümlülükler bu sözleşmenin tarafları arasında yani yapımıcı ile tek satıcı arasında karşılıklıdır, üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmez. Zira, tek satıcıya o bölgedeki tekel hakkını tanımak ve bu olanağı sağlamak yapımıcıya düşen bir akdi yükümlülük olmaktadır. O halde, tek satıcının bu hakkını 3. kişilere karşı haksız rekabet yolu ile koruması kural olarak mümkün değildir. Ayrıca, tek satıcının Türkiye'de reklam yapmak suretiyle Pazar sağlanması, tamir, bakım sağlanması da Türkiye'ye aynı malı yasal yollardan menşe ülkesinden başka ülkelerde ithal edip satan kişilerin haksız rekabet kuralları uyarınca men edilmesine neden teşkil etmez.”* şeklinde tek satıcılık veya münhasır lisans sözleşmeleri açısından bir değerlendirme yapmaktadır.

Kararda doktrinde de tartışmalara yol açan diğer bir husus tükenmenin coğrafi sınırı³¹¹ ile ilgilidir. KHK'nin 13. maddesinin 1. fıkrası, doktrinde de kabul gördüğü üzere Türkiye çapında tükenme yani ülkesel tükenme ilkesini benimsemiştir.

Benim katıldığım ÇAMLİBEL'in³¹² görüşüne göre, Yargıtay Police kararında ülkesel tükenme ilkesinin sınırlarını aşarak 13/1. fıkra ile çelişerek uluslararası tükenmeyi kabul etmektedir. KHK'da açıkça ülkesel tükenme prensibi kabul edilmesine karşın, Yargıtay kararında uluslararası tükenme prensibi kabul edilmektedir. Kararın gerekçesi yasal düzenlemeye uygun olmamakla birlikte hukuka aykırı bir sonuç da doğurmaz. Çünkü marka hakkı sahibinin veya lisans alanın marka hakkına dayanarak paralel ithalatı önlemesi hakkın

³¹¹ Ayrıntılı bilgi için yukarıda “Tükenmenin coğrafi sınırları” konu başlığına bakınız.

³¹² ÇAMLİBEL, 2001, s. 107.

kötüye kullanılması sonucunu doğurmamalıdır. Türk Medeni Kanunu'nun³¹³ 2.maddesi; "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." şeklindedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda da Medeni kanundaki dürüstlük kuralları gözönünde tutularak verilmiş yerinde bir karardır. Eğer marka sahibi, pazar paylaşımı yaratmak, fiyat rekabetini önleyerek pazardaki yüksek fiyat politikalarını korumak gibi amaçlarla paralel ithalatı önlemek üzere marka hakkına dayanıyorsa, marka sahibinin hakkı korunmayacaktır. Ancak, bu durumda marka sahibinin paralel ithalatçıya karşı hakkını kullanamaması, yurt dışında piyasaya sunulan mallar bakımından marka hakkını tüketmiş olması ile gerekçelendirilemez.

Yargıtay *Naf Naf*³¹⁴ Kararında; "556 sayılı K.H.K.nin 13/1. ve bu maddenin mehazi olan Avrupa Topluluğu konseyi üye devletlerin markalarına ilişkin hükümlerin uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı Yönergenin 7.1. maddesinde "marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz" hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla aynı K.H.K.'nin 9/2 ve 61/a maddelerine dayanılarak marka hakkına tecavüz iddiası dahi dinlenemeyeceği gibi, davalı eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır." denilmektedir.

TEKİNALP³¹⁵, Yargıtay'ın *Naf Naf* kararını belirttiikten sonra tükenmenin o mala ilişkin korumaya yönelik olduğunu, yoksa hakkın tükenmediğini söylemektedir. Marka sahibi tarafından veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulan malların yeniden satımı (mesela malın ana dağıtıcıdan, alt dağıtıcılara, onlardan tüketicilere devredilmesi) marka hakkının ihlali değildir. Markayı taşıyan malların her el değiştirilmesinde, marka sahibinin izninin alınması ticaretin gereklerine aykırı düşüğü gibi böyle bir tekel hakkı marka hakkının amacının dışına taşırılması olurdu. 556 sayılı KHK ülkesel tükenmeyi kabul, Gümrük Birliği

³¹³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22 Kasım 2001, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 8 Aralık 2001 - Sayı: 24607.

³¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 9.11.2000 tarih, Esas 2000/7381 , Karar 2000/8746, www.kazanci.com.tr. (NAF NAF Kararı) Olayda; Davacı vekili, Fransız firması adına marka tescilli ve Türkiye'de lisans hakkı müvekkiline ait ""Naf Naf"" markalı hazır giyim eşyalarının yetkili bayi olmadığı halde davalı tarafından, üstelik düşük fiyatla satıldığını, satışa arzetmenin ve şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun bulundurmanın haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tespiti ve önlenmesine, satışın yasaklanmasına, önlenmesine, hükmün ilanına, yoksun kalınan kar olarak 6 milyar TL. maddi tazminat ile 100 milyon TL. manevi tazminata faiziyle birlikte karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, dava konusunu markalı malların pek çok yerde satıldığını, müvekkilinin bu yerlerden fatura ile satın alıp satışa sunduğunu, davacının dayandığı sözleşmede bunu engelleyen bir hüküm yer almadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

³¹⁵ TEKİNALP, 2004, s. 420.

kararları³¹⁶ bölgesel ve uluslararası tükenmeyi reddettiği için, Türkiye dışında piyasaya hak sahibinin rızasıyla sunulmuş mallar tükenme yaratmaz. Bölgesel ve uluslararası tükenme ilkesi uyarınca yapılan tanımlar Türkiye'ye uymaz.

Rekabet Kanunu açısından Yargıtay'ın hakkın tükenmesine ilişkin bu içtihatları rekabet ortamının korunması da gözönüne alınarak verildiği için olumludur. RKHK'un 4(d) ve 6(a) maddeleri ile rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla markalı malın Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra hak sahibinin, marka hakkına dayanarak, malın yeniden satışını ya da malın bir başkası tarafından yasal yollarla ülkeye ithalini engelleyici bir hakka sahip olduğu ileri sürülemez.

4.2. Rekabet Kurulunun Se-Sa Kararı

Yukarıda ayrıntılarıyla Paralel ithalat konusu Fikri Mülkiyet Hukuku açısından değerlendirildi. Paralel ithalatın tek satıcılık ve rekabetin korunması hukuku yönünden doğurduğu sorunlar yani tek satıcının başka bir şahsın ithalatını hak sahibi ile arasındaki tek satıcılık sözleşmesine dayanarak durdurup durduramayacağı ve bunun 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırılık teşkil edip etmeyeceği marka hukuku ile ilgili değildir.³¹⁷

Rekabet hukuku açısından konunun değerlendirilmesi ve mevzuatta getirilen düzenlemelerin önemini anlayabilmek için Serbest Piyasada paralel ithalatın etkileri ve dolayısıyla engellenmesinin sebepleri üzerinde durulmalıdır. Rekabet Kurulu 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 kararında, konuyu aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir.

"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

³¹⁶ Gümrük Birliği kararları için bakınız ileride s. 114 vd.

³¹⁷ TEKİNALP, Ü., 2004, s. 413.

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 oluşturmaya 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 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 1998/7997 Esas, 1999/2098 sayılı kararı ile Dexter markalı ayakkabıların paralel ithalatına ilişkin olarak vermiş olduğu 14.06.1999 tarih ve 1999/3243 Esas, 1999 / 5170 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 amacını 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 gerekmektedir”³¹⁸.

Rekabet Kurumu Se-Sa Ltd. Şti. kararından sonra Armada Bilgisayar San. ve Tic. A.Ş. (Armada A.Ş.)’nin, Novell İtalya ve Novell Inc. (ABD) ile birlikte Beyaz İletişim Sistemleri Dış Tic. ve San. Ltd. Şti. (Beyaz Ltd. Şti.) tarafından yapılan paralel ithalatı engellemek ve hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’u ihlal ettiği iddiasıyla açılan soruşturmaya ilişkin olarak vermiş olduğu nihai kararında da paralel ithalat ile aynı görüşlerini tekrar ederek “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” karar vermiştir.³¹⁹

4.3 Hakkın Tüketilmesi İlkesi ve Paralel İthalat Konusunda Yapılan Tartışmalar

Hakkın tüketilmesi ilkesi ve paralel ithalat ile ilgili olarak doktrinde bir çok tartışma yapılmaktadır. Bu tartışmalarda tez konumuz açısından da değinmekte fayda vardır.

ARKAN, paralel ithalatı, markalı malların Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra marka sahibinin bu malları yurtdışına satması ya da marka sahibinin markalı malları yurtdışında üretmesini müteakip; üçüncü kişiler tarafından bu malların yurtdışından satın alınarak Türkiye’ye ithali şeklinde açıklamıştır.³²⁰

TEKİNALP, paralel ithalatla ilgili olarak ARKAN ile aynı düşünceleri savunmuş ve paralel ithalatın, marka hukuku yönünden markanın haksız kullanımını oluşturmayacağını örneklerle açıklamıştır. Bununla birlikte, TEKİNALP, ek olarak paralel ithalatın gerçekleşebilmesi için markanın Türkiye’de ve malın ithal edildiği ülkede aynı şahıs adına tescil edilmesi gerektiği şartına da yer vermiştir.³²¹

³¹⁸ Rekabet Kurulu 6.11.2000 T., D2/2/Ö.İ.-99/1 (Soruşturma), K. 00-44/472-257.

³¹⁹ Rekabet Kurulu, 29.5.2001 tarih, D2/2/İ.S. – 99/4 (Soruşturma), Karar 01-25/238-61, Şikayetçi Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi ile hakkında soruşturma yapılan Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi,, R.G. 31.01.2003 tarih, 25010 sayı.

³²⁰ ARKAN, Sabih, 1998, Marka Hukuku, C:2, Ankara, s. 132.

³²¹ TEKİNALP, Ü., 2004, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 413.

PINAR, TEKİNALP ve ARKAN'ın bu görüşlerine 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 olabileceğini belirtmiştir.³²² PINAR, bu eleştirisine ek olarak, Türk Hukukundaki düzenlemelerin lafzi yorumlanması neticesinde ülkesel tükenme ilkesinin kabulünün gerektiğini ancak, öğretinin ve Yargıtay'ın bu konudaki görüşünün tam olarak belli olmadığını ifade etmiştir. Zira Yargıtay kararlarında ülkesel değil, uluslararası tükenme ilkesinin kabulü yönünde bir yorum yapmaktadır. Mevzuattaki düzenlemelerin, amaçsal yorumla emredici değil, asgari bir düzey olarak kabul edildiği takdirde uluslararası tükenme ilkesinin tercih edilmesinin mümkün olduğunu ileri süren PINAR, bir taraftan ülkesel tükenme ilkesi denilirken, diğer taraftan 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.³²³

Fikri mülkiyet hakkının tüketilmesi ile ilgili olarak yapılan tartışmalardan biri de hakkın hangi mal üzerinde tükendiği meselesidir. Yani fikri mülkiyet hakkına konu bir maldan 100 tane üretilip, bu mallardan 10 tanesi piyasaya sunulduğunda, sadece fiziksel olarak piyasaya sunulan 10 tane mal üzerinde ki hak mı tükenir? Yoksa o malların tamamı üzerindeki hak mı tükenir?

İNAN'a göre, Ülkelerin ekonomik politikalarının bir parçası paralel ithalatı belirli ölçüde engellemek olabilir. Ama bunun yolu marka hukuku değildir. ARIKAN'da, İNAN ile aynı doğrultuda, fikri mülkiyet hukuku mevzuatının ekonomi politikasının aracı olarak kullanılmasının yanlış olduğu görüşündedir.

İNAN, fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişinin, hakka konu maldan 100 tane üretilip, bunları 1'den 100'e kadar numaralandırması halinde, numaralandırılıp piyasaya sunduğu malların piyasaya sunulmasından sonraki el değiştirmelerini engelleyemeyeceği, fakat numaralandırılmamış olan aynı ürünlerin piyasada dolaşımına engel olabileceği yani Türkiye'ye ithalini engelleyebileceği yönündeki yorumun

³²² PINAR, Hamdi, 2000, Prof. Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, "Marka Hukukunda Hakların Tükennesi", Beta Yayınevi, İstanbul, s.857 - 909.

³²³ Rekabet Kurulu,06.11.2000 tarih, D2/2/Ö.İ.-99/1, K. 00-44/472-257, R.G. 06.08.2001 tarih, 24485 sayı.

yanlış olduğu görüşündedir. Bizim kanunumuzun yorumu da budur fakat bu durumda hakkın tüketilmesi kavramına ihtiyaç kalmamaktadır. 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne³²⁴ göre özellikle seçici dağıtım sisteminde fikri mülkiyet hakkına konu ürünün piyasadaki dolaşımına engel olunabilir. Bunun için hakkın tüketilmesinin veya tüketilmemesinin önemi yoktur. Yani bir malın örneğin Bulgaristandan³²⁵ gelirse engellenebilmesi, fikri mülkiyet hakkı sahibine mutlak tekel hakkı tanınması sonucu doğurur. Gri pazar denilen bu pazarın konusu marka hukuku değildir. Gri pazarın konusu, ülkelerin ekonomik politikalarına ilişkindir ve bu durumda ithalat rejimleri ile malın piyasadaki sonraki el değiştirmeleri engellenebilir. Sadece piyasaya fiziksel olarak sunulan malları üzerindeki hakkın tükendiği kabul edildiği takdirde yani bir an için ülkesel tükenme prensibini kabul ettiğimizde karşımıza iki sorun çıkar birincisi, bir markanın Türkiye distribütörü yani tek satıcısı ömür boyu tekel hakkına sahiptir. Çünkü sadece Türkiye içinde piyasaya sunduğu mallar üzerindeki hakkı tükenmekte dışardan gelen malların piyasadaki dolaşımını yani paralel ithalini engelleme hakkı devam etmektedir. Bu durumda biz Türkiyede ki bir firmaya ömür boyu tekel hakkı vermeyi göze alabilirmiyiz. İkinci sorun ise ithalat rejimine göre ülkeye yasal yollardan fikri mülkiyet hakkına konu ürünü ithal eden ithalatçının hakları hiçe sayılmaktadır. Yani marka içi, dağıtıcılar arasındaki rekabetin bu şekilde distribütörler, tek satıcılar tarafından bozulmasına izin verebilir miyiz? Yargıtay Police kararında göstermiş olduğu çözüm en doğru olanıdır. Fikri mülkiyet hakları ülkesel korunmaktadır fakat Türkiye'de piyasaya sunulan malların, sonraki dolaşımına yani ithaline de engel olunamaz. Kanunda bu yorumun aksi bir düzenleme mevcut değildir.

Şöyle ki, kanun koyucu 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Yayma Hakkı başlıklı 23. maddesinin 2. fıkrasında; “.... Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne sürette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.....” şeklindeki düzenleme ile paralel ithalatı açıkça yasaklamıştır. Eğer

³²⁴ RG - 14.07.2002; 24815. Tebliğ No : 2002/2 .

³²⁵ Bulgaristan'ın Avrupa Birliği'ne üye olmadığı durum için bu örnek verilmiştir.

marka, patent ve endüstriyel tasarım da da bunu isteseydi FSEK'te olduğu gibi açıkça hüküm koyardı. Sonuç olarak İNAN, konuyu, hakkın tükendiği mal fiziksel olarak piyasaya sunulan mal değil, o malın aynısı olan tüm mallardır, bu soyut bir kavramdır ve biz bunu somutlaştırmak zorunda değiliz, bunu somutlaştırmak doğru yola götürmez şekilde şekilde değerlendirilmiştir.

ARKAN'da İNAN ile aynı görüştedir. ARKAN, bu tartışmaya ek olarak 556 sayılı MarkKHK'nın, "Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki 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 13. maddesinde paralel ithalatın yasaklanacağını ifade edilmediğini, madde metnini yorumlarken "...Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra..." ifadesinin yoruma esas alınması gerektiğini ve Yargıtay'ında bu şekilde Türkiye'nin ihtiyaçlarına göre doğru bir yorum yaptığı görüşündedir.

EROL, İNAN ve ARKAN ile aynı görüşleri tekrarlar bunlara ek olarak fikri mülkiyet hukuku ile ilgili mevzuatın gerektirdiği sınırlamaların ötesine geçen ve rekabeti gereğinden fazla sınırlayan her türlü kısıtlamaya Rekabet Hukuku kurallarının izin vermeyeceğini, Yargıtay'ın Pollice kararının genel hukuk sistemi açısından olduğu kadar, rekabet hukuku açısından da doğru bir karar olduğu görüşündedir.

ARIKAN, tükenmenin fiziksel olarak piyasaya sunulan mal üzerinde mi gerçekleşeceği konusunu, ATAD'ın vermiş olduğu kararlardan örnekler vererek açıklamış ve fikri mülkiyet hakkına konu olan malın ilk kez piyasaya sunulması ile hak sahibinin yaratıcı emeğinin karşılığını aldığı varsayıldığını, çünkü, hak sahibinin lisans anlaşmaları gibi anlaşmalar ile hakkını en iyi şekilde koruyabileceğini belirtmiştir. Ayrıca ATAD'ın konuyu hukukten değerlendirerek, "Topluluk içinde fikri mülkiyet hakkına konu olan bir malın piyasaya sunulmasıyla artık o mallar üzerindeki hak tükenir" şeklinde sonuçlandırdığını ve miktarlarla ilgili yorum yapmanın yanlış olacağı görüşündedir.

PINAR; İNAN, EROL, ARIKAN ve ARKAN'ın aksine, fiziksel olarak piyasaya sunulan mallar üzerindeki hakkın tükeneceğini, satılmayan bir mal üzerindeki hakkın tükenmeyeceğini savunmaktadır. PINAR, konuyu örneklerle, bir parfüm üreticisinin ürettiği

X marka bir parfümün her zaman değiştirilmesi mümkün değildir. Üretilen 100 parfümden sadece 10 tanesi Türkiye'ye satılırsa geriye kalan 90 tane parfüm üzerindeki hak tükenmez çünkü marka hakkının mutlak konusu dediğimiz, hak sahibinin malı üretme ve satma hakkı vardır o nedenle satılmayan bir mal üzerindeki hak tükenmez şeklinde açıklamaktadır.

Paralel ithalata imkan veren temel unsur, malın ihraç ülkesindeki fiyatı ile ithalatın gerçekleştirildiğı ülkedeki fiyatı arasında önemli farklılıklar bulunmasıdır. Yüksek fiyatın nedeni o ülkedeki yetkili teşebbüsün ürünün tanıtımı ve geliştirilmesi için yaptığı yatırımlardan kaynaklanabileceğı gibi, özellikle Markalar arası rekabetin sınırlı olması durumunda sahip olduğı pazar gücü nedeniyle, rekabet üstü bir kar elde etme güdüsünden de kaynaklanabilir. Aslında bu fiyat farkının arkasında yatabilecek bu iki temel gerekçe paralel ithalat ve tükenme ilkesine ilişkin lehte ve aleyhte görüşlerin de çıkış noktasını oluşturmaktadır.³²⁶

³²⁶ TEKDEMİR, Y., 2003, s. 9.

4. BÖLÜM

ULUSLARARASI ANLAŞMALAR GÖRE HAKKINTÜKETİLMESİ İLKESİ

1. AB VE TÜRKİYE ARASINDAKİ İLİŞKİLER ÇERÇEVESİNDE DURUM

1.1. Ankara Antlaşması ve Katma Protokol

Roma Antlaşması'nın 1958 yılında yürürlüğe girmesinden sonra 15 Temmuz 1959 tarihinde Yunanistan, 31 Temmuz 1959 tarihinde de Türkiye Topluluğa katılmak için müracaat etmiştir. Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) arasında dört yıl süren görüşmelerin ardından tarafları arasında "Ortaklık" yaratan antlaşma 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara'da imzalanarak, Topluluk üyesi ülkeler ile Türkiye'nin Parlamentolarında da onaylandıktan sonra, 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ankara Antlaşmasında yürürlük süresine ilişkin bir hüküm yani anlaşmanın feshine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, anlaşmanın amaçları gerçekleşene kadar yürürlükte kalacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bu durum Türkiye'nin AB'ne tam üye olarak katılabilmesi yolunu açık tutmaktadır. Bu anlaşma Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ilişkilerin hukuki temelini oluşturmaktadır. İmzalandığı yer dolayısıyla Ankara Antlaşması olarak bilinen ve Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında bir Ortaklık kuran antlaşmanın amacı, " Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının istihdam seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile gözönünde bulundurarak, taraflar arasındaki ticari, ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektir." (Madde 2/1).

Ankara antlaşmasında, ortaklık ilişkisi, 5 yıl sürecek bir "hazırlık dönemi" (10 yıla kadar uzatılabilecek), 12 yıl süreli "Geçiş Dönemi" (22 yıla kadar çıkarılabilecektir) ve tam üyeliğin şartlarının müzakere edileceği bir "son dönem" olarak üç aşamalı bir süreç olarak düzenlemiştir.

Antlaşmanın 2. maddesinde AB ile Türkiye arasında son dönemde oluşturulması öngörülen Gümrük Birliği, Topluluk üyesi Devletlerle Türkiye arasında, ithalâta olduğu gibi ihracatta gümrük vergileri ve eşit etkili resimlerin ve miktar kısıtlamalarının, milli üretime, Anlaşmanın hedeflerine aykırı bir koruma sağlamayı gözeten eşit etkili başka her türlü tedbirin yasaklanmasını; Türkiye'nin üçüncü ülkelerle ilişkilerinde Topluluğun Ortak

Gümrük Tarifesi'nin kabulünü ve dış ticaret mevzuatında Toplulukça dış ticaret konusunda uygulanan sair mevzuat ile uyumlaştırması kabul edilmiştir.

Ankara antlaşmasında öngörülen hazırlık döneminin uzatılan süresi içerisinde, Türkiye'nin isteği üzerine geçiş döneminin koşulları, 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanıp 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren Katma Protokol ile düzenlenmiştir. Katma protokolün 2. maddesinde hangi taraflar arasında hangi malların serbest dolaşımında olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, a. Türkiye veya Topluluk'ta serbest dolaşım durumunda bulunan üçüncü ülkeler çıkışlı maddelerden tamamen veya kısmen elde edilenler de dahil olmak üzere, Türkiye veya Topluluk'ta üretilen mallar, b. Türkiye ve Topluluk'ta serbest dolaşım durumunda bulunan üçüncü ülkeler çıkışlı mallar, c. Türkiye veya Topluluk'ta ithal işlemleri tamamlanmış, gerekli Gümrük Vergisi ve eş etkili vergi veya resimleri tahsil edilmiş ve bu vergi veya resimleri tam veya kısmi bir iadede yararlanmamış olan üçüncü ülkeler çıkışlı mallar, Türkiye veya Topluluk'ta serbest dolaşım durumunda sayılır.

Katma protokol'ün 7. maddesinde; Tarafların; aralarında ithalat ve ihracata yeni Gümrük Vergileri veya eş etkili vergi veya resimler koymakta ve bu Protokol'ün yürürlüğe giriş tarihinde karşılıklı ticari ilişkilerinde uyguladıkları gümrük vergileri ile eş etkili vergi veya resimleri artırmaktan sakınacakları, 21. madde de ithalat miktar kısıtlamaları ve eş etkili bütün tedbirler 27. maddede ise ihracat miktar kısıtlamaları ve bütün eş etkili tedbirler yasaklanmıştır

1.2. AT- Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı (1 / 95 sayılı)³²⁷

Ankara Antlaşmasının Katma protokol ile düzenlenen geçiş döneminin ardından 6 Mart 1995 tarihli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile son dönemde gümrük birliğinin tabi olacağı kurallar belirlenmiştir. Ankara Antlaşması ile Türkiye ve AB arasında kurulmuş bir statü olan 1/95 sayılı OKK'da, gümrük birliğinin etkin bir şekilde uygulanması için, Türkiye mevzuatının AB müktesebatına yakınlaştırılması için dikkate alması gereken konular belirtilmektedir.

1/95 sayılı OKK'nın 4. maddesinde, Topluluk ile Türkiye arasında ithalat ve ihracatta alınan gümrük vergileri ile eş etkili vergi ve resimler bu Karar'ın yürürlüğe girdiği tarihte

³²⁷ Official Journal L 035, 13/02/1996 P. 0001 – 0047, Decision No 1/95 of the EC-Turkey Association Council of 22 December 1995 on implementing the final phase of the Customs Union.

tamamen uygulamadan kaldırılacağı, Topluluk ile Türkiye o tarihten itibaren yeni ithalat ve ihracat vergileri ile eş etkili vergi ve resimleri uygulamaya koymaktan kaçınacakları ve bu hükümler mali nitelikte gümrük vergilerini de kapsayacağı hükmüne yer verilmiştir. Kararın 5. maddesi ile ithalatta 6. maddesi ile de ihracatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlem yasaklanmıştır. Fakat 7. maddedeki, 5. ve 6. maddelerin hükümleri, genel ahlak, kamu düzeni veya kamu güvenliği; insanların, hayvanların veya bitkilerin sağlığının ve yaşamının korunması; sanat değeri veya tarihi ya da arkeolojik değer taşıyan ulusal varlıkların veya sınai ya da ticari mülkiyetin korunması gerekçesiyle malların ithalinin, ihracının veya transit geçişinin yasaklanmasını veya kısıtlanmasını engellemez. Ancak bu yasaklar ve kısıtlar taraflar arasındaki ticarete keyfi bir ayırım aracı veya örtülü bir kısıtlama oluşturamaz, şeklindeki düzenleme ile miktar sınırlamaları ve eş etkili tedbirlerin uygulanmayacağına ilişkin hükümlerin istisnaları belirtilmiştir.

1/95 sayılı kararın 30 ve devamı maddelerinde Rekabet hukuku ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Türkiyenin rekabet hukuku alanında düzenlemeler yapmasını öngörmesi açısından isabetli bir maddedir. Gümrük Birliğinin Rekabet Kuralları başlıklı ikinci kısım md. 30'da; Rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması amacını güden veya sonucunu veren tüm girişimler arası anlaşmalar, girişim birliklerinin aldığı kararlar ve anlaşmalı uygulamalar, özellikle: a) alış veya satış fiyatlarını veya herhangi bir başka ticaret koşulunu dolaysız veya dolaylı olarak belirledikleri; b) üretimi, pazarları, teknik ilerlemeyi ve yatırımları sınırladıkları veya denetim altına aldıkları; c) pazarları veya arz kaynaklarını paylaşmaya yönelik oldukları; d) ticarete diğer taraflarla yapılan eşdeğer işlemlere farklı koşullar uygulayarak bunların rekabet gücünü azalttıkları; e) sözleşmelerin akdini, mahiyeti bakımından veya ticari teamüle göre sözleşmenin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi şartına bağladıkları takdirde Gümrük Birliği'nin iyi işleyişiyle bağdaşmaz sayılarak Topluluk ile Türkiye arasındaki ticareti etkileme olasılığı taşıdıkları ölçüde yasaklanacağı belirtilmektedir. Bu madde Roma Antlaşması'nın 85. maddesi hükümleri ile benzerdir.

1.3. 1/95 sayılı AT- Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı Açısından Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi İlkesi

Türkiye ile AT arasında imzalanıp 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Antlaşmasının 5. maddesinde düzenlenen süreçlerin son döneminde Gümrük Birliğinin tabi

olacağı esasları belirleyen 1/95 s. OKK'nın Fikri, Sınai ve Ticari Mülkiyetin Korunmasına ilişkin Ek 8'in 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında istisnai bir hüküm düzenlenmiştir. Hüküm; "Bu Karar, bu karar çerçevesinde tarafların ticaret ilişkilerine uygulanan fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının tüketilmesi sonucunu doğurmaz." şeklindedir.³²⁸ Buna göre, AB ile Türkiye arasındaki fikri mülkiyet haklarının tüketilmesi ilkesi uygulanamayacaktır. Bir başka ifade ile AB'ne üye ülkelerde üretilen bir malın Türkiye'de piyasaya sunulması ya da Türkiye'de üretilen bir malın AB'ne üye devletlerde piyasaya sunulmasıyla fikri mülkiyet hakkı tükenmeyecektir. Dolayısıyla paralel ithalat engellenebilecektir. Örneğin, Marka sahibi Almanya'da üretilip, Türkiye'de piyasaya sunulan çocuk mamalarının yeniden Almanya'ya ithal edilerek, burada satışa sunulmasını önlemek üzere marka hakkına dayanabilecektir.³²⁹

Roma Antlaşması'nın 28, 29 ve 30. (eski md. 30-36) maddelerinde malların serbest dolaşımı ve eş etkili tedbirler yasaklanmıştır. Aynı şekilde 1/95 sayılı OKK'nın 7. maddesinde sayılan, genel ahlak, kamu düzeni veya kamu güvenliği gibi istisnalar dışında 5. maddesi ile ithalatta 6. maddesi ile de ihracatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili önlem yasaklanmıştır. 1/95 sayılı OKK Ek 8'de yer alan bu hüküm hem Roma Antlaşması ile hem de 1/95 sayılı OKK'nın 5, 6 ve 7. maddeleri ile çelişmektedir. "Hakların tükenmesi" doktrini kanunlarımızda açıkça düzenlenmesine karşın, AB –Türkiye Ortaklık Konseyinin Gümrük Birliği ile ilgili 6 Mart 1995 tarihli kararının 8. ekinin 9.2. maddesinde Türkiye ile AB arasındaki ticarete reddedilmiştir.³³⁰

AEA Antlaşması'na dahil ülke sınırları, bölgesel tükenme ilkesinin sınırını oluşturmaktadır. Bunun gerekçesi olarak AEA Antlaşması 6. maddesi ve fikri mülkiyete ilişkin özel düzenlemeler ihtiva eden bu Antlaşma'nın ekinde düzenlenen 28. Protokol'ün 2. maddesi gösterilmektedir. Buna göre;

(1) AEA Antlaşmasının 6. maddesi 1/95 s. OKK 66. maddesi gibi benzer bir düzenleme getirmektedir. Her iki maddeye göre, taraflar arasında düzenlenmiş hükümler,

³²⁸ Danıştay'ın İptal Kararı Üzerine Rekabet Kurulunun 24.11.2005 tarih, Dosya Sayısı:D2/2/I.S.– 99/4 (Soruşturma), 05-79/1099-316 sayılı kararında da;1/95 sayılı OKK'nın 8 sayılı Ek'in 10/2. maddesinde "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 belirtilmektedir.

³²⁹ ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 115.

³³⁰ TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal./ OKUTAN, Gül, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi, s.690.

Avrupa Topluluğunu kuran antlaşma hükümlerine esas yönden benzerlik taşıdıkları ölçüde, ATAD'ın ilgili kararlarına uygun olarak yorumlanır.

(2) 1/95 sayılı OKK Ek 8'de yer alan 10 / 2 maddenin aksine 28. Protokolün 2 /1. maddesinde AEA antlaşması'na taraf olan devletler arasında fikri mülkiyet haklarında tükenme ilkesi benimsenmiştir.³³¹

Topluluk, politika olarak üçüncü ülkelerden yapılan paralel ithalata karşı marka sahibinin marka hakkına dayanarak ithalatı önleyebileceğini kabul etmektedir. Topluluk serbest ticaret anlaşması veya gümrük birliği anlaşması yaptığı ülkelerden gerçekleşen paralel ithalat karşısında dahi tükenme prensibinin uygulanmasını reddetmektedir. ATAD, Roma Antlaşmasının 28 ve 30. maddeye paralel hükümlerinin serbest ticaret ve gümrük birliği anlaşmalarına yer almasının tükenme prensibinin uygulanması açısından yeterli bir gerekçe olmadığını belirtmektedir. ATAD'a göre bu antlaşmalar ile Roma Antlaşması ile amaçlanan tek pazar hedefi öngörülmemektedir.³³²

ATAD'ın, Ankara Antlaşması ve son dönem gümrük birliği esaslarını belirleyen 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, AB Mevzuatı olduğu, doğrudan etki yaratacağı yönünde bir çok kararı mevcuttur. ATAD, 1987 tarihi Demirel kararında Ankara Antlaşmasının, Kazım Kuş ve 1990 tarihli Sevince kararında 1/95 sayılı OKK'nın ve 2000 yılında verdiği Savaş kararında ise Katma Protokol hükümlerinin AB müktesebatının ayrılmaz bir parçası olduğuna ve hükümlerinin şartların varlığı halinde doğrudan etkili olduğuna karar vermiştir. Bu durumda, Ankara Antlaşması, Katma Protokol ve 1/95 sayılı OKK 'daki hükümler, Topluluk üyesi devletleri de bağlayacaktır. Topluluk ve Türkiye arasında fikri hakların tükenmeyeceğine ilişkin 1/95 sayılı OKK'nın EK 8'de yer alan hüküm paralel ithalat açısından malların serbest dolaşımını engellemektedir. Bu hüküm serbest ticaret ve gümrük birliğini öngören Ankara antlaşmasının ruhuna ve amacına aykırı olduğu gibi AB içinde pazarların bölünerek fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin keyfi ayrımcılık yapmalarının önünü açacak niteliktedir.

Bu hükümlerle, Ortaklık Konseyi kendi yetki sınırlarını aşmıştır. Ortaklık Konseyi açıkça kendi yetki sınırını aşmış ve bu istisna yine Katma Protokol md. 22'de aykırıdır. Çünkü Ankara Antlaşması'nın ve Katma Protokol'ün öngördüğü malların serbest dolaşımını,

³³¹ PINAR, H., 2002, s. 122.

³³² ÇAMLİBEL, E., 2001, s. 115.

hakların tükenmesini ve bundan dolayı mümkün olan paralel ithalât açısından açıkça sınırlamaktadır. Ayrıca bu sınırlama Ankara Antlaşması md. 9’da düzenlenmiş olan ve düzenleniş tarzına göre doğrudan etkili olan ayırıcılık yasağına da aykırıdır. Katma Protokol ve OKK’nın yetkisizliği sebebiyle Topluluk Hukuku açısından geçerli olan bölgesel tükenme ilkesi, bu bölgeye Türkiye sınırlarının da dahil olduğu genişlemiş bölge için geçerli olacaktır. Ayrıca OKK’nın ikincil bir hukukî düzenleme olmasından dolayı, bu şekilde bir sınırlama ortaklık ilişkisinde birincil hukuk olan Ankara Antlaşması ve Katma Protokol’e aykırıdır.³³³ PINAR bu nedenlerle, Türkiye’nin AEA sınırları içerisine dahil olduğu görüşündedir. Başka bir ifade ile fikrî mülkiyet hakkına konu mal, AEA içindeki ülkelerden herhangi birinde piyasaya sunulduktan sonra AEA içinde paralel ithalatına engel olunamayacaktır. Yani Türkiye için de AEA içinde kabul edilen Bölgesel tükenme ilkesi uygulanacaktır.

2. EFTA ANLAŞMASI

Avrupa Topluluklarının kurulduğu tarihlerde, uluslararası politikaları nedeniyle AET’ye katılmak ve Ortak Gümrük Tarifelerini kabul etmek istemeyen bazı tarafsız Avrupa ülkeleri, 4 Aralık 1960 tarihinde Stockholm’de imzaladıkları anlaşma ile (Avusturya, Danimarka, Norveç, Portekiz, İsveç, İsviçre ve İngiltere), Avrupa Serbest Ticaret Birliği (European Free Trade Association) “EFTA” yı kurmuşlardır. Daha sonradan bu antlaşmaya katılımlar olmuştur. 1 Nisan 1992 tarihinde ise Türkiye ile EFTA devletleri arasında serbest ticaret anlaşması imzalanmıştır. EFTA ülkeleri kendi aralarında sanayi ürünlerinde gümrük ve eş etkili vergilerle diğer kısıtlamaları kaldırmışlar, fakat diğer ülkelerle olan ticari ilişkilerinde milli mevzuatlarını uygulamayı sürdürmüşlerdir. EFTA ile AET arasındaki ilişkilerin artması ve EFTA ülkelerinden çoğunun AET’ye katılması ile eski önemini kaybetmiştir.

Türkiye ile EFTA ülkeleri arasında imzalanıp 1992 yılında yürürlüğe giren Serbest Ticaret Anlaşmasının³³⁴ Fikri Mülkiyetin Korunması Başlıklı 15/3 maddesi ; “Türkiye fikri mülkiyet hakları alanında uluslararası antlaşmalar ve mevzuattan doğan vecibelerini yerine getirirken, EFTA Devletleri uyruklularına, herhangi bir Devletin uyruklularına karşı

³³³ PINAR, H., 2002, s. 123 vd.

³³⁴ Türkiye ile EFTA devletleri arasındaki Antlaşma 10 Aralık 1991 yılında imzalanarak 21184/27.03.1992 sayılı ve tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 3788 sayılı Kanun ile uygun bulunmuş ve 21203 Mükerrer/18.04.1992 sayılı ve tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 92/2881 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Onaylanarak 01.04.1992 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. İlgili Yönetmelik ise 22.05.1992 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. 23937 Mükerrer/18.01.2000 sayılı ve tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile de yapılan değişiklikler 01.01.2000 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

uygulamayı kabul ettiği muameleden daha az elverişli bir muamele uygulamayacaktır. Aynı alanda EFTA Devletleri tarafından Türkiye uyruklularına uygulanacak muamele Türkiye'nin EFTA Devletleri uyruklularına tanıdığı muameleden daha az elverişli olmayacaktır." şeklindedir.

Bugün için üyelerinin hemen tamamı AB'ye katılan ve Avrupa Ekonomik Alanını oluşturan EFTA ülkeleri, AB ile EFTA arasında yapılan 28 No'lu Protokol uyarınca, Avrupa Topluluğu'nu ilgilendirdiği ölçüde, hakların tükenmesi konusunda ATAD'ın oluşturduğu sistemi uygulamayı kararlaştırmışlardır. 28 No'lu Protokol ile tüm EFTA ülkeleri, İsviçre hariç Avrupa Ekonomik Alanı'nı oluşturarak bölgesel tükenme ilkesine dahil olmuşlardır. Her ne kadar 28 No'lu Protokol'de hakların tükenmesi ilkesi konusunda Topluluk Hukukuna uyulacağı kabul edilmiş ise de, EFTA Mahkemesinin, ATAD'dan farklı bir şekilde yorumlaması olasılığı vardır.³³⁵

EFTA Mahkemesinin önüne gelen "**Maglite**"³³⁶ davasında davacı Mag Instrument Inc isimli Amerikan şirkettir. Davacının, üretip tüm dünyada sattığı "Maglite" markalı lambaların, Norveçteki tek ithalatçısı ve satıcı Viking International Products A/S şirkettir. Davacı Mag şirketi, Maglite markasını kendi adına hem Amerika'da, hem de Norveç'te tescil ettirmiştir. Davalı ise California Trading Company isimli başka bir Norveç Şirkettir. Davalı şirket, Maglite markalı lambaları davacının izni olmadan Amerika'dan Norveç'e paralel ithal ederek Norveç'te piyasaya sürmüştür.

Dava, davalının paralel ithalat yoluyla davacıya ait markanın münhasır kullanma hakkının ihlal edilmesi sebebiyle izinsiz olarak yapılan paralel ithalata ve bu satışa engel olmak için Maglite markalı lambaların satışına tedbir konulması ve tazminat talepleri ile açılmıştır.

Davacı şirket marka hakkının tükenmediğini; 89/104 sayılı Marka Direktifi'nin³³⁷ 7/1 maddesi uyarınca, bölgesel tükenme ilkesinin AEA içerisindeki sözleşmeye dahil her ülkenin uyması gereken üst sınır olduğunu, asgari bir düzey olmadığını, Norveç'te de uygulanması

³³⁵ ASLAN, Adem, 2004, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 84.

³³⁶ Case E-2/97 Mag Instrument Inc., California Trading Company Norway, Ulsteen, (1997) 29 IIC 316 (1998); CMLR 331.

³³⁷ 89/104 EEC sayılı 21 Aralık 1988 tarihli, Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Birinci Konsey Direktifi, OJ. L 40,11.02.1989.

gerektiğini bu nedenle AEA dışından ithal edilen malların topluluk içerisindeki hak sahibinin iznini gerektirdiğini ileri sürmüştür.

Davalı şirket, Marka direktifinden sonra da uluslararası tükenme ilkesinin varlığını koruduğu, çünkü bölgesel tükenme ilkesinin topluluk içerisinde asgari bir düzenleme olduğunu üye devletlerin isterlerse uluslararası tükenme ilkesini kabul edebileceğini savunmuştur.

Yerel Mahkeme, Norveç'in Marka yönergesinin yürürlüğe girmesinden sonra da uluslararası tükenme ilkesini kabul edip edemeyeceği konusunda ön karar vermesi için davayı EFTA Mahkemesine göndermiştir.

EFTA Mahkemesi, 89/104 sayılı Marka Yönergesinin üye ülkeler açısından asgari bir standart getirdiğini dolayısıyla ülkelerin uluslararası tükenme ilkesini kabul etmeleri konusunda bir kısıtlama olmadığını, uluslararası tükenme ilkesinin rekabetin ve serbest ticaretin gelişmesini sağladığını, üçüncü dünya ülkelerinden yapılan paralel ithalatın büyük çapta mal arzı ile birlikte sıkı fiyat rekabeti sağlayacağını belirtmiştir. Ayrıca Uluslararası tükenme ilkesinin kabulünün markanın menşeyini gösterme işlevini olumsuz etkilemeyeceğine değinilmiştir. Kararda, EFTA Mahkemesi, EFTA Anlaşmasının, AT anlaşmasından farklı olduğu ve EFTA üyeleri arasında serbest ticareti kolaylaştırmak için malların serbest dolaşımını hedeflediği dolayısıyla tükenme konusunda tüm EFTA ülkelerini bağlayıcı bir şekilde karar almaya yetkisiz olduğunu, bu konuda karar vermeye her ülkenin kendisinin yetkili olduğu, tükenme ilkelerinden hangisini kabul edeceklerine taraf ülkelerin kendilerinin karar vereceği sonucuna varmıştır. EFTA Mahkemesi bu sonucun, TRIPS Anlaşmasının 6. maddesi ile de aynı doğrultuda olduğunu belirtmiştir. Sonuçta, bu kararlar, bir üye ülkenin (Norveç'in) kendi hukuk kurallarıyla uluslararası tükenme ilkesini kabul edilebileceği yönünde karar verilmiştir.

3. TRIPS ANLAŞMASI VE TÜKENME İLKESİ

Uluslararası ticaret ilişkilerini düzenlemek amacıyla her on yılda bir GATT anlaşmasına taraf üyelerin yapmış olduğu görüşmelerin sonuncusu olan Uruguay Round'da Dünya Ticaret Örgütünü (WTO) kuran Nihai Senet ile birlikte eki TRIPS (Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması) 1994 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiştir. TRIPS antlaşması ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının, uluslararası ticarete ortak bazı ilkelerle

korunmasına yönelik, serbest ticareti kısıtlamayacak şekilde düzenlemeler getirilerek bir standart oluşturulmaya çalışılmıştır.

TRIPS antlaşmasının, hakkın tüketilmesi ilkesi ile ilgili maddelerine bir göz atmakta fayda vardır. Buna göre;

TRIPS antlaşmasının Yükümlülüklerin Niteliği ve Kapsamı Başlıklı 1. maddesi; “.....Üyeler zorunlu olmamakla birlikte, bu Antlaşma hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, yasaları ile Antlaşma ile istenilen korumadan daha geniş bir koruma öngörebilirler” ,

TRIPS antlaşmasının Son Bulma başlıklı 6. maddesi: “ Antlaşmanın 3. (milli muamele) ve 4. (en çok gözetilen ülke muamelesi) maddeleri saklı kalmak kaydıyla bu Antlaşmada yer alan hiçbir husus, Antlaşma dahilinde ihtilafların halli amacıyla, fikri mülkiyet haklarının tükenmesi konusunu ele almakta kullanılamaz”³³⁸ şeklindedir.

TRIPS’in 6. maddesinde, açık bırakılan tükenme ilkesinin istisnası yine bu Antlaşmanın 3. ve 4. maddeleridir. Bu maddelere göre ayrımcılığın yasaklanmış olması ve “en çok gözetilen ülke muamelesi” gereği, kendi vatandaşları için tanınmış haklardan üye devletlerin vatandaşları da yararlanabilecektir.³³⁹ Bu madde ile Antlaşmaya taraf devletler, tükenme ilkelerinden hangisini kabul edecekleri konusunda serbest bırakılmıştır.³⁴⁰ Ancak iç hukukunda veya üçüncü bir ülkeye karşı uluslararası tükenme ilkesini kabul eden bir ülke, bunu TRIPS’e üye diğer ülkelere ve onların vatandaşlarına da uygulamak zorunda kalacaktır.³⁴¹ Bu kuralın istisnası, ancak GATT’ın XXIV. maddesinin şartları altında yalnızca serbest ticaret bölgeleri ve gümrük birlikleri çerçevesinde mümkündür.³⁴² AB’nde ise üye devletler GATT’a ve WTO’ya tek tek üye oldukları gibi AB ayrıca tüzel kişilik olarak da üye olduğundan en çok kayırlan ülke istisnasından muaf olamayacaklardır.

³³⁸ PINAR, H., 2000, s. 875.

³³⁹ PINAR, H., 2000 , s. 875.

³⁴⁰ ARKAN, S., 1998, Marka Hukuku, C:2, Ankara, s. 202.

³⁴¹ ARKAN, S.,1998, s. 202.

³⁴² PINAR, H., 2000, s. 876.

5. BÖLÜM

HAKKIN TÜKETİLMESİ İLKESİ VE PARALEL İTHALATIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK

RKHK'un uygulanmasında temel aldığı yaptırım sistemi, idari bir nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, Rekabet Hukukunun salt bir kamu hukuku dalı olmaktan ziyade, karma özellikler göstermesi ve konusunu oluşturan eylem ve işlemlerin, temelde özel hukuka ait olması, Kanun'a aykırı davranışların aynı zamanda Özel Hukuk alanına ait neticeler doğurmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. RKHK'un, 5. kısmı "*rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına*" ayrılmış ve rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir. Esasen bir anlamda burada, Özel Hukukun tamamından değil, Borçlar Hukuku alanında ortaya çıkan neticelerden bahsetmek daha uygun olacaktır. Bununla birlikte, Rekabet Hukukunun kendine has karakteri³⁴³ ve Kanun'un bu neticelere ilişkin farklı bir takım düzenlemeler öngörmüş olması³⁴⁴, Özel Hukuk alanında ortaya çıkan

³⁴³ Rekabet Hukukunun, Borçlar veya Ticaret Hukuku gibi saf özel hukuk karakterinde olmaması ve idari yönünün daha ağır basması, özel hukuka ait sonuçların doğrudan ve olduğu gibi uygulanmasında çeşitli güçlükler yaratacaktır. Her şeyden önce, Rekabet Hukukunun uygulanmasında, Rekabet Kurumu adı altında bir idari örgütlenmenin ihdas edilmiş olması ve bu Kurum'un önemli yetkilerle donatılması, özel hukuka ait neticelerin kimin tarafından uygulanacağı veya yetki paylaşımının nasıl yapılacağı sorularını gündeme getirmektedir. Haksız fiil hükümlerinin uygulanmasında, mahkemelerin münhasır yetkili olduğunda hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte, sözleşme ve kararların geçerli olup olmadığının değerlendirilmesinde, Rekabet Kurulu'nun yetkili olduğunu söylemek gerekir. Bu durum her iki makamın vereceği kararların birbiriyle uyumunun ne şekilde sağlanacağı meselesini ortaya çıkarmaktadır. Üstelik 4. maddede yer alan muafiyet hükmünün ve 7. maddenin uygulanmasında Kurum'un münhasır yetkili olduğu düşünülürse, geçerliliğin kimin tarafından belirleneceği meselesi doğmaktadır.

³⁴⁴ Kanun'da öngörülen rekabet yasaklarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuk alanında doğurduğu neticeler, büyük ölçüde Borçlar Hukuku prensiplerine tabidirler. Örneğin geçersizlik, geçersizliğe bağlanan etkisizlik ve sebepsiz zenginleşme gibi hukuki neticeler ve haksız fiil sorumluluğu, ilk bakışta Borçlar Hukuku esaslarından herhangi bir farklılık göstermez. Buna karşılık, RKHK'un gerek özel hukuk alanında ortaya çıkan neticelerin düzenlendiği beşinci kısım, gerekse birinci ve ikinci bölümde yer alan çeşitli hükümler nedeniyle, bu neticelerin, Borçlar Hukukundan farklı bir takım esaslara tabi olduğunu söylemek gerekir. Örneğin, Kanun, rekabet yasaklarına aykırı sözleşmelerin baştan itibaren geçersiz ve bundan dolayı tarafların iade borcunun sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde çözümleneceğinden bahsetmiş, buna karşılık, BK.'nin 65.maddesinde yer alan "*ahlaka aykırı amaçla verilen şeylerin geri istenemeyeceğine*" ilişkin kuralın uygulanmayacağını hükme bağlamıştır (RKHK.md.56/2). Bunun yanı sıra, Kanun, rekabet yasaklarına (4 ve 6. maddelere) aykırı davranışların haksız fiil sorumluluğuna yol açacağından bahsetmiş, buna karşılık, gerek tazminatın hesaplanması (RKHK.md.58), gerekse haksız fiilin konusunu oluşturan uygulamaların ispatlanması (RKHK.md.59) hususlarında farklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu nedenle, rekabet hukuku kuralarına aykırı eylem ve işlemlerin özel hukuka ait neticelerinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

sonuçların ayrıca incelenmesini ve bunların Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmelerini gerekli kılmaktadır.³⁴⁵

2. PARALEL İTHALAT VE SEBESİZ ZENGİNLEŞME DAVASININ ŞARTLARI

Fikri Mülkiyet Hakkına konu olan bir ürünün hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sürülmesini müteakip, hak sahibi, hakka konu ürününün piyasada sonraki dolaşımına engel olamaz. Çünkü, fikri mülkiyet hakkı sahibinin hakkı malın piyasaya sunulmasıyla tükenir. Hak sahibi, fikri ve sinai mülkiyet hukukunun sağladığı korumadan yararlanmıştır. Bu genel prensipten hareketle fikri mülkiyet hakkı sahibinin, iki farklı ülkede piyasaya sunduğu orijinal mallar ile ilgili olarak tek satıcılık anlaşmaları yapması ve pazara giriş koşullarının farklı olması nedeniyle ekonomik gerekçelerle hakka konu ürünü her iki ülkede farklı fiyatlarla piyasaya sunması mümkündür. Üçüncü bir kişinin bu fiyat farklılığından yararlanarak hakka konu orijinal ürünü paralel ithalat yoluyla ülkeye yasal yollardan ithal etmesi halinde paralel ithalatçının, tek satıcının servis ağı, tanıtım, reklam ve garanti hizmetleri gibi katlandığı yatırım maliyetlerinin hiçbirine katlanmadan kazanç elde etmesi söz konusu olacaktır. Bu konu doktrinde “*bedavacılık sorunu*” olarak bir çok tartışmalara neden olmuştur.

Bu konuda özel hukuk açısından ilk akla gelen sorulardan biri ise paralel ithalatçının tek satıcının katlandığı yatırım maliyetlerine katlanmadan paralel ithalat yoluyla getirdiği orijinal mallardan elde ettiği kazanç nedeniyle, hakkında sebepsiz zenginleşmeye dayanarak tazminat davası açılıp açılmayacağıdır.

Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerini incelemekte yarar vardır. Kanundan doğan borçlardan biri olan sebepsiz zenginleşme, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun³⁴⁶ genel hükümler kısmında borç kaynakları arasında “Haksız bir fiil ile mal iktisabından doğan borçlar” başlıklı üçüncü fasıl, 61 ve 66. madde'ler arasında düzenlenmiştir.

³⁴⁵ SANLI, Kerem Cem, 2000, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, Ankara, s. 384.

³⁴⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 22 Nisan 1926 , Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 8 Mayıs 1926 - Sayı: 366.

Genel kural niteliğindeki B.K.'nun 61. maddesi, "*Haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına zenginleşen kimse, onu geri vermeye mecburdur. Özellikle, geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş bir sebebe yahut vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe müsteniden ahzolanın şeyin, iadesi lazımdır.*" 62. maddesi ise "*Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zan ederek verdiğini ispat etmedikçe onu istirdat edemez. Müruru zamana uğramış olan bir borcu eda yahut ahlâki bir vazifeyi ifa için verilen şey, geri alınamaz.*" şeklindedir. B.K.'nun 62. maddesin'de başlıca sebepsiz zenginleşme halleri sayılmış olup bunlar sınırlı sayıda değildir sadece örnek olarak gösterilmiştir.

B.K.'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri, bütün sebepsiz zenginleşmelere uygulanabilir niteliktedir yani sebepsiz zenginleşme davası açmak B.K.'nun 61. ve devamı maddelerine göre mümkündür. B.K.'nun 61-66.m.lerinde davanın konusu olan iadenin kapsamı şartları, davanın açılmayacağı durumlar ve dava zamanaşımı düzenlenmiştir.

"*Kimse başkasının zararına haksız yere zenginleşemez*" şeklinde ifade edilen sebepsiz zenginleşme ilkesi kaynağını hakkaniyet ilkesinden almaktadır. Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkisinde haklı sebep olmaksızın başkası aleyhine zenginleşen kişinin malvarlığında meydana gelen artışın aynen veya nakden iadesi geri verilmesi söz konusudur.³⁴⁷

Bir borcun doğumuna çeşitli davranışlar sebep olabilir. Borçlar Kanununda düzenlenen borç kaynağı olan bu davranışlar; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Sebepsiz zenginleşmeyi doğuran olaylar ise üçe ayrılır. Bunlar;

-Kazandırmadan (edimin ifasından) doğan zenginleşme: Sebepsiz zenginleşme genellikle alacaklının borçlu lehine yaptığı bir kazandırmadan, borçlanmış olduğu edimin ifasından doğar. Burada sebepsiz zenginleşme davası, ifa edilen edimin iadesi amacını güder.³⁴⁸

- Müdahaleden doğan zenginleşme: Zenginleşenin doğrudan doğruya bir eyleminden müdahalesinden meydana gelir.

-Umulmayan olaydan doğan zenginleşme: Burada sebepsiz zenginleşme alacaklı yada borçlu dışında üçüncü bir kişinin fiilinden veya bir tabiat olayından kaynaklanır.

Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir davanın açılabilmesi yani bir geri verme borcunun doğması için dört koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. B.K.'nun 61. maddesine göre,

³⁴⁷ EREN, Fikret, 2001, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, s. 834.

³⁴⁸ EREN, Fikret, 2001, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, s. 834.

haklı bir sebep olmaksızın başkasının zararına mal elde eden kimse onu geri vermek zorundadır. Bu kurala göre iadenin gerçekleşmesi için sebepsiz zenginleşme davasının koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Bunun için; bir tarafın zenginleşmesine karşın diğer tarafın fakirleşmesi, zenginleşme ile fakirleşme arasında uygun illiyet bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir.³⁴⁹

a) Zenginleşme; Borçlunun malvarlığında bir zenginleşme meydana gelmiş olmalıdır. Kabul edilen genel tanıma göre: Zenginleşme, zenginleşen şahsın şimdiki mal varlığı ile zenginleşme gerçekleşmeden önceki mal varlığı arasındaki değer farkıdır. Zenginleşme, malvarlığının çoğalması yoluyla veya malvarlığında meydana gelebilecek bir eksilmenin önlenmesi yoluyla olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir.

b) Fakirleşme; Sebepsiz zenginleşme davasının ikinci unsuru olan fakirleşme ile zenginleşme arasında sıkı bir bağ vardır. Fakirleşme'de, borçlu'nun malvarlığında meydana gelen zenginleşme, bir başkası aleyhine veya bir başkasının malvarlığından gerçekleşmiş olmalıdır.³⁵⁰ Bir kimsenin zenginleşmesi, diğerinin zararına meydana gelmelidir. Malvarlığında azalma meydana gelen alacaklı kendi malvarlığındaki eksilme tutarında değil, yalnızca borçlunun malvarlığındaki zenginleşme oranında iade talep edebilir. Zenginleşmenin sebebi , borçlunun (zenginleşenin) malvarlığına, alacaklının malvarlığından ekonomik bir değer geçmiştir olmasıdır. İki malvarlığı arasında yer değiştiren bu mameleki değer kadar borçlu zenginleşmiş, alacaklı da fakirleşmiş olur. Zenginleşem fakirleşmeden çok olsa bile borçlunun iade borcu, azami fakirleşme kadardır. Sebepsiz zenginleşme alacağı, sebepsiz zenginleşme ile fakirleşme arasındaki illiyet bağı ile sınırlıdır.³⁵¹

c) İlliyet Bağı; Malvarlığındaki zenginleşme ile diğer malvarlığındaki azalma arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Bunun için "zenginleşme olmasaydı fakirleşme olmayacaktı" denilebiliyorsa illiyet bağı vardır. Zenginleşmenin fakirleşmeye hiç bir etkisinin bulunmadığını söylemek hakkaniyetle bağdaşmaz.³⁵²

d) Haklı bir sebebin bulunmaması ; Bir kimsenin malvarlığında başkasının zararına meydana gelen zenginleşme, arada illiyet bağı olsa dahi, her zaman iade borcunu doğurmaz. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle bir iade borcunun doğabilmesi için malvarlığındaki

³⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu , T. 24.6.1987, E. 1986/3-678 , K. 1987/540.

³⁵⁰ OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut , 1995, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.703.

³⁵¹ ÖZ, Turgut, 1989, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul, s. 38.

³⁵² REİSOĞLU, Seza, 1961, Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, s.105.

zenginleşmenin haklı bir sebep olmadan meydana gelmesi şarttır. Borçlar Kanununun 61. maddesinde haklı sebep kavramı açıkça tarif edilmemiş sadece örnekleme suretiyle;

- geçerli bir hukuksal nedenin bulunmaması,
- borç olmayan bir edimin ödenmesi,
- hukuksal nedenin gerçekleşmemiş olması (koşula bağlı sözleşmelerde, örneğin koşula bağlanmış bir alacak, koşul gerçekleşmeden önce ödenir ve fakat koşul gerçekleşmez ise, fakirleşen zenginleşmenin iadesini isteyebilir) ve
- hukuksal nedenin sona ermesi (edimin yerine getirildiği sırada geçerli bir hukuksal nedenin bulunmasına karşın sonradan bu neden ortadan kalkar ise örneğin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin ediminin kusursuz olarak imkansız hale gelmesi bağışlayanın bağışlamadan dönmesi durumunda daha önceden ifa edilen edimlerin iadesi istenebilir) olarak sayılmıştır.

2.1. Sebepsiz Zenginleşme Davasının Niteliği Konusu ve Kapsamı

Sebepsiz zenginleşme davası, haklı bir neden olmaksızın zenginleşmenin sebep olduğu bir alacak hakkına dayanan, şahsi nitelikte bir davadır.³⁵³ Şartları oluşmuş ise sebepsiz zenginleşmenin iadesi gerekir. Bu iade sebepsiz zenginleşme davası ile sağlanır. Sebepsiz zenginleşme davasında davacı mümkün ise zenginleşenin malvarlığındaki şeyin aynen alınıp iadesini talep eder. Sebepsiz zenginleşme davası şahsi niteliği ile haksız fiil ve sözleşmelerden doğan davalarla aynı grup içerisinde yer alır. Bu davalar gibi, davacıya sahip olduğu bir alacak hakkını sağlamak amacını güder. Haksız olarak karşı tarafın malvarlığına intikal etmiş şey aynen geri verilmek gerekse de bu sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliğine engel değildir. Sebepsiz zenginleşme davasındaki iade olgusu aynı bir dava olan istihkak davasının doğurduğu sonuca ulaşır. Ancak sebepsiz zenginleşme davasının iade amaçlı olması bu davanın aynı nitelik taşımasını gerektirmez. Her iki davanın birbirine benzemesi, önceki durumun geri getirilmesini sağlamalarından ibarettir.³⁵⁴

Sebepsiz zenginleşme davasında geri verme borcunun kapsamını belirlemek için, bu konuyu düzenleyen Borçlar Kanununun 63 ve 64. maddelerine bakmak gerekmektedir. Sebepsiz zenginleşme davasında iade borcunun kapsamı, davacının fakirleşme miktarını

³⁵³ REİSOĞLU, Safa, 1971, Borçlar Hukuku, Sözleşmeden, Haksız Fiilden ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borçlar, Cilt:1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 308, s.165.

³⁵⁴ TORANBOY, Kürşat Nuri, Aralık 1997, Prof .Dr. Naci KINACIOĞLU'NA Armağan, " Sebepsiz Zenginleşme Davasının Asli – Tali Niteliği " Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Ankara, s.94.

aşmamak şartıyla, haklı bir sebep olmadan zenginleşen kimsenin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre değişir. Şöyle ki ;

Haklı bir sebep olmadan zenginleşen kimse iyiniyetli ise (Medeni Kanun madde 3) geri isteme zamanındaki zenginleşmesi oranında iadeyle yükümlüdür (Borçlar Kanunu madde 63). Haklı bir sebep olmadan zenginleşen iyiniyetli kişi, iade halinde, zenginleşmeye sebep olan şey için yapmış bulunduğu zorunlu veya yararlı giderleri isteme, sebepsiz zenginleşme bir miktar para ise bu giderleri iade borcundan düşme hakkına sahiptir (Borçlar Kanunu md. 64 /1). Sebepsiz zenginleşmesinde iyiniyetli olan, sabit olan zenginleşme miktarının sonradan (istek tarihine kadar geçen zaman içerisinde) azaldığını (veya tamamen ortadan kalktığını) ispat ederse, zenginleşmesinden sadece elinde kalanı geri vermekle yükümlüdür. Bu yolda bir ispatın bulunmadığı hallerde ise, varlığı sabit olan zenginleşme miktarını geri vermek zorundadır. Kötüniyetli ise, iade borcu, zenginleşmenin tamamını kapsar ve iade halinde, ancak yaptığı zorunlu giderlerin kendisine ödenmesini isteyebilir.³⁵⁵

³⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2003 tarih, E. 2003/13-787, 2003/774 sayılı kararı “Taraflar arasındaki "menfi tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Bursa Asliye Birinci Hukuk Mahkemesi)nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 4.7.2002 gün ve 2002-25 E-590 K. sayılı kararın incelenmesi taraflar vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 26.5.2003 gün ve 2003/9905-11167 sayılı ilamı ile; (...Davacı, şuyulandırma işlemi sonunda 1274 parsel sayılı taşınmazda 130/4895 paya sahip olduğunu, bu taşınmaza idarece kamulaştırmaz el atılması üzerine, dava yolu ile payına düşen bedeli idareden aldığını, bir süre sonra şuyulandırma işleminde kendisine sehven pay verildiğinin anlaşılması sonucu, idarenin ödediği bedeli, ödeme tarihinden itibaren işletilen faizi ile birlikte geri istediğini, ilama bağlı olarak tahsil ettiği paranın tümünü iade ettiğini, kendisinden istenilen 8.730.940.268 TL. temerrüt faizinin istenemeyeceğini belirterek borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini istemiştir. Hemen belirtilmelidir ki, kamulaştırmaz el atma nedenine dayalı tazminat davasının konusunu oluşturan taşınmaz payının davacı adına yanlışlıkla tescil edilmiş ve dolayısıyla, davacının aldığı tazminatın gerçekte maliki bulunmadığı bir taşınmaza ilişkin bulunması karşısında, davalı tarafından davacıya yapılan ilama bağlı ödemenin, davacı yönünden bir sebepsiz zenginleşme oluşturduğu açıktır. Bu noktada, önce sebepsiz zenginleşme kavramı üzerinde durulacaktır: Bilindiği üzere, sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için; bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması gerekir.

B.K.'nin 61 ve devamı maddelerindeki düzenlemelere göre, sebepsiz zenginleşme; geçerli olmayan veya tahakkuk etmemiş yahut varlığı sona ermiş bir nedene ya da borçlu olunmayan şeyin hataen verilmesine dayalı olarak gerçekleşebilir. Sebepsiz zenginleşme bunlardan hangisi yoluyla gerçekleşmiş olursa olsun, sebepsiz zenginleşen, aleyhine zenginleştiği tarafa karşı, geri verme borcu altındadır. Sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin, hakkın veya hizmetin zenginleşme (iktisap) tarihindeki miktar veya değeri; kısaca, sebepsiz zenginleşmenin miktarı, fakirleşen tarafından ispat edilmelidir.

Ancak, geri verilecek miktar, her zaman zenginleşme miktarına eşit değildir. Burada kural, geri verilecek miktarın zenginleşenin malvarlığındaki çoğalmaya eşit olması ise de, bunun, fakirleşenin malvarlığındaki azalmadan daha fazla olmaması da gerekir. Zenginleşme miktarı ile geri verilmesi gereken miktarın her zaman eşit olmamasının bir nedeni, zenginleşenin konusunun para dışındaki bir şey olduğu hallerde, o şeyin zenginleşenin malvarlığındaki değeri ile, fakirleşenin malvarlığındaki değerinin farklı olabilesidir.

Öte yandan, geri verilecek miktarın belirlenmesinde, zenginleşenin iyiniyetli veya kötüniyetli olması da, gözönünde tutulması gereken bir olgudur. Gerçekten de, konuya ilişkin Borçlar Kanununun 63. ve 64. maddelerinde, sebepsiz zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı, onun iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre, farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Somut olayda davacının iyiniyetli bulunduğu çekişmesiz olmakla, iade borcunun kapsamı konusundaki değerlendirmede, Borçlar Kanununun buna ilişkin 63/1. maddesindeki düzenleme esas alınmalıdır. Anılan hüküm "Haksız olarak bir şeyi istifa eden kimse, onun istirdadı zamanında elinden çıkmış olduğunu ispat ettiği miktar nispetinde red ve iade ile mükellef değildir" şeklindedir. Önemle belirtilmelidir ki, sebepsiz zenginleşenin elinden çıktığını ispat ettiği miktarı geri vermekle yükümlü olmaması kuralı, sadece, iktisaden yararlanmadığı miktar yönünden geçerlidir; geri verme yükümlülüğünün sınırlandırılması, ancak zenginleşme konusunun harap olma, kaybolma, hasara uğrama veya bağışlama gibi, sebepsiz zenginleşenin ondan iktisaden yararlanmadığı hallerde söz konusu olabilir. Buna karşılık, zenginleşme konusunun satılması suretiyle elden çıkması veya yanmasından dolayı sigortadan tazminat alınması gibi hallerde, satış bedeli veya sigorta tazminatı malın yerine geçeceği için, geri verme yükümlülüğü devam eder. Bunun gibi, sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin kısmen veya tamamen, zenginleşenin kişisel ihtiyacı için harcadığı hallerde de, iktisaden yararlanma söz konusu olacağı için, geri verme borcu yine vardır.

Nihayet, iyiniyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. Burada amaç, iyiniyetli müktesibi, sebepsiz zenginleşmesinin hiç gerçekleşmiş olması halinde hangi durumda bulunacak idiyse, ondan daha kötü duruma düşürmemektir. İyiniyetli müktesibin geri verme borcunun kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gereken bir diğer husus, sebepsiz zenginleşmesine konu şeyden elde ettiği tabii ve medeni semerelerdir. Medeni semere kavramı faiz, kira gibi unsurları ifade eder. ..Sebepsiz zenginleşen durumundaki davacı, zenginleşmesine konu (kamulaştırmaz el atma davası sonucunda verilen mahkeme kararına dayalı olarak davalıdan aldığı) paranın, yukarıda açıklanan şekilde, kendisine iktisaden yarar sağlamayan yollardan biriyle elinden kısmen veya tamamen çıkmış olduğunu iddia ve ispat etmemiştir. O halde, davacı, davalıdan aldığı parayla birlikte, sebepsiz olarak elinde bulundurduğu sürede ondan elde ettiği medeni semereleri de geri vermekle yükümlüdür. Yukarıda belirtildiği üzere, davacının gerçekte bu paradan faiz geliri elde etmiş olup olması, sonuca etkili görülmemelidir. Davacının, malvarlığına sebepsiz olarak giren parayı, faiz dışı yollarla da olsa, şu veya bu şekilde kullanmış ve böylece ondan yararlanmış olması hayatın olağan akışımın doğal sonucu olduğundan ve yine bu faydalanma sonuç itibarıyla paradan medeni semere elde etme anlamı taşıdığından, davacının elde etmiş sayılacağı bu medeni semereleri geri verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine yukarıda söylendiği gibi, somut olayda davacının bu paradan hangi tür ve miktarda medeni semere elde ettiği açıkça belirgin bulunmadığı için, değerlendirme ölçütü olarak faizin esas alınması gerekli ve kaçınılmazdır.

Temerrüt, en kısa tanımıyla, alacaklı tarafından talep edilebilir (muaccel) hale gelmiş bir borcun ifasındaki gecikmedir ve kural olarak, bu tür (muaccel) bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer (B.K. md. 101/1). Başka bir ifadeyle, temerrütten söz edilebilmesi için, öncelikle muaccel bir borcun ve alacaklının o borca yönelik ihtarının bulunması gerekir.

Kural böyle olmakla birlikte, borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarının gerekmediği bazı durumlar da vardır: Örneğin, ifa günün taraflarca birlikte kararlaştırıldığı (B.K. md. 101/2), borçlunun borcu ifa etmeyeceğini bildirmiş olduğu veya hal ya da durumundan bu sonuca varılabildiği (B.K. md. 107/1) hallerde, temerrüdün gerçekleşmesi için alacaklının ihtarına gerek yoktur. Borçlunun temerrüde düşmesi için alacaklının ihtarına gerek bulunmayan ve bir kısmı az yukarıda sayılan hallerden, somut olay bakımından önem taşıyan, borcun bir haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmış olması halidir.

Belirtmelidir ki, haksız fiilde ve sebepsiz zenginleşmede temerrüt için ihtarın gerekmediği yolunda açık bir yasa hükmü yoktur. Ancak, müşterek hukukun ""Gaspden daima temerrüt halindedir"" şeklindeki genel ilkesi, günümüzde de uygulama yerine sahiptir. Bu ilkeye göre, haksız fiilin faili ve sebepsiz zenginleşen daima temerrüt halinde bulunduğu için, zaten gerçekleşmiş olan temerrüdü sağlamak üzere alacaklının bunlara ayrıca bir ihtarda bulunması gerekmez.

Haksız fiilden doğan tazminat borçlarında, temerrüdün haksız fiil tarihinde kendiliğinden gerçekleşeceği konusunda öğreti ve Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulaması birbirine paralel olduğu halde; sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade borcunda temerrüdün ihtar gereksiz zenginleşme tarihi itibarıyla oluşacağına dair öğretideki görüşün Yargıtay uygulamasında genel bir kabul görmediği; Yargıtay'ın bazı Dairelerinin, sebepsiz zenginleşmede dahi borçlu temerrüdünün gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için alacaklının ihtarının varlığını aradığı; buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve diğer bazı dairelerinin öğretiye paralel olarak, bu gibi hallerde ihtar gereksiz zenginleşme tarihinde temerrüdün gerçekleşeceğini kabul ettikleri görülmektedir. (Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1991 gün ve Esas: 1991/11-303, Karar: 1991/567 sayılı).

Yeri gelmişken şu da belirtilmelidir ki; tıpkı tersini öngören bir yasal düzenlemenin bulunmaması gibi, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade borcunda temerrüt için ayrıca alacaklı ihtarının aranması gereğini düzenleyen bir yasa hükmü de yoktur. Dolayısıyla sorun, sebepsiz zenginleşme ve temerrüt kavramlarının hukuksal yapı ve nitelikleri, hukukun genel ilkeleri ve bilimsel görüşler çerçevesinde bir çözüme kavuşturulmalıdır.

Sebepsiz zenginleşmeye konu şeyin, hakkın veya hizmetin zenginleşme (iktisap) tarihindeki miktar veya değeri; kısaca, sebepsiz zenginleşmenin miktarı, fakirleşen tarafından ispat edilmelidir.

İyiniyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamı, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. Burada amaç, iyiniyetli zenginleşeni, sebepsiz zenginleşmesinin hiç gerçekleşmiş olması halinde hangi durumda bulunacak idiyse, ondan daha kötü duruma düşürmemektir. İyiniyetli zenginleşenin geri verme borcunun kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gereken bir diğer husus, sebepsiz zenginleşmesine konu şeyden elde ettiği tabii ve medeni semerelerdir. Medeni semere kavramı faiz, kira gibi unsurları ifade eder.

Özellikle, faiz, sebepsiz zenginleşmenin bir miktar paradan ibaret olduğu hallerde elde edilebilecek tek medeni semere türü değildir. Faiz getirecek şekilde işletilmemiş olsa bile, bir paranın sebepsiz zenginleşenin malvarlığında bulunduğu süre içinde, onun malvarlığına ekonomik bakımdan başka türlü katkılar sağlayabileceği kuşkudan uzaktır. Ancak, sağladığı katkının türü ve miktarı her somut olayda farklı olacağından, zenginleşenin bu parayı ne şekilde değerlendirdiği yönünde herhangi bir açıklığın bulunmadığı hallerde, ekonomik katkının belirlenmesinde hukuksal bir ölçü olarak, faiz kavramı esas alınmalıdır. Sebepsiz zenginleşenin, zenginleşmeye konu para için daha yüksek veya daha düşük oranda faiz almış olduğu ispat edilmediği sürece; zenginleşmenin gerçekleştiği tarih ile geri vermenin talep

Somut olay bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde: 1. Sebepsiz zenginleşmede geri verme borcunun kapsamına ilişkin yukarıda değinilen ilke ve kurallar, somut olayda iyiniyetli müktesip durumunda bulunduğu çekişmesiz olan davacının, hayatın olağan akışı içinde sebepsiz zenginleşmesine konu parayı elinde bulundurduğu süre içerisinde ondan sağlaması beklenen medeni semereleri, davalıya vermekle yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır. 2. Temerrüt kavramı hakkındaki açıklamalar da, davacının, sebepsiz zenginleşmeye konu parayı davalıya geri verme borcu bakımından, ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın zenginleşme tarihi itibarıyla temerrüde düştüğünü göstermektedir, iade borcunun konusu belli bir paradan ibaret olduğuna ve davacı bu borcu yönünden temerrüde düştüğüne göre, temerrüt faizinden sorumlu tutulması zorunludur. 3. Bu durumda davacı, sebepsiz zenginleşmesinin gerçekleştiği (ilama bağlı tazminatı davalıdan taksitler halinde aldığı) tarihler ile, ana para borcunu davalıya ödediği tarih arasındaki sürede, temerrüt faizi oranları üzerinden tahakkuk eden faiz miktarıyla sınırlı olarak, davalıya karşı borçludur. Görülmekte olan davadaki menfi tespit istemi, bu çerçevede saptanacak faiz miktarına göre karara bağlanmalıdır. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı direnme kararı yerindedir. Ne var ki, esasa (Davacının sorumlu tutulması gereken faiz miktarına) yönelik temyiz itirazları incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir. SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerle Yerel Mahkemenin direnmesi yerinde görüldüğünden, davacı vekilinin esasa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 13. Hukuk Dairesine gönderilmesine, 17.12.2003 gününde oyçokluğu ile karar verildi.”

edildiği tarih arasındaki süre için, paranın kullanma değerinin karşılığı olarak, temerrüt faizi kadar faizle yükümlü tutulmalıdır.³⁵⁶

2.2. Paralel İthalatçıya Sebepsiz Zenginleşme Nedeniyle Dava Açılabilir mi?

Bilindiği gibi Özel Hukuk alanındaki sonuçların ortaya çıkması, bunların genel ve özel şartlarının gerçekleşmesine bağlıdır. Yukarıda da açıkladığımız ve Yargıtay'ın yeni tarihli içtihatlarında da vurgulandığı üzere sebepsiz zenginleşme nedeniyle dava açılabilmesi için; borçlunun zenginleşmesine karşın, alacaklının fakirleşmesi, zenginleşme ile fakirleşme arasında uygun illiyet bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli bir nedene dayalı olmaması koşullarının bir arada bulunması gerekir.

Paralel ithalat yolu ile, fikri mülkiyet hakkına konu ürünü getirip piyasaya sunan paralel ithalatçıların, yapılan yatırım maliyetlerine katlanmaması halinde ise yukarıda saydığımız koşullar gerçekleşmemektedir. Şöyle ki;

Öncelikle sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak dava açabilmek için başkasının hukuk alanına hukuka aykırı bir müdahale söz konusu olmalıdır. Fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle malı piyasaya sunan kişiye (tek satıcıya), özgülünen bir hak olmadığı gibi, fikri mülkiyet hakkı sahibi veya onun izniyle orijinal malı piyasaya sunan kişinin (tek satıcının) münhasır yetki alanı içerisinde de değildir. Bununla birlikte o bölge veya ülkede tek satıcının münhasır yetki alanı / hukuk alanı içerisinde olduğu kabul edilse bile paralel ithalatçının müdahalesi hukuka aykırı değildir. Hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşmemektedir. Çünkü; paralel ithalatçı hakka konu olan ürünleri o bölgeye veya ülkeye yasal yollardan ithalat mevzuatına uygun bir şekilde sokmakta vergilerini ödemektedir. Ve paralel ithalat yoluyla getirilen mallar aynı sağlayıcının ürettiği orijinal mallardır.

Diğer bir tartışma konusu da paralel ithalat yoluyla ithal edilen mallar da garanti hizmetinin sağlanamaması nedeniyle markaya olan güvenin sarsılabileceği iddiasıdır. Bu durumda da yine yukarıda bahsettiğimiz sebepsiz zenginleşmeye ilişkin B.K.61 ve devamı maddelerinin uygulanması imkanı yoktur. Çünkü sebepsiz zenginleşmede davaya konu edilebilen değer sadece borçlu'nun (sebepsiz zenginleşenin), malvarlığına geçen değerlerdir. Yani dava açabilmek için alacaklının malvarlığından, zenginleşenin malvarlığına bir geçiş olmalıdır. Mevcut durumda böyle bir olgu söz konusu olmadığından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açmak imkanı yoktur.

³⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2003 tarih, E. 2003/13-787, 2003/774 sayılı kararı.

Diğer bir şart olan illiyet bağı da aynı zamanda olmalıdır. Borçlunun malvarlığında başkası aleyhine meydana gelen zenginleşme; kazandırma(edim), müdahale veya umulmayan olay gibi zenginleştirici olaylardan birinden kaynaklanmalıdır. Ancak bu takdirde alacaklının malvarlığında meydana gelen zenginleşme, alacaklı aleyhine gerçekleşmiş olur. Zenginleşme ile kazandırma (edim), müdahale ve umulmayan olay arasında illiyet bağı olmadıkça, zenginleşme başkası aleyhine gerçekleşmiş olmaz.³⁵⁷

Paralel ithalatta ise, paralel ithalatçının malvarlığında meydana gelen artışın bir edimden, umulmayan olaydan gelmediği açıktır. Borçlunun malvarlığında meydana gelen artışın paralel ithalatçının bir fiilinden müdahalesinden kaynaklandığı ilk bakışta söylenebilir gibi görünmesine karşın, müdahalenin hukuka aykırı bir müdahale olduğu kabul edildiğinde, paralel ithalatçının fiilinde herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı ortadadır. Bu durumda paralel ithalat nedeniyle paralel ithalatçının malvarlığında meydana gelen zenginleşme ile kazandırma (edim), müdahale ve umulmayan olay arasında illiyet bağı olduğu söylenemez.

Vurgulanması gereken diğer bir nokta ise RKHK'una göre pasif satışların engellenemeyeceğidir. Yani fikri mülkiyet hakkına konu olan ürünü başka bir ülkede (bölgede) piyasaya sunan hak sahibi, o bölgedeki tek satıcısı ile yapmış olduğu dikey anlaşmaya pasif satışı yasaklayıcı hüküm koyamaz. Yani tek satıcı paralel ithalatçının talebini karşılamak durumundadır. Aksi durumda sözleşmede mevcut pasif satışı yasaklayıcı hükümler RKHK'un 4. maddesine aykırı kabul edileceğinden anlaşmaya muafiyet verilmeyecektir. Görüldüğü üzere paralel ithalatçının yatırım maliyetlerine katlanmadan o bölgeye ithal ettiği mallardan elde ettiği kazanç nedeniyle paralel ithalatçıya karşı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açmak olanağı bulunmamaktadır. Bu durum ilk bakışta adaletsizlikmiş gibi görünmesine karşın, daha öncede bahsedildiği gibi konu ekonominin tartışma konularından biri olup paralel ithalat uzun vadede rekabet ortamının korunmasına yardımcı olacak ekonominin enstrümanlarından biridir.³⁵⁸

³⁵⁷ EREN, Fikret, 2001, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, s. 865.

³⁵⁸ Bakınız Bedavacılık (Free riding problem) konu başlığı altına.

SONUÇ

Fikri mülkiyet hakları, sahiplerine mülkiyet benzeri bir takım yetkiler verdiğinden, rekabeti sınırlayıcı etkiye sahiptirler. Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hakları arasındaki dengenin sağlanmasındaki kriter hak sahibinin emeğinin ve yatırımlarının karşılığında daha fazla oranda piyasada rekabet sınırlamasına neden olmamasıdır. Bu dengeyi sağlamaya yönelik araçlardan biri olan tükenme ilkesi uygulanırken, somut olaydaki bütün hususlar değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmenin doğru şekilde yapılamaması durumunda gerek yaratıcı düşünce sahibinin gerekse birtakım ar-ge çalışmalarına yapılan yatırımların teşviki zarar görecektir, emeğin karşılığını alamama düşüncesi doğacaktır.

Tükenme ilkesinde hak sahibinin tek el niteliğindeki ilk satış hakkının hangi coğrafi alan içerisinde tükeneceği konu tamamen ülkelerin ulusal mevzuatlarına göre belirlenmektedir. Nitekim TRİPS anlaşmasında ülkeler hangi tükenme prensibini seçecekleri konusunda serbesttirler. ATAD, fikri mülkiyet hakları ile ilgili davalarda her olayın kendi özelliklerine göre ayrıntılı analizler yaparak rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığına karar vermekte konu ile ilgili hassas davranmaktadır. Bununla birlikte, AB’nde Bölgesel Tükenme ilkesinin kabulünün sebebi bu tercihin ekonomik ve politik gerekçelerle yapılmış olmasıdır. AB ile Türkiye arasında ise 1/95 sayılı OKK’nın EK 8 maddesine göre tükenme prensibi uygulanmamakta dolayısıyla paralel ithalat açısından malların serbest dolaşımını engellemektedir.

Ülkemizde, doktrinde de kabul gördüğü üzere Türkiye çapında tükenme yani ülkesel tükenme ilkesi benimsenmiştir. Yargıtay’ın, Police ve Dexter Kararlarında ülkesel tükenme ilkesinin sınırlarını aşarak uluslararası tükenme prensibinin kabulü yönünde bir karar verdiği kararın yasal düzenlemeye uymadığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.

RKHK'da hakkın tüketilmesi ilkesi ve paralel ithalat konusunda doğrudan bir düzenleme olmadığından Rekabet Kurulu kararlarında konuyu, rakip teşebbüslerin piyasaya girişinin engellenmesi ve faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlerin yasaklanması çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bizimde katıldığımız ve Rekabet Kurulu'nun Yargıtay'la aynı doğrultuda verdiği kararlarında, Rekabet Mevzuatı yönünden bu hakkın varlığının kabul edilip korunması gerektiğini, fikri mülkiyet hakkına konu malın Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişilerce yasal prosedüre uygun olarak ithal edilmesine, yani paralel ithalat yapılmasına engel olunamayacağını belirtmiştir.

KAYNAKÇA

ANDERMAN, Steven D .,1998, EC Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation, Clarendon Press, Oxford.

AGNEW. J. H.,1985, Competition Law, London.

AKTAŞ, Cihan, 2003, Gelişmekte Olan Ülkelerde Rekabet Politikası: Bir Çerçeve Çalışması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:28, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

AKINCI, Ateş, 2000, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:5, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ALBERT,F./HEALT,C., 1997, “Dyed But Not Exhausted-Paralel Imports and Trade Marks in Germany” II C 28.

ARKAN, Sabih, 1997, Marka Hukuku C:1, Ankara.

ARKAN, Sabih,1998, Marka Hukuku, C:2, Ankara.

ARKAN, Sabih, 1998, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.197 vd.

ARKAN, Sabih, 2002, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi”, Rekabet Kurulu Ekim Perşembe Konferansları 17, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ARIKAN, A.Saadet / PINAR, Hamdi /KAYHAN, Fahrettin, 2002, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku Hakkın Tüketilmesi”, Rekabet Kurulu Ekim Perşembe Konferansları 17, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s.105 vd.

ARI, M. Haluk, 2003, Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:29, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ASLAN, İ.Yılmaz., 1992, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırma Enstitüsü, İş Bankası Vakfı, Ankara.

ASLAN, İ. Yılmaz, 2001, Rekabet Hukuku, Bursa.

ASLAN, Adem, 2004, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul.

ASLAN, İ. Yılmaz, 2005, Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa.

AYBER, Murat, 2003, Marka İçi ve Markalararası Rekabetin Dengelenmesi Gereken Hallerde Rekabet Otoritelerinin Yaklaşımı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

AYİTER, Nuşin, 1968, İhtira Hukuku, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

AYİTER, Nuşin, 1981, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara

BEIER, K.F., 1990, "Industrial Property and Free Movement of Goods in the Internal European Market" IIC V.21, No:2, s.131-160.

BELLAMY, Christopher and CHILD, Graham, 2001, European Community Law of Competition, Fifth Edition, London Sweet & Maxwell.

BADUR, Emel, 2001, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Antlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:6, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

BAEL, Ivo Van, BELLIS, Jean François, 1987, Competition Law of the E.E.C.; Oxfordshire, s.212.

BUDAK, Ali Cem, 1993, "Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi" ,AT Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, s. 143.

BEŞİROĞLU, Akın, 2004, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, Beta Yayınevi, İstanbul.

CARSTEN, Fink, 2005, Entering the Jungle of Intellectual Property Rights, “Exhaustion and Paralel Imports”, http://www1.worldbank.org/wbi/trade/c_papers/fink-parallel.pdf.

ÇAPOĞLU, Gökhan, 1993, Rekabet Kavramı ve Rekabet Koruma Yasa Tasarısı, Türkiye İktisat, Y.5, S.14.

ÇETİNTAŞ, Hakan, 2000, Küreselleşme Sürecinde Türkiyenin Rekabet Politikası ve Rekabet Gücü: Demir-Çelik Sektörünün Rekabet Gücü Analizi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, İstanbul, s.14-16.

ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin, 2001, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara.

EROL, Kemal, 09/2000, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:1, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GIDE- LOYRETTE- NOUEL, 1972, Le Droit de la Concurrence des Communautés Européennes, Paris.

GLEISS-HIRSCH, E., 1978, Common Market Cartel Law, Washington D.C., 3rd edition.

GOYDER, D.G., 2003, EC Competition Law, Fourt Edition, Oxford University.

GÖKYAYLA, Emre, 2001, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.

GÖRGÜLÜ, Ümit, 2003, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Kapsamında Fiyat Ayrımcılığı Uygulamaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:32 Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜÇER, Sülün, 2005, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:13, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

GÜL, İbrahim, 2000, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No: 2, Ankara.

GÜVEN, Pelin, 2005, Rekabet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.

HILDEBRAND, D., 1998, The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, Netherlands, Kluwer Law International.

HIRSCH, Ernst E., 1943, Hukuki Bakımdan Fikri Say, C.2, İstanbul.

HUGHES, M., FOSS, C., ROSS, K., 2001, "The Economic Assessment of Vertical Restraints Under U.K. and E.C. Competition Law", ECLR 10, s. 424-433.

İNAN, Nurkut, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batider, C: XVII, S:2, Ankara, s. 55-77.

İŞGÜZAR, Hasan, 1989, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara.

JONES, Alison and SUFRIN, Brenda, 2004, EC Competition Law Text, Cases, and Materials, Oxford University.

KARAKURT, Alper, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:11, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

KAYHAN, Fahrettin, 2001, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C:1, Ankara, s. 51 vd.

KERSE, Cristopher and KHAN, Nicholas, 2005, EC Antitrust Procedure, Fift Edition, London.

KORAH, Valentine, 2000, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Seventh Edition, Hart Publishing, Oxford.

MERKIN, Robert, 1987, Encylopedia of Competition Law, Vol: 1, London.

MERKIN,M.R., - WILLIAMS, 1984, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, London.

OCAK, Nazmi, 1999, "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Ali Bozer'e Armağan, s. 269-286.

ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, 2002, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Seçkin Yayınevi, Ankara.

OECD, 1997, "Patents and Innovation in International Context", OECD/ GD (97) 210, Paris, s. 5.

ORTAN, Ali Necip, 1992, Avrupa Patent Sistemi; C:2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara.

ORTAN, Ali Necip, 1979, Patent Lisansı Sözleşmesi, Doğan Basımevi, Ankara.

ÖLMEZ, Hakan Suat, 2003, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:33, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ÖZ, Gamze, 2000, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No:4, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

ÖZ, Gamze, Aralık 1999, "AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları 3, Rekabet Kurumu Yayını No.0041, Ankara, s. 79-115.

ÖZCAN, Mehmet, 1999, Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara.

ÖZDEMİR OKTAY, Saibe, 2002, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi ve Rekabet Hukuku Hükümlerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul.

ÖZSUNAY, Ergun, Aralık 1984, "AET Rekabet Hukukunda Paralel İthalatın Kısıtlanmasına İlişkin Anlaşmaların Roma Anlaşmasınının 85. Maddeye Aykırılığı-N.V. I.A.Z. International Belgium S.A. ve Diğerleri v. Komisyon Kararı- Üzerine Gözlemler", İktisat Maliye, C:XXXI, S:9, s. 355.

ÖZSUNAY, Ergun, 1985, Kartel Hukuku, İstanbul.

PEEPERKORN, Luc, "Dikey Anlaşmaların İktisadi Boyutu" Çev. Meltem Bağış, Rekabet Dergisi, Sayı 10, 2002, s.78.

PINAR, Hamdi, 2000, Prof.Dr.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Beta Yayınevi, İstanbul, s. 857-909

SANLI, Kerem Cem, 2000, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisans Üstü Tez Serisi No:3, Ankara.

SU, Kemal Tahir, 2003, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

SULUK, Cahit, 2004, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınevi, İstanbul.

SOYAK,Alkan, 2000, " Küreselleşme Sürecinde Ulusal Teknoloji Politikası ve Türkiye: Sınai Mülkiyet Hakları ve Ar-Ge Teşvikleri Açısından Bir Çözümleme", Bilim ve Teknik Yayınevi, İstanbul.

TANDOĞAN, Haluk, Aralık 1982, "Tek Satıcılık Sözleşmesi",Batider,C.XI, S.4.

TEKDEMİR, Yaşar, 2003, "Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi bir Yaklaşım", Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi Sayı 13, Ankara.

TEKİL, Müge, 1997, "554 Sayılı KHK Çerçevesinde Endüstriyel Tasarım Kavramı ve Koruma Şartları", İHFM,C:LV, S.4, s. 233-251.

TEKİNALP, Gülören /TEKİNALP, Ünal/ OKUTAN, Gül, 2000, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2. Bası, Beta Yayınevi.

TEKİNALP, Ünal, 1998, "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör", Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş.: İnterMedya Yayını, s.70.

TEKİNALP, Ünal, 2004, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.

TOPÇUOĞLU Metin, 2001,Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ, Haziran 1999, Beşinci Yılında Türk Patent Enstitüsü, TPE Yayın No: 21, s.7.

URLESBERGER, F.C., December 1999, "Legitimate Reasons for the Proprietor of a Trade Mark Registered in the EU to Oppose Further Dealings in the Goods After They Have Been Put on The Market For First Time" CML Rev. V.36, No:6, s. 1195-1228.

WRIGHT.,1968, Patent and Know-How Licensing, EEC Competition Law, Oxford.

WHISH, Richard, 2003, Competition Law, Fifth edition, Butterworths.

YARGITAY KARARLARI

1. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Police Kararı,12.03.1999 tarih,1998/7997 Esas, Karar 1999/2098, www.kazanci.com.tr.
2. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Dexter Kararı, 14.06.1999 tarih, 1999/3243 Esas, Karar 1999 / 5170, www.kazanci.com.tr.
3. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 9.11.2000 tarih , Esas 2000/7381 , Karar 2000 / 8746 (Naf Naf Kararı), www.kazanci.com.tr.
4. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2003 tarih, 2003/13-787 Esas, Karar 2003/774, www.kazanci.com.tr.

REKABET KURUMU KARARLARI

1. Rekabet Kurulu, 06.11.2000 tarih, D2/2/Ö.İ.-99/1, Karar 00-44/472-257, Şikayetçi Hekim Optik İthalat İhracat ve Tic. Ltd. Şti.& Sesa Dış Ticaret Ltd. Şti., R.G. 06.08.2001 tarih, 24485 sayı.
2. Rekabet Kurulu, 29.5.2001 tarih, D2/2/İ.S. – 99/4 (Soruşturma), Karar 01-25/238-61, Şikayetçi Beyaz İletişim Sistemleri Dış Ticaret ve Sanayi Limited Şirketi ile hakkında soruşturma yapılan Armada Bilgisayar Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi,, R.G. 31.01.2003 tarih, 25010 sayı.
3. Rekabet Kurulu, 26.11.1998 tarih, Dosya No : E2-D1-97/2, Karar 93/750-159, Şikayetçi Yücel Gaz Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi ve Bayileri ve Aygaz A.Ş., Likidgaz Tevzi ve Üretim Sanayi ve Ticaret A.Ş., Milangaz Ticaret ve Sanayi A.Ş., İpragaz A.Ş., R.G. 09.12.2000 tarih, 24255 sayı.
4. Rekabet Kurulu, 17.06.1999 tarih, Dosya No : E2-D1-97/1, Karar 99-30/276-166 (a), Şikayetçi İzmir Ticaret Odası ve Akçansa Çimento San. ve Tic. A.Ş., Batıçim Batı Anadolu Çimento San. A.Ş., Batisöke Söke Çimento Sanayi A.Ş., Çimentaş İzmir Çimento Fabrikası Türk A.Ş., Denizli Çimento Sanayi A.Ş., R.G. 06.10.2000 tarih, 24192 sayı.
5. Rekabet Kurulu, 14.12.1999 tarih, Dosya No : D2/1/E.Ö.-99/1, Karar 99-57/614-391, Şikayetçi Rekabeti Koruma ve Geliştirme Derneği (REKODER) ile Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.,Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş., R.G. 26.08.2000, 24152 sayı.

6. Rekabet Kurulu, 07.01.1998 tarih, Karar 46/323-34, Başvuruda Bulunan (Rekabet Kurumu kayıtlarında saklıdır) ile Şişe Sütü Üreticileri, R.G. 17.11.1998 tarih, 23526 sayı.
7. Rekabet Kurulu, 15.08.2003 tarih, Dosya No: 4/1/L.K.-01/2, Karar 03-57/671-304. Hakkında soruşturma yapılan teşebbüs HSBC Bank A.Ş. (Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.'yi devralmıştır), R.G. 03.04.2004 tarih , 25422 sayı .
8. Rekabet Kurulu, 28.04.1999 tarih, Dosya No : D3/1/Y.K.-99/6 , Karar 99-21/171-90, Bildirimde Bulunanlar: Tezsan Pazarlama A.Ş. adına Ali Tamer KAVALALI ve Mete ALPAY ile Taraflar: Strojimport Foreign Trade Company ve Tezsan Pazarlama A.Ş., R.G. 19.08.2000 tarih, 24145 sayı .
9. Rekabet Kurulu, 03.03.1999 tarih, Karar 99-12/89-31, İhbar Eden ile Muhatap Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş. (HAVAŞ), R.G. 09.09.1999 tarih, 23811 sayı.
10. Rekabet Kurulu, 06.10.1999, Dosya No: D4/1/K.O.K.-99/1(İlk İnceleme), Karar 99-45/486-311, Şikayetçiler: Baykur Gıda San. Tic. A.Ş. ve Doysan Yağ San. A.Ş. ile Hakkında İlk İnceleme Yapılan Egebank A.Ş., R.G. 07.03.1999 tarih, 24688 sayı.
11. Rekabet Kurulu, 06.04.2001 tarih, Dosya No: D1/1/H.U.-99/1, Karar 01-17/150-39, Şikayetçi İsmet AYZ ile Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., R.G. 23.12.2001 tarih, 24619 sayı.

AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANI KARARLARI

1. Case C-355/96, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH 29 January 1998, E.C.R. I-4799, 2 C.M.L.R. 953.
2. Case E-2/97, Mag Instrument Inc., California Trading Company Norway, Ulsteen, (1997) 29 IIC 316 (1998); CMLR 331. (EFTA Mahkemesi Kararı).
3. Case 95/188/EC: Coapi, (Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial), 30 January 1995, Official Journal L 122 , 02/06/1995 P. 0037 – 0050.
4. Opera singer Re UNITEL [1978] 3 CMLR 306.
5. Cases 32/78, 36/78 to 82/78 BMW Belgium SA and others v. Commission of the European Communities 1979, ECR page 02435.
6. Commission Decision (Quinine Cartel), O. J. 1969, L.192, p.5.
7. Distillers Case, O. J. 1978, L. 50, p. 16.
8. Case 28/77 Tepea BV v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 20.06.1978.
9. Joined Cases 25 and 26/84, Ford-Werke AG and Ford of Europe Inc. v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 17.09.1985.
10. Case 17/74, Transocean Marine Paint Association v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 23.10.1974.
11. Joined Cases 56 and 58/64 Etablissement Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH. v. Commission, 13.07. 1966 ECR 299, 347.
12. Commission Decision 72/480/EEC of 22 December 1972, WEA-Filipacchi Music SA, OJ L. 303 of 31 December 1972, p.52.
13. Case 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Commission of the European Communities, Judgement of the Court of 14 July 1972, ECR 619.
14. Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA and others v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 16 December 1975, European Court reports 1975 Page 01663.
15. Commission Decision (Cematex), 24 December 1971, J. O. 227. L., page 26.
16. Case 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 17 October 1972, European Court reports 1972 Page 00977.
17. NV IAZ International Belgium and others v Commission of the European Communities, Joined cases 96-102, 104, 105, 108 and 110/82, Judgment of the Court

of 8 November 1983, Competition law - ANSEAU-NAVEWA conformity label, European Court reports 1983, Page 03369.

- 18.** Case 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Judgment of the Court of 30 June 1966.
- 19.** Joined cases 6 and 7-73, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 6 March 1974, European Court reports 1974 Page 00223.
- 20.** Case 5/69, Franz Völk v S.P.R.L. Etablissement J. Vervaecke Franz Völk v. Etablissements J. Vervaecke, Judgment of the Court of 9 July 1969, European Court reports 1969 Page 00295.
- 21.** Case 56/65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), Judgment of the Court of 30 June 1966, ECR 235.
- 22.** Case 319/82, Société de Vente de Ciments et Bétons de l'Est SA v Kerpen & Kerpen GmbH und Co. KG, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 14 December 1983, ECR 04173.
- 23.** Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities (Chiquita Bananas) , Judgment of the Court of 14 February 1978, ECR 207.
- 24.** Case 22/78, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 31 May 1979, ECR 01869.
- 25.** Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 13 February 1979, ECR 00461.
- 26.** Case 226/84, British Leyland Public Limited Company v Commission of the European Communities, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 11 November 1986, ECR 03263.
- 27.** Case 70/89 British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited v Commission (1991) CMLR 669.
- 28.** Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance of 10 July 1990, European Court reports 1990 Page II-00309.
- 29.** Case No. IV / M.190-Nestle/Perrier O.J. L 356 dated 5.12.1992, page 1.

30. Case 247/86, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v SA Novasam, Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 5 October 1988, ECR 05987.
31. Case 41/83, Italian Republic v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of 20 March 1985, ECR 873.
32. Case C- 62/86, AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 3 July 1991, ECR I-3359.
33. Case T- 83/91, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, Judgment of the Court of First Instance (Second Chamber) of 6 October 1994, European Court reports 1994 Page II-00755.
34. Case 15/74, Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc., Judgment of the Court of 31 October 1974, ECR 1147.
35. Case 78-70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG., Judgment of the Court of 8 June 1971, European Court reports 1971 Page 00487.
36. Case 45/71 R. , GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) v Commission of the European Communities, Order of the President of the Court of 18 August 1971, ECR 00791.
37. Case 402/85, G. Basset v Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) Judgment of the Court of 9 April 1987, ECR 1747.
38. Joined cases 110/88, 241/88 and 242/88, François Lucazeau and others v Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others, Judgment of the Court of 13 July 1989, ECR 2811.
39. Case 238/87, Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd, Judgment of the Court of 5 October 1988, ECR 6211.
40. Case 53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Renault, Judgment of the Court of 5 October 1988, ECR 6039.
41. Case 24/67, Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm, Judgment of the Court of 29 February 1968, ECR 55.
42. Case 187/80, Merck & Co. Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler, Judgment of 14/07/1981, ECR page 02063.
43. Case 19/84, Pharmon BV v Hoechst AG., Judgment of 09/07/1985, European Court reports 1985 Page 02281.

44. Case 192/73, Judgment of the Court of 3 July 1974, Van Zuylen frères v Hag AG, European Court reports 1974 Page 00731.
45. Case 119/75, Terrapin v. Terranova, European Court reports 1976 Page 1039.
46. Case 102/77, Judgment of the Court of 23 May 1978, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH, European Court reports 1978 Page 01139.
47. Case C- 337/95, Parfums Christian Dior v. Evora, ECR I6013; (1998) 1 CMLR 737.
48. Case 3/78, Judgment of the Court of 10 October 1978, Centrafarm BV v American Home Products Corporation, European Court reports 1978 Page 01823.
49. Case C-352/95, Phyteron International SA v Jean Bourdon SA, (1997), ECR I-1729.
50. Case C-414 / 99, Zino Davidoff SA, v. A&G Imports Ltd. 18.05.1999, CH-1998.
51. Case C-173 / 98, Sebago Inc. and Ancienne Maison Dubois and Fils SA v. GB-Unic SA., ECR I-4103, 2 CML R. 1317, at 1330 (1999).

ÖZGEÇMİŞ

Derya Devrim GENÇ

Kişisel Bilgiler :

Doğum Tarihi 07.10.1976

Doğum Yeri Sivas

Medeni Durumu Bekar

Eğitim :

Lise 1990–1993 Beşiktaş Kız Lisesi

Lisans 1996-2001 Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans 2003- Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,
Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Meslek :

2002 -Devam ediyor Avukat, Bağımsız olarak kendi ofisimde çalışıyorum.