

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ
ve
FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİ

GÜLMELAHAT DOĞAN

Eylül, 2011

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ
ve
FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİ**

GÜLMELAHAT DOĞAN

Ankara, 2011

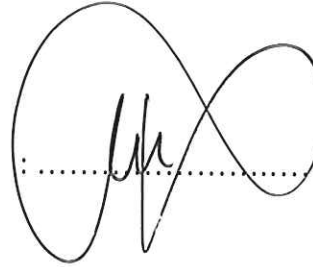
Gülmelahat DOĞAN tarafından hazırlanan **Zorunlu Unsur Doktrini ve Fikri Mülkiyet Haklarına Etkisi** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR
Tez Danışmanı

: 

Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

: 

Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.


Prof. Dr. Mehmet TURHAN

Tez Sınav Tarihi : 02 Eylül 2011

Tez Jüri Üyeleri :

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

(Çankaya Üniversitesi) : 

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

(Çankaya Üniversitesi) : 

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

(Kırıkkale Üniversitesi) : 

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağımı gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Gülmelahat DOĞAN

İmza :



Tarih :

02.09.2011

ÖZET

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA ETKİSİ

DOĞAN, Gülmelahat

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Eylül 2011, 131 sayfa

Sözleşme yapma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen “zorunlu unsur doktrini” hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu ve rakiplerinin ilgili pazarda faaliyet gösterebilmesi için zorunluluk arz eden varlığın kullanılarak reddi hallerini kapsamaktadır. Zorunlu unsur doktrini sözleşme özgürlüğünün istisnasını oluşturmaktadır. Bu sebeple çalışmada sözleşme yapma yükümlülüğü genel anlamda ve Anayasa Hukuku ile Borçlar Hukuku kapsamında incelenmiştir.

Çalışmada öncelikle zorunlu unsur doktrininin fiziksel varlıklar konusunda uygulanması incelenmiş, devamında gayri maddi varlıklar olan fikri mülkiyet hakları konusunda uygulama alanı bulması Türk ve Avrupa Rekabet Hukuku kapsamında incelenmiştir. Doktrinin ortaya çıkışı ve uygulaması Komisyon, İDM, ATAD, Rekabet Kurulu kararları ile olduğundan çalışmada doktrinin somutlaştırılabilmesi için birçok karar incelemesine yer verilmiş, kararlar hukuki mahiyetlerine göre başlıklandırılmıştır. Özellikle zorunlu unsur doktrini gibi uygulama kriterleri somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösteren bir konunun kararlar tek tek incelenmeden izahı mümkün değildir. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma olarak değiştirilmesi sebebiyle ATA 82. ve ABİHA 102. maddelerine çalışmada yer verilmiş, ATA 82. maddenin içeriğinde esaslı bir değişikliğe gidilmediği tespit edilmiştir. Çalışmada

Amerika Hukukunda zorunlu unsur doktrininin tarihçesine değinilmiş, Avrupa Rekabet Hukuku doktrinine, uygulamasına ilişkin kararlara ve Türkiye uygulamasına yer verilmiştir.

Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun birbirlerinin tamamlayıcısı olduğu, fikri mülkiyet hukuku teknolojik yenilik sağlarken, rekabet hukukunun ekonomik gelişmeyi ve tüketici refahını arttırmayı amaçladığı şeklindeki bakış açısı çalışmayı şekillendirilmiştir.

Anahtar Kelime: Zorunlu Unsur, Fikri Haklar, Microsoft.

ABSTRACT

ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE AND ITS EFFECT ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

DOĞAN, Gülmelahat

Institute of Social Sciences, Department of Private Law

Advisor: Assist. Prof. Dr. Emel BADUR

September 2011, 131 pages

“Essential Facility Doctrine”, considered within the context of obligation to contract, is composed of cases where refusal of use of the possession that is obligatory for the competitors to operate in related markets of the undertaking in dominant position comes into question. The Doctrine constitutes an exception to contractual liberty. This study, analyses obligation to contract in general and within both Constitutional Law and Law of Obligations.

Primarily, practice of such doctrine on physical assets is considered as the main subject, and then its applicability in IPR, as intangible assets, is analyzed within Turkish and European Competition Law. Since emergence and implementation of the doctrine depends on decisions of the Commission of EC, CFI, CJEU and the Competition Board, several court decision reviews are employed. As its practice criteria differ according to the features of the concrete case, the doctrine of essential facility cannot be explained without examining the decisions case-by- case. Since the Treaty Establishing the EC has been replaced by TFEU, both Article 82 of EC Treaty and Article 102 of TFEU are included in the study, and it has been concluded that no substantial change has been made in content of Article 82. This study, touches upon

the history of the Doctrine, and discusses the doctrine of European Competition Law, and practice in Turkey and related decisions.

This study has the approach that IP law and competition law are vis-à-vis complementary, and that while IPRs provide technological innovation, competition law aims to increase economical growth and consumer welfare.

Key Words: Essential Facility, Intellectual Rights, Microsoft.

GİRİŞ

Bu çalışmada anlaşma yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması sayılan hallerden zorunlu unsur doktrini incelenmiştir. Çalışma, anlaşma yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması sayılan hallerden sadece biri ile sınırlandırılmıştır.

Rekabet hukukunun temel hedefi ilk olarak tüketicinin refahının ve devamında toplumsal refahın sağlanmasıdır. Rekabet hukuku bunu ekonomik etkinliği arttırarak sağlar, ancak ekonomik etkinliğin arttırılmasında fikri mülkiyet haklarının da önemli bir payı vardır, çünkü fikri mülkiyet hakları ile öncelikle teknolojik yenilik gerçekleşmekte ve devamında korunan bu fikri mülkiyet hakları ile ekonomik gelişmeler sağlanabilmektedir.

Sözleşme özgürlüğü prensibinin bir istisnasını oluşturan zorunlu unsur doktrini kapsamında zorunlu unsur, bir teşebbüsün belirli bir pazarda faaliyet gösterebilmesi için esaslilik arzeden, mutlaka yararlanılması gereken ürün, hizmet ya da faaliyettir. Başka bir ifade ile belirli bir pazarda hakim durumda olan teşebbüsün, kendisine ait olan ve hakim durumunun temelini oluşturan varlığın, bağlantılı pazardaki rakibinin yararlanmasına, hakim durumunu koruyabilmek amacıyla sunmaması durumudur. Zorunlu unsurdan yararlandırmanın reddi, rekabete açık olmayan pazarların rekabete kapalı kalmaya devam etmelerine sebep olduğu için kaynakların etkin kullanımını engellemektedir. Bu gibi hallerde zorunlu unsurun sağlanmasını teminen anlaşma yapma yükümlülüğü getirilebilmekte, cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir. Doktrinin uygulanması istisnai nitelik arz etmekte olup, bu çalışmada uygulanabilme şartları kararlar ışığında incelenmiştir.

Yasa koyucu gayri maddi varlıklar arasında yer alan fikri mülkiyet haklarını da diğer haklar gibi koruma altına almıştır. Fikri mülkiyetin korunmasının amacı, fikri hak sahiplerine yeniliklerin gelişimini kesintisiz sürdürülebilme imkânı

vermektedir. Fikrî mülkiyet haklarından kaynaklanan tekel hakkı, fikri hakka sahip olan teşebbüsü rakiplerine karşı avantajlı konuma getirir. Bu durum teşebbüslerin rekabet gücünü belirlemede önemli nitelik arz eder.

Fikri mülkiyet sahiplerinin haklarının korunmasını sağlayan fikri mülkiyet hukuku sistemine ihtiyaç olduğu gibi, aynı ölçüde yeniliklerin artması ve gelişebilmesi için etkin bir rekabet hukuku sistemine de ihtiyaç vardır. Dolayısıyla, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında hassas bir denge mevcuttur.

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesinin ABİHA'nın 102. ve RKHK'nın 6. maddesinin ihlalini oluşturması halinde mümkün olmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin haklı bulunabilir sınırları ya da haklı bulunmadığı haller ABAD tarafından her bir dava konusu olay açısından ayrı ayrı incelenmiştir. Doktrinin somutlaştırılabilmesi için ABAD'ın konuya ilişkin belli başlı kararlarını inceleme zarureti doğmuştur. Gerek ABİHA 102. maddesi ve gerekse RKHK'nın 6. maddesi genel norm niteliğinde olduğundan maddeler içtihatlarla birlikte yorumlanarak netlik kazanmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda bu uygulamalara esas teşkil eden Komisyon, İDM, ABAD ve Rekabet Kurulu Kararları detaylı olarak incelenmiştir. Doktrinin ortaya çıkış kaynağı olması sebebi ile ABD uygulamasına kısaca yer verilmiş olup, ağırlıklı Avrupa Birliği ve Türk hukukundaki uygulamalar incelenmiştir.

Çalışmanın Birinci Bölümü'nde, zorunlu unsur doktrininin uygulamasının genel koşulları, doktrinin tarihçesi, pazar tanımı ve içtihatların kaynak niteliği taşımasına yer verilmiştir. İkinci Bölüm'ünde, zorunlu unsur doktrininin rekabet hukukundaki yeri, sözleşme yapma zorunluluğu ve Anayasa Hukuku ve Borçlar Hukuku açısından bu zorunluluğun incelemesi, Türk ve Avrupa Rekabet Hukuku'nda doktrine bakış ve doktrinin uygulanması kararlar kapsamında irdelenmiş, Üçüncü Bölüm'de ise kısaca fikri mülkiyet haklarına değinilmiş ve zorunlu unsur doktrini kapsamında fikri mülkiyet haklarının sınırları, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun ilişkisi, doktrinin fikri mülkiyet haklarına uygulanabilme koşulları ilgili kararlar ışığında ele alınmış, zorunlu unsur sonucu

ortaya çıkan zorunlu lisanslamanın uygulanabilirlik sorununa değinilmiş ve ATA'nın 82. Maddesinin Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz incelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
GİRİŞ	viii
İÇİNDEKİLER	xi
KISALTMALAR	xv

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....	1
1.1. Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanmasında Genel Kriterler.....	1
1.1.1. Zorunluluk	4
1.1.2. Hakim Durumda Bulunma	5
1.1.3. Alternatif Unsurun Sağlanması İmkânsızlığı ya da Makul Olmaması.....	6
1.1.4. Reddetmenin Varlığı	6
1.1.5. Objektif Gerekçelerin Olmaması.....	7
1.2. Zorunlu Unsur Doktrininin Tarihçesi	8
1.3. Zorunlu Unsur Doktrininde Pazarın Tanımlaması.....	15
1.4. RKHK 6. Maddesi Ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. Maddesi (Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 82. Maddesi).....	19
1.5. İlgili Maddelerin Genel Norm Olma Özelliği Sebebiyle İçtihatların Kaynak Niteliği Taşınması	20

İKİNCİ BÖLÜM

2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULAMASI.....	22
2.1. Doktrinin Rekabet Hukukundaki Yeri Ve İşlevi	22
2.2. Sözleşme Yapmayı Reddetme	24
2.3. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna İlişkin Genel Prensipler.....	26
2.4. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Anayasa Hukuku Ve Borçlar Hukuku Kapsamında İncelenmesi	28
2.5. Türk Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Ve Uygulaması.....	32
2.5.1. Zorunlu Unsur Kavramının Kullanıldığı İlk Karar Olarak Ankara Veteriner Tıp Merkezi - Propet / Pluton Kararı.....	33
2.5.2. Doktrinin Kamu Teşebbüslerine Uygulaması ve Eti Holding A.Ş Kararı	34
2.5.3. İnternet İçerik Hizmetlerine İlişkin TTAŞ - Doğan İletişim / Superonline / Türk Nokta Net Kararı	36
2.5.4. Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulama Şartlarının Açıkça Belirlendiği Türk Telekom A. Ş. / TİSSAD Kararı	37
2.5.5. Limanların Zorunlu Unsur Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Eken- Türkiye Denizcilik İşletmeleri Kararı.....	41
2.5.6. Ulusal Dolaşım İle İlgili Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulaması ve İş- Tim - Turkcell / Telsim Kararı	43
2.5.7. Enerji Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması ve ÇEAŞ Kararı	47
2.5.8. Dağıtım Ağları Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması ve BBD/ Biryay / Yaysat Kararı.....	51
2.5.9. Sözleşme Yapmanın Reddi ve Solmaz Mercan Kararı	54
2.6. Doktrinin Uygulanması ve Yaptırımı	57
2.7. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması Ve Doktrinin Somutlaştırılmasına İlişkin Yargı Kararları.....	61
2.7.1. Anlaşma Yapmayı Reddetmeye İlişkin İlk Karar Olan Commercial Solvents Kararı	62
2.7.2. Zorunlu Unsura Erişim Sağlama Yükümlülüğü ve Sea Containers v. Stena Sealink (Holyhead) Liman Kararları	63

2.7.3. Sözleşme Yapma Yükümlülüğüne Önemli Kısıtlamalar Getiren Bir İçtihat Oscar Bronner Kararı	64
--	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. GENEL OLARAK ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ KAPSAMINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ SINIRLARI	68
3.1. Fikri Mülkiyet Hakları	68
3.1.1. Fikir ve Sanat Eserleri	69
3.1.1.1. Bilgisayar Programlarının FSEK Kapsamında Koruması.....	70
3.1.1.2. Veri Tabanlarının FSEK Kapsamında Koruması.....	72
3.1.2. Patentler.....	73
3.1.3. Endüstriyel Tasarımlar	74
3.1.4. Faydalı Modeller	74
3.1.5. Entegre Devre Topografyaları.....	75
3.1.6. Yeni Bitki Çeşitleri.....	76
3.2. Rekabet Hukuku İle Fikri Mülkiyet Hukukunun İlişkisi	76
3.3. Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanabilme Koşulları	79
3.3.1. Türk Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması.....	83
3.3.1.1. Genel Durum	83
3.3.1.2. Futbol Maçlarının Banda Kaydedilmiş Görüntüleri Pazarı İle İlgili Olarak Teleon Kararı	84
3.3.1.3. Fikri Haklar Yönünden Değerlendirmeler İçeren Bilsa Kararı ...	88
3.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması.....	92
3.3.2.1. Genel Durum	92
3.3.2.2. Lisans Vermeyi Reddetme Durumu İle İlgili İlk Kararlar Olan Volvo ve Renault Kararları	92
3.3.2.3. Fikri Haklar Konusunda Zorunlu Lisansa Hükmedilmiş İlk Dava Olması Sebebiyle Önemli Olan Magill Kararı.....	94

3.3.2.4. Zorunlu Unsura Erişim Şartlarının Açıkça Belirlendiği	
Ladbroke Kararı	97
3.3.2.5. Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması ve IMS Health Kararı...	98
3.3.2.6. Doktrinin Uygulanması Konusunda Tartışmaların Giderildiği	
Microsoft Kararı	101
3.4. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 82. Maddesinin Teşebbüslerin	
Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un	
Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz.....	107
3.5. Zorunlu Unsur Sonucu Ortaya Çıkan Zorunlu Lisanslamanın	
Uygulanabilirlik Sorunu.....	112
SONUÇ	115
KAYNAKÇA	124
EK	
ÖZGEÇMİŞ	131

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABIHA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Hakkında Antlaşma
AD	: Adalet Divanı
Age	: Adı Geçen Eser
Agm	: Adı Geçen Makale
AR-GE	: Araştırma- Geliştirme
ATA	: Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Bkz.	: Bakınız
B.K.	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
CFI	: Court of First Instance
CJEU	: Court of Justice of the European Union
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EC	: European Communities
ECLR	: European Competition Law Review
ETKHK	: 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IP	: Intellectual Property
IPR	: Intellectual Property Rights
İDM	: İlk Derece Mahkemesi
K.	: Karar

md.	: Madde
M.K.	: Medeni Kanun
no.	: Numara
ör.	: Örnek
p.	: page
para.	: Paragraf
PKKHK	: 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
RA	: Roma Anlaşması
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s	: Sayfa
S.	: Sayı
TDİ	: Türkiye Denizcilik İşletmeleri
TFEU	: Treaty on the Functioning of the European Union
TİSSAD	: Tüm İnternet Servis Sağlayıcıları Derneği
TTAŞ	: Türkiye Telekomünikasyon Anonim Şirketi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TV	: Televizyon
Vb.	: ve benzeri
Vd	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

1.1. Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanmasında Genel Kriterler

“Zorunlu unsur” kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile Rekabet Hukukundaki; piyasalarda etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi, iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır.¹

Zorunlu unsura sahip teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesinin hangi hallerde kötüye kullanım oluşturacağı çok iyi tespit edilmesi gerekir. Aksi durumda ekonomik açıdan zararlı sonuçlar doğacaktır. Doktrinin uygulama şartlarının iyi tespit edilmesi, yanlış uygulamaya meydan verilmemesi gerekmektedir. Doktrin gevşek uygulandığında unsura sahip kişi ya da teşebbüsün yatırım yapmasını engelleyebileceği gibi katı uygulandığında ise piyasada yeni rakiplerin doğmasını engelleyecektir.

Zorunlu unsurun kabulü için iki temel kıstas bulunmaktadır. Buna göre;

- Unsuru sahip firma ilgili pazarda hakim durumda olmalıdır.
- Unsurun benzerinin makul şartlarda yapılamıyor olması gerekmektedir.

Bu iki şart unsurun zorunluluğunun tespiti açısından önemlidir. Unsurun zorunluluğunun bu şartların varlığı halinde kabulünün ardından fiilin rekabet hukuku açısından ihlal niteliği taşıyabilmesi, başka bir ifade ile hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için;

¹ GÜVEN, P. (2008), Rekabet Hukuku, Ankara, s. 311.

- Reddetme eyleminin varlığı ve unsurun kullanımının engellenmesi,
- Bu reddetme eyleminin haklı, objektif gerekçelere dayanmıyor olması şartları gerekmektedir.²

Zorunlu unsurun genel anlamda tanımı, rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde olarak ifade edilebilir.³

Gürzumar zorunlu unsur doktrini 'dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur doktrini' ve 'geniş anlamda zorunlu unsur doktrini' olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlamaya göre;

"Eğer somut olayda, ilgili unsur, münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuruyorsa ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya sunulmasının, başka teşebbüslere -ivazlı olarak- kullandırılmasının) unsur sahibinin iştiğal alanına girdiği kabul edilemiyorsa, bu unsurun sahibi tarafından (alt) pazardaki (potansiyel) rakiplerine (yani o unsuru kullanarak mal veya hizmet üretmek isteyen teşebbüslere) kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ilke dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur doktrini olacaktır. Buna karşın, eğer somut bir olayda, ilgili unsur, münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) Pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuru değilse ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya arzedilmesinin, başka teşebbüslere - ivazlı olarak - kullandırılmasının) unsur sahibinin iştiğal alanına girdiği kabul edilebiliyorsa, bu durumda bu unsurun sahibi tarafından (alt pazardaki) rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ölçütün de, özellikle ATAD'ın Commercial Solvent kararını da işaret edecek şekilde, geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olarak adlandırılması mümkündür." şeklinde ifade edilmiştir.⁴

² **ÖLMEZ, H. S.** (2003), Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara, s. 14.

³ **GÜVEN, P.** (2004), "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi", Perşembe Konferansları, Ankara, s. 17.

⁴ **GÜRZUMAR, O. B.** (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara, s. 159.

Yazara göre anlaşma yapma zorunluluğuna ‘dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur’ kapsamında değerlendirilen olaylarda daha kolay, ‘geniş anlamda zorunlu unsur’ kapsamında değerlendirilen olaylarda ise daha zor karar verilmesi gerekmektedir. Ayrıca böyle bir ayırım, unsurun sahibinin anlaşma yapmaya zorlanmasının sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturması açısından da anlamlıdır.

Bu kapsamda;

‘Böyle bir ayırımın kabulü ile sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması olarak ortaya çıkan ve mutlaka istisnai bir nitelik taşıması gereken doktrinin uygulama alan -ayrımında dikkate alınan ölçüt çerçevesinde, teşebbüslerin salt kendi Pazar faaliyetleri için yarattıkları ve/veya münhasıran bu faaliyete özgüledikleri varlıkları aynı pazarda kullanmak isteyen rakiplere kullandırma zorunluluğunun doğmasının üst düzeyde zorlaştırılması suretiyle- daraltılmış olmaktadır.’⁵

Doktrinde bazı yazarlar “zorunlu unsur” kavramı yerine “vazgeçilmez/esaslı unsur” ifadesini kullanmaktadır.⁶ Tekinalp, zorunlu unsuru “olmazsa olmaz ihtiyaçlara cevap etmek” olarak tercüme etmiştir.⁷ Bazı yazarlar ise aynı kavramı “Temel Kaynak Faaliyeti” olarak isimlendirilmiştir. Buna göre hakim teşebbüs bazı alıcılara ürün satmak ya da hizmet vermeyi reddetmek suretiyle ayrımcılık yaparak diğer teşebbüsün rekabet edebilme şansını ortadan kaldırmaktadır.⁸ Doktrine göre hakim durumdaki işletme, kendisinden mal, hizmet talep eden diğer teşebbüslerin işletmeleri bakımından vazgeçilmez/esaslı unsur sayılan mal ya da hizmet üretmesi halinde, diğer teşebbüslerin bu vazgeçilmez/esaslı unsurdan faydalanmalarını sağlamalıdır. Hakim durumda olan işletmenin sahip olduğu vazgeçilmez unsurun satışını, kullandırılması talebini reddetmesi hali hakim durumun kötüye kullanılması

⁵ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 160-161.

⁶ **ÖZ, G. A.** (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, s. 148; **KARAEGE, Ö.** (2010), Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, İstanbul, s. 11.

⁷ **TEKİNALP, Ü.** (2000), “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Ankara, s. 75.

⁸ **GÜL, İ.** (2000), Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara, s. 111.

sayılabilecektir. Burada öncelikle ilgili pazarı oluşturan mal veya hizmetin diğer teşebbüslerin faaliyeti için vazgeçilmez unsur olduğunun tespiti gerekir.⁹

Rekabet Kurulu kararları incelendiğinde, “zorunlu unsur” doktrinine dayalı olarak sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için ise;

- Hakim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüslerin varlığı,
- Hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin elinde bulunan ve diğer teşebbüslerin faaliyetlerini yerine getirmesi ya da ilgili pazara girmesi için gerekli olan imkan, tesis, altyapı, hammadde gibi bir unsurun varlığı,
- Unsuru kullanmak isteyen teşebbüslerin, bu unsurun mevcut hukuki, teknik veya ekonomik olarak alternatifini oluşturamamaları, aynısını ya da benzerini kuramamaları gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken sadece pazara giriş yapmak isteyen teşebbüs açısından değil, diğer teşebbüsler tarafından da unsurun benzerinin yapılması ya da sağlanmasının güç ya da imkânsız olması gerekmektedir.¹⁰

1.1.1. Zorunluluk

Doktrinin bir olaya uygulanabilmesi için, öncelikle unsurun zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Zorunluluğun tespiti için, varlığın alt pazardaki rekabet için vazgeçilmez olduğu, hayati önem taşıdığıın ispatı gerektiği gibi aynı zamanda benzerinin kurulması ya da sağlanmasının tüm teşebbüsler için mümkün ve makul olmadığının ispatlanması gerekir. Başka bir ifade ile unsurdan yararlanmak isteyenler, buldukları pazarda faaliyetlerini sürdürmek ve rekabetin sağlanabilmesi için unsurun mutlak gerekliliğini ispatlamalıdır.¹¹

Unsurun benzerinin kurulması veya sağlanmasının imkânsızlığı coğrafi, fiziki koşullar, hukuki ya da ekonomik sebeplerden kaynaklanabilir. İmkânsızlık sebebiyle

⁹ ÖZ, G. A., age, s. 149.

¹⁰ GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...”, s. 20-21.

¹¹ ÖLMEZ, H. S., age, s. 14. , TEKDEMİR, Y. (2003), AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Ankara, s. 19. ; KARAEĞE, Ö., age, s. 64.

unsurun zorunluluk arz ettiği objektif şartlara göre belirlenmelidir. Başka bir ifade ile unsur olmadan pazarda faaliyet gösterebilmek sadece unsuru talep eden teşebbüs için değil, herhangi bir teşebbüs için de imkânsız olmalıdır. Değerlendirme yapılırken unsurun kullanımını talep eden teşebbüsün şartları değil, genel şartlar dikkate alınmalıdır. Hakim durumdaki teşebbüsün elindeki unsura erişimin reddi, tüm rakiplerin ya da büyük bir çoğunluğunun ilgili pazardan çıkması sonucunu doğuracaksa zorunlu olduğu kabul edilebilir.¹²

Unsurun alternatifinin mümkün olması halinde zorunlu unsur doktrininin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bağımsız yeni bir unsurun oluşturulması mümkünse rekabet hukuku her zaman ayrı unsurların oluşturulmasını destekleyecektir.¹³

1.1.2. Hakim Durumda Bulunma

Bir piyasada ihtiyaç duyulan unsurun zorunlu olduğunun kabul edilebilmesi için unsura sahip teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması gerekmektedir. RKHK'nın 3. maddesinde 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 tanımlanmıştır.

Zorunlu unsurun varlığının kabulü için unsurun pazarda başka alternatifinin bulunmaması gerekmektedir ki bu koşul zaten zorunlu unsuru elinde bulunduran teşebbüsün ilgili olduğu sektörel pazarda hakim durumda olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle oligopol pazarlarda zorunlu unsur doktrininden söz edilemez, çünkü bu durumda zaten unsurun iki ya da daha çok alternatifi mevcut olacaktır.

¹² **HATZOPOULOS, V.** (2006), *“The EU Essential Facilities Doctrine”*, Research Papers in Law, s.16.; http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf, 12.11.2010. ; **LANG, J. T.** (2002), *“Compulsory Licensing Of Intellectual Property In European Community Antitrust Law”*. For the Department of Justice/Federal Trade Commission Hearings, Washington DC, s. 8, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf>, 12.11.2010.

¹³ **LANG, J. T.**, *Compulsory Licensing*, s. 10.

1.1.3. Alternatif Unsurun Sağlanması İmkânsızlığı ya da Makul Olmaması

Unsurun aynısının ya da benzerinin pratik ve makul bir şekilde yapılmasının, pazara giriş yapmak isteyen teşebbüsler ya da diğer teşebbüsler için, imkânsız olması ya da makul olmaması gerekmektedir. Ürünün alternatifinin sağlanmasına engel olan haller doğal tekel durumu, coğrafi, hukuki, teknik ve ekonomik engellerden kaynaklanabilir.

Hukuki engele örnek olarak, unsurun hammadde olması durumunda hammaddenin üretilmesinin tekel hakkı olarak kanunen bir teşebbüse tanınması durumu verilebilir. Altyapının söz konusu olduğu hallerde, bunun aynısının ya da benzerinin yapılmasının teknik olarak mümkün olmaması, aşırı pahalı olması, yüksek batık maliyetleri olması, rasyonel olmaması, teknik ve ekonomik engellere örnek olarak verilebilir. Coğrafi koşullar, unsurun yapılması için gereken uzun süre veya fiili engeller, doğal tekel olma durumu gibi nedenler de unsurun aynısının ya da benzerinin yapımı mümkün olmadığı hallere örnek verilebilir.¹⁴

Yatırım maliyetinin çok yüksek olması bir unsuru zorunlu hale getirebilir, fakat bunun değerlendirmesi her sektörün kendi iç durumuna göre yapılmalıdır. Yatırım maliyetinin piyasaya giriş engeli kabul edilebilmesi için maliyetin başka teşebbüslerin aynısını yapamayacağı kadar yüksek olması yeterli kabul edilmelidir. Fakat yatırım maliyetinin piyasadaki tüm rekabeti bozacak düzeyde olması halinde doktrin uygulama alanı bulabilecektir. Doktrin uygulanması ile amaçlanan tek tek teşebbüslerin değil, piyasadaki rekabeti korunmasıdır.¹⁵

1.1.4. Reddetmenin Varlığı

Hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi, başka bir ifade ile rekabetin engellendiğinin kabul edilebilmesi için, öncelikle reddetme eyleminin varlığı gerekmektedir. Reddetme eylemi açık bir

¹⁴ GÜVEN, P., "Perşembe Konferansları...", s. 21.

¹⁵ ÖLMEZ, H. S., age, s. 16.

şekilde doğrudan ret olabileceği gibi, kabul edilmesi imkânsız koşulların öne sürülmesi şeklinde dolaylı da olabilecektir. Rakibin unsurdan faydalanmasının engellenmesi amacıyla ağır, makul olmayan şartların ileri sürülmesi dolaylı ret kapsamında değerlendirilmelidir. Bu durumda rakip için belirlenen koşulların ağır ya da makul olup olmadığı rekabetin engellenip engellenmediği ölçüsü ve alt maddede anlatılan objektif haklı gerekçelerin varlığına göre değerlendirilecektir.¹⁶

Komisyonun uygulamasına göre, bir teşebbüs sadece unsurun yer aldığı kendi pazarında değil, alt pazarda da hakim durumda olduğu ve alt pazardaki rekabeti önemli derecede etkilediği hallerde, diğer teşebbüslerin unsuru kullanmasını, erişimi sağlamayı reddetmesi, rakiplerin pazara girişini engellemese bile hukuka aykırı sayılır.¹⁷

1.1.5. Objektif Gerekçelerin Olmaması

Unsuru sahip teşebbüsün diğer teşebbüsü unsurdan faydalandırmamasının objektif haklı gerekçelerinin olması halinde unsur zorunlu olsa da reddetme eylemi rekabet hukuku anlamında ihlal teşkil etmeyecektir. Objektif gerekçeler somut olayın özelliklerine göre farklılıklar arz edebilmektedir. Teknik uyumsuzluklar, kapasite yetersizliği, maliyet gerekliliği, giriş talep eden teşebbüsün güvenilir olmaması, kapasite sınırlamalarının varlığı, kar maksimizasyonu, kalite kontrolü, ekonomik açıdan oranlı ve makul bir bedel ödenmemesi (bedava kullanım) örnek olarak sayılabilir. Ancak gerekçelerin tümü somut olayın özelliklerine göre, ayrı ayrı değerlendirilmeli ve teknik ya da ekonomik olarak ayrımcı nitelikte olmaması gerektiği gibi, takdiri de olmamalıdır.¹⁸

Objektif gerekçeler, mikro ve makro seviyedeki gerekçeler olarak ikiye ayrılarak da incelenmektedir. Buna göre mikro seviyede ki gerekçeler doğrudan zorunlu unsura sahip teşebbüse ve faaliyetlerine ait, iyi değerlendirilmesi gereken

¹⁶ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 16.

¹⁷ **LANG, J. T.** (2000), “*The Principle Of Essential Facilities In European Community Competition Law - The Position Since Bronner*” Notes for a Lecture, Copenhagen, s.12.
http://lawcourses.haifa.ac.il/antitrust_s/index/main/syllabus/lang_article.pdf, 12.11.2010.

¹⁸ **ÖLMEZ, H. S.**, age, s. 9. ; **KARAEĞE, Ö.**, age, s. 73.

gerekçelerdir. Makro seviyedeki gerekçeler ise ilgili rekabet sisteminin önceliklerine göre değerlendirilmelidir. Rekabet Hukukunun temel amacı rekabeti korumaktır. Teşebbüslerin geniş bir şekilde anlaşma yapma zorunluluğu ile karşı karşıya kalma korkusu yatırım yapma ve yenilik geliştirme çabalarına engel teşkil edebilecektir. Makro seviyedeki gerekçeler doktrinin uygulanması ile teşebbüslerin menfaatleri arasında denge kurulmasını sağlamalıdır. Fikri mülkiyet hakları ya da yüksek maliyetli altyapı yatırımlarının söz konusu olduğu durumlarda makro seviyedeki gerekçeler doktrinin uygulama alanını sınırlandırmaktadır.¹⁹

1.2. Zorunlu Unsur Doktrininin Tarihçesi

Zorunlu unsur doktrini Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmaya başlamıştır. Doktrinin ilk tezahür ettiği dava 1912 tarihli Terminal Railroad'dır. Zorunlu unsur doktrini, Amerika Birleşik Devletleri antitörst hukuku mevzuatında yer alan 1890 tarihli Sherman Kanunu'nun tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklayan 2. Bölümünde yer alan anlaşma yapmayı reddetme hallerinin uygulanmasının sonucudur. İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanmaya başlanan zorunlu unsur doktrininin felsefi gerekçesinin 19. yüzyılda yerel tekelleşmeye sahip teşebbüslerin potansiyel müşterileriyle adil bir şekilde anlaşma yapmalarını öngören gelenek hukuku yükümlülüğünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.²⁰

Amerika Birleşik Devletleri'nin doktrinle ilişkilendirilen ilk kararı olan Terminal Railroad Kararı'nda Sherman Kanunu'nun birinci paragrafı esas alınmış ise de Amerikan yargı kararlarında kullanılan zorunlu unsur doktrininin sıklıkla başvurulan asıl yasal dayanağı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. maddesi (ATA. 82. madde) ve RKHK'nın 6. maddesi ile karşılaştırılabilecek olan 2. paragrafıdır. Bunun nedeni, zorunlu unsur doktrininin uygulanmasına sebep

¹⁹ TEKDEMİR, Y., age, s. 23.

²⁰ TEKDEMİR, Y., age, s. 15.

olan anti rekabetçi davranışların büyük bir çoğunluğunun, anlaşma veya uyumlu eylemler şeklinde değil, tek yanlı davranışlar olarak ortaya çıkmasıdır.²¹

Sherman Kanununun 1. Paragrafı²², teşebbüslerin yatay ya da dikey nitelikteki anti rekabetçi anlaşmalar veya koordine edilmiş davranışlar aracılığıyla rekabetin sınırlandırılmasının yasal olmadığı düzenlemektedir. 2. Paragraf²³ ise tekel durumunun kazanılması veya mevcut tekel durumunun muhafaza edilmesini yasaklar niteliktedir.²⁴

Zorunlu unsur doktrininin ilk uygulandığı dava olan Terminal Railroad²⁵ davası kısaca incelendiğinde, St. Louis bağlantı güzergâhında faaliyet gösteren ondört yerel demiryolu taşıma şirketinin oluşturduğu bir teşebbüs birliğinin St. Louis'in tek istasyonu ve demiryolunu, taşımacılık için tüm altyapı, terminal ve ekipmanı kontrol altına almaya çalıştığı ve bu çaba sonucu demiryolu güzergâhı üzerinde doğal tekel haline geldiği görülmektedir. Bu birliğe üye olmayan tren işletmecilerinin ise ayrı bir demiryolu yapma imkânı olmadığı gibi, mevcut tesisi kullanmadan o bölgede faaliyet göstermeleri de imkânsızdır. Terminal Railroad Association, birliğe yeni üye alımını oy birliği ile alınacak karara bağlamış olup, ayrıca birlik dışındaki işletmelerden çok yüksek kullanım ücreti talep etmektedir. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda fiziki ve topografik koşullar sebebiyle birlik dışında kalan diğer teşebbüslerin alternatif bir ulaşım sistemi kurmalarının imkânsız olduğunu, birliğin kontrol altında bulundurduğu güzergah ve

²¹ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 74-75.

²² Sherman Kanunu 1. Para. ; “*Section 1. Trusts, etc. , in restraint of trade illegal; penalty Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding & 10.000.000 if a corporation, or, if any other person, &350.000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*”

²³ Sherman Kanunu 2. Para. ; “*Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any person or persons, to monopolize any part of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of felony, and on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding & 10.000.000 if corporation, or, if any person, &350.000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*”

²⁴ **GÜRZUMAR, O. B.**; age, s. 74.

²⁵ United State v. Terminal Railroad Association of St. Louis 224 US.383, 409 (1912).

istasyonda buradan faydalanmak durumunda olan işletmelere tarafsız davranmak durumunda olduğunu beyan etmiştir. Başka bir ifade ile mahkeme belirtilen güzergâhtaki istasyon ve demiryolunun zorunlu niteliğini kabul ederek, doktrini dolaylı olarak somut olaya uygulamıştır.²⁶

Amerika Birleşik Devletleri'nde serbest piyasa ekonomisinin sonucu olarak sözleşme yapma serbestisinin esas olduğunun göstergesi olarak Yüksek Mahkeme'nin Colgate&Co. Kararı²⁷ gösterilmektedir. Bu karar ile Yüksek Mahkeme *'bir tekel yaratma ya da sürdürme amacı olmaması durumunda bir tekelleşme dahi hangi tarafla ticari iş yapacağı konusunda bağımsız takdir hakkını kullanabilir.'* şeklinde teşebbüslerin sözleşme yapma serbestisine sahip olduğunu, sözleşme yapma yükümlülüğü olmadığını davalının adı ile anılır şekilde kural halini getirmiştir.²⁸ Colgate Doktrini altında tekel olsun ya da olmasın genel olarak tüm teşebbüsler kiminle iş yapacağını belirleme serbestisine sahiptir.²⁹

Zorunlu unsur doktrini ise Colgate kuralının Sherman Kanunu'nun 2. maddesinden kaynaklanan bir istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü hem tekelleşme kastı ile tekelin elde edilmesi hem de üst pazarda sahip olunan tekelin alt pazarda rekabet avantajı elde etmek için ya da alt pazardaki rekabet koşullarını bozacak şekilde kullanılması, Sherman Kanunu'nun ihlaline yol açan davranışlardır. Dolayısıyla, anlaşma yapmayı reddetme eylemine eğer bu koşullardan biri eşlik ediyor ise bu davranış Sherman Kanunu'nun 2. maddesine aykırılık oluşturacaktır. Fakat iki durumda da anlaşma yapmayı reddetmek haklı ticari gerekçelere dayanmakta ise ihlal söz konusu olmayacaktır.³⁰

²⁶ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 77. ; TEKDEMİR, Y., age, s. 16.

²⁷ United State v. Colgate&Co 250 U.S.300 (1919).

²⁸ TEKDEMİR, Y., age, s. 15.

²⁹ YAVUZ, Ş. (2005), "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar", Rekabet Dergisi, S. 22, 4-39., Ankara, s. 18.

³⁰ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 76.

ABD Yüksek Mahkemesi'nin zorunlu unsur doktrini kapsamında verdiği ikinci karar 1945 tarihli Associated Press³¹'e konu olayda pazar payları toplamda %75 üzerinde olan bin iki yüzden fazla basın şirketi, haber toplamak ve bunları paylaşmak amacıyla Associated Press haber ajansını kurarlar. Ajans haberleri tek elde toplamakta ve sadece üyelerin kullanımına açmaktadır. Associated Press'in Sherman Kanunu 1. ve 2. paragrafını ihlal ettiği gerekçesi ile açılan dava sonucunda ajansın oluşturduğu bu sistem ile rakipleri karşısında büyük avantaj sağlayan, rekabeti kısıtlayıcı bir teşebbüs birliği olarak nitelenmiş ve üye olmayan basın şirketleriyle de anlaşma yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Ancak karar gerekçesindeki belirsizlik sebebiyle eleştirilmektedir.³²

Yüksek Mahkeme Otter Tail³³ Kararı'nda ise, elektrik üretim, dağıtım ve satış şirketi olan Otter Tail küçük şehirlere elektrik temin etmektedir. Ancak belediyeler Otter Tail'e kendilerine toptan fiyat üzerinden elektrik satmasını ya da kendi üretim sistemlerini kuracaklarını ve bu sebeple sağlayıcı olarak Otter Tail'in varolan iletim hatlarını kullanmalarına izin verilmesini talep etmişler ve Otter Tail belediyelerin bu talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme reddetme eylemini Sherman Kanunu 2. paragrafa aykırı bulmuştur. Belediyeler için Otter Tail'e ait iletim hattından başka alternatif bulunmamaktadır. Mahkeme dolaylı olarak iletim hatlarını zorunlu unsur kabul etmiştir. Ayrıca mahkeme Otter Tail'in belediyenin her iki talebini de reddinin pazara giriş engeli yaratmak ve rekabet avantajı elde etmeye çalışmak amacıyla yapıldığını kararında belirtmiştir. ³⁴ Kararda Otter Tail'in yeterli kapasitesi olduğu halde, reddin rakipleri piyasa dışında bırakmak için yapılmış bir plan olduğu belirtilmiş ve bu sebeple eylemini yasaya aykırı bulmuştur.³⁵

³¹ Associated Pres v. United States, 326 U.S. (1945).

³² **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 79.

³³ Otter Tail Power Co.V. United States, 410 U.S 366 (1973).

³⁴ **GÜRZUMAR, O. B.**, age. s. 80.

³⁵ **AREEDA, P., HOVENKAMP, H. (2004)**, Antitrust Law an Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Newyork, s. 189.

Hecht Kararı'nda³⁶ zorunlu unsur doktrini esas alan Temyiz Mahkemesi, Pro-Football'un ilgili bölgede bulunan tek stadyumun münhasır kullanma hakkına sahip olması ve bu hakka dayanarak Hecht'in stadyumu kullanma talebini reddetmesini zorunlu unsur doktrininin şartlarını zikrederek, bu şartların varlığı halinde ihlalin oluşmuş sayılacağına karar verir. Kararda zorunlu unsur doktrini 'darboğaz kuramı'³⁷ olarak isimlendirilir. Mahkeme kararında bir unsurun zorunluluğundan bahsedebilmek için o unsurun muhakkak vazgeçilmez olmasının aranmayacağı, bu unsurun bir ikincisinin temini ya da oluşturulmasının ekonomik olarak imkânsız olması ve unsura ulaşımın engellenmesinin potansiyel rakipler için pazara giriş engeli oluşturması yeterli bulunmuştur.³⁸

MCI Kararı³⁹ ise zorunlu unsur doktrininin uygulama koşullarının belirlenmiş olması sebebiyle çok önemlidir. Dava konusu olayda MCI, AT&T isimli yerel telefon ağlarına kontrol eden firmadan uzak mesafe görüşme hizmeti sunmak için ağların kendisi tarafından da kullanımının sağlanmasını ister. AT&T' nin bu istemi reddetmesi üzerine açılan davada Mahkeme ağların zorunlu unsur niteliği taşıdığı ve alternatifinin oluşturulmasının ekonomik açıdan mümkün olmadığına karar verir. Zorunlu unsur iddiasının yer aldığı davalarda aranacak koşullar kararda şu şekilde sıralanmıştır;

- Zorunlu unsurun bir tekelin kontrolü altında olması,
- Rakibin bu unsurun bir yenisini sağlama ya da yapmasının fiili ve makul nedenlerle imkânsız olması,
- Unsuru kullanma talebinin tekel tarafından reddedilmiş olması,
- Unsurun rakibe kullandırılmasının, tekelin imkanı dahilinde olması gerekir.⁴⁰

Apsen Skiing Kararı⁴¹nda, taraflar Apsen bölgesinde kayak hizmeti sağlayan firmalardır. Davacı Apsen Highlands ile davalı Apsen Skiing on yıl süre ile her iki

³⁶ Hecht et al. V. Pro-Football Inc., 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977).

³⁷ "bottleneck"

³⁸ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 89.

³⁹ MIC Communications Corp. V. American Tel.&Tel., Co., 708 F.2d 1132 (7th Cir. 1983).

⁴⁰ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 18.

firmaya ait toplam dört kayak tepesinde geçerli olan, uygun fiyatlı bilet satmaktayken Apsen Skiing bu uygulamaya tek taraflı olarak son verir. Bunun sonucu olarak sadece bir kayak tepesi olan Apsen Highlands dava yoluna gider ve mahkeme Apsen Skiing'in işbirliği uygulamasından kaçınmasının asıl amacının küçük rakibini pazardan çıkararak uzun dönemde çıkar sağlamak olduğu kararına varmış ve Apsen Highlands'ın tazminat talebini kabul etmiştir. Davada ilk derece mahkemesi bu iki firmanın ortak olarak müşterilere sunduğu bilet uygulamasını zorunlu unsur olarak kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme ise kararında doğrudan zorunlu unsura yer vermemişse de değerlendirmeleri zorunlu unsuru çağrıştırmaktadır.⁴²

Kodak Kararı'nda⁴³ ise, hakim durumda bulunan Kodak ürettiği fotokopi makineleri ile bunların yedek parçalarını, Kodak ürünlerin bakımını yapan bağımsız servis teşebbüslerine ve müşterilere bakım, onarım için gerekli olan malzemeleri satmamaya başlar. Servis teşebbüslerinin açmış olduğu dava sonucu Yüksek Mahkeme Kodak'ın haklı gerekçe olmadan mal satmayı kestiğini ve bu durumun hukuka aykırılık oluşturduğunu belirtir. Yerel mahkeme nihai kararında bir teşebbüsün rakibiyle sözleşme yapmama hakkının bulunduğunu, ancak bu hakkın kullanımının haklı gerekçelere dayanması gerektiğini ve yasal avantajlarla elde edilmiş bir hakkın pazardaki hakim durumun genişletilmesi için kullanılması halinde sorumluluk doğuracağını belirtmiştir.⁴⁴

2004 tarihli Verizon Communication (Trinko)⁴⁵ Kararı'nda Yüksek Mahkeme doktrinden açıkça söz etmiştir. Newyork' ta hizmet veren ve kendi bölgesinde imtiyazları olan bir yerel operatör şirketi Verizon'un, Telekomünikasyon Kanunu uyarınca kendi ağlarını piyasaya yeni giren ya da varolan rakiplerle paylaşmak ve erişimlerini sağlamak yükümlülüğünü yetersiz hizmet sunarak ayrımcılık yapmak suretiyle ihlal ettiği gerekçesi ile şikâyet edilmiştir. Ancak Verizon hakkında yapılan

⁴¹ Apsen Skiing Co. V. Apsen Highlands Skiing Corp. 472. U.S. 585 (1985).

⁴² **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 81.

⁴³ Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, inc. Et. Al., 504 U.S 451 (1992).

⁴⁴ **KAYA, Y.** (2003), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara, s. 19.

⁴⁵ Verizon Communication Inc. Petitioner v. Law offices of Curtis V. Trinko. LLP, 540. U.S.1 (2004).

şikâyet Yüksek Mahkemenin iş yapmayı reddetme konusunda oluşturduğu içtihatlarla göre ihlal boyutunda bir niteliğe sahip bulunmaz. Bu karar ile Mahkeme regülasyon olan bir pazarda esaslı unsur doktrininin uygulanmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca Mahkeme mevcut olayda önceden rızai bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı, bu sebeple Telekomünikasyon Yasası'yla getirilen sözleşme yapma yükümlülüğünün Apsen ve Otter Tail kararlarından farklılık arz ettiği belirtilmiştir.⁴⁶

Verizon Kararı'nda Yüksek Mahkeme zorunlu unsur doktrinini benimseme ya da reddetme gereksinimi duymadığını beyan etmiş, ayrıca zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için unsura başka yollarla erişimin imkânsız olması gerektiğini ifade etmiştir.⁴⁷

Kararlarda belirlenen unsurlar Amerika Birleşik Devletleri'nde zorunlu unsur doktrinine dayalı sonraki davalarda geliştirilerek uygulanmıştır. Buna örnek olarak Olympia Equipment Leasing⁴⁸, Consolidated Gas⁴⁹, Alaska Airlines⁵⁰, İntergraph⁵¹ davaları verilebilir.

Bir unsurun zorunluluğunu tespit etmek için yukarıda sayılan zorunlu unsurun bir tekelin kontrolü altında olması ve rakibin bu unsurun bir yenisini sağlama ya da yapmasının fiili ve makul nedenlerle imkansız olması şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli olup, unsuru kullanma talebinin tekel tarafından reddedilmiş olması ve unsurun rakibe kullandırılmasının tekelin imkanı dahilinde olması gerektiği şartı doktrin kapsamında zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır.⁵²

⁴⁶ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 83.

⁴⁷ **COTTER, T. F.** (2008), "The Essential Facilities Doctrine", University Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series, 08-18, s. 4. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1125368, 09.10.2010.

⁴⁸ Olympia Equipment Leasing v. Western Union Telephone Co. 797 F.2d 370, (7th Cir. 1986).

⁴⁹ Consolidated Gas Company of Florida v. City Gas Company of Florida, 880 F. 2d 297, (11th Cir.1989).

⁵⁰ Alaska Airlines v. United Airlines et al., 948 F. 2d 536, (9th Cir. 1991).

⁵¹ Intergraph Corp. V. Intel Corp., 195 F. 3d. 1346 (Fed. Cir. 1999).

⁵² **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 9.

1.3. Zorunlu Unsur Doktrininde Pazarın Tanımlaması

Rekabet hukukunda rekabet hükümlerini ihlal edip etmediği araştırılan teşebbüsün bir pazar içindeki payı, ticari, endüstriyel ve coğrafi sahalar itibariyle ilgili pazar belirlendikten sonra, eldeki veriler değerlendirilerek saptanır. Pazar payı, bir teşebbüsün pazar gücünün belirlenmesinde dikkate alınan en önemli kriterlerdendir. Hâkim durumun en önemli göstergesi bir teşebbüsün pazarda sahip olduğu paydır. Tabii olarak bir teşebbüsün pazar payı incelenirken rakiplerin pazar payına da dikkat etmek gerekir. Fakat çok yüksek pazar payına sahip olmak her zaman hakim durumda sayılmak için yeterli değildir. Ayrıca teşebbüsün pazar davranışlarını piyasada varolan diğer teşebbüslerden bağımsız olarak belirleyebiliyor olması gerekir. İşte bu durum pazar gücü olarak adlandırılır.⁵³

Pazar gücü, bir teşebbüsün ilgili pazarda diğer teşebbüslerden bağımsız olarak hareket etme ve rekabeti kısıtlama gücüdür. Pazar payı, pazar gücünün belirlenmesinde önemli ölçütlerdendir.⁵⁴

Doktrinin uygulandığı alanda genel olarak iki pazar bulunmaktadır. Pazarlardan biri, içinde zorunlu unsurun yer aldığı ve çoğu zaman zorunlu unsurun ilgili pazar sayıldığı üst pazar, diğeri ise, bu üst pazarda yer alan zorunlu unsura bağımlı olan alt pazardır.⁵⁵ Bu iki pazar üretim ve dağıtım pazarı gibi birbiri ile ilgili faaliyet alanı içinde yer almaktadır.⁵⁶ Bu pazar yapıları; elektrik, telekom, demiryolu şebekeleri gibi doğal tekellerden, fikri mülkiyet hakları ve buna bağlı üretim süreçleri, yedek parça üretimi ve tamir bakım servisine kadar çok farklı alanlarda ortaya çıkabilir.⁵⁷

⁵³ **ODMAN, A. N.** (2002), Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknoloji Yeniliklerinin Teşvikindeki Rolü, Ankara, s. 79-80. ; **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 4.

⁵⁴ **ODMAN, A. N.**, age, s. 80.

⁵⁵ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 4.

⁵⁶ **RIDYARD, D.** (1996), “*Essential Facilities and The Obligation To Supply Competitors Under UK and EC Competition Law*”, ECLR, V.8, 438-452. London, s. 439.

⁵⁷ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 4.

Genel olarak üst pazarda hakim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüsler alt pazarda faaliyette bulunan ya da bulunmak isteyen teşebbüslerin ihtiyacı olan zorunlu unsura sahip olmaktadır. Bu durum üst pazarda hakim durumda bulunan firmanın alt yapı tesislerini, dağıtım kanallarını ya da hammaddeyi elinde bulundurması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda üst pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs alt pazarın rekabet koşullarını belirleyebilmekte ve elindeki zorunlu unsur, piyasada yeni rakiplerin oluşması ya da faaliyetlerini sürdürmesi için hayati önem taşımaktadır. Öyle ki alt pazarda yer alan teşebbüs bu unsur olmaksızın mal ya da hizmet sunamamaktadır. Örnekleme gerekirse, gazete sahipleri ile gazete dağıtım şirketi arasındaki ilişki gösterilebilecektir. Dağıtımın yapılamaması durumunda gazetenin basılmasının bir anlamı bulunmayacaktır. Hammaddeye ihtiyaç duyulan bir pazarda hammaddenin verilmemesi halinde üretim gerçekleştirilemeyecektir.⁵⁸

Gürzumar⁵⁹ kendisinden yararlanılması hayati önem arz eden unsurun olduğu pazarı üst pazar, bu unsurdan yararlanarak üretimde bulunan ya da hizmet sunan pazarı alt pazar olarak nitelendirmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, unsuru elinde bulunduran teşebbüsün, bu hakim durumunu kötüye kullanarak unsurun zorunluluk arz ettiği diğer pazarda rekabeti sınırlamasıdır. Rekabet hukukunun ana kuralı burada da geçerli olup, ihlal olarak nitelenen hakim durumda bulunmak değil, bu durumu kötüye kullanmaktır ve ancak bu durumda zorunlu unsur doktrini uygulama alanı bulur. Üst pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsün unsuru sağlamayı reddetmesi ya da unsuru sağlamayı kesmesi halinde, faaliyette bulunabilmek için unsura ihtiyaç duyan alt pazarda daha iyi ve daha ucuz ürün üretilmemekte, bu durumda rekabet ve tüketiciler zarar görmektedir.⁶⁰ Zorunlu unsur doktrini uygulamasında hem alt pazar hem de üst pazar değerlendirmesinin yapılması gerekir. Bir tesis ya da olanağın zorunlu unsur olduğu tespit edildiğinde bunu elinde bulunduran teşebbüs hakim durumda kabul edilir. Ancak unsurun zorunluluğu hemen tespit edilemiyor ise önce teşebbüsün hakim

⁵⁸ GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...”, s. 22-23.

⁵⁹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 317, dn. 196.

⁶⁰ LANG, J. T., “Compulsory Licencing...”, s. 11.

durumda olup olmadığı saptanmalıdır. Bu sebeple pazar değerlendirmesi çok önemlidir. Ayrıca alt pazar tanımlaması, zorunlu unsur doktrininin ancak alt pazarda rekabetin engellenmesi şartının oluşması durumunda uygulanabilecek olması sebebiyle önemlidir. Türk rekabet hukukunda ilgili pazarın zorunlu unsurun bizzat kendisi olması durumuna örnek olarak Biryay davası verilebilir. Olayda belediyeler tarafından tahsis edilen gazete satış büfeleri kim tarafından kiralanmış olursa olsun başka dağıtım şirketlerinden gelen yayınları satmak zorunda bırakıldığından, kiralayan şirket kim olduğuna bakılmaksızın hakim durumda kabul edilmiştir. Kurul bu davada bir unsurun zorunlu olup olmadığının tespitinden sonra, ilgili pazarın zorunlu unsurun bizzat kendisi olabileceğini zımnen kabul etmiştir.⁶¹

Zorunlu unsur doktrininin uygulamasında öncelikle ilgili ürün pazarı belirlenmelidir. İlgili ürün pazarı, belirli bir ürün ve onunla yüksek ikame edilebilirliği olan diğer mallardan oluşan pazardır. Bir malın diğer bir malla aynı pazarda sayılabilmesi için bu iki ürünün tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları bakımından benzer olması gerekir.⁶² İlgili ürün pazarı belirlenirken, ürün pazarının dar tanımlanması fikri mülkiyet haklarının tehdit edici etkiye sahip olmasına yol açabilecektir.⁶³ İlgili ürün pazarının tespitinin ardından teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığı belirlenmeli ve en nihayetinde ise hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsura sahip olup olmadıkları saptanmalıdır.⁶⁴

Zorunlu unsur doktrininin çoğunlukla alt pazar ve üst pazar şeklindeki dikey pazar yapılarının bulunduğu durumlarda ortaya çıkması sebebiyle örnek olarak hammaddeye sahip olan teşebbüs ile ilgili piyasada faaliyette bulunabilmek için yapacağı üründe bu hammaddeyi kullanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki durum ya da alt yapı, şebeke ağına sahip olan bir teşebbüs ile hizmet sunabilmek için bu

⁶¹ **ÖLMEZ, H. S.**, age; s. 19.

⁶² **ASLAN, Y. (2005)**, Rekabet Hukuku, Bursa, s. 106-107.

⁶³ **ÇAMLIBEL, T. E. (2001)**, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, s. 153.

⁶⁴ **GÜVEN, P.**, Rekabet Hukuku s. 326.

altyapıdan, şebekeden yararlanmak zorunda olan teşebbüs arasındaki durum gösterilebilir.⁶⁵

Zorunlu unsur doktrini genellikle, dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Dikey bütünleşme/bütünlük, bir teşebbüsün üretimden dağıtıma kadar ürünün pazara ulaştırılmasındaki zincirde her halkayı kendisi meydana getirecek şekilde bütünlük sağlamasıdır. Bu durum çok önemli bir piyasaya giriş engelidir.⁶⁶

Zorunlu unsur doktrini incelenirken altyapı değerlendirmesinin de yapılması gerekmektedir. Teknolojinin her türlü hali ve çeşitli teknoloji standartları modern çağın altyapısı haline gelmiştir. Ancak, her tür altyapı kaynağının temel özelliği, üretken süreçlerin geniş bir alana girdi olarak değer yaratmasıdır ve bu durum sıklıkla altpazarı, uygulamayı ve teknoloji kullanımını desteklemektedir.⁶⁷

Altyapı kaynakları genellikle toplumsal değer yaratan ara mallardır. Bazı altyapı kaynakları acil gerekli faydaları sağlamak için doğrudan tüketilebilir, ancak çoğu zaman tüketim yerine altyapı kaynakları sonucu birçok değer, yeni ürün üretilmektedir. Bu sebeple, ekonomik açıdan, açık erişim sağlanmış şekilde belirli altyapı kaynaklarını yönetmek mantıklıdır. Çünkü bu şekilde erişimin kabulü ile çok çeşitli alt pazar üreticisinin gelişmesi sağlanmaktadır.⁶⁸

Altyapı, bazı durumlarda kamu, ticari ve sosyal malların kombinasyonunu temsil etmektedir. Örneğin, internet altyapısı her üç tipi bir arada bulundurduğundan karışık bir altyapıdır. Bu genel sınıflandırmanın analitik avantajı, bu altyapı kaynakları tarafından sağlanan sosyal değer anlayışı, farklı piyasa başarısızlıklarının belirlenmesi ve bu hataları düzeltmek için uygun kurallar formüle etmesidir. Her

⁶⁵ GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...” , s. 18.

⁶⁶ ASLAN, Y., age, s. 426.

⁶⁷ WALLER, S. W., TASCH, W. (2010), “Harmonizing Essential Facilities”, Antitrust Law Journal, Vol. 76, Issue 3, ABD, p. 754.

⁶⁸ WALLER, S. W., TASCH, W., agm, p. 754.

durumda varolan, yaygın olan altyapıya açık erişim sorunu ve altyapı teorisi, zorunlu unsur doktrinine işaret eden önemli bir bakış açısı yaratmaktadır.⁶⁹

1.4. RKHK 6. Maddesi Ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. Maddesi (Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 82. Maddesi)

RKHK'nın 6. maddesi de aynen Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) 102. maddesi (eski Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 82. md.) gibi, yasaklayıcı nitelikte bir 'genel norm' dur.⁷⁰

RKHK'nın 6. maddesi ve ABİHA'nın 102. maddesi (ATA. 82. md.) hükümleri, 'hakim durumun kötüye kullanılması' nı bir rekabet ihlali olarak değerlendirmiş ve yasaklamıştır. Her iki hükümde de hakim durumun tanımının yapılmasından kaçınılmış ve hakim durumun kötüye kullanılması halleri örnek olarak sayılmıştır. ABİHA'nın 102. md. (ATA 82. md.) sinde kötüye kullanma halleri, doğrudan ya da dolaylı olarak adil olmayan alış veya satış fiyatları ya da adil olmayan ticaret koşullar konulması, üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin tüketicinin zararına olacak şekilde sınırlandırılması, diğer ticari taraflarla eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanarak, bu şekilde onların rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi, sözleşmelerin yapılmasının, niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu sözleşmelerin konusuyla bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması olarak belirtilmiştir.⁷¹ Bu sayımlar sınırlayıcı nitelikte değildir. RKHK'nın 6. md.'sinde geçen "*hakim durum*", "*teşebbüs*", "*mal*" ve "*hizmet*" kavramları, 3. md.'de tanımlanmışsa da, bu tanımlar 6. md. hükmünün genel norm olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır.⁷²

RKHK'nın 6. md'si ve ABİHA'nın 102. md'sinde (ATA. 82. md.) yer alan sayımlar, hükmü uygulayacak olanlara kolaylık sağlamakla birlikte sınırlayıcı

⁶⁹ WALLER, S. W., TASCH, W., agm, p. 13-14.

⁷⁰ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 34-35.

⁷¹ BOZKURT, E., ÖZCAN, M., KÖKTAŞ, A. (2005), Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Ankara, s. 323.

⁷² GÜRZUMAR, O. B., age, s. 35.

değildir. Rekabet Kurulu, AB Komisyonu ve Mahkemeleri birçok kararında yaptıkları ihlal tespitlerini maddede örnek olarak yer alan hallerden birine dayandırılmakla birlikte; bu örnekler dışında da hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek çok sayıda eylemin ortaya çıktığı görülmektedir.⁷³

1.5. İlgili Maddelerin Genel Norm Olma Özelliği Sebebiyle İctahatların Kaynak Niteliği Taşınması

Genel normların asli içeriğini oluşturan normatif olgu unsurları, anlam bakımından nitelikli bir belirsizliğe sahiptir. Ve bu belirsizlik ancak, ilgili genel normun somut olaya uygulanması aşamasında, hukuki nitelik taşımayan sosyal, ekonomik ve hatta teknolojik alanlara dayalı bir değerlendirmeye ortadan kalkar. Bu sürece genel normların sonradan somutlaşarak norm alanına kavuşması da denilmektedir.⁷⁴

RKHK'nın 6. md.'si ve ABİHA'nın 102. md.'sinin (ATA'nın 82. md.) genel norm olma özelliği, bu hükümleri tamamlayan ve dikkate alınmadıkları takdirde bu

⁷³ Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma 82. Madde : Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

ABİHA 102. Madde: Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

⁷⁴ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 32.

hükümlerin somut anlam kazanması olanağını ortadan kaldıran içtihatlarla çok önemli bir kaynak niteliği bahsetmektedir. Burada “ıçtihat” ile kastedilen Rekabet Kurulu, Danıştay ya da Yargıtay tarafından verilmiş olsun, bağlayıcı nitelik taşımamakla beraber, RKHK’nın hem 4. hem de 6. maddelerinin birer yasaklayıcı genel norm olarak mal ve hizmet piyasasında yaşama geçmesini, bu piyasaların teşebbüslerin gözünde belli bir ölçüde somutlaşmasını sağlayan ve elbette ki karar organlarının kararlarını verirken kaynak olarak kullanmakta tereddüt etmeyip, değiştirmeye kalktıklarında ise esaslı bir gerekçeye ihtiyaç duyacakları, inandırıcılık gücü yüksek ilke kararlarıdır. Avrupa Komisyonu ve AD’nin verdiği ilke kararlar da Türkiye’deki karar organları bakımından bilimsel görüş düzeyinde kaynak niteliği taşıyacaktır.⁷⁵

Genel norm olmanın sonucu içtihatlar önemli bir kaynak niteliği taşımakta ve bu hükümlere dayalı olarak yapılan akademik çalışmalarda, mahkemelerin ve rekabet otoritelerinin bu hükümleri uygularken verdikleri kararlarla oluşan içtihat hukukuna önemli ağırlık verilmesini kaçınılmaz kılmaktadır.⁷⁶

Genel norm olan RKHK’nın 6. md.’sinin uygulama şartlarının belirsizliği, ancak hükmün somut olaya uygulanması safhasında ortadan kalkmakta ve bunun için de hukuk disiplini dışında kalan alanlardan özellikle iktisadi değerlendirmelerinden yararlanmak gerekmektedir. Bu sebeple, rakiple anlaşma yapmaktan kaçınmanın hakim durumun kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı sorusunun yanıtı, salt RKHK md. 6’nın sözünden hareketle ve genel bir tespitle ‘evet’ ya da ‘hayır’ olamayacak, ancak somut olayın şartlarına göre ‘evet’ ya da ‘hayır’ olarak yanıtlanabilecektir. Bu yanıt ise, için doğası gereği, hükmün normatif olgu unsurlarının evvelce birçok olay için verilen kararlarda nasıl somutlaşmiş olduğundan hareketle, ancak rakiple anlaşma yapmaktan kaçınmaya belli şartların eklenmesi halinde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebileceğine işaret eder.⁷⁷

⁷⁵ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 32.

⁷⁶ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 38.

⁷⁷ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 52.

İKİNCİ BÖLÜM

2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULAMASI

2.1. Doktrinin Rekabet Hukukundaki Yeri Ve İşlevi

RKHK'nın 'Amaç' başlıklı 1. maddesine göre, Kanunun amacı, 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 düzenlemeleri ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Bu amaç doğrultusunda Türkiye'de zorunlu unsur doktrini RKHK'nın 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Rekabet Kurulu zorunlu unsur doktrinine dayalı olarak vermiş olduğu kararlarında RKHK'nın 6. maddesinin (a)⁷⁸ ve (d)⁷⁹ bentlerini dayanak yapmaktadır.⁸⁰

Doktrinde, zorunlu unsur doktrininin Avrupa Birliği uygulamasında yapılan gruplandırmadan faydalanılarak engelleyici (dışlayıcı) davranışlar üst başlığı altında iş veya anlaşma yapmaktan kaçınma alt başlıkları kapsamında incelenmesinin uygun olacağı belirtilmektedir.⁸¹

⁷⁸ a bendi: ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler.

⁷⁹ b bendi: belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler.

⁸⁰ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 217. ; TEKDEMİR, Y., age, s. 58. ; GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 321.

⁸¹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 219. ; GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 322.

Zorunlu unsur doktrininin rekabet hukukundaki önemi, hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun zorunlu olduğunun kabulünün ardından diğer şartların da oluşması durumunda teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilecek olmasıdır.⁸²

Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, piyasalarda serbest rekabetin oluşumu, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile sağlanacaksa RKHK'nın genel amacı kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir. Kamu yararının önem taşıdığı Rekabet Hukukunda zorunlu unsura sahip olmaktan kaynaklanan hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi yetkisine sahip olduğu görülmektedir. RKHK'da ilgili maddelerde açıkça 'sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir' diye belirtilmemiş olması, sözleşme yapma zorunluluğu getirilemeyeceği şeklinde yorumlanamaz.⁸³

RKHK'nın genel amacı, kapsamı, ilgili maddelerin amacı, Rekabet Kurulu'nun görev ve yetkileri, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'ndaki uygulamalar değerlendirildiğinde bu kapsamda RKHK'ya dayanılarak zorunlu unsura sahip olan teşebbüslere sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir.⁸⁴

RKHK'nın düzenlenmesi ve kabulünden önce de hakim durumunda olan teşebbüslerin haklı bir neden olmadan sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı doğrultusunda sözleşme yapmak zorunda oldukları doktrinde kabul edilmekteydi.⁸⁵ Buna göre eğer bir kanun sözleşme yapma zorunluluğu getirmişken yükümlü bu zorunluluğa uymaz ise, kanundan doğan borcuna aykırı davrandığı için hakkında aynen ifa davası açılabilirdi düzenlenmiştir. Ancak kanunda sözleşme yapma zorunluluğu getiren

⁸² GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 320.

⁸³ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 323.

⁸⁴ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 324.

⁸⁵ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 324.

açık hüküm bulunmadıkça, bu zorunluluğun genellikle dürüstlük kuralına dayanacağı belirtilmiştir.⁸⁶

Doktrinde başka bir görüş ise; sözleşme yapma zorunluluğunu doğrudan dürüstlük kuralına dayandırmak yerine, BK. 41. madde⁸⁷, 2.fıkra hükmüne dayandırmaktadır. Bu fikre göre; günümüzde, fiili tekel sahiplerinin ve piyasaya egemen olan teşebbüslerin, sadece yaşamak için zorunlu nitelikteki edimler için değil, genel olarak halka sunulan mal ve hizmetler için akit yapmaktan haklı sebep olmaksızın kaçınamayacağı, buna ihtiyacı olanın ekonomik alandaki kişiliğini geliştirmek hakkının ihlaline ya da BK.41. madde, 2. fıkraya dayanılarak kabul edilmektedir.⁸⁸

Zorunlu unsur doktrini ile piyasada etkin rekabetin sağlanması ve korunması amaçlanmaktadır. Rekabet Hukuku'nun ekonomik kamu hukuku başlığı altında bir dal olması nedeniyle ekonomiye müdahalesi mümkündür ve devletin ekonomiye müdahalesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilmektedir. Rekabet otoritesinin bu kapsamda sözleşme serbestisine istisna getirmesi, müdahalede bulunması, sözleşme yapma zorunluluğu getirmesi mümkündür.⁸⁹

Tüm bu değerlendirmelerden sonra zorunlu unsur doktrininin istisnai olarak uygulanması gerektiğini yinelemekte fayda görülmektedir.

2.2. Sözleşme Yapmayı Reddetme

Sözleşme, belirli bir hukuki sonucun doğması amaçlanarak, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır.⁹⁰ Rekabet hukukunda hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapmaktan ya da

⁸⁶ OĞUZMAN, K., ÖZ, K. (1998), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s. 137.

⁸⁷ BK. 41. Madde; “*Gerek kasten gerek ihmal ve tesyeyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.*”

⁸⁸ TANDOĞAN, H. (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, s. 11.

⁸⁹ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 324.

⁹⁰ EREN, F. (2006), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s. 185.

mevcut bir sözleşmeyi sürdürmekten kaçınmaları değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir.

Hakim durumdaki teşebbüs sözleşme yapma talebini herhangi bir sebep göstermeksizin doğrudan reddedebileceği gibi, makul olmayan koşullar öne sürerek ya da sözleşme yapmak isteyen teşebbüsü oyalayarak dolaylı olarak sözleşme yapmayı reddedebilmektedir.⁹¹ Aslında önemli olan eylemin şekli değil, rekabet üzerindeki etkisidir. Sözleşme yapmayı reddetme durumu mal, hizmet sağlanmasının reddinden, yedek parça ya da lisans vermeyi reddetmeye kadar farklı pazarlarda ve davranışlarla ortaya çıkan eylemlerle olmaktadır. Ayrıca reddetme eylemi uzun süreden beri devam eden ticari ilişkinin tek taraflı olarak sona erdirilmesi şeklinde olabileceği gibi, yeni bir müşterinin reddi şeklinde de olabilir.⁹²

2009 yılında Komisyon tarafından yayınlanan 82. Madde Kılavuzu'nda, varolan ya da yeni müşterilerin zorunlu unsura erişiminin engellenmesi ya da lisans vermenin reddi sözleşme yapmayı reddetme kapsamında değerlendirilmiştir.⁹³ Ayrıca Gürzumar da zorunlu unsur doktrini sözleşme yapmayı reddetme kapsamında incelemiştir. Avrupa Birliği Doktrininde de ABİHA 102. md. (ATA 82. md.) kapsamında anlaşma yapma zorunluluğunun zorunlu unsur doktrini ile güçlü paralellik gösterdiği, aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁴

Zorunlu unsur doktrini ABİHA 102. madde kapsamında rakiplerinin faaliyetlerini sürdürmeleri için yaşamsal önemi olan ve uygulamada makul bir şekilde benzerinin kurulması imkânsız olan varlıkları kontrol eden teşebbüslerin sözleşme yapmayı reddetme eylemlerini denetlemek amacıyla uygulanmaktadır. Doktrin ABAD ve Komisyon'un hakim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmayı

⁹¹ **HUMPE, C., RITTER, C.** (2005), "*Refusal to Deal*", College Of European Global Competition Law Centre Research Paper on Modernisation on Article 82 EU, Brugge, s.6.
<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLCResearchPapersonArticle82EC.pdf>, 11.11.2010.

⁹² **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 30.

⁹³ Communication from the Commission-Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings (2009/C45/02) (82. Madde Kılavuz), 24.2.2009,para.78.
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>, 18.04.2011.

⁹⁴ **O'DONOGHE, R., PADILLA J. A.** (2006), The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, s. 407.

reddetme konusunda kararlarına dayanan içtihatlar çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda doktrin, sözleşme yapmayı reddetme kapsamında ortaya çıkan içtihatların özel bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir.⁹⁵

Avrupa Birliğinde genel olarak sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmekte, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmesi istisnai şartların varlığına bağlı tutulmakta, hakim durumdaki teşebbüsün tek taraflı ve objektif gerekçeler öne sürmeksizin sözleşme yapmayı reddetmeleri, belirli şartların varlığı halinde ABİHA 102. madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir.

Komisyunun 82. Madde Kılavuzunda da genel olarak alt pazarda etkin rekabet için zorunlu olan unsurun sağlanamamasının reddinin alt pazarda rekabetin ortadan kalkması ihtimalini doğurması ve tüketici zararına sebep olması hallerinde ABİHA 102. maddesi kapsamında sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebileceği düzenleme altına alınmıştır.

Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmesi için çok sıkı şartların öngörülmesi unsurların ikamesinin maliyetini arttırarak toplumsal refahı azaltacak, ancak esnek şartların belirlenmesi halinde ise dinamik etkinliğe zarar verilecek, bedavacılığa yol açılacaktır. Bu sebeple bir standardın oluşturulması gerekmektedir.⁹⁶

2.3. Sözleşme Yapma Zorunluluğuna İlişkin Genel Prensipler

Commercial Solvent ve United Brands Davaları ile doğan genel ilkelere göre; hakim durumdaki teşebbüs uzun zamandır iş yaptığı müşterisine - unsurun alternatifinin temininin mümkün olmadığı bir durumda - mal vermeyi reddederse, ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlayacak şekilde aynı pazardaki hakimiyetlerini arttırırsa ve bir pazarda varolan hakimiyetlerini başka bir pazarda tekelleşmek için

⁹⁵ TEKDEMİR, Y., age, s. 31.

⁹⁶ DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. , Kayseri , s. 333.

kullanmakta ise hakim durumdaki teşebbüs geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü altındadırlar.⁹⁷

Eğer hakim durumdaki teşebbüsün söz konusu reddetme fiili için objektif haklı gerekçesi/gerekçeleri varsa ve teşebbüsün davranışı ile gerekçe arasında orantılılık mevcutsa, sözleşme yapma yükümlülüğü mutlak ve sınırsız değildir. Teşebbüslerin davranışlarının objektif haklı gerekçeler ve orantılılık ilkelerine göre değerlendirmesi her olayın somut özellikleri içinde yapılmalıdır.⁹⁸

Hakim durumdaki teşebbüslerin müşterilerini ya da rakiplerini reddederek, o pazarda dikey bütünleşme yoluna gitme arzuları kötüye kullanma davranışıyla eşdeğerde görülmektedir. Kötüye kullanma Avrupa Birliği rekabet hukukunda objektif bir kavram olarak değerlendirilmekte, niyet aranmamaktadır. Bu yaklaşım hakim durumdaki teşebbüslere atfedilen özel sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Kötüye kullanmanın objektif bir kavram olduğu bir sistemde, teşebbüslerin sahip oldukları sözleşme serbestilerine dayanarak anlaşma yapmayı reddetmeleri teşebbüsleri bu niyette olmasalar dahi ABİHA 102. maddeyi ihlal eder duruma düşürebilmektedir. Bu sebeple, hakim durumdaki bir teşebbüsün hangi ölçüde kendi yasa çıkarlarını korumakta özgür olduğu, bu teşebbüslerin müşterileriyle sonsuza kadar anlaşma yapmak zorunda olup olmadığı ve dikey bütünleşmeye giderek, bunun sağladığı etkinlik fırsatlarından yararlanma şanslarının bulunup bulunmadığı konusunda hukuki belirliliğe duyulan ihtiyaç⁹⁹ 82. Madde Kılavuzu ile giderilmeye çalışılmıştır.

Commercial Solvent ve United Brands Davası ile doğan genel ilkeler rekabetin korunmasından çok rakipler ile müşterinin korunmaya çalıştığı ve eski müşteri ile anlaşma yapma zorunluluğunu içerdiği için eski - yeni müşteri ayrımı getirdiği şeklinde eleştirilmektedir.¹⁰⁰

⁹⁷ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 33.

⁹⁸ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 33.

⁹⁹ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 35.

¹⁰⁰ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 34.

2.4. Sözleşme Yapma Zorunluluğunun Anayasa Hukuku Ve Borçlar Hukuku Kapsamında İncelenmesi

Anayasamızın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde yer alan ‘Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.’ düzenlemesi ile sözleşme serbestisinin esas olduğunun kabulü gerekir. Anayasanın 13. md’inde ‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.’ hükmü yer almaktadır.

Anayasamızın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğünün ve 13. maddede yer alan temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesinin temel hak ve özgürlüklerin tamamen sınırsız olduğu şeklinde yorumlanmaması gerekir.

Anayasada bazı hak ve özgürlükler için takdiri hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş olması ilgili hak ve özgürlüklerin tamamen sınırsız olacağı anlamına gelmemelidir. Günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terk edilmiş ve toplumsal içeriğe ve konuma sahip pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. Bu anlayış içinde sınırsız özgürlük kavramına yer yoktur. Hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmese bile bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından doğal sınırlarının bulunduğu kuşkusuzdur.¹⁰¹ Kaldı ki Anayasamızın 35. maddesinin 1. fıkrasında mülkiyet hakkı güvence altına alınmış, ancak 2. fıkrasında ise bu hakların kamu yararı için sınırlanabileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.¹⁰² Mülkiyet hakkına ilişkin Anayasada yer alan bu açık düzenleme çalışmamızın konusu açısından önem arz etmektedir.

Ayrıca Borçlar Kanunu’nun 19. md.’sinin 1. f.’sında mevcut “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudutlar dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.*” düzenlemesi de sözleşme serbestisinin bir teminatıdır. Yasal sınırlar çerçevesinde,

¹⁰¹ SAĞLAM, M. (2002), “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişikliği Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu.” s. 22. (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/msaglam.pdf, 03.12.2010).

¹⁰² SAĞLAM, M. (2002), *agm*, s. 8.

kişiler diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişiler ile istedikleri içerik ve biçimde yapabilirler. Sözleşme özgürlüğünün sınırları ise Borçlar Kanunu 19. md. /2. f. ‘da “*Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Fakat sözleşme özgürlüğünün sınırları sadece bu maddede yer alan düzenlemeler olmayıp, kanundan kaynaklanan sözleşme yapma yükümlülükleri de sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır.¹⁰³

Hukukta bireyci akım, sözleşme özgürlüğüne getirilecek herhangi bir sınırlamayı uzun süre büyük bir dirençle karşılamış, ancak toplumcu görüşlerin kuvvetlenmesi sözleşme özgürlüğünü hukuki tedbirlerin önemli aşamalar kaydetmesine sebep olmuştur. Bu kapsamda kanun sözleşme özgürlüğünü bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu sayarak olumlu sınırlayabilir. Bazı malların veya hizmetlerin halka arz edilmesi konusunda hukuki bir tekel elde etmiş olan kuruluşlar için sözleşme yapma zorunluluğu konabilir. Fiili tekel kurmuş olan kuruluşların sözleşme yapma zorunluluğunun ne dereceye kadar kabul edileceği dürüstlük kuralına göre çözümlenmelidir. Böyle bir kuruluş kendisine yapılan icabı makul bir sebep olmadan reddederse haksız fiil kurallarına, özellikle BK. 41/II hükmüne göre sorumlu tutulabilir. Ayrıca dürüstlük kuralına göre sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için, sözleşmeden kaçınma yerinde görülebilecek, makul bir sebebe dayanmamalı, keyfi olmalı ve muhatap için hayati menfaatler tehlikeye konmalıdır.¹⁰⁴

Oğuzman/Öz’e¹⁰⁵ göre de özel yasa hükmü bulunmayan durumlarda özel hukukta sözleşme yapma zorunluluğu, MK. md. 2’ de yer alan dürüstlük kuralına dayanır. Dürüstlük kuralının bir sözleşme yapılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak dürüstlük kuralına aykırı düşer. Bu durumdan zarar gören taraf sözleşme yapılması için dava açabileceği gibi, sözleşmenin yapılmaması

¹⁰³ ZEVKLİLER, A. (2004) , Özel Borç İlişkileri, Ankara, s. 34.

¹⁰⁴ TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A. (1993): Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul. s. 365-366.

¹⁰⁵ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., age, s. 136.

sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesini dava edebilir. Tekel durumundaki işletmeler içinde bu durum geçerlidir, aksi takdirde sözleşme yapma serbestisi kötüye kullanılmış olur.

Tandoğan¹⁰⁶ ise, sözleşme yapma zorunluluğunu doğrudan dürüstlük kuralına dayandırmak yerine, BK. 41.m'de 2.f. hükmüne dayandırmaktadır. Bu fikre göre; günümüzde, fiili tekel sahiplerinin ve piyasaya egemen olan teşebbüslerin, sadece hayati nitelikteki edimler için değil, genel olarak halka sunulan mal ve hizmetler için akit yapmaktan haklı sebep olmaksızın kaçınmayacağı, buna ihtiyacı olan ekonomik alandaki kişiliğini geliştirmek hakkının ihlaline ya da BK. md. 41. f. 2'ye dayanılarak kabul edilmektedir.

Gürzumar'a¹⁰⁷ göre ise, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle karşı tarafa zarar veren kişinin bu davranışının, MK. 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali ya da BK. 41/2 md.'si anlamında ahlaka aykırı olarak bilerek zarar verme eylemini gerçekleştirmesi halinde, zarar görenin BK. 43/1 md.'si hükmünden faydalanarak, nakden tazmin yerine, sözleşmenin kurulmasına yönelik aynen tazmin talebinde bulunabileceğini belirten ve medeni hukuk ve borçlar hukuku öğretisinde kabul gören görüşün, burada da geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre hakim sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılarak RKHK'nın 6. maddesinin ihlal edildiğini tespit ederse, bu sebeple zarara uğrayan diğer tarafın zararının, talep olası şartı ile, sözleşmenin kurulması şeklinde aynen tazmin edilmesine BK. md. 43/1 uyarınca karar verebilmesi gerekir.

Sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle karşı tarafa zarar veren kişinin bu davranışı BK. 19/II maddesi anlamında kamu düzenine aykırı edim olarak da nitelenebilir. Sözleşme özgürlüğünün kamu düzeni kavramı sebebiyle

¹⁰⁶ TANDOĞAN, H., age, s. 11.

¹⁰⁷ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 69.

sınırlandırılabilmesi için kamunun bir menfaatinin tehdit altında olması ve söz konusu menfaatin daha üstün bir menfaat olması gerekir.¹⁰⁸

Doktrinde, hukuki ya da fiili tekel durumunda olan teşebbüslere; haklı bir sebep bulunmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları halinde, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi her ne kadar MK'nın 2. maddesi kapsamında değerlendirilmekteyse de, RKHK'nın kabul edilmesinden sonra, hukuki ya da fiili tekel durumunda olan teşebbüslerin, bu durumlarını kötüye kullanmaları halinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesinin; genel kanun özel kanun ilişkisi dikkate alındığında, öncelikle RKHK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁹

RKHK'nın "*rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar*" başlığını taşıyan 4. md.'sinde ya da "*hakim durumun kötüye kullanılması*" başlığını taşıyan 6. md.'sinde zorunlu unsur konusu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak ilgili maddelerde zorunlu unsura ilişkin açıkça bir hüküm yer almasa da, rekabetin ihlal edileceği haller RKHK'da sınırlı olarak sayılmamıştır. Kaldı ki zaten rekabeti ihlal eden bütün hallerin önceden öngörülüp tespit edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle zorunlu unsura sahip olan teşebbüs ya da teşebbüslerin bu unsurdan diğer teşebbüsleri yararlandırmamaları ya da yararlanmalarına engel olacak şekilde ağır şartlar ileri sürerek fiilen yararlanmalarının engellenmesi sonucunun doğması, diğer şartlar da oluşmuşsa doğal olarak rekabet ihlallerinden birisi olarak değerlendirilmelidir.¹¹⁰

RKHK'da açık bir düzenleme olmasa da hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin; zorunlu unsura sahip olmaları durumunda, ilgili pazarda faaliyette bulunabilmek için kendilerinden bu unsuru almak zorunda olan diğer teşebbüslerin taleplerini reddetmeleri "*ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki*

¹⁰⁸ KÜÇÜKYALÇIN, A. (2004), Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, C.53, S.4, Ankara, s. 113.

¹⁰⁹ GÜVEN, P., "*Perşembe Konferansları...*", s. 9.

¹¹⁰ GÜVEN, P., "*Perşembe Konferansları...*", s. 14.

faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler” kapsamında değerlendirilebileceği gibi, zorunlu unsura sahip olan hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin üst pazarda faaliyette bulunmaları durumunda, kendilerinden alt pazarlarda kullanmak üzere bu zorunlu unsuru talep eden teşebbüslerin taleplerini reddetmeleri, diğer bir ifade ile sözleşme yapmayı reddetmeleri, *“belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler”* kapsamında değerlendirilebilecektir.¹¹¹

Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması, piyasalarda etkin rekabetin oluşumu, sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi ile sağlanacaksa RKHK'nın genel amacı, amaç maddesi kapsamında sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir. Tüketici yararının yanı sıra kamu yararının da önem taşıdığı Rekabet Hukukunda 6. ve diğer maddeler kapsamında konu değerlendirildiğinde, piyasalarda etkin rekabetin sağlanması, diğer bir ifade ile ekonomik yararın, kamu yararının sağlanması amacıyla, zorunlu unsura sahip olmaktan kaynaklanan hakim durumunun kötüye kullanılması hallerinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilecektir.¹¹²

2.5. Türk Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Ve Uygulaması

Türk Rekabet Hukukunda zorunlu unsur doktrini RKHK'nın 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Rekabet Kurulu zorunlu unsur doktrinine dayalı olarak vermiş olduğu kararlarında RKHK'nın 6. maddesinin (a) ve (d) bendlerini dayanak yapmaktadır.

Türk Rekabet Hukukunda zorunlu unsur doktrini basın sektörü, telekomünikasyon sektörü ve bor sektörü gibi sektörlerde faaliyette bulunan teşebbüslerle ilgili olarak gündeme gelmiştir. Rekabet Kurulu'nun zorunlu unsur konusunu incelediği diğer sektörlerle ilişkin kararları bulunmakla beraber, ayrıntılı analiz bu sektörlerde yapılmıştır. Zorunlu unsur doktrininin uygulanması

¹¹¹ GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...”, s. 13.

¹¹² GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...”, s. 14.

değerlendirilirken o sektörde Rekabet Kurumu'nun yanı sıra sektöre özgü düzenleyici bir kurumun olup olmadığı özellikle yetki paylaşımı konusu dikkate alınmalıdır.¹¹³

2.5.1. Zorunlu Unsur Kavramının Kullanıldığı İlk Karar Olarak Ankara Veteriner Tıp Merkezi - Propet / Pluton Kararı

Rekabet Kurulu'nun 18.04.2000 tarihli ve 00-14/138-70 sayılı kararına konu olayda Ankara Veteriner Tıp Merkezi'nin faaliyete geçmesinden sonra, Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarının Türkiye Distribütörü Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti., Ankara Veteriner Tıp Merkezinde 07.12.1999 tarihinde bir satış standı açmış, ancak 17.12.1999 tarihinde hiçbir gerekçe göstermeksizin standı kaldırarak, malları geri alması ve Veteriner Tıp Merkezi'ne bir daha mal vermeyeceklerini beyan etmesi üzerine Ankara Veteriner Tıp Merkezi, Türkiye Distiribütörü Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti. ve Ankara Temsilcisi Pluton Tanıtım ve Gıda San. Tic. Ltd. Şti. hakkında şikâyette bulunmuştur.

İlgili coğrafi pazar Ankara, ilgili ürün pazarı “*profesyonel kedi ve köpek mamaları pazarı*” ve etkilenen pazar olarak “*veteriner hizmetleri pazarı*” belirlenmiştir.

Kurul kararında “*Başvurudan Ankara Veteriner Tıp Merkezi'nin faaliyetlerine yeni başlamış bir klinik olduğu... mal verme ve malı geri çekme arasında geçen süre, 10 gün ile sınırlı olduğu için, mal arzının kesilmesi değil, piyasaya yeni girmeye çalışan bir firmaya yönelik mal vermeme eylemi söz konusudur. Bu nedenle, eylemin ihlal olup olmadığının belirlenebilmesi için, Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarının veterinerlik hizmetlerinin tüketiciye sunulabilmesi açısından zorunlu unsur teşkil etmesi gerekir. Ancak anılan kliniğin faaliyetlerini yerine getirmesi açısından Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarının satmasının zaruri olduğu, yani bu marka mamaların şikâyetçinin faaliyeti bakımından bir zorunlu unsur teşkil ettiği söylenemez. Çünkü veteriner kliniğinin asli görevini yerine getirmesi için kedi ve köpek maması satma*

¹¹³ GÜVEN, P., Rekabet Hukuku, s. 332.

zorunluluğu bulunmadığı gibi, klinik müşterilerini Eukanuba yerine diğer marka ürünlerden satış yapabilme olanağının bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır.” şeklinde görüş bildirerek, Eukanuba markalı kedi ve köpek mamalarının dağıtımını üstlenmiş olan Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti'nin ilgili pazarda hakim durumda olmadığına, dolayısıyla söz konusu şirket hakkında ön araştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına oy birliği ile karar verilmiştir.

Türk Hukuku'nda mal vermeyi reddetme eylemi özellikle piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere mal ya da hizmet verilmesinin reddi, hakim durumun dışlayıcı uygulamalar yoluyla kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Mal vermeyi reddetmek, somut olay kapsamında giriş engeli oluşturabileceği gibi, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı ve bu suretle rekabeti dışlayıcı hal alabilir. Bu durumun, özel hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmek güçtür. Zira özel hukukta bu ilke istisnasız uygulanmamakta ve özellikle hukuki ve fiili tekel hallerinin bulunduğu durumlarda, sözleşme özgürlüğüne olumlu bir müdahalede bulunularak, kendisine yapılan icabı reddeden tarafa sözleşme yapma zorunluluğu yükletilebilmektedir.¹¹⁴

2.5.2. Doktrinin Kamu Teşebbüslerine Uygulaması ve Eti Holding A.Ş Kararı

Kurul'un 21.12.2000 tarihli ve 00-50/533-295 sayılı kararında Ceytaş Madencilik Tekstil San. Tic. A.Ş. (CEYTAŞ)'nin şikayeti üzerine Eti Holding A.Ş. hakkında ilk incelemede bulunulmuş ve inceleme neticesi hakim durumu kötüye kullandığı iddia edilen Eti Holding A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Somut olayın taraflarından Eti Holding A.Ş. dönemin Türkiye'de tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile ürünlerin pazarlanması konularında Bor Tuzlarının İşletilmesini Düzenleyen 2840 sayılı Kanun ile tekel hakkına sahip olarak faaliyet gösteren bir kuruluştur. Şikayetçi Ceytaş öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre

¹¹⁴ **ŞANLI, K. C.** (2000), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:3 Ankara, s. 265.

kolemanit cevheri talep etmiş, ancak Eti Holding A.Ş. bu talebi reddetmiştir. Kurul ilgili coğrafi pazarı Türkiye ve ilgili ürün pazarını topraktan çıkarılıp nihai ürün haline dönüşene kadar olan süreçteki tüm bor ürünlerini kapsamak üzere “*bor pazarı*” olarak belirlemiştir.

Kurul Kararında; “...*Ceytaş için Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı yoktur, ancak, zorunlu unsur ile söz konusu unsurdan yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarı gerekli kılmaktadır. Zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, anlaşma yapma zorunluluğu doğuran bir zorunlu unsurdan yararlanma talebi olarak değerlendirilemeyeceğini*” ifade etmiş ve bu olay bakımından doktrin altında anlaşma yapma yükümlülüğünü gerekli kılacak bir durum olmadığını belirtmiştir.¹¹⁵

Kurul Kararında Ceytaş’ın pazara yeni girmek isteyen bir teşebbüs olduğunu, ihlalin varlığının kabulü için zorunlu unsur ile bu unsurdan faydalanarak başka bir faaliyette bulunulan ikinci bir pazarın gerektiğini, ancak somut olay açısından Ceytaş firmasının faaliyet göstermek istediği ham kolemanit ürününü öğütülmüş kolemanite dönüştürme işinin, zorunlu unsura bağımlı bir alt pazar niteliğinde değil, bizzat ilgili ürün pazarının kendisi olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Ayrıca Kurul kararında “...*bor ürünleri, ancak üretimlerinde bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir....*”, diyerek üst pazar olan bor ürünlerinin zorunlu unsur olarak hangi alt pazarları kapsayacağı belirtilmiştir.

Kurul kararda “*zorunlu unsur*” ifadesi yerine “*temel kaynak faaliyeti*” ifadesini kullanmış ve unsurun tanımını “...*belirli bir faaliyette bulunabilmek için kendisinden mutlaka yararlanılması gereken öyle bir temel kaynaktır ki, hakim durumdaki teşebbüse ait olan bu temel kaynağın başka bir alternatifinin bulunması veya ekonomik ve rasyonel olarak böyle bir alternatifin oluşturulması mümkün*

¹¹⁵ GÖÇER, S. (2005), Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara, s. 120.

değildir; böyle bir temel kaynağa sahip olan bir teşebbüs imkanları nispetinde ve makul şartlarla her isteyene bu mal ya da hizmeti satmak zorundadır” şeklinde yapmıştır.

Kararda zorunlu unsur doktrinini açıkça ifade edilmese de unsurun tanımını yapılmış ve unsur kullanılarak faaliyet gösterilecek olan iki pazarın gerekliliği ifade edilmiştir.

Bu kararın iptali talebiyle Danıştay’a başvurulmuş, ancak Danıştay 10. Dairesi 31.12.2003 tarihli ve Eti Holding A.Ş.’nin 2840 sayılı Kanun uyarınca yasal tekel hakkına sahip olduğu gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmiş ise de Danıştay’ın onama kararı vermesi üzerine bu defa karar düzeltme yoluna giden Ceytaş A. Ş.’nin talebi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 2008/654 Esas ve 2010/2439 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Karar “işletme” kavramının sadece bor cevherinin topraktan çıkartılarak konsantre edilmesi faaliyetini kapsayacak biçimde yorumlanması gerekirken, geniş yorumlanarak Eti Holding A.Ş.’nin faaliyet alanının aynı zamanda bunu işlemek suretiyle yeni ürün elde etme olarak değerlendirildiği ve bu değerlendirme sonucu Eti Holding A.Ş.’nin yasadan doğan tekel hakkının olduğu ve bu gerekçeyle soruşturma açılmamasının RKHK’ya aykırı olduğu, Kurul’un en azından rekabet hukuku alanı ile çelişen mevzuatların uyumlaştırılması amacıyla kanun koyucu için yol gösterici bir tutum sergilenmesinin gerektiği belirtilerek eleştirilmiştir.¹¹⁶

2.5.3. İnternet İçerik Hizmetlerine İlişkin TTAŞ - Doğan İletişim / Superonline / Türk Nokta Net Kararı

Rekabet Kurulu’nun 19.02.2002 tarih ve 02-09/89-40 sayılı kararında şikâyette bulunan Türk Telekomünikasyon A.Ş. ‘dir. Karara konu olayda, Doğan İletişim Elektronik Servis Hizmetleri A.Ş. (Doğan İletişim), Superonline Uluslararası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Hizmetleri A.Ş. (Superonline) ve Türk

¹¹⁶ **KÖKSAL, T.** (2002), Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Ankara, s. 216-218.

Nokta Net Bilgi Hizmetleri A.Ş.’nin ücretsiz sundukları portal hizmetlerini ücretlendirmeleri, ücretin ödenmemesi durumunda ise bu hizmeti kullanıma kapatmaları nedeniyle RKHK’yı ihlal ettikleri ileri sürülmüştür. İlgili coğrafi pazar “Türkiye Cumhuriyeti Sınırları”, ilgili ürün pazarı ise “internet üzerinden sağlanan içerik hizmetleri” pazarı olarak belirlenmiştir. Kararın zorunlu unsur kapsamında incelenmesini gerektiren husus Kurul’un portal hizmetlerine erişimin, herhangi bir internet servis sağlayıcının faaliyetlerini sürdürebilmesi için zorunlu unsur olarak görülmediği yolundaki görüşüdür. İnceleme sonucunda Kurul “Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de internet üzerinden sunulan içerik hizmetlerinin büyük çoğunluğu ücretsiz olarak verilmektedir. İşletmeler genellikle, içerikle beraber yayınladıkları reklamlardan elde ettikleri gelire faaliyetlerini sürdürmektedirler. Her hizmette olduğu gibi, içerik hizmeti de işletmelere belirli bir maliyet yükü getirmektedir. İşletmelerin, sundukları bu hizmet karşılığında hizmet sunduğu kişilerden ücret talep etme hakları her zaman vardır. Şikâyet konusu portal hizmetlerinde olduğu gibi, bir hizmetin bugüne kadar ücretsiz verilmesi, işletmelere bundan sonra da aynı hizmetin ücretsiz verilmesi yükümlülüğünü getirmeyecektir. Şikâyet edilen işletmeler her ne kadar tek tip olduğu iddia edilen anlaşmalar aracılığıyla portal hizmetlerinin ücretlendirilmesi için girişimlerde bulunmuş olsa da, bu erişimin herhangi bir internet servis sağlayıcının faaliyetlerini sürdürebilmesi için zorunlu unsur niteliğinde olmadığı, ücretlendirme işleminin sadece Türk Telekom’un değil, diğer tüm internet servis sağlayıcıları abonelerini de kapsaması cihetiyle ayırıcı bir uygulama olmadığı” sonucuna varmış ve dosya konusu işlemle ilgili olarak, RKHK’nın 4. ve 6. maddeleri kapsamında bir ihlal bulunmadığına karar vermiştir.

2.5.4. Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulama Şartlarının Açıkça Belirlendiği Türk Telekom A. Ş. / TİSSAD Kararı

Rekabet Kurulu’nun 02.10.2002 tarihli ve 02-60/755-305 sayılı Kararı, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüs tarafından iptal istemli açılan dava sonucunda, “Soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu” gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesinin 1.7.2005 tarih, 2005/1700 E. 2005/3392 K. ; 2005/1703 E. 2005/ 3396 K. sayılı

kararları ile iptal edilmiştir. Danıştay tarafından iptali üzerine verilen 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-80 sayılı kararında ilk kararda olduğu gibi “zorunlu unsur doktrini” kavramı açıkça kullanılmış ve zorunlu unsurun şartları kapsamında Türk Telekom A.Ş.’nin tek sağlayıcı konumunda bulunduğuna karar verilmiştir. Rekabet Kurulu’nun yürüttüğü soruşturmada şikayet Türk Telekom A.Ş.’nin internet erişim hizmetlerinin sunulması için gerekli olan alt yapılar ile uzak mesafe veri aktarımını içeren pazardaki hakim durumunu kötüye kullandığı şeklindedir.

Soruşturma kapsamında yapılan incelemede Kurul ilgili ürün pazarı olarak, kurumsal kullanıcılara sunulan geniş bant internet erişim hizmetleri pazarı ve bu erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları kapsayan pazarı, yerel kullanıcılara sunulan dar bant internet erişim hizmetleri pazarı ve bu erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları kapsayan pazarı, yerel kullanıcılara sunulan geniş bant internet erişim hizmetleri pazarı ve bu erişim hizmetlerinin sunulması için gereken alt yapıları kapsayan pazarı ve uzak mesafe veri aktarımına ilişkin royalty’leri içeren pazar olarak belirlemiştir. İlgili coğrafi pazar; ilgili ürün pazarlarında yer alan hizmetlerin ulusal düzeyde sunulması nedeniyle “Türkiye Cumhuriyeti sınırları” olarak belirlenmiştir. Ayrıca Rekabet Kurumu kararda, Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları içeren pazarda, yerel kullanıcılara dar bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları içeren pazarda, yerel kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken alt yapıları içeren pazarda ve son olarak uzak mesafe veri aktarımına ilişkin royalty’leri içeren pazarda hakim durumda olduğunu belirtmiştir. Kurul kararında RKHK’nın ihlal edildiği iddiasının incelenmesinde zorunlu unsur doktrinini esas almış ve doktrinin uygulama şartlarını belirlemiştir. Buna göre;

1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması,
2. Giriş yapmak isteyen rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/alt yapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkansız olması,
3. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,

4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması doktrinin uygulanabilme şartları olarak sıralanmıştır.¹¹⁷

Kurul bu şartlar arasında, doktrinin uygulanabilmesi için birbiri ile bağlantılı iki ayrı pazarın var olması gerektiğini ayrı bir madde olarak sıralamamış ise de kararın başka bölümlerinde iki pazarın gerekliliğini zikretmiştir. Bu kapsamda Kurul'un doktrinin uygulanması için aranılan şartlar kapsamında yararlanılmak istenen varlığın kendisini üst pazar, zorunlu unsurun kullanılacağı pazarı ise alt pazar olarak nitelediği anlaşılmaktadır. Ayrıca Kurul kararında zorunlu unsur doktrininin uygulanabileceği anlaşma yapmaktan kaçınma eylemlerinin, ancak rakiple anlaşma yapmaktan kaçınma hali olabileceğini kabul etmiştir.¹¹⁸

Ayrıca Kurul kararında zorunlu unsur doktrininin uygulandığı pazarların genel özelliklerini belirlemiştir. Kararda *“Doktrinin uygulandığı olaylar esas itibarıyla birbirleriyle dikey olarak ilişkili iki pazarı gerekli kılmaktadır. Bu pazarlardan üst pazar genellikle tekelci (yoğunlaşmış) bir yapıya sahipken (örneğin yerel telefon şebekesi), bu tekelci teşebbüsün faaliyet gösterdiği alt pazar (örneğin erişim hizmetleri pazarı) daha rekabetçidir. Doktrinin ana felsefesi; üst pazardaki sınırlı kaynağın alt pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için zorunlu olması ve bundan dolayı üst pazarı kontrol eden teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmayı reddederek alt pazardaki rekabeti sınırlandırma, diğer bir deyişle alt pazarı da tekelleştirme imkânına sahip olmasıdır. Bu zorunluluk, üst pazardaki faaliyetin gerçek ya da potansiyel alternatifinin olmamasından ve buna ihtiyaç duyan teşebbüslerin makul olarak aynı veya benzerini kuramamasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı rekabet otoriteleri, üst pazarda ortaya çıkan yoğunlaşmış yapının, alt pazardaki rekabetçi yapıyı tehdit etmesinin önüne geçmek ve buradaki rekabet koşullarını geliştirmek amacıyla, zorunlu unsur doktrini altında teşebbüslere rakipleriyle zorunlu anlaşma (paylaşım) yükümlülüğü getirmektedirler.”* şeklinde pazarın olması gereken durumu belirlenmiştir.¹¹⁹

¹¹⁷ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 348.

¹¹⁸ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 374.

¹¹⁹ Karar, s. 28, para 1230.

Kurul, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin ilgili pazarlarda hakim durumda olduğuna, kurumsal kullanıcılara geniş bant internet erişim hizmetinin sunulması için gereken altyapıları içeren pazarda RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine, dar bant internet erişim hizmetleri karşılığında alınan ücretleri maliyetin altında belirleyerek, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini güçleştirmek suretiyle ve uzak mesafe veri aktarımına ilişkin royalti'leri içeren pazardaki hakim durumunu kötüye kullanarak RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine ve bu nedenle hakkında cezai işlem uygulanmasına, Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin, 2000 yılı net satışlarının taktiren onbindebeşi oranında para cezası ile cezalandırılmasına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Karar alt pazardaki rekabetin sınırlandırılmasına yönelik hiçbir ifadeye rastlanmaması sebebiyle eleştirilmektedir.¹²⁰

Ancak Danıştay 13. Daire 2006/1941 Esas ve 2007/8734 Karar sayılı dosyasında 2813 sayılı Telsiz Kanunu'nun 7. maddesinin son fıkrasında, Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak yapacağı inceleme ve tetkiklerde, birleşme ve devralmalara ilişkin kararlar da dahil olmak üzere telekomünikasyon sektörüne ilişkin olarak vereceği kararlarda öncelikle Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünü alması gerektiği hükmüne yer vererek davada, telekomünikasyon sektörüne ilişkin inceleme ve araştırma yapıp karar alınmasına karşın, karar öncesinde Telekomünikasyon Kurumu'nun görüşünün alınmadığı gerekçesiyle yasayla zorunlu görülen şekil kuralına uyulmaması, işlemin esasını etkileyen bir noksanlık niteliğinde sayarak, usulü eksiklik sebebiyle dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle Kurul'un 05.01.2006 tarihli ve 06-02/47-80 sayılı kararı iptal edilmiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu) ile Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründe faaliyet gösteren teşebbüsler hakkında rekabete ilişkin sorunların çözümlenmesinde görev ve yetkilerinin kesişmesi ve Kurul'un RKHK ile verilmiş inceleme, araştırma, soruşturma ve karar

¹²⁰ **ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö.** (2010), “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, Rekabet Dergisi, C. 11, S.3 , Ankara, s. 24.

verme yetkilerinin, telekomünikasyon sektöründe meydana gelecek rekabet ihlalleri bakımından Kurul'dan alınarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na devredildiği şeklinde tartışmalar hem Kurul kararlarına hem de Danıştay kararlarına konu olmuştur.¹²¹

2.5.5. Limanların Zorunlu Unsur Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Eken-Türkiye Denizcilik İşletmeleri Kararı

Rekabet Kurulu'nun 09.01.2003 tarih ve 03-03/25-7 sayılı kararında Eskihisar-Topçular hattında feribot taşımacılığı yapmak isteyen şikâyetçi Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)'nin bölgedeki iskelelerinden yararlanabilmek için başvuruda bulunduğunu, ancak söz konusu başvurunun TDİ tarafından reddedildiği ifade edilmektedir. TDİ'nin Eskihisar-Topçular hattında tekel konumunda bulunduğu, adı geçen iskelede şikâyetçi teşebbüsün kullanımına sunabileceği birer adet rampası bulunmasına rağmen, söz konusu talebi reddetmek suretiyle rekabeti engellediği ve bu suretle RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiği iddia edilmektedir.

Kararda ilgili pazar "*İzmit Körfezi'nin güney ve kuzey kıyası arasında, feribotla taşıt ve yolcu taşıma hizmeti pazarı*" olarak tespit edilmiştir. Kurul kararında TDİ'nin iskelelerinin bir bölümünü şikâyetçiye kiralamamak suretiyle RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğini iddia edebilmek için, TDİ'nin hakim durumda bir teşebbüs olması, kullanılmasına izin verilmeyen iskelelerin "zorunlu unsur" olması ve TDİ'nin bu talebi geri çevirmek için makul gerekçelerinin olmaması gerektiğini belirtmektedir. Kurul TDİ'nin ilgili pazarda hakim durumda olduğunu kabul etmiş olmakla beraber, ilgili pazarda faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüs için Eskihisar ve Topçular İskelesi'nin zorunlu unsur niteliği taşımadığını beyan etmiştir.

Kurul kararında zorunlu unsurun tanımını "*Zorunlu unsur, rakiplerin bağlantılı piyasalarda mal veya hizmet üretmek için yararlanmak zorunda oldukları*

¹²¹ FIRAT BOZOĞLU, E. S. (2010), "2000'den 2010'a Rekabet Hukuku Uygulamaları ve Yargısal Denetim", Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, s. 91.

ve aynısı yapılması imkânsız olan veya ekonomik olarak rasyonel olmayan unsur olarak” şeklinde yapılmıştır.

Kurul kararında zorunlu unsurun varlığının kabul edilebilmesi için aşağıdaki kriterlerin tümünün bulunması gerektiğini belirtmektedir;

- “1. Zorunluluk şartının oluşabilmesi için, varlığın benzerinin kopya edilmesi imkânsız veya fiziki, coğrafi ya da hukuki engeller nedeniyle aşırı derecede zor olmalıdır.
2. Yeniden üretme maliyeti teşebbüsleri caydıracak boyutlardaysa, bu durum tek başına aşılabilir bir giriş engeli olarak kabul edilebilir.
3. Daha önemlisi, zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanılabilmesi için, unsurun benzerini kurmanın sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, diğer teşebbüsler için de zor olması gerekmektedir.
4. Ayrıca unsurun kontrolünü elinde bulunduran teşebbüsü ilgili pazardaki koşulları belirleme konumuna getirmesi gerekmektedir. Bundan dolayı unsurun kontrolünün o teşebbüse daha fazla avantaj sağlaması yeterli değildir. Unsurun ilgili pazardaki rekabet için hayati bir öneme sahip olması gerekmektedir.
5. Bu bağlamda reddetme eylemi sonucunda ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması gerekmektedir. Bu koşul aslında hem zorunluluk için hem de yükümlülük için gerekli olan bir şarttır.”

Kararda belirtilen bu beşinci şart zorunlu unsurun varlığı halinde anlaşma yapma yükümlülüğünün doğması için aranan koşuldur.¹²²

Bu değerlendirmeler kapsamında, TDİ'nin, İzmit Körfezi'nin kuzey ve güney kıyısı arasında feribotla araç ve yolcu taşımacılığı pazarında hakim durumda olmakla beraber, Eskişehir ve Topçular iskelelerinin, ilgili pazarda faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüs için bir zorunlu unsur teşkil etmemesi, dolayısıyla TDİ'nin, şikayetçi ile, bu iskelelerin kullanımı hususunda bir anlaşma yapma yükümlülüğünün

¹²² GÜRZUMAR, O. B., age, s. 382.

bulunmadığına, şikayete konu olan eylemin RKHK'nın 6. maddesine aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Karaege¹²³, kararı zorunlu unsur doktrininin uygulanması için gerekli olan iki pazarın varlığı şartını incelememiş olması sebebiyle eleştirmektedir. Avrupa Birliği uygulamasında bu tip olaylarda üst pazar olarak “liman hizmetleri” pazarı alt pazar olarak da “feribot hizmetleri” pazarı tespit edilmektedir. Üst pazarda zorunlu unsur teşkil eden varlığın alt pazardaki faaliyetin sürdürülebilmesi için gerekli olması durumunda, talebin reddi halinde alt pazardaki rekabet koşulları etkilenecek ve rekabetin korunduğundan söz edilemeyecektir. Kanımızca da Kurul'un zorunlu unsurun tanımını yaptığı ve uygulama unsurlarına yer verdiği kararında iki pazarın gerekli olduğu şartına değinmemiş olması bir eksikliklerdir.

2.5.6. Ulusal Dolaşım İle İlgili Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanması ve İş - Tim - Turkcell / Telsim Kararı

Rekabet Kurulu'nun telekomünikasyon sektöründe ulusal dolaşım ile ilgili zorunlu unsur doktrini çerçevesinde vermiş olduğu 09.06.2003 tarihli ve 03-40/432-186 sayılı kararda ‘Aria’ markası ile faaliyet gösteren İŞTİM (İş Bankası- Telekom İtalia Mobile Konsorsiyumu), Turkcell ve Telsim ile arasında ulusal dolaşım (roaming) konusunda anlaşma yapılmaması sebebiyle Rekabet Kurumu'na başvurmuş ve ulusal dolaşım talebinin Turkcell ve Telsim tarafından reddedilmesi suretiyle RKHK'nın 6. md.'sinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Soruşturmayı yürüten Kurul, telekomünikasyon sektörünün genel özelliklerini inceledikten sonra ilgili ürün pazarını Türkiye, ilgili ürün pazarları olarak, GSM hizmetleri pazarı alt pazar, GSM alt yapı hizmetleri pazarı üst pazar olarak belirlenmiştir.

Bu kararda Rekabet Kurulu'nun “zorunlu unsur doktrini” kapsamında verdiği diğer kararlara konu olaylardan farklı olarak Telekomünikasyon Kurumu'nun sektörel mevzuatından kaynaklanan sektörü düzenleyici bir otorite olması ve Telekomünikasyon Kurumu'nun ilgili mevzuatında da rekabete ilişkin bazı hükümlerin bulunması sebebiyle Rekabet Kurumu ve Telekomünikasyon Kurumu

¹²³ KARAEGE, Ö., age, s. 86.

arasında yetki ve görev konusu gündeme getirmiştir. Bu hususta Kurul RKHK kapsamında soruşturma açmaya ve karar vermeye yetkili olduğu görüşündedir. Kararda Telekomünikasyon Kurumu'nun 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'na dayanarak çıkarmış olduğu "Ulusal Roaming ile İlgili Anlaşmazlıklarda Uygulanacak Uzlaştırma İşlemine İlişkin Usul ve Esaslar' ve 406 ve 2813 sayılı Kanunlara dayalı olarak çıkarılan 'Ulusal Dolaşım (Roaming) Anlaşması Yapılması ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik' te yer alan düzenlemelere yer verilmiş ve Türk Hukukunda zorunlu ulusal dolaşım sisteminin benimsendiği belirtilmiştir.

Kurul kararda Turkcell ve Telsim'in altyapı hizmet pazarında birlikte hakim durumda olduğunu belirtmiştir. Kurul, Turkcell ve Telsim arasında zımni bir koordinasyon olduğunu ve bu koordinasyonun amacının rakibi alt pazar olan GSM hizmetleri pazarına sokmamak olduğunu görüşündedir. Kurul, Turkcell ve Telsim'in hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarını tespit etmek için zorunlu unsur doktrininin kıstaslarını aramıştır. Rekabet Kurulu kararda zorunlu unsur doktrininin hakim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi kapsamında ortaya çıkan özel bir uygulama alanı olduğunu, rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayanarak sözleşme yapma serbestisine getirilen bir istisna olduğu, zorunlu unsurun genelde dikey pazar yapılarının söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıktığı belirtilerek, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenebilmesi için;

- “1. Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi,*
- 2. Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması,*
- 3. Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyahasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması,*
- 4. Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması,*

5. *Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması*” şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Bu kapsamda Kurul kararında, GSM hizmetleri olmadan GSM hizmetleri pazarında bir teşebbüsün faaliyette bulunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Kurul “...İŞ-TİM’in yeterli kapsama alanına ulaşincaya kadar diğer işletmecilerin alt yapılarının bu teşebbüs için ‘zorunlu unsur’ olduğu kanaatine varıldığını” belirtmiştir ve Turkcell ve Telsim’in RKHK’nın 6. maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir.

Güven¹²⁴, karara konu olayda GSM altyapı hizmetlerinin İş-Tim açısından piyasaya girişte zorunlu unsur olarak kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla RKHK 6. md.’nin ihlal edilmediğini ileri sürmektedir. Piyasada önceden beri faaliyette bulunan Turkcell ve Telsim bu karar aşamasında dahi kapsama alanlarını genişletmek için altyapı kurma çalışmalarına devam etmekteyken, pazara girecek olan diğer teşebbüsler tarafından unsurun benzerinin yapılması, gereken altyapının kurulması doğal karşılanmalıdır. Kaldı ki, Turkcell ve Telsim, kararda zorunlu unsur olarak kabul edilen GSM telekomünikasyon alt yapı hizmetlerini, yüksek maliyetlerine rağmen, ayrı ayrı kurmuşlardır. Ayrıca yazar pazara girişte teknik açıdan zorlukların olup olmadığının belirlenmesinin o konuda uzman olan kişiler tarafından tespit edilmesi gereken bir konu olduğunu ifade etmektedir. Piyasada daha önce faaliyette bulunan ve farklı zamanlarda piyasaya giren teşebbüslerin, aynı ekonomik zorluklar olmasına rağmen ayrı ayrı kendi altyapılarını kurmuş olmalarının ekonomik zorluğun zorunlu unsur olarak kabulünü engellediği ifade edilmektedir. Bu değerlendirme şekli altyapının önem taşıdığı diğer sektörlerde teşebbüslerin ilk kez piyasaya giren teşebbüs olmak yerine bir başkasının ardından piyasaya girmeyi tercih etmelerine yol açacak ve dolayısıyla girişimcilik güdüsünü azaltacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Karaege¹²⁵ ise teşebbüsler arasında rakibin bulunmadığı ve bu doğrultuda rekabet baskısının mevcut olmadığı, şebeke dışsallığı nedeni ile pazarın gün geçtikçe doyuma ulaştığı, bunun için derhal altyapı kurulması gerektiği ancak kararda da

¹²⁴ GÜVEN, P., “Perşembe Konferansları...”, s. 81-82.

¹²⁵ KARAEĞE, Ö., age, s.95.

belirtilen teknik, iktisadi nedenlerle bunun mümkün olmadığı, bu sebeple Kurul kararının yerinde olduğunu belirtmiştir.

Bazı uygulayıcılar ise Kurul kararını, sektöre özel düzenleme olması ve bu düzenlemelerin de düzenleyici otoriteler tarafından uygulanması gerektiği, bu tip sektörlerin genel rekabet yasaları ve rekabet otoritelerinden korunması gerektiği, başka bir ifade ile Rekabet Kurumu'nun telekomünikasyon sektörüyle ilgili karar alma, yaptırım uygulama yetkisinin olmadığı şeklinde eleştirmektedir.¹²⁶ Rekabet otoritelerinin telekomünikasyon sektöründen uzak tutulmasına gerekçe olarak, hızla gelişen teknolojinin hakim olduğu bu sektöre ilişkin rekabet otoritelerinin genel rekabet bilgi birikiminin yetersiz kalması ihtimali gösterilmektedir.¹²⁷

Ayrıca kararda, şikâyet edilen teşebbüslerden ele geçen belgede yer alan “süreci ertelemek başarı, ancak bu da bizi tatmin etmeyecek”, “Yasanın UR ile ilgili maddelerine itiraz edebiliriz.” şeklindeki ifadeler, teşebbüslerin ulusal dolaşım konusundaki anlaşmayı erteleme niyet ve çabalarını ortaya koymaktadır. Dolayısı ile burada, ilgili teşebbüslerin, hukuksal süreçleri de kullanarak, hizmet vermeyi reddetme suretiyle rakibin piyasaya girişini engelleyip engellemedikleri çözülmesi gereken sorundur. Kararda bu konu incelenirken, teşebbüsler arasındaki sorunun çözümü için mahkemelerin veya rekabet otoritelerinin devreye girmesi sonucu kaybedilecek zamanın, zorunlu unsurdan yararlanmayı geciktirenin yararına işlediği ve sorun bilahare çözülsün de bu çözümden beklenen yararın elde edilemediği belirtilmesine rağmen, ilgili teşebbüslerin dava haklarını kullanmaları ile hakim durumun kötüye kullanılması durumu arasında doğrudan bir bağlantı olup olmadığına değinilmemiştir.¹²⁸

¹²⁶ **İNCEEFE, M. A.** (2004), “*Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kurumsal ve Pratik Açılardan Özel Bir İnceleme: Ulusal Dolaşım*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını No:0168, Ankara, s. 127.

¹²⁷ **İÇÖZ, Ö.** (2001), Rekabet Kurumu, Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Uzmanlık Tezi, s. 67.

¹²⁸ **GÜN, M., KARAKULAK, Ö. A., TOPRAK, F.** (2010): “*Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri, s. 223.

2.5.7. Enerji Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması ve ÇEAŞ Kararı¹²⁹

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) arasında 09.03.1998 tarihinde imzalanmış olan “*Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye İlleri, Kahramanmaraş İlinin Üç Köyünde Elektrik Üretim, İletim, Dağıtım ve Ticareti Hizmetlerinin Yapılması İçin Görev Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi*” sebebiyle elektrik nakli pazarında -alt pazarda- ÇEAŞ hakim duruma gelmiştir. Elektrik piyasasında alt pazar elektrik nakil pazarı iken üst pazar elektrik üretim pazarıdır ve ÇEAŞ alt pazarda hakim durumda bulunmaktadır.

10.11.2003 tarih ve 03-72/874-373 sayılı kararın verildiği soruşturmanın tarafları, şikâyet edilen Çukurova Elektrik A.Ş. (ÇEAŞ) ve şikâyetçiler Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş. (TOROS) ile Enerjisa Enerji Üretim A.Ş. (ENERJİSA) dir. Soruşturmanın konusu ise ÇEAŞ’ın, ENERJİSA’nın otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için sözleşme yapmadığı ve ENERJİSA’nın elektriğinin ulusal iletim ve dağıtım hattına bağlantısını yapmadığı ve ayrıca TOROS’un tesislerinde üretilen elektriği aralarında akdedilmiş olan Enerji Satış Sözleşmesine aykırı olarak almadığı ve TOROS’un ortaklarına enerji sevkiyatını engellediğidir. Kurul soruşturma yaparken öncelikle elektrik sektörünü incelemeye başlamış ve sektörü üretim, iletim ve dağıtım olarak üç bölüme ayırmıştır. Ancak ürün pazarları “*elektrik üretim pazarı*” ile “*elektrik dağıtım pazarı*” olarak tespit edilmiştir. Kurul şikâyetçiler TOROS ile ENERJİSA’nın elektrik üretim pazarında, ÇEAŞ’ın ise üretim, iletim ve dağıtım pazarında faaliyet gösterdiğini ifade etmiştir.

Kurul kararında “*...herhangi bir hizmet veya sanayi iş kolunda faaliyet gösterirken kendi hizmet ya da mamul üretimi için gerekli enerjiyi üretmek zorunda olan ve bu enerjisini kendi üretim sürecinde kullandıktan sonra artan enerjiyi elektrik enerjisine dönüştürebilecek tesislerin kuran ve işleten kuruluşların, yani otoprodüktörlerin üretime katkılarında bir artış meydana gelmiştir. Elektrik iletimi, üretilen ve yüksek voltajlı olduğu için doğrudan kullanıma uygun olmayan enerjinin, iletim hatlarıyla (elektrik santrallerinin birbirlerine ve trafo merkezlerine*

¹²⁹ <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar752.pdf/24.01.2011>

bağlantılarını sağlayan sistemle), voltajın düşürüldüğü dağıtım merkezlerine ulaştırılması şeklinde tanımlanmaktadır. Üretim ile iletimin koordinasyonu, “enterkonnekte sistem” aracılığı ile sağlanmakta; iki ya da daha çok şebekenin bir ya da daha çok hat tarafından bağlantı ekipmanları ile birbirine bağlanmasına ‘enterkonneksiyon’ denmektedir.” şeklinde tanımlama yapmış ve ayrıca elektrik dağıtımının iletim hatlarındaki çok yüksek voltajlı elektriğin tüketicilere ulaşmadan önce düşük voltajlı hale getirildiği trafo(dağıtım) merkezlerinden yapılmakta ve aşağı gerilim kademelerinde yer alan trafo merkezleri ile dağıtım şebekelerinin ‘elektrik dağıtım sistemini’ oluşturduğunu ifade etmiş ve depolanamayan bir ürünün söz konusu olduğu, bu sebeple nakilin büyük önem taşıdığı elektrik pazarında, iletim ve dağıtım hatlarının zorunlu unsur olarak belirlemiş ve kararında açıkça zorunlu unsur kavramını kullanmıştır.

Kurul “ÇEAŞ’ın bölge elektrik üretiminde tekelleşmeye yönelik olarak, alt pazardaki (elektrik nakli pazarı) hakim durumunu kullanarak, üst pazardaki (elektrik üretim pazarı) fili ve potansiyel rekabeti engellediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesi bağlamında hakim durumunu kötüye kullandığı” sonucuna varmış ve doktrinin uygulanabilme şartlarını belirlemiştir. Kurul kararında “Zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesi bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulamadır. Zorunlu unsur doktrini genellikle, dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Bu doktrinle, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkan/tesis/altyapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir. Bu doğrultuda doktrinin uygulama alanı enerji (elektrik, gaz), telekomünikasyon gibi şebekelerin önemli rol oynadığı sektörler ile ulaşım (demiryolu, liman, havayolu) alanlarında ortaya çıkmaktadır.

Zorunlu unsur; hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından sahip olunan, aynısının yapılması başka teşebbüsler için teknik, hukuki veya ekonomik olarak çok zor olan ve bağlantılı bir piyasadaki rekabetçi yapı için olmazsa olmaz bir özellik

sergileyen bir unsurdur. Bu unsurun talepte bulunan teşebbüslere geçerli bir teknik veya ticari objektif gerekçe gösterilmeksizin kullandırılmaması hakim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmektedir.

Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek için;

- 1) Zorunlu unsurun tekel ya da hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından kontrolü,*
- 2) Zorunlu unsurun başka bir teşebbüsçe yeniden tesisinin ya da üretiminin makul şartlarda mümkün olmaması,*

Bir kötüye kullanma halinin varlığını belirleyebilmek için ise,

- 1) Hakim durumdaki teşebbüsün zorunlu unsuru kullandırmayı reddetmesi ya da kullanımı engellemesi,*
- 2) İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması, bir başka deyişle, söz konusu reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmıyor olması, koşullarının mevcut olması gerekmektedir.” şeklinde tanımı, unsurları ve uygulanma şartlarını sıralamıştır.*

Kurul bu sayılan şartları somut olaya uyguladığında, ÇEAŞ elektrik nakil pazarında hakim durumdadır ve elektriğin iletimi, dağıtımı, elektrik depolanamayan bir ürün olduğundan zorunlu unsur niteliği arz etmektedir. Elektriğin nakledilmesi ve bununla ilgili altyapı, Kurul tarafından üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Ayrıca elektriğin iletimi ve dağıtımına ilişkin altyapı, iktisadi etkinlik sebebiyle doğal tekel niteliğinde olduğundan, zorunlu unsurun şikâyetçi, teşebbüsler tarafından yeniden tesisi ya da üretimi makul şartlar içinde mümkün değildir. Kurul ÇEAŞ'ın şikâyetçi teşebbüslerin zorunlu unsura erişimlerini kasıtlı olarak engellediğini ve yaptığı savunmaların hiçbirinin objektif haklı gerekçe oluşturmadığını kabul etmiştir. ÇEAŞ'a, Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca 2001 yılı net satışları üzerinden takdiren %2 oranında olmak üzere 9.557.363.023.000 TL. İdari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Kararda elektrik nakil pazarında hakim durumda kabul edilen ÇEAŞ'ın sahip olduğu elektrik nakil altyapısı, üretim sürecinin zorunlu bir unsuru olarak kabul edilmiştir. Doktrinle ilgili verilen kararlarda genelde üst pazardaki hakim durumun alt pazarda varolan ya da potansiyel rekabeti engellemesi suretiyle kötüye kullanım söz konusu olurken, bu kararda tam tersine alt pazardaki hakimiyetin (elektrik nakli pazarı) üst pazarda (elektrik üretim pazarı) kötüye kullanılması durumu ortaya çıkmıştır. Kararda zorunlu unsurdan dolayı sözleşme yapmaktan kaçınma, hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiş, ancak ihlalin dönemselsel olması, dolayısıyla da halen devam etmiyor olması sebebiyle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmemiş, sadece idari para cezasına hükmedilmiştir. Kararda zorunlu unsur doktrini doğru olarak uygulanmıştır.¹³⁰

Gürzumar¹³¹ da kararda alt ve üst pazar kavramlarının Kurul'un yaptığı tam aksi şekilde tespit edilmesinin, zorunlu unsur doktrini terminolojisine göre, zorunlu unsuru içeren elektrik nakil pazarının üst pazar ve rekabetin engellendiği pazar olan elektrik üretim pazarının ise alt pazar olarak tanımlanmasının mümkün olduğunu, ancak karara konu olayda bağlantılı iki pazarın varlığının zorunlu unsur doktrininin uygulaması bakımından öneminin Kurul tarafından dikkate alınmış ve kararda özel bir önemle işlenmiş olması sebebiyle hangi pazarın nasıl isimlendirildiğinin çok önemli olmadığını belirtmiştir.

Rekabet Kurulu'nun bu 10.11.2003 tarih, 03-72/874-373 sayılı kararı soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 26.12.2006 tarih, 2005/5050 E. 2006/4942 K. Sayılı Kararı ile bozulmuş ve Rekabet Kurulu 07-13/101-30 ve 08.02.2007 tarihinde önceki kararlar aynı mahiyette yeni kararını vermiştir.¹³²

¹³⁰ GÜVEN, P., "Perşembe Konferansları...", s. 32.

¹³¹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 443-444.

¹³² <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/kararlar/karar1909.pdf/24.01.2011>

2.5.8. Dağıtım Ağları Sektöründe Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması ve BBD/ Biryay / Yaysat Kararı

Rekabet Kurulu'nun zorunlu unsur doktrini ile ilişkilendirdiği, BİRİYAY II olarak da isimlendirilen 14.12.2000 tarihli ve 00-49/529-291 sayılı kararının Danıştay 13. Hukuk Dairesi'nin 12.12.2007 tarihli ve 2007/12799 Esas ve 2007/8741 Karar sayılı ilamı ve soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığı gerekçesi ile dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermesi üzerine, Kurul aynı mahiyette 02.08.2007 tarihli ve 07-63/777-283 sayılı kararı vermiştir.

Kararda gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD), BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRİYAY) ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin (YAYSAT), Star gazetesinin son satış noktalarındaki satışını engelleyerek bu gazetenin faaliyetlerini zorlaştırmaları ve yine Star gazetesinin dağıtımını yapan ve son satış noktalarına ulaştıran MEDYA Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. A.Ş.'nin (MEDYA) aynı pazara girişinin engellenmesinin RKHK'nın 6. md.'si kapsamında ihlal oluşturduğu iddiasını incelemiştir.

Şikayette bulunan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi A.Ş., BBD ve YAYSAT'ın bayiler üzerindeki hakimiyetini kullanarak Star Gazetesinin satışını engellemek için baskı yaptıklarını, bayilerin bu sebeple Star Gazetesini satmaktan kaçındıkları, her gazete grubu için ayrı bir bayilik ağının oluşturulmasının ekonomik olarak büyük bir israfa yol açacağını, ayrıca, gazetelerin nitelikleri gereği rakipleri ile aynı bayide satılmalarının gerektiği, diğer gazetelerle aynı bayide satılmayan bir gazetenin yayın hayatına devam edebilme şansının bulunmadığı, dolayısıyla, Hürriyet ve Sabah gruplarının, sahip oldukları dağıtım sistemi ve bayilik ağları sayesinde, rekabetçi bir piyasada olmaması gereken suni giriş engelleri yarattıkları, piyasaya yeni girecek şirketlerin bu dağıtım ve bayi ağından faydalanmalarının zorunlu olduğu iddia etmiştir.

Rekabet Kurulu ilgili coğrafi pazarı Türkiye, ilgili ürün pazarını gazete ve dergi dağıtım pazarı olarak belirlemiştir. BİRİYAY, BBD ve YAYSAT tarafından

kurulmuş bir girişimdir ve BİRİYAY müşterilerin yayınlarını BBD ve YAYSAT aracılığı ile dağıtmaktadır. Kurul ilgili ürün pazarında yayınevlerinin pazarlık güçlerinin bulunmaması ve piyasaya girişte önemli ekonomik engeller bulunması sebebiyle BBD ve YAYSAT'ın birlikte hakim durumda olduğunu kabul etmiştir. Kurul, şikâyet edilen teşebbüslerin sürekli olarak mal tedarik ettikleri bayileri, dağıtımını yaptıkları ürünler ile rakip dağıtım şirketlerinin getirdiği ürünler arasında tercih yapmaya zorlamak, rakip ürünleri teşhir ederek satan son satıcıların bayiliklerini iptal etmek, mal tedarikini kesmekle tehdit etmek, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunarak RKHK'nın 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca Kurul, ilgili dağıtım pazarının yapısı ve bu pazarın hizmet ettiği gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ürünlerinin, satış koşulları nazara alındığında, bu pazarda, son satış noktalarının, münhasır anlaşmalarla bağlanmasının, *“Diğer sağlayıcıların, dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin, önemli ölçüde zorlaştırılması”* sonucunu doğurucu nitelikte olması nedeniyle, rekabet ortamının bozulacağına, bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasında yapılacak olan sözleşmelerin, *“rakip malları satmama veya dağıtmama”* gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına da karar vermiştir.

Kararda zorunlu unsur doktrininden açıkça bahsedilmemiş ise de içerik olarak kararda yer almıştır ve karar doktrinin Türk Hukukundaki gelişimi açısından önem arz etmektedir.

Kararda şahıslara kiralanan satış büfelerinin, mobo ve kioskların zorunlu unsur olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bu yerlerin sınırlı sayıda olduğu, dağıtım piyasasına girmek isteyen bir teşebbüsün başbayilikler ve son satış noktaları oluşturmasının mümkün olmadığı, unsurun alternatifinin bulunmadığı belirtilmiştir.

Biryay, Yaysat ve BBD belediye ihalelerine girerek, son satış noktalarını kullanma hakkını elde etmekte ve bunları son satıcılara kiralamaktadırlar. Bu üç teşebbüs, satıcıları, başka dağıtıcılar tarafından dağıtılmak istenen ürünlerin son

satışını reddetmeye zorlamışlardır. Bu sebeple Kurul, belediyeler tarafından kurulan ya da belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü kişilere kiralanmış satış büfeleri, mobo ve kioskların hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin yasaya uygun gazete ve dergileri, makul ücret veya komisyon oranı karşılığında burada satma zorunluluğu, bir anlamda etkin rekabetin sağlanması için sözleşme yapma zorunluluğu da getirmiştir.

Gürzumar¹³³, Kurul Kararını gazete ve dergi yayıncılığı pazarına hiç girilmemiş olması sebebiyle eleştirmektedir. Yazar, kararda her ne kadar hakim durumun tespiti bakımından ilgili ürün pazarı olarak “gazete ve dergi dağıtım pazarı” dikkate alınmışsa da, etkilendiği kabul edildiği için “gazete ve dergi yayıncılığı pazarı”nın da kararın başında etkilenen pazar olarak belirtilmesi gerektiği yolunda fikir beyan etmiştir. Yazar Kurulun kararının hüküm fıkrasında “gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmaktan” bahsettiğini, ancak ilgili ürün pazarının tespitinde “gazete ve dergi yayıncılığı pazarı”nın hiç zikredilmemiş olmasını eleştirmektedir.

Ekdi¹³⁴, karara ilişkin olarak vurgulanması gereken en önemli noktanın bir gazetenin yayıncılık piyasasına girişinin engellenmesinden ziyade, anılan gazeteleri dağıtan şirketlerin *gazete ve dergi dağıtım* piyasasına girmelerinin engellenmesi olduğunu belirtmektedir. Kararda gazete satış büfelerinin bakkal, süpermarket satış noktaları gibi münhasırlıktan arındırılmaları ile yetinilmemiş, bunlara ayrıca bütün dağıtım şirketlerinden gelen yayınların emsallerine uygun koşullarda dağıtılması yükümlülüğü getirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, gazete satış büfelerinin piyasaya giriş için zorunlu unsur teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

¹³³ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 320.

¹³⁴ EKDİ, B. (2004), “Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri Rekabet Kurumu Yayını No:0168, Ankara, s. 123.

Birleşik Basım Dağıtım A.Ş tarafından kararın iptali için Danıştay'a başvurulmuş ise de kararda hukuka aykırılık bulunmadığından itiraz reddedilmiştir.¹³⁵

2.5.9. Sözleşme Yapmanın Reddi ve Solmaz Mercan Kararı

Rekabet Kurulu'nun, Solmaz Mercan Kararında¹³⁶ hakim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakibine hammadde niteliğindeki unsuru süregelen arz ilişkisindeki miktardan daha düşük miktarda sağlaması sebebiyle doğan durum inceleme konusu yapılmıştır. Kararda zorunlu unsur ifadesi doğrudan telaffuz edilmemekle birlikte sözleşme yapmanın reddi ile ilgili olarak yapılan değerlendirmeler bakımında önem arz etmektedir.

Kararda ilgili pazarlar “*cam ambalaj*” ve “*cam ev eşyası*” pazarı olarak tanımlanmıştır. Kararda şikayet edilen Anadolu Cam'ın cam ev eşyası pazarında ara malı olarak kullanılan cam ambalaj pazarında hakim durumda olduğu ve cam ev eşyaları pazarında faaliyet gösteren Solmaz Mercan'ın Paşabahçe'yle rekabet edecek konuma gelmesiyle mal tedarik miktarının düşürüldüğü belirtmiştir. Rekabet Kurulu bu davranışın hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilmesi için şu dört gerçekleşmesi gerektiğini kararında belirtmiştir. Bu şartlar;

- “*Mal vermeyi reddeden şirketin hakim durumda olması,*
- “*(Mal vermeyi) reddetme*” *davranışının olması,*
- *Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,*
- *Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması.*” olarak belirlenmiştir.

Kurul soruşturmaya konu olay bakımından sayılan unsurlardan ilk üçünün gerçekleştiğine, ancak rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçekleşmediğine karar vermiştir. Kurul kararında rekabeti kısıtlayıcı etkinin gerçekleşmediğinin gerekçesi olarak Anadolu Cam tarafından tedarik miktarının azaltılması durumunda Solmaz Mercan'ın alternatif kaynaklardan mal sağlayabileceği gösterilmiştir. Bu şekilde bir

¹³⁵ Danıştay 13. Dairesi 13.12.2010 tarih ve 2007/15785 E. 2010/8418 K. sayılı ilanı.

¹³⁶ 5.6.2007 tarihli ve 07-47/506-181 sayılı Solmaz Mercan kararı.

karar ile Kurul tarafından Anadolu Cam'ın ürünlerinin Solmaz Mercan için zorunlu unsur niteliği taşımadığı dolaylı olarak kabul edilmiştir. Kurul Solmaz Mercan'ın piyasada faaliyet gösteren diğer bir firma olan Marmara Cam'dan ya da ithalat yoluyla mal temin etme imkânının bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca Kurul, ilgili pazardaki fiyatların rekabetçi olabilecek seviyelerin üzerinde bulunduğuna yönelik bir bulgu olmadığını, bu sebeple de rekabeti kısıtlayıcı etki yaratmadığını, dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması niteliği taşıyan bir fiilin bulunmadığını kararında belirtmiştir. Ancak Kurul bu tür eylemlerin ihlale dönüşme riski taşıdığı gerekçesiyle Anadolu Cam'a görüş gönderilmesine karar vermiştir. Solmaz Mercan'ın başvurusu üzerine, Kurul Kararının yürütmesi Danıştay 13. Dairesi tarafından durdurulmuştur.¹³⁷ Yürütmenin durdurulması kararında Danıştay, Kurul'un kararında yer verdiği davranışın rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşımadığına ilişkin kararın gerekçesini kabul etmeyerek, davranışın Kanun'un 6/2. maddesinin (a) ve (d) bentlerindeki eylemler kapsamında olduğu ve pazardaki fiyat seviyesinin rekabetçi düzeyde olmasının bu durumu değiştirmeyeceği, ayrıca Kurul'un davranışların ihlale dönüşme riskinden bahsederek teşebbüse görüş gönderilmesinin aslında Kurul tarafından da ihlalin varlığının kabul edildiği anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedilmiştir.¹³⁸

Yürütmenin durdurulması kararının ardından Danıştay 13. Hukuk Dairesi 2007/13574 Esas ve 2011/486 Karar sayılı dosyası ile Rekabet Kurulu'nun dava konusu işleminde; *“söz konusu arzın kısıtlanması eyleminin Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir ihlâl teşkil ettiği sonucuna ulaşılamamakla birlikte, soruşturmanın muhatabı olan teşebbüsün hâkim durumda olması nedeniyle bu tür eylemlerinin “ihlâl dönüşme” riski taşıdığı ve bu hususun bildirilmesinin yerinde olduğu sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle, hâkim durumda olan adı geçen teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı karar ve uygulamalardan kaçınması yönünde Başkanlık tarafından görüş yazısı gönderilmesine”* kararı vermesinin bu eylemlerin gerçekte hâkim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun Kurulca da kabulü anlamına geldiği ve bu haliyle esasen ihlâl varlığının saptanmış olduğundan, 2002 yılından itibaren tedarik

¹³⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 24.4.2008 tarih ve 2007/13574 Esas No'lu kararı.

¹³⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 26.2.2009 tarih ve 2008/1242 No'lu kararı.

seviyesindeki ciddi azalmaların ortaya çıkmaya başladığı dikkate alındığında, “Kanun’un 6. maddesinin “a” ve “d” bentlerinin ihlâl edildiği anlaşıldığından, anılan Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca para cezası verilmesi gerekirken, mal vermeyi reddetme kapsamında olan süregelen arz ilişkisinin kesilmesi durumunun, hâkim durumun kötüye kullanılması sayılması için taşınması gereken unsurlardan 4. kriter olan rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.

Danıştay’ın bu kararı üzerine, Rekabet Kurulu 26.08.2009 tarih ve 09-39/949-236 sayılı kararı ile Anadolu Cam Sanayi A.Ş.’nin, 2002-2005 yılları arasında Solmaz Mercan Mutfak Eşyaları San. ve Tic. A.Ş.’ye mal tedarikini zorlaştırmak suretiyle Kanun’un 6. maddesini ihlal ettiğine, bu sebeple idari para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu kararında Rekabet Kurulu “*eylemin rekabet üzerinde kısıtlayıcı etkisinin olup olmamasının, cam ev eşyaları pazarında nihai tüketicilerin karşılaştığı fiyat, kalite gibi unsurlarda meydana gelecek olumsuz nitelikli net bir etkilenmeye yönelik bir analiz sonucu ortaya konabileceği düşünülse bile 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde kötüye kullanma hallerine örnek olarak tadadi bir biçimde sıralanan uygulamalardan (a) ve (d) bentlerinde ifade edilen “amaç” unsurunun, somut olay bağlamında varlığı açıktır. Zira bahse konu faaliyetler sonucu Anadolu Cam’ın, Solmaz Mercan’ın cam mutfak eşyaları pazarının dışına itilmesi kastıyla mal vermeyi kesme davranışı içine girdiği açıkça görüldüğünü*” belirtmiştir.

Rekabet Kurulu’nun kararı sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının değerlendirilmesi bakımından rekabet hukuku analizlerinde kritik önem arzeden reddedilen unsurun rakip için zorunlu olması şartının, kararda, doğru bir şekilde ele alınıyor olmasına rağmen, hakim durumun kötüye kullanılması halinin kabulü için aranan şartlar arasında sayılmadığı ve bu tutumun da Rekabet Kurulu’nun uygulamada sözleşme yapmayı reddetme davranışlarının hangi hallerde kötüye kullanma sayılacağına dair şartlar bütününe istikrarlı ortaya koyamadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹³⁹

¹³⁹ DEMİRÖZ, A., agm, s. 376.

Bizimde katıldığımız diğer ve en önemli eleştiri ise kararda açıkça kötüye kullanma olarak nitelendirilmeyen bir davranışın, ihlale dönüşme riskini gerekçe göstererek görüş gönderilmesi soruşturmaya muhatap teşebbüsler bakımından hukuki belirsizlik yaratmasıdır.¹⁴⁰ Bu hususa Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararında da eleştiri getirilmiştir.

2.6. Doktrinin Uygulanması ve Yaptırımı

Rekabet Kurulu denetleme ve yaptırım uygulama yetkilerini kullanırken yapacağı inceleme ve araştırmalar ile bunların neticesinde alacağı kararlara ilişkin sürecin hukuki niteliği tartışılmakla beraber, Kurul'un bir yargı organı olmadığı ve yargı faaliyeti yürütmediği açıktır. Ancak ister Kurul'un yürüttüğü faaliyetler yargı benzeri faaliyetler olarak tanımlansın, ister yaptırım uygularken yargısal usullere benzer usuller uyguladığı kabul olunsun; temel olan kural Kurul'un bu faaliyetlerini yürütürken idare ve ceza usul hukuklarının temel ilkeleri doğrultusunda hareket etmek zorunda olduğudur.¹⁴¹

Bu kapsamda Rekabet Kurumu yapacağı soruşturma neticesinde, sözleşme yapmaktan kaçınma suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığını tespit ederse, RKHK md. 16 uyarınca para cezasına karar vereceği gibi, aynı Kanun'un 9. md.'si uyarınca ilgili sözleşmeyi yapması gerektiğini ihlali yapan teşebbüse bildirir. Bunun dışında Kurul söz konusu teşebbüsün bildirimde belirtilen yönde davranmaması halinde RKHK md. 17'ye istinaden karar tarihinden itibaren her gün işleyecek süreli para cezasına da hükmedebilir.¹⁴² RKHK'nın 9. maddesi 4. fıkrasına göre nihai karara kadar ciddi ve telafi olunamayacak zararların doğma ihtimali görüldüğü durumlarda, Kurul nihai kararın kapsamını aşmayacak şekilde tedbir kararı alabilir. Tedbir kararı ile getirilen yükümlülöklere uyulmaması halinde Kurum, nispi idari

¹⁴⁰ DEMİRÖZ, A., agm, s. 376.

¹⁴¹ BADUR, E., ERTEM, B. (2008), "Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü", Rekabet Dergisi, S. 33, Ankara, s. 5.

¹⁴² GÜRZUMAR, O. B., age, s. 68.

para cezasına hükmedecektir.¹⁴³ Ayrıca RKHK'nın 5. bölümünde düzenlenen rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları kapsamında, 57. madde uyarınca hakim durumu kötüye kullanan teşebbüs zarar görenlerin maddi ve manevi zararlarını karşılayacaktır.¹⁴⁴ Zarar gören hem fiili zararını hem de yoksun kalınan karı niteliğindeki zararının tazmin edilmesini isteyebilecektir.¹⁴⁵ Ancak Rekabet Kurulu'nun idari nitelikteki bu inşai kararı ile hakim durumdaki teşebbüs ile diğer taraf arasında sözleşme kurulmasının sağlaması mümkün değildir. RKHK'nın rekabet ihlallerinin özel hukuktaki sonuçlarına ilişkin hükümleri arasında da hakim durumun kötüye kullanılmasının sözleşme yapmaktan kaçınmak şeklinde gerçekleştiği hallerde, adli mahkemelerce, yapmaktan kaçınılan sözleşmenin kurulmasına karar verilebileceğini belirten bir düzenleme yoktur.¹⁴⁶ Aynı şekilde Tekinalp, RKHK'nın 57. maddesinin zarar görenlerin tazminat davası açabileceklerini açıkça öngördüğünü, ancak ihlalin tespiti, önlenmesi ve ihlal sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediğini belirtmektedir. Yazar, RKHK'da açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen, TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükmünün kıyasen uygulanması ile rekabetin engellendiğinin, bozulduğunun, kısıtlandığının ya da hakim durumun kötüye kullanıldığının tespiti, ihlalin önlenmesi ve ihlalin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasının istenebileceğini, ihlalin hukuki niteliğinin haksız fiil olmasının haksız rekabete ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanmasını haklı göstereceğini belirtmiştir.¹⁴⁷

¹⁴³ **BADUR, E., ERTEM, B.** (2010), “*Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları-Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 90. Ankara, s. 105-106.

¹⁴⁴ **BADUR, E.** (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar) , Lisansüstü Tez Serisi, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, s. 162. ; **GÜVEN, P.** (2007), “*Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları*”, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Bursa, s.20. ; **KARAEĞE, Ö.**, age, s. 198. (Her türlü zarar kavramının manevi zararı kapsamadığı hususunda ise bkz.) **ŞANLI, K. C.** (2003), “*Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara, s. 222. ; **TEKİNALP, Ü.** (2005), “*Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları*”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu III., Ankara, s. 263. (Kısaltma; Özel Hukuka...)

¹⁴⁵ **ÖZSUNAY, E.** (2005), “*Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III., Ankara, s. 143.

¹⁴⁶ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 68-69.

¹⁴⁷ **TEKİNALP, Ü.**, “*Özel Hukuka...*”, s. 260.

RKHK'nın ihlali nedeni ile açılacak tazminat davalarında adli mahkemeler yetkilidir ve adli mahkemenin RKHK 56-59. madde hükümlerini uygularken ilk yapması gereken hakim durumun kötüye kullanılması olgusunu RKHK'nın 4. ve 6. maddelerini uygulayarak hukuka aykırılığını saptamaktır. Ancak Yargıtay 01.11.1999 tarihli ve 1999/3350 Esas, 1999/6364 Karar sayılı ve 29.11.2002 tarihli 2002/2827 Esas, 2002/7580 Karar sayılı ilamlarında RKHK'ya ilişkin özel hukuk davalarında tazminata hükmedilebilmesi için öncelikle Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanmasına gerek olduğunu belirtmektedir.¹⁴⁸ Yargıtay'ın bu yaklaşımı doktrin tarafından, Rekabet Kurulu'nun bir mahkeme olmadığı, yürütme (idare) içinde yer alan bir soruşturma kurulu olduğu, sadece vatandaşa hukuk güvenliği sağlanması amacıyla mahkeme gibi yargılama usullerini uyguladığı, bu sebeple hukuka aykırılığa ilişkin tespitin mahkemeyi bağlamaması gerektiği şeklinde eleştirilmektedir.¹⁴⁹

Gürzumar, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle karşı tarafı zarara uğratan kişinin davranışının, MK. md. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali ya da BK md. 41/2 kapsamında ahlaka aykırı şekilde kasten zarar verme fiili oluşturması durumunda, zarar görenin BK. 43/1 hükmünden yararlanarak nakden tazmin yerine, sözleşmenin yapılmasına yönelik aynen tazmin talebi ile sözleşmenin yapılmasını isteyebileceği şeklindeki medeni hukuk ve borçlar hukukunda kabul gören görüşün burada da geçerli olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanıldığının tespit edilmesi halinde hakimin, talep olması durumunda zarara uğrayanın zararının sözleşmenin kurulması şeklinde aynen tazmin ile giderilmesine BK md. 43/1 uyarınca karar verilebilmesi gerekir. Ancak hakim bu taleple bağlı olmadan, gerekçesi ile birlikte nakden tazmine de karar verebilir. Yazar, zarar görenin sözleşmenin kurulması gibi bir talebi olmaması halinde hakimin, aynen tazmin yönünde karar tesis etmemesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak tüm bu kararların verilebilmesi için, sözleşme yapma talebi reddedilen teşebbüs, pazar koşullarına uygun, ilgili sektör bakımından olağan şartlar içeren ve bu sebeple hakim durumdaki teşebbüs bakımından kabul edilmemesini gerektirecek haklı gerekçeler

148 ÖZSUNAY, E., agm, s. 147. ; TEKİNALP, Ü., "Özel Hukuka...", s. 262.

149 TEKİNALP, Ü., "Özel Hukuka...", s. 262.

yaratmayan icabın hakim teşebbüse dava açılmadan önce yapıldığını kanıtlaması gerekir. Ayrıca RKHK'nın özel hukuktaki sonuçlarıyla ilgili hükümlerine, bu yönde düzenleme eklenmesi doktrin tarafından önerilmektedir.¹⁵⁰ Özsunay da RKHK'da rekabet kısıtlamalarından zarar görenlerin korunması için belirli durumlarda “sözleşme yapma mecburiyeti” nin öngörülmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve İsviçre Mevzuatı'nda yer alan çözümün benimsenmesi ve rekabeti kısıtlayan teşebbüsün, bundan etkilenen teşebbüs ile cari piyasa fiyatları ve ilgili piyasada geçerli olan sözleşme şartları üzerinden sözleşme yapma mecburiyetinin öngörülmesinin yararlı olacağını belirtmektedir.¹⁵¹

Hakim durumdaki teşebbüsün hakim kararı ile kurulacak sözleşme kapsamında doğan edimi, cebri icra yoluyla yerine getirilmesi mümkün olmayan ve ifadan kaçınma durumunda imkansızlaşmaya yol açarak diğer tarafı sadece BK md. 96 hükmü uyarınca tazminat imkanı verecek bir borçsa, zarara uğrayan taraf en baştan sözleşmenin kurulması yerine tazminat talep etmelidir. Ancak uyuşmazlık bir lisans sözleşmesine ilişkinse ve lisans alanın sözleşmeden doğan gayri maddi malı, lisans verenin olumlu edimine gerek duymadan kullanma hakkından yararlanması mümkünse hakimden sözleşmenin kurulmasını talep etmesi yerinde olacaktır.¹⁵²

Hakim durumun kötüye kullanılması sonucu rekabetin ihlal edilmesi sebebiyle adli mahkemelerde açılacak davalarda zamanaşımı süresi RKHK'da düzenlenmediğinden, BK'da yer alan haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır. Buna göre dava açma süresi zarara uğrayanın, zararını ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halükarda zarara neden olan fiilin vuku bulunduğu tarihten itibaren on yıl olacaktır.¹⁵³

Unsuru sahip teşebbüs, diğer teşebbüslerin unsurdan faydalanmaları karşılığında makul bir denkleştirme ya da giriş ücreti almalıdır. Bu teşebbüsün unsuru kurmak ve geliştirmek için verdiği emeğin karşılığı olmalıdır. Tutarlı ve

¹⁵⁰ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 69.

¹⁵¹ ÖZSUNAY, E., agm, s. 148.

¹⁵² GÜRZUMAR, O. B., age, s. 70-71.

¹⁵³ GÜVEN, P., “*Özel Hukuk...*”, s. 23.

güvenilir, makul ve ayrımcı olmayan tarzda bu bedelin belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵⁴

2.7. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini Uygulaması Ve Doktrinin Somutlaştırılmasına İlişkin Yargı Kararları

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda zorunlu unsur doktrini temel olarak ABİHA'nın 102. md.'si (ATA 82. md.) altında incelenmektedir.

Zorunlu unsur doktrini, mal vermenin reddi ya da lisans vermenin reddi şeklinde olsun anlaşma yapmayı reddetme kapsamında değerlendirilmekte ve Adalet Divanı tarafından hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenmektedir.¹⁵⁵ Biri maddi varlıklara diğeri fikri haklara ilişkin iki tip reddetme eyleminden bahsedilmektedir. Bunların ilki mal vermeyi reddetme, ikincisi lisans vermeyi reddetmedir. Mal vermeyi reddetmeye ilişkin ilk karar Commercial Solventtir.¹⁵⁶ Adalet Divanı bu kararında; hammadde pazarında hakim durumda bulunan bir teşebbüs bu hammaddeleri kendi üretim faaliyeti için kullanmak üzere ayırıp bu hammaddeleri kullanarak üretim yapan müşterisine sağlamayı reddeder ve böylece bu pazardaki rekabetin tümünü ortadan kaldırmayı riske ederse 82. madde (Orijinal metinde 86 olarak geçmektedir; ancak kurucu ATA'nın madde numaraları Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmiş ve söz konusu madde numarası 82 olmuştur. Ardından ABİHA ile madde numarası 102 olmuştur.) anlamında hakim durumu kötüye kullanıyor olacağını belirtmiştir. AD daha sonra önüne gelen United Brands¹⁵⁷ davasında ise hakim durumda bulunan bir teşebbüsün haklı objektif gerekçeler yokluğunda uzun süredir düzenli olarak iş yaptığı bir müşterisine mal

¹⁵⁴ **TEKDEMİR, Y.**, age, s. 23. ; **KARAEĞE, Ö.**, age, s. 75.

¹⁵⁵ **DERCLAYE, E.** (2003), "Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law" s. 3.
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle_derclaye, 05.04.2011.

¹⁵⁶ ATAD Kararı, Jined Cases 6/73 and 7/73. Istituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvent Corp. V. Commission, 1974 ECR 223.

¹⁵⁷ ATAD Kararı, Case 27/76, United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, 1978 ECR 297.

vermeyi kesemeyeceğini hükme bağlamıştır.¹⁵⁸ Commercial Solvent ve United Brands kararlarıyla tesis edilen prensipler bundan sonraki olaylar için yol gösterici olmuştur.

Zorunlu unsur doktrini teşebbüsün mülkiyet hakkına müdahaleyi gerektirmektedir ki bu alan geleneksel olarak AB rekabet hukukuyla düzenlenmemektedir.¹⁵⁹

2.7.1. Anlaşma Yapmayı Reddetmeye İlişkin İlk Karar Olan Commercial Solvents Kararı

ABAD'ın 1973 tarihli Commercial Solvents¹⁶⁰ Kararı, AB Rekabet Hukuku'ndaki sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili en eski ve temel içtihatdır. Bu kararda ABAD, Commercial Solvents'in, ürettiği bir hammaddeyi, söz konusu hammaddeyi kullanarak çeşitli ürünler üreten müşterisine, kendisinin ilgili ürün pazarına (alt pazara) girmesi nedeniyle vermeyi kesmesini 82. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir. Mahkeme, hakim durumdaki hammadde üreticisinin, kendi ürünlerine benzer ürünler pazarına girdiği için, bu ürünü üreten önemli üreticilerden birini pazardan dışlamak niyetiyle hareket edemeyeceğini ve hammaddeyi alt pazardaki rekabeti etkileyecek şekilde kendi üretimi için ayırmasının mal verilmeyen müşterinin rekabet gücünü tamamen ortadan kaldırma riski taşıdığını belirterek Komisyon'un mal verme yükümlülüğü getiren kararını onaylamıştır.¹⁶¹

ATAD'ın, Commercial Solvent'in mal vermeyi kesmesini hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelerken belirttiği gerekçeler;

- Hammadde pazarında hakim durumda bulunma,

¹⁵⁸ DEMİRÖZ, A., agm, s. 345.

¹⁵⁹ FINE, F. (2002), "NDC/IMS: A Logical Application Of Essential Facilities Doctrine", s.5. <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf>, 11.05.2011.

¹⁶⁰ Instituto Chemioterapico Italiano Spa and Commercial Solvents Corp. v. Commission Cases 6, 7, 1974, 223.

¹⁶¹ DEMİRÖZ, A., agm, s. 345.

- Bu hammaddeye dayanarak benzer ürünler üreten teşebbüse hammadde vermeyi reddederek o teşebbüsün alt pazardaki rekabetini ortadan kaldırma riskini doğurması,
- Hammadde vermeyi reddetmenin hiçbir makul nedeni olmaksızın sadece benzer ürünler pazarına girme amacına dayanmasıdır.¹⁶²

Bu şartlar incelendiğinde Mahkeme, üst pazarda hakim durumda ve hammaddeye sahip olan teşebbüsün, alt pazara girmeye karar vermiş olması sebebiyle bu hammaddeyi rakibine vermeyi reddetmesi ve bununla bağlantılı olarak alt pazardaki rakibin rekabet etmesinin engellenmesi riskinin doğuyor olmasını hakim durumun kötüye kullanıldığıнын kabulü için yeterli bulmuştur.

Karara getirilen en önemli eleştiri, olaya konu hammaddenin ikamesi ürünün mevcut olup olmadığı ya da alternatifinin üretilip üretilmeyeceğinin araştırılmadığıdır. Başka bir ifade ile hammaddenin zorunluluk arz edip etmediği tespit edilmemiştir. Bu husus incelenmeden doktrinin uygulanması, sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkına getirilen istisnanın çok geniş uygulanması sonucunu doğurmaktadır.¹⁶³

2.7.2. Zorunlu Unsura Erişim Sağlama Yükümlülüğü ve Sea Containers v. Stena Sealink (Holyhead) Liman Kararları

Sea Containers v. Stena Sealink (Holyhead) Liman Kararları¹⁶⁴ Komisyon'un zorunlu unsura erişim sağlama yükümlülüğü getirdiği ilk örneklerdendir. Kararda zorunlu unsur olarak nitelenen varlık bir limandır. Komisyon bu kararında, zorunlu unsur doktrininin ayrıntılarına girmeden doğrudan rakiplerin zorunlu unsura erişim taleplerinin reddi veya elverişsiz koşullar ileri sürerek rakibin rekabet edemez hale getirilmesi üzerinde durmuştur.¹⁶⁵ Avrupa'daki hukuk otoriteleri de hakim durumda bulunan teşebbüsün sahip olduğu ve rakipleri için zorunluluk arz eden ürün ya da

¹⁶² GÜRZUMAR, O. B., age, s. 186.

¹⁶³ KARAEĞE, Ö., age, s. 78.

¹⁶⁴ Commission interim measures decision in Sea Containers/Stena Sealink, OJ 1994 L15/8.

¹⁶⁵ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 174.

hizmetten rakiplerin yararlanmasını doğrudan engellemesi veya rakiplerine ürün ya da hizmeti çok yüksek, adil olmayan fiyatlarla açmasını rekabet hukukuna aykırı bulmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda Komisyon Holyhead Kararı'nda zorunlu unsur oluşturan ürün ya da hizmete sahip olup da pazardaki gücünü bu pazarla bağlantılı diğer bir pazarda kendi hakim durumunu korumak ya da daha da güçlendirmek için unsuru rakiplerin erişimine açmayı reddederek ya da daha elverişsiz şartlar ile erişimi sağlamayı kabul ederek rakibine rekabet dezavantajı yaratan teşebbüsün fiilini açıkça hakim durumun kötüye kullanılması saymıştır.¹⁶⁶

Kararda bir varlığın zorunlu unsur sayılabilmesi için, o varlığa ya da altyapıya erişim olmadan rakiplerin müşteriye hizmet sunmasının imkânsız olmasının gerektiği belirtilmiştir. Olayda, liman sahibi uyuşmazlığın çıkmasından önce şikâyetçi rakibine limanı zaten kullandırmaktayken, mevcut bir ilişkinin devamının haklı nedenlere dayanmaksızın zor şartlara bağlanmıştır.¹⁶⁷

Komisyon Sea Containers v. Stena Sealink (Holyhead) Kararında, zorunlu unsur doktrininin yalnızca mevcut rakipler bakımından değil, söz konusu unsura erişimi talep eden teşebbüsün ilgili pazara yeni giren bir teşebbüs olması durumunda da uygulanacağını hüküm altına almıştır.¹⁶⁸

2.7.3. Sözleşme Yapma Yükümlülüğüne Önemli Kısıtlamalar Getiren Bir İçtihat Oscar Bronner Kararı

Somut olayda Oscar-Bronner günlük gazete yayımlamakta olup, davalı teşebbüs MediaPrint ise, Oscar Bronner'ın rakibidir ve iki günlük gazete yayımlamaktadır. Ayrıca Mediaprint ülkedeki tek eve dağıtım sisteminin de sahibidir.

¹⁶⁶ VICKERS, J. (2009), “*Competition Policy And Property Rights*”, Department Of Economics Discussion Paper Series, Number 436, Oxford, s. 2.
<http://www.economics.ox.ac.uk/research/wp/pdf/paper436.pdf>, 10.11.2010.

¹⁶⁷ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 174.

¹⁶⁸ KARAEGE, Ö., age, s. 83.

Oscar-Bronner posta hizmetlerinin gazete dağıtımı için yeterince ikame oluşturamadığını ve sahip olduğu düşük pazar payı göz önüne alındığında, kendisinin kârlı bir şekilde ikinci bir dağıtım sistemini kurmasının mümkün olmadığını, bundan dolayı Mediaprint'e ait dağıtım sisteminin kendisi için zorunlu unsur oluşturduğunu davada ileri sürmüştür.

Davalı Mediaprint ise savunmasında, *“kendisinden rakiplerine yardımcı olarak rekabeti desteklemesinin beklenmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca eve dağıtım sistem kurmanın büyük idari ve mali yatırım gerektirdiğini ve bu hizmeti tüm Avusturya gazetelerine açmanın sistemin kapasitesini aşacağını”* ileri sürmüştür.¹⁶⁹

Avrupa Birliği Hukuku'nun önceliği ilkesi gereği Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı bir davranışın ulusal hukukta da hoş görülemeyeceğinden mahkeme, konuyu ön karar almak için ATAD'a havale etmiş ve esas olarak ülkede günlük gazete pazarında önemli bir payı olan ve tek eve dağıtım sistemini işleten bir teşebbüsün bir rakibinin bu sistemden faydalanma istemini geri çevirmesinin 82. madde (102. md.) anlamında bir kötüye kullanma olup olmadığını sormuştur.

ATAD yaptığı değerlendirmede reddetme eylemi üzerinde durmuş ve Magill Davasındaki şartlara atıf yaparak reddetme eyleminin hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için somut olayda eve dağıtım sisteminin kullanımının reddedilmesinin Oscar Bronner'ın günlük gazete pazarındaki tüm rekabet gücünü yok ettiği, reddin objektif haklı gerekçelere dayanmadığı ve eve dağıtım sisteminin varolan ya da potansiyel ikamesinin mümkün olmaması sebebiyle Oscar-Bronner'ın faaliyetlerini sürdürmesi için bu sistemin kullanımının kaçınılmaz olduğunun ispatlanması gerektiğini belirtmiştir. ATAD bu değerlendirme ile varolan zorunluluğun kabulü ve sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi şartlarını ağırlaştırmıştır.¹⁷⁰

ATAD Kararı'nda Magill Kararı'nı da işaret edilerek yararlanılmak istenen işletme unsurunun -unsuru talep eden teşebbüsün gerçekleştirmek istediği pazar

¹⁶⁹ Para 9.

¹⁷⁰ TEKDEMİR, Y., age, s. 46.

faaliyeti bakımından zorunlu unsur teşkil etmesi şartıyla bağlantılı şekilde- mevcut ya da potansiyel ikamesinin bulunmaması koşulunu ön plana çıkarmıştır. ATAD kararda zorunlu unsur doktrininin uygulanmasının istisnai özelliğini, yararlanılmak istenen unsurun zorunlu kabul edilebilmesi için gereken şartları zorlaştırmak suretiyle arttırmıştır. Bu sebeple öğretide ATAD'ın Oscar Bronner Kararı'nda daraltıcı yol izlediği kabul edilmektedir.¹⁷¹

ATAD söz konusu kararında davanın Genel Savcısı Jacobs'un zorunlu unsur doktrini kapsamında belirlenen sözleşme özgürlüğüne ve mülkiyetin kullanılması hakkına müdahalenin dikkatli bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiğini, müdahalenin kısa dönemde rekabeti artırırken uzun dönemde azaltabileceğini, 82. maddenin (şimdiki 102. md.) amacının rakibin değil, rekabetin korunması olduğunun unutulmaması gerektiğini belirterek, müdahalenin ancak ilgili unsurun benzerinin ortaya çıkarılmasının fiziksel, teknik ya da yasal nedenlerle çok mümkün olmadığı ya da çok zor olduğu durumlarda gerekçelendirilebileceğini belirterek, mahkemenin önündeki olayda 82. maddenin (şimdiki 102. md.) ihlal edilmediği görüşüne de ayrıntılı olarak yer vermiştir.¹⁷²

Mahkeme Kararı'nda 82. madde (şimdiki 102. md.) kapsamında bir ihlalin bulunması için;

- Reddedilen unsurun alt pazardaki faaliyet için vazgeçilmez nitelikte olması, mevcut ya da potansiyel alternatifinin bulunmaması,
- Reddin haklı bir gerekçesinin olmaması,
- Reddin alt pazardaki rekabetin tümünü ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğini belirtmiş ve söz konusu olayda bu şartların gerçekleşmediğine hükmetmiştir.

Kararın en önemli özelliği, Mahkeme'nin bir unsurun zorunlu olup olmadığını belirlerken dikkate alacağı kriteri yükseltmesi ve düplikasyonun mümkün

¹⁷¹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 199.

¹⁷² O'DONOGHE, R., PADILLA J. A. (2006), The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, s. 408.

olup olmadığının belirlenmesinde erişim sağlaması istenen unsur sahibi teşebbüsün büyüklüğünde bir rakip tarafından dahi unsurun bir benzerinin gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğunun ispatlanması gerektiğini kararda belirtilmektedir.¹⁷³ Ayrıca unsurun sağlanmasının sadece talep sahibi teşebbüs açısından değil, pazarda yer alan diğer teşebbüsler bakımından da imkânsız ya da aşırı güç olduğunun ispatlanması gerektiği kararda belirtilmektedir. Unsurun kontrolünün, hâkim durumdaki teşebbüsü alt pazardaki koşulları belirler konuma getirmiş olması şartı aranmaktadır. Başka bir anlatımla unsurun kontrolünün o teşebbüse sağladığı avantaj yeterli görülmemiş, ayrıca unsurun alt pazarda yaşamsal öneme sahip olması aranmıştır.¹⁷⁴

¹⁷³ DEMİRÖZ, A., agm, s. 348.

¹⁷⁴ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 199. ; TEKDEMİR, Y., age, s. 48.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. GENEL OLARAK ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ KAPSAMINDA FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ SINIRLARI

3.1. Fikri Mülkiyet Hakları

Öncelikle bu çalışmada kullanılacak olan “*Fikrî Mülkiyet*” ifadesinin geniş anlamı ile çerçeve bir terim olarak bilgisayar programları, veri tabanları, faydalı modelleri, tasarımları, yarı iletken topografyaları, patentleri, markaları, tasarımları ve coğrafi adlar ile işaretleri kapsadığı belirtilmelidir. Çünkü sadece fikir ve sanat eserleri değil, patentler, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlarda da “*fikrî ürün*” söz konusudur. Fikir ve sanat eserlerini fikrî, diğerlerini sınaî ve ticari mülkiyet içinde değerlendirilmesi doktrinde kabul edilmemektedir.¹⁷⁵ Bizim de benimsediğimiz bu görüşe göre sadece fikir ve sanat eserlerinde değil, patentler, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar da fikri üründür. Bunlara ek olarak bağlantılı hak olarak nitelenen komşu haklar ve film yapımcıları hakları da söz konusudur. Komşu haklar, icracı sanatçıların hakları, fonogram yapımcılarının hakları, radyo televizyon kuruluşlarının haklarından oluşmaktadır.¹⁷⁶ Esasen Avrupa Birliği ile uyum sürecine girilmiş olması sebebiyle de “*fikri mülkiyet hukuku*” ifadesinin birçok yerde artık geniş anlamı ile kullanıldığı görülmektedir.

Fikri mülkiyet hukukunun temeli, yenilik yaratma dürtüsüne ve yaratılan yeniliğin korunmasına dayanmaktadır. Fikri mülkiyet hakları sahibine münhasır bir hak vererek, hakkın ortaya çıkarılmasına yönelik yapılan sabit maliyetin karşılanmasına olanak vermekte ve yeniliğe yatırımı teşvik etmektedir.¹⁷⁷

¹⁷⁵ **TEKİNALP, Ü.** (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, s. 1.

¹⁷⁶ **KARAHAN, S., SULUK, C., SARAÇ, T., TEMEL, N.** (2007), *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Ankara, s. 98.

¹⁷⁷ **ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö.**, agm, s. 45.

Fikrî mülkiyet hakkı sahibinin, kendine ait olan fikrî mülkiyet hakkının konusu ürüne ilişkin üretme, piyasaya sunma, ithal veya ihraç etme, çoğaltma gibi durumlarda üçüncü kişilerin eylemlerini yasaklayabilme yetkisi bulunmaktadır. Bu sebeple fikri mülkiyet hakkı mutlak ve tekeli, dışlayıcı bir niteliktedir. Ancak bu durum fikri hak sahiplerinin aynı zamanda hâkim durumda oldukları sonucunu doğurmaz. İlgili pazara ilişkin analiz yapıldıktan sonra fikrî mülkiyet hakkı sahibinin, hakkın konusu olan ürün pazarında hâkim durumda olup olmadığının tespiti gerekir.¹⁷⁸

Fikri mülkiyet haklarının sahibine tanıdığı koruma, tek başına bir tekel ya da hâkim durumun varlığına işaret etmemekle birlikte, belirli koşullar altında bu durumlara sebep olabilmesi, tekelci uygulamalarda araç olarak kullanılabilmesi ya da konu edildiği sözleşmelerin rekabeti gereğinden fazla sınırlayıcı etkiler göstermesi mümkündür.¹⁷⁹

3.1.1. Fikir ve Sanat Eserleri

Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim, edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eseri olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılmış olan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir. Eserin sahibi ise onu vücuda getiren kişidir. Eserin subjektif unsuru, eserde bulunması gereken, eser sahibi ile ilgili niteliğidir. Başka bir ifade ile subjektif unsur eserde aranacak “*kişisel nitelik*” olarak tanımlanmıştır. Eserin objektif unsuru ise, bir fikri ürünün, sahibinin hususiyet arz eden fikri çabasının somut neticesidir. Buradaki “somut netice” ifadesi ile kast edilen insanın fikir ve düşüncesinin belirli bir düşünce açıklama formatına uygun olarak açıklanarak insanlar tarafından idrak edilebilir, algılanabilir hale gelmesidir.¹⁸⁰ Eserin sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği ifadesi ile kast edilen, yaratıcı zihnin dış alemden topladıklarını işleyerek, bunlara kendi hayal gücünü de katarak dış dünyaya

¹⁷⁸ PINAR, H. (2004), Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, s. 129. İstanbul.

¹⁷⁹ ANGI, F. G. (2005), “*Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması*”, Rekabet Dergisi, S. 23, Ankara, s. 5.

¹⁸⁰ ATEŞ, M. (2003), Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, s. 57, 60.

aktarmaktır.¹⁸¹ Eserin sahibinin hususiyetini taşıması hukuki korumaya temel oluşturduğu gibi, aynı zamanda korumanın da kapsamını belirlemektedir.¹⁸²

Fikir ve sanat eserleri; (i) ilim ve edebiyat, (ii) müzik, (iii) güzel sanat ve (iv) sinema eserleri olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır. İlim ve edebiyat eserleri, ister yazılı ister sözlü ifade edilmiş olsun her türlü bilim ve edebiyat eserleri, sözlü veya sözsüz sahne eserleri, bilgisayar programları, veri tabanları, estetik niteliği olmayan harita, resim, fotoğraf, kroki, maket, plan, proje ve tasarımlardan oluşmaktadır. Sözlü veya sözsüz her türlü besteler müzik eserini oluştururken, estetik değeri bulunan resim, fotoğraf, her türlü kalem ve fırça ürünleri, çizimler, süslemeler, tasarımlar, heykeller, mimari yapılar güzel sanat eserleridir. Sinema eseri, niteliğine bakılmaksızın herhangi bir vasıta ile gösterilebilen sesli veya sessiz görüntülerden oluşan sinema veya başka amaçlarla yapılmış filmlerden oluşur. Bir fikir ürününün eser sayılabilmesi için onu meydana getirenin hususiyetini taşıması gerekir. Varolan bir esere göre bağımsız fikri mesai mahsulü olmayan ürün eser sayılmaz. Eser sayılmanın bu şartına orijinallik, özgünlük veya “sübjektif unsur” denilmektedir.¹⁸³

ATAD’ın ve Rekabet Kurulu’nun verdiği kararlar ile ilgisi sebebi ile İlim ve Edebiyat Eserleri kapsamında değerlendirilen bilgisayar programlarının ve veri tabanlarının koruma kapsamı kısaca incelenecektir.

3.1.1.1. Bilgisayar Programlarının FSEK Kapsamında Koruması

Bilgisayar programı, belirli bir işlevi, görevi yerine getirmesi amacıyla verilen komutların herhangi bir şekil, lisan, notasyon veya kodla ifade edilmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁴ FSEK’e göre “bilgisayar programı: bir bilgisayar sisteminin özel biri işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgisini ve bu emir dizgisinin oluşum ve gelişimini

¹⁸¹ AYİTER, N. (1972), Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara, s. 39.

¹⁸² ÖZTAN, F. (2008), Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, s. 93.

¹⁸³ ATEŞ, M. (2009), “*Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. , Kayseri, s. 30.

¹⁸⁴ EREL, N. Ş. (1998), Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s. 36.; SULUK, C. , ORHAN, A. (2005), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul , s. 248.

sağlayacak hazırlık çalışmalarını” ifade etmektedir. Aynı maddede “*arayüz, bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümlerini..., ara işlerlik ise bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneğini*” ifade etmektedir. Arayüz, bilgisayarın ana biriminin yan birimlerle (yazıcı, modem vb.) bağlantısını sağlayan elektronik aksamdır. Ayrıca arayüz “bilginin aktığı yollar” olarak tanımlanan kanalları ve merkezi işleticiler ile onların kontrolünde çalışan makineler arasındaki bağlantıyı sağlayan kontrol devrelerini ifade eder.¹⁸⁵

Avrupa Birliği Hukukundaki gibi FSEK’de bilgisayar programları gibi, bir sonraki aşamada program haline gelmek şartıyla son halini almamış bilgisayar programı hazırlık tasarımlarını da ilim ve edebiyat eseri sayılarak koruma kapsamına almıştır.¹⁸⁶

Programın amacına uygun akış düzeni belirlendiğinde ona bir kod verilir. Kaynak kod, bilgisayar dili ile yazılmış olup, programın insanlar tarafından okunabilmesini sağlar. Ancak insanlar tarafından okunan bu kod bilgisayar tarafından okunamaz. Bu sebeple bahsedilen kaynak kodunun cihaz koduna çevrilmesi gerekir. Bu da objektif kod ile sağlanmaktadır. Bu kod ile program, yalnızca araç tarafından okunabilen ve bilgisayar işlemlerinin gözetimi için kullanılan “0” ve “1” sayısal, dijital değerlere ve okunabilir kaynak kodu haline de dönüştürülebilen bir niteliğe sahiptir.¹⁸⁷ Cihaz dilinin insanlar tarafından okunabilmesi için ise bir geriye çeviri işlemi gerekir, buna “*Kod Biçiminin Dönüşümü*” denir. Kod biçiminin dönüşümü, ayrıca programlar arası bağlantı, başka bir ifade ile bilgilerin programlar arasında değiş tokuş edilebilmesi ve kullanılabilmesi yönünden de gerekir. Bu sebeple FSEK, kişisel kullanım bağlamında, programın yasal sahibine kod biçimini değiştirme yetkisi tanımıştır.¹⁸⁸

¹⁸⁵ **TEKİNALP, Ü.**, “Fikri Mülkiyet”, s. 105.

¹⁸⁶ **SULUK, C., ORHAN, A.**, age, s. 252.

¹⁸⁷ **BEŞİROĞLU, A.** (2004), *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, İstanbul, s. 110.

¹⁸⁸ **TEKİNALP, Ü.**, “Fikri Mülkiyet”, s. 104.

Doktrinde bilgisayar programlarının teknik niteliğe sahip olmadığından patent ile korunması mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Ancak buluşun bir bilgisayar programına dayanması halinde teknik özelliğin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda işletim sisteminin patent korumasından yararlanabilmesi mümkün olabilecektir.¹⁸⁹

3.1.1.2. Veri Tabanlarının FSEK Kapsamında Koruması

Veri tabanları derleme eserlerdir. Bu sebeple işlemler arasında sayılarak korunmaktadır. Bilgi bankası olarak adlandırılan veri tabanları, bilgisayardaki hızlı sınıflandırma, dönüştürme, şekillendirme, güncelleştirme gibi beceriler sebebiyle çeşitli amaçlarla hazırlanmıştır.¹⁹⁰

İşleme olarak korunan veri tabanlarına ilişkin koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerin kendisini kapsamaz.

Hukukumuzda üç tür veri tabanı korunmaktadır; İlk olarak tamamen özgün ve sahibinin hususiyetini taşıyan verilerden oluşan ve bu verilerin düzeninin de özgün olduğu veri tabanlarıdır. Bunlar işleme niteliğinde değil, müstakil eser olarak korunur. İkincisi, işleme eser niteliğindeki veri tabanlarıdır ve uygulamada en çok bu türe rastlanmaktadır. Bu tür veri tabanını oluşturan verilerin eser niteliğinde olduğu durumlarla karşılaşılabilmektedir. Üçüncü tür ise özgün korumanın konusu olan veri tabanlarıdır. Bunlar ne müstakil ne de işleme eser niteliğindedir. Eser niteliği olmasa da büyük emek ve yatırım gerektirdiği için koruma altına alınmıştır. Bu yol ile bir yandan veri tabanı sahibine emeğinin karşılığını alma imkânı tanınırken, diğer yandan haksız rekabetin önüne geçmek amaçlanmıştır.¹⁹¹

¹⁸⁹ EROĞLU, S. (2000), Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, s. 21.

¹⁹⁰ TEKİNALP, Ü., “Fikri Mülkiyet”, s. 124.

¹⁹¹ SULUK, C., ORHAN, A., age, s. 269.

3.1.2. Patentler

Buluş sahibine devlet tarafından tanınan bir haktır. Buluş bir fikrin ortaya koyduğu, meydana getirdiği, yeniliğe haiz, teknik alanda ilerleme sağlayan bir çözümdür. Bu çözüm bir fikrin ürünü olup, soyuttur. Buluş, tekniğin bilinen durumunu aşan, yeni bir çözümün ortaya çıkardığı bir usuldür.¹⁹² Patent verilmesinin amacı buluşu özendirmeektir.

Patent verilebilmesi için ürünün yeni olması, tekniğin bilinen durumunu aşması ve sanayiye uygulanabilir olması gerekmektedir. “*Tekniğin Bilinen Durumu*” bir buluşla ilgili olarak, patent başvurusunun yapıldığı tarihten önceki bir tarihte, ilgili buluş konusunda, dünyanın herhangi bir yerinde, toplumun erişebileceği şekilde, yazılı, sözlü ortaya konulmuş veya kullanım ya da farklı bir yolla açıklanmış bilgilerin tümüdür.¹⁹³

Patent verilemeyecek konular ve buluşlar;

- 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, insan ve hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri olarak sıralanmıştır. Bu sayılan haller için bağımsız koruma sağlanamaz. Ancak başka bir buluşun parçası olarak koruma sağlayabilirler.

¹⁹² **TEKİNALP, Ü.**, “Fikri Mülkiyet”, s. 13.

¹⁹³ **TEKİNALP, Ü.**, “Fikri Mülkiyet”, s. 460.

3.1.3. Endüstriyel Tasarımlar

Tasarım, bir ürünün veya onun bir kısmının görmek veya dokunmak gibi insan duygularıyla ile fark edilebilen görünümüdür. Görünüm ise ürünü veya onun üstündeki süslemeyi oluşturan çizgilerin, özel şekillerin, çevre çizgisinin, renklerin, biçimin veya malzemenin sonucu olarak tanımlanabilir. Tasarım yüzeysel şekilde grafikler, halı motifleri, kumaşlar gibi iki boyutlu olabileceği gibi, sandalye, lamba masa gibi üç boyutlu da olabilir. Ayrıca tasarımlar estetik ve işlevsel olarak da iki gruba ayrılır. Estetik tasarımlar kumaş tasarımı gibi daha çok göze hitap eden tasarımlarken, işlevsel tasarımlar ütü masası, bilgisayar masası gibi ihtiyaca cevap veren tasarımlardır. Bazen her iki tasarım türü bir arada da olabilmektedir. İşlevsel tasarımları faydalı modellerden ayırmak zor olabilmektedir. Bu gibi durumlarda somut olayın özelliklerini incelemek gerekmektedir. Ancak faydalı modeller tasarım olarak da tescil edilebilir.¹⁹⁴

Tasarım Koruması, tasarımın tüm yenilik niteliği taşıyan özelliklerinin korunması, sadece estetik nitelik taşıyan görünüm özelliklerinin korunması ve ürünün görünümüne katkısı olan fonksiyonel özelliklerin korunması şeklinde olabilmektedir. Burada korunan sadece görünüme katkısı olan fonksiyonel özelliklerdir, ürünün performansı ve çalışmasına ilişkin fonksiyonel katkılar patent hukukunu ilgilendirir. Tasarım koruması, sadece tasarımın görüntüsü ile sınırlıdır.¹⁹⁵

3.1.4. Faydalı Modeller

Patent verilebilmesi için buluşun buluş basamağını aşması gerekir. Buluş basamağının aşılması konusunda düzeyin yüksekliği sebebiyle sanayide yapılan küçük buluşların ve ilerlemelerin korumadan mahrum kalmaması için patent tipi koruma sağlayan yeni bir fikri hak olarak faydalı model hakkı tesis edilmiştir.

¹⁹⁴ **TEKİNALP, Ü.**, “Fikri Mülkiyet”, s. 15.

¹⁹⁵ **SULUK, C.** (2003), Tasarım Hukuku, Ankara, s. 36.

Faydalı model hakkı, tescilli bir hak olarak, teknik ve fonksiyonel buluşlarda sahibine inhisari yetkiler verir.¹⁹⁶

Buluşların faydalı model yoluyla korunması birçok açıdan patent verilerek korunması yolundan daha avantajlıdır. Şöyle ki; bir buluşa patent verilebilmesi için yeni bir ürünün olması, tekniğin bilinen durumunun aşılması ve sanayiye uygulanabilir olması gerekmektedir. Faydalı model ise tekniğin bilinen durumunu aşmamakla beraber işlevsel olarak fayda sağlayan buluşların tescillenmesi için kullanılan bir yöntemdir.¹⁹⁷

Faydalı model verilme süreci, patentlere oranla hem kısa hem de ucuzdur. Yapılan işlemlerin kısa bir zamanda tamamlanması ve ucuz olması sebebiyle faydalı model, özellikle ülkemiz gibi küçük ve orta ölçekli sanayicilerin ağırlıklı olduğu ülkelerde teknolojinin gelişmesinde teşvik edici bir role sahiptir. Çünkü bu durum sanayicilerin rekabet etme gücü arttırmaktadır. Bu sebeple faydalı model, buluş tescili sisteminde önem arz etmektedir.¹⁹⁸

3.1.5. Entegre Devre Topografyaları

Günümüzde elektronik eşyalar hayatın her alanında vazgeçilmez bir unsur olarak yer almaktadır. Bu elektronik eşyaların yapım ve geliştirilmesinde entegre devreler çok önemlidir, çünkü bu devreler bu aletlerin ana kumanda merkezini, yani beynini oluştururlar. Entegre devrelerin geliştirilmesi, yüksek yatırımı, bu alanda uzmanlaşmayı ve teknolojik birikimi gerektirmektedir. Türkçe'de “cip”, “Yarı iletken cip”¹⁹⁹, “silikon cip”²⁰⁰ ya da “yonga” olarak adlandırılan entegre devrelerin yapısı yeryüzüne benzeyen katmanlardan oluşur. Bu benzerlikten nedeniyle entegre

¹⁹⁶ SULUK, C. (2002), “AB ve Türk Rekabet Hukukunda Faydalı Modellerin Korunması (I)”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:2, Cilt:2, Sayı:1, Ankara, s. 54.

¹⁹⁷ KARAHAN, S., SULUK, C., SARAC, T., NAL, T., ,age, s. 207.

¹⁹⁸ PINAR, H. (2005), “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku”, Rekabet Dergisi, S. 23,30-88, s. 34.

¹⁹⁹ ATEŞ, M., “Fikri Mülkiyetin Korunması...” , s. 34.

²⁰⁰ ATEŞ, M., “Fikri Mülkiyetin Korunması...” , s. 34.

devre tasarımlarına topografya denilir. Fikrî mülkiyet sebebiyle koruma da entegre devrelerin topografyaları üzerinde tanınır.²⁰¹

3.1.6. Yeni Bitki Çeşitleri

Yeni bitki çeşitlerine ilişkin haklar, ıslahçı hakları olarak da isimlendirilmektedir. Islahçı hakkı, bitki çeşidini ıslah eden kişiye hukuk düzeninin tanıdığı hakkı ifade etmektedir. Bitki çeşidini geliştiren kişi, ıslah hakkı almak için başvuru hakkına sahip olur. Islahçı hakkı belgesinin alınması hukuki korumanın sağlanması için gereklidir. Koruma başvuru ile başlar. Bitki ıslahçı hakkının konusu bitki çeşididir.²⁰²

Bu konuya ilişkin Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun kabul edilmiştir. Bu mevzuata göre yeni, farklı olduğu tespit edilen bitki çeşitleri korumadan yararlanacaktır. Koruma için Tarım ve Köyişleri Bakanlığında tescil belgesi almak zorundadır. Kural olarak koruma süresi 25 yıldır. Asma, ağaçlar ve patates için koruma 30 yıldır.²⁰³

3.2. Rekabet Hukuku İle Fikri Mülkiyet Hukukunun İlişkisi

Fikri mülkiyet hakları, sahibine kazandırdığı mutlak hakların korunmasının sağlanabilmesi için yasalarla özel olarak düzenlenmiştir. Rekabet hukukunun amacı ise rekabet ihlali ve sınırlamalarını engellemektir. Fikri mülkiyet hukuku mutlak hakları düzenlerken, Rekabet Hukuku piyasadaki tekel oluşumlarına karşı düzenlemeler içerdiğinden bu iki disiplin arasında dengenin nasıl oluşturulacağı önemli bir sorudur.

Ancak rekabet düzeninin sağlanabilmesi ve korunabilmesi için yapılan denetimler ve sınırlamalar kapsamına fikri mülkiyet haklarının da girdiği

²⁰¹ ODMAN, A. N., age, s. 70 ; PINAR, H., Uluslararası Rekabette..., s. 56-57.

²⁰² TÜYSÜZ, M. (2007), Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki Islahçı Hakkı, Ankara, s. 53-55.

²⁰³ SULUK, C., ORHAN, A., age, s. 27.

şüphesizdir. Rekabet düzenine etki edebilecek nitelikteki fikri mülkiyet hakları, Rekabet Hukuku kapsamı dışında tutulmadığı ve bu haklar piyasa aracı olarak kullanıldığı için Rekabet Hukuku düzenlemeleri kapsamı içinde olduğu kabul edilmelidir.²⁰⁴

Rekabet kurallarının fikri mülkiyet haklarına yaklaşımı genel olarak çift yönlü özellik göstermektedir. Rekabet hukuku, bir taraftan teknolojik yeniliklerin konu edildiği sözleşmeler ya da eylemler sebebiyle ortaya çıkabilecek rekabeti kısıtlayıcı davranışları yasaklarken, diğer taraftan teknolojik yenilikler yoluyla oluşacak rekabeti destekleyici davranışlara müdahale etmekten kaçınmaktadır.²⁰⁵

Fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun temel ilkelerine rağmen, yeniliklerin teşvikinin arttırılması amaçları sebebiyle birbirlerini tamamlayıcı nitelikte görülmektedir. Ancak kısa dönem hedeflerinin çeliştiği inkâr edilemez niteliktedir. Rekabet politikaları teşebbüslerin pazarda rekabet etmelerini teşvik ederken, fikri mülkiyet hukuku fikri varlıkların sahiplerine kişiye özel kullanımı sağlama konusunda yardım etmektedir. Bu durum zaten kısır olan yenilik faaliyetlerini ve dolayısıyla ekonomik verimliliği olumsuz etkilemekte ve bu durum nihayetinde tüketicinin refahına zarar vermektedir.²⁰⁶

Bu iki disiplin genel anlamda çelişir nitelikte görünse de amaç olarak benzediği noktalar bulunmaktadır. Yeni gelişmelerin teşviki, kaynakların etkin kullanımının sağlanması gibi hususlar her iki disiplinin ortak amaçlarıdır.²⁰⁷

Varolan fikri mülkiyet hukuku düzenlemelerinde, fikri mülkiyet hakları verilirken, bu hakkı kazanan teşebbüsün pazardaki durumu, başka bir ifade ile teşebbüse verilen hakkın ilgili pazarda yaratacağı etki göz önüne alınmamaktadır.

²⁰⁴ **ÖZDEMİR, S. O.** (2002), Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul, s. 180.

²⁰⁵ **ANGI, F. G.**, agm, s. 9.

²⁰⁶ **SUBRAMANIAN, S.** (2010), “*The Microsoft decision: a setback to IP rights in Europe?*”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 5, No. 4, 245-259, England, s.1. jiplp.oxfordjournals.org, 25.10.2010.

²⁰⁷ **ÖZDEMİR, S.O.**, age, s. 181.; **ASLAN, Y.** (1992), Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, s. 331.; **ATEŞ, M.**, “*Fikri Mülkiyetin Koruması...*”, s. 74.

Fikri mülkiyet haklarının kazanılması aşamasında rekabet hukukunun bir müdahalesi olamayacağından, rekabet ihlalleri kapsamında denetim ancak fikri hakların kullanımı aşamasında mümkün olacaktır. Fikri mülkiyet haklarına rekabet ihlali sebebiyle ilk müdahalelerin geldiği dönemlerde fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun birbiriyle çatışan iki hukuk dalı olduğu görüşü hâkimken, teknolojik yeniliklerin öneminin artmasıyla birlikte bu iki hukuk dalının tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmeye başlanmıştır.²⁰⁸

Modern rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku buluşların, yeniliklerin önünü açmak için en az beş açıdan bağlantılı işlemektedir. Bunların ilki; hem Amerika Birleşik Devletleri hem de Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, hukuken araştırma, geliştirme yatırımları ve yönetiminin yasal bir parçası olarak fikri haklar yoluyla ekonomik tekel yaratılması kabul edilmektedir. Yine Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda fikri mülkiyet haklarının fiyatlandırılmasında, ödül ve özendirme sağlayacak getirinin, dönemsel yatırımları yapan fikri hak sahiplerine sağlanması gerektiğinin kabul edilmesidir. Üçüncü olarak her iki sistemde de fikir mülkiyet hakkı sahiplerinin, bu haklarının kopyalanmasını engellemek hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanımı rakiplerin pazara girmesine rağmen kabul edilmektedir. Dördüncü olarak, her iki sistemin rekabet hukukunda da fikri mülkiyet hakları daha fazla doğal tekel olarak varsayılmayacaktır. Başka bir ifade ile fikri mülkiyet haklarının varlığı otomatik olarak tekelin varlığına karine teşkil etmeyecektir. Son olarak her iki sistemin rekabet politikasında fikri mülkiyet hakkına ilişkin lisans sözleşmelerinin genel olarak olumlu rekabetçi etkilerinin olduğu varsayılmaktadır.²⁰⁹

Fikri hak sahibin bu hakkını, hakkın kapsamını aşar şekilde kullanması, başka bir ifade ile fikri mülkiyet hakkının sınırlarını yok sayarak davranışlarda bulunması RKHK'nın 6. maddesi anlamında ihlal olarak değerlendirilecektir.²¹⁰ Bu

²⁰⁸ ODMAN, A. N., age, s. 75-76.

²⁰⁹ ANDERMAN, S. (2007), *Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK, s. 6.

²¹⁰ ARIKAN, A. S. (1999), "*Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku*" (Fikri Sınai Haklar ve Rekabet), Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 153.

değerlendirme fikri hakkın varlığını tehdit eder nitelikte değil, hakkın kullanımının rekabet kurallarına uygun gerçekleşmesini sağlayacak şekilde olacaktır.

Sonuç olarak fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku arasında, aynı nihai hedefe özgülenmiş olunması sebebiyle bir çatışma bulunmamakta, sadece sonuca ulaşmada kullanılan araçlar farklılık göstermekte, rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukuku ile korunan alanlara müdahalesi AB Rekabet Hukuku sisteminde de genel olarak kabul edilmektedir.²¹¹

Günümüzde genel olarak kabul gören ve bizim de katıldığımız görüş, bu iki hukuk dalının teknoloji alanında yeniliklerin sağlanabilmesi için karşılıklı etkileşim içinde olması gerektiği şeklindedir.

Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde rekabet ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki ABİHA ve bu anlaşmaya ilişkin Komisyon ve Avrupa Birliği Mahkemeleri'nin yorumları ile şekillenmiştir.²¹²

3.3. Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanabilme Koşulları

Fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan gayrimaddi malların söz konusu olduğu durumlarda, kural olarak, lisans hakkının doğduğu anda, lisans alanın sözleşme konusu gayri maddi malı kullanma olanağı da lisans verenin hiçbir edimde bulunmasına gerek kalmaksızın fiilen doğar. Gerçekten, gayrimaddi mallar, asıllarında herhangi bir değişiklik yapılması zorunlu olmaksızın, her zaman ve her yerde varlıklarını sürdürebilme özelliğine sahip varlıklardır. Bu nedenle bir fikri mülkiyet hakkı sahibi, lisans verme yükümlülüğüne uymak için talep sahibi rakibiyle lisans sözleşmesi yaptıktan ya da bu yükümlülüğe uymadığı için sözleşme mahkeme kararı ile kurulduktan sonra, artık onun lisans hakkı sahibine lisans hakkından doğan yetkilerini kullanabilmesini teminen herhangi bir edimde bulunmasına kural olarak gerek olmadığı gibi; bir kere ona bu olanağı verdikten sonra onun bu yetkiyi

²¹¹ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 20.

²¹² KARAEĞE, Ö., age, s. 119.

kullanma olanağını fiili müdahalelerle engelleyebilme imkânı da yoktur. İşte böyle bir durumda, lisans sözleşmesi yapmama özgürlüğünün kısıtlanmasının, sözleşme yapıldıktan sonra ifadan kaçınma ve aynen ifade ısrar edilmesi halinde cebri icra yoluyla ifaya zorlanma olanağının bulunup bulunmadığı sorusunun sorulmasına da gerek kalmaksızın, aynı zamanda ilgili fikri ve sınaî hakkın da bir sınırını ifade ettiği söylenebilir. Öğretide 551 sayılı PKHKHK md. 99 ve vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan “zorunlu lisans” patent hakkının sınırlarından biri olarak değerlendirilir.²¹³

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesinin ABİHA'nın 102. maddesinin ihlalini oluşturması halinde mümkün olmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin haklı bulunabilir sınırı ABAD tarafından her bir dava konusu olay açısından ayrı ayrı incelenmiştir.²¹⁴

Sözleşme yapma yükümlülüğünün fikri mülkiyet haklarına uygulanmasına bir eleştiri, Oscar Bronner Kararı'nın Genel Savcısı Jacobs tarafından getirilmiştir. Bu eleştiri fikri mülkiyet haklarının rekabeti desteklemeyi garanti ettiği, ancak kısa vadede unsuru sağlamak için sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin uzun vadede girişimcilerin yatırım yapma arzusunu azaltacağı şeklindedir.²¹⁵

ABAD bazı kararlarında fikri mülkiyet hakkının zorunlu unsur doktrini kapsamında uygulama alanı bulması için zorunlu unsurun genel koşullarının yanı sıra yeni bir ürünün ortaya çıkması şartını aramıştır. Ürünün yeni olarak kabulü için, teşebbüsün yeni ürünü piyasaya sunması ile pazarda kayda değer bir gelişmenin sağlanmış olması gerekir. Piyasada zaten varolan ürünün bir benzerinin pazara sunulması yeni ürün olarak nitelenmemektedir.²¹⁶

Yeni ürün, o pazarda varolan mevcut ürünün karşılamadığı bir talebi karşılamalı ve hakim durumdaki teşebbüsün ilgili olduğu pazarda ortaya çıkmış

²¹³ ODMAN, A. N., age, s. 263. ; GÜRZUMAR, O. B., age, s. 41.

²¹⁴ KARAEGE, Ö., age, s. 121.

²¹⁵ Oscar Bronner GmbH&Co KG v. Mediaprint(1998) ECR-I-7791, para. 62.

²¹⁶ O'DONOUGHUE, R., PADILLA J. A., age, s. 448.

olmalıdır. Ancak yeni ürünün yeniliğe çok açık olması sebebiyle, meydana gelmesi ile yeni bir pazarın yaratılmasının mümkün olduğu durumlarda da anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi haklı görülmektedir.²¹⁷

Fikri mülkiyet konusu olan bir gayri maddi malın zorunlu unsur olması doğrudan lisans vermekten kaçınmanın hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmesi için yeterli değildir. Bunun için doktrinin diğer tüm şartlarının da gerçekleşmiş olması gerekir. Bu kapsamda zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakkı konusu gayrimaddi mallara uygulanması suretiyle rekabet ihlalinin tespit edilebilmesi, fiziksel varlıklara erişim için aranan şartlardan daha ağır şartlara bağlanmıştır. Bu sebeple unsura erişimin engellenmesinin sadece alt pazarda rekabeti olanaksız kılması yeterli olmayıp, ayrıca yeni ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği Kararlarına konu bazı örnek olaylarda ortaya çıkan sonuç budur.²¹⁸

Gürzumar²¹⁹, zorunlu unsur doktrini kapsamında erişime açılan fiziksel varlıkların da fikri mülkiyet hakları gibi bazı durumlarda yenilik yarattığını, ancak yenilik yaratmasalar bile fikri hakların ortaya çıkması için kullanılan yüksek maliyetin fiziksel varlıkların inşasında da kullanıldığını, bu sebeple fikri mülkiyet haklarının konusu gayri maddi malların alt pazardaki rakibin erişimine açılmamasının, zorunlu unsur doktrini kapsamında ihlal teşkil ettiğinin kabulü için, doktrinin fiziksel varlıklar için aradığı şartlara ek olarak yeni ürünlerin piyasaya çıkmasının engellenmesinin genelleştirilmemesi ve her somut olayın özelliğine göre bu şartın getireceği sonuçlara göre değerlendirme yapılması gerektiğini beyan etmektedir.

Gayri maddi unsurların, kolay kopyalanabilir nitelikte olması, fikri hak sahibinin topluma değerli başka buluşlarla katkı sağlaması amacıyla, fikri hakların ekonomik tekel değil ama yasal tekel oluşturması ve fikri mülkiyet haklarının daha riskli ve yüksek maliyetli yatırım kararları gerektirmesi nedeni ile maddi (fiziksel)

²¹⁷ O'DONOGHE, R., PADILLA J. A., age, s. 449.

²¹⁸ Aşağıda incelenecek olan Magill ve IMS Health Kararları örnek olarak gösterilebilir.

²¹⁹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 165.

unsurlar gibi zorunlu lisansa konu edilmesinin uygun olmadığı da savunulmaktadır. Fikri hakların zorunlu lisanslanması ile yenilik yaratma coşkusunun baskılanacağı belirtilmektedir.²²⁰ Aynı yazarlar fikri mülkiyet hakların zorunlu lisans konusu yapılmasının uygun olmadığını belirtmekle beraber, zorunlu unsura konu maddi varlıklar ile gayrimaddi varlıklar arasında belirtildiği gibi bir uçurum bulunmadığı ve gayrimaddi unsurlar için belirtilen hususların birçoğunun maddi unsurlar için de geçerli olduğunu, örneğin yatırım maliyetinin herhangi bir altyapı (fiziksel varlık) söz konusu olduğunda da fikri haklar boyutuna ulaştığı, maddi unsur sahibinin de topluma fayda sağlayacak farklı yatırımlarda bulunabileceği görüşündedir.²²¹ Fiziksel varlıklar konusunda anlaşma yapmaya zorunluluğu getirilebilmesi için fikri mülkiyet hakları gibi aynı ya da benzer bir ürünün üretilmemesi ya da altyapının oluşturulmaması gibi bir sınırlama getirilmemektedir. Ancak fiziksel varlıklar ile fikri mülkiyet haklarının genel ekonomik eşitlik durumu göz önüne alındığında yeni ürün şartı fikri mülkiyet haklarında olduğu kadar fiziksel varlıkların da zorunlu unsur kabul edilmesi için aranan bir şart olmalıdır. Yazarlar tüketicinin daha önce varolmayan pazar seçeneklerini elde etmesi halinde rekabetin bundan fayda sağlayacağı, aksi halde zorunlu paylaşımın rekabete bir fayda sağlamayacağını açık olduğunu belirtmekte ve yeni ürün koşulunun hem fiziksel varlıkların hem de fikri mülkiyet haklarının zorunlu kabul edilmesinde uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar.²²² Bu görüşe göre burada kastedilen fikri mülkiyet hakları ile maddi unsurların arasında hiçbir fark olmadığı değil, ABİHA 102. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde eşit muamele görmeleridir. Aksi halde maddi unsur sahipleri değerli maddi varlıklarına fikri mülkiyet ekleyerek bu yüksek standartlı korumadan faydalanmanın çaresini bulmaya çalışacaktır.²²³

Fikri mülkiyet hakkına sahip olmak, hakim durum anlamına gelmediği gibi, fikir mülkiyet hakkının kullanılması da hakim durumun kötüye kullanılması

²²⁰ O'DONOGHE, R., PADILLA J. A., age, s.422.; KATZ, M. (2002), "Intellectual Property Rights and Antitrust Policy: Four Principles for a Complex World", Journal on Telecommunications & High Technology Law, 338-339.
http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1_Katz.PDF/, 25.02.2011.

²²¹ O'DONOGHE, R., PADILLA, J. A., age, s. 422-423.

²²² O'DONOGHE, R., PADILLA, J. A., age, s. 450.

²²³ HUMPE, C., RITTER, C., a.g.m., s. 11, 13.

anlamına gelmemektedir. Avrupa Birliği Mahkemeleri önüne gelen davalarda fikri mülkiyet hakkı sahibinin hangi şartlar altında ABİHA 102. md. kapsamında lisans vermeye zorlanacağını incelemiştir. Hakim durumun kötüye kullanılması mahkeme kararlarında kullanılan tabirle fikri mülkiyet haklarının ‘istisnai koşullarda’ kullanılması halinde söz konusu olur.²²⁴

Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında en önemli ve sınırlayıcı prensip, unsura erişim gerçekten zorunlu ise unsura erişimin yasa yolu ile garanti edilebileceğidir. Rekabet ancak bu şekilde korunabilir, gelişebilir ve sosyal refah artabilir.²²⁵

3.3.1. Türk Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması

3.3.1.1. Genel Durum

Türk Rekabet Hukuku’nda fikri mülkiyet haklarının açıkça zorunlu unsur doktrini kapsamında değerlendirilerek lisanslanmasına karar verildiği örnek dosya bulunmamaktadır. Ancak kararlarda fikri mülkiyet haklarına değinilmesi sebebiyle Kurul’un fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanması konusuna bakışını değerlendirebilmek için zorunlu lisansa ilişkin tedbir kararı alınan Teleon Kararı ve Danıştay tarafından iptal edilmiş olmakla beraber veri tabanları hakkında değerlendirmeleri görebilmek adına Bilsa kararı bu çalışmada incelenmiştir.

Türk Rekabet Hukuku’nda şartları oluşmuş ise hakim durumdaki bir teşebbüsün lisans vermeyi reddi RKHK’nın 6/2-a hükmü uyarınca piyasaya girişin engellenmesi olarak nitelenecek ve lisans talep edilen husus zorunlu nitelik arz ediyor ise bu durum mal temininin reddi gibi değerlendirilerek, yine RKHK. 6/2-a maddesi uyarınca yasaklanabilecektir. Ayrıca ABAD’ın Magill kararındaki gibi mal temininin reddi eylemi hakim durumda olan teşebbüsün belli bir pazarda hakim

²²⁴ KARAEGE, Ö., age, s. 145.

²²⁵ WALLER, S. W., TASCH, W. (2010), “*Harmonizing Essential Facilities*”, Antitrust Law Journal, Vol. 76, Issue 3, ABD, s. 13.

durumda olması ancak mal temininin reddinin başka bir pazarda gerçekleştiği hallerde durum RKHK'nın 6/2-d bendi uyarınca yasaklanabilecektir.²²⁶

3.3.1.2. Futbol Maçlarının Banda Kaydedilmiş Görüntüleri Pazarı İle İlgili Olarak Teleon Kararı

Dava konusu olay Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ve Teleon Reklamcılık ve Filmcilik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Teleon) arasında 28.05.1999 tarihinde imzalanan sözleşme ve bu sözleşme ile oluşturulan havuz sisteminin RKHK kapsamında ihlal yarattığı; bu sözleşme ile 1. futbol ligi kulüpleri maç yayın hakları piyasasında hakim duruma gelen Teleon'un bu konumunu 1.futbol ligi maçları görüntüleri ve GSM hatları operatörlüğü piyasalarında kötüye kullandığı iddialarının incelemesi oluşturmaktadır. Kurul konuya ilişkin ilk kararını 06.02.2001 tarihinde vermiş ise de soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısında oy kullanmış olması sebebiyle Danıştay 13. Dairesi'nin 01.07.2005 tarih ve 2005/934 Esas ve 2005/3395 Karar sayılı ilamı ile esasa girilmeden iptal edilmiştir. Bunun üzerine Kurulun almış olduğu 26.9.2005 tarih ve 05-61/900-243 sayılı karar "*4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiği belirtilerek, davacıya söz konusu ihlâl nedeniyle, 4054 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin 2. Fıkrası uyarınca para cezası hesabında 16. maddenin 2. fıkrasının amir hükmüne göre bir önceki yıl olan 1998 yılı gayrisafi gelirinin (1.069.583,06TL) dikkate alınması gerekirken, soruşturmanın açıldığı yıl olan 1999 yılının cirosunu (44.489.293,70 TL) esas almak suretiyle idari para cezası verilmesine ilişkin kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*" gerekçesi ile Danıştay 13. Dairesi'nin 13.2.2009 tarih ve 2006/654 E., 2009/1767 K. sayılı kararı ile kısmen iptal edilmiştir.

Bu iptal kararı üzerine verilen 16.09.2009 tarihli ve 09-42/1087- 272 sayılı kararında Kurul, aynı nitelikte izleyici tercihlerine konu olan, benzer içerikteki programların temin edildikleri pazarların ayrı ayrı pazar teşkil ettiğini, bu programların içeriğini belirleyen her türlü fikri mülkiyet hakları ve bu haklara dayalı olarak oluşturulan eserlerin, "*hak pazarları*" ve "*görüntü pazarları*" olarak tanımlanabilecek pazarları yarattığını kararında belirtmiş ve örnek olarak 1.

²²⁶ GÜÇER, S., age, s. 120.

Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmaları yayın hakları pazarı ve hakkı elde eden kuruluşların diğer kuruluşlara ürün satabileceği “*banda kaydedilmiş görüntüler pazarı*” nı örnek olarak vermiştir.²²⁷

Kararda Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının yayın haklarına dayanılarak hazırlanan banda kaydedilmiş görüntüler, spor programlarda kullanılan hammadde olarak nitelenmiştir. Hammaddeyi oluşturan banda kaydedilmiş bu görüntüler, diğer kanalların “spor içerikli programlar” yapabilmesi için zorunludur.²²⁸

Soruşturma Raporu'nda, Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçları yayın hakları pazarında tek olan ürüne iki yıl süre ile sahip olmuş bulunan Teleon'un, “*Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının banda kaydedilmiş görüntüleri pazarı*” nda mutlak hakim durumda olduğu yargısına varılmıştır. Teleon spor içerikli programlar piyasasının hammaddesini oluşturan Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının banda kaydedilmiş görüntülerinin tek sağlayıcısı haline gelmiştir.²²⁹

Teleon savunmasında, “*haber amaçlı görüntülerin*” ancak haber programlarında kullanılabileceği, diğer programlar içinde kullanılamayacağı, bu nedenle söz konusu eylemin etkilerinin haber programları bazında incelenmesi gerektiği, bunun yanı sıra söz konusu eylemin bir kötüye kullanma teşkil edecek niteliğe sahip olmadığı iddia etmiştir.²³⁰

Kurul kararda, haber amaçlı görüntüleri, maçların golleri gibi önemli pozisyonlarını içeren kısa görüntüler olarak tanımlamıştır. Teleon, diğer TV kanallarının maç görüntü bedelini peşin ödenmesine rağmen, maçların oynandığı gün bu maçlara ait haber amaçlı görüntüleri aynı gün yayınlamak isteyen kendi grubunun temsilcisi olan Star TV dışındaki bu diğer televizyon kanallarından yayın sözleşmesinde düzenlenen şartlara ek olarak bir de 2 milyon ABD Doları tutarında

²²⁷ Karar, para 630.

²²⁸ Karar, para 640.

²²⁹ Karar, para 670.

²³⁰ Karar, para 680.

teminat mektubu talep etmektedir. Ayrıca teminat mektubunun nakde çevrilme koşullarının taşıdığı belirsizlik, mektubun keyfi olarak nakde çevrilebileceği endişesi doğuracak niteliktedir. Kararda satıcının bu eyleminin pazarın kapatılması, giriş engeli yaratılması ve belirli teşebbüslere avantaj sağlanması amacıyla yapılmış olabileceği değerlendirilmiştir. Bu yolla bazı yayıncıların söz konusu görüntüleri satın almaları imkânsızlaştırılmaktadır. Teleon'un bu eylemi sonucu bazı yayın kuruluşları o döneme kadar yayınlamış oldukları spor programlarını yayından kaldırmak zorunda kalmışlardır. Bu eylemle, dekoder satışlarının artırılması ve hak sahibi yayıncı kuruluşla yakın ilişkide olduğu bilinen Star TV'nin rekabette avantajlı konuma getirilmesi amaçlanmıştır.²³¹ Bu durum açıkça hakim durumda olan firmanın, hakim durumdan kaynaklanan güçlerini kötüye kullanma halini oluşturmaktadır. Kaldı ki Teleon'un tutumu FSEK'in 37. maddesine de açıkça aykırılık taşımaktadır. FSEK 37. maddesinde haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınmasının mümkün olduğu, alınan bu parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbest olduğu düzenlenmiştir.²³²

Kararda Teleon'un bu eylemleri ile açık televizyon yayıncılığı alanında kendi grubunun temsilcisi olan Star TV'ye rakip kanalları futbol ağırlıklı programlar konusunda dezavantajlı kılmak ve böylece Star TV'nin reklam pastasından daha büyük pay almasını sağlamayı amaçladığı ve bu amaç doğrultusunda haber amaçlı görüntüleri yayınlamak isteyen diğer yayıncılar için rekabet koşullarını ağırlaştırdığı kanaatinin oluştuğu belirtilmiştir.²³³

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda Kurul Teleon'un Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmalarının banda kaydedilmiş görüntüleri piyasasında elde ettiği hakim durumunu açık televizyon yayınları piyasasında kötüye kullandığına ve söz

²³¹ Karar, para 700, 710.

²³² **ARIKAN, S. A.**, agm, s. 154.

²³³ Karar, para 730.

konusu eyleminin RKHK'nın 6. maddesi kapsamında bir ihlal olduğuna oyçokluğu ile hükmetmiştir.²³⁴

Soruşturma sırasında Rekabet Kurulu tarafından yapılan inceleme sonunda 21.9.1999 tarihli ve 99-99- 43/450-283 sayısı ile Türkiye 1. Futbol ligi maçlarından görüntü yayınlama pazarında meydana gelebilecek rekabet ihlallerini ve bunların yol açabileceği telafi edilemeyecek nitelikteki zararları önlemek amacıyla, Teleon'un haber amaçlı görüntüleri herhangi bir yayın kuruluşunun, oynanan herhangi bir maçla ilgili talebi üzerine, anılan sözleşmede belirlenen sınır içinde peşin olarak ödenecek bir ücret karşılığında ve herhangi bir teminat isteminde bulunmaksızın, ait olduğu maçın, varsa, golleri ve diğer önemli pozisyonlarını içerir biçimde hazırlanacak yayına uygun kalitede 1-3 dakikalık, aynı içerikte görüntüler halinde, maç bitiminden sonra en geç 45 dakika içinde, talep sahibi bütün yayın kuruluşlarının temsilcilerine aynı zamanda teslim edilmek koşuluyla vermesi ve görüntülerin alıcı yayın kuruluşunca hiçbir değişiklik yapılmadan yayınlanması şeklinde uygulama yapılmasını teminen tedbir kararı vermiştir. Tedbir kararının iptali istemiyle Teleon tarafından açılan dava Danıştay Onuncu Dairesi'nin 22.11.2001 tarih ve E:1999/4514 ve K:2001/4033 sayılı kararı ile reddedilmiş, bu kararın temyiz istemi de Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu'nun 25.11.2004 tarih ve E:2002/242 ve K:2004/1882 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Kararda açıkça zikredilmese dahi İDM'nin Ladbroke kararında açıkladığı gibi talep edilen unsurun talep sahibinin pazarda faaliyeti için vazgeçilmez, zorunlu bir unsur olması halinde hakim durumun kötüye kullanımının varlığının kabulü gerekmektedir ki somut olay açısından da bu durum gerçekleşmiştir. Öyle ki bazı yayın kuruluşları Teleon'un dolaylı olarak sözleşme yapmayı reddetmesi sebebi ile o döneme kadar devam eden spor programlarını yayından kaldırmak durumunda kalmışlardır.

²³⁴ Karar, para 740.

3.3.1.3. Fikri Haklar Yönünden Değerlendirmeler İçeren Bilsa Kararı

21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı Bilsa Kararı'nda Rekabet Kurulu anlaşma yapmanın reddini şikâyet edilenin savunmaları kapsamında fikri haklar boyutunda incelemiştir. Bu sebeple karar bazı yazarlarca fikri mülkiyet konusu hakların lisanslamasının reddi kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁵ Kararda okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin şikâyeti üzerine Rekabet Kurulu tarafından Bilsa Yazılım A.Ş.'nin, okul yazılım hizmetleri pazarında, şikâyetçi teşebbüslerin kullanmak zorunda oldukları bilgilere erişimlerini, bu bilgileri şifrelemek suretiyle engellediği iddiasını incelenmiştir. Bilsa ile aynı pazarda faaliyet gösteren şikâyetçi teşebbüsler, Bilsa tarafından hizmet verilen okullar ile kendilerinin hizmet sözleşmesi akdetmeleri durumunda, ilgili yazılım programında kullanılması gerekli olan, öğrencilere ait verilere erişimlerinin Bilsa tarafından şifreleme (kripto) yöntemiyle engellendiğini, şifreleme sonucunda ilgili pazara girişlerinin fiilen imkansızlaştığını ve bunun sonucu olarak okulların okul otomasyonu alanındaki yeniliklerden yararlanamadıklarını iddia etmişlerdir.

Yapılan inceleme sonucunda verilen kararda Rekabet Kurulu, Bilsa Yazılım A.Ş.'nin okul yazılım hizmetleri pazarında hakim durumda bulunduğu, bu durumu kullanarak, piyasaya yeni girmeye çalışan firmaların girişlerini engellediği, hali hazırda piyasada varolan küçük teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırdığı, kendi hizmet sunduğu okullar ve bu okullarda öğrenim gören öğrenciler hakkındaki verileri, diğer teşebbüslerin erişimine açmadığına yönünde olup, Bilsa'nın bu suretle hakim durumu kötüye kullandığına hükmetmiştir.

Kararda ilgili ürün pazarı "*okul yazılımları pazarı*" olarak belirlenmiştir. Coğrafi pazar ise Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak belirlenmiştir. Kurul kararında iki ayrı pazarın varlığına, alt-üst pazar ya da bağlantılı pazar konularına değinmemiştir. Kurul kararında zorunlu unsur doktrininden ya da fikri mülkiyet hakkının zorunlu unsur olarak değerlendirilmesinden de açıkça bahsetmemiştir.

²³⁵ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 25.

Ayrıca kararda Bilsa'nın şifreleme ile ilgili olarak getirdiği şifrelemenin en başından beri var olduğu ve Bilsa yazılımın kaynak kodlarının korunmasına yönelik olarak fikri mülkiyet hakları ile korunan bir husus olduğu savunmasına Kurul, yazılımın kaynak kod haline dönüştürülmesinin Bilsa tarafından üretilen yazılımın kopyalanarak başka uygulamalarda kullanılmasını, bu şekilde haksız ticari kazanç elde edilmesini engellemeye yönelik olduğunu, bu hususun şikâyet konusu şifreleme ile ilgili bulunmadığı şeklinde yorum getirmiş ve olaya konu kriptoların kaldırılmasının okulun sahip olduğu ve bizzat kendi mensupları tarafından girilen verilerin kullanıma sunulması ile ilgili olduğu, bu sebeple verilerin şifrlenmesi ile yazılımın kendisinin şifrlenmesinin bu anlamda farklı olduğu ve uyumsuzluğa konu şifrelemenin Bilsa'nın savunması gibi fikri hak korumasından yararlanamayacağı kararda belirtilmiştir. Bu hususta Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 11. maddesine atıfta bulunularak işlemler ve derlemeler için sağlanan korumanın veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerin koruması için genişletilemeyeceği kararda belirtilmiştir.²³⁶ Kararda ayrıca Bilsa'nın eyleminde hukuka aykırılık teşkil eden husus, okullara ait verilerin sadece sözleşme süresince şifrlenmesi değil, okul ile Bilsa arasındaki sözleşme sona erdikten sonra dahi şifrelemenin sürdürülmesidir.²³⁷

Bilsa'nın FSEK Ek 8. maddesine²³⁸ istinaden getirdiği savunma Rekabet Kurulu tarafından ilgili maddenin kendisi de bir yazılım programı olan veri tabanının kaynak kodlarının korunması amacı ile getirildiği, bu anlamda söz konusu hükmün kapsamının yazılım kaynak kodlarını koruma amaçlı şifrelemenin ötesine geçmediği, eser olarak nitelenemeyecek verilerin FSEK ile getirilen korumadan yararlanamayacağını kararında belirtmiştir.²³⁹

²³⁶ Bilsa Kararı, para, 440.

²³⁷ Bilsa Kararı, para, 600.

²³⁸ FSEK Ek 8. Md.; “Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının; a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması, b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi, Hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Veri tabanı yapımıcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır. Veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanır. Bu maddede tanınmış hakları ihlâl edenler hakkında bu Kanunun 72 nci maddesinin (3) numaralı bendi hükümleri uygulanır.”

²³⁹ Bilsa Kararı, para, 640.

Bilsa faaliyete geçtiği zamandan beri şifre uyguladığı savunmasında bulunmuş ise de aslında piyasaya yeni firmaların girmesinin ardından şifre uygulamasına başladığı Rekabet Kurulu tarafından tespit edilmiştir.²⁴⁰

Kurul Kararı'nda, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir eyleminin ihlal sayılabilmesi için kapama etkisinin yeterli olmayacağını, aynı zamanda tüketici refahına zarar veriliyor olması gerektiğini zımnen kabul etmiştir.²⁴¹

Kurul, Bilsa'nın okullara ait verilerin okula hizmet verecek teşebbüs veya okullar tarafından birkaç haftalık bir sürede elle de aktarılabilceği şeklindeki savunmalarına, bu tür bir veri aktarım yönteminin maliyetli ve zor olacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşmamış ve teşebbüsler arası veri aktarımının bilgisayar üzerinden sağlanmasının rekabetçi yapının oluşturulması için zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Kurul Kararı'ndaki bu değerlendirme ile söz konusu verilerin pazarda faaliyet göstermek için vazgeçilemez bir unsur olduğunu kabul etmiştir. Okul ve öğrencilere ilişkin verilere Bilsa'nın şifrelemeyi kaldırması sonucu erişimin daha az maliyetli ve daha kolay olması nedeniyle zorunlu olduğunun kabulü, Microsoft Kararı ile Komisyon tarafından oluşturulan ve daha sonra İDM tarafından da kabul edilen *ekonomik zorunluluk* çerçevesi ile aynı doğrultudadır. Fakat Karar'da ekonomik zorunluluğun hangi nedenlerle gerekli olduğuna ilişkin belirgin bir açıklama yapılmamıştır.²⁴²

Karar, fikri mülkiyet haklarına değindiği halde fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan varlığın zorunlu lisanslanmasının gerektiği hallerden net olarak bahsetmediği, fikri mülkiyete konu olmayan okul verilerinin rakip teşebbüslerin programlarına aktarımının reddedilmesi halinin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olacak şartların da net bir şekilde sayılmadığı, sadece hakim durumda bulunan Bilsa'nın okul verilerini vermeyerek okul yazılım pazarında rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğu bahsetmesi, sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinin doktrinde ve AB kararlarında zikredilen, ilgili

²⁴⁰ Bilsa Kararı, para, 450.

²⁴¹ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm. s. 26.

²⁴² ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 26.

unsurun alt pazarda rekabet için gerekli olması, ret eylemi sonucu rekabetin ortadan kalkması gibi birtakım kriterlerden bahsetmediği, aslında verilerin aktarımının alternatif, ancak daha maliyetli yollarının bulunduğunu kabul ederek sadece rakiplerin faaliyetlerin zorlaştırılmasını, ret eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için yeterli gördüğü için eleştirilmektedir.²⁴³ Buna karşılık verilerin aktarımının alternatif, ancak maliyetli yolunun bulunduğu, fakat buna rağmen ret eyleminin ihlal olarak görüldüğü eleştirisine katılmak mümkün değildir. Doktrinde de belirtildiği gibi yararlandırma talebinin konusu olan varlık, doğal tekel özelliği taşımasa da, işlevsel açıdan alternatifinin yaratılması, teknik sebeplerle belirli bir zaman alacaksa ve talep sahibi teşebbüslerin gerçek anlamda pazara girmesi imkânını, dışsallıklarında devreye girmesi ile ortadan kaldıracak veya pazardan çıkmasına neden olacaksa unsurun alternatifinin sağlanmasının mümkün olmadığı kabulü gerekmektedir.²⁴⁴

Sonuç olarak Kurul, Bilsa'nın RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine karar vererek, idari para cezasına hükmetmiştir. Ancak Kurul Kararı Danıştay 13. Dairesi'nin 2007/9369 Esas ve 2010/4594 Karar sayılı ilamı ile “uyuşmazlığın çözümünde, okula ait söz konusu şifrelenmiş bilgilerin, şifrelerden kurtulması için yapılması gereken hususların, eski ya da yeni şirketten hangisinin sorumluluğunda bulunduğu tespitini önem kazanmakta olup, dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla bu sorumluluk eski şirket olan davacıya yüklenmiştir. Ancak, programı satan ve gerekli teknik desteği sözleşme süresince veren davacı şirkete (Bilsa), sözleşme süresi boyunca şifrelenerek oluşturulan bilgilerin şifreden kurtarılması amacıyla arayüz oluşturulması sorumluluğunu yüklemek olanağı bulunmamakta, dolayısıyla bunun sağlanmamasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesinde hukuki isabet görülmediği” şeklindeki gerekçe ile iptal edilmiştir. Oysa ki 82. Madde Kılavuzunda, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin varolan ya da yeni teşebbüsler ile sözleşme yapmayı reddetme, ara yüz bilgilerinin sağlanması için gerekli olanlar dahil fikri mülkiyet hakkının lisanslanmasının reddedilmesi gibi hallerin zorunlu unsur ya da şebekeye erişimin reddedilmesi gibi eylemleri kapsayacağı düzenlenmiştir.

²⁴³ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 27.

²⁴⁴ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 29.

3.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması

3.3.2.1. Genel Durum

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda zorunlu unsur doktrini ve fikri hakların bir arada işlendiği birçok karar görölmektedir. Çalışmamızda bunların en önemlilerine yer verilmiştir. Zorunlu unsur doktrininin konusu fiziksel varlıklar ise konu sözleşme yapmanın reddi olarak değerlendirilirken, unsurun gayri maddi varlık, başka bir ifade ile fikri hak olması durumunda lisans vermeyi reddetme durumu kararlarda değerlendirilmiştir. Lisans vermenin reddi ile ilgili ilk kararlardan olan Volvo ve Renault Kararları'nda ABAD, fikri hak sahibinin, başkalarını bu hakkı kullanmaktan dışlanmasının fikri mülkiyet hakkının temelini oluşturduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi durumunda rekabet ihlalinin varlığının kabul edilebileceğini belirtmiştir. Magill Kararı'nda olağandışı istisnai hallerde fikri mülkiyet haklarının lisanslanabileceğine karar verilmiştir. Zorunlu unsura erişim hakkının hangi şartların varlığı halinde doğduğunu açıkça Ladbroke Kararı'nda belirlemiştir. Veri koruması ile ilgili zorunlu lisansa hükmettiği ikinci karar ise IMS Health Kararı'dır. Doktrinin uygulanması konusunda tartışmaların giderildiği karar ise Microsoft Kararı'dır.

3.3.2.2. Lisans Vermeyi Reddetme Durumu İle İlgili İlk Kararlar Olan Volvo ve Renault Kararları²⁴⁵

Fikri mülkiyet hukukunun konusunu oluşturan bir hakkın lisanslanması ile ilgili ilk kararlardan olan Volvo Kararı'nda ABAD kendi otomobil modelleri için yedek parçaların tasarımı şeklinde fikri mülkiyet hakkı olan otomobil üreticilerinin, bu tasarım hakkını bağımsız tamir servislerine lisanslamayı reddetmesi durumunu incelemiştir.

²⁴⁵ Case 238/87, Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd., ECR.1988,p.6211) / Case 53/87, Consorzio italiano delle componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Regie nationale des usines Renault, ECR 1988, 6039.

Kararda tasarım ve modellerin korunmasına dair usul ve esasların, Birlik standardizasyonu veya uyumlaştırması mevcut bulunmadığı için, milli hukuk meselesi olduğunu ifade edilmiş, fikri hak sahibinin, başkalarını bu hakkı kullanmaktan dışlanmasının fikri mülkiyet hakkının temeli olduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi durumunda 86. madde (ABİHA 102. md. / ATA. 82. md.) uyarınca yasaklanabileceği belirtilmiştir. Volvo'nun fikri mülkiyet hukuku ile korunan münhasır hakkına bağımlı olan Volvo araçlarının tamir ve bakım pazarında Volvo marka otomobillere servis hizmeti sunan bağımsız tamir ve bakım firmaları da dahil olmak üzere kendi bakım servisi dışındaki tamir ve bakım servislerine de arza devam etmek zorunda olduğunu belirtmesi sebebiyle önemlidir. Bu karar ile ABAD, fikri mülkiyet hakkının münhasır kullanımını yasallaştırmakta, ancak bu kullanımın 86. maddeye (ABİHA 102. md. / ATA, 82. md.) aykırılık oluşturduğu durumlarda ise yasaklanabileceği açıkça belirtmektedir.²⁴⁶

Kararda otomobil üreticisinin yedek parçalar konusunda lisans hakkının devrine zorlanması mümkün görülmemiştir. Volvo'nun lisans hakkını vermekten kaçınılması per se (başlı başına) olarak anlaşmaya aykırı görülmemiştir.²⁴⁷ Volvo/Veng Kararı'na konu olayda, endüstriyel tasarım olarak Volvo'nun adına kayıtlı, tescilli, Volvo marka araçlarda kullanılmak üzere tasarlanmış karoser parçalarını, Veng tarafından yurt dışındaki lisanssız üretiminden temin ederek İngiltere'ye ithal edilmekteyken Veng'e ithalat yasağı getirilmiş ve ayrıca somut olayda Volvo'nun bedelli de olsa lisans vermeye zorlanamayacağı belirtilmiştir. Özel koşulların yer almadığı bu tür salt lisans vermeyi reddetme hallerinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenemeyeceği açıktır.²⁴⁸

Kararda örnek olarak kötüye kullanım olarak kabul edilebilecek davranışlar sayılmış ve bu davranışlardan birinin bulunması halinde rekabet ihlalinin bulunduğu kabul edilebileceği kararda belirtilmiştir. Bu davranışlar;

²⁴⁶ **ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö.**, agm, s. 28.

²⁴⁷ **NART, S.** (2009), Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt:11, S. 1, İzmir, s. 134.

²⁴⁸ **GÜRZUMAR, O. B.**, age, s. 169.

- Bağımsız servis tedarikçilerine keyfi olarak yedek parça verilmesinin reddi,
- Yedek parçalar için yüksek fiyat belirlenmesi,
- Belirli modele göre üretilmiş otomobiller piyasada olmasına rağmen bunların yedek parçalarının üretiminin durdurulmasıdır.

Bu karar, hakkın doğrudan konusuna girmeyen kullanımların rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını gösterdiği için önemlidir.²⁴⁹

Renault Davası'nda da otomobil üreticisi teşebbüs yedek parçalar üzerindeki tasarım hakkı nedeniyle, izni dışında tasarım hakkı ürünlerin satılması, üretilmesi ve ithalini engelleyebileceğini savunmuş ve mahkemede Volvo/Veng Davası'ndaki gibi hakkın bu kullanımının kötüye kullanım olarak nitelenemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme Volvo/Veng Davası'nda hakkın kötüye kullanımı sayılabilmesi için aradığı şartları tekrar belirtmiştir.²⁵⁰

3.3.2.3. Fikri Haklar Konusunda Zorunlu Lisansa Hükmedilmiş İlk Dava Olması Sebebiyle Önemli Olan Magill Kararı

Magill Kararı'nda²⁵¹ İngiltere ve İrlanda televizyon şirketleri RTE, ITV, BBC'nin, program yayın akışı bilgilerini içeren, yeni ve kapsamlı bir yayın akışı rehberi hazırlamak isteyen dergi yayıncısı Magill'in yayın akışı bilgilerini talebi üzerine, televizyon şirketlerinin milli telif yasalarını gerekçe göstererek televizyon yayın akışı bilgilerini Magill'e vermeyi reddetmeleri incelenmiştir. Reddetme eylemi sonucunda Komisyon televizyon yayıncılarından ilgili eylemi sona erdirmelerini istemiş ve İlk Derece Mahkemesi, Komisyon'un kararını onamıştır. Bunun üzerine televizyon şirketleri ABAD'a müracaat etmişlerdir.

ABAD kararda fikri mülkiyet hakkının varlığının ve bu hakkın tanıdığı dışlama yetkisinin, başlı başına hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak somut olayda olduğu gibi olağandışı istisnai

²⁴⁹ KARAEĞE, Ö., age, s. 146.

²⁵⁰ KARAEĞE, Ö., age, s. 147.

²⁵¹ Case C-241/91 P ve C-242/91 P, Judgment of 06.04.1995, Magill TV Guide.

hallerde fikri mülkiyet haklarının lisanslanabileceğine karar verilmiştir. Magill gibi haftalık yayın akışı rehberi yayımlamak isteyen teşebbüsler, söz konusu televizyon şirketlerinin hakim durumda olduklarını gösterir şekilde bu televizyon şirketlerine iktisadi olarak bağımlı durumdadır.²⁵² Somut olayda Magill'in yayınlamayı planladığı haftalık televizyon dergisinin mevcut ya da potansiyel bir alternatifinin olmaması, televizyon yayın akışı bilgilerinin çıkarılması öngörülen dergi için hammadde niteliği taşıması, televizyon yayıncılarının ret eylemi ile haftalık televizyon rehberi pazarı olan ikincil pazarda rekabeti engellemeleri, reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmaması ve tüm bu sebepler sonucu yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasının engellendiği kararda belirtilmiştir.²⁵³

Bu karar, Divan'ın, Volvo Kararı'ndaki görüşünden bir dönüş olarak değerlendirilmiştir.²⁵⁴ Oysa ki Volvo Kararı'nda davacının yedek parça tasarım hakkını elde etmesi durumunda aynı pazarda rekabet edecekken, Magill olayında davacı varolan ürünü kullanarak yeni bir ürün meydana getirmek istemektedir. Bu sebeple Magill Davası diğer davalardan farklıdır. Magill Davası'ndan sonra Adalet Divanı, önüne gelen benzer davaların çoğunda aksi yönde kararlar vermiştir. Magill Davası'nda karar, yeni bir ürünün ortaya çıkarılması için verilmiştir. Ayrıca dikkat edilmesi gereken nokta, kararın fikri mülkiyet hakkının kötüye kullanılması ile ilgili olduğu ve kötüye kullanmanın, fikri mülkiyet hakkının koruması kapsamına girmediğidir. Somut olayda fikri mülkiyetin koruması altında olan ürün hiçbir şekilde etkilenmemektedir. Magill'in, program akışlarının düzenlenmesinde bir etkisi olmayacaktır, Magill sadece varolan bir ürünü kullanarak yeni bir ürün meydana getirmek istemektedir. ABAD'ın bu kararı fikrî haklar konusundaki fikrîni değiştirdiği yönünde bir izlenim verse de, bu gibi durumların ancak istisnai hallerde mümkün olacağı diğer kararlarından anlaşılmaktadır.²⁵⁵

ABAD burada istisnai şartların yokluğunda fikri mülkiyete ilişkin lisans verilmesinin reddinin ihlal olmadığını teyit etmiştir. Mahkeme, reddedilen bilginin,

²⁵² KAYA, Y., age, s. 14.

²⁵³ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 29.

²⁵⁴ NART, S., agm, s.138.

²⁵⁵ NART, S., agm, s. 137-140.

kapsamlı televizyon program rehberi üretimi için vazgeçilmez olduğu, açık ve doyurulmamış tüketici talebi olan yeni bir ürünün üretiminin söz konusu olduğunu, televizyon şirketlerinin zorunlu bilgiyi sağlamayı reddederek ayrı bir pazar olan TV magazin dergisi pazarını tekelleştirmekte olduklarını ve reddetmenin objektif haklı bir gerekçesinin bulunmadığını kararında belirtmiştir. Karar ilgili pazarın dar tanımlandığı, bu sebeple fikri mülkiyet hakkı sahibi teşebbüslerin ilgili pazarda hakim durumda olarak değerlendirilmelerinin kolaylaştığı şeklinde eleştirilmektedir.²⁵⁶

Fikri mülkiyet hakkı sahibi kendisinin üretmediği ve bunun için potansiyel tüketici talebinin var olduğu yeni bir ürünün ortaya çıkmasına engel olduğu, fikri mülkiyet hakkı sahibinin ikincil pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırarak bu pazarı kendisine ayırdığı ve fikri mülkiyet hakkı sahibinin hiçbir haklı, objektif gerekçesi olmadan lisans vermeyi reddettiği şeklinde istisnai şartların söz konusu davada olduğu ortadadır.²⁵⁷

Komisyon, bu davada ayrıca, edebi ve sanatsal yönü ağır basan eserlerle daha çok telekomünikasyon, bilgisayar, bilgi teknolojileri ve veri tabanlarını ilgilendiren fonksiyonel veya pratik bilgilerin birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtmektedir. Edebi ve sanatsal eserler, türev bir pazarda bağımlılık yaratmazken, diğer bilgilerin telif hakkı korumasından yararlanması hakim duruma neden olarak rekabeti bozucu davranışlara meydan verebilmektedir. Bu sebeple fonksiyonel bilgiler konusunda sahip olunan telif haklarının lisansa konu edilmemesi, somut olayın özelliklerine göre hakim durumun, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelenebilecektir. Dolayısıyla, bu teşebbüslerin lisans vermeye zorlanması bilgisayar, bilgi teknolojileri gibi endüstrilerde rekabetin korunmasına fayda sağlayacaktır.²⁵⁸

²⁵⁶ **ANDERMAN, S.** (2000), EC. Competition Law and Intellectual Property Rights The Regulation of Innovation, Second Edition, Clerendon Press, Oxford. s. 164.

²⁵⁷ **YAVUZ, Ş.**, agm, s. 12.

²⁵⁸ **KAYA, Y.**, age, s. 40.

Karar, zorunlu unsurun kabulü için getirilen şartlar bakımından önemlidir. Karar ile ilk defa yeni ürün şartı getirilmiş ve daha önce kabul edilen rakipten kaynaklanan rekabetin engellenmesi yerine pazardaki rekabetin tamamen ortadan kaldırılması şartı aranmıştır.²⁵⁹

3.3.2.4. Zorunlu Unsura Erişim Şartlarının Açıkça Belirlendiği Ladbroke Kararı

Zorunlu unsura erişim hakkının hangi şartların varlığı halinde doğduğunun açıkça belirlendiği karar ise Ladbroke²⁶⁰ Kararı'dır. Dava konusu olayda, Belçika'da bahis bürolarının işletmecisi olan Ladbroke, Fransız teşebbüslerin Fransız at yarışları ile ilgili televizyon görüntülerinin telif hakkının kedisine lisanslı olarak verilmesi gerektiği iddiası ile Komisyon'a başvurur. Komisyon şikâyetin reddine karar verir. Bu ret kararı üzerine Ladbroke İDM'ye başvurur.

İDM Kararı'nda hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varmamakla beraber reddetme eyleminin 102. maddenin (eski 82. md.) ihlali olarak kabulü için, reddetme eyleminin varolan ya da potansiyel ikamesi olmayan ve faaliyet konusu bakımından zorunlu bir mal ya da hizmete ilişkin olması veya unsurdan faydalanmak isteyen teşebbüsün piyasaya sunacağı yeni, sabit, düzenli bir talebin varlığına karşın yeni bir ürünün ortaya çıkışını engelliyor olması gerektiğinin alternatif koşullar olarak arandığı belirtilmiştir.²⁶¹

İDM at yarışı bahis pazarı ile at yarışı televizyon görüntüleri pazarının ulusal nitelikte ve sınırlı olduğu, ayrıca Fransız at yarışı teşebbüslerinin Belçika bahis pazarında herhangi bir faaliyetlerinin bulunmadığı, dolayısıyla ilgili teşebbüslerin pazardaki rekabeti sınırlama kasıtlarının olmadığı gerekçesi ile lisans talebinin

²⁵⁹ ANDERMAN, S., EC Competition 2000..., s.212.; OECD, (2007): Policy Roundtables Refusals to Deal 2007. DAF/COMP (2007) 46. s. 44-45. <http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf/> (E. T. : 11.05.2011)

²⁶⁰ Case T-504/93, Tierce Ladbroke SA. v. Commission, 1997 ECR II 923.

²⁶¹ YAVUZ, Ş., agm, s.8. ; GÜRZUMAR, O. B., age, s. 196.

reddinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenemeyeceğini kararında belirtmiştir.²⁶²

Yine İDM'ye göre lisans talebinin reddinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebilmesi için talep edilen unsur talep sahibinin pazarda faaliyeti için vazgeçilmez bir unsur olmalı ya da ret eyleminin düzenli ve belirli bir tüketici talebini doyuracak yeni bir ürünün piyasaya çıkışını engelliyor olması gerekir. Oysa ki somut olayda Fransız at yarışları televizyon görüntülerinin bahis bürosunda yayınlanmasının Ladbroke'un faaliyeti için zorunluluk arz etmediği, zaten Ladbroke'un en yüksek pazar payına sahip olduğu İDM tarafından kabul edilmiştir. Ladbroke alt pazarda zaten hakim durumda olduğundan lisans vermenin reddi alt pazarda rekabeti sınırlayıcı olarak görülmemiştir.²⁶³

Ladbroke Kararı'nda İDM Magill Kararı'na da atıfta bulunarak lisans talebinin reddinin belirli koşulların gerçekleşmesi halinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenebileceği kabul etmiş, ancak anlaşma yapma zorunluluğunun şartlarını iki alternatifli koşullar haline getirerek Magill Kararı'ndan farklı olarak hafifletmiştir.²⁶⁴

3.3.2.5. Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması ve IMS Health Kararı

Komisyon'un 2001 yılında aldığı IMS Health Kararı²⁶⁵ Magill'den sonra zorunlu lisans verilmesine hükmedilen ikinci örnektir. Almanya'da veri koruma mevzuatı ilaç üreten teşebbüslerin reçeteli ilaçlara ait satış verilerinin doktorlardan ya da eczacılardan teminini engellemektedir. Bu gizlilik sebebiyle veriler belirli coğrafi birimler kapsamında raporlanıyordu. Bu sistem ile toptancılar tarafından eczanelere yapılan satışların tespiti önlenmekteydi.²⁶⁶

²⁶² YAVUZ, Ş., agm, s. 9. ; GÜRZUMAR, O. B., age, s. 197.

²⁶³ ANDERMAN, S. (2002), "EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy" , The Antitrust Bulletin, Vol.47, Nos. 2&3, Essex England, s. 294.

²⁶⁴ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 196.

²⁶⁵ Case COMP D3/38.044 – Decision 2001/165/EC, NDC Health v. IMS Health: Interim Measures, O.J. 2002 L 59/18.

²⁶⁶ KARAEĞE, Ö., age, s. 158.

İlaç üreticisi teşebbüslerin satış bölgelerini belirleyebilmesi açısından, satış oranının tespiti ve pazara girişleri açısından bölgesel satış verilerinin raporlandığı birim yapısı önem taşımaktaydı. Amerikalı bir şirketin kontrolünde Almanya’da faaliyet gösteren IMS Health müşterilerine sunduğu bölgesel veri raporlarında kullanacağı nihai verileri elde etmek için endüstri standardı kabul edilen “1860 yapı taşı oluşumu”²⁶⁷ adı verilen bir veri tabanı sistemi geliştirmiştir. Bu sistem Almanya’da veri tabanı ile ilgili fikri mülkiyet korumasından yararlanmıştır. Piyasada yer alan diğer ilaç firmaları IMS tarafından geliştirilen bu yapıyı kullanmaya başlamışlar ve durum telif hakkı ihlali iddiasıyla dava konusu olmuştur. Alman mahkemeleri telif hakkı iddiasını kabul ederek, rakip teşebbüsleri 1860 yapı taşı oluşumunu veya benzer bir yapıyı kullanmaktan men etmiştir. Bu dava sonrasında rakip teşebbüslerin IMS’ye yaptıkları lisans başvuruları da reddedilmiştir. Bu olaylar üzerine rakiplerden NDC Health firması IMS Health’in tutumunun ABİHA’nın 102. maddesine (olayın gerçekleştiği tarihte 82. madde) aykırı olduğu gerekçesi ile Komisyon’a başvurmuştur. Komisyon 3 Temmuz 2001 tarihinde ciddi ve telafisi mümkün olmayacak zararların oluşacağı öngörüsüyle geçici tedbir kararı vermiş ve IMS’yi piyasada faaliyet gösteren tüm teşebbüslere 1860 yapı taşı oluşumunun lisansını vermekle yükümlü tutmuştur. Kararda pazar Almanya bölgesel satış veri hizmetleri pazarı olarak belirlenmiş ve pazarda IMS’nin hâkim durumda olduğuna karar vermiştir. Komisyon kötüye kullanmanın var olup olmadığını belirlemede çoğunlukla Oscar Bronner Kararı’na atıf yapmıştır. Komisyon şu üç koşulun birlikte gerçekleştiğine karar vermiştir. Buna göre 1860 yapıtaşı oluşumuna erişim olmadan pazarda rekabetin mümkün olmayacağı, IMS’nin lisans vermeyi reddetmesine ilişkin objektif bir gerekçe ileri süremediği ve 1860 yapıtaşı oluşumunun varolan ya da potansiyel bir alternatifinin bulunmadığı, bu sebeple ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için 1860 yapıtaşının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Komisyon Oscar Bronner Kararı’nda belirtilen istisnai hallerin dava konusu olayda gerçekleştiğine kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca Komisyon, Ladbroke Kararı’na değinerek, reddin kötüye kullanma sayılabilmesi için yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesinin aranmadığı belirtmiştir.²⁶⁸ Komisyon’un bu karara ulaşmasının sebebi, yeni ürün koşulunun ilk olarak Magill’de ortaya konmasına

²⁶⁷ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 177.

²⁶⁸ YAVUZ, Ş., agm, s. 24.

karşın, Ladbroke davasında alternatif olarak belirtilmesi ve Oscar Bronner Davası'nda tamamen göz ardı edilmesidir. Komisyon tarafından Oscar Bronner Kararı'nda belirlenen koşulların somut olaya uygulanmasıyla IMS Health'in hâkim durumu kötüye kullandığına karar verilmiştir. Oysa ki dava konusu olayda IMS Health'in lisans vermeyi reddetmesi yeni ürünün ortaya çıkışını engellemektedir. Lisans talebinde bulunan teşebbüslerin tek amacı 1860 yapı taşı kullanarak benzer ya da aynı hizmetleri aynı pazarda sunmaktır. Üstelik bu hususta pazar müşterilerinin de potansiyel talebi bulunmamaktadır. Zorunlu lisanslama için aranan koşullar hakkında bu dava sırasında henüz bir içtihat oluşmadığından Komisyon koşulları alternatifli olarak yorumlamış ve bu sebeple kötüye kullanma olduğuna hükmetmiştir. Oysa İlk Derece Mahkemesi ve ABAD koşulları birlikte uygulama yolunu seçmiştir.²⁶⁹

IMS Health, Komisyon'un bu karar üzerine İlk Derece Mahkemesi'ne dosyayı taşımıştır ve İDM şikâyetçi ile fikri mülkiyet hakkı sahibinin aşağı yukarı aynı ürünü sunduğu durumlarda zorunlu lisansa hükmedilmesi konusunda endişeleri bulunduğu ve bunun aksine bir uygulamanın zorunlu unsur doktrininin aşırı genişlemesine yol açacağını belirterek Komisyon'un kararının yürütmesini durdurmuştur.²⁷⁰ NDC'nin bu karara itirazını ABAD reddetmiştir. Komisyon ise kararına temel oluşturan koşulların ortadan kalktığı gerekçesi ile kararını geri almıştır. İDM görülen davanın amacının ortadan kalktığı gerekçesi ile karar verilmesine yer olmadığı gerekçesi ile davayı sona erdirmiştir. Karar temyizde ATAD tarafından onanmıştır.²⁷¹

Almanya'da davaya bakan Frankfurt Mahkemesi ABAD'a başvurarak IMS'nin lisans vermeyi reddetme fiilinin ABİHA 102. md.'nin (eski ATA 82. md.) ihlalini oluşturup oluşturmadığını sormuştur. Mahkeme lisans vermeyi reddetmenin sadece kendisinin hiçbir durumda kötüye kullanma olarak nitelenemeyeceğini, ancak istisnai koşulların varlığı halinde kötüye kullanma olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme istisnai koşullar olarak Magill'de sayılan koşulların birlikte

²⁶⁹ KARAEGE, Ö., age, s. 159.

²⁷⁰ YAVUZ, Ş., agm, s. 23.

²⁷¹ KARAEGE, Ö., age, s. 163. ; YAVUZ, Ş., agm, s. 23.

gerçekleşmesi gerektiğini kararında belirtmiştir. Buna göre lisans talebinde bulunan teşebbüs söz konusu pazarda fikri hak sahibi tarafından daha önce sunulmamış ve hakkında potansiyel bir talebin varolduğu yeni bir ürün ya da hizmet sunma gayesi ile lisans talebinde bulunmalıdır. Lisans talebinin reddi objektif haklı gerekçelere dayanmamalıdır ve lisans talebinin reddi ilgili pazarda rekabetin bertaraf edilmesi sonucunu doğurmalıdır.²⁷²

Yavuz²⁷³, rakip teşebbüslerin lisans taleplerinin tek amacının hali hazırda tüketicilerin taleplerini karşıladığı bir ürünü üretmek olduğunu, başka bir ifadeyle, ATAD'ın öne sürdüğü şartlar arasında yer alan potansiyel ve doyurulmamış bir talebin karşılanması şartının gerçekleşmediğini belirtmektedir.

Bu karar ile istisnai şartların uygulanmasının Komisyon, İDM ve ABAD tarafından kabul edildiği görülmekte ise de 'yeni ürün' şartı ATAD tarafından istisnai koşullar arasında değerlendirilmekte ancak Komisyon'un kararlarında 'yeni ürün' şartı istisnai koşulların ayrılmaz parçası olarak nitelenmemektedir.²⁷⁴

3.3.2.6. Doktrinin Uygulanması Konusunda Tartışmaların Giderildiği Microsoft Kararı²⁷⁵

Microsoft Davası Microsoft'un, Sun Microsystems'in talebine rağmen, Microsoft dışındaki çalışma grubu işlemci sunucu işletim sistemleri ile Windows işlemci PC işletim sistemlerinin birlikte işlerliği için temel teşkil eden teknik özelliklerin bir bütünü oluşturarak arayüz bilgisini açıklamaması üzerine, Sun Microsystems'in Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın 82. maddesini ihlal edildiği iddiasıyla Komisyon'a başvurmasıyla başlamıştır.²⁷⁶

²⁷² KARAEGE, Ö., age, s. 164.

²⁷³ YAVUZ, Ş., agm, s. 26.

²⁷⁴ KARAEGE, Ö., age, s. 176.

²⁷⁵ Case COMP/C-3/37.792.(2004). (<http://www.microsoft.com/presspass/download/legal/europeancommission/0324-04EUDecision.pdf>), 15.03.2011.

²⁷⁶ ÜNVER, B., TÖZER, A. (2008), "AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda At Antlaşmasının 82.

Sun Microsystems, Komisyon'a yaptığı başvuruda, bir çalışma grubu işlemci işletim sistemi sağlayıcısı olarak, etkin şekilde rekabet edebilmesi için gerekli olduğunu savunduğu bilgileri açıklamayan Microsoft'un kötüye kullanımı gerçekleştirdiğini iddia etmiştir.²⁷⁷

İlgili pazar sunucu yazılım pazarıdır. Microsoft müşteri bireysel işletim sistemleri pazarındaki % 90 pazar payına sahip olduğu gibi, mevcut ürünün baskı unsuru, öğrenme ve çözümü maliyetleri ve dolaylı ağ etkileri gibi yüksek giriş engelleri ile bu hakim durumunu daha da güçlendirmektedir.²⁷⁸ Komisyonun tespitlerine göre Microsoft iş grubu işletim sistemi pazarında kabul görmeye başladıkça, Windows ürünleriyle ara işlerliği ilgilendiren bilgilere erişimi sağlamaktan kaçınmaya başlamıştır ve müşteri bireysel bilgisayar işletim sisteminde hakim durumunu, iş gurubu sunucu işletim sistemleri pazarında rekabet koşullarını bozmak için kullanmıştır.²⁷⁹

Microsoft ise savunmasında kendi teknolojilerinin fikri haklar ile koruma altında olduğunu, zorunlu lisansın uygulanması halinde bunun sadece kendileri açısından araştırma ve geliştirme faaliyetlerine yapacakları yatırım heveslerini azaltmayacağını, aynı zamanda rakip teşebbüslerin yenilik yaratmak için çaba harcamak yerine hakim durumdaki teşebbüslerden zorunlu lisans yolu ile teknoloji sağlamalarına yol açacağını savunmasında belirtmiştir. Komisyon ise lisanslamanın yeniliklere liderlik eden ve tüketiciye iyi fiyat ve bol seçenek sunmak isteyen pazarda rekabeti arttıracığına işaret etmiştir.²⁸⁰

Microsoft Kararı, hakim durum ve kötüye kullanılması konusunda ATA 82. maddenin (ABİHA 102. md.) ana unsurları kapsamında rekabete dayanan analizin

Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Kayseri, s. 452.

²⁷⁷ ÜNVER, B., TÖZER, A., agm, s. 452.

²⁷⁸ KORAH, V. (2005), “The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition In Developed Country”, Vol. 2, Issue 4, SCRIPT-ed. s. 439. <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf/> (E. T. : 23.10.2010).

²⁷⁹ GÜRZUMAR, O. B., age, s. 179.

²⁸⁰ SUBRAMANIAN, S., agm , s. 1.

dinamik etkileri sonucu, uzun dönemli endişelerin çözümünü belirlemesi ve 82. madde kapsamında önceki davalarda belirlenen testlerden farklı, yeni testler getirme fırsatı verdiği için önemlidir.²⁸¹

Uzun süren inceleme sonucu Komisyon, Microsoft'un reddini hakim durumun kötüye kullanması olarak nitelmiştir. Sunucu yazılımı üreten teşebbüsler için Windows işletim sistemi ile ara işlerlik sağlamak, bu pazarda faaliyete devam edebilmek için zorunlu unsur niteliği taşımaktadır. Komisyon kararında Microsoft'un Windows çalışma grubu işlemcileri tarafından dosya, baskı, grup ve kullanıcı yönetim hizmetlerinin Windows çalışma grubu ağlarına sağlanması için kullanılan protokollerin tam ve doğru teknik özelliklerini açıklamasını şart koşmuş, ayrıca 82. maddenin ihlalinden dolayı rekor derecede yüksek para cezası (479 Milyon Euro) vermiştir.²⁸²

Hakim durumdaki teşebbüsün tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenip nitelenmeyeceği konusunda Komisyon'un IMS Health Kararı ile netleşen yerleşmiş kriterleri mevcuttur. Bu kriterler yukarıda da belirtildiği gibi:

- Alt pazar faaliyetinin gerçekleştirilmesi için zorunlu bir hammaddenin, hizmetin, girdinin varlığı,
- Reddetme sonucunda alt pazardaki rekabetin tamamen ortadan kalkması,
- Reddetmenin objektif haklı bir gerekçeden yoksun olması,
- Yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesidir. Ancak Komisyon Microsoft Kararı'nda halihazırda belirlenmiş olan bu kriterlere bire bir uymamıştır.

İDM de, IMS Health Kararı ile netleşen kriterlerin Microsoft Kararı'na doğrudan uygulanmasının somut olaya uygun olmadığı şeklindeki Komisyon

²⁸¹ LAROCHE, P. (2009), "The European Microsoft Case At The Crossroads Of Competition Policy And Innovation: Comment On Ahlborn And Evans", Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Tilburg, s. 947.

²⁸² ÜNVER, B., TÖZER, A., agm, s. 449, dn.3.

Kararı'nı bozmamış ve istisnai koşullarla ilgili üç bölümlü bir test sunmuştur. Buna göre;

- Reddetme ilgili pazarda belirli bir faaliyetin yerine getirilmesi için zorunlu olan bir ürün ve hizmet ile ilgili olmalı,
- Reddetme söz konusu ilgili pazardaki etkin rekabeti engelleyecek nitelikte olmalı,
- Reddetme potansiyel tüketici talebine sahip yeni bir ürünün ortaya çıkmasına engel olmalıdır.²⁸³

Komisyon Microsoft Kararı'nda IMS Health Kararında belirlenen kümülatif istisnai şartları dikkate almamış, yeni ürün kavramına yer vermemiş, red eyleminin tüketiciler zararına teknik gelişmenin sınırlanmasına yol açtığını belirtmiştir.²⁸⁴ Kararda rekabetin ortadan kaldırılmasını aramak yerine, buna yönelik risk bulunmasını dahi yeterli saymış, daha çok 102. maddede (ATA 82. madde) geçen teknik gelişmenin engellenmesi ifadesi üzerinde durmuştur²⁸⁵, Microsoft'un reddinin işletim sistemlerinde yeni işlevlerin gelişmesini engellediği kararda belirtmiştir.²⁸⁶ Microsoft ara işlerlik bilgilerini iş grubu sunucu işletim sistemindeki rakiplerine verirken, kendisi bu pazara girmeye karar verdikten sonra bu bilgileri vermeyi kestiğinden kararda rekabeti bertaraf etme riskinin varolduğu kabul edilmiştir.²⁸⁷

Microsoft'un müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemleri pazarında hakim durumda olması Microsoft'a özel bir sorumluluk yüklemiş ve Komisyon tarafından

²⁸³ ÜNVER, B., TÖZER, A., agm, s. 455.

²⁸⁴ KARAEGE, Ö., age'de Komisyon'un yeni ürün şartını aramamasının yerinde bir yaklaşım olduğunu, çünkü Microsoft'un rakiplerinin iş grubu sunucu işletim pazarında Microsoft'un pazara girmesinden çok önce var olduklarını, Microsoft'un pazara girmeye karar verince ara işlerlik bilgilerini vermeyi kestiğini, bu durumda Komisyon'un yeni ürün şartını araması halinde rakiplerin zaten sunmakta oldukları ürünü değiştirmeleri gerekeceği anlamına geleceğini ve bu kapsamda Microsoft'un bu pazarda hakim durumunu arttırmasının uygun görülmesi olacağını belirtmiştir. Yazar bu bağlamda yeni ürün koşulunun her dava konusu somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir. s. 176-177.

²⁸⁵ DEMİRÖZ, A., agm, s. 351.

²⁸⁶ LÉVÉGUE, F. (2005), "Innovation, Leveraging And Essential Facilities: Interaoperability Licensing in The EU Microsoft Case", Cerna, Forthcoming in World Competition, Paris, s.7. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900, 23.11.2010.

²⁸⁷ KARAEGE, Ö., age, s. 171.

eylemi kötüye kullanım olarak nitelenmiştir. İDM ise Komisyonun görüşlerinin tamamını benimsemiştir.²⁸⁸

Komisyon Microsoft Kararı'nda, Magill ve IMS Health gibi lisans vermeyi reddetme vakalarından doğan istisnai şartlar yaklaşımını uygulamadığı gibi, Microsoft'un davranışını anlaşma yapmayı reddetme kapsamında da değerlendirmemiş, bunun yerine pazar sonrası çatışmadan kaynaklanan dışlayıcı bir eylem olarak nitelemiştir. Uyuşmazlık mal verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmiştir.²⁸⁹ Kararda özellikle tüketicilerin dolaylı olarak zarar görmesi üzerinde durulmuştur. Komisyon, Microsoft kararında yaptığı tespitler ve sorunların çözüm yöntemleri ile o zamana kadar bu konuda verdiği kararlardan tamamen ayrılmıştır.²⁹⁰

Karar, Avrupa'nın ileri teknoloji çevresinde ekonomik, hukuksal, teknolojik olarak kapsamlı etki yaratmıştır. Bu karar fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukun arasındaki çekişmenin keskin bir noktaya getirildiği ve iki disiplin arasında bir denge kurulması gerektiği dönemde oluşmuş ve Avrupa'da bir yenilik iklimi yaratmak ve bunu devamlılığını sağlamak adına yerinde alınmış bir karar olarak nitelenmiştir.²⁹¹ Çünkü rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun ortak amacı olan dinamik etkinlik, Microsoft'un ara işlerlik bilgilerini sağlaması ile artık müşterilerin iş grubu sunum pazarında kilitleme etkilerini dayanak göstermek yerine, pazarda yenilik yapma çabası içine girecek olması sebebi ile gerçekleşecektir.²⁹²

Şanlı'nın²⁹³ da belirttiği gibi Microsoft olayında, teşebbüslerin sahip olduğu "yüksek teknoloji" piyasaya yeni girecek teşebbüsler için giriş engeli oluşturmuştur.

²⁸⁸ ÜNVER, B., TÖZER, A., agm, s. 457.

²⁸⁹ KARAEĞE, Ö., age. S.170. (Yazar Komisyon'un Microsoft'u 2004'te almış olduğu kararı yerine getirmemesi sebebi ile 899 Euro para cezasına çarptırıldığını, buna gerekçe olarak da Microsoft'un ara işlerle ilgili bilgiler için makul olmayan düzeyde fiyatlar belirlemesinin gösterildiğini, bu kararın aslında Komisyonun mal vermeyi değil, lisans vermeyi reddetmeye yönelik karar aldığını gösterdiğini belirtmektedir. s. 171.)

²⁹⁰ ÜNVER, B., TÖZER, A., agm, s. 450.

²⁹¹ SUBRAMANIAN, S., agm , s. 2.

²⁹² KARAEĞE, Ö., age, s. 171.

²⁹³ ŞANLI, K. C., "Rekabetin Korunması Hakkında...", s. 254.

Özellikle birçok üründe araştırma geliştirme yatırımlarının yüksek maliyet gerektirmesi, teknoloji üstünlüğünün önemini artırmaktadır. Yazar teknolojik üstünlüğün tek başına hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmemesi, etkisi ve avantajlarının somut olayın özellikleri kapsamında incelemesi gerektiğini belirtmektedir.

Komisyon programlarla ilgili “uyarlamanın özellikleri” ile “uyarlama” yı birbirinden ayırmıştır. Karar’da Microsoft sadece uyarlama özelliklerinin işlevlerini açıklamakla yükümlü olup, kendi fonksiyonlarının uygulamalarını ya da kaynak kodlarını aktarmak zorunda tutulmamıştır. Lisans sahibi uyarlamanın özelliklerini kullanarak kendi yeniliğini ve uygulamasını, donanımını yaratmalıdır. Komisyon yeni ürün şartına aramamakla beraber, Microsoft’un rakiplerinin birlikte işlerlik bilgilerini kullanarak Microsoft’la bire bir aynı ürünü meydana getirmesi için değil, artı değer kazanmış, teknolojik yenilik içeren ürünlerin geliştirilmesi için bu kararı vermiştir. Bundan anlaşılması gereken rakiplerin üreteceği ürünlerin Microsoft’un ürünlerine göre bir derece daha yenilik taşıması gerektiğidir. Rakiplerin üreteceği ürünün sadece fonksiyonel olarak Microsoft’un sunucu işletim sistemi ile eşdeğer olması uygun görülebilir, yoksa rakibin Microsoft’un sunucu sistemini klonlanması Komisyon tarafından korunmamaktadır. Komisyonun “klonlama” ile kastettiği satır satır aynı programın oluşturulmasıdır.²⁹⁴

Microsoft’un, İDM’nin 2007 tarihli kararını²⁹⁵ ATAD’a götürmeyeceğini açıklamasıyla karar kesinleşmiş durumdadır.

Komisyon’un Microsoft Kararı’nda Magill’de belirlenen ve İMS’de de tekrar edilen dört şartı uygulamamış olsa da tümünü gözden geçirmiş olması bu şartların kümülatif olarak arandığı gerçeğini inkar etmediğini göstermektedir. Ancak Magill testindeki şartlar yeterli olmakla birlikte bu şartlara ek olarak somut olayın özelliklerinden kaynaklanan hususlarda bu olayda olduğu gibi dikkate alınmalıdır.

²⁹⁴ **PAGE, W. H.** (2009), “Mandatory Contracting Remedies In The American And European Microsoft Cases”, Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Florida 2009. s. 11.

²⁹⁵ Case T-201/04, Microsoft v. Commission (2007).

Bu sebeple ortada eksiksiz bir istisnai koşullar listesinin varlığından söz etmek mümkün değildir.²⁹⁶

3.4. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 82. Maddesinin Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz

Avrupa Komisyonu, 82. Madde Kılavuzu'nda, zorunlu unsura erişimi sözleşme yapmayı reddetme kapsamında değerlendirmiştir. Bu Kılavuz ile sözleşme yapmayı reddetme hallerine daha bütüncül bir yaklaşım getirilmesi açısından önemli aşama kaydedilerek, tüm sözleşme yapmayı reddetme halleri için tek bir standart ve değerlendirme yöntemi getirilmeye çalışılmıştır.²⁹⁷

Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın 82. Maddesinin Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz Komisyon tarafından yayınlanmıştır.²⁹⁸

Dört bölümden oluşan Kılavuz'un ilk iki bölümünde kılavuzun oluşturulma nedeni, Kılavuzun oluşturulması ile amaçlananın dışlayıcı davranışlara ilişkin Komisyon'un uygulayacağı yöntemin açık ve öngörülebilir şekilde izahının olduğu, Kılavuzun bağlayıcı olmadığı, ATAD veya İlk Derece Mahkemesinin 82. madde yorumlarına bertaraf etmediği ifade edilmekte, Komisyon'un sadece rakiplerin değil, etkin rekabetçi sürecin korunmasının esas olduğunun farkında olduğu ve tüketiciye en çok zararı dokunacak durumlara yoğunlaşacağı ve tüketiciye fiyat, çeşit, kalite ve yenilik anlamında daha azını sunanların pazardan dışlanacağını belirtilmektedir. Üçüncü bölümde Komisyon'un hakim durum kavramına bakışı, genel uygulama

²⁹⁶ **BOUCHAGIAR, A.** (2007), “*Soft-Wars: The Role of The Essential Facilities Doctrine as Jus in Bello*”, College of Europe, Brugge, s. 14. <http://www.mayerbrown.com/news/article.asp?id=3787&nid=5/>, 11.05.2011.

²⁹⁷ **DEMİRÖZ, A.**, agm, s. 344.

²⁹⁸ Communication from the Commission-Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings (2009/C45/02) (82. Madde Kılavuz), 24.2.2009. <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDE>, 18.04.2011.

standartları ve etkinlik savunmasının ana hatları açıklanmakta, dördüncü bölümde ise, üçüncü bölümde açıklanan çerçevenin bazı ihlal kategorilerine uygulanmasına dair bilgiler verilmektedir.²⁹⁹

Kılavuz'da bir teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabul edilebilmesi için karlı fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde önemli, belirgin bir süre tutabilmesi ve bu sürede de yeterli düzeyde etkin rekabet baskısı ile karşılaşmaması gerektiği belirtilmiştir.³⁰⁰

Kılavuz'da, hakim durumdaki teşebbüslerin, varolan ya da potansiyel rakiplerinin kaynaklara ya da pazara erişimlerini tamamen ya da kısmen engellenmesi yoluyla, tüketiciler zararına yol açacak şekilde aşırı karlı şekilde fiyatları yükseltebilmeleri, kaliteyi sınırlayabilmesi ya da tüketicinin seçenek sayısını azaltabilmesi pazarı rekabete aykırı kapama olarak nitelenmektedir. Başka bir ifade ile rekabete aykırı kapamanın varlığının kabulü için, hakim durumdaki teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanarak rakiplerinin pazara girmesini engellemiş, rekabeti bozucu etki yaratmış olması ve bu sebeple tüketici zararı doğmuş olması aranmaktadır.³⁰¹

Kılavuz'da hakim durumdaki teşebbüsün pazar kapama etkisi yaratan eylem sonucu tüketici zararı doğmayacağını etkinlik savunması ile ispatlayabileceğini, etkinlik savunmasının kabul edilebilmesi için belirtilen dört şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu şartlar;

- Eyleme bağlı olarak üretim veya dağıtım maliyetinin düşüşü ya da ürün kalitesinin artışı gibi bir etkinlik oluşması,
- Eylemin bu tür etkinliğin doğması için mutlak gereklilik arz etmesi, rekabeti daha az etkileyen alternatifin bulunmaması,
- Eyleme bağlı doğabilecek etkinliğin, aynı eylemin rekabet ve tüketici refahında yaratacağı olumsuz etkiden daha önemli olması,

²⁹⁹ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 39.

³⁰⁰ 82. Madde Kılavuzu, para.11.

³⁰¹ 82. Madde Kılavuzu, para. 19.

- Eylemin, varolan ya da potansiyel rekabetin kaynaklarını yok ederek etkin rekabete zarar vermemesi olarak sıralanmıştır.³⁰²

Komisyon, sözleşme yapma yükümlülüğünün çok adil bir şekilde getirilse bile yükümlülük getirilen teşebbüsün yatırım yapma hevesini engelleyeceğini ve rakiplerin hakim durumdaki teşebbüsün yatırımlarından yararlanarak bir çeşit bedavacılık yapılmasına neden olacağı, bu durumun uzun dönemde tüketicilerin zararına olacağını belirtmekte ve sözleşme serbestisinin esas olduğunu kabul etmektedir.³⁰³

Kılavuz'da, IMS Kararı'na atıf yapılarak, sözleşme yapmayı reddetme eyleminde, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla arzı reddedilen ürünün halihazırda ticaretinin yapıyor olup olmamasının önem arzetmediği, potansiyel alıcıların o ürün için talebinin olması ya da potansiyel bir pazarın varlığının kabul edilebilmesi yeterli bulunduğu belirtilmektedir. Ayrıca ürünün arzının ertelenmesi ya da sözleşme yapmak için makul olmayan koşulların öne sürülmesi dolaylı ret olarak tanımlanmıştır.³⁰⁴

Komisyon tarafından, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin uygulama önceliği olarak sayılabilmesi, yani kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için gerekli şartlar şu şekilde belirlenmiştir,³⁰⁵

1. Ret eylemi, alt pazarda etkin rekabet için objektif olarak zorunlu bir ürün ya da hizmete ilişkin olmalıdır.³⁰⁶ Unsurun zorunluluğunun kabulü için, sözleşmenin reddi ile alt pazarda varolan rakiplerin redde konu mal ya da hizmetin alternatiflerini sağlayabilme imkânları olmaması gerekmektedir.³⁰⁷

³⁰² ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 41.

³⁰³ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 42.

³⁰⁴ 82. Madde Kılavuzu, para. 79.

³⁰⁵ 82. Madde Kılavuzu, para. 81.

³⁰⁶ 82. Madde Kılavuzu, para. 81.

³⁰⁷ 82. Madde Kılavuzu, para. 83.

Kılavuzda zorunluluk ölçütünün, mal ya da hizmetin temin edilememesi durumunda rakiplerin pazara girememeleri ya da pazarda kalamamaları anlamına gelmediği, kastedilenin uzun vadede reddetmenin olumsuz sonuçlarına karşılık rakiplerin alt pazarda başvurabilecekleri varlığın mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin bulunmaması olduğu açıkça belirtilmiş ve Microsoft Kararı ile zorunluluk unsuruna getirilen ekonomik zorunluluğu da kapsayan yumuşama eğilimi sürdürülmüştür.³⁰⁸

2. Reddetme eylemi alt pazarda etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına neden olabilecek nitelikte olmalıdır.³⁰⁹ Kılavuz, bir üst maddede belirtilen objektif zorunluluk unsurunun sağlanması halinde, hakim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetme eyleminin derhal ya da zaman geçtikçe alt pazardaki etkin rekabeti yok edebilme ihtimalinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakim durumdaki teşebbüsün pazar payının arttığı hallerde alt pazarda etkin rekabetin bertaraf edilme olasılığının artacağını, hakim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplere göre daha az kapasite kısıtlaması ile karşılaşacağı ve bunun rekabeti olumsuz etkileyeceği belirtilmektedir.³¹⁰

3. Ret eylemi tüketicinin zararına sebep olacak nitelikte olmalıdır.³¹¹ Kılavuzda, uygulama yapılırken reddetme durumunun tüketiciler için yaratabileceği olumsuz etkiler ile Komisyon tarafından sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi halinde doğabilecek olumsuz etkilerin karşılaştırılacağı belirtilmektedir.³¹²

Komisyon, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinin unsura sahip teşebbüsün yatırım ve yenilik yapma girişimini etkilemeyeceğinin açık olduğu durumlarda, 81. bölümde belirtilen üç şartı dikkate almaksızın rekabete aykırı kapama etkisini genel uygulama standartlarıyla gösterebileceğini belirtmektedir. Bu durumların ise özellikle, düzenlemelerin ilgili teşebbüse sözleşme yapma

³⁰⁸ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 43.

³⁰⁹ 82. Madde Kılavuzu, para 81.

³¹⁰ 82. Madde Kılavuzu, para 85.

³¹¹ 82. Madde Kılavuzu, para 81.

³¹² 82. Madde Kılavuzu, para 86.

yükümlülüğü getirdiği ve ilgili otoritenin sözleşme yapma yükümlülüğünün yatırım ve yenilik güduları üstüne dengelemenin yapıldığının açık olduğu ya da söz konusu varlıkların özel veya özgü hakların korunması altında ya da devlet kaynaklarıyla geliştirildiği durumlar olduğu belirtilmektedir.³¹³

IMS ve Magill'de fikri mülkiyet hakkı sahibine lisans verme yükümlülüğü getirilmesinin temel gerekçesi olarak gösterilen yeni ürün şartı, Kılavuz'da artık tüketici zararına yol açan durumlardan birisi olarak yer almaktadır. Ayrıca Komisyon'un sıralı yeniliğe vurgu yapması da, daha önce Microsoft Kararı'nda da yer verildiği üzere, pazar içinde rekabete önem verdiğini bu sebeple daha müdahaleci bir yaklaşım benimsediğini göstermektedir.³¹⁴

Komisyon genel yaklaşım olarak, hâkim durumdaki teşebbüsler ile rekabet edebilecek ve yeni ürünler yaratarak potansiyel müşterinin taleplerini karşılayacak rakipler yaratılması konusunda duyarlıdır. Ancak Komisyon, hiçbir etki analizi yapmaya gerek duymaksızın, rekabeti bertaraf edecek tehditleri, ATA 82. maddenin (ABİHA 102. md.) genel yasakları kapsamında değerlendirmektedir. Oysa ki genel olarak kapsamlı düzenlemeler içeren Kılavuz, yenilik ve Ar-Ge yatırımı için güdülenmiş, ancak hakim teşebbüs tarafından reddedilmiş olan rakibin varolan bulgulara eşit ölçüde hangi hallerde ulaşabileceği konusunda ayrıntılı düzenleme içermemektedir.³¹⁵

Arıöz/Özbek³¹⁶, Kılavuz'da Microsoft vakası ile Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin kriterlere getirdiği yorumların ve yumuşamanın yansımalarını açık olarak görüldüğünü, teşebbüslerin faaliyetlerinde dikkate almaları ile Komisyon'un hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarındaki yaklaşımı konusunda değişken açıklık, belirginlik getirmesi ve uygulama önceliğinde

³¹³ DEMİRÖZ, A., agm, s. 356.

³¹⁴ DEMİRÖZ, A., agm, s. 357.

³¹⁵ BEYDOĞAN T. A. (2010), "Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions" International Journal of Law and Information Technology Oxford University Press Vol.18 No.4, s. 23. (First Published Online: 15 June 2010)
<http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/4/301.full.pdf+html?sid=9aa7dc2a-5f28-4e52-b0bc-0e992d0979f2>, 25.10.2010.

³¹⁶ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 44-45.

tüketici refahını merkeze oturtması bakımından Kılavuz'u olumlu bulsalar da, eski uygulamalarda dayanak olan şekilci yaklaşımdan etki temelli yaklaşıma tam olarak geçişin sağlanamaması, Komisyon'a uygulamalarında inisiyatif bırakılmaya devam edilmesi, istisnai durumlara ilişkin yaklaşımların sınırlarının somut olarak belirlenmemiş olması nedeniyle, hakim durumun kötüye kullanılmasının değerlendirilmesine ilişkin en doğru yaklaşımı verememesi sebebiyle, daha çok gelecekte bu konuda yaşanacak tartışmalara iyi bir referans ve temel teşkil edecek nitelikte olduğunu değerlendirilmektedir.

3.5. Zorunlu Unsur Sonucu Ortaya Çıkan Zorunlu Lisanslamanın Uygulanabilirlik Sorunu

Fikri mülkiyet alanında zorunlu unsur doktrininin uygulanması zorunlu lisansa hükmedilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Lisans kavramı fikri mülkiyete dahil gayrimaddi bir hakkın kullanılması yetkisinin sözleşme ile elde edilmiş olmasıdır. Ancak lisans alan, kanundan kaynaklanan ya da çalışmamızdaki gibi kamu yararı arzeden haller sebebi ile karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip ise bu durum zorunlu lisans kavramı ile ifade edilmektedir.³¹⁷ Zorunlu lisans yaptırımı RKHK'da açıkça düzenlenmemişse de Kanunun 27. m /a bendi³¹⁸, 9m /1. f³¹⁹ ve 52. m.³²⁰ son fıkrası uyarınca zorunlu lisansa hükmedilebileceği açıktır. Zorunlu lisans yoluyla kullanımı engellenen veya bazı koşullara bağlanan fikri ve teknolojik ürünler, makul şartlarla diğer teşebbüslere

³¹⁷ **ÖZDEMİR, S. O.** (2002), Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, s. 9-16.

³¹⁸ RKHK 27/a; “Bu Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya resen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak”

³¹⁹ RKHK 9/1; “Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”

³²⁰ RKHK 52; “Kararlar aşağıdaki hususları ihtiva eder: a) Kararı veren Kurul üyelerinin adları ve soyadları, b) İnceleme ve araştırmayı yapanların adları ve soyadları, c) Tarafların ad ve unvanları ile ikametgahları ve ayırıcı nitelikleri, d) Tarafların iddialarının özeti, e) İnceleme ve tartışılan ekonomik ve hukuki konuların özeti, f) Raportörün görüşü, g) İleri sürülen bütün delillerin ve savunmaların değerlendirilmesi, h) Gerekece ve kararın hukuki dayanağı, ı) Sonuç, k) Varsa karşı oy yazıları. Verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüde yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır.”

kullandırılır.³²¹ RKHK'nın 9. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlardan kaçınmaları şeklinde kararlar alabileceği gibi bu teşebbüslerin belirli bir davranışı yerine getirmelerine de karar verebilir.³²² Başka bir ifade ile Kurul RKHK'nın 9. maddesi kapsamında her türlü davranışsal tedbire başvurabilecektir.³²³

Sözleşme yapılmasının reddi sebebiyle açılan davalarda sözleşme özgürlüğünün hakim durumdaki teşebbüsler için dahi esas olacağı, ancak bazı olağandışı koşulların oluşması halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği bugün uygulamada kabul gören yaklaşımdır. Fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanması da bu kapsamda değerlendirilmektedir.³²⁴

Rekabet Kurumu'nun fikri mülkiyet hakları üzerinde zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi fikri mülkiyet hukuku mevzuatında yer alan herhangi bir düzenlemeyle de engellenmiş durumda değildir. Hatta FSEK'in 38. maddesinde farklı bilgisayar programlarının ara işlerliğini gerçekleştirmek için üçüncü kişiler tarafından yürütülen bazı fiillerin, FSEK'de düzenlenen eser sahipliği hakkını ihlal olarak nitelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hükmün düzenlenme amacı FSEK ile bilgisayar programlarına tanınan korumanın rekabeti engelleyerek teknolojik yeniliklerin gelişimine mani olacak şekilde kullanılmaması olarak nitelenebilir.³²⁵

Ayrıca PKKHK'nın 80. maddesinde yer alan düzenlemede, patent konusunun kullanımının, varolan ya da olacak belirli ya da belirsiz süreli yasal yasaklama ve sınırlamalara tabi olacağı yer almaktadır. PKKHK'nın 93. maddesinde patent hakkını haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı şekilde kullanan patent sahibi için yer

³²¹ ODMAN, A. N., age, s. 294.

³²² KARAEĞE, Ö., age, s. 179.

³²³ BOZKUŞ, S. (2009), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:100, Ankara, s. 66.

³²⁴ ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö., agm, s. 43.

³²⁵ ODMAN, A. N., age, s. 295.

alan yaptırım, patent hakkının kullanımının RKHK'ya aykırılık dolayısıyla sınırlandırılmasıdır.³²⁶

ETKHK'de endüstriyel tasarım hakkının kullanımına ilişkin genel bir düzenleme yer almamakla birlikte, KHK'nın 10. maddesinde, ürünün teknik işlevini gerçekleştirebilmesi için tasarımcıya seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar ve tasarlanan ürünleri birbirine monte edebilmek için ancak belirli biçimde üretilen tasarımlar koruma kapsamı dışında tutulmuştur. Yasa koyucu tarafından bu düzenleme ile amaçlanan endüstriyel tasarım hakkının rekabeti kısıtlayıcı ve teknolojik gelişmeyi engelleyici şekilde kullanımını engellemektir.³²⁷

Rekabet Kurumu'nun teşebbüslere zorunlu lisans tanınması ile ilgili bir karar vermesi durumunda olayın özelliklerine göre teknolojik ürünü kullandırma koşulları, teknolojik ürünlerin kapsamı, teknolojik ürünün kullandırılması karşılığında bir bedel ödenip ödenmeyeceği, kullandırmanın süresi bakımından sınırlama getirilip getirilmeyeceği belirlenmelidir.³²⁸

Zorunlu unsur niteliğindeki iktisadi varlığı rakiplerine kullandırmayı reddeden teşebbüs, RKHK'nın 57. maddesi uyarınca koşulların varlığı halinde maddi ve manevi tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecektir.

Rekabet Kurulu henüz bir teşebbüsün diğer bir teşebbüse zorunlu lisans vermesine ilişkin bir karar almamıştır. Rekabet Kurulunun böyle bir karar alması durumunda, koşulları da Kurul tarafından belirlenecektir.³²⁹

³²⁶ ODMAN, A. N., age, s. 295.

³²⁷ ODMAN, A. N., age, s. 295.

³²⁸ ODMAN, A. N., age, s. 296.

³²⁹ ODMAN, A. N., age, s. 296.

SONUÇ

İlk olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde gelenek hukuku yükümlülüğünden kaynaklandığı kabul edilerek uygulanmaya başlanan zorunlu unsur doktrini hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilen bir durumdur ve sözleşme özgürlüğünün bir istisnasını oluşturmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde doktrinle ilişkilendirilen ilk kararı Terminal Railroad'dır. Karar'da Sherman Kanunu'nun birinci paragrafı esas alınmışsa da Amerikan yargı kararlarında zorunlu unsur doktrininin sıklıkla başvuru alan asıl yasal dayanağı Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. maddesi (ATA. 82. madde) ve RKHK'nın 6. maddesi ile karşılaştırılabilecek olan 2. paragrafıdır. Amerika'da zorunlu unsur doktrininin uygulama koşulları Temyiz Mahkemesi'nce MCI Kararı'nda belirlenmiştir. Buna göre zorunlu unsurun bir tekelin kontrolü altında olması, rakibin bu unsurun bir yenisini/alternatifini sağlama ya da yapmasının fiili ve makul nedenlerle imkânsız olması, unsuru kullanma talebinin tekel tarafından reddedilmiş olması, unsurun rakibe kullandırılmasının, tekelin imkânı dâhilinde olması şeklinde sıralanmıştır.

Genel olarak bir unsurun zorunluluğunun kabulü için zorunlu unsurun bir tekelin kontrolü altında olması ve rakibin bu unsurun bir yenisini sağlama ya da yapmasının fiili ve makul nedenlerle imkânsız olması şartlarının gerçekleşmiş olması yeterli olup, unsuru kullanma talebinin tekel tarafından reddedilmiş olması ve unsurun rakibe kullandırılmasının tekelin imkânı dâhilinde olması gerektiği şartı doktrin kapsamında zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için gereklidir.

Doktrinin uygulandığı alanda genel olarak içinde zorunlu unsurun yer aldığı ve çoğu zaman zorunlu unsurun ilgili pazar sayıldığı üst pazar ve bu üst pazarda yer alan zorunlu unsura bağımlı olan alt pazar bulunmaktadır ve bu iki pazar üretim ve dağıtım pazarı gibi birbiri ile ilgili faaliyet alanı içinde yer almaktadır. Genel olarak üst pazarda zorunlu unsura sahip olan, hakim durumda bulunan teşebbüs alt pazarın

rekabet koşullarını belirleyebilmekte ve elindeki zorunlu unsur, piyasada yeni rakiplerin oluşması ya da faaliyetlerini sürdürmesi için hayati önem taşımakta ve bu durum alt pazarda yer alan teşebbüsün bu unsur olmaksızın mal ya da hizmet sunamayacağı boyutlara ulaşmaktadır. Burada dikkat edilecek husus, unsuru elinde bulunduran teşebbüsün, bu hakim durumunu kötüye kullanarak, unsurun zorunluluk arz ettiği diğer pazarda rekabeti sınırlandırıp, sınırlandırmadığıdır. Rekabet Hukukunun ana kuralı burada da geçerli olup, ihlal olarak nitelenen hakim durumda bulunmak değil, bu durumu kötüye kullanmaktır ve ancak kötüye kullanma halinde zorunlu unsur doktrini uygulama alanı bulur.

Zorunlu unsur doktrininin uygulamasında öncelikle ilgili ürün pazarı belirlenmeli ve ardından teşebbüsün bu pazarda hakim durumda olup olmadığı değerlendirilmeli ve en nihayetinde ise hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin zorunlu unsura sahip olup olmadıkları saptanmalıdır.

Rekabet hukukunun amacı, 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 düzenlemeleri ve denetlemeleri yaparak etkin rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda Türkiye’de zorunlu unsur doktrini RKHK’nın 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Anlaşma yapmayı reddetme şeklindeki dışlayıcı davranışlardan olan mal, hizmet vermeyi, erişim sağlamayı reddetme, lisans vermeyi reddetme halleri zorunlu unsur için aranan koşulları taşıması halinde bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu bir unsurun zorunlu olduğunun kabulünün ardından, diğer şartların da gerçekleşmiş olması durumunda teşebbüse sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilecek olması, zorunlu unsur doktrini rekabet hukuku açısından önemli kılmaktadır. 2009 yılında Komisyon tarafından yayınlanan 82. Madde Kılavuzu’nda, Avrupa ve Türkiye Rekabet Hukuku doktrininde de rakibin zorunlu unsura erişiminin engellenmesi sözleşme yapmayı reddetme kapsamında değerlendirilmektedir. Doktrin, sözleşme yapmayı reddetme

kapsamında ortaya çıkan içtihatların özel bir uygulaması olarak kabul edilmektedir. Doktrinin uygulandığı Commercial Solvent ve United Brands Davası ile belirlenen genel ilkelere göre; hakim durumdaki teşebbüs uzun zamandır iş yaptığı müşterisine unsurun alternatifinin sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda mal vermeyi reddederse, ayrıca rekabeti önemli ölçüde sınırlandıracak şekilde pazardaki hakimiyetlerini arttırsa veya bir pazarda varolan hakimiyetlerini başka bir pazarda tekelleşmek için kullanmakta ise hakim durumdaki teşebbüs anlaşma yapma yükümlülüğü altında kabul edilir. Ancak hakim durumdaki teşebbüsün söz konusu reddetme fiili için objektif haklı gerekçesi varsa ve teşebbüsün davranışı ile gerekçe arasında orantılılık mevcutsa, sözleşme yapma yükümlülüğü mutlak ve sınırsız değildir.

Türk Rekabet Hukuku'nda zorunlu unsur doktrini hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Rekabet Kurulu zorunlu unsur doktrinine dayalı olarak vermiş olduğu kararlarında RKHK'nın 6. maddesinin (a) ve (d) bentlerini dayanak yapmaktadır.

Türk Rekabet Hukuku'nda "*Zorunlu Unsur*" kavramının kullanıldığı ilk karar 18.04.2000 tarihli Ankara Veteriner Tıp Merkezi- Propet/Pluton Kararı'dır. Kurul şikâyet edilen teşebbüs hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiş ise de karar incelemesinde somut olaya konu unsurun zorunlu olup olmadığı değerlendirildiğinden çalışmada incelenmiştir.

Ancak zorunlu unsur doktrininin uygulama şartlarının açıkça belirlendiği karar Türk Telekom AŞ-TİSSAD Kararı'dır. Bu kararda "*zorunlu unsur doktrini*" kavramı açıkça kullanılmış ve doktrininin uygulanabilme şartları; giriş yapılmak istenen varlığın bir tekelci teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması, giriş yapmak isteyen rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/ alt yapıyı kurmasının/üretmesinin imkânsız olması, tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi ve ilgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması şeklinde sıralanmıştır. Kurul şartlar arasında, doktrinin uygulanabilmesi için birbiri ile bağlantılı iki ayrı pazarın var olması gerektiğini ayrı bir madde olarak belirtmemişse de kararın başka bölümlerinde iki pazarın gerekliliğini vurgulamıştır.

Zorunlu unsur doktrini kapsamında sözleşme yapmaktan kaçınma suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması halinde Rekabet Kurumu, RKHK'nın 16. Md'si uyarınca para cezasına karar verebileceği gibi, aynı Kanun'un 9. md.'si uyarınca ihlali gerçekleştiren teşebbüse ilgili sözleşmeyi yapması gerektiğini bildirir. Bunun dışında RKHK md. 17'ye istinaden karar tarihinden itibaren her gün işleyecek süreli para cezasına da hükmedebilir. RKHK'nın 6. md.'sinin sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde ihlal edilmesi halinde hakim, zarar görenin talebine göre zararın sözleşmenin kurulması şeklinde aynen tazmin ile giderilmesine B.K. md. 43/1 uyarınca karar verilebileceği gibi nakden tazmine de karar verilebilir.

Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda da zorunlu unsur doktrini, anlaşma yapmayı reddetme kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. ABAD'ın 1973 tarihli Commercial Solvents Kararı, AB Rekabet Hukuku'ndaki sözleşme yapmayı reddetme ile ilgili en eski ve temel içtihatır. Bu kararda ABAD, Commercial Solvents'in, ürettiği bir hammaddeyi, söz konusu hammaddeyi kullanarak çeşitli ürünler üreten müşterisine, kendisinin ilgili ürün pazarına girmesi nedeniyle vermeyi kesmesini 82. maddenin ihlali olarak kabul etmesi ve mal verme yükümlülüğü getirmesi sebebiyle önemlidir. ATAD eylemi hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelemiş ve üst pazarda hakim durumda ve hammaddeye sahip olan teşebbüsün, hiçbir haklı gerekçesi olmadan, sadece alt pazara girmeye karar vermiş olması sebebiyle hammaddeyi rakibine vermeyi reddetmesi ve bununla bağlantılı olarak alt pazardaki rakibin rekabet etmesini engellenmesi riskinin doğuyor olmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak nitelenmesi için yeterli bulmuştur. Karar olaya konu hammaddenin alternatifinin bulunup bulunmadığı araştırılmadığından doktrinin geniş uygulanması sonucunu doğurmuştur.

Oscar Bronner Kararı'nda ise sözleşme yapma zorunluluğuna önemli kısıtlamalar getirilmiştir. Mahkeme bir unsurun zorunlu olup olmadığını değerlendirirken dikkate alacağı kriterleri yükseltmiş ve erişim sağlaması istenen unsur sahibi teşebbüsün büyüklüğünde bir rakip tarafından dahi unsurun bir benzerinin gerçekleştirilmesinin imkânsız olduğunun ispatlanması gerektiğini

belirtmiştir. Ayrıca unsurun sağlanması sadece talep sahibi teşebbüs açısından değil, pazarda yer alan diğer teşebbüsler bakımından da imkânsız ya da aşırı güç olduğunun ispatlanması gerektiği kararda belirtilmektedir. Mahkeme bu kararda daraltıcı yorum yolunu seçmiş ve adeta doktrinin uygulanamaması için gerekli şartları kararında sıralamıştır.

Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku genel anlamda çelişir gibi görünse de gelişmelerin teşviki, kaynakların etkin kullanılmasının sağlanması her iki disiplinin ortak amaçlarındandır. Teknolojik yeniliklere ve ekonomik gelişmeye verilen önemin artmasıyla birlikte bu iki hukuk dalının tamamlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun aynı nihai hedefe özgülenmiş olması sebebiyle aralarında bir çatışma bulunmamakta, ancak sonuca ulaşmada kullanılan araçlar farklılık göstermekte ve rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukuku ile korunan alanlara müdahalesi AB Rekabet Hukuku sisteminde de genel olarak kabul edilmektedir.

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesinin ABİHA'nın 102.'maddesinin ihlalini oluşturması halinde mümkün olmaktadır. ABAD zorunlu lisanslamaya ilişkin ilk kararlarında fikri mülkiyet haklarına zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için zorunlu unsurun genel koşullarının yanı sıra yeni bir ürünün ortaya çıkması şartını aramıştır. Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakkı konusu gayrimaddi mallara uygulanabilmesi, fiziksel varlıklara erişim için aranan şartlardan daha ağır şartlara bağlanmıştır. Fikri mülkiyet haklarının hakim durumun kötüye kullanılması sebebiyle zorunlu lisanslanması mahkeme kararlarında kullanılan tabirle ile ancak 'istisnai şartların' varlığı halinde mümkün görülmektedir.

Türk Rekabet Hukuku'nda zorunlu lisanslamaya hükmedilen uyuşmazlık bulunmamakla beraber Kurul'un fikri haklar konusuna bakışını görebilmek için Teleon ve Bilsa Kararları önemlidir.

Kurul Teleon Kararı'nda, Teleon'un haber amaçlı maçlara ilişkin kısa görüntüleri aynı gün yayınlamak isteyen televizyon kanallarına fahiş tutarlar ve

kabul edilemez koşullar ileri sürerek anlaşma yapmaktan kaçındığı, bu eylemi yapark rakiplere pazarı kapattığını değerlendirmiş ve Teleon'un RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Karar, verilen tedbir kararı sebebiyle de önemlidir. Tedbir kararı ile Teleon'a televizyon kanallarına görüntüleri sağlama yükümlülüğü getirmiştir.

Bilsa Kararında da Kurul anlaşma yapmanın reddini, şikâyet edilenin savunmaları sebebiyle fikri haklar boyutunda incelemiştir. Kararda Bilsa Yazılım A.Ş.'nin, okul yazılım hizmetleri pazarında, şikâyetçi teşebbüslerin kullanmak zorunda oldukları bilgilere erişimlerini, bu bilgileri şifrelemek suretiyle engellediği iddiasını incelenmiştir. Kurul Bilsa'nın şifrelemenin fikri mülkiyet hakkının korunması için gerekli olduğu savunmasına karşılık, verilerin şifrenmesi ile yazılımın kendisinin şifrenmesinin farklı olduğu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na atıfta bulunularak işlemler ve derlemeler için sağlanan korumanın veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerin korunması için genişletilemeyeceğini kararda belirtmiştir. Kararda söz konusu okul verilerinin zorunluluk arzettiği, Bilsa'nın hakim durumda olduğu ve bu hakim durumunu kötüye kullandığı ve objektif haklı gerekçeleri olmadığı halde unsuru vermeyi reddettiği konuları işlenmiştir. Ayrıca Kurul kararında, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir eyleminin ihlal sayılabilmesi için kapama etkisinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda bu eylem ile tüketici refahına zarar veriliyor olması gerektiği de zımnen kabul etmiştir. Karar, fikri mülkiyet haklarına değindiği halde fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan varlığın zorunlu lisanslanmasının gerektiği hallere net olarak değinmediği, ilgili unsurun alt pazarda rekabet için gerekli olması, ret eylemi sonucu rekabetin ortadan kalkması gibi kriterlerden bahsetmediği ve verilerin aktarımının alternatif, ancak daha maliyetli yollarının bulunduğunu kabul ederek, sadece rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasını, ret eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için yeterli görmesi eleştirilse de bu eleştirilerden sonuncusuna katılmanın mümkün olmadığı değerlendirilmiştir. Yararlanılmak istenen varlık tekel niteliği taşımasa da alternatifinin yaratılması, somut olaydaki gibi uzun zaman alacaksa ve talepte bulunan teşebbüsün pazar dışında kalmasını ya da pazarda ise de pazardan çıkmasına neden olacaksa, bu durumda unsurun alternatifinin sağlanmasının imkânsızlığının kabulü gerekmektedir.

Kurul'un Bilsa hakkında verdiği karar Danıştay tarafından, programı satan ve gerekli teknik desteği sözleşme süresince veren davacı Bilsa'nın, sözleşme süresi boyunca şifrelenerek oluşturulan bilgilerin şifreden kurtarılması amacıyla arayüz oluşturulmasından sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla bunun sağlanmamasının rekabet ihlali olarak değerlendirilmesinde hukuki isabet görülmediği gerekçesi ile iptal edilmiştir. Kanaatimizce Danıştay'ın bu kararı Rekabet Kurulu'nun kararlarına temel oluşturan Komisyon'un hazırladığı 82. Madde Kılavuzunun ara yüz bilgilerinin sağlanması için gerekli olanlar dahil, fikri mülkiyet hakkının lisanslanmasının reddedilmesi gibi hallerin zorunlu unsur ya da şebekeye erişiminin reddedilmesi gibi eylemleri kapsayacağı düzenlemesi ile çelişir niteliktedir. Türk Rekabet Hukuku'nda sözleşme yapmayı reddetme durumunda hangi hallerde, ne tür yaptırımların uygulanacağı/uygulanmayacağı ve hangi hallerde ihlalin varlığının kabul edileceği hususunda 82. Madde Kılavuzu'ndaki gibi yol gösterici, aydınlatıcı bir düzenlemenin yapılmasının bundan sonraki uygulamalar açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda fikri hakların zorunlu lisanslanmasına ilişkin kararlara daha sık rastlanmaktadır. Volvo/Veng Kararı'nda fikri hak sahibinin, başkalarını bu hakkı kullanmaktan dışlanmasının fikri mülkiyet hakkının temeli olduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi durumunda rekabetin ihlal edildiğinin kabulünün gerekeceği belirtilmiştir. Ayrıca kararda fikri hakkın kötüye kullanımı kabul edilebilecek davranışlar örnek olarak sayılmıştır.

Hakim durumdaki fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddinin tek başına rekabeti ihlal etmediği açık olmakla beraber, hangi hallerde reddin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği Magill ve IMS Kararları ile belirlenmiştir. Zorunlu unsurun genel şartlarına yeni ürün oluşması şartının eklenmiş olması ve belirlenen tüm bu şartların kümülatif olarak aranması gerektiği belirlendiğinden Magill ve IMS Kararları doktrinin uygulamasının netleşmesi konusunda önemli kararlardır.

ABAD, Magill ve IMS Health Kararlarında, ortaya çıkarılmak istenen yeni ürünün mevcut ya da potansiyel bir alternatifinin olmaması, ret eylemi ile alt pazarda rekabetin engellenmesi, reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmaması ve tüm bu sebepler sonucu yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasının önlenmesi halinde zorunlu lisansa hükmedilebileceğini ve bu şartların kümülatif olarak aranacağını belirtmiştir.

Microsoft Kararı'nda yeni ürün şartı yerine, mal vermenin reddi ile teknik gelişmenin engellenmesi ve tüketici zararının oluşması halinde zorunlu lisansa hükmedileceği belirtilmiştir. Rakiplerin ara işlerlik bilgilerine sahip olmaması, yeni ürünlerin geliştirilmesine engel olmakta ve tüketicinin sadece Microsoft ürünlerine bağımlı kalmasına neden olmaktadır. Komisyon, Microsoft Kararı'nda yaptığı tespitler ve sorunların çözüm yöntemleri ile bu konuda verdiği diğer kararlardan tamamen ayrılmıştır. Ancak Komisyon Microsoft Kararı'nda Magill ve IMS'de belirlenen dört şartı uygulamamış olsa da tümünü tekrar etmiş, gözden geçirmiştir. Her somut olayın özelliklerinden kaynaklanan hususların Microsoft olayında olduğu gibi dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple ortada zorunlu lisanslamanın uygulanabilmesi için şartlar listesinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun amacı ekonomik ve teknolojik gelişmeye katkı sağlamaktır. Bu amaçtan hareketle fikri mülkiyet hakkından doğan tekel hakkının kötüye kullanıldığı hallerde toplumsal refahın, tüketicinin menfaatlerinin sağlanabilmesi amacıyla somut olayın özelliklerine göre zorunlu lisanslamaya hükmedilebilecektir. Çalışmada kapsamlı olarak açıklandığı üzere zorunlu unsur doktrininin uygulamasının istisnai nitelik taşıması gerekmektedir.

Komisyon'un daha çok Microsoft Kararı'nda belirlediği görüşler doğrultusunda oluşturduğu *“Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın 82. Maddesinin Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz”*da, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler, Microsoft Kararı'ndaki kriterlerden oluşmakta ve ret eyleminin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracı ve tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olması şeklinde sıralanmaktadır. 82. Madde Kılavuzu'nun gelecekte bu konuda yaşanacak olaylarda aydınlatıcı ve belirleyici olacağı düşünülmektedir.

Avrupa Birliği'nde de fikri haklarla ilgili davalarda kural niteliğinde kesin belirlemeler yapılmasa da Microsoft Kararı ile sağlanan, 82. Madde Kılavuzu ile de pekiştirilen uygulama belirliliğinin ÷lkemiz açısından mevcut olduğunu s÷ylemek m÷mk÷n değildir. Belirli şartlarda s÷zleşme yapmanın reddi ve zorunlu unsura dayalı kararlar tesis edildiği g÷r÷lmekle birlikte -Kurul'un ön÷ne bu konuda yeterli olay gelmemesi sebebinden de kaynaklanan- , devamlılık arz eden bir uygulama ya da içtihat b÷t÷nl÷đ÷ne rastlanmamaktadır.

Rekabet Kurumu'nun fikri m÷lkiyet hakları üzerinde zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi fikri m÷lkiyet hukuku mevzuatında yer alan herhangi bir d÷zenlemeyle engellenmemiştir. Rekabet Kurulu bu gibi hallerde teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlardan kaçınmaları şeklinde kararlar alabileceği gibi bu teşebbüslerin belirli bir davranışı yerine getirmelerine de karar verebilecektir. Sonuç olarak fikri hakların, bu hakkın sağladığı korumayı aşar şekilde kullanıldığı hallerde, her somut olayın özelliğine g÷re değerlendirmeler yaparak, istisnai durumlarda doktrinin uygulanabileceğini tekrar belirtmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] **ANDERMAN, S.** (2000), EC. Competition Law and Intellectual Propety Rights The Regulation of Innovation, Second Edition, Clerandon Press, Oxford. UK. (Kısaltılmış; EC Competition 2000...).
- [2] **ANDERMAN, S.** (2002), “EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy”, The Antitrust Bulletin, Vol. 47, Nos. 2&3/Summer/Fall, Essex, England.
- [3] **ANDERMAN, S.** (2007), Intellectual Property Rights and Competition Policy, Cambridge University Press, UK.
- [4] **ANGI, F. G.** (2005), “*Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Hukuku Uygulaması*”, Rekabet Dergisi, S. 23.
- [5] **AREEDA, P., HOVENKAMP, H.** (2004), Antitrust Law, An analysis of Antitrust Principles and Their Application, Newyork.
- [6] **ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö.** (2010), “*Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar*”, Rekabet Dergisi, C.11, S.3, Ankara
- [7] **ARIKAN, A. S.** (1999), “*Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku*” (Fikri Sınai Haklar ve Rekabet), Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.
- [8] **ASLAN, Y.** (2005), Rekabet Hukuku, Bursa.
- [9] **ATEŞ, M.** (2003), Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara.
- [10] **ATEŞ, M.** (2009), “*Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. Nisan, Kayseri, s. 17. (Kısaltma; *Fikri Mülkiyetin Koruması...*)
- [11] **AYİTER, N.** (1972), Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara.
- [12] **BADUR, E.** (2001), Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar) , Lisansüstü Tez Serisi No: 6, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara.

- [13] **BADUR, E., ERTEM, B.** (2008), “*Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara İlişkin İnceleme ve Araştırma Usulü*”, Rekabet Dergisi, Ankara, S. 33.
- [14] **BADUR, E., ERTEM, B.** (2010), “*Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları-Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, S. 90.
- [15] **BEŞİROĞLU, A.** (2004), *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, İstanbul, 2004.
- [16] **BEYDOĞAN, T. A.** (2010), “*Interoperability-Centric Problems: New Challenges and Legal Solutions International Journal of Law and Information Technology*” Oxford University Press Vol.18 No.4,Oxford. <http://ijlit.oxfordjournals.org/content/18/4/301.full.pdf+html?sid=9aa7dc2a5f28-4e52-b0bc-0e992d0979f2>, 25.10.2010.
- [17] **BOUCHAGIAR, A.** (2007), “*Soft-Wars: The Role of The Essential Facilities Doctrine as Jus in Bello*”, College of Europe, Brugge. <http://www.mayerbrown.com/news/article.asp?id=3787&nid=5/>, 11.05.2011.
- [18] **BOZKURT, E., ÖZCAN, M., KÖKTAŞ, A.** (2005), *Avrupa Birliği Temel Mevzuatı*, Ankara.
- [19] **BOZKUŞ, S.** (2009), *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Durumunda Uygulanan Tedbirler*, Uzmanlık Tezleri Serisi, No:100, Ankara.
- [20] **COTTER, T. F.** (2008), “*The Essential Facilities Doctrine*”, University Minnesota Law School Legal Studies Research Paper Series No: 08-18. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1125368, 09.10.2010.
- [21] **ÇAMLIBEL, T. E.** (2001), *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Ankara.
- [22] **DEMİRÖZ, A.** (2009), “*Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları*”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII., Kayseri.
- [23] **DERCLAYE, E.** (2003), “*Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law*”London. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=estelle_derclaye, 05.04.2011.
- [24] **EKDİ, B.** (2004), “*Dikey Anlaşmalar Yoluyla Piyasanın Kapatılması*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını No: 0168, Ankara.
- [25] **EREL, N. Ş.** (1998), *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara.

- [26] **EREN, F.** (2006), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [27] **EROĞLU, S.** (2000), Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul.
- [28] **FIRAT BOZOĞLU, E. S.** (2010), “2000’den 2010’a Rekabet Hukuku Uygulamaları ve Yargısal Denetim” Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri.
- [29] **FINE, F.** (2002), “NDC/IMS: A Logical Application Of Essential Facilities Doctrine”,
<http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf>
11.05.2011.
- [30] **GÜÇER, S.** (2005), Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Ankara.
- [31] **GÜL, İ.** (2000), Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, No: 2, Ankara.
- [32] **GÜN, M., KARAKULAK, Ö. A., TOPRAK, F.** (2010), “Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Kayseri.
- [33] **GÜRZUMAR, O. B.** (2006), Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara.
- [34] **GÜVEN, P.** (2008), Rekabet Hukuku, Ankara. (Atıf: Rekabet Hukuku)
- [35] **GÜVEN, P.** (2007), “*Rekabet Hukukunun Özel Hukuk Açısından Sonuçları*”, İkinci Rekabet Hukuku Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar, Bursa. (Kısaltma; Özel Hukuk...)
- [36] **GÜVEN, P.** (2004), “*Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi*”, Perşembe Konferansları, Ankara. (Kısaltma; Perşembe Konferansları...)
- [37] **HATZOPOULOS, V.** (2006), “*The EU Essential Facilities Doctrine*”, Research Papers in Law.
[\(http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf/](http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/researchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf/), 12.11.2010.
- [38] **HUMPE, C., RITTER, C.** (2005), “*Refusal to Deal*”, College Of European Global Competition Law Centre Research Paper on Modernisation on Article 82 EU, Brugge.
<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLCResearchPapersonArticle82EC.pdf>, 11.11.2010.

- [39] İÇÖZ, Ö. (2003), Telekomünikasyon Sektöründe Regülasyon ve Rekabet, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:16, Ankara.
- [40] INCEEFE, M. A. (2004), “*Rekabet Kuralları ve Sektörel Düzenlemeler Üzerine Kurumsal ve Pratik Açılardan Özel Bir İnceleme: Ulusal Dolaşım*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Rekabet Kurumu Yayını No: 0168, Ankara.
- [41] KARAEGE Ö. (2010), Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini, İstanbul.
- [42] KARAHAN, S., SULUK, C., SARAÇ, T., NAL, T. (2007), Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara.
- [43] KATZ, M. (2002), “Intellectual Property Rights and Antitrust Policy: Four Principles for a Complex World”, Journal on Telecommunications & High Technology Law.
http://www.jthtl.org/content/articles/V111/JTHTLv1i1_Katz.PDF/, 25.02.2011.
- [44] KAYA, Y. (2003), Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Ankara.
- [45] KORAH, V. (2005), “*The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Country*”, Vol. 2, Issue 4, SCRIPT-ed.,
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf/>, 23.10.2010.
- [46] KÖKSAL, T. (2002), Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İhisar Hakları, Ankara.
- [47] KÜÇÜKYALÇIN, A. (2004), “*Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*”, AÜHF; C. 53, S. 4, Ankara.
- [48] LANG, J. T. (2000), “*The Principle Of Essential Facilities In European Community Competition Law - The Position Since Bronner*”, Notes for a Lecture, Copenhagen.
http://lawcourses.haifa.ac.il/antitrust_s/index/main/syllabus/lang_article.pdf/, 12.11.2010.
- [49] LANG, J. T. (2002), “*Compulsory Licensing Of Intellectual Property in European Community Antitrust Law*”, For the Department of Justice/Federal Trade Commission Hearings, Washington DC. (Kısaltma: Compulsory Licensing).
<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf/>, 12.11.2010.
- [50] LAROCHE, P. (2009), “*The European Microsoft Case At The Crossroads Of Competition Policy And Innovation: Comment On Ahlborn And Evans*”, Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Tilburg.

- [51] LÉVÉGUE, F. (2005), “Innovation, leveraging and essential facilities: Interaoperability licensing in the EU Microsoft Case”, Cerna, Forthcoming in World Competition, Paris, S.7.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900, 23. 11. 2010.
- [52] NART, S. (2009), “*Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 11, S.1, İzmir.
- [53] OECD, (2007), “Policy Roundtables Refusals to Deal 2007”. DAF/COMP, (<http://www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf>), 11.05.2011.
- [54] ODMAN, A. N. (2002), Fikri Mülkiyet Hukuku İle Rekabet Hukukunun Teknoloji Yeniliklerinin Teşvikindeki Rolü, Ankara.
- [55] O'DONOUGHUE, R., PADILLA, J. A. (2006), The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.
- [56] OĞUZMAN, K., ÖZ, T. (1998), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [57] ÖLMEZ, H. S. (2003), Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara.
- [58] ÖZ, G. A. (2000), Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara.
- [59] ÖZDEMİR, S. O. (2002), Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Etkisi, İstanbul.
- [60] ÖZSUNAY, E. (2005), “*Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III., Ankara.
- [61] ÖZTAN, F. (2008), Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara.
- [62] PAGE, W. H. (2009), “*Mandatory Contracting Remedies In The American And European Microsoft Cases*”, Antitrust Law Journal, Vol. 75, Issue 3, Florida.
- [63] PINAR, H. (2004), Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul. (Kısaltma: Uluslararası Rekabette...).
- [64] PINAR, H. (2005), “*Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*”, Rekabet Dergisi, S. 23, Ankara.
- [65] RIDYARD, D. (1996), “*Essential Facilities and The Obligation To Supply Competitors under UK and EC Competition Law*”, ECLR, Vol. 17/8, London.

- [66] SAĞLAM M. (2002), “Ekim 2001 tarihinde Yapılan Anayasa Değişikliği Sonrasında Düzenledikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/msaglam.pdf/, 03.12.2010).
- [67] SUBRAMANIAN, S. (2010), “The Microsoft decision: a setback to IP rights in Europe?”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 5, No. 4, England, jiplp.oxfordjournals.org/, 25.10.2010.
- [68] SULUK, C. (2002), “AB ve Türk Rekabet Hukukunda Faydalı Modellerin Koruması (I)”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl: 2, Cilt: 2, Sayı: 1, Ankara.
- [69] SULUK, C. (2003), Tasarım Hukuku, Ankara.
- [70] SULUK, C., ORHAN, A. (2005), Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul.
- [71] ŞANLI, K. C. (2000), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 3 Ankara. (Kısaltma; Rekabetin Korunması Hakkında...)
- [72] ŞANLI, K. C. (2003), “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Ankara.
- [73] TANDOĞAN H. (2008), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul.
- [74] TEKDEMİR Y. (2003), AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Ankara.
- [75] TEKİNALP, Ü. (2002), Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul. (Kısaltma; Fikri Mülkiyet...).
- [76] TEKİNALP, Ü. (2000), “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, Perşembe Konferansları, Ankara.
- [77] TEKİNALP, Ü. (2005), “Rekabet Sınırlamaları ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Güncel Gelişmeler Sempozyumu III. , Ankara. (Kısaltma; Özel Hukuka...).
- [78] TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A. (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- [79] TÜYSÜZ, M. (2007), Fikri Mülkiyet Hakları Çerçevesinde Yeni Bitki Çeşitleri Üzerindeki İslahçı Hakkı, Ankara.

- [80] **ÜNVER, B., TÖZER, A.** (2008), “*AB Microsoft Vakası Bağlamında Birlikte İşlerlik Kaygılarının Kapsamı Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme Hallerinin Yargısal Anlamda AT Antlaşmasınının 82. Maddesi Kapsamında Ele Alınmasına Yönelik Bir Tartışma*”, Rekabet Hukuku Güncel Gelişmeler Sempozyumu VI, Kayseri.
- [81] **VICKERS J.** (2009), “*Competition Policy And Property Rights*”, Department Of Economics Discussion Paper Series, Oxford University, Number 436, Oxford.
<http://www.economics.ox.ac.uk/research/wp/pdf/paper436.pdf>, 10.11.2010.
- [82] **WALLER, S. W., TASCH, W.** (2010), “*Harmonizing Essential Facilities*”, Antitrust Law Journal, Sayı 76, Bölüm 3, ABD.
- [83] **YAVUZ, Ş.** (2005), “*Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar*”, Rekabet Dergisi, S.22, Ankara.
- [84] **ZEVKLİLER, A.** (2004), *Özel Borç İlişkileri*, Ankara.

EK
ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER:

Soyadı, Adı : DOĞAN, Gülmelahat
Uyruğu : Türkiye (T.C.)
Doğum Tarihi ve Yeri : 09.04.1975, Ankara
Medeni Hali : Evli
Telefon : +90 312 491 31 49
Email : av_guldogan@yahoo.com

EĞİTİM

Derece	Enstitü	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk	2011
Lisans	Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	1998
Lise	Yozgat Lisesi	1992

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Yer	Konumu
2009 - ...	TÜBİTAK	Müşavir Avukat
1999 - 2009	Avukatlık Bürosu	Avukat

YABANCI DİLLER

İyi derecede İngilizce

HOBİLER

Kitap okumak, tenis, sinema.