

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ESASLI UNSUR DOKTRİNİ

Özge KARAEĞE

Danışman
Yrd.Doç.Dr. Esin ÇAMLİBEL

2009

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../2009

Özge KARAEĞE

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Özge KARAEGE
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Doktora
Tez Konusu : Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA OY BİRLİĞİ
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 6 ay süre verilir.

** Bu halde adayın kaydı silinir.

*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir.
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.

JÜRI ÜYELERİ

İMZA

Başarılı Düzeltme Red

Başarılı Düzeltme Red

Başarılı Düzeltme Red

Başarılı Düzeltme Red

Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Doktora Tezi

Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini

Özge KARAEĞE

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Doktora Programı

Esaslı unsur doktrininin kökenini Amerikan rekabet hukuku oluşturmaktadır. Bu hukuki kuramın uygulanması sonucu hâkim teşebbüse/tekel teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmektedir.

Başta çok taraflı eylemler açısından uygulama alanı bulan esaslı unsur doktrini daha sonra tek taraflı eylemler çerçevesinde gelişme göstermiştir. Esaslı unsur doktrini, hâkim/tekel teşebbüse sahibi olduğu veya kontrol ettiği ve rakipleri için vazgeçilmezlik nitelikte olan iktisadi varlığın kullandırılması koşullarını tespit eden hukuki kuramdır.

Topluluk ve Amerikan hukuku ile Türk hukukunda esaslı unsur doktrininin uygulanması anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin tek taraflı davranışlar kapsamında mümkündür. Bu tür davranışlar dışlayıcı nitelik taşımaktadır. Bu yüzden bu davranışlar Topluluk ve Türk hukuku bakımından hâkim durumun kötüye kullanılmasını; Amerikan hukuku açısından tekelleşme/tekelleşmeye teşebbüs suçunu oluşturmaktadır.

Esaslı unsur doktrininin uygulanması sonucu getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü, sözleşme özgürlüğüne istisna getirmektedir. Dolayısıyla bu doktrinin uygulanması için gerekli olan koşulları tespit etmek önem arz etmektedir. Bu konuda görev, mahkemelere ve teorisyenlere düşmektedir.

Esaslı unsur doktrini fiziki varlıklar dışında fikri ürünler açısından da uygulama alanı bulabilir. Fikri mülkiyet hakları sahibine doğrudan hâkim durum bahşetmez. Hâkim durum, ilgili pazardaki koşullar dikkate alınmak suretiyle tespit edilir. Hâkim teşebbüse getirilebilecek zorunlu lisans, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasında ihtilafa neden olabilir. Bu doğrultuda, her iki hukuk alanındaki menfaatleri dengelemek kaydıyla sonuca ulaşılmaktadır.

Anlaşma yapmayı ret ve fikri mülkiyet hukuku açısından lisans vermeyi ret suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması kamu ve özel hukuk bakımından sonuçlar doğurmaktadır. Kamu hukuku alanındaki yaptırımlar, davranışa ilişkin yaptırımlar, yapısal yaptırımlar ve idari para cezalarından oluşmaktadır. Bu konuda yetkili kurum Topluluk hukukunda Komisyon, Türk hukukunda Rekabet Kuruludur. Özel hukuk açısından ise hâkim teşebbüs tazminat sorumluluğuna tâbi tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hâkim durum, Hâkim durumun kötüye kullanılması, Esaslı unsur, Tekelleşme, Tekelleşmeye teşebbüs.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Essential Facility Doctrine in Intellectual Property Law
Özge KARAEĞE

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law
Doctoral Program

The essential facility doctrine has US origins. When this legal theory is applied then making a compulsory dealing by the dominant firm/monopoly takes place.

At the beginning the essential facility doctrine was applied in the common actions. Then it started to get concerned with unilateral actions. This doctrine determines under which conditions a dominant firm/monopoly is obliged to deal with its competitors.

The application of the doctrine is possible when there occurs unilateral refusals to deal in EC, US and Turkish competition law. These kinds of refusals are exclusionary. Therefore these conducts constitute “abuse of dominant position” and in US law “monopolization/attempt to monopolize”.

Compulsory dealing is an exception to freedom of contract. For this reason to determine the conditions for the doctrine to be applied is highly important. Scholars and courts should find out these conditions.

The essential facility doctrine is applicable to intangible assets as well as physical assets. Mere ownership of an intellectual property right does not confer a dominant position upon its owner. Dominant position is determined according to the conditions of the relevant market. Compulsory licencing gives rise to a conflict between IP law and competition law. To solve this tension benefits of these two branches of law should be balanced.

Refusals to deal as well as refusals to license by the dominant firm has got its remedies in public and private law. Remedies in public law could be behavioural and structural and also there is a remedy called fines. In EC competition law the Commission has the legal power to impose these remedies. In Turkish competition law Competition Board has this power. In private law dominant firms which abuse their market power have the liability for compensation.

Key Words: Abuse, Abuse of dominant position, Essential facility, Monopolization, Attempt to monopolize.

İÇİNDEKİLER

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA ESASLI UNSUR DOKTRİNİ

YEMİN METNİ	ii
TUTANAK	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET DÜZENLEMELERİNDEN BEKLENEN YARAR, ESASLI UNSUR KAVRAMI VE PAZAR GÜCÜ İLE İLİŞKİSİ

I.	Rekabet Kurallarının Amacı	2
	A. Ekonomik Amacı	3
	B. Sosyal Amacı	3
	C. Siyasi Amacı	4
II.	Rekabet Hukukunda Esaslı Unsur Kavramı	4
	A. Genel Olarak	4
	B. Esaslı Unsur Kavramı	6
	C. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Esaslı Unsur Doktrini	10
	D. Esaslı Unsur Doktrini ve Pazar Gücü	14
	1. Tekelleşme Kavramı	15
	a. İlgili Pazarda Tekel Gücüne Sahip Olmak	16
	b. Tekel Gücünü Hukuka Uygun Olmayan Yollarla Kasten Elde Etmiş Olmak ve Devam Ettirmek	18
	2. Tekelleşmeye Teşebbüs Kavramı	19
	3. Hâkim Durum Kavramı	24
	a. İlgili Pazarın Tanımlanması	26
	aa. İlgili Ürün Pazarı	27
	bb. İlgili Coğrafi Pazar	31
	b. Pazar Gücünün Tespiti	33

	aa. Pazar Payı	33
	bb. Pazara Giriş Engelleri	34
	aaa. Hukuki Giriş Engelleri	34
	bbb. Üstün Teknoloji	35
	ccc. Dikey Bütünleşme ve Gelişmiş Bir Dağıtım Ağı	35
	ddd. Ölçek Ekonomileri ve Ağ Etkileri	36
	eee. Teşebbüsün Finansal ve Ekonomik Gücü	36
	fff. Tanınmış Markaların Mevcudiyeti	36
	4. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	37
	E. Esaslı Unsur Doktrini ve İlgili Rekabet Düzenlemeleri ile İlişkisi	41
III.	Amerikan ve Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunun Esaslı Unsur Doktrinine Yönelik Yaklaşımları	45
IV.	Esaslı Unsur Doktrininin Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken Koşullar	46
	A. Unsurun Varlığı	47
	B. Unsurun Esaslılık Teşkil Etmesi	47
	C. Rekabetin Etkilenmesi	50
	D. İki Pazarın Gerekliliği	52
	E. Objektif Haklı Neden	57
	F. Giriş Ücreti	60
V.	Esaslı Unsur Doktrininin Diğer Alanlar Açısından Uygulanması	61
	A. Esaslı Unsur Olarak Hammadde	63
	1. Commercial Solvents Kararı	63
	2. Eti Holding Kararı	64
	B. Esaslı Unsur Olarak Havalimanı ve Havayolu Alt yapısı	65
	1. London European - Sabena Kararı	65
	2. Flughafen Frankfurt/Main AG Kararı	66
	C. Esaslı Unsur Olarak Limanlar	68
	1. B&I v. Sealink Kararı	68

2. Sea Containers v. Stena Sealink Kararı	69
3. Port of Rødby Kararı	69
4. Port of Roscoff Kararı	70
5. Eken – TDİ Kararı	71
D. Esaslı Unsur Olarak Demiryolu Alt yapısı	73
1. United States v. Terminal Railroad Ass'n Kararı	73
2. European Night Services Kararı	74
E. Esaslı Unsur Olarak Enerji Sektörüne İlişkin Alt yapı	76
1. Otter Tail Power Co. v. United States Kararı	76
2. ÇEAŞ Kararı	77
3. Tüpraş Kararı	79
F. Esaslı Unsur Olarak Telekomünikasyon Sektörüyle İlgili Alt yapı	81
1. MCI v. AT&T Kararı	81
2. İŞ – TİM – Turkcell/Telsim Kararı	82
G. Esaslı Unsur Olarak Dağıtım Ağları	84
1. Oscar Bronner Kararı	84
2. Ulusal Basın Gazetecilik/Medya – BBD/Biryay/Yaysat Kararı	86
H. Diğer Sektörlere İlişkin Olaylar	89
1. Amerikan Hukukunda	89
2. Türk Hukukunda	90

İKİNCİ BÖLÜM
ESASLI UNSUR DOKTRİNİNİN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ALANINDA
UYGULANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I.	Fikri Mülkiyet Kavramı	92
II.	Fikri Ürün Kavramı	93
	a. Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Kabul Edilmesi	94
	b. Bilgisayar Programlarının Patent Hukukuna Konu Olması	96
III.	Rekabet ve Fikri Mülkiyet Hukuklarının Amaçları Bakımından Karşılaştırılması	97
IV.	Esaslı Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması	101
	A. Fikri Mülkiyet Haklarının Kapsamı	101
	1. Amerikan Hukuku Açısından Değerlendirme	101
	2. Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Değerlendirme	104
	B. Esaslı Unsur Doktrininin Uygulama Alanı Bulması: Tek Taraflı Olarak Lisans Vermeyi Reddetme	106
	1. Genel Olarak	106
	2. Amerikan Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini	107
	a. Intergraph v. Intel Kararı	111
	b. Aldridge v. Microsoft Kararı	112
	c. United States v. Microsoft Kararı	113
	3. Tek Taraflı Lisans Vermeyi Reddetmeye İlişkin Amerikan Mahkemelerinin Uygulaması	117
	a. Nitelik Gereği (“ <i>Per se</i> ”) Yasallık Yaklaşımı	118
	b. Kesin Olmayan Yasal Karine Yaklaşımı	119
	c. Niyet Yaklaşımı	120
	4. Değerlendirme	122
	5. Avrupa Topluluğu Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini	128
	a. Yeni Ürün Kavramı	130
	b. İstisnai Koşullar Yaklaşımı	131
	aa. Volvo ve Renault Kararları	132

bb. Magill Kararı	135
aaa. Komisyonun Yaklaşımı	135
bbb. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD'ın Yaklaşımı	136
cc. Ladbroke Kararı	143
dd. IMS Kararı	145
aaa. Komisyonun Yaklaşımı	147
bbb. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD'ın Yaklaşımı	151
c. IMS Davasından Sonra Ortaya Çıkan Meseleler ve Çözüm Yolları	153
d. Microsoft Kararı	158
6. Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini	161
7. Değerlendirme	162
V. Hâkim Teşebbüsün Lisans Vermeyi Reddetmesinin Hukuki Sonuçları	166
A. Kamu Hukukuna İlişkin Sonuçlar	167
1. Davranışa İlişkin Yaptırımlar	167
2. Yapısal Yaptırımlar	171
3. İdari Para Cezası	172
B. Özel Hukuka İlişkin Sonuçlar	173
SONUÇ	177
KAYNAKLAR	182

KISALTMALAR

Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Art.	Article, Artikel
ATA.	Avrupa Topluluğu Anlaşması
ATAD.	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
bkz.	Bakınız
BK.	Borçlar Kanunu
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of Intellectual Law
Cir.	Circuit
CMLR.	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Columbia Business Law J.	Columbia Business Law Journal
Const.	Constitution
Cornell J. L. & Pub. Pol'y.	Cornell Journal of Law and Public Policy
DD.	Danıştay Dairesi
Dick. L. J.	Dickinson Law Review
dn.	Dipnot
DoJ	United States Department of Justice
E.	Esas
ECLR.	European Competition Law Review
ECR.	European Court Report
EIPR.	European Intellectual Property Review
ELR.	European Law Review
Fordham Intel.Prop.. Media & Ent. L.J.	Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal
ETKHK	554 sayılı Endüstriyel Tasarımlar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
FSEK.	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTC.	Federal Trade Commission
IIC.	International Review of Industrial Property and Copyright Law
K.	Karar
No.	Numara

OJ.	Official Journal
para.	Paragraf
PatKHK.	551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
PTC J. Res & Ed.	Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education
RG.	Resmi Gazete
RK.	Rekabet Kurulu
s.	Sayfa
S.	Sayı
Stanford L.R.	Stanford Law Review
T.	Tarih
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
US.	United States
USC.	United States Code
V.	Volume

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomisinde iki prensip önem arz etmektedir. Bunlar; sözleşme özgürlüğü prensibi ile bu prensibin uygulanabileceği serbest rekabet düzenidir. Bu çerçevede teşebbüsler, münhasıran kontrol ettikleri varlıkları diledikleri takdirde üçüncü kişilerle paylaşımına tâbi tutacaklar diledikleri takdirde ise buna izin vermeyeceklerdir.

Sözleşme özgürlüğü prensibine ve mülkiyet hakkına sınırlama getiren esaslı unsur doktrininin fiziki varlıklar açısından uygulama alanı bulması gerek Amerikan gerekse Topluluk hukukunda istisnai koşulların varlığı halinde kabul görmekteyken; fikri mülkiyet hakları açısından ise durum tartışmalıdır. İşte bu noktada, çalışmamızın birinci bölümünde fiziki varlıklar açısından esaslı unsur doktrininin işlevselliğini incelemekte; fikri mülkiyet haklarının konusu olan fikri ürünlere ilişkin olarak esaslı unsur doktrininin işlevselliğini hangi koşullar altında mümkün olabileceğini ise ikinci bölümde incelemekteyiz.

Çalışmamızda, esaslı unsur doktrininin uygulama alanına girebilecek teşebbüs davranışları hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesinde incelenmektedir. Bu bağlamda, esaslı unsur doktrini gerek teorik açıdan gerekse uygulama açısından mukayeseli hukuk göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, Türk rekabet hukuku mevzuatının hazırlanmasında etkili olan ve doktrininin ilk kez ortaya çıktığı Amerikan rekabet hukukundaki ilgili düzenlemelere ve mahkeme kararlarına yeri geldikçe değinilecek bununla birlikte esas olarak Topluluk rekabet hukuku ilgili düzenlemeleri ile Komisyon uygulamaları ve mahkeme kararları incelenecektir. Yapılacak değerlendirmeler sonucunda esaslı unsur doktrininin gerekliliği, uygulama koşulları ve uygulanmasının pazarlar açısından ne gibi etkiler doğuracağı ortaya konulacaktır.

Amacımız, esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarını ortaya koyduktan sonra serbest rekabet düzeninden beklenen yarar ile fikri mülkiyet hakkı sahibinin fikri mülkiyete ilişkin düzenlemeler karşısındaki yetkileri göz önünde bulundurulmak suretiyle rekabet kurallarının hangi hallerde fikri mülkiyet haklarına müdahalede bulunabileceğini saptamaktır. Bu doğrultuda henüz Türk rekabet hukuku uygulamasında karşılaşılmayan bir husus olarak fikri mülkiyet hakları alanında esaslı unsur doktrininin işlevselliği tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET DÜZENLEMELERİNDEN BEKLENEN YARAR, ESASLI UNSUR KAVRAMI VE PAZAR GÜCÜ İLE İLİŞKİSİ

I. Rekabet Kurallarının Amacı

Serbest rekabet düzenini sağlayabilmek amacıyla Devlet, rekabet kanunları vasıtasıyla ekonomiye müdahalede bulunabilmektedir. Serbest rekabet düzeninin, biri genel olarak ekonomik düzen ve piyasa ortamı, mücadeleye açıklık ve özgürlük, diğeri ise pazar davranışlarının serbestliği ve bağımsızlığı olmak üzere iki anlamı taşıdığı görülmektedir¹. Çalışmamız açısından odak noktası olan hâkim durumun kötüye kullanılması durumu da rekabet kanunlarında yasaklanan davranış biçimlerindedir. Bu bağlamda esaslı unsur kavramından ne anlaşılması gerektiği ve uygulama alanına değinmeden evvel öncelikle rekabet kanunlarının uygulanmasından beklenen yarara değinmek gerekmektedir.

Rekabet Hukuku kurallarının amacı arasında, etkinlik ve kaynakların tahsisi olmakla birlikte bunlar, Chicago okulunun savunduğu gibi rekabet hukukunun tek amacı değildir. Rekabet kuralları, tahsis etkinliğini arttırmak amacıyla göz önünde bulundurulmakla birlikte başka amaçları yerine getirmek nedeniyle de uygulanmaktadır. Bu amaçlar arasında, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması, rakiplerin korunması, tüketicilerin korunması sayılabilmektedir².

¹ **İkizler, Metin:** Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler – Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2005, s. 158.

² **Jones, Alison – Sufrin, Brenda:** EC Competition Law Text, Cases and Materials, New York 2001, s. 34; **Goyder, D. G.,** EC Competition Law, New York 1998, s. 14 – 15; **Whish, Richard,** Competition Law, London 2001, s. 17 – 20; bununla birlikte Amerika’da rekabet hukukunda Chicago yaklaşımının etkili olduğu gözlenmektedir. Bu yaklaşıma göre, Amerikan rekabet kurallarının amacı tüketici refahının artırılmasıdır. Bu da kaynak dağılımında ve üretimde etkinlikle sağlanır. Diğer amaçlar, yani tüketicinin korunması, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması, rakiplerin korunması etkinliğe aykırı görülüp eleştirilmektedir (**Aslan, Yılmaz:** “Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi”, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s. 67; **Sanlı, Kerem Cem:** “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansları, Ekim 2000, s. 106).

A. Ekonomik Amacı

Chicago Okuluna göre rekabet hukukunun amacı, ekonomik etkinliği arttırmaktır; bu da üretim ve tahsis etkinliği olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır³. Tahsis etkinliği, kaynakların tüketicilere ve üreticilere en yüksek toplam fayda sağlayacak şekilde tahsis edilmesidir. Diğer bir deyişle, tahsis etkinliği ödemeye istekli oldukları rakamdan yola çıkarak tüketicilerin istediği şeyi üretmektir.

Üretim etkinliği ise, bir piyasada her bir firmanın minimum maliyetle faaliyetlerini sürdürmesi, faaliyetlerin firmalar arasında etkin dağılımasıdır. Yani en düşük maliyetle ve en az kaynağı kullanarak üretmektir⁴. Üretim etkinliği serbest piyasa ekonomisinde ve rekabet düzeninde hayati öneme sahiptir. Maliyetleri düşürerek daha fazla kâr elde edemeyen teşebbüsler iş dışına atılır. Tekel/hâkim teşebbüs içinse daha çok kâr elde edebilmenin tek yolu üretim etkinliği değildir. Aynı kârı keyfi fiyat koymak sureti ile de elde edebilir. Bu nedenle tekel/hâkim teşebbüsler açısından üretim etkinliği hayati önem arz etmez⁵.

B. Sosyal Amacı

Yukarıda sözünü ettiğimiz tahsis etkinliği, üretim etkinliği gibi rekabetin ekonomik sonuçlarının tüketiciler üzerindeki etkileri, tüketicilerin yararınıdır⁶. Rekabet kanunlarından yararlanan en geniş kesim tüketicilerdir. Rekabetin en önemli sonucu olan fiyatlarda marjinal maliyete yaklaşma, kalitenin ve satış sonrası hizmetlerin artması, ürün çeşitliliği, teknolojik gelişme tüketicilerin yararınıdır⁷.

Rekabet kanunları teşebbüslerin büyüklüklerine göre herhangi bir ayırım yapmaksızın bunların piyasadaki rekabet koşullarını bozucu nitelikteki davranışlarına yönelik düzenlemeler getirmektedir. Ancak, dolaylı olarak rekabet düzenlemeleri ile küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması gerçekleştirilmektedir.

³ **Hovenkamp, Herbert:** Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, St. Paul 2005, s. 62.

⁴ **Ölmez, Hakan Suat:** Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara, 2003, s. 43; **Kulaksızoğlu, Şebnem:** "Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar", Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/sebnemkulaksizoğlu.doc>, (20.11.2007).

⁵ **Aslan, Yılmaz:** Rekabet Hukuku, Bursa 2005, s. 5; **Akıncı, Ateş:** Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001, s. 12.

⁶ **Akıncı,** s. 7.

⁷ **Aslan,** Rekabet Hukuku, s. 8; **Sanlı, Kerem Cem:** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000, s. 10.

Rekabet kurallarının güvence altına aldığı girişim özgürlüğü ve fırsat eşitliği, küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin korunması ve gelişimini sağlar⁸. Böylelikle piyasalar, küçük ve orta büyüklükteki teşebbüslerin etkin olduğu sağlıklı bir yapı kazanır. Hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan düzenlemeler, hâkim konumdaki güçlü teşebbüslere karşı kobileri koruma işlevi görmektedir⁹.

C. Siyasi Amacı

Serbest rekabet düzeni ekonomik gücün tek elde toplanmasını engelleyerek bu gücün toplumda yaygınlaştırılmasını temin etmektedir. Serbest rekabetin korunamadığı düzenlerde hâkim durumdaki teşebbüslerin ekonomik hayattaki davranışları kendi takdirlerine bırakılmıştır. Hâkim teşebbüs, ekonomik gücünü siyasi nüfuz elde etmek için kullanabilir ve bu sayede iktisadi düzenin işleyişini kendi lehine bozar¹⁰.

Serbest rekabet düzeninin söz konusu olduğu piyasalarda giriş engelleri yoktur; bir diğer deyişle piyasalara girmek isteyen teşebbüsler ekonomik özgürlüklerini, ticari özgürlüklerini ve seçme haklarını bu yönde kullanabileceklerdir. Dolayısıyla Rekabet hukuku özgürlüklerin teminatını oluşturmaktadır¹¹. Rekabet kuralları da bu noktada, hâkim teşebbüsün giriş engelleri yaratmasını engellemek suretiyle rekabetin oluşumuna katkıda bulunur.

II. Rekabet Hukukunda Esaslı Unsur Kavramı

A. Genel Olarak

Esaslı unsur doktrininin kökeni Amerikan Rekabet kuralları çerçevesinde 1912'lerde verilmiş olan yargı kararına dayanmaktadır¹². Amerikan Rekabet Hukuku sistemi de "vaka hukuku" çerçevesinde gelişme göstermektedir. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde yazılı kurallar olabildiğince soyut düzenlenmekte ve bu kuralların

⁸ Sanlı, s. 11.

⁹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 9.

¹⁰ Sanlı, s. 12; Aslan, Rekabet Hukuku, s. 10; Akıncı, s. 9.

¹¹ Aslan, Rekabet Hukuku, s. 10.

¹² Esaslı unsur doktrininin kökeninin Amerikan rekabet hukuku olduğu konusunda görüş birliği vardır (bu konuda bkz., **Doherty, Barry**: "Just What are Essential Facilities?", CMLR, V. 38, 2001, s. 398; **Whish**, s. 615; **Hatzopoulos, Vassilis**: "The EU essential facilities doctrine", Research Papers in Law, 6/2006, http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf, 15.10.2007, s. 3).

içini doldurma, ilke, esaslarını belirleme işi büyük ölçüde mahkemelere bırakılmaktadır¹³. Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku açısından konuya yaklaştığımızda yine rekabet sisteminin “vaka hukuku” çerçevesinde gelişme gösterdiğini görmekteyiz. Dolayısıyla tezimiz açısından önemli olan “esaslı unsur” kavramının anlamı, uygulama alanı gibi hususlar her iki hukuk siteminde de mahkeme kararları çerçevesinde yorumlanmaktadır. Biz de çalışmamızda gerek Amerikan gerekse Avrupa Topluluğu Hukukları açısından esaslı unsur doktrininin uygulama alanını mahkeme kararlarını temel almak suretiyle inceleme konusu yapmayı tercih etmekteyiz.

Karteller ve pazara egemen teşebbüsler tarafından hukuka aykırı yollara rekabetin sınırlandırılmasına ilişkin çok yönlü sorunlar ilk olarak Amerika’da ortaya çıkmıştır¹⁴. Bu doğrultuda ilk kurallı ve sistemli rekabet hukuku düzenlemeleri Amerikan Rekabet Hukuku içinde yer almaktadır¹⁵. Gerek Amerikan gerekse Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku yeni yürürlüğe giren pek çok rekabet hukuku mevzuatının hazırlanmasında etkili olmuştur ve bu hukuk sistemleri Türk Rekabet Hukuku açısından da model oluşturmuştur¹⁶. Çalışmamızda, rekabet kuralların sözü edilen önemi gözetilmek suretiyle Türk hukuku açısından yön göstermek açısından gerek Amerikan Rekabet hukuk sistemi gerekse Avrupa Topluluğu Rekabet hukuku sisteminde doktrinin ortaya çıkışı ve gelişimindeki koşullar ele alınmıştır.

Konumuz asıl olarak doktrinin fikri mülkiyet hukuku açısından uygulanma olasılığının değerlendirilmesi olduğundan ilk bölümde genel olarak esaslı unsur doktrininin gerek yargısal gerekse bilimsel içtihatların desteği ile ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmuş; böylelikle ikinci bölümün daha iyi anlaşılabilmesi için temel olması amaçlanmıştır.

Gerek Amerikan gerekse Avrupa Topluluğu ve Türk hukuku uygulamasında esaslı unsur doktrini ile ilgili davaları anlayabilmek için öncelikle yapılması gereken mahkemelerce bu tür davalarda göz önünde bulundurulmuş temel rekabet düzenlemelerini incelemektir. Topluluk hukukunda anlaşma yapmayı reddetme hallerinin esaslı unsur doktrini çerçevesinde incelenebilmesi çoğunlukla ATA m. 82

¹³ İkizler, s. 26; Sanlı, s. 93.

¹⁴ Özsunay, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s.15.

¹⁵ İkizler, s. 25.

¹⁶ Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma, s. 92.

ve Türk hukuku açısından RKK.¹⁷ m. 6 kapsamında olmaktadır. Amerikan hukukunda ise, ATA m. 82'ye karşılık gelen düzenleme Sherman Kanunu İkinci Bölümü olmaktadır. Dolayısıyla aynı tür davranışlar bu hukuk açısından da çoğunlukla Sherman Kanunu İkinci Bölüm çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Esaslı unsur doktrini ile rekabet hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkiyi saptayabilmek için öncelikle esaslı unsurdan ne anlamamız gerektiğini açıklamak gerekmektedir. Daha sonra ise ilgili düzenlemelerin neler getirdiği belirtilmek suretiyle konu ile ilgili saptamaların yapılabilmesi mümkün olabilecektir.

B. Esaslı Unsur Kavramı

İlk olarak, tekelleşmenin tespit edilebilmesi için uygulanan geleneksel analizde yapıldığı gibi ilgili ürün ve coğrafi pazarda tekel ve bu gücün kasten elde edilmesi ve devamı tespit edildikten sonra sıra tekelin kontrol ettiği unsurun “esaslı” olup olmadığını saptamaya gelmektedir. Esaslı unsur, fiziki varlıklardan oluşabileceği gibi fikri mülkiyet haklarının konusunu oluşturan fikri ürünlerden de oluşabilir. Bu kapsamda; ham madde¹⁸, fikri mülkiyet hakkı¹⁹, tam olarak fiziki varlık olarak nitelendirilemese de hizmet olarak değerlendirebileceğimiz bilgisayar rezervasyon sistemi²⁰, liman²¹, demiryolu ağları ve tesisleri²², stadyum²³, telekomünikasyon ağları²⁴ ve havalimanı²⁵ esaslı unsur olarak kabul edilebilir²⁶. Bununla birlikte, bu tür iktisadi unsurların tümü açısından “esaslı unsur” kavramının kullanılmasının uygun olmadığı ileri sürülmektedir²⁷. Dolayısıyla, doktrinde esaslı

¹⁷ RG., 13.12.1994, S. 4054.

¹⁸ Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission Cases 6 – 7, ECR 1974, 223.

¹⁹ Case T – 69/89, Radio Telefis Eireann v. Commission, ECR 1991, II – 485; Joined Cases C – 241/91 P & C – 242/91 P, Radio Telefis Eireann v. Commission, ECR 1995, I – 743.

²⁰ Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F. 2d. 536, 544 (9th. Cir. 1991); British Midland v. Aer Lingus, OJ. 1992 L 96/34.

²¹ Sealink/B&I – Holyhead, CMLR 5, 1992; Port of Rodby, OJ. 1994 L 55/52.

²² United States v. Terminal R. R. Ass'n, 224 US 383 (1912).

²³ Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc., 848 F. 2d 976 (9th Cir. 1988).

²⁴ Commission Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, OJ 1998 C 265/2.

²⁵ Flughafen Frankfurt/Main AG, OJ 1998 L 72/30.

²⁶ **Troy, Daniel E.:** “Unclogging the Bottleneck: A new Essential Facility Doctrine”, Colum. L. Rev., s. 464; **Opi, Sergio Baches:** “The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licencing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?”, Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L. J., V. 11, 2001 s. 419.

²⁷ **Whish**, s. 668; **Goyder**, s. 346; **Glasl** da makalesinde, esaslı unsur kabul edilebilecek varlıklar ile esaslı unsur doktrinine başvurmaksızın anlaşma yapmayı reddetme

unsur olarak kabul edilebilecek varlıklar olarak, liman, hava limanı, telekomünikasyon ağı veya elektrik nakil veya petrol boru hatları ile havayolları için gerekli olan bilgisayar rezervasyon sistemi, fonların elektronik transferini mümkün kılan bankacılık sistemi gibi elektronik sistemler gösterilmektedir²⁸.

Doktrinde esaslı unsur, “*rakiplerin ondan faydalanmadan müşterilerine mal ya da hizmet sunamayacakları alt yapı, tesis ya da hammadde*” olarak tanımlanmaktadır²⁹. Benzer bir tanım, Komisyon’un esaslı unsur kavramını ilk defa kullandığı Sealink/B&I – Holyhead kararında yapılmıştır. Buna göre, rakiplerin erişim olmaksızın müşterilerine hizmet sunamayacakları alt yapı veya unsur, esaslı unsur olarak kabul edilmektedir.

Telekomünikasyon sektöründe rekabet kurallarının uygulanması ile ilgili Duyuru’da esaslı unsur; rakiplerin faaliyetlerine devam edebilmeleri için vazgeçilmez olan ve makul araçlarla aynı işlevi gören bir benzerinin yaratılmasının mümkün olmadığı alt yapı ve unsurlardan oluşmaktadır³⁰.

Esaslı unsur doktrini, bu tür bir unsuru kontrol eden işletmelere ayrımcılık taşımayacak koşullarda, kullanımını talep eden diğer işletmelere eşit giriş sağlama yükümlülüğü getirmektedir³¹. Ne Avrupa Topluluğu ne de Amerikan rekabet düzenlemelerinde esaslı unsur doktrininin tanımını görmek mümkündür. Bununla birlikte doktrinin, hâkim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu veya kontrol ettiği ve rakipleri için vazgeçilmez nitelikte olan unsura erişim talebini reddetme halleriyle ilgili olduğunu söylememiz mümkündür³².

çerçevesinde değerlendirilebilecek varlıklar arasında ayırım yapmaktadır. Bu doğrultuda, Magill kararını sıradan bir mal sağlama yükümlülüğü kapsamında görerek Commercial Solvents, Hugin ve United Brands davalarıyla aynı kapsamda görmektedir. Aralarındaki fark yalnızca dava konusu unsurların Magill’de, davacının talep ettiği unsur maddi bir varlığa sahip değilken; sözü edilen diğer davalarda maddi bir varlığa sahip unsurun talebinin reddi söz konusudur (**Glasl, Daniel**: “Essential Facilities Doctrine in EC Anti-Trust Law: A Contribution to the Current Debate”, ECLR, V. 15/6, 1994, s. 311).

²⁸ **Goyder**, s. 346.

²⁹ **Güven, Pelin**: “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, Perşembe Konferansları, Haziran 2004, s. 17.

³⁰ **Commission Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector**, OJ 1998 C 265/2, para. 68.

³¹ **Seelen, Christopher M.**: “ The Essential Facilities Doctrine: What does it Mean to be Essential”, Marquette Law Review, V. 80, 1997, s. 1117.

³² **Opi**, s. 419; **Hovenkamp**, s. 309; **Kezsbom, Allen – Goldman, Alan V.**: “No Shortcut to Antitrust Analysis: The twisted Journey of the Essential Facilities Doctrine”, Columbia Business L. R., 1996, s. 1; **Doherty**, s. 397.

Doktrinde esaslı unsur doktrini; tekelin (Amerikan hukukunda) veya hâkim teşebbüsün (Topluluk hukukunda) kontrol altında bulundurduğu (diğer pazarda esaslılık arz eden) unsuru üçüncü kişilere ayrımcılık teşkil etmeksizin kullandırma yükümlülüğüne tabi olma koşullarını belirleyen hukuk teorisi olarak tanımlanmaktadır³³. Benzer bir tanımı Türk doktrininde **Gürzumar**'ın yaptığını görmekteyiz. Yazara göre esaslı unsur doktrini; *“tekel sahibi bir teşebbüsün münhasıran kontrolü altında tuttuğu bir varlık ya da imkanın kullanılmasının belli bir pazarda faaliyet gösterebilmek için zorunlu olduğunun kabul edilmesi halinde, söz konusu teşebbüsün bu varlık ya da imkanı başka teşebbüslere (rakiplere) de kullandırmaya hukuken zorlanabilmesinin şartlarını belirleyen bir hukuk kuramı”* dır³⁴.

Türk rekabet hukuku literatüründe yazılmış olan eserleri incelediğimizde esaslı unsur doktrininin “hâkim durumun kötüye kullanılması” başlığı altında yer aldığını görmekteyiz.

Sanlı, zorunlu kolaylıklar prensibi olarak adlandırdığı esaslı unsur doktrinini “dışlayıcı uygulamalar” üst başlığı altındaki “mal veya hizmet vermeyi reddetme” alt başlığı kapsamında incelemiştir. Bu bağlamda, zorunlu kolaylıklar prensibine göre, *“hâkim durumda bulunan teşebbüs ilgili piyasada faaliyet göstermek için zorunlu olarak elde edilmesi gereken hizmet/ürünleri haklı bir sebep olmaksızın piyasaya yeni girecek olan teşebbüslere sağlamaktan kaçındığı, diğer bir anlatımla, piyasada faaliyette bulunacak olan teşebbüse hakkaniyet açısından zorunlu görülen kolaylığı sağlamadığı takdirde hâkim durumunu kötüye kullandığı kabul edilir”*³⁵.

Aşçıoğlu Öz, esaslı/vazgeçilmez unsur kuralı olarak adlandırdığı yaklaşımı, doğrudan rekabeti bozucu nitelikte olan kötüye kullanma halleri altında yer alan “satış yapmayı reddetme” başlığı kapsamında incelemiştir. Yazara göre; esaslı/vazgeçilmez unsurlar doktrini gereğince *“hakim durumda olan bir işletme, kendisinden mal veya hizmet talep eden müşterilerin ve rakip işletmeler bakımından vazgeçilmez/esaslı unsur sayılan bir mal veya hizmet üretmesi halinde, rakip*

³³ **Sheehan, Eileen**: “Unilateral Refusals to Deal and the Role of the Essential Facility Doctrine – A US/EC Comparative Analysis -, World Competition V.22/4, 1999, s. 67.

³⁴ **Gürzumar, Osman Berat**: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s. 73.

³⁵ **Sanlı**, s. 300, dn. 198.

*işletmelerin ve müşterilerin de en az kendi işletmeleri kadar bu mal ve hizmetlerden yararlanmalarını sağlamaktan kaçınamayacaktır*³⁶.

Aslan, kötüye kullanma hallerini tasnif ederek “zorunlu unsurun verilmemesi” başlığı altında ayrı bir kötüye kullanma durumu olarak incelemiştir. Bu itibarla da hâkim durumun başka pazarlarda kötüye kullanılmasının özel bir şeklini oluşturduğunu belirtir³⁷.

Gül, esaslı unsuru temel kaynak faaliyet olarak nitelendirip ayrımcılık kapsamında değerlendirmiştir. Yazara göre, “*temel kaynak faaliyet diğer faaliyetlere kaynaklık eden faaliyettir. Bu faaliyetin temel esası diğer faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için mutlaka yararlanılmasının gerekli olmasıdır. Bu kapsamda, temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüsün, hâkim durumunu temel kaynak faaliyetin bulunduğu pazarın bitişik pazarında devam ettirmeye veya bitişik pazarına yaymaya yönelik olarak temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmesi hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır*”³⁸.

Esaslı unsur doktrinini, tekel/hâkim³⁹ teşebbüs tarafından kontrol edilen bir iktisadi varlığın aynı işlevi görebilecek alternatifinin rakip teşebbüslerce yaratılmasının mümkün veya makul olmaması; varlığın bu teşebbüsler açısından bağlantılı bir başka (alt veya ikincil) pazarda faaliyette bulunabilmek için gerekli olması durumunda, hâkim/tekel teşebbüsün söz konusu iktisadi varlığı kullandırma yükümlülüğünü ortaya çıkaran hukuki yaklaşım şeklinde ifade etmek mümkündür. Unsuru kontrol eden teşebbüsün reddi eylemi, herhangi bir objektif haklı sebebe dayanmamalıdır⁴⁰. Böyle bir davranış neticesinde, hâkim/tekel teşebbüse rakipleri ile unsurun kullanılmasına yönelik anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilebilmesi

³⁶ **Aşçıoğlu Öz, Gamze:** Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 133.

³⁷ **Aslan,** Rekabet Hukuku, s. 424.

³⁸ **Gül, İbrahim:** Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000, s. 108 vd.

³⁹ Tekel teşebbüs kavramı Amerikan hukuku uygulanmasında kullanılmaktadır. Hâkim teşebbüs kavramı ise hem Türk hem de Avrupa Topluluğu hukuku uygulamasında kullanılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda bu kavramlar genel anlatımlarda ve ortak başlıklar altında birlikte; özellikle vurgulanması gereken ve ait oldukları hukuk sistemleri altında belirtilmesi gereken yerlerde ise ayrı ayrı kullanılacaktır. Yine aynı şekilde, hâkim durumun kötüye kullanılması kavramının karşılığı olarak Amerikan hukuku uygulamasında tekelleşme kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla çalışmamızda bu kavramlar ortak başlıklar altında birlikte; ait oldukları hukuk sistemleri altında belirtilmesi gereken yerlerde ise ayrı ayrı ifade edilecektir.

⁴⁰ Red sonucunda, diğer pazarda rekabetin sınırlandırılması veya bertaraf edilmesi söz konusu olmaktadır.

koşullarını belirleyen esaslı unsur doktrini, temel hukuk kaidesi olan “sözleşme özgürlüğü” prensibine istisna teşkil etmektedir.

C. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Esaslı Unsur Doktrini

Esaslı 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 kavramdır⁴¹.

Esaslı unsur doktrini çerçevesinde değerlendirilen bazı teşebbüs davranışları, hâkim durumdaki teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirebilir. Bu durum da serbest piyasa ekonomisinin vazgeçilmezleri olarak addedilen “sözleşme özgürlüğü” ilkesi ile “mülkiyet hakkı” na müdahale niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle de anlaşma yapma yükümlülüğü getirilirken koşulların tespit edilmesinde çok dikkatli olunmalıdır. Bu konuda görev, ilgili rekabet otoritelerine düşmektedir. Esaslı unsur doktrini çerçevesinde hâkim teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesinin temel gerekçesini ifade etmek gerekirse, eğer bir unsur (iktisadi varlık) alt pazarda mal/hizmet üretebilmek için esaslılık arz etmekte ise ve bu kapsamda bir benzerinin yaratılması mümkün değil veya makul değilse hâkim teşebbüsün rakiplerine bu unsuru kullandırması yönünde özel bir sorumluluğu bulunmaktadır. Zira alt pazarda da faaliyette bulunan veya bulunmayı planlayan teşebbüsün bu pazarda meşru bir şekilde rekabet ettiğini söylememiz mümkün değildir⁴². Bu suretle unsuru kontrol eden teşebbüs alt pazardaki konumunu ya daha da güçlendirmeye çalışacak ya da hâkim durum elde etmeye çalışacaktır. Böyle bir davranış da rekabete ve sonuç olarak da tüketicilere zarar verecektir.

Sözleşmelere ilişkin olarak Borçlar Hukukumuzda egemen olan ilke “irade özgürlüğü ilkesi”nin bir yansıması olan “sözleşme özgürlüğü ilkesi”dir. Bu ilke, hukukumuzda öncelikle “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığı altında Anayasanın⁴³ 48. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükme göre; “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*”.

⁴¹ Güven, s. 3.

⁴² Kast edilen alt pazarda daha düşük fiyatla veya daha iyi ürün ve hizmetlerin sunulmasıdır.

⁴³ RG., 9.11.1983, S. 17863.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlarına uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesindeki düzenleme ile sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmektedir. Buna göre, yasada belirtilen sınırlar içinde, kişiler diledikleri bir sözleşmeyi diledikleri biçim ve kapsamda ve diledikleri kişilerle yapabilirler⁴⁴. Bu noktada esaslı unsur doktrini kapsamında değerlendirilecek davranış sonunda getirilebilecek anlaşma yapma yükümlülüğü konumuz açısından önem arz etmektedir. Yalnız bu hususa geçmeden evvel, rekabet hukuku temelinde tespit edilmiş olan “anlaşma yapma yükümlülüğü”nün özel hukuktaki karşılığının “sözleşme yapma yükümlülüğü” olduğunu ve bu doğrultuda Rekabet hukuku anlamında anlaşma kavramı ile Borçlar hukuku anlamında sözleşme kavramı arasındaki farka kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamızda esaslı unsur doktrininin uygulanması neticesinde Rekabet hukuku açısından ortaya çıkabilecek sonuçlar üzerinde durulduğu için ve uyumsuzluğun tespiti sonrası uygulanacak yaptırım anlaşma yapma yükümlülüğü olduğu için “anlaşma” kavramı tercih edilmiş ve kullanılmıştır.

Anlaşma kavramıyla genel olarak, iki veya daha fazla kişinin belirli konu veya konular üzerinde her türlü uyuşma ve mutabakatı kastedilir. Yazılı, sözlü veya sadece fiili eylemler yoluyla varılan mutabakatlar, hukuki bir sonuca yönelsin veya yönelvesin anlaşma olarak adlandırılabilir⁴⁵. Sözleşme kavramı ise gerek Anglo – Amerikan gerekse Kara Avrupası Hukukunda daha dar bir anlamı ifade etmektedir. Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir. Sözleşmenin doğurduğu sonuçlar ikiye ayrılır. Bunlar, sözleşmenin inşai sonucu ile sözleşmenin bağlayıcı sonucudur⁴⁶. Sözleşmenin inşai sonucu, tarafların beyan edilen iradelerine uygun olarak meydana gelen hukuki sonuçtur; sözleşmenin bağlayıcı sonucu ise, tarafların beyan edilen iradeleriyle ve sözleşme ile bağlanmış olmaları ve dolayısıyla içlerinden birinin tek taraflı irade beyanı ile bu sözleşmeyi ortadan kaldıramaması, irade beyanlarına uygun olarak kurulmuş olan hukuki durumla bağlı olmasıdır⁴⁷. Dolayısıyla, sözleşmeler hukuken bağlayıcı olan anlaşmaları ifade etmektedir.

⁴⁴ **Zevkliler, Aydın:** Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004, s. 34; **Reisoğlu, Safa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 111.

⁴⁵ **Sanlı,** s. 76; **Aslan,** Rekabet Hukuku, s. 126.

⁴⁶ **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s. 194; **Zevkliler,** s. 29.

⁴⁷ **Eren,** s. 194.

Doktrinde anlaşma kavramını dar yorumlayan görüşe de rastlamak mümkündür. Bu görüşe göre, anlaşma sadece hukuken geçerli olan sözleşmelerle sınırlanmalıdır. Bu bağlamda, hukuken bağlayıcı olan mutabakatları anlaşma, bağlayıcı nitelikte olmayan karşılıklı davranış kalıplarını uyumlu eylem olarak nitelendirmek gerekir⁴⁸.

Topluluk hukuku uygulamasında gerek Komisyon gerekse mahkemeler anlaşma kavramını sözleşmeyi de içine alacak şekilde ve ondan daha geniş anlamı olan bir kavram olarak anlamaktadır. Doktrinde, bu konuda verilmiş kararları da göz önünde bulundurmak suretiyle anlaşma kabul edilebilecek danişıklı ilişkilere örnek verilmektedir⁴⁹. Bu doğrultuda, zorunlu şekil şartlarına uyulmamış olması nedeniyle geçersiz olan sözleşmeler anlaşma olarak nitelendirilir. Anlaşmanın sözlü, yazılı, açık ya da örtülü yapılmış olmasının bir önemi yoktur⁵⁰. Karşılıklı mutabakatı içermese bile alıcı ile satıcı arasında standart satış koşullarının bildirilmesi, satışa son verildiğini bildiren mektup gönderilmesi hep birer anlaşma olarak kabul edilmiştir⁵¹.

Rekabet Kurulu da anlaşma kavramını geniş yorumlamaktadır. Herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın anlaşmaların tespit edildiği kararları⁵² bulunmakla birlikte taraflar arasında hukuken bağlayıcılığı olmayan; ancak rekabeti sınırlayıcı ya da ortadan kaldırıcı hükümleri ihtiva eden ilişkileri⁵³ de anlaşma kapsamında görmektedir.

Kural olarak bir kimse başka bir kimse ile sözleşme yapıp yapmamakta serbesttir. Fakat bu serbestinin de kanundan veya tarafların daha önceki taahhüdünden doğan istisnaları mevcuttur⁵⁴. İşte bu durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Konumuz açısından önemli olan ise, kanunla taraflara sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebilip getirilemeyeceğidir. Kanunlarda sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemişse Medeni

⁴⁸ **Topçuoğlu, Metin:** Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 169.

⁴⁹ **İkizler**, s. 174 vd; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 127.

⁵⁰ Tepea v. Commission, Case 28/77, ECR 1978; Hercules v. Commission, Case T-7/89, 1991ECR II-1711.

⁵¹ Bu konuda daha fazla bilgi ve kararlar için bkz., **İkizler**, s. 174 vd.

⁵² LPG – Adıyaman, RK kararı, K. Sa.: 93/750 – 159, KT.: 26.11.1998.

⁵³ Ege Çimento, RK kararı, K. Sa.: 99 - 30/276 – 166 (a), KT.: 17.6.1999.

⁵⁴ **Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 139 vd.

Kanun'un⁵⁵ 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir. Doktrinde, hukuki ya da fiili tekel konumundaki teşebbüslerin haklı sebep olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınmaları durumunda sözleşme yapma serbestisinin kötüye kullanılması söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi Medeni Kanun 2. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶. Bunun dışında, Borçlar Kanunu 41. maddesinin de sözleşme yapma zorunluluğu açısından dayanak olabileceği ifade edilmektedir⁵⁷. Buna göre, sözleşme yapmaktan kaçınılması, ahlaka aykırı bir şekilde bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme sonucunu doğurması halinde (BK m.41/II) aynen tazmin şeklinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁸.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da esaslı unsur ve bunun sonucunda getirilebilecek anlaşma yapma yükümlülüğü konuları açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte Kanun'un genel amacını, kapsamını, Rekabet Kurulu'nun yetki ve görevlerini göz önünde bulundurmak suretiyle RKK'ya dayanarak esaslı unsuru kontrol etmekte olan teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirmek mümkün olabilecektir⁵⁹.

RKK. 1. maddesinde Kanun'un amaçları arasında, hâkim teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek ve bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak sayılmaktadır. Yine, 27. maddenin a fıkrasında Kurulun görevleri arasında, Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlalinin tespiti üzerine bu ihlallerin sona erdirilmesi için gerekli tedbirleri almak sayılmaktadır.

Amerikan rekabet hukukunda "Colgate doktrini" olarak adlandırılan ilke⁶⁰, sözleşme özgürlüğü prensibine karşılık oluşturmaktadır. Bu ilkeye göre de teşebbüslerin diledikleri tarafla sözleşme yapma serbestileri bulunmaktadır. Ancak bu ilke sınırsız olarak uygulanmamaktadır; zira tekelleşme veya tekelleşmeye

⁵⁵ RG., 01.12.2001, S. 24607.

⁵⁶ Oğuzman – Öz, s. 139.

⁵⁷ Oğuzman – Öz, s.139.

⁵⁸ Gürzumar; doktrinde kabul gören ve sözleşme yapmaktan kaçınmak suretiyle karşı tarafa zarar veren kişinin bu davranışı MK m.2 ya da BK m.41/II'ye aykırılık teşkil ettiği takdirde zarar görenin BK m.43/I hükmünden yararlanarak, nakden tazmin yerine sözleşmenin yapılmasına yönelik aynen tazmin talebinin geçerli olabilmesi gereği üzerinde durmaktadır (Gürzumar, s. 69).

⁵⁹ Güven, s. 11 vd.

⁶⁰ U. S. v. Colgate & Co. 250 U. S. 300, 307 (1919).

teşebbüs hallerinin⁶¹ var olması durumunda, tek el teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Topluluk hukukunda da pazar ekonomisini benimsemiş ülkelerde temel hukuk kaidesi olarak teşebbüslerin diledikleri ile sözleşme yapma özgürlükleri bulunmaktadır. Bu durum Tartışma metninde, teşebbüslerin kimlerle ticari ilişkilerine devam etmeye veya ticari ilişki içine girmeye karar verme yetkisine sahip olduğu şeklinde ifade edilmektedir⁶². Bronner davasında savcı görüşlerini ifade ederken de, bir teşebbüsün ticari ilişkiye girmeyi isteyeceği tarafı seçme hakkının üye ülkelerin hukuklarında ve anayasal düzenlemelerinde tanındığını özellikle vurgulamıştır⁶³.

D. Esaslı Unsur Doktrini ve Pazar Gücü

Bir teşebbüsün münhasıran kontrol ettiği bir iktisadi varlığı başka bir pazarda faaliyette bulunabilmek amacıyla talepte bulunan rakiplerine kullandırmayı reddetme eyleminin Topluluk hukuku açısından ATA. m. 82, Türk hukuku açısından RKK. m.6; Amerikan hukuku açısından Sherman Kanunu İkinci Bölümü kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu teşebbüsün ilgili pazarda belirli bir pazar gücüne sahip olması gerekmektedir.

ATA m. 82 ve RKK. m. 6 ile Sherman Kanunu İkinci Bölümü arasındaki önemli fark, Avrupa Topluluğu hukuku ile Türk hukukunun hâkim durumun kötüye kullanılması haline odaklanmasına karşın, Amerikan hukukunun tekelin elde edilmesine, genişletilmesine ve muhafaza edilmesine odaklanmış olmasıdır⁶⁴.

ATA m. 82 tüketici ile müşterileri sömürmeye yönelik eylemlerle birlikte rekabet karşıtı kötüye kullanma sayılan eylemleri de yasaklamaktadır⁶⁵. Amerikan hukukunda ise mahkemeler, rakiplere yönelik dışlayıcı uygulamaları inceleme konusu yapmaktadır. Türk hukukunda RKK m. 6'daki düzenleme hem sömürüye dayanan kötüye kullanmaları hem de rekabet karşıtı kötüye kullanmaları içerecek

⁶¹ Tekelleşme ile Tekelleşmeye Teşebbüs kavramlarından ne anlaşılması gerektiği çalışmamızda yeri geldiğinde ayrı başlık altında incelenmektedir.

⁶² **Tartışma Metni**, para. 207 (**DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses**, Brussels December 2005).

⁶³ Opinion of Advocate General Jacobs, ECR I – 7791, 1998.

⁶⁴ **Gürzumar**, s. 74, dn. 11.

⁶⁵ Bu hususta ATAD bir kararında ATA m. 82'nin yalnızca tüketicilere doğrudan zarar verebilecek uygulamalara yönelik olmadığını aynı zamanda rekabet yapısı üzerinde etki doğuran davranışlar açısından da uygulama alanı bulduğunu belirtmiştir (bkz., Europemballage Corp. and Cont'l Can v. Commission, Case 6/72, ECR 1973, 215, 245).

şekilde kaleme alınmıştır. Sherman Kanunu İkinci Bölümü bir adım daha giderek “tekelleşmeye teşebbüs” sayılabilecek eylemleri de yasaklamaktadır.

Konuya esaslı unsur kavramı açısından yaklaştığımızda, bu ayırımın önemi kalmayacaktır. Zira esaslı unsur doktrini çerçevesinde incelenen davranışlar doğrudan rakiplere yönelik olarak diğer bağlantılı pazardaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması kriterine bağlıdır. Bu bağlamda “tekelleşme” veya “tekelleşmeye teşebbüs” niteliğindeki davranışlar, Avrupa Topluluğu ve Türk hukuku kapsamında “hâkim durumun kötüye kullanılması” çerçevesinde incelenecektir.

Hukuk kuralları arasındaki düzenleme ve uygulama farkından ötürü, çalışmamızda bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği, ilgili düzenlemelerin neler getirdiği ayrı başlıklar halinde incelemeye tabi tutulacaktır.

1. Tekelleşme Kavramı

Sherman Kanunu'nun “Birinci” ve “İkinci” Bölümleri Amerikan rekabet hukukunun temel taşlarını ortaya koymaktadır. Birinci Bölüm, çok taraflı eylemler⁶⁶ – ayrı, bağımsız teşebbüsler arasındaki anlaşmalar – üzerinde durmaktadır. Buna karşılık, İkinci Bölüm esas itibarıyla tek taraflı eylemler⁶⁷ – tekelleşme⁶⁸ ve tekelleşmeye teşebbüs⁶⁹ – üzerinde yoğunlaşmaktadır⁷⁰. Çalışmamız açısından da önem arz eden İkinci Bölüm olmaktadır. Bunun nedeni, esaslı unsur doktrininin uygulanmasına sebep olan rekabete aykırı davranışların çoğunlukla anlaşma ve uyumlu eylemler yolu ile değil, tek yanlı davranışlar olarak ortaya çıkmasıdır⁷¹.

Sherman Kanunu İkinci Bölümü tekel olma durumunu değil, tekelleşmeyi ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklamaktadır⁷². Bu durum zaten kanunun ifadesinden

⁶⁶ “*Multilateral activity*”.

⁶⁷ “*Unilateral actions*”.

⁶⁸ “*Monopolization*”.

⁶⁹ “*Attempt to monopolize*”.

⁷⁰ Broder, s.94; Neale, A. D. – Goyder, D. G.: The Antitrust Laws of The USA, Cambridge 1980, s. 90; Philip, Areeda – Louis, Kaplow – Aaron, Eldin: Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases, New York 2004, s. 367.

⁷¹ Gürzumar, s. 75.

⁷² “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by a fine not exceeding one hundred million dollars if a corporation, or, if any other person, one million dollars, or by imprisonment not exceeding ten years, or by both said punishments, in the discretion of the court*”.

anlaşılabilir⁷³. Bu düzenlemeye göre, eyaletler arasında ya da diğer devletlerle yapılan ticaretin herhangi bir kısmında tekelleşen veya tekelleşmeye teşebbüs eden veya gizli anlaşma yapan herkes cürüm işlemiş sayılır. Dolayısıyla tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs, ağır cürüm olarak kabul edilir. Bu doğrultuda yaptırımlar, para cezası ile birlikte hapis cezası da olabilmektedir. Eğer tekel gücü hukuka uygun olmayan yollarla elde edilmiş veya korunmuşsa bu durum, Sherman Kanunu İkinci Bölümüne göre suç oluşturacaktır. Bununla birlikte, tekel gücü meşru bir şekilde elde edilmişse tekel, bu gücünü rekabeti önlemek için kullanmamalıdır; aksi halde yine Sherman Kanunu İkinci Bölümüne göre suç oluşmuş olur⁷⁴.

Grinnel davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi, tekelleşme suçunun iki unsuru ihtiva ettiğini açıkça belirtmiştir. Buna göre; tekelleşme iddiasının, davacı tarafından ispatlanması gereken unsurları şöyle sıralanmaktadır⁷⁵:

- a. ilgili pazarda tekel gücüne sahip olmak,
- b. bu gücü hukuka uygun olmayan yollarla kasten elde etmiş olmak ve devam ettirmek

Şimdi bu unsurları sırasıyla incelemek gerekmektedir.

a. İlgili Pazarda Tekel Gücüne Sahip Olmak

Tekel gücü, tekelleşme davalarında mahkemelerin, teşebbüslerin davranışlarına farklı gözle bakıp değerlendirmelerine yol açmaktadır. Zira rekabetin olduğu bir piyasada iş yapmayı reddetme, fiyat indirimleri rekabetle uyumlu uygulamalardır. Ancak teşebbüs piyasada üstün bir pazar gücüne sahipse bu durumda mahkemeler teşebbüsün davranışlarını rekabeti tehdit edici bulabileceklerdir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi “tekel gücü”nü piyasa fiyatlarını kontrol edebilme veya rekabeti dışlayabilme gücü olarak tanımlamaktadır⁷⁶. Böyle bir güç ancak “ilgili pazar” bağlamında var olabilir. Tanımda kritik olan unsur, tekelin

⁷³ Neale – Goyder, s. 90; Frazer, Tim: Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, Sussex 1988, s. 60.

⁷⁴ Frazer, s.62.

⁷⁵ United States v. Grinnel Corp., 384 U.S. 563 (1966); Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., 504 U.S. 451 (1992).

⁷⁶ United States v. E.I du Pont de Nemours & Co., 351 U. S. 377, 391 (1956); “the power to control market prices or exclude competition”.

eylemde bulunduğu pazarı teşhis etmektir. Tekel durumu ve pazar gücü soyut kavramlar olmayıp bir pazarla ilgili olarak söz konusu olabilirler. Bu durumda doğru ürün ve coğrafi pazarın seçimi, tekel gücünün teşhisi için ilk esaslı adım olacaktır. Seçimin doğru olması ise pazarın “ilgili pazar” olması sonucunu ortaya çıkaracaktır. Amerikan Temyiz Mahkemesi bir kararında⁷⁷; tekelleşme iddiasının söz konusu olduğu hallerde mahkemenin yapması gereken incelemede ilk adımın ilgili pazarın tanımlanması olduğunu belirtmektedir. İlgili pazarın da iki ögesi vardır. İlki, bir “ürün” ki bu ürün pazarını oluşturacaktır; ikincisi “yer” ki bu da coğrafi pazarı oluşturacaktır. Kural olarak, pazar ne kadar geniş tanımlanırsa davalının tekel gücüne sahip olduğu olgusu o kadar azalacaktır⁷⁸.

Sherman Kanunu 2. Bölümü çok genel ifadelerle kanunun amacını belirtmektedir. Bu ifadelerin ne anlama geldiği ve somut olay açısından nasıl uygulanabileceği meselesi mahkemelere bırakılmıştır. Bir teşebbüsün tekelleşme suçunu işlediğini söyleyebilmemiz için teşebbüsün, ilgili pazarda hâkim durumda olması gerekir. İyi tanımlanmış bir pazarın %90’ını elinde tutan bir teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu kararlarda istikrar kazanmıştır⁷⁹. Ancak pazar payının %70’den az olması halinde mahkemeler ortada tekel gücünün olduğu konusunda karar vermekten kaçınılmaktadır⁸⁰ ve bu durumda pazar payı dışında diğer faktörleri de göz önünde bulundurmaktadırlar⁸¹. Bazı mahkemeler, teşebbüsün pazar payının %50’den az olması ve açıkça üretimi azaltmak suretiyle fiyatlarda yükselişe yol açması halinde dahi tekel gücüne sahip olamayacağını ifade etmektedirler⁸².

⁷⁷ Berkey Photo Inc. V. Eastman Kodak Co., 603 F. 2d 263 (2d Cir. 1979), cert. denied, 444 U. S. 1093 (1980).

⁷⁸ Pazar tanımı sadece Sherman Kanunu’nun İkinci Bölümü için değil ayrıca Birinci Bölüm ve Birleşmelerle ilgili olarak da gereklidir.

⁷⁹ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs. Inc., U.S. 451, 481 (1992); bu kararda Kodak’ın ürün pazarının hemen hemen %100’ünü, hizmet pazarının ise %80 ile %95 arasında değişen oranda kontrol ettiği ispat edilmiştir; United States v. Grinnel Corp., 384 U. S. 563, 571 (1966), bu kararda pazarın %87’sinin kontrol edilmesi tekel gücü açısından yeterli görülmüştür; American Tobacco Co. v. United States, 328 U. S. 781, 797 (1946); bu kararda pazarın üçte ikisinden fazlasını kontrol edebilmek yeterli görülmüştür.

⁸⁰ Bununla birlikte, Yüksek mahkemenin yargısal içtihadında her halükarda yaklaşık %70 pazar payından itibaren tekel gücünün kabul edildiği görülmektedir (U. S. v. United Shoe Machinery Corp. 347 U. S. 521, 1954; United States v. Grinnel Corp., 384 US, 563, 571, 1966; Int’l Boxing Club of NY, Inc. v. United States, 358 US, 249, 1959; Aspen Skiing Co.v. Aspen Highlands Skiing Corp., 105 S Ct 2847, 1985).

⁸¹ Bu faktörlerin neler olduğu “Hâkim Durum” kavramı altında açıklanmaktadır.

⁸² Valley Liquors v. Renield Importers, 822 F. 2d. 656 (7th Cir.), cert. denied, 484 U. S. 977, 108 S. Ct. 488 (1987); United Air Lines v. Austin Travel Corp, 867 F.2d. 737, 742 (2d. Cir. 1989).

b. Tekel Gücünü Hukuka Uygun Olmayan Yollarla Kasten Elde Etmiş Olmak ve Devam Ettirmek

Tekelleşme iddiasının sabit olabilmesi için, tekel konumundaki teşebbüsün ilgili pazarda tekel gücüne sahip olduğunun ispat edilmesi yeterli değildir. Bugün tekelleşme suçundan bahsedebilmek için tekel gücüyle birlikte rekabete aykırı davranışın da söz konusu olması gerekmektedir.

Sherman Kanunu, üstün yeteneği ve akli sayesinde ilgili olduğu alanda tekel olan teşebbüsü cezalandırmaz. Bu tür bir tekel ve tekel kârı ekonomik gelişim için önem arz etmektedir. Teşebbüsler ekonomik olarak karşılığını alabilme beklentisinde olduğu için yenilik (innovation) yapma girişiminde bulunurlar. Yüksek kâr diğer üreticileri pazara çekecek, bu üreticiler üretimi arttıracak ve fiyatlar rekabet edici düzeye gelecektir.

Tekelleşme iddiasında bulunan aynı zamanda tekel gücünün kasten, haksız olarak veya yıkıcı yollarla elde edildiğini veya devam ettirildiğini veya gücün kötüye kullanıldığını⁸³ ispat etmelidir. Bununla birlikte çoğu mahkeme, hâkim **Hand**'le⁸⁴ aynı fikirde olarak, hiçbir tekelin yaptığının bilincinde olmadan davranışta bulunamayacağını belirterek dışlayıcı uygulamalarda bulunurken ayrı bir kastın varlığının aranmasının gerekli olmadığını belirtmektedir⁸⁵. Böylelikle davranışın ortaya konulmasıyla birlikte kastın da ortaya çıktığını söylemek mümkün olacaktır. Ancak gerek Grinnel gerekse Aspen kararlarında Yüksek mahkeme, tekelleşme suçunun işlenebilmesi için “kastın” da aranması gerektiğini belirtmektedir.

Bu unsur, tekelleşmeyle başarılı bir rekabet arasındaki dengeyi kurmaya ilişkindir. Grinnel kararında Yüksek mahkeme açık bir şekilde, bir teşebbüsün kasten pazar gücünü elde etme ve devam ettirme durumu ile daha üstün bir ürün, ticari düşünme yeteneği veya tarihi rastlantı sonucu büyüme veya gelişmesi durumunu birbirinden ayırd etmiştir⁸⁶. Rekabet yasaları, tekel olma gücünü etkin ticari uygulamalar veya şans ile elde etmiş bir teşebbüsü cezalandırmayı amaçlamamaktadır. Dolayısıyla, bu gücün elde edilmesi ya da korunması amacıyla

⁸³ “*unfair or predatory means or that it abused that power*”.

⁸⁴ United States v. Aluminum Co. of Am., 148 F. 2d. 416, 431 (2nd Cir. 1945).

⁸⁵ **Hovenkamp**, s. 280.

⁸⁶ “*The offense of monopoly under section 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.*”

yapılmış davranışlar, farklı, daha üstün bir ürün veya ticari zekânın gerektirdiği davranışlar dışındaki davranışlarsa bunlar yasaklanacaktır⁸⁷.

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.⁸⁸ davasında Yüksek Mahkeme; davalı teşebbüsün kastının, ilgili davranışının dışlayıcı veya rekabete aykırı⁸⁹ olup olmamasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. Davranışın yıkıcı veya dışlayıcı olduğunun söylenebilmesi içinse, etkisinin sadece davacı açısından değil aynı zamanda tüketiciler açısından da incelenerek ortaya çıkabileceğini ve bununla birlikte gerekli olmayacak bir tarzda rekabetin sınırlanmasına neden olup olmadığına bakılması hususunun da göz önünde bulunmasına işaret etmiştir. Mahkemeler, bu tür bir davranışı objektif haklı gerekçeden yoksun olarak nitelendirmektedir⁹⁰. Kanımızca, dışlayıcı uygulamalar tekel konumundaki teşebbüsün potansiyel rakiplerinin pazara girmesini engelleyen veya rakiplerinin üretimlerini arttırmasını engelleyici davranışlardır. Bu davranışların amacı ise, Aspen kararında Yüksek mahkemenin belirttiği üzere, tüketicileri daha iyi ürün veya hizmetten yararlandırmamaktadır⁹¹. Bu noktada konumuz açısından önemli olan husus ise “esaslı unsur doktrini” nin uygulanmasını gerektiren davranışların dışlayıcı uygulamalar arasına girmesidir.

2. Tekelleşmeye Teşebbüs Kavramı

Tekelleşmeye teşebbüs halinde, davacı teşebbüsün davalının tekel gücüne sahip olduğunu ispatlaması gerekli değildir; zira bu suçta önemli olan tekel gücü aşmasına gelememiş ve bu yüzden tekel suçu ile itham edilemeyecek teşebbüs davranışlarını cezalandırmaktır⁹²; ancak davacının ispatlaması gereken üç unsur bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla; davalının tekel olabilme amacıyla özel kasta sahip olması, bu niyeti gösteren davranışı ve tekel gücünü elde edebileceğini gösteren tehlikeli olasılıktan oluşmaktadır.

⁸⁷ **Aslan**, Amerikan Rekabet Hukuku, s. 77.

⁸⁸ 472 U. S. 585 (1985).

⁸⁹ “*exclusionary or anticompetitive*”.

⁹⁰ Aspen, 472 U. S. 597 (1985).

⁹¹ 472 U. S. 597 (1985).

⁹² **Wentz, Douglas E.**: “Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics”, 90 Dick. L. Rev., 1985 – 1986, s. 279.

Mahkemeler, bu suçun oluşabilmesi için yukarıda saydığımız üç unsurun gerçekleşmesini kabul etmektedirler⁹³. Yüksek mahkeme de bu durumu kararlarında açık bir şekilde onaylamaktadır⁹⁴. Teşebbüsün tekelleşme amacıyla özel kasta sahip olması, rakiplerini dışlayıcı davranışlarından ortaya çıkmaktadır.

Teşebbüsün tekelleşmeyi başarabileceğini gösteren tehlikeli olasılığın olup olmadığı ancak ilgili pazar payının ve pazar yapısının incelenmesi sonucu ortaya konabilir. Böyle bir olasılığın varlığını ispat davacıya ait olacaktır⁹⁵. Buradaki pazar incelemesi tekel suçundaki incelemeyle büyük benzerlik göstermektedir. Mahkemeler, teşebbüs davalarında ilgili ürün ve coğrafi pazarın tanımını ve davalının pazar payının tespitini yapmaktadır⁹⁶. Elbette ki tekelleşmeye teşebbüs halinde, teşebbüsün pazar payının oranı tekelleşmedeki oran kadar olamayacaktır. Teşebbüs davaları açısından Dördüncü Bölge Temyiz Mahkemesince belirlenen ve benimsenen pazar paylarını şu şekilde göstermemiz mümkündür; % 30'dan az pazar payına ilişkin iddialar reddedilmelidir⁹⁷. % 30 ile % 50 arasındaki iddialar genellikle reddedilmelidir; ancak teşebbüsün tekel gücü elde etmesi kuvvetle muhtemelse bu durumda kabul edilmelidir. % 50'nin üzerindeki oranlar açısından ise diğer koşulları da bulunmak suretiyle tekelleşmeye teşebbüs suçu oluşmuş olmaktadır⁹⁸. Bu oranlar, çoğu mahkemece tekelleşmeye teşebbüs suçunun tespiti açısından kullanılmaktadır⁹⁹.

Kanımızca bir teşebbüse tekelleşmeye teşebbüs suçu iddiasında bulunabilmek için o teşebbüsün pazarda belli bir paya sahip olması ve yaptığı dışlayıcı uygulamayla da pazar yapısını ve dolayısıyla da rekabet edilebilirlik koşullarını etkilemesi gereklidir. Çünkü bu suç, tekelleşmeye yol açabilecek davranışları önlemeye yönelik olarak kanunda yer almaktadır.

⁹³ HJ v. IT & T Corp., 867 F.2d 1531, 1541-1543 (8th Cir.); William Inglis v. ITT Continental Baking Co., 668 F.2d 1014, 1027 (9th Cir.), cert. denied, 459 US 825, 103 S.Ct. 57 (1982).

⁹⁴ Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U. S. 447 (1993).

⁹⁵ **Wentz**, s. 279; **Hovenkamp**, s. 287.

⁹⁶ Yoder Bros., Inc. v. Cal. - Florida Plant Corp., 537 F. 2d. 1347, 1368 (5th Cir. 1976); American Bearing Co., Inc. v. Litton Indus., 729 F. 2d. 943, 949 (3d. Cir. 1984).

⁹⁷ Bununla birlikte, bir kararda, %24'lük bir pazar payı tekelleşmeye teşebbüs suçu için yeterli görülmüştür (Twin City Sportsservice, Inc. v. Charles O. Finley& Co., 676 F.2d 1291,1298 (9th Cir. 1982)..

⁹⁸ M & M Medical Supplies and Service v. Pleasant Valley Hospital, 981 F. 2d. 160, 168 (4th. Cir. 1992).

⁹⁹ Doktrinde de, davalının teşebbüs suçundaki pazar payı oranının tekelleşme suçundaki gibi olmasının beklenemeyeceği haklı olarak ifade edilmektedir.%50'yi aşan bir pazar payı tekelleşme olasılığını göstermesi açısından yeterli görülmektedir. Bununla birlikte %20'nin altında bir oranın ise teşebbüs suçunu oluşturması açısından imkânsız görülmektedir (**Wentz**, s. 280).

Doktrinde, esaslı unsurla ilgili davalarda değerlendirmelerde bulunurken geleneksel olarak Sherman Kanunu İkinci Bölümü çerçevesinde incelemenin – tekel gücü ve tekelleşme kastına odaklanarak – uygun olduğu ancak yeterli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, mahkemelerin aynı zamanda tekelin anlaşma yapmayı reddetmesi çerçevesinde oluşan ekonomik etkileri de göz önünde bulundurması gereği üzerinde durulmaktadır¹⁰⁰. Ayrıca esaslı unsur doktrinin olayda uygulanabilmesi için bir öneri sunulmaktadır. Buna göre, öncelikle geleneksel olarak tekelleşmeyi saptarken yapıldığı gibi, davalının pazar gücü tespit edilmelidir. Tekel gücü saptandıktan sonra tekelin anlaşma yapmayı reddetmesinin etkisi üzerinde durulmalıdır¹⁰¹; bu inceleme yapılırken de davacının kullanmasının engellendiği ilgili unsurun “esaslı” olup olmadığına dikkat edilmelidir. Esaslı unsur doktrini kapsamında değerlendirilecek davranış, tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs suçları kapsamında değerlendirilebilecektir¹⁰². Dolayısıyla tekel tarafından anlaşmayı reddetme hali, tekel gücünü elde etme, sürdürme veya genişletme (yayma) amacıyla yapıldığı takdirde rekabet sorumluluğu doğacaktır. Tabii ki bu durumlar doktrinin uygulanması için gereken koşullarla birlikte gerçekleştiği takdirde, ortada “esaslı unsur” iddiasında bulunmamak için herhangi bir sebep kalmayacaktır.

Sistemli olarak gözlemlendiğinde, Amerikan rekabet hukukunda belli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin ne zaman rakiplerine karşı sözleşme yapma serbestilerinin sınırlandırılabilir olduğu sorusu göz önünde bulundurulur. Bunun için de U. S. v. Colgate & Co. davasına gönderme yapılır¹⁰³. Bu doğrultuda esaslı unsur doktrininin kullanım alanının değerlendirilebilmesi için Sherman Kanunu İkinci Bölümü yoluyla sözleşme yapma özgürlüğünün çizilmiş olan sınırlarının ifade

¹⁰⁰ Troy, s. 445.

¹⁰¹ Bu noktada Troy, geleneksel analizde aranan tekel kastı unsuruna yer vermemiştir. Bunun yerine tekelin anlaşma yapmayı reddetmesinin etkisi üzerinde durmuştur.

¹⁰² Pitofsky, Robert – Patterson, Donna – Hooks, Jonathan: “The Essential Facilities Doctrine Under U. S. Antitrust Law”, Antitrust Law Journal, V. 70, 2002, s. 447; Lipsky – Sidak, “esaslı unsur” tabirinin bünyesinde bu unsura sahip olanın tekel gücüne de sahip olduğu varsayımının yer aldığını belirtir. Ayrıca yazarlar, unsura sahip olanın tekel gücüne sahip olmaması durumunda doktrinin uygulanmasının uygun olmayacağını; çünkü tekel gücü olmadığı takdirde rekabet kurallarının ve müeyyidelerinin uygulanması için ortada herhangi bir temel bulunmadığını ilave etmektedirler. (bkz, Lipsky Jr., Abbot B. – Sidak, J. Gregory, “Essential Facilities”, Stan. L. Rev., V. 51, 1999, s.1212); bunun dışında Kezsbom – Goldman, esaslı unsur doktrininin “tekelleşmeye teşebbüs” davalarında özel kastın ispatlanmasını ve tekelleşme davalarında ispatlanması gereken unsurları ortadan kaldırmadığını belirtmektedirler (bkz., Kezsbom – Goldman, s. 21).

¹⁰³ U. S. v. Colgate & Co. 250 U. S. 300, 307 (1919). Bu davada ifade edilen görüş uyarınca, anlaşma yapmayı reddetme, tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs amacıyla yapıldığı takdirde rekabet ihlali söz konusu olmaktadır.

edilmesi gerekmektedir. Bunlar, kast veya niyet testi¹⁰⁴, bir pazardaki tekel gücünün başka bir pazardaki rekabet avantajını elde etme amacıyla kullanılması testi¹⁰⁵ ve esaslı unsur doktrini¹⁰⁶ olarak gösterilir¹⁰⁷. Bu yaklaşımlar aracılığı ile sözleşme özgürlüğünün istisnaları ortaya konmaktadır.

Tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetme halleri Amerikan hukukunda genellikle Sherman Kanunu İkinci Bölümünü ihlal edici davranışlar olarak değerlendirilmektedir. Bunun nedeni de, bu tür davranışların belli bir pazarı tekelleştirme kastıyla ortaya çıkmış olmalarındandır¹⁰⁸. Kanunun İkinci Bölümü uyarınca tek taraflı anlaşma yapmayı reddetme hallerinin değerlendirilmesi için niyet / kast teorisi U. S. v. Colgate & Co. davasında sözü edilmiş olan tekel yaratma veya muhafaza durumunda muhatapla sözleşme yapma serbestisinin uygulanamayacağı prensibine dayanır¹⁰⁹. Rekabete aykırı niyet / kast teorisini içeren ilk dava Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.¹¹⁰ davasıdır. Bu davada – olaya konu olan pek çok davranış olmakla birlikte – bunların arasında en önemli olanı Kodak'ın birkaç satıcı konumundaki teşebbüsü iktisap etmek suretiyle perakende alanına entegre olmaya çalışmasıdır. Bununla birlikte Kodak, Southern Photo adlı teşebbüsü iktisap edememiştir. Bunun üzerine Kodak, Southern Photo'ya fotoğrafçılıkla ilgili mal ve hizmetleri ancak perakende fiyat üzerinden olmak kaydıyla satmayı önermiş aksi halde ilgili mal ve hizmetleri satmayacağını belirtmiştir. Yüksek mahkeme kararında Kodak'ın tekelleştirme kastıyla hareket ettiğini ifade edip Southern Photo lehine karar vermiştir¹¹¹.

¹⁰⁴ “*Intent Test*”.

¹⁰⁵ “*Monopoly Leveraging Test*”; rekabet avantajı elde etme dışında bir pazardaki tekel gücün diğer pazarda tekelleştirme veya tekelleştirme teşebbüsü için kullanılması da bu teste dâhildir.

¹⁰⁶ “*Essential Facility Doctrine*”.

¹⁰⁷ **Bartl, Ulrich**: Immaterialgüterrechtliche Marktzutrittsschranken im System des Art. 82 E.G., Baden – Baden 2005, s. 139. **Schommer**, esaslı unsur doktrini kapsamına giren davranış kalıplarını tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetme hallerinden sayarak Colgate doktrininin istisnası şeklinde ifade etmektedir (bkz., **Schommer**, s. 31); **Glazer – Lipsky**, bu yaklaşımları, alt derece mahkemelerinin tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetme hallerini incelerken yaptığı ayırım yoluyla ortaya koymuştur. (**Glazer, Kenneth L. – Lipsky, Abbot B. Jr.**: “Unilateral Refusals to Deal under Section 2 of the Sherman Act”, *Antitrust L. J.*, V. 63, 1995, s. 753).

¹⁰⁸ **Werden, Gregory J.**: “The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine”, *Saint Louis University Law Journal*, V. 32, No. 2, 1987, s. 438; **Ulrich**, s. 139.

¹⁰⁹ **Bartl**, s. 139; **Glazer – Lipsky**, s. 754.

¹¹⁰ 273 U. S. 359 (1927).

¹¹¹ Fakat daha sonra verilen kararlara bakıldığında mahkemeler, sadece sübjektif sebep veya sözlü olarak amacın dile getirildiği ifadelerle bakmaktansa, niyet ve anlaşma yapmayı reddetmenin etkilerine odaklanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, anlaşma yapmaktan kaçınmanın Sherman Kanunu İkinci Bölümü'nü ihlal etmesi için tekelleştirme kastı yeterli olmayıp ayrıca bu

Yüksek mahkemenin kast teorisini ilgilendiren diğer bir davası da Lorain Journal Co. v. United States¹¹² davasıdır. Mahkeme, Lorain Journal gazetesinin davranışının¹¹³ radyo istasyonunu yok etmeye yönelik olduğuna karar vererek gazetenin ilan alanında vazgeçilmez bir medya aracı olduğunu da kararına eklemiştir¹¹⁴. Mahkeme Colgate doktrini ile birlikte kast testi arasındaki ilişkiye değinerek tek taraflı anlaşma yapmayı reddetme hallerinin ancak kasten tekel gücünü elde etme veya sürdürme amacıyla birlikte olmadığı takdirde hukuka uygun olduğunu; aksi halde yani böyle bir amaçla birlikte tek taraflı anlaşma yapmayı reddetme durumunda ortada hukuka aykırılığın söz konusu olduğunu belirtmiştir¹¹⁵.

Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.¹¹⁶ davasında, mahkeme Lorain Journal kararına atıf yaparak olaydaki davranışın Sherman Kanunu İkinci Bölümünü ihlal ettiğini çünkü üç yamacın sahibinin anti rekabetçi bir amacı olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁷. Bu kararda da Yüksek mahkeme, tekelleşme suçu ile ilgili davalarda niyetin, iddia edilen davranışın dışlayıcı veya rekabete aykırı olup olmamasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

Bir pazarda sahip olunan tekel gücünün başka bir pazardaki rekabet avantajını elde etmek için kullanılması testi, Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.¹¹⁹ davasında kullanılmıştır. Bu davada mahkeme, haklı ticari gerekçenin olmaması durumunda, bir pazarda tekel gücüne sahip olan teşebbüsün kontrol ettiği mal veya hizmetlere başka bir pazarda rekabet edebilmek için ihtiyaç duyan rakiplere tedarik etmeyi reddetmesinin rekabete aykırı olduğuna hükmetmiştir.

davranışın objektif olarak da rekabeti sınırlama etkisine sahip olması gerekmektedir (**Gürzumar**, s. 76, dn. 22). Bu durumun ifade edilmiş şeklini Onuncu Bölge Temyiz mahkemesinin Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc. kararında görmekteyiz (957 F 2d 765 (10th Cir.), cert. denied, 113 S. Ct. 490 (1992). Mahkeme, bir tekelin anlaşma yapmayı reddetmesinin hukuka uygun olup olmadığını tespit ederken ikili bir test uyguladığını belirtmiştir. Öncelikle, tekelin davranışının etkilerine baktığını, ikinci olarak da bunun sebebine baktığını ifade etmiştir. Olayda anlaşma yapmayı reddetmenin herhangi bir rekabete aykırı etkisi olmadığından ötürü incelemesinin ikinci kısmına geçmeye gerek duymamıştır (bu konuda bkz., **Glazer- Lipsky**, s. 755).

¹¹² 342 U. S. 143 (1951).

¹¹³ Dava konusu olayda, yerel gazete müşterilerinin ilan taleplerini o bölgedeki radyo istasyonunda ilan ve reklâm vermemesi koşuluyla kabul etmektedir.

¹¹⁴ 342 U. S. 148 -149 (1951).

¹¹⁵ 342 U. S. 155 (1951).

¹¹⁶ 472 U. S. 585 (1985).

¹¹⁷ Aspen davasında, Aspen Skiing ve Aspen Highlands uzun zamandan beri müşterilerine her ikisine ait kayak tepelerinde geçerli olmak üzere bir bilet sistemi uygulamaktadır. Tek biletle müşteriler tüm tepelerdeki aktivitelerden yararlanabilmekteydiler. Büyük rakip olan ve üç tepenin kontrolünü elinde bulunduran Aspen Skiing, bu işbirliğinden çekilmiştir.

¹¹⁸ 472 U. S. 602.

¹¹⁹ Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak, Co., F2d. 263, 275 (2nd Cir. 1979).

Son olarak da esaslı unsur doktrini, Colgate doktrininin üçüncü istisnası olarak kabul edilmektedir¹²⁰. Bizim de savunduğumuz görüşe göre esaslı unsur doktrini kapsamında değerlendirilebilecek davranış, bir pazarda sahip olunan tekelin diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanılması çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Bu tespiti bir kısım mahkemeler de yapmaktadır¹²¹. Böylelikle esaslı unsur doktrininin işlevselliğinin söz konusu olduğu hallerde koşulları gerçekleşmişse tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs suçlarının varlığından da şüphe etmemek gerekecektir.

Ayrıca, Amerikan yargı kararlarında belirtilen tekel gücünün bir başka pazarda kullanılması testi, tekel gücünün başka pazarda kasten elde edilmesi ve sürdürülmesinden farklı bir anlam taşımamaktadır. Bununla birlikte kanımızca bu test, tekelleşmeye teşebbüs hallerini de içermektedir. Sonuç itibarıyla mahkemelerin önlerine gelen davalarda yapmaları gereken esaslı unsur doktrini kapsamına giren davranışların, tekelleşme veyahut tekelleşmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığını tespit etmektir.

3. Hâkim Durum Kavramı

1957 yılında Roma'da, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma imzalanmıştır. Aynı zamanda Roma Antlaşması diye anılan bu antlaşma ile Avrupa'nın önemli ülkeleri arasında, hem Gümrük Birliği gerçekleştirilmiş hem de ekonomik bütünleşme sağlamıştır. 1992 yılında Maastricht'te "Avrupa Birliği Hakkında Antlaşma" imzalanmıştır. Bu antlaşma, Avrupa Birliği'ni kurmuştur. Aynı zamanda, Roma Antlaşmasının adını Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma şeklinde değiştirmiştir. Daha sonra 1997 yılında Amsterdam Antlaşması imzalanarak hem Avrupa Birliği Hakkında Antlaşma'nın hem de Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşmanın maddeleri yeniden numaralandırılmış ve yeni hükümler eklenmiştir¹²².

Avrupa Topluluğu'nu Kuran Antlaşma'nın 81 ile 88. maddeleri rekabet kurallarını düzenlemektedir. Bu maddelerden konumuz açısından önemli olanı Antlaşma'nın 82. maddesidir. Bu maddede hâkim durumdaki bir teşebbüsün bu durumunu kötüye kullanması yasaklanmaktadır. Bu doğrultuda gerek Komisyon

¹²⁰ Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F. 2d 1509 (10th Cir. 1984)

¹²¹ Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc. 948 F 2d. 536 (10th Cir. 1991).

¹²² **Tekinalp, Ünal:** (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, s. 8-15; **Facey, Brian – Assaf, Dany:** "Monopolization and Abuse of Dominance In Canada, The United States and The European Union: A Survey", Antitrust L. J., V. 70, 2002, s. 525.

gerekse Adalet Divanı hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız olarak hareket edebilme kabiliyeti üzerinde odaklanmaktadır. Komisyon, Continental Can davasında pazar gücünü “bağımsız olarak hareket edebilme” ve “fiyat üzerindeki kontrol gücü” çerçevesinde tanımlamıştır. Buna göre, teşebbüsler rakipleri, satıcıları ve sağlayıcıları dikkate almaksızın bağımsız olarak davranabilme gücüne sahipse, bu onların hâkim durumda olduklarını gösterir. Bu durumda teşebbüsler, söz konusu ürünlerin önemli bir kısmının üretimi veya dağıtımını üzerinde kontrol veyahut fiyatları belirleyebilme gücüne sahiptir¹²³.

Esaslı unsur doktrininin uygulama alanı ATA m. 82 çerçevesinde gelişme gösterdiğinden çalışmamızda değerlendirmemiz özellikle bu madde bağlamında olacaktır. Yalnız yeri geldikçe gerek Komisyon gerekse Adalet Divanı tarafından, doktrininin başka maddeler – özellikle 81. madde – kapsamında değerlendirme konusu yapıp yapılmadığı incelenecektir.

Serbest rekabet düzeni sağlamak ATA'nın temel hedefleri arasında görülmektedir. Bu doğrultuda Antlaşmanın 4. maddesine göre, üye devletlerin ve Topluluğun faaliyetlerinin serbest rekabete dayalı açık pazar ekonomisi ilkesine saygı uyarınca sürdürülmelidir. Yine benzer ilke, Antlaşmanın 98. maddesinde de ifade edilmektedir. Bu düzenlemeye göre, üye devletler ve Topluluk rekabetin serbest olduğu, kaynakların etkin kullanımının desteklendiği açık pazar ekonomisi ilkesine uygun hareket ederler.

Adalet Divanının da hâkim duruma ilişkin olarak tanımda bulunduğunu mahkemenin United Brands kararında görmekteyiz¹²⁴. Bu karara göre, hâkim durum; ilgili pazarda teşebbüsün rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerinden bağımsız olarak davranmak suretiyle mevcut etkin rekabeti¹²⁵ önleyebilmeyi sağlayan ekonomik gücünü ifade etmektedir.

Türk hukukunda hâkim durum kavramı RKK. m. 3'te tanımlanmıştır. Bu hükme göre hâkim durum; “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün,

¹²³ Re Continental Can Co. Inc., OJ 1972 L7/25.

¹²⁴ Case 27/76, United Brands Co. and United Brands Continental BV v. Commission, ECR 1978, 207.

¹²⁵ Etkin rekabet, piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin mevcut veya potansiyel rakiplerinden ve müşterilerinden gelen makul derecedeki rekabet baskısına tâbi olarak faaliyette bulunabilmeleridir (bkz. **Whish**, s. 16).

rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebile gücü” nü ifade etmektedir. Bu tanım ATAD’ın tanımlamasını bir anlamda açmaktadır. ATAD’ın tanımında yer alan “rekabeti önleme gücü” yerine “ekonometrik parametreleri belirleyebilme gücü” denilmektedir. Böylelikle rekabeti önlemede kullanılacak araçlar sayılmıştır. Bununla birlikte doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi bu tanım teşebbüsün kendisine mal verenlerden yani sağlayıcılardan bağımsızlığını vurgulamamıştır¹²⁶.

a. İlgili Pazarın Tanımlanması

Hâkim durumun tespitinde ilk aşama, ilgili pazarın tarifini yapmaktır. İkinci olarak, hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün ilgili pazardaki konumunu – fiyatları arttırabilme veya üretimi kısıtlayabilme yeteneği – tespit etmektir. Bu iki aşama ATA’nın 82. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için hayati önemi haizdir¹²⁷.

Topluluk mahkemeleri istikrarlı bir şekilde ilgili pazarın tanımının hâkim durumun tespitinde ön koşul olduğunu belirtmektedir¹²⁸. Pazar tanımı, iddia edilen kötüye kullanımın mevcut veya muhtemel etkilerinin tespit edilmesinde de kilit bir role sahiptir¹²⁹. Hâkim durumun kötüye kullanılması, hâkim durumdaki teşebbüsün bulunduğu pazarda etkiye sahip olabileceği gibi onunla bağlantılı başka bir pazarda da etkiye sahip olabilir. Bunun için her iki pazarın da doğru bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Pazar ne kadar geniş tanımlanırsa, hâkim durumun tespit edilmesi imkânı o kadar az olacaktır ve etkin rekabeti tehdit eden tek taraflı davranışın incelemeye tabi tutulmaması sonucunu doğuracaktır. Eğer pazar çok dar tanımlanırsa, hâkim durumun tespiti daha muhtemel olacaktır ve teşebbüse haklı görülmeyecek derecede yükümlülüklerin yüklenmesine neden olacaktır¹³⁰.

İlgili pazar tipik olarak ürün ve coğrafi boyutuyla tanımlanmaktadır. Ürün boyutuyla ilgili olarak ilgili pazar, müşterilerin ihtiyaçlarını karşılayan ve birbirleriyle rekabet halinde olan ürünleri kapsamaktadır. Komisyonun ilgili pazarların tanımıyla

¹²⁶ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 373.

¹²⁷ **Jones – Sufrin**, s.260, 261; **O’Donoghue – Padilla**, s.63; **Stothers, Christopher**: “Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union”, ECLR, V. 22/7, 2001, s. 256.

¹²⁸ Case 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can v.Commission, ECR 1973, 215; United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission, ECR 1978, 207; British Airways plc v. Commission, ECR 2003, II-5917.

¹²⁹ **O’Donoghue - Padilla**, s. 64.

¹³⁰ **Jones – Sufrin**, s. 262; **O’Donoghue - Padilla**, s. 64.

ilgili Bildirisinde¹³¹, ilgili pazar ürünlerin özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçlarına bağlı olarak tüketici tarafından değiştirilebilir veya ikame edilebilir ürün ve/veya hizmetleri kapsamaktadır.

İlgili coğrafi pazar, rekabet koşullarının yeteri derecede homojen olduğu bir alanı ifade etmektedir. farklı bölgeler arasındaki rekabet koşullarının homojenlik derecesine bağlı olarak ilgili pazar, global bir özellik gösterebileceği gibi bölgesel, ülkesel ve hatta ülkenin bir kısmına yönelik olabileceği gibi nadir de olsa coğrafi bölgedeki bir unsurla – bir liman - da sınırlandırılabilir.

aa. İlgili Ürün Pazarı

Ürün pazarının tespiti için kullanılacak anahtar kavram “ikame edilebilirlik”¹³² veya “değiştirilebilirlik” tir¹³³. Ürün pazarı, alıcıların ilgili ürün veya hizmetin yerine makul olarak ikame edebileceği tüm ürünleri ihtiva eder. Bu durum, - alıcılar açısından ikame edilebilirlik – talep ikamesi¹³⁴ kavramını ortaya çıkarmaktadır. Eğer iki ürün arasında yüksek derecede ikame edilebilirlik muhtemelse bu durumda ürünler aynı pazarın parçası olarak kabul edilecektir.

Türk hukukunda, ilgili ürün pazarı RKK.'da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte 2002/2 sayılı “Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”nin¹³⁵ 3/(c) bendinde tanım görmemiz mümkündür. Buna göre ürün pazarı, “*anlaşma konusu mal veya hizmetler ile alıcı açısından ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından bunlarla değiştirilebilir ya da bunları ikame edebilir kabul edilen mal veya hizmetleri kapsar*”. Benzer bir tanıma 1997/1 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alması Gereken Birleşme ve Devirler Hakkında Tebliğ”in¹³⁶ 4/son fıkrasında da rastlamak mümkündür.

Talep ikamesini tespit edebilmek için kullanılacak bir yol, “talebin çapraz elastikiyetini” incelemektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, talebin çapraz elastikiyeti “bir ürünün satışının diğer ürünün fiyat değişimine karşı vereceği cevap” olarak

¹³¹ **İlgili Pazarın Tanımına İlişkin Komisyon Bildirisi**, OJ 1997 C 372/5, para. 7.

¹³² “*Substitutability*”.

¹³³ “*Interchangeability*”.

¹³⁴ “*demand side substitutability*”.

¹³⁵ RG., 14.07.2002, S. 24815.

¹³⁶ RG., 12.08.1997, S. 23078.

tanımlamaktadır¹³⁷. Eğer söz konusu olan ürünün fiyatındaki ufak bir değişiklik alıcıların diğer ürünlere yönelmesine yol açıyorsa, talep oldukça esnek ve ürünler ikame edilebilir sayılıp aynı ürün pazarından kabul edilecektir. Örneğin, kahvenin fiyatındaki ufak bir değişiklik çayın talebinde esaslı bir yükselmeye yol açıyorsa bu durumda iki ürünün aynı pazarda rekabet eden mallar olduğunu söylememiz mümkün olacaktır. Tam tersine; eğer alıcılar söz konusu ürünün fiyatındaki aşırı yükselme halinde dahi tercihlerinde değişikliğe gitmiyorlarsa o ürün için talep esnek kabul edilmeyecek ve ürün başlı başına “ilgili ürün pazarı” nı oluşturacaktır¹³⁸.

Mahkemeler, ilgili ürün pazarını tespit ederken talep ikamesine eşdeğer etkisi olduğu durumlarda arz ikamesini de pazar tanımlamasında hesaba katabilir¹³⁹. Arz ikamesi, diğer sağlayıcıların (aktüel veya potansiyel) ilgili ürünün fiyat yükselmesine cevaben üretim kapasitelerini değiştirebilip değiştiremeyeceklerini inceler. Topluluk hukukunda, Komisyon ile Adalet Divanı uygulamalarında değerlendirmelerinde talep ikamesi yanında arz ikamesine de başvurmaktadır.

Bildiride, sağlayıcıların fiyatlandırmaya ilişkin kararlarında talep ikamesinin etkin ve disipline edici bir güç oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴⁰. Talep ikamesi tüketicilerin tercihine bağlı olmaktadır. Ürünlerin benzer fiziki niteliklere sahip olması genellikle önem arz etmemektedir. Şöyle ki; tüketicilerin nazarında farklı fiziki niteliklere sahip ürünler birbiri açısından ikame edilebilir görülebileceği gibi; aksine tüketiciler benzer niteliklere sahip olan ürünleri ikame edilebilir olarak görmeyebilir¹⁴¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ikame edilebilir olarak görülen ürünlerin, aynı ilgili pazarın bir kısmını oluşturması gereğidir. Talep yönünden yapılan değerlendirmelerde, çapraz fiyat elastikiyeti ölçütü rol oynayabilmekte, bununla birlikte ürünün fiziki nitelikleri, kullanım amacı ve diğer faktörler de etken olabilmektedir. Örneğin United Brands davasında Adalet Divanı, muz ile diğer meyveler arasında tat, görünüm, yumuşaklık, çekirdeksizlik gibi nedenlerden ötürü ikame edilebilirliğin bulunmadığını belirtmiştir¹⁴².

¹³⁷ Brown Shoe, 370 U. S. (1962); E. I. Du Pont de Nemours, 351 U. S. (1956); “*the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other.*”

¹³⁸ Broder, s.95 – 96.

¹³⁹ “*supply – side substitutability*”.

¹⁴⁰ Pazarın Tanımına İlişkin Bildiri, para.13.

¹⁴¹ O’Donoghue - Padilla, s. 69; Vajda, Christopher: “Article 86 and a Refusal to Supply”, ECLR, 1981, s. 98.

¹⁴² United Brands & Co and United Brands Continental BV v. Commission, ECR 1978, 207.

Türk hukukunda İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz¹⁴³ iki ürünün talep yönünden ikame olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınacak kriterleri belirlemiştir. Buna göre kriterler; yakın geçmişte ürünlerin birbirini ikame ettiğine ilişkin bulgular, özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler¹⁴⁴, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, tüketici tercihleri, talebin potansiyel ikame ürünlerine kaydırılmasıyla ilgili maliyet ve engeller ile değişik müşteri kategorileri ve fiyat ayırmacılığından oluşmaktadır.

Continental Can Davasında¹⁴⁵, Adalet Divanı kanımızca da yerinde olarak pazarın yalnızca talep yönünden değil aynı zamanda arz yönünden de tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir. Davada, Komisyon üç farklı pazar bulmuştur. Bu pazarlar; konserve edilmiş et ürünleri için hafif ambalaj pazarı, konserve edilmiş balık ürünleri için hafif ambalaj pazarı ile cam kavanoz için üretilmiş metal kapak pazarından oluşmaktadır. Adalet Divanı, Komisyon'un bu üç pazarın nasıl birbirinden ayrı kabul edilebildiğini açıklamadığını belirtmiştir. Arz elastikiyeti durumu söz konusu olayda incelenmediği için Komisyon'un bu kararı mahkemece bozulmuştur. Zira hafif ambalaj üreten teşebbüs, üretim şeklinde yapacağı küçük bir değişiklikle başka mallar için de ambalaj üretebilecektir.

Michelin davasında¹⁴⁶ Adalet Divanı, ilgili pazarları ağır taşıt lastikleri ile otomobil lastikleri için ayrı ayrı tanımlamıştır. Bunu yaparken de hem talep hem de arz ikamesini kullanmıştır. Arz ikamesi açısından değerlendirme yaparken mahkeme, iki ayrı lastik türü için farklı üretim tekniklerinin kullanıldığını ve bir lastik üretiminden diğerine geçebilmek yüksek yatırım ve zaman gerektirdiğini belirtmiştir. Dolayısıyla da bunların birbirleriyle ikamesi mümkün değildir. Aynı şekilde lastik türlerinin talep açısından da birbirleriyle ikame edilebilir olmadığını ifade etmiştir.

Microsoft davasında¹⁴⁷, Komisyon üç ilgili pazar tespit etmiştir. Bunlar, müşteri işletim sistemi pazarı, çalışma grubu sunucusu işletim pazarı ve medya

¹⁴³ 28.01.2008, S. 08-04/56-M.

¹⁴⁴ "Bu testler, bir ürüne yönelik talep esnekliği ve çapraz-fiyat esnekliği hesaplamaları, fiyat hareketlerinin zaman içinde benzerliği, fiyat serileri arasında nedensellik ve fiyat düzeylerinin benzerliği analizleri gibi çeşitli ekonometrik ve istatistikî yaklaşımlar içerir."

¹⁴⁵ Case 6/72, Europemballage Corporation and Continental Can v. Commission, ECR 1973, 215.

¹⁴⁶ Case 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Commission, ECR 1983, 3461.

¹⁴⁷ Case COMP/C-3/37.792, Microsoft, Commission Decision of March 2004.

oyunatıcısı pazarı¹⁴⁸ olarak adlandırılmıştır. Bunu yaparken de Komisyon ilk olarak talep ikamesi yönünden daha sonra da arz ikamesi yönünden değerlendirme yapmıştır. Arz ikamesinin ilgili pazarlar açısından söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Ürün pazarının dar tanımlanması, pazarda ikame mal olasılığını azaltmakta ve ürün pazarının tek ürünle sınırlanmasına neden olmaktadır. Bu durumda fikri mülkiyet hakkı sahibi tek ürün pazarında hakkını kullanırken her an hâkim durumunu kötüye kullanmak tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Dolayısıyla, hâkim durum ve kötüye kullanma incelemesinde pazarın dar olarak belirlenmesi fikri mülkiyet haklarının tehdit edici etkiye sahip olmasına neden olabilecektir¹⁴⁹.

Ürün pazarının dar olarak tanımlandığı davalara örnek olarak doktrinde Hugin davası gösterilmektedir¹⁵⁰. Hugin yazar kasa üreticisi olup Lipton'un distribütörüdür. Hugin, Lipton'a yedek parça temin etmeyi kesmiştir. Komisyona yapılan şikâyetin incelenmesi sırasında ilgili ürün pazarı tespit edilmiştir. Buna göre, Hugin yazar kasalarında başka markaların yedek parçaları kullanılmamaktadır. Bu doğrultuda ayrı bir ürün pazarı oluşmaktadır ve Hugin yazar kasaları için yedek parça pazarında Hugin hâkim durumda kabul edilmiştir¹⁵¹.

Bu şekilde Komisyonun dar pazar tanımlaması ile bir pazardaki hâkim teşebbüsün bu konumunu, diğer pazardaki (alt veya ikincil) rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Aynı durum Amerikan rekabet hukuku uygulamalarında da söz konusudur. Yedek parçaların tedarikinin kesilmesine ilişkin davalarda pazarlar olarak; ilgili markanın söz konusu olduğu (Kodak, Xerox) yedek parça pazarı ile hizmet pazarı tespit edilmektedir.

Rekabet Kurulu da kararlarında 2002/2 sayılı Tebliği'ndeki tanımları kullanmakla birlikte çeşitli analizlerle ilgili pazarı tespit etmeye çalışmaktadır. Kurulun Telsim ile Turkcell'in uyumlu eylem içinde buldukları ve hâkim durumlarını kötüye kullandıkları iddiasına ilişkin kararında¹⁵², ilgili ürün pazarı GSM operatörlüğü pazarıdır. Bu tespit de, birinci nesil mobil sistemler kategorisinde yer alan NMT-450 sisteminin (araç telefonları) de mobil iletişimi sağlamakla birlikte

¹⁴⁸ "Streaming media players".

¹⁴⁹ **Çamlıbel Taylan, Esin:** Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 153.

¹⁵⁰ **Çamlıbel Taylan,** s. 154.

¹⁵¹ Case 22/78 Hugin v. Commission, 1979 ECR, 1869.

¹⁵² R.K. kararı, K. Sa.: 99-57/614-391; K. T.: 14.12.1999.

GSM sisteminin taşınabilir cihazlarla kullanılıyor olması, dijital teknoloji ile çalışması ve daha üstün hizmet sunması nedenleriyle bu sistemle ikame edilememesinden kaynaklanmaktadır.

Teleon kararında¹⁵³ Kurul ilgili ürün pazarını “Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi Karşılaşmalarının Banda Kaydedilmiş Görüntüleri Piyasası” olarak tespit edilmiştir. Bu bağlamda Kurul, Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi karşılaşmaları ile diğer müsabakaların ikame edip edilemeyeceğinin belirlenmesi için yayın haklarına talip olan yayın kuruluşlarının başta izleyici tercihleri olmak üzere, yayın haklarının yayıncı için taşıdığı risk ve reklâm verenlerle ilişkilerini incelemiştir.

bb. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazarın tespit edilmesinde ikinci temel aşama coğrafi pazarın tanımlanmasıdır. Zira yalnızca ürün pazarını coğrafi boyutunu tanımlamadan belirlemek anlamsız olmaktadır.

Adalet Divanı'nın içtihatlarına göre, coğrafi pazar rekabet koşullarının yeteri derecede homojen olduğu bölgeleri kapsamaktadır. United Brands davasında¹⁵⁴, Adalet Divanı rekabet edebilme imkânının, ürünün pazarlandığı coğrafi pazarın açık bir şekilde tanımlanması ile mümkün olabileceğine işaret etmiştir. Aynı şekilde Komisyon Bildirisinde¹⁵⁵ de ilgili coğrafi pazar, koşulların yeterince homojen olduğu ve diğer komşu bölgelerden bu koşullar açısından önemli surette farklılık arz eden bölge olarak tanımlanmaktadır.

Coğrafi pazarın tespitinde, malın dayanıklılığı, tüketici tercihleri, bölgesel tercihler¹⁵⁶ ve en önemlisi de taşıma masrafları rol oynamaktadır. Taşıma masrafları söz konusu olduğunda, değerleri daha fazla olan – mikro çip, elmas gibi – ürünlerde coğrafi pazar geniş tanımlanmaktadır. Zira taşıma maliyeti düşüktür. Aksine, değeri daha az olan – tuğla, kiremit – ürünlerde coğrafi pazar daha dar tanımlanmaktadır¹⁵⁷. Zira taşıma maliyeti yüksektir.

¹⁵³ R. K. kararı, K. Sa.: 05-61/900-243; K. T.: 26.09.2005.

¹⁵⁴ Case 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission (1978) ECR 207.

¹⁵⁵ **Pazarın Tanımına İlişkin Bildiri**, para. 8.

¹⁵⁶ Örneğin Magill davasında, coğrafi pazarın tespitinde – İrlanda, Kuzey İrlanda - Komisyon, İrlanda'nın kültürel kimliğinin önemine işaret etmiştir (Case T-69/89, Radio Telefis Eireann (RT) v. Commission, ECR 1991, II-485).

¹⁵⁷ **Jones – Sufrin**, s. 287; **Vajda**, s. 113.

Farklı bölgeler arasındaki rekabet koşullarının homojenlik derecesine bağlı olarak ilgili coğrafi pazar dünya çapında olabileceği gibi, ortak pazarın tümü veya bir kısmı veyahut bir coğrafi bölgedeki unsura ilişkin dahi olabilir. Dünya çapında pazar daha çok global olarak ticarete konu olabilen mallar¹⁵⁸ açısından söz konusu olabileceği gibi, yazılım ve donanım gibi teknolojik ürünler için de söz konusu olabilir. Microsoft davasında, Komisyon çalışma grubu sunucusu işletim sistemi yazılımı ile medya oynatıcısı yazılımı ile ilgili olarak dünya çapında bir pazarın söz konusu olduğuna karar vermiştir. Chiquita kararında Komisyon ilgili coğrafi pazar olarak Danimarka, Almanya, Hollanda, İrlanda ve Avusturya'dan oluşan Ortak Pazarın önemli bir kısmını kabul etmiştir. Komisyon, Fransa, İtalya ve İngiltere'nin niçin pazar dışında kabul ettiğini detaylı bir şekilde açıklamamakla birlikte genel olarak bu ülkelerdeki ithalat düzenlemeleri ile ticari koşulların farklılığına değinmiştir¹⁵⁹. Bazen ilgili coğrafi pazar olarak en yakın alternatifin pratik olarak uygun olmamasından dolayı belli bir unsurla da sınırlandırılabilmesi mümkündür. Stena Sealink davasında¹⁶⁰, Komisyon Holyhead limanını ilgili coğrafi pazar olarak kabul etmiştir. Zira Komisyona göre, bu limanın yerini ikame edebilecek başka bir liman bulunmamaktadır.

Amerikan rekabet hukuku açısından coğrafi pazar, Amerika Birleşik Devletleri'nin tümü olabileceği gibi, bir eyaleti veya bir şehrin herhangi bir bölümü de olabilir.

İlgili coğrafi pazar Türk hukukunda RKK'da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, Kanunun 6. maddesine göre, Türkiye'nin tamamı veya bir bölümü ilgili coğrafi pazar olarak kabul edilebilecektir. 1997/1 sayılı Tebliğde coğrafi pazarın tanımı şu şekildedir; "...coğrafi pazar, teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir..." İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da Rekabet Kurulu'nun coğrafi pazara ilişkin bir karar alırken göz önünde bulunduracağı kriterler sayılmıştır. Bunlar; siparişlerin geçmişte başka bölgelere kaydığını gösteren bulgular, özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel

¹⁵⁸ Mineraller, ham yağ, metaller gibi.

¹⁵⁹ Chiquita, OJ 1976 L 95/1.

¹⁶⁰ Sea Containers v. Stena Sealink _ Interim measures, OJ 1994 L 15/8.

testler¹⁶¹, talebin temel özellikleri, müşterilerin ve rakiplerin görüşleri, satın almaların mevcut coğrafi eğilimi, ticaret akımları / mal sevkiyatı eğilimleri ile siparişlerin başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırılmasıyla ilgili engeller ve değişim maliyetlerinden oluşmaktadır.

b. Pazar Gücünün Tespiti

İlgili pazar tanımlandıktan sonra bu pazarda faaliyette bulunan teşebbüsün hâkim durumuna karar verebilmek için pazar gücünün tespiti gerekmektedir. Hâkim durum, ATA'nın 82. maddesine aykırı değildir. Daha sonra açıklanacağı üzere hâkim durumun kötüye kullanılması ve bu kapsamdaki davranışlar ATA 82. maddeye göre incelemeye tâbi tutulmaktadır.

aa. Pazar Payı

Pazar gücünün tespitinde gerek Komisyon uygulamalarında gerekse Adalet Divanı kararlarında ilgili teşebbüsün pazar payına bakılmaktadır. Bu durum, hâkim durumun tespitinde ilk ve en önemli aşama olarak değerlendirilmektedir¹⁶². İlgili teşebbüsün pazar payı ile birlikte aynı pazardaki rakiplerinin de pazar payları incelemeye tabi tutulmalıdır.

Gerek Komisyon gerekse Adalet Divanı, hâkim durumun tespitinde pazar payının önemine işaret etmekle birlikte bunun kesin bir delil olarak değerlendirilemeyeceğini zira başka faktörlerin de değerlendirmede esas alınabileceğini ifade etmiştir¹⁶³. Bu faktörler, pazara giriş engelleri altında pazara yeni girmek isteyen rakip teşebbüsler için zorluk teşkil etmektedir.

Pazar payının %70'i aşması hali hâkim durumun tespitinde kuvvetli bir delil olarak görülmektedir¹⁶⁴. Hoffmann – La Roche davasında¹⁶⁵ %70 ile %90 arasındaki pazar payı hâkim durumun tespiti için yeterli delil kabul edilmiştir. Yine Hilti

¹⁶¹ “Bu testler, bir ürüne yönelik talep esnekliği ve çapraz-fiyat esnekliği hesaplamaları, fiyat hareketlerinin zaman içinde benzerliği, fiyat serileri arasında nedensellik ve fiyat düzeylerinin benzerliği analizleri gibi çeşitli ekonometrik ve istatistikî yaklaşımlar içerir.”

¹⁶² Jones – Sufrin, s.298; O'Donoghue - Padilla, s. 109.

¹⁶³ Case 85/76, Hoffmann-La Roche & Co AG v. Commission, ECR 1979, 461.

¹⁶⁴ Amerika'da %70'lik oran tekel gücünün tespiti açısından önem arz etmektedir. Şöyle ki bu oranın altındaki hallerde mahkemeler, fiyatların yükseltilmesi veya rakiplerin dışlanması gibi davranışların mevcut olmaması halinde ortada tekel gücünün söz konusu olmadığına karar vermektedirler (bu konuda bkz. **McDonald, J. Bruce**: “Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen”, Speech before the College of Europe, Brussels, June 16-17 2005, s.8, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>, (15.10.2007).

¹⁶⁵ Case 85/76, Hoffmann – La Roche & Co AG v. Commission, ECR 1979, 461.

davasında¹⁶⁶ %70 ile %80 arasındaki pazar payı başka bir delile lüzum göstermeksizin hâkim durumun tespiti için yeterli görülmüştür.

Pazar payının %50 ile %70 arasında olması halinde, hâkim durum karinesi kabul edilebilmektedir. Michelin davasında¹⁶⁷ %57 ile %65 arasındaki paylar hâkim durum için yeterli kabul edilmiştir. %40 ile %50 arasındaki pazar payını varlığı durumunda ise, hâkim durumdan bahsedebilmek için ek bazı faktörlerin tespit edilmesi gerekmektedir. %30 ile %40 arasındaki paylar açısından başka faktörler – giriş engelleri gibi- olmadığı takdirde hâkim durumdan bahsetmemiz mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, özel hallerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Magill davasında¹⁶⁸, Komisyon üç yayıncıdan hiçbirinin, televizyon program bilgisi açısından payının %33'ü aşmadığını buna rağmen fiili ve hukuki tekel konumunda olduğuna karar vermiştir. Çok düşük pazar payları ise hâkim durumun mevcut olmadığını göstermektedir. SABA II kararında¹⁶⁹, %10'luk bir payın hâkim durumun mevcut olmadığına dair yeterli delil olarak kabul edilmiştir.

bb. Pazara Giriş Engelleri

Hâkim durumun belirlenmesinde temel kriter, ilgili teşebbüsün piyasa payını belirlemek olmakla birlikte bazı hallerde bu kriter yetersiz kalmaktadır ve ek birtakım faktörlerin incelemeye tâbi tutulması gerekmektedir. Bu ek faktörler giriş engellerinden oluşturmaktadır¹⁷⁰. Giriş engelleri, teşebbüslerin belirli bir piyasaya girmesini önleyen faktörler olarak tanımlanmaktadır¹⁷¹.

aaa. Hukuki Giriş Engelleri

Yasal tekeller, Avrupa Birliği'nde en önemli giriş engeli olarak görülmektedir. Zira telekomünikasyon, enerji ve ulaşım gibi pek çok hizmet yasal tekellerce yerine getirilmektedir. Bununla birlikte, özelleştirme politikaları ve getirilen düzenlemeler

¹⁶⁶ Case T-30/89, Hilti AG v. Commission, ECR 1991, II-1439, Case C-53/92P, Hilti AG v. Commission, ECR 1994, I-667.

¹⁶⁷ Case 322/81, NV Nederlandsche Baden-Industrie Michelin v. Commission, ECR 1983, 3461.

¹⁶⁸ Magill TV Guide/ITP, BBc and RTE, OJ 1989 L 78/43, Case T-69/89; joined cases C-241/91 P ve C-242/91 P, RTE & ITP v. Commission, ECR 1995, I-743.

¹⁶⁹ SABA's EEC distribution system, OJ 1983 L 376/41.

¹⁷⁰ Böylelikle potansiyel rekabet de dikkate alınmaktadır (**Sanlı**, s. 252).

¹⁷¹ **O'Donoghue - Padilla**, s. 117.

sonucunda bu tarz giriş engelleri azalmış görülmektedir¹⁷². Yine bir pazara girebilmek için gerekli olan Devlet izni alabilme gereği önemli bir giriş engeli olarak görülmektedir. Fikri mülkiyet hakları, pazara girişi engelleyebilmektedir. Yalnız burada göz önünde bulundurulması gereken, bu hakların fikri mülkiyet hakkı sahibine, doğrudan hâkim durumu bahşetmemesidir. Magill davasında bu hususu Adalet Divanı dile getirmiştir¹⁷³.

bbb. Üstün Teknoloji

Yüksek teknoloji hâkim durumun tespitinde rol oynayan diğer bir faktördür. Burada doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, teknolojik üstünlüğün giriş engeli teşkil edip etmediğini değerlendirirken dikkatli olmak gerekir. Şöyle ki, yüksek maliyet gerektirmeksizin transfer edilebilir bir teknoloji sahibine, diğer teşebbüsler karşısında avantaj sağlamaz¹⁷⁴.

ccc. Dikey Bütünleşme ve Gelişmiş Bir Dağıtım Ağı

Dikey bütünleşme ve gelişmiş bir dağıtım ağı da teşebbüsün hâkim durumunu belirleyebilmede önemli bir faktör olarak görülmektedir. Hoffmann – La Roche davasında, Adalet Divanı Roche'un gelişmiş satış ağının rakiplerine karşı ticari avantaj sağladığını ifade etmiştir¹⁷⁵.

Yine Topluluk hukukunda görülmüş olan United Brands davasında, United Brands'in kendine ait tarlalarının olması, muzları nakletmek için gerekli taşıma ağlarına sahip olması, dağıtıcılarla yaptığı sözleşmeler ile iyi bir satış ağına sahip olması, muzların kalitesinin kontrol edilmesi hâkim durumunun kabul edilmesinde etken olmuştur.

¹⁷² **O'Donoghue - Padilla**, s. 120; **Arowolo, Olusueye**: “ Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: Is there a Case for Review”, ECLR, V.26/5, 2005, s.249.

¹⁷³ Joined Cases C-241/91 P ve C-242/91 P RTE & ITP v. Commission, ECR 1995, I-743.

¹⁷⁴ **Sanlı**, s. 254.

¹⁷⁵ Doktrinde yukarıda bahsedilen faktörlerin yanında teşebbüsün davranışı ile bazı iktisadi varlıklara erişim de hâkim durumun tespitinde rol oynayan unsurlar olarak kabul edilmektedir (**Whish**, s. 187; **Jones – Sufrin**, s. 311 – 315; **O'Donoghue - Padilla**, s. 124.) Kanımızca bu durumlar, hâkim durumun tespiti esnasında değil, iddia edilen kötüye kullanım aşamasında değerlendirilmesi gereken noktalardır. **Sanlı** da teşebbüsün davranışının hâkim durumun göstergesi olarak değil; kötüye kullanımın değerlendirilmesi safhasında dikkate alınması gereken bir faktör olduğunu ileri sürmektedir (**Sanlı**, s. 255).

ddd. Ölçek Ekonomileri ve Ağ Etkileri

Ölçek ekonomileri bir diğer giriş engelini oluşturmaktadır. Üretim miktarı arttıkça ortalama maliyetin düştüğü hallerde, ilgili teşebbüs malın üretiminde ölçek ekonomilerinden yararlanıyor demektir. Yine, ağ etkileri giriş engelleri arasında sayılmaktadır¹⁷⁶. Ağ etkileri, kullanıcı sayısındaki artış neticesinde malın veya hizmetin değerinin arttığı durumlarda kendisini göstermektedir. Bu duruma telekomünikasyon alanı örnek gösterilebilir. Bir telefonun kullanıcıya göre değeri, ne kadar fazla kullanıcı olduğuna bağlıdır. Bu doğrultuda, kullanıcı sayısının artması ürünün değerini arttıracak ürünün değeri arttıkça tüketiciler daha çok kullanılan bu ürünü tercih edecektir¹⁷⁷. Microsoft davasında, Komisyon müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarı ile sunucu yazılım pazarına yönelik yüksek giriş engellerinden ağırlıklı olarak ağ etkilerine dayanmıştır. Müşterinin bilgisayar işletim sisteminden elde edeceği fayda, üzerinde kullanabildiği veyahut ileride kullanmayı umduğu uygulamalara bağlıdır. Yazılımcılar¹⁷⁸, kullanıcılar arasında revaçta olan işletim sistemleri için uygulamalar yazmaktadır. Bundan dolayı bir işletim sistemi ne kadar tercih edilmekteyse o sisteme o kadar fazla uygulama yazılacaktır ve yazıldıkça da kullanıcılar arasında gözdeliği artacaktır. Komisyon, ağ etkilerinin potansiyel rakipler için en önemli giriş engeli teşkil ettiğine karar vermiştir.

eee. Teşebbüsün Finansal ve Ekonomik Gücü

Topluluk hukuku uygulamasında, teşebbüsün belirli bir piyasadaki büyüklüğü temel alınmakta ve böylelikle çok uluslu teşebbüslerin ekonomik gücü de değerlendirme kapsamına alınabilmektedir. Hoffmann – La Roche davasında, ATAD Hoffmann – La Roche'un dünyanın en büyük vitamin üreticisi olduğuna ve dünyadaki en büyük ilaç grubunun başında bulunduğu karar vermiştir.

fff. Tanınmış Markaların Mevcudiyeti

Pazarda tanınmış markaların bulunmasının giriş engeli oluşturması mümkündür. Bu durum çeşitli nedenlerden kaynaklanabilir. Markaya bağımlılık, yeni giriş yapmak isteyen teşebbüslerin ilgili pazarda rekabet etmesine engel olabileceği

¹⁷⁶ O'Donoghue - Padilla, s. 122.

¹⁷⁷ O'Donoghue - Padilla, s. 122; Söylemez, Alev: "Yeni Ekonomi, Rekabet ve Rekabet Politikaları", Perşembe Konferansları, Haziran 2001, s. 88.

¹⁷⁸ "Software vendors".

gibi giriş yapmak isteyen teşebbüsün sahip olduğu tanınmayan markalarla mücadele etmek giriş engeli yaratabilir.

United Brands davasında ATAD, United Brands'in reklâm kampanyalarının ve marka imajının hâkimiyetin tespitinde önemli etkenler olduğuna hükmetmiştir. Zira United Brands, Chiquita markasını oluşturabilmek için esaslı derecede kaynak harcamıştır.

Teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olduğu tespit edildikten sonra, kötüye kullanım meselesini incelemeye başlamadan evvel hâkim durumun Ortak Pazarın tümünde veya önemli bir kısmında söz konusu olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Eğer teşebbüs hâkim durumda değilse, bu takdirde ATA'nın 82. maddesinin uygulanma olasılığı ortadan kalkmaktadır¹⁷⁹. ATA'nın 82. maddesi bir teşebbüsün belirli bir mal veya hizmet pazarında, Ortak Pazarın tamamına hâkim olmasını gerektirmeksizin sadece önemli bir kısmına hâkim olması halinde de uygulama alanı bulabilmektedir¹⁸⁰. Hâkim durum Ortak Pazarın tümünü kapsayabileceği gibi, bazı üye ülkeleri veya üye ülkelerden birini ya da üye ülkelerden birinin bir kısmını kapsayabilir. Hatta bir iktisadi varlığa ilişkin olarak dahi "önemli bir kısım" tespit edilebilmektedir. Gerek Komisyon kararlarında gerekse Adalet Divanı kararlarında limanlar, havalimanları yeterli derecede Ortak Pazarın önemli bir kısmı olarak kabul edilmektedir¹⁸¹.

4. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

ATA'nın 82. maddesi, anlaşmalarla ilgili düzenlemeleri¹⁸² tamamlayan ve teşebbüslerin tek taraflı davranışları üzerinde belirli sınırlamalar getiren bir düzenlemedir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre; "bir ya da daha çok teşebbüsün Ortak Pazarda veya onun önemli bölümündeki, hâkim durumunu kötüye kullanması, Üye Devletlerarasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde Ortak Pazar ile bağdaşmaz ve yasaktır." İkinci fıkrada örnek kabilinden hangi tür davranışların "kötüye kullanma" teşkil edebileceği düzenlenmektedir. Buna göre;

¹⁷⁹ Whish, s. 191.

¹⁸⁰ Tekinalp, Avrupa Birliği, s. 444.

¹⁸¹ Sea Containers v. Stena Sealink – Interim Measures, OJ 1994 L 15/8; Flughafen Frankfurt/Main AG, OJ 1998 L 72/30; Case C-18/93, Corsica Ferries Italia Srlv. Corpo dei Piloti del Porto di Genova, ECR 1994, I-1783.

¹⁸² ATA'nın 81. maddesi ile 139/2004 sayılı Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü" anlaşmalarla ilgili olan temel Topluluk düzenlemeleridir.

Böyle bir kötüye kullanma özelliikle;

a. doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatları ya da adil olmayan diğer ticaret koşulları konulması;

b. tüketicilerin zararına olarak, üretimin, pazarların ya da teknik gelişmenin sınırlanması;

c. diğer ticari taraflarla eşdeğerdeki işlemlere farklı koşullar uygulanarak, onların bu nedenle rekabette dezavantajlı duruma düşürülmesi;

d. sözleşmelerin yapılmasının, niteliği gereği ya da ticari teamüle göre bu sözleşmelerin konusuyla bağlantısı olmayan ek yükümlülüklerin taraflarca kabulü şartına bağlanması;

şeklinde ortaya çıkabilir¹⁸³.

ATA'nın 82. maddesinin ile bu maddeye karşılık gelen RKK'nın 6. maddesinin¹⁸⁴ uygulanması için birden çok teşebbüsün varlığı şart değildir. Bu düzenlemeler, öncelikle pazarda hâkim durumda olan tek bir teşebbüsün rekabeti sınırlamasını engellemeye yöneliktir. Bununla birlikte, RKK. ve ATA'nın açık lafzı

¹⁸³ **Bozkurt, Enver – Özcan, Mehmet – Köktaş, Arif:** Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Ankara 2005, s. 323.

¹⁸⁴ Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması başlığı altında RKK. m. 6'daki düzenleme şu şekildedir;

“Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

- a. Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- b. Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,
- c. Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d. Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e. Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.

gereği istisnaen birden fazla teşebbüsün birlikte hâkim durumda bulunması da mümkündür¹⁸⁵. RKK. m. 6 “bir veya birden fazla teşebbüsün hâkim durumlarını başkaları ile yapacağı anlaşmalar veya birlikte davranışlar ile kötüye kullanması”ndan söz etmişken; ATA m. 82’de birden fazla teşebbüsün hâkim durumlarını kötüye kullanmalarından söz etmektedir.

Bu düzenlemelerden açıkça anlaşılacağı üzere, yasaklanan yalnızca”kötüye kullanma”dır. Yoksa hâkim durum yaratma veyahut hâkim duruma sahip olma yasaklama kapsamında değildir.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasının ne olduğu hususunda ne RKK.’da ne de ATA’da herhangi bir tanımın bulunmadığını görmekteyiz. Tanımlama yerine örnek kabilinden sayma yöntemi benimsenmiştir. RKK’da yer alan örnekler genel olarak ATA m. 82’nin örnekleri ile paralellik arz etmekle birlikte haksız fiyat ve diğer sözleşme koşulları koymaya ilişkin örnek Türk mevzuatında bulunmamakta, bir pazardaki hâkim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması yasağı gibi AT mevzuatında olmayan ancak içtihatlarında yerleşmiş olan bazı hususlar ise Türk mevzuatında yer almaktadır¹⁸⁶.

Doktrinde kötüye kullanma genellikle iki türe ayrılarak incelenmektedir. Bu ayırım, sömürüye dayanan kötüye kullanmalar¹⁸⁷ ile dışlayıcı davranışa dayanan kötüye kullanmalar¹⁸⁸ şeklindedir¹⁸⁹. Sömürüye dayanan kötüye kullanmalar doğrudan tüketici refahı kaybına yol açan fiyatlandırma ve diğer uygulamalardan oluşmaktadır. Bu hususa ilişkin akla gelebilecek ilk örnek “aşırı fiyatlandırma uygulaması”dır. Dışlayıcı uygulamalar, kötüye kullanmanın en çok görülen ve en

¹⁸⁵ **İkizler**, s. 252; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 394.

¹⁸⁶ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 394 - 395; **Sanlı**, s. 262, dn. 172.

¹⁸⁷ “*Exploitative abuses*”.

¹⁸⁸ “*Exclusionary abuses*”.

¹⁸⁹ **O’Donoghue - Padilla**, s. 174; yazarlar bu ayırma ayrıca misilleme teşkil eden kötüye kullanmayı (reprisal abuses) da dâhil etmektedir. Bu tür kötüye kullanmalarda hâkim durumdaki teşebbüs, ticari menfaatlerine yönelik tehditlere karşılık olarak mal veya hizmet vermeyi reddetmektedir. Bu duruma United Brands davası örnek gösterilmektedir. Bu davada Adalet Divanı; dağıtıcının sağlayıcı hâkim teşebbüsün rakibinin reklâm kampanyasında yer almasından dolayı kendisine ürünlerin tedarikini kesmesini hâkim durumun kötüye kullanması olarak kabul etmiştir; **Whish**, s. 195, 196; yazar bu ayırma bir de pazar yapısına zarar veren kötüye kullanım türünü ilave etmiştir (bkz. **Whish**, s. 207); **Sinclair, Duncan**: “Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82”, ECLR, V.25 2004, s. 491 vd.; **Turnbull**, Sarah: “Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law”, ECLR, 1996/2, s. 98; farklı ayırımlar için bkz. **Gürzumar**, s.111 ve orada sözü edilen yazarlar.

önemli kategorisini oluşturur. Bu tür uygulamalar, doğrudan rakiplere yönelik olup tüketici refahının dolaylı olarak kaybına yol açan uygulamalardır. Bu kategoriye örnek olarak, yıkıcı fiyat uygulamaları, anlaşma yapmayı reddetme halleri, bağlama uygulamaları, alt pazardaki rakipler arasında ayrımcılık yapılması gösterilebilir¹⁹⁰.

Hoffmann – La Roche davasında, daha sonraki kararlarda temel oluşturan “kötüye kullanma” kavramının tanımı yapılmıştır. Adalet Divanı, kötüye kullanmayı normal rekabeti düzenleyen metotlardan farklı metotlara başvurmak suretiyle rekabetin muhafazasını veyahut gelişimini engelleyen davranış olarak tanımlamıştır¹⁹¹. Bu tanım yalnızca dışlayıcı uygulamalara ilişkin olsa da 82 madde aynı zamanda sömürüye dayalı uygulamalar açısından da uygulama alanı bulur¹⁹². Yalnız burada iki kategori arasında kesin bir çizginin çizilmesi mümkün değildir. Zira aynı davranışın iki kategori çerçevesinde kötüye kullanma teşkil etmesi mümkündür. Örneğin, fiyat ayrımcılığına ilişkin uygulamalar bir yandan müşteriler üzerinden kazanç sağlamaya yönelik olduğunda sömürüye dayalı uygulama kabul edilebileceği gibi diğer yandan diğer teşebbüslerin pazara girişlerini önlemek suretiyle rekabete zarar verme teşkil ettiğinde dışlayıcı uygulama kapsamında görülebilecektir¹⁹³. Kötüye kullanmaya ilişkin diğer tanımlarda, ilgili teşebbüsün rekabet sürecine ilişkin olarak belirli sorumlulukları olduğundan bahsedilmektedir¹⁹⁴.

Bazı kötüye kullanım teşkil eden davranışlar örneğin, ayrımcılık veya bağlama uygulamaları bazı hallerde sömürüye dayanan bazı hallerde de dışlayıcı uygulamalar kapsamında değerlendirilmektedir. Hatta bazı hallerde aynı anda iki uygulama kapsamında dahi değerlendirilebilmektedir¹⁹⁵.

¹⁹⁰ **O’Donoghue - Padilla**, s. 174.

¹⁹¹ Case 85/76, Hoffmann – La Roche & Co AG v. Commission (1979) ECR 461.

¹⁹² **Jones – Sufrin**, s. 322; Adalet Divanı genellikle kötüye kullanım kavramının objektifliğinden bahsetmektedir. Objektiflikten kasıt, teşebbüsün niyetinin 82. maddeyi ihlal etmek olmaması halinde dahi davranışının yine de kötüye kullanma teşkil etmesidir. Dolayısıyla, kötüye kullanım kavramının kilit unsurunu niyet oluşturmamaktadır (**Whish**, s. 194). Amerika’daki yaklaşımın da “kast” testinden objektifliğe doğru kaydığını daha önce belirtmiştik.

¹⁹³ **Whish**, s. 194.

¹⁹⁴ Case 322/81, Nederlandsche Banden – Industrie Michelin v. Commission, ECR 1983, 3461.

¹⁹⁵ **O’Donoghue - Padilla**, s. 194; yazarlar ATA’nın 82. maddesindeki kötüye kullanmaya ilişkin örnekleri; **a** bendindeki düzenleme “sömürüye dayanan kötüye kullanma”, **b** bendindeki düzenleme “dışlayıcı kötüye kullanma”, **c** bendindeki düzenleme “ayrımcılık teşkil eden kötüye kullanma” ve **d** bendindeki düzenleme “kötüye kullanma teşkil eden bağlama uygulamaları” şeklinde ifade etmektedir (bkz. s. 195 – 207).

E. Esaslı Unsur Doktrini ve İlgili Rekabet Düzenlemeleri ile İlişkisi

Esaslı unsur doktrini ile ilgili uygulamalar, bu doktrinin yeni pazarları rekabete açmak için kullanılan güçlü bir araç olduğunu göstermektedir¹⁹⁶. Bu doğrultuda doktrin, ortaya çıkan davranışların hangi koşullarda hâkim durumun kötüye kullanıldığını/tekelleşmenin oluştuğunu tespit edebilmek için kendisinden yararlanılan yaklaşım olarak kabul edilmektedir.

Anlaşma yapmayı reddetme durumu ve bu bağlamda esaslı unsur niteliğindeki iktisadi varlığın kullanılması talebinin reddi; mal veya hizmet vermeyi reddetme, lisans vermeyi reddetme, alt yapı, tesis veyahut dağıtım ağından yararlandırmayı reddetme şeklinde gerçekleşebilir¹⁹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; esaslı unsur doktrininin anlaşma yapmayı reddetme kapsamında işlevselliği açısından reddedilen teşebbüsün sürekli bir iş ilişkisinde olması bir ön şart teşkil etmemekte, mevcut veya potansiyel rakiplerin ilgili varlıktan yararlanması engellenmektedir¹⁹⁸. Böylelikle alt pazarda o iktisadi varlıktan yararlanmak suretiyle mal veya hizmet üretilmesi engellenmektedir. Ayrıca yukarıda saydığımız anlaşma yapmayı reddetme halleri açısından esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Anlaşma yapmayı reddetme ancak söz konusu koşullar çerçevesinde gerçekleştiği takdirde esaslı unsur doktrini ilgili somut olay açısından uygulanacaktır.

Amerikan rekabet uygulamasında bazı davranışlar, dışlayıcı uygulamalar adı altında tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Bunlardan konumuzu ilgilendiren anlaşma yapmayı reddetme¹⁹⁹ bazı koşulların gerçekleşmesi halinde ilgili suçların konusunu oluşturmaktadır²⁰⁰.

¹⁹⁶ **Furse, Mark:** “ The Essential Facilities Doctrine in Community Law”, European Competition Law Review, V. 16 (8), s. 473; **Capobianco, Antonio:** “The Essential Facilities Doctrine: Similarities and Differences between the American and the European Approach”, ELR, V.26, December 2001, s. 561.

¹⁹⁷ **van Berk, Philip Schwarz:** Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach europäischem und deutschem Kartellrecht, Berlin 2003, s. 90 - 94; **Güven,** s. 22.

¹⁹⁸ **Ölmez,** s. 67; **Sanlı,** s. 265.

¹⁹⁹ “*Refusal to deal*”.

²⁰⁰ **Schommer, Tim:** Die Essential Facility Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, München 2003, s.28, 29; **Hovenkamp,** s.291; **Broder, Douglas F.,** A Guide to US Antitrust Law, London 2005, s.99.

Anlaşma yapmayı reddetme suretiyle tekelleşme suçunun oluşması halinde Sherman Kanunu'nun İkinci Bölümü uygulama alanı bulur. Davacı, davalı tekelin rekabete aykırı davranışını ki burada söz konusu olan tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetmektir, ispat ederek bu durumun tekelleşme suçunun oluşumuna yol açtığını göstermelidir.

Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku literatüründe esaslı unsur doktrini kapsamında değerlendirilmesi gereken davranışlar anlaşma yapmayı reddetme veyahut mal / hizmet vermeyi reddetme halleri altında değerlendirilmektedir²⁰¹.

Anlaşma yapmayı reddetme çerçevesinde gerçekleşen kötüye kullanma halleri ATA m. 82'de sayılmış olan örnekler arasında gösterilmemiştir. Bununla birlikte ATAD, 1970'lerden başlamak suretiyle bu tarz kötüye kullanımları ATA m. 82 çerçevesinde değerlendirmiştir. Doktrinde anlaşma yapmayı reddetme, ATA'nın 82 (b) maddesi'ne göre rakiplerin üretimini tüketicilerin zararına olarak sınırlandırmasının bir örneği olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, anlaşma yapmayı reddetme somut olayın özelliklerine göre dışlayıcı uygulamalar

²⁰¹ **Jones – Sufrin**, s. 376 vd. ; **Whish**, s. 663 vd. ; **Goyder**, s. 346 vd; **Giasl**, s. 309; bununla birlikte doktrinde esaslı unsur doktrininin uygulanmasına ilişkin bazı davranışlar "ayrımcılık" kapsamında değerlendirilebilmektedir (bkz., **O'Donoghue, Robert – Padilla, A Jorge**: The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 202). Ancak burada şu analizin yapılması gerekmektedir. Dışlayıcı uygulamanın pek çok örneği bünyesinde ayrımcılığın öğelerini barındırmaktadır. Ancak bu durumlarda asıl mesele ayrımcılığın, dışlayıcı davranış için vasıta olmasıdır. Tespit edilmesi gereken mesele, davranışın ayrımcı nitelik taşıyan etkileri taşıyıp taşıyamamasından ziyade dışlayıcı olup olmadığıdır. Ayrımcılık, dışlayıcı davranışın rekabete aykırı veya dışlayıcı etkilerinin ortaya çıkmasına neden olabilir. Anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin ve bu doğrultuda esaslı unsur doktrininin uygulanmasına ilişkin olaylarda hâkim durumdaki teşebbüs bir rakibiyle anlaşma yapıp diğeriyle anlaşma yapmayı istemeyebilir. Bu durumda, teşebbüsün ayrımcılık yaptığından bahsetmekten ziyade anlaşma yapmayı reddetmek suretiyle rakibin dışlanıp dışlanmadığı önem arz etmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüs, ayrımcılık yapmak suretiyle rakiplerini dışlamaktadır (bkz. **O'Donoghue - Padilla**, s. 204).

ATA m. 82, yalnızca tek pazarla sınırlı olarak uygulama alanı bulmamaktadır. Bazı hallerde, hâkim durumdaki teşebbüsün bir pazardaki bu durumunu başka bir pazarda kötüye kullanma teşkil edecek tarzda kötüye kullanması da 82. maddenin görev alanına girmektedir. AT Rekabet Hukukundaki uygulamalara baktığımızda önem arz eden noktanın bir pazarda hâkim konumda olan teşebbüsün, bu hâkim gücünü diğer bir pazarda rekabeti kısıtlamak amacıyla kullanamayacağıdır. Hâkim teşebbüsün diğer piyasalardaki rekabet koşullarına etkide bulunması, ancak buna sebebiyet veren başka bir uygulamayla birlikte gerçekleşebilir. Bu doğrultuda, 82. maddede düzenlenmiş olan dört tür kötüye kullanma haliyle birlikte gerçekleşebileceği gibi daha çok 82 (b)deki rakiplerin dışlanması veya 82 (d)deki bağlama uygulamaları ile gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, bu tür bir kötüye kullanım bağımsız bir nitelik arz etmez. Diğer kötüye kullanım hallerinin tali bir sonucu olarak gerçekleşmektedir (bkz., **O'Donoghue - Padilla**, s. 207; **Sanli**, s. 270).

kapsamında görülebilir²⁰². 82. madde çerçevesinde değerlendirilen ihlallerin büyük bir çoğunluğu dışlayıcı uygulamalar kapsamında ortaya çıkan davranışlardır ve doktrinde de 82 (b) 'deki düzenlemenin bu tür davranışların hukuki temelini oluşturduğu ileri sürülmektedir²⁰³.

ATA'nın 82 (b) maddesi; tüketicilerin zararına olarak, üretimin, pazarların ya da teknik gelişmenin sınırlanmasını yasaklamaktadır. Topluluk hukukunda mahkemeler kararlarında her zaman 82. maddenin örnek kabilinden sayılan kötüye kullanma hallerine atıfta bulunmasalar da birçok mahkeme kararında 82 (b)'nin iki tip sınırlamayı bünyesinde barındırdığını ifade etmiştir. Bu sınırlandırmalar, hâkim durumdaki teşebbüsün veyahut rakiplerinin üretiminin sınırlandırılması şeklinde gerçekleşmektedir²⁰⁴. Komisyonun Microsoft kararında, Microsoft'un davranışı, tüketicilerin zararına olarak yeniliğin sınırlandırılması olarak ifade edilmiştir.

Doktrinde **Whish**, Commercial Solvents kararında ifade edilen prensiplerden yola çıkmak suretiyle "Commercial Solvents doktrini"nden bahsetmektedir. Bu doktrine göre; hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazarda yer alan rakibine mal vermeyi reddetmesi bu pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkması etkisini doğuracaksa ortada ATA m. 82'nin ihlali söz konusudur²⁰⁵. Yazar, esaslı unsur

²⁰² Zira Komisyonun ATA'nın 82. maddesinin dışlayıcı davranışa dayanan kötüye kullanmalara ilişkin **Tartışma Metninde**, dışlayıcı uygulamalar arasında ayırım yapılarak fiyata ilişkin olan ve olmayan şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Anlaşma yapmayı reddetme hali de fiyata ilişkin olmayan uygulamalar kapsamında kabul edilmiştir.

²⁰³ **O'Donoghue - Padilla**, s. 196.

²⁰⁴ Case 238/87, AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd. (1998) ECR 6211; Joined Cases C – 241/91 P, Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v. Commission (1995) ECR I – 743; ATA'nın 82 (a) bendi, asıl olarak sömürüye dayanan kötüye kullanmalar ile ilgilenmektedir. 82 (c) bendi, davranışı yalnızca "ayrımcılık" açısından gördüğü için dışlayıcı davranışı açıklamada sınırlı bir temele sahiptir. Zira pek çok dışlayıcı uygulamalar ayrımcılık şeklinde gerçekleşmemektedir. Nihayet 82 (d) bendi, sadece bağlama uygulamalarından söz etmektedir.

²⁰⁵ **Gürzumar**'a göre somut olayda ilgili unsur, sahibinin ona dayanarak sunduğu alt pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuruysa ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanması unsur sahibinin işgal alanına girmiyorsa, bu unsurun sahibi tarafından alt pazardaki mevcut veya potansiyel rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ilke dar anlamda zorunlu unsur doktrini olacaktır. Bununla birlikte, ilgili unsur sahibinin ona dayanarak sunduğu alt pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuru değilse ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının unsur sahibinin işgal alanına girdiği kabul edilebiliyorsa bu durumda kullanılacak ölçütün geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olarak belirtilmesi mümkündür. Yazar ayrıca, Commercial Solvents kararına konu olan olayın geniş anlamda zorunlu unsur doktrini çerçevesinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (bkz., **Gürzumar**, s. 159). Dolayısıyla **Whish**'in Commercial Solvents doktrini olarak adlandırdığı prensibi yazar, geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olarak adlandırmaktadır. Bu şekilde ikili bir ayırım kendisini esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarında farklılık yaratmak suretiyle göstermektedir. Şöyle ki, dar anlamda esaslı unsur doktrininin varlığı halinde duplikasyon imkânsızlığı sadece talep sahibi teşebbüs açısından değil, ilgili faaliyeti görmek isteyecek

doktrininin de Commercial Solvents davasında uygulanan ilkelerden gelişmek suretiyle ortaya çıktığını ileri sürmektedir²⁰⁶. Dolayısıyla bu dava, esaslı unsur doktrininin gelişiminde önemli bir yere sahiptir. Belirtmek gerekir ki doktrin, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukundaki anlaşma yapmayı reddetme konusundaki gerek Komisyon uygulamaları gerekse Adalet Divanı kararlarına dayanan içtihat çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu anlamda doktrin, anlaşma yapmayı reddetme çerçevesinde ortaya çıkan içtihadın özel bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir²⁰⁷.

Hâkim durumdaki bir teşebbüsün kontrol ettiği iktisadi varlık diğer pazarda faaliyette bulunmak isteyen rakipleri açısından vazgeçilmezlik addedip de bu teşebbüsçe ikinci pazarı rekabete kapatmak veya rekabeti sınırlandırmak amacıyla ilgili unsurun kullandırılmasının reddi, hiç şüphesiz rakibin pazarda dışlanması sonucuna yol açacak ve dışlayıcı davranış çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu durumda öncelikle böyle bir davranış, Türk hukuku açısından “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlığını taşıyan RKK. m. 6 (a)²⁰⁸ ve (e)²⁰⁹ bentlerini ihlal

her teşebbüs açısından söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte, geniş anlamda esaslı unsur doktrininin varlığı halinde ise unsurun alternatifinin talep sahibi tarafından yaratılmasının beklenmesi makul olmamalıdır (bkz., **Gürzumar**, s. 27 vd.).

²⁰⁶ **Whish**, s. 664.

²⁰⁷ **Furse**, s. 472; **Tekdemir**, s. 23. Anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin içtihat Commercial Solvents davasından sonra United Brands davası ile devam etmiştir. United Brands davasında, United Brands dağıtıcı firma olan Olesen’e mal tedarik etmeyi kesmiştir; çünkü dağıtıcı United Brands’a rakip firmanın reklâm kampanyasında aktif olarak yer almıştır. Mahkemeye göre, hâkim durumdaki teşebbüs, düzenli ticari faaliyetine bağlı kalan uzun süreden beri ilişkisi olduğu müşterisine mal tedarik etmeyi kesemez. Yine mahkeme, tedarik etmenin kesilmesinin haklı görülüp görülemeyeceği hususunda ise, hâkim durumdaki teşebbüsün ticari menfaatleri tecavüze uğradığı takdirde bu sözü edilen menfaatlerini korumak için makul önlemleri alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak bu tür bir davranış, hâkim durumunu güçlendirmek ve kötüye kullanmak amacıyla yapıldığı takdirde korunmamalıdır. Ayrıca, bu tür bir davranış, yöneltilen tehditle orantılı olmalıdır. Mahkeme, United Brands’ın davranışını orantılı bulmadığı için hâkim durumun kötüye kullanıldığına hükmetmiştir. Bu dava, ATA m. 82 bağlamında objektif neden hususundaki temel örnektir (bu konuda bkz., **Lang, John Temple**: “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”, Fordham Int’l L. J., V. 18, 1994, s. 446 – 447; **Jones – Sufrin**, s. 381). Burada önemle ifade etmek isteriz ki esaslı unsur doktrini açısından örnek kabilinden gösterilen davalar arasında United Brands’ı sayamayız. Zira olayda United Brands tarafından sağlanan muzlar esaslılık arz etmemektedir. Alternatif olarak makul diğer kaynakların mevcudiyeti söz konusudur. Ayrıca, doktrinin uygulanması açısından temel nitelik arz eden rakiplik ilişkisini bu olayda görmemiz mümkün değildir. United Brands, Olesen’in rakibi değildir. Dolayısıyla dava, malın müşteri veya dağıtıcıya sağlanmasıyla ilgilidir.

²⁰⁸ RKK. m. 6 (a)’daki düzenleme şu şekildedir: “ *Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*”.

²⁰⁹ RKK. m. 6 (e)’deki düzenleme şu şekildedir: “*Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*”.

etmiş kabul edilecektir. Zira rakibin dışlanması ile bu teşebbüsün üretim sürecine katılması engellenip tüketici zararına üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte bu dışlayıcı uygulama rakiplerle anlaşma yapmayı reddetme şeklinde gerçekleştiği ve diğer pazardaki rekabet koşullarını bozduğu için RKK. m. 6 (d)²¹⁰ kapsamında da incelenebilecektir.

III. Amerikan ve Topluluk Rekabet Hukukunun Esaslı Unsur Doktrinine Yönelik Yaklaşımları

Esaslı Unsur doktrini kökenini Amerikan rekabet hukukunda bulmaktadır. Buna rağmen anılan doktrin, Topluluk Hukukunda daha geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bundan dolayı da Topluluk uygulamalarında teşebbüslerin savunmalarında esaslı unsur doktrinine Amerika'da olduğundan daha çok yer verdiğini görmekteyiz. Bunun sebebi olarak iki faktör gösterilmektedir²¹¹. Bunlardan ilki, doktrinin gerek ABD gerekse Avrupa Birliğindeki farklı gelişimi diğeri de, Amerikan rekabet hukukunda gittikçe etkisini göstermekte olan Chicago Okulu yaklaşımıdır. Bu yaklaşıma göre, piyasaya müdahale son derece istisnai hallere özgü değildir. Bu doğrultuda regülasyon ve diğer devlet tedbirleri dışında başka hususlar piyasaya giriş engeli olarak görülmemektedir. Ayrıca, dikey bütünleşmeye ilişkin davranışlar piyasa için bir tehlike olarak görülmemelidir. Çünkü bu tarz davranışlar etkinlik kapsamında değerlendirilmelidir ve etkin olmayan uygulamalarda bulunan teşebbüsler piyasa tarafından cezalandırılıp dışlanmasına neden olmaktadır²¹². Zira piyasa kendi kendini düzeltebilmelidir. Rekabet kuralları da piyadaki etkinliği desteklemek dışında kullanılmamalıdır.

Topluluk hukuku uygulamalarına baktığımızda, Komisyonun hiçbir zaman Chicago Okulu yaklaşımından etkilendiğini görmemekteyiz. ATA, sosyo politik bir amaç benimsemiştir. Bu amaç da, Topluluk içinde ekonomik bütünlüğü sağlamaktır. Topluluk rekabet hukuku da, Ortak Pazar yaratılabilmek için düzenleyici bir araç olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda, bütünleşmiş bir ekonomi amacı Komisyonun, İlk Derece Mahkemesinin ve ATAD'ın esaslı unsur doktrinine yaklaşımını etkilemiştir

²¹⁰ RKK. m. 6 (d)'deki düzenleme şu şekildedir: “Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler”.

²¹¹ Opi, s. 415.

²¹² Harbord, David: “The Analysis of Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy”, ECLR, V. 16/5, 1995, s. 320; Hovenkamp, s. 70.

ve böylelikle Topluluk rekabet hukuku çerçevesinde doktrinin ABD uygulamasına nazaran daha geniş kapsamda uygulama alanı bulması mümkündür²¹³.

Esaslı unsur doktrininin Topluluk davaları açısından daha çok uygulama imkânı bulmasının nedeni yalnızca Ortak Pazar yaratma amacı değildir. Bunun dışında Avrupa Birliğinde özelleştirme politikalarının başlaması ile birlikte Devlet tekellerinin sona ermesi, Amerika'dan çok daha fazla sayıda hâkim teşebbüsün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Esaslı unsur doktrini de bu teşebbüslerin hâkim durumlarını kötüye kullanmalarına engel olmak için bir vasıta olarak kullanılmaktadır²¹⁴.

IV. Esaslı Unsur Doktrininin Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken Koşullar

ATAD'ın Bronner kararına kadar esaslı unsur doktrini çok geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Bu durumdan çekinen ATAD, kararında esaslı unsura sahip teşebbüsün hangi koşullar altında anlaşma yapmayı reddetmesinin kötüye kullanım teşkil edeceğini tespit etmiştir.

Esaslı unsur doktrininin herhangi bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın uygulama alanı bulması ekonomik bakımından zararlı sonuçlar doğurabilecektir. Öncelikle ilgili rekabet otoritesi tarafından, unsuru kontrol eden teşebbüse bu unsuru kullandırmaya yönelik karar alınması mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Ayrıca, üçüncü kişilerin bu unsurlara erişim talepleri "bedava kullanım"²¹⁵ meselesini de ortaya çıkarmaktadır. Böylelikle de unsur sahibinin yatırım yapma isteği ortadan kalkabilmektedir.

Esaslı unsur doktrininin gerek açıkça gerekse zımni olarak ifade edildiği kararlar ile bilimsel içtihadın konuyla ilgili görüşleri göz önünde bulundurulmak suretiyle, esaslı unsur doktrininin uygulanma koşullarını ortaya koyabilmek

²¹³ Lang, Legitimate Competition, s. 483; Opi, 418.

²¹⁴ Lang, Legitimate Competition, s. 484.

²¹⁵ Esaslı unsur doktrinine getirilen en önemli eleştiri bedava kullanım ile ilgilidir. Büyük yatırımlar, emek ve zaman harcanmak suretiyle yaratılan unsurların rakipler tarafından hiç çaba göstermeksizin onların kullanımına sunulması bu teşebbüslerin pazardaki faaliyetleri için bedava kullanım imkânı doğurmaktadır. Bu noktada rekabet otoritelerinin çok dikkatli davranarak ilgili rakiplerin somut olaydaki unsurun alternatifini yaratabilip yaratamayacakları veyahut alternatiflerinin var olup olmadığını incelemeleri gerekmektedir. Bedava kullanımın kast edilen kullanılan unsura herhangi bir ödeme yapmamak değildir; yapılan ödeme ve katlanılan riskin karşılaştırılarak oransal adaletsizliğin mevcudiyeti aynı etkiyi doğurabilmektedir (Ölmez, s. 66).

mümkündür²¹⁶. Yalnız üzerinde duracağımız koşulların örnekleyici olup olmadığı konusunda tartışma bulunmakla birlikte bu koşulların dava konusu olay incelenirken en azından göz önünde bulundurulması gerektiğini söylememiz mümkündür²¹⁷.

A. Unsurun Varlığı²¹⁸

Unsurun karakteristik özelliği hakkında sınırlayıcı bir yaklaşım göz önünde bulundurulduğu takdirde, objektif olarak masraflı veya benzerinin yapılmasının zor olduğu alt yapılar açısından doktrinin uygulanması mümkün olabilir. Bu durumda limanlar, hava limanları ve şebeke ağları (elektrik nakil hatları, doğal gaz boru hatları), radyo frekansları ile dağıtım ağları gibi somut olmayan ağlar ilgili iktisadi unsurdan sayılabilir²¹⁹. Bu tür bir yaklaşım yalnızca doğal tekellerin konu edildiği davalar açısından yardımcı olabilir. Bununla birlikte, böyle bir daraltıcı yaklaşım gerek Komisyonun uygulamaları gerekse mahkemelerin kararları hakkında yorum yapabilmek için yetersiz kalmaktadır. Özellikle fikri mülkiyet hakları ile ilgili davalarda fikri mülkiyet hukuku rejiminin özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Magill kararında mahkeme, televizyon programları listelerinin kullanılmasına hükmetmiştir. Yine Ladbroke davasında ilk derece mahkemesi zımnen at yarışı görüntülerinin “unsur” olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak, bunların bahis pazarı açısından “esaslı” nitelik arz etmediğine hükmetmiştir. IMS Health davasında mahkeme, veritabanı yapısının esaslı unsur teşkil edebileceğine değinmiştir. Microsoft davasında Komisyon, bireysel işletim sistemini ilgili pazarlardan biri olarak kabul ederek ara işlerlik bilgilerinin rakiplerine kullandırılmasını emretmiştir.

B. Unsurun Esaslılık Teşkil Etmesi²²⁰

Esaslılık tabirinin kesin bir tanımını yapabilmek için teorisyen ve mahkemelere büyük iş düşmektedir²²¹. Esaslılık bünyesinde iki hususu içermektedir.

²¹⁶ Bu koşullara ek olarak fikri mülkiyet hakları ile ilgili davalarda bir de “yeni bir ürünün ortaya çıkması” aranmaktadır. Bu konu üzerinde daha sonra fikri mülkiyet haklarıyla ilgili bölümde değerlendirilme yapılmıştır.

²¹⁷ Doktrinde bir görüş, hukuki kesinliğin sağlanabilmesi açısından bu koşulların sınırlı sayıda olduğunu belirtmekte ve dava konusu olaya göre ortaya çıkabilecek diğer faktörlerin yukarıda sayılan istisnai koşulları etkilediği ölçüde göz önünde bulundurmamak gerektiğini ileri sürmektedir (**Hatzopoulos**, s. 25).

²¹⁸ “A facility”.

²¹⁹ **Whish**, . 675; **Jones – Sufirin**, s. 395; **Hatzopoulos**, s. 14.

²²⁰ “Essentiality”.

İlki, söz konusu unsurun bir benzerini yapabilmemenin diğer herhangi bir teşebbüs için mümkün/makul olmamasıdır. Ortada ne gerçek ne de potansiyel ikamenin mevcut olamaması gerekir (European Night Services). Böyle bir durum fiziki imkânsızlıklar nedeniyle ortaya çıkabilir. Örneğin, bir limanın, hava limanının veya demiryolu hattının yapılması, planlama veya çevre koşulları nedeniyle mümkün olmayabilir. Yine böyle bir durum hukuki nedenlerden dolayı ortaya çıkabilir. Örneğin, bir teşebbüsün fikri mülkiyet hakkına sahip olması gibi. Nihayet, böyle bir durum ekonomik nedenlerden dolayı ortaya çıkabilir²²². Örneğin, bir rakibin kendisinin veya başkalarıyla birlikte ilgili unsurun benzerini oluşturmasının ekonomik olarak makul olmaması gibi. Bu durumda, doktrinin uygulanması açısından daha dikkatli davranmak gerekmektedir; zira mevcut yatırımı bedava kullanım suretiyle diğer rakiplerin kullanım talepleri olabilir. İşte bu önemli nokta, ATAD'ın Oscar Bronner davasında ekonomik imkânsızlığı sınırlandırmasının nedeni olabilir²²³. Unsurun aynı işlevi görecektir bir benzerinin yaratılmasının imkânsız olması; unsurun yaratılmasının makulluk derecesini aşacak şekilde zaman alması (European Night Services) veya pazarın yeni bir unsura geçiş açısından isteksizlik göstermesi (IMS Health v. NDC Health) hallerinde de söz konusu olabilir. Burada hâkim teşebbüsle devam eden ticari faaliyetin ortada herhangi bir objektif haklı sebep olmaksızın sona erdirilmesi durumuna da değinmemiz yerinde olacaktır. Bu durumda imkânsızlığın veya makul

²²¹ **Seelen**; Amerikan Yedinci Bölge Temyiz mahkemesinin MCI Communications kararına baktığımızda mahkemenin, sadece doktrin çerçevesinde sorumlu tutulabilmenin koşullarını ortaya koyduğunu buna karşılık ne "esaslılık" kavramını ne de hangi unsurların kararda sözü edilen koşullar bazında değerlendirmeye tabi tutulacağına dair herhangi bir açıklama taşımadığını belirtmektedir (bkz., **Seelen**, s. 1118).

²²² **Troy**'a göre bu durumun değerlendirilmesi, unsurun düklikasyonunun ilgili pazara giriş için gerekli olan standart maliyet olup olmamasına göre yapılmalıdır. Bu da gösterilecek gayret ve faaliyette bulunulacak yer için gerekli olan mutlak başlangıç maliyetidir (bkz., **Troy**, s. 465). Giriş için gerekli olan standart maliyet testi (Standard – cost – of – entry test), Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından Helix Milling Co. v. Terminal Flour Mills davasında kullanılmıştır. İlgili olayda, davacının değirmeni yangında kullanılamaz hale gelmiş ve bölgede sadece Terminal ile Iglehart değirmenleri sağlam olarak kalmıştır. Iglehart satılığa çıkarıldığında davacı satın almak istemiştir. Ancak, sahipleri değirmeni Terminal'e satmıştır. Bunun üzerine Helix olayda Sherman Kanunu Birinci Bölümü açısından ihlal olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, Helix'in bölgede un üretebilmesinin mevcut değirmeni kullanmak suretiyle mümkün olabileceğini çünkü yeni bir değirmenin inşası için yapılacak masrafin sektörün getireceği kârlılık ile karşılaştırıldığında yüksek maliyet gerektirdiğine karar vermiştir (523 F. 2d. 1317, 9th. Cir. 1975, cert. denied, 423 U. S. 1053, 1976). Bu test, unsura sahip tekelden kullanım talep eden teşebbüslerin, aynı yatırımı yapabilmeleri kendilerinden beklenebildiği takdirde bedava kullanımlarını (free riding) önlemeye yönelik olarak kullanılabilir. **Ölmez** de bedava kullanım sorununu çözümleyebilmek için uygulanabilecek bir yol olarak fiyat regülasyonunu ileri sürmektedir. Çünkü unsura sahip teşebbüsle unsuru kullanmak isteyen teşebbüsün katlanacağı risk birbirinden farklı olacaktır ve bu unsuru kullanma karşılığında ödenecek ücretin belirlenmesinde bu durumun dikkate alınması gerekmektedir (bkz., **Ölmez**, s. 67).

²²³ **Whish**, s. 674; **Hatzopoulos**, s. 16.

olmamanın faaliyetin diğer tarafında bulunan rakip teşebbüslerle aynı durumda olan tüm rakipler açısından değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Esaslılığın ikinci yönünü, girişin / erişimin rakipler için önemi teşkil etmektedir. Rakiplerin erişime sahip olmalarının onlar açısından uygunluk oluşturması (Ladbroke), bir diğer ifadeyle daha avantajlı hale gelmelerini sağlaması yeterli değildir. Önemli olan, unsura erişimin vazgeçilmez kabul edilmesidir (Oscar Bronner)²²⁴. Talepte bulunan teşebbüs açısından ilgili faaliyetini yürütülebilmesi için, alt pazarda mal veya hizmet üretebilmesi için hayati önemi haiz olmalıdır. Aksi takdirde, teşebbüs ilgili piyasada mevcudiyetini koruyamamalıdır.

Esaslılığa ilişkin koşul objektif nitelik taşımaktadır. Giriş talep eden teşebbüsün ihtiyaçlarına göre değerlendirme yapılamaz. Bu bağlamda Oscar Bronner kararında, diğer herhangi bir gazete yayıncısı teşebbüs için tek başına veya diğer yayıncılarla birlikte kendi ulusal eve dağıtım sistemi oluşturmaları için engellerin bulunmadığı belirtilmiştir. Davacının hâkim teşebbüsle karşılaştırılabilir bir dağıtım sistemi kurmasının herkes açısından ekonomik olarak mümkün olmadığını ispatlaması gerekir²²⁵.

Bu durumda eğer unsura eş değer başka unsurlar mevcutsa veya ilgili unsurun kullanılması sonucu elde edilebilecek yarar diğer kaynaklardan elde edilebiliyorsa esaslılık kavramından bahsedilemeyecektir. Dışlanan rakibin makul başka alternatifleri mevcutsa artık esaslı unsur doktrini açısından herhangi bir araştırma yapmaya devam etmek gereksizdir²²⁶.

²²⁴ **Whish**, s. 674

²²⁵ **Lang, John Temple**: “Compulsory Licencing of Intellectual Property in European Community Antitrust Law”, for the DoJ / FTC Hearings, Washington 2002, s. 13, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf>, (15.10.2007), s. 9.

²²⁶ **Lipsky – Sidak**, s.1212-1213; **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 449; **Werden**, s. 457; **J. Gerber, David**: “Rethinking the Monopolist’s Duty to deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of Essential Facilities”, Virginia L. Rev., V. 74, 1988, s.1073 – 1074; **Seelen** makalesinde “esaslılık” kavramını farklı açılardan inceleyerek tanımlamıştır. İlk olarak mahkemelerin, hayati önem arz eden bir hizmet veya mal için erişim veya kullanma talep eden teşebbüse bu hakkın tanınabilmesi için kamu menfaatinin göz önünde bulundurulması gereğinden bahseder. Bu görüşünü desteklemek için de United States v. Terminal Railroad Ass’n, Associated Pres v. United States ve Otter Tail Power Co. v. United States kararlarını göstermektedir. İkinci olarak esaslı unsur doktrininin, bir teşebbüsün tekel gücünü üretimin bir aşamasından diğerine ve bir pazardan diğerine genişletmesini engellemek amacıyla kullanıldığını ifade eder. Yazar, bazı mahkemelerin kararlarında bir unsurun esaslı olup olmaması noktasında, tüketici tercihlerinin belirleyici olduğunu belirtmiştir. Ancak bu görüş kanımızca yazarın da belirttiği üzere isabetli değildir. Çünkü mahkeme esaslılığa karar verirken, müşterinin davacıdan ziyade, davalının unsurunu tercih etmesini göz önünde bulundurabilir. Sonuç olarak yazar, makalesinde esaslılığa karar verirken kamu menfaatinin

C. Rekabetin Etkilenmesi

Esaslı unsurun üçüncü kişilerce paylaşılması, hem uzun hem de kısa vadede tüketicilerin zararına olarak rekabetin bertarafı veya önemli ölçüde azaltılması koşuluna bağlıdır²²⁷. Bu koşul, hâkim teşebbüsün sahibi olduğu varlığın rekabet için vazgeçilmez, esaslı olmasının bir sonucudur²²⁸. Bu varlığın rekabet için vazgeçilmez olması, alt pazardaki rekabetin devamına hizmet etmesi demektir. Rekabet üzerindeki önemli dereceki etkinin tespiti dava konusu olaylar açısından farklılık gösterebilir; ancak, en azından pazarda etkin rekabetin var olmaması demektir²²⁹.

ATA m. 82, pazardaki tüm rekabetin tamamıyla ortadan kalkması gereğini değil ve fakat tüketicilerin zararına olarak üretimin sınırlandırılmasını aramaktadır. Esaslı unsur doktrininin uygulanmasını haklı gösterebilmek için rekabetin engellenmesinin standardı üzerinde durmak gerekmektedir. Bununla birlikte, Komisyon uygulamaları ve mahkeme kararları bu standardı tam olarak

göz önünde bulundurulmasından söz eder. Kanımızca, doktrinin uygulanması için gerekli olan koşullar tahlil edilirken dışlayıcı uygulamanın, rekabet açısından etkisi ve dolayısıyla ekonomik faktörler unutulmamalıdır. Yalnızca, kamu ihtiyacı doktrinin uygulanması için bir ön koşul olarak görülmemelidir (bkz., **Seelen**, s. 1120 – 1129).

²²⁷ Bu husus Bronner davasında savcının görüşleri arasında yer almaktadır. (bkz., Opinion of Advocate General Jacobs in Case C – 7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG, ECR 1998, I-7791, para. 61.

²²⁸ **O'Donoghue - Padilla**, s. 442.

²²⁹ Regüle edilmiş sektörler açısından (telekomünikasyon, enerji gibi) doktrininin uygulama alanı hususuna kısaca değinecek olursak, bu konuda Amerika'da, regüle edilmiş sektörde, anti rekabetçi davranışları yaptırma bağlayan regülatif bir yapının varlığı halinde, antitröst müdahalesi için çok az bir alan bırakılmaktadır. AT Rekabet hukukunda, Amerika'dakinden farklı bir yol izlenmesinin tercih edilmesinin pek çok nedeni vardır. İlk olarak, ikincil mevzuatın mevcudiyeti, ATA'nın rekabete ilişkin düzenlemelerinin doğrudan uygulanmasını ortadan kaldırmamaktadır. Ayrıca AT Direktiflerinin, Amerikan mevzuatıyla karşılaştırıldığında daha kesinlikten uzak ve muğlak olduğunu görmekteyiz. Nihayet regülatif yapının Amerika'da daha fazla tecrübesi olduğunu ve daha bağımsız hareket ettiğini görmekteyiz. Deutsche Telekom davasında (OJ 2003 L 263 / 9). Komisyon, regüle edilmiş sektörler bakımından ATA'nın ilgili hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu davada, tekel tarafından yerel telekomünikasyon ağlarına giriş için yüksek fiyat belirlenmesi Komisyon tarafından 82. maddeye aykırı bulunmuştur. Bununla birlikte AT rekabet hukuku öğretisinde sektöre özgü kurallar ile rekabete özgü kurallar arasındaki ilişki açısından tartışma söz konusudur. Bir görüş, genel rekabet kurallarının ve bu bağlamda esaslı unsur doktrininin sektöre özgü kurallara göre önceliğinin bulunması gereğini savunurken, diğer bir görüş, regüle edilmiş sektörler ile rekabet hukuku arasındaki karşılıklı etkinin en az düzeyde olmasını savunmaktadır (bkz., **Hatzopoulos**, s. 19, dn. 115'te belirtilen yazarlar). **Gürzumar** çalışmasında, Almanya'dan örnek göstermek suretiyle, regülasyonun olduğu pazarda rekabet hukuku kurallarının uygulama alanı bulmayacağı şeklindeki anlayışın hukuk politikası bakımından mutlaklaştırılmayacağını ifade etmektedir (bkz., **Gürzumar**, s. 249). Bu bağlamda her iki kural türünün birbirini tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilmesi uygun görülmelidir. Aynı tür tartışma Türk hukuk doktrininde de mevcuttur (bu hususta bkz., **Gürzumar**, s. 253 vd.).

belirleyebilmiş değildir. Bronner kararında ATAD, ilk olarak Magill kararına atıfta bulunmak suretiyle anlaşma yapma yükümlülüğünün yerinde görüldüğünü; zira anlaşma yapmayı reddetmenin televizyon dergi pazarındaki tüm rekabetin dışlanması sonucunu doğurduğuna işaret etmiştir. Ancak daha sonra, daha düşük bir standart belirlemek suretiyle somut olay açısından reddetme eyleminin, hizmet talep edenin adına günlük gazete pazarındaki tüm rekabeti yok ettiğinin gösterilmesi gereğini ifade etmiştir. IMS kararında ATAD, reddetmenin ikincil pazardaki rekabetin dışlanması sonucunu doğurması gerektiğini belirtmiştir. Komisyon ise Microsoft kararında daha esnek davranarak “rekabetin bertaraf edilmesi riski”nden ve “talep edilen fikri mülkiyet hakkının rakibin piyasada kalabilmesi için gerekliliği”nden bahsetmektedir. Tüm bu farklı ifadelerle rağmen, AT Rekabet hukuku doktrininde konuya açıklık getiren yorumlara baktığımızda, şu hususları ifade etmemiz mümkündür. Rekabetin engellenmesi, unsuru talep eden tarafın ilgili pazardan dışlanması koşuluna bağlanmamalıdır. Bronner kararında ATA m. 82'nin amacının belirli rakiplerin durumunu korumaktan öte rekabetin bozulmasının önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir²³⁰. Esaslı unsur doktrininin uygulanmasını rakibi engellemeye odaklanmış bir yaklaşım, doktrininin kötüye kullanımına açık olacaktır. Zira rekabeti etkin bir şekilde güçlendirmeyecek teşebbüslerin bedeva kullanım suretiyle pazara girmeleri de bu şekilde önlenmiş olacaktır. Bunun dışında rekabetin engellenmesine ilişkin standart rekabetin önemli derecede sınırlandırılması, azaltılması prensibine dayanmaktadır. Böyle bir durum, üst pazardaki hâkim durumun alt pazarda da hâkimiyete yol açması halinde ortaya çıkabileceği gibi alt pazarda hâkim durum söz konusu olmaksızın yalnızca rekabet avantajı elde etme halinde de ortaya çıkabilir²³¹.

Bronner davasında, objektif bir standart belirlenmek suretiyle sadece talepte bulunan teşebbüs açısından değil, gazete yayıncısı diğer teşebbüsler bakımından da eve dağıtım ağı kurmalarının teknik, hukuki veya ekonomik açıdan imkânsız ya da aşırı güç olduğunu ya da en azından mevcut unsuru kontrol eden teşebbüs ile aynı değerdeki rakip tarafından ulusal bir dağıtım ağının kurulmasının ekonomik olarak sürdürülebilir olmadığını ispatlanması gerektiği ifade edilmiştir. Kanımızca ekonomik engellere yönelik böyle bir sınırlama getirilmesi yerindedir. Zira bir teşebbüsün yapmış olduğu yatırımdan herhangi bir çaba sarf etmeksizin yararlanılması mümkün olmamalıdır. Esaslı unsur doktrininin somut olay açısından

²³⁰ Davanın savcısı Jacobs'un bu hususu ifade ettiği görüşü için bkz., Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and Others, ECR 1998, I-7791, para. 58.

²³¹ **Hatzopoulos**, s. 18; **O'Donoghue - Padilla**, s. 444.

tarafların menfaatleri göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulanması gerekmektedir. Bir taraftan hâkim teşebbüsün üçüncü kişinin erişim talebini reddinin kötüye kullanma teşkil edip etmediği değerlendirilmeli ve bu bağlamda rekabet yapısına etkisi göz önünde bulundurulmalı iken, diğer taraftan talepte bulunan rakibin bunu bedava kullanım suretiyle, hâkim teşebbüsün yatırımını kullanmak amacıyla yapıp yapmadığı incelenmelidir²³². Böylelikle hâkim teşebbüsün iktisadi varlıklarına girebilmek/erişebilmek için esaslı unsur doktrinine bahane²³³ olarak başvurulmasının önüne geçebilmek mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla erişim talebinin unsur sahibi tarafından reddi, bir pazardaki hâkim durumun diğer pazardaki rekabet ortamını bozmak için kullanıldığı somut olay açısından tespit edilebiliyorsa ve bu bağlamda red, diğer pazardaki rekabeti bertaraf ediyor veya sınırlandırıyor, ortada dışlayıcı uygulama sonucu hâkim durumun kötüye kullanılması söz konusudur.

Lang'a göre; eğer alt pazarda pek çok rakip bulunmakta ise ve pazarda hâlihazırda rekabet mevcutsa, bir rakibin daha unsur sahibi tarafından erişim talebinin reddedilmesi rekabet üzerinde önemli bir etkiye sebep olmayacaktır. Ancak bu durumda, giriş talep eden rakip, mevcutlarından farklı bir ürün veya hizmet sunacağını veya pazarda etkin rekabetinin engellenmesi amacıyla ayrımcılık yapıldığını gösterebildiği takdirde anlaşma yapma yükümlülüğü getirebilir²³⁴.

D. İki Pazarın Gerekliliği

Esaslı unsurun bulunduğu pazarla, faaliyette bulunmak için esaslı unsurun kullanımına ihtiyaç olan bağlantılı pazar arasındaki ayrımın yapılması gereklidir. Doktrinde, üretim zincirinde, esaslı unsurun üst pazarda bulunabileceği gibi, alt pazarda da bulunabileceği belirtilmektedir²³⁵. Bununla birlikte, esaslı unsur

²³² Böylelikle esaslı unsur doktrinine yöneltilen özel mülkiyete müdahale ile unsur sahibinin yenilik yapma güdüsünü ortadan kaldırma gibi eleştirileri göz önünde bulundurmamak suretiyle anlaşma yapma yükümlülüğünü getirebilmek mümkün olabilir (**Overd, Alan – Bishop, Bill:** “Essential Facilities: The Rising Tide”, ECLR, V.19/4, 1998, s. 183). Bronner davasında, ekonomik imkânsızlığın koşullarının sınırlandırılmasının nedeni de bu olabilir.

²³³ Doktrine bahane olarak başvurulmasının nedeni olarak, hâkim teşebbüsün sahip olduğu varlıkların rakiplerinkine nazaran daha avantajlı olması gösterilebilir.

²³⁴ **Lang**, Legitimate Competition, s. 492.

²³⁵ Genelde üst pazarda, hâkim durumda olan ya da tekel durumunda olan teşebbüs ya da teşebbüsler faaliyette bulunmakta ve bu teşebbüsler alt pazarlarda faaliyette bulunan teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gereken esaslı nitelikteki unsuru ellerinde bulundurmaktadırlar. Diğer bir ifade ile ellerinde bulundurdıkları unsur alt pazarlardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için zorunlu olmaktadır. Esaslı unsur, alt yapı tesislerini elde bulundurma, dağıtım kanallarını elde bulundurma veya hammaddeyi elde

doktrininin söz konusu olduğu davalarda kendisinin yararlanılması hayati olan varlık üst pazar, bu varlıktan yararlanılarak üretilen ürünlerin pazarı da alt pazar olarak nitelendirilmektedir²³⁶.

Esaslı unsur doktrini çerçevesinde anlaşma yapma yükümlülüğü Topluluk Rekabet Hukuku içtihadı ve literatürüne göre, alt pazar ve üst pazar olarak tanımlanan (dikey pazar)²³⁷ pazar yapılarının olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Doktrinin özellikle bu hallere özgü olarak uygulama alanı bulmasının temel gerekçesine, yine Topluluk Rekabet Hukuku doktrininde yer verilmiştir. Buna göre, tek bir pazarda meşru olarak elde edilmiş bir mülkiyet hakkından kaynaklanan tekel gücüne itiraz edilemez. Böyle bir durumda bir yandan teşebbüse elde ettiği rekabet avantajından yararlanma hakkı verilirken, diğer yandan rakiplerinin kendi ürünlerini yaratmaları, geliştirmeleri beklenir²³⁸. Aynı prensip bir pazarda sahip olduğu unsur neticesinde hâkim durumda olan teşebbüsün bu gücünü, unsurun rekabet için esaslılık arz ettiği ikinci bir pazardaki rekabeti kısıtlamak için kullanması durumunda uygulanamaz. Diğer bir deyişle, bir pazarda kendisine hâkim durum bahşeden unsurun teşebbüse meşru rekabet avantajı sağladığı kabul edilmekle birlikte bu unsur üzerindeki kontrolün diğer pazarlardaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanılması, rekabet hukuku açısından kabul görmemektedir²³⁹. Böyle bir durumda ikinci pazardaki mal/hizmet üretimi için esaslılık arz etmekte olan unsur, bu unsuru kontrol eden teşebbüsçe, rakiplerinin erişimine kapatılıyorsa, ilgili teşebbüsün meşru olarak rekabet etmediğini söylememiz gerekecektir. Zira alt pazarda daha iyi veya daha ucuz ürün arz edilmemekte bunun yerine rakiplerin dışlanması suretiyle rekabete ve sonuç itibarıyla de tüketicilere zarar verilmektedir²⁴⁰.

ATA m. 82 kapsamında yapılan her incelemede olduğu gibi, esaslı unsurla ilgili davalarda da ilgili pazarı tanımlamak önem arz etmektedir. Üst pazardaki esaslı

bulundurma şeklinde olabilir. Bazen tam tersi alt pazarda faaliyette bulunan teşebbüsün alt pazardaki hâkimiyetini üst pazarda kötüye kullanması söz konusu olabilir. Örneğin elektrik iletiminde hâkim durumda olan bir teşebbüs, elektrik üretimi faaliyetinde bulunan teşebbüslerin taleplerini karşılamayarak yani üretilen elektriği iletmeyerek, sahip olduğu ve esaslı unsur olarak kabul edilen altyapıyı kullandırmayarak da hâkim durumunu kötüye kullanabilir (bkz., **Güven**, s. 22; **Ridyard, Derek**: "Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law", V. 17/8, 1996, s. 439).

²³⁶ **Gürzumar**, s. 317 dn. 196.

²³⁷ Dikey bitişik pazardan anlaşılması gereken, üretim zincirinin ard arda gelen aşamalarından sonra gelen pazar aşamasıdır (bkz, **Gül**, s. 99).

²³⁸ **O'Donoghue - Padilla**, s. 436; **Lang**, Compulsory Licencing, s. 13.

²³⁹ **O'Donoghue - Padilla**, s. 436.

²⁴⁰ **Lang**, Compulsory Licencing, s. 11.

unsurun tanımı alt pazardan kaçınılmaz olarak etkilenecektir. Dolayısıyla, alt pazarın incelenmesi olmaksızın üst pazarın tanımlanması mümkün değildir. Örneğin Sealink/B & I – Holyhead davasında Komisyon, merkez koridor rotasındaki liman hizmetlerini üst pazar olarak tanımlamıştır. Bununla birlikte alt pazar olarak da Büyük Britanya - İrlanda deniz yolu üzerindeki vapur seferleri tespit edilmiştir. Eğer böyle bir tespit yapılmamış olsaydı üst pazar da bu kadar dar tanımlanamayacak ve merkez koridor rotasındaki Holyhead limanı da esaslı kabul edilmeyecekti²⁴¹.

Topluluk hukukundaki uygulamalara baktığımızda, esaslı unsur niteliğindeki bir varlığın kullanılmaması çerçevesinde bir pazardaki hâkim durumun diğer pazardaki rekabet koşullarını bozması yatay bitişik pazarlar açısından da ortaya çıkabilmektedir²⁴². Bu konuya ilişkin çok örnek olmamakla birlikte Komisyonun yeni tarihli Microsoft kararında bu noktayı açıkça görmekteyiz. Karara konu olayda Komisyon, Microsoft'un bilgisayar işletim istemleri pazarındaki hâkim durumunu diğer ilgili pazar olan sunucu işletim sistemi pazarında avantaj elde etmek için kullanmaktadır²⁴³.

Unsuru sahip teşebbüsün, davacı ile aynı pazarda rekabet halinde olmadığı hallerde esaslı unsur doktrininin uygulanabilirliği hem bilimsel içtihatlarda hem de mahkeme kararlarında tartışılmaktadır. Doktrinde, çoğunluk görüşü; rakip olmayan teşebbüslerin unsuru sahip olan teşebbüsten kullanım talep etmesi halinde, esaslı unsur doktrininin uygulanma kabiliyetinin az olduğuna işaret etmektedir²⁴⁴. Esaslı

²⁴¹ **Whish**, s. 675; esaslı unsurla ilgili olarak Topluluk rekabet hukuku uygulamalarına baktığımızda iki ayrı pazarın varlığını görmekteyiz. Örnek olarak, Commercial Solvents kararında ham madde pazarı ile bu ham maddenin türevleri pazarı; Sea Containers v. Stena Sealink kararında liman hizmetleri pazarı ile vapur hizmetleri pazarı; Magill kararında ise televizyon liste pazarı ile haftalık televizyon dergi pazarı gösterilebilir.

²⁴² Yatay bitişik pazardan anlaşılması gereken, bir üretim zincirinde bulunan pazardan yararlanan diğer üretim zincirinde bulunan pazardır (bkz., **Gül**, s. 99). .

²⁴³ **O'Donoghue - Padilla**, s. 207.

²⁴⁴ **Kezsbom – Goldman**, s. 14; **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 461, **Gerber**, s. 1076; Kramer v. The Pollack – Krasner Foundation, 890 . Supp. 250, 257 (SDNY 1995); Ferguson v. Greater Pocatello Chamber of Commerce, Inc. 848 F. 2d 976, 983 (9th Cir. 1988). Bununla birlikte doktrinde azınlıkta kalan görüş, esaslı unsur çerçevesinde gerçekleşen anlaşma yapma yükümlülüğünün yalnızca rakipler açısından geçerli kabul edilmesini benimsememektedir. Bu doktrinin müşteriler ve sağlayıcılar açısından da uygulanabilir olmasını ileri sürmektedir. Çünkü unsuru giriş yapmak isteyen teşebbüsün engellenmesi, bu dışlamanın ekonomik etkisini değiştirmemektedir (bkz., **Troy**, s. 471). Örneğin Hecht v. Pro – Football, Inc. davasında, futbol stadyumunun sahibiyile Washington Redskins futbol takımı arasında stadın münhasır kullanımına ilişkin bir sözleşmesi vardı. Bu stadın sahibinden, ikinci bir futbol takımının da ilgili stadı kullanmasına izin verilmesi talep edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta ise stad sahibinin ikinci takımla herhangi bir rakiplik ilişkisinin olmaması veya tekel gücünü muhafaza etme veya genişletme amacının olmamasıdır. Bu karar ışığında daha sonra MCI kararında mahkeme unsurun kontrol edilmesi kavramını

unsur doktrininin uygulandığı davalara baktığımızda çoğunlukla davacı tarafın, unsuru talep eden rakiplerden (potansiyel rakipler de olabilir) oluştuğunu görüyoruz. Bu durumda doktrinin, rakiple tek taraflı olarak anlaşmayı reddetme hallerinde uygulanabileceğini söylememiz mümkündür.

Amerikan doktrininde, esaslı unsuru kullanma talebi reddedilen davacı taraf için iki ayrı ilgili pazarı ileri sürmesinin gerekli olmadığı yönünde görüş bulunmaktadır²⁴⁵. Davacı taraf, ilgili tek pazarda bulunan tekelin rakibi olabilmektedir. Örneğin, Aspen Skiing kararında, hem alt mahkemeler hem de temyiz mahkemeleri, ilgili ürün pazarı olarak Aspen bölgesinde yer alan ve çok bölgesi ve günlük bilet sistemini içeren aşağı yamaç kayak hizmetlerini kabul etmiştir. Yalnız burada şu hususu ifade etmek gerekir kanısındayız: Amerikan yargı kararlarında esaslı unsur doktrini yalnızca Aspen Skiing davasında tek pazar açısından uygulama alanı bulmuştur. Dava konusu olayda, uzun süredir devam eden bir ilişkinin, rakiplerden birinin diğerinin rekabetini imkânsızlaştırmak suretiyle sona erdirilmesi ve böylelikle pazardaki rekabet koşullarının değiştirilmesinin amaçlandığını görmekteyiz. Bununla birlikte, doktrinde çoğunluk esaslı unsur doktrininin tek pazar açısından uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır²⁴⁶. Bu görüşteki yazarlara göre, esaslı unsur doktrini yalnızca dikey ilişkili pazarlarda uygulama alanı bulabilir. Buna göre, diğer rakiplerin unsura erişimleri olmaksızın, alt pazarda faaliyet göstermeleri mümkün değildir. Esaslı unsur doktrininin tek pazar hallerine uygulanmamasının nedeni olarak, “pazarda rekabet açısından avantaj sağlayan iktisadi varlığın kullanılmasına ilişkin getirilecek sınırlamaların önüne geçilmesi gerektiği” gösterilmektedir²⁴⁷. Aynı durum fikri mülkiyet hakları açısından

kullanmayı tercih etmiştir. Bunun nedeni de esaslı unsur doktrininin uygulanma alanını ilgili unsurun sahibi olmayıp da belirli sözleşmesel hakları kullanma yetkisine sahip olan tekelleri de kapsayacak şekilde genişletmek olmalıdır (bkz., **Werden**, s. 456). Kanımızca, esaslı unsur doktrininin uygulama alanını dışlayıcı uygulamalar çerçevesinde düşünmemiz gerekmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki rakiplik ilişkisi doktrinin uygulanması açısından mihenk taşı kabul edilmelidir.

²⁴⁵ **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 460; **Kezsbom – Goldman**, s. 13.

²⁴⁶ **Marquardt, Paul D. – Leddy, Mark**: “The Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: A Response to Pitofsky, Patterson and Hooks”, *Antitrust Law Journal*, V.70, 2003 s. 851; **Genevaz, Simon**: “Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should not Distinguish Between IP and Other Property Rights”, *Berkeley Tech. L. J.*, V. 19:2, 2004, s.761.

²⁴⁷ **Marquardt – Leddy**, s. 852. Gerek maddi varlık sahiplerinin gerekse fikri ürün sahiplerinin, mutlak haklarından kaynaklanan başkalarının bu varlıkları kullanmasını engelleme yetkisine sahiptir. Ancak bu yetki hiçbir zaman rekabete aykırı yöntemlerle tekelleşme yaratacak şekilde kullanılamaz. Bu doğrultuda örneğin, yeni bir tüketici ihtiyacını karşılayacak mal veya hizmetin üretilebilmesi için gerekli olan ve pazarda faaliyette bulunabilmek için esaslılık arz eden varlığın sahibi tarafından kullanılmaması “esaslı unsur

da söz konusudur. Rekabet hukuku yeniliği desteklemektedir ve lisans vermeyi reddetme fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan münhasır yetkiyle uyuştuğu ve dolayısıyla üçüncü kişilerin fikri ürünü izinsiz kullanmaktan men etme meşru sayılabildiği takdirde fikri hak sahibine bu hakkı paylaşma yükümlülüğünün getirilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, fikri mülkiyet hakkı sahibine diğer pazarda paylaşma yükümlülüğünün getirilmesi onun hâkim durumunu diğer bağlantılı pazarlardaki rekabet koşullarını etkilemesini engellemek için mümkün görülmektedir²⁴⁸.

Esaslı unsurla ilgili davalar bize ABD’de bu hususta tek pazara ilişkin bir içtihadın oluşmadığını ve Aspen kararının konu ile ilgili tek örnek olduğunu göstermektedir²⁴⁹. Kanımızca da Aspen kararı alelade mal vermeyi reddetme kapsamında incelenmesi gereken bir dava niteliğini taşımaktadır. Bu dava açısından bir pazarda sahip olunan tekel gücün diğer pazardaki rekabet koşullarını ortadan kaldırmak amacıyla kullanılması halini görmemekteyiz. Ayrıca, hâkim teşebbüs tarafından kontrol edilen bir unsurun diğer pazarda rakiplerin mal veya hizmet üretebilmek, sunabilmek için esaslılık teşkil etmesi durumu burada söz konusu değildir. Zira bu davada hâkim durum Aspen Skiing’in üç tepeye sahip olmasından kaynaklanmaktadır ve esaslı unsur olduğu iddia edilen tüm tepelerdeki tesislere girişi sağlayan bilet sistemi, tarafların ortaklaşa kurmuş oldukları bir sistem olup olayda Aspen Skiing’in bu sisteme katılması ve daha sonra da bu sistemden ayrılması söz konusudur.

doktrini” açısından incelemeyi gerektirebilir. Ancak bu durum iki pazarın söz konusu olduğu hallere özgüdür.

²⁴⁸ Ancak burada paylaşım yükümlülüğü için söz konusu olan istisnai koşulların varlığının aranması gereğini de belirtmemiz gereklidir. Fikri mülkiyete ilişkin esaslı unsur davalarında, hakkın doğrudan ilgili olduğu ve dolayısıyla hakkın geliştirildiği ve doğrudan uygulanabilecek tüm pazarları kapsayan “birincil pazar (primary market) ile fikri mülkiyet hakkının kapsamı dışında kalan ve lisansın bu pazarda bir ürün/hizmetin üretilmesi için kullanıldığı ikincil pazar (secondary market) söz konusu olmaktadır(bkz., **Lang**, Compulsory Licencing, s. 13).

²⁴⁹ Bu konuda Onbirinci Bölge Temyiz Mahkemesinin konuya ilişkin eleştirisini de içeren kararı önemlidir. Mahkeme kararında, esaslı unsura ilişkin davaların temel özelliğini bir pazardaki tekel gücün diğer pazara yayılmak istemesinin oluşturduğunu belirtmektedir. Aspen kararında Onuncu Bölge Temyiz Mahkemesi, esaslı unsur doktriniyi anlaşma yapmayı reddetme haline uygulamıştır. Ancak, dava açısından anlaşma yapmayı reddetme durumunun “bir pazardaki tekel gücün diğer pazardaki rekabeti bozmak” için kullanılması söz konusu değildir. Yüksek mahkeme, Temyiz mahkemesinin kararını onaylarken davayı esaslı unsur doktrini çerçevesinde incelememiştir. Dolayısıyla, bu dava klasik esaslı unsur doktrini çerçevesinde incelenmesi gereken davalar kategorisinde yer almamaktadır (Consol. Gas. Co. of Fla. V. City Gas Co., 912 F.2d 1262, 1286, 11th Cir. 1990).

Kanımızca burada öncelikle yapılması gereken ilgili ürün pazarının tespit edilmesidir. Sonra bu pazarda hâkim durumda olup olunmadığı saptanmalı ve nihayetinde de hâkim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin esaslı unsura sahip olup olmadıkları tespit edilmelidir. Esaslı unsurun tespitinden sonra ise, bir rekabet ihlali olarak kabul edilip anlaşma yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için esaslı unsura sahip olan teşebbüs ya da teşebbüslerin bu unsurdan yararlanmak isteyen diğer teşebbüslerin taleplerini haklı bir gerekçe olmadan reddetmeleri gerekmektedir²⁵⁰. Bununla birlikte esaslı unsur doktrininin işlevselliğini, bir pazardaki hâkimiyetin diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanıldığı haller açısından kabul ettiğimiz için esaslı unsur kullanılmak suretiyle girilmek istenen pazarın da tanımlanması önem arz etmektedir.

E. Objektif Haklı Neden²⁵¹

Esaslı unsur sahibi, anlaşma yapmayı reddetmesinin nedeni olarak “objektif haklı sebep” gösterdiği takdirde hâkim durumu kötüye kullanmış sayılmayacaktır. Haklı sebepler arasında, giriş talep eden teşebbüsün güvenilir olmaması, kapasite sınırlamalarının varlığı sayılabilir²⁵². Böyle bir neden objektif olmalıdır ve teknik veya ekonomik olarak sakatlık taşımamalı, ayrımcı niteliğe sahip olmamalı ve nihayet takdiri olmamalıdır.

Amerikan rekabet uygulamalarında da objektif haklı nedenin varlığı, rekabet açısından sorumluluğa engel olmaktadır²⁵³. Mahkeme tekelin rakibiyle anlaşma yapmayı reddetmesinin haklı gösterilmesi gereği kanaatindeyse bu durumda hangi tarafın bu haklı gerekçeyi ispatlayacağına da karar vermelidir. Aspen kararı, zımni olarak hangi tarafın objektif haklı sebebi ispatlaması hususunda bir yaklaşım önermektedir. İlk olarak davacı taraf tekelin dışlayıcı uygulamasını ve etkisini gösterecek delili sunmalıdır. Örneğin, tekelin anlaşma yapmayı reddetmesi üzerine davacının rekabetten nasıl dışlandığı ve genel olarak bu durumun rekabete ne gibi bir etkisi olduğu delillerle mahkemeye sunulmalıdır. Daha sonra ispat yükü tekele geçmektedir. Tekel anlaşma yapmayı reddetmesinin haklı, makul bir nedene dayandığını göstermelidir. Son olarak, eğer tekelin böyle bir gösteren delili haklı görülebilecek nitelikteyse bu durumda davacı, tekelin ileri sürdüğü haklı sebebin bir

²⁵⁰ **Güven**, s. 18.

²⁵¹ “*Objective Justification*”.

²⁵² Örneğin, bir liman sahibi bu limanı tam kapasite kullanıyor olabilir. Bu durumda üçüncü bir kişiye erişimi sağlaması mümkün olmayacaktır.

²⁵³ **Kezsbom – Goldman**, s.21.

bahaneden ibaret olduğunu ispatlamalıdır. Bunu da davacı, tekelin göstermiş olduğu delilin çelişkili olduğunu ispatlaması yoluyla yapabilir²⁵⁴.

Mahkemeler, önlerine gelen davalarda, davalının “ekonomik çıkar” yönündeki savunmasını doğrudan haklı bir sebep gerekçesi olarak görmemektedir²⁵⁵. Davalının objektif haklı sebep yönündeki savunması, Hecht v. Pro – Football Inc., kararında ortaya konmuştur. Karara baktığımızda mahkeme, esaslı unsurun paylaşılması, pratik olarak mümkün değilse veya bu paylaşım davalının müşterilerine yeterli derecede hizmet etmesini engelleyecekse bu durumun rekabet kanunlarınca amaçlanmayan bir durum olduğunu belirtmektedir²⁵⁶. Yine Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesinin City of Anaheim v. Southern California Edison Co.²⁵⁷, davasına konu olayda, davalı elektrik dağıtımını yapan şirket, kendisiyle rekabet eden ve daha ucuza elektrik temin eden başka teşebbüsten elektrik alan davacı şehirlere kendi iletim hatlarını kullanılmayı reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da davalı, hatlarının aynı anda davacı tarafa kullanılması halinde kapasitesinin kendi müşterilerine yetmeyeceğini göstermiştir. Mahkeme de bu gerekçeyi kabul etmiştir.

Mahkeme önünde davalı tarafça ileri sürülen haklı sebepler şunlardır²⁵⁸; kâr maksimizasyonu²⁵⁹, kalite kontrolü/imaaj²⁶⁰, bedava kullanım²⁶¹ ile teşebbüsle ilgili planlama durumudur²⁶². Kısaca bu gerekçeler üzerinde durmanın yararlı olacağı görüşündeyiz.

Kâr maksimizasyonu, rekabet ortamında bulunan teşebbüslerin kullanabileceği ilk haklı gerekçedir. Ancak her davada haklı gerekçe olarak kullanılabilmesi mümkün değildir. Kararlara baktığımızda, tekel gücünün korunması amacıyla kullanılmadığı müddetçe bir tekelin kendi kârını maksimize edebileceği

²⁵⁴ **Ahern, Patrick J.:** “Refusals to Deal After Aspen”, Antitrust L. J., V. 63, 1994, s. 166 – 167; **Kezsbom – Goldman**, s. 32; Esaslı unsur doktrininin uygulanmasını gerektiren davranışlar tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs suçu kapsamında görüldüğünden, davacı tekelleşme iddiasında bulunuyorsa ilgili pazarda tekel gücü ve tekelleşmeye yönelik davranışı ispatladıktan; tekelleşmeye teşebbüs iddiasında ise belirli kastı ispatladıktan sonra haklı sebebi davalı taraf ileri sürebilir (bkz., **Kezsbom – Goldman**, s. 32).

²⁵⁵ **Kezsbom – Goldman**, s. 23.

²⁵⁶ Hecht v. Pro – Football Inc., 570 F. 2d 982, 993 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U. S. 956 (1978).

²⁵⁷ City of Anaheim, 955 F.2d, 1381.

²⁵⁸ **Ahern**, s. 173 – 182.

²⁵⁹ “*Profit Maximization*”.

²⁶⁰ “*Quality Control/Image*”.

²⁶¹ “*Free Riding*”.

²⁶² “*Legitimate Corporate Planning*”.

ifade edilmektedir²⁶³. Bu tür bir gerekçenin niçin kullanıldığı, tekelin davranışı sonucu rekabet ortamının ne şekilde etkilendiği mahkemenin göz önünde bulundurması gerekli hususlardır.

Kalite kontrolü de davalı tarafından mahkeme önüne getirilebilecek diğer bir haklı gerekçe olarak görülmektedir. Ancak bu gerekçeyi de değerlendirirken mahkemeler dikkatli olmalıdır. Kodak²⁶⁴ kararına baktığımızda, Kodak kendi teçhizatına en iyi bakımı ve yüksek kalitede servisi sağlamayı, müşterilerinin bağımsız servis teşebbüslerini²⁶⁵ kullanmalarına engel olmak suretiyle gerçekleştirebileceğini ve böylelikle de bağımsız servis teşebbüslerinin neden olabileceği uygun olmayan teşhis ve bakım sonucu makinelerde meydana gelebilecek aksaklıkların önüne geçebileceğini iddia etmektedir. Ancak mahkeme, müşterilerin verdikleri ifadeleri de göz önünde bulundurarak bu teşebbüslerin verdikleri bakım hizmetinin kaliteli olmadığı kanaatine varmanın uygun olmayacağına karar vermiştir.

Bir diğer haklı gerekçe de bedava kullanım olasılığına karşı koymaktır. Mahkemeler bazı kararlarında²⁶⁶ bu gerekçeyi kabul ederken; bazı kararlarında²⁶⁷ da reddetmektedir. Kodak kararında; Kodak, ürün gelişimi, üretim ve teçhizat satışlarında yapmış olduğu yatırımları, bağımsız servis teşebbüslerinin kendi servis gelirlerine el atmak suretiyle kötüye kullandığını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu iddiayı reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da, bağımsız servis teşebbüslerinin esaslı olarak hizmet pazarında yatırım yaptığını göstermiştir. Ayrıca, bu teşebbüslerin Kodak'ın yatırımlarını bedava kullandığı iddiasını da reddetmiştir; çünkü bunların teçhizat ve yedek parça pazarına girmediğini belirtmiştir. Kodak, fotokopi makinelerine hizmet sağlayabilmek için gerekli olan yedek parçaları, bağımsız servis sağlayıcılarına sağlamaktan imtina etmiştir ve bunun sonucunda da hizmet sektöründe Kodak ile rekabet edebilmesi engellenmiştir.

²⁶³ Deleware & Hudson Co. v. Consolidated Rail Corp., 902 F. 2d. 174 (2d. Cir. 1990); United States Football League v. National Football League, 842 F. 2.d 1335 (2d. Cir. 1988).

²⁶⁴ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U. S. 451 (1992).

²⁶⁵ Independent Service Organizations (ISOs).

²⁶⁶ Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co. , 802 F. 2d. 217 (7th Cir. 1986).

²⁶⁷ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.

Teşebbüsle ilgili planlama durumu, ya tekelin kullandığı kapasitesini arttırmama kararından²⁶⁸ veya tüm kapasitesini kullandığından rakibine veya müşterisine ürettiğini satmamasına karar vermesinden²⁶⁹ kaynaklanmaktadır. Tekelin ileri sürdüğü bu tür haklı gerekçeler, kendisi açısından ekonomik verimlilik sağlamayacağından ve Grinnel kararında belirtildiği gibi ticari düşünme kabiliyeti kapsamında değerlendirilebileceğinden dolayı böyle bir davranışı rekabet sorumluluğuna tabi tutmamak mümkündür²⁷⁰.

Eğer hâkim/tekel teşebbüs tam kapasitenin kullanıldığını ileri sürmekteyse, bu durumda iddianın gerçekliği araştırılmalıdır. Bu durumun, alt pazardaki rakibe unsura erişimin engellenmesi için bir mazeret olarak sunulup sunulmadığına bakılmalıdır. Eğer unsurun kapasitesi tamamiyle kullanılmıyorsa bu durumda objektif haklı sebep ileri sürme imkânı oldukça zor olmaktadır. Eğer kapasite hâlihazırda tamamiyle birçok rakip tarafından kullanılmaktaysa, bu durumda teşebbüslerin kullanımda kısıtlamaya gitmek suretiyle başka bir rakibin aynı mal ya da hizmet sağlaması için pazara girmesine imkân sağlamaları, rekabet açısından herhangi bir katkı sağlamayacaktır²⁷¹.

F. Giriş Ücreti²⁷²

Taraflar arasında unsurun kullanılmasına karar verildikten sonra davacı tarafın üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Öncelikle davacı, taraflarca kararlaştırılmış olan veya üçüncü kişilerce (ilgili uzman kişiler, rekabet kurumları gibi) tespit edilmiş olan giriş ücretini ödemelidir. Bunun dışında davacı, diğer koşulları yerine getirmelidir. Bunlar arasında, kapasite, tarife ve kullanım şekli gibi hususlar sayılabilir. Bu koşullar da yine ya taraflar arasında kararlaştırılabilir ya da üçüncü bir kişi tarafından tespit edilebilir²⁷³. Bununla birlikte makul ve ayırmacı olmayan tarzda belirlenmelidir. Giriş ücreti, unsurun kullanımını ya da teşebbüsün pazarda faaliyette bulunmasını engelleyecek kadar aşırı olmamalıdır. Burada hâkim/tekel teşebbüsten beklenen makul düzeydeki ücreti tespit etmesidir.

²⁶⁸ Oahu Gas Serv. v. Pacific Resources Inc., 838 F. 2d. 360 (9th Cir.), cert.denied, 488 U.S. 870 (1988).

²⁶⁹ City of Anaheim v. Southern Cal. Edison Co., 955 F. 2d. 1373 (9th Cir. 1992).

²⁷⁰ Ekonomik etkinlik nedeni, davranışın tekelleşme kapsamında düşünmesine engel olmaktadır (bkz., **Ahern**, s. 181). Zira böyle bir yatırım yapmak, yatırım sahibine olumlu bir getiri sağlamayabilir.

²⁷¹ **Whish**, s. 677; **Lang**, Legitimate Competition, s. 493; **Stothers**, s. 259.

²⁷² "Access pricing".

²⁷³ **Hatzopoulos**, s. 25; **Whish**, s. 677; **Ridyard**, s. 450.

Bu durumda ücret, bir taraftan hâkim/tekel teşebbüsün çabalarını karşılayabilmeli iken, diğer taraftan pazara giriş yapmak isteyen rakipleri engelleyecek düzeyde aşırı olmamalıdır²⁷⁴.

Fiziki unsurların söz konusu olduğu hallerde sadece sınırlı sayıda rakibe unsurun kullanım izni verilebilir. Bu durumda unsur sahibi, ilgili iktisadi varlığın optimum veya maksimum olarak kaç rakip tarafından etkin şekilde kullanılabileceğine karar vermelidir. Böyle bir karar gerek rakipler arasında gerekse kendisi ile rakipleri arasında ayrımcı bir nitelik taşımamalıdır²⁷⁵.

Magill davasında Komisyon, zorunlu lisansa ilişkin koşulların ayrımcı olmayan tarzda ve makul şekilde tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yine IMS davasında Komisyon, lisans ücretinin IMS ile lisans talebinde bulunan teşebbüs arasında kararlaştırılacağına hükmetmiştir. Eğer taraflar bu konuda anlaşamazlarsa ücret bir veya daha fazla bağımsız uzman tarafından tespit edilecektir. Uzmanlar yine tarafların üzerinde anlaştıkları kişilerden oluşacaktır. Taraflar uzman kişiler üzerinde de anlaşamazlarsa bu durumda Komisyon, tarafların kendisine sunduğu listeden veyahut kendisi bu kişileri atayacaktır. Microsoft davasında Komisyon, Microsoft'un verilen karara uygun davranıp davranmadığını denetleyebilmek için kendisinin veya üçüncü kişinin talebi üzerine rapor sunacak bir "denetici" atanmasına karar vermiştir.

V. Esaslı Unsur Doktrininin Diğer Alanlar Açısından Uygulanması

Esaslı unsur doktrini çalışmamızın ikinci bölümünde incelenecek olan fikri mülkiyet hakları dışında diğer alanlar bakımından da uygulama alanı bulabilir. Daha önce, esaslı unsur kavramı altında hangi fiziki varlıkların esaslı unsur oluşturabildiği belirtilmişti²⁷⁶. Bu bağlamda, bu başlık altında konuyla ilgili mahkeme, Komisyon ve Kurul kararları değerlendirilecektir.

Esaslı unsur kavramı Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda, Komisyon'un Sealink/B&I – Holyhead²⁷⁷ kararına kadar kullanılmamıştır. ATA m. 82 anlamında esaslı unsur doktrininin doğuşu, Commercial Solvents davasında verilen kararın

²⁷⁴ **Tekdemir, Yaşar:** AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Ankara 2003, s. 50.

²⁷⁵ **Lang,** Legitimate Competition, s. 494.

²⁷⁶ Bkz., Birinci Bölüm, II, B.

²⁷⁷ CMLR 5, 1992.

doğal bir sonucudur. Bu doğrultuda, alt pazardaki bir müşteriye mal vermeyi reddetme o pazardaki tüm rekabetin bertaraf edilmesi veya rekabetin sınırlanması etkisini doğuruyorsa²⁷⁸ ortada kötüye kullanıma yol açan bir durumun varlığından bahsedilebilecektir. Burada müşterinin aynı zamanda hâkim durumdaki teşebbüsün mevcut veyahut potansiyel rakibi olduğunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir; zira esaslı unsur doktrininin uygulanması açısından temel nitelik arz eden husus rekabet ilişkisidir.

ATAD kararlarında esaslı unsur doktrinine açıkça atıfta bulunmamıştır. Topluluk rekabet hukukunda, mahkeme kararları açısından esaslı unsura yönelik açık bir atıfla, ilk derece mahkemesinin ATA m. 81 kapsamında gördüğü European Night Services kararında karşılaşmaktayız. Ancak bu durum, ATAD'ın esaslı unsur doktrininin uygulanma olasılığını kabul etmediği anlamına gelmemektedir. Bilakis, mahkemenin önüne gelen ve mal/hizmet vermeyi reddetme kapsamındaki davalarda zımni olarak doktrine dayandığını görmekteyiz.

Genel olarak incelenecek dava konusu olaylarda sözü edilen doktrin unsur sahibi ile mevcut rakipler arasındaki ihtilaflarda ya da unsur sahibi ile yeni veya potansiyel rakipler arasındaki ihtilaflarda uygulama alanı bulmuştur. Mevcut rakipler arasındaki ihtilafla kast edilen, daha önce aralarında mevcut bir ticari ilişkinin olduğu taraflardan birinin bu ilişkiyi kesmesi veyahut ilişkinin seyrini değiştirmesi sonucu ortaya çıkan uyuşmazlıktır²⁷⁹. Fiziki alt yapılara erişim hakkında pek çok Komisyon kararı olmasına rağmen, erişime hükmedilebileceğine ilişkin hukuki koşulları açıkça ifade eden Komisyon kararı veya Topluluk mahkemesi kararına rastlamamaktayız. Ancak bu hususta, Oscar Bronner davasında savcı **Jacobs** doktrinin oldukça geniş ve detaylı bir şekilde tartışmasını yaptığı görüşünü göz önünde bulundurmamız gerekmektedir.

Doktrinde, Amerikan Yüksek mahkemesinin esaslı unsur doktrininin onayladığı veya onaylamadığına dair herhangi bir gösterge olmadığını ve bu durumun da konu üzerinde temyiz mahkemelerinin daha detaylı bir şekilde durmasını sağlamak amacıyla yapıldığı ihtimali ileri sürülmektedir²⁸⁰.

²⁷⁸ Hatzopoulos, s.18; O'Donoghue - Padilla, s. 444.

²⁷⁹ Ridyard, s. 442.

²⁸⁰ Doherty, s. 403; Glazer – Lipsky, s. 763.

A. Esaslı Unsur Olarak Hammadde

1. Commercial Solvents Kararı

Anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin ilk karar Commercial Solvents kararıdır²⁸¹. Tüberküloz hastalığının tedavisinde kullanılan etambutol ilacının ham maddesini nitropropan ve aminobutanol oluşturmaktadır. Commercial Solvents, nitropropan ile aminobutanolün üretiminde dünya tekeline sahiptir ve İtalyan firması olan Zoja'ya kendi yavru ortaklığı aracılığı ile ham maddeleri tedarik etmektedir. Commercial Solvents etambutol üretmeye başlamakla bu ürünün ham maddelerini tedarikten kaçınmıştır. 1971 yılının başında Zoja, etambutol üretemeyecek hale gelmiştir ve Commercial Solvents'i hâkim durumunu kötüye kullandığından bahisle şikâyet etmiştir. Zoja iddiasında bu davranışın amacının, kendisinin etambutol üreticisi olarak pazardan dışlanması olduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine Komisyon, Commercial Solvents'in Zoja'ya tedarigi kesmesinin haklı nedenleri olmadığı sonucuna ulaşmış ve Commercial Solvents'in para cezasını ödemesine ve ham madde tedarigine devam etmesine karar vermiştir. Ayrıca Commercial Solvents'i nitropropan ile aminobutanol için daha önce belirlemiş olduğu en yüksek fiyatın üzerinde bir fiyat belirlemekten de men etmiştir. Adalet Divanı, Komisyonun kararını onaylamıştır. Mahkemeye göre, Commercial Solvents ham madde pazarındaki hâkim durumunu alt pazardaki rekabeti etkilemek amacıyla kötüye kullanmaktadır. Commercial Solvents, mevcut müşteriye (Zoja) tedarigi kesmiştir; zira Commercial Solvents, Zoja'nın yer aldığı alt pazara girme amacındadır. Commercial Solvents'in, ham maddeyi kendi nihai ürünleri için saklı tutması ve bu nihai ürünleri üreten müşterisine ham madde tedarigini kesmesi, müşterisinden gelen tüm rekabetin bertaraf edilmesi riskini ortaya çıkarması ATA m.82'nin ihlalini teşkil etmektedir. Commercial Solvents'in söz konusu davranışının amacı, Zoja'yı ham maddeyi tedarik etmeyi kesmek suretiyle alt pazardan dışlamaktır. Böylelikle hâkim teşebbüs uzun süreden beri devam etmekte olduğu ticari ilişkisini herhangi bir objektif haklı sebep olmaksızın sona erdirmiştir. Bunun sonucunda teşebbüs, alt pazardaki rekabet koşullarını bozmak ve en temel etambutol üreticisini pazardan dışlamak suretiyle bu pazardaki rekabeti sınırlandırmak amacındadır.

²⁸¹ Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents Corporation v. Commission Cases 6 – 7, ECR 1974, 223.

Kararla ilgili olarak doktrinde getirilen ve kanımızca da haklılık payı olan bir eleştiriye de değinmemiz yerinde olacaktır. Buna göre, kararda etambutol üretimi için gerekli olan ürünün esaslı olduğu kabul edilmiştir. Ancak alternatif ham madde ile veyahut üretim yöntemini değiştirmek suretiyle etambutolün üretilip üretilmeyeceği araştırılmamıştır²⁸². Bu nokta doktrinin uygulama alanı bulabilmesi için önem arz etmektedir. Zira uygulama koşullarından ilki, unsurun esaslılık arz etmesidir. Bu koşulun var olup olmadığı araştırılmadan doktrinin uygulama alanı bulması, sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkına getirilen bu istisnanın çok geniş şekilde uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

2. Eti Holding Kararı

Rekabet Kurulu'nun Eti Holding kararında²⁸³ esaslı unsurun tanımı yapılmış ayrıca doktrininin uygulanabilmesi için gerekli koşullardan bazılarında değinilmiştir²⁸⁴. Eti Holding Türkiye'de bor cevherlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi, bunlardan uç ürün elde edilmesi, ürünlerin pazarlanması konularında 2840 sayılı Kanun²⁸⁵ ile tekel hakkını haizdir.

Şikâyetçi Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret AŞ'dir. Öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit talep etmiş ve fakat Eti Holding bu talebi reddetmiştir. Ceytaş pazara yeni girmek isteyen bir teşebbüstür. İlgili ürün pazarı "bor pazarı", coğrafi pazar "Türkiye"dir. Burada Kurul yerinde olarak, esaslı unsur ile bu unsurdan faydalanmak suretiyle başka bir faaliyette bulunmanın iki farklı pazarı gerektirdiğini belirtmiştir. Karara konu olay açısından ise, Ceytaş'ın üretimini yapmak istediği öğütülmüş kolemanit ilgili ürün pazarında yer almaktadır. Böylelikle de esaslı unsurun bizatihi kendisinin üretimi söz konusu olacaktır. Kurul, bor ürünlerinin ancak üretimlerinde bor kullanılan nihai ürünlerin üretimi için esaslı unsur teşkil edebileceğini belirtmiştir. Böylelikle de alt

²⁸² **Doherty**, s.420; kanımızca burada Zoja'nın üretim sürecini değiştirmesi suretiyle katlanacağı maliyet de göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁸³ RK kararı, K. Sa.: 00-50/533-295; K. T.: 21.12.2000; bununla birlikte Kurulun 04.01.2000 tarihli, 001/2-2 sayılı bor madenleri ile ilgili bir kararı daha vardır. Karara konu olayda, Eti Holding'in RKK. m. 6/a,b ve d bentlerini ihlal ettiğine yönelik şikâyet incelemeye tabi tutulmuştur. Bu şikâyet, Kurul tarafından kanundan kaynaklanan bir tekel hakkının kullanımına ilişkin işlem ve eylemlerin RKK.'nin kapsamına girmediği gerekçesiyle reddedilmiştir (konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz., **Gürzumar**, s. 333 vd.).

²⁸⁴ Esaslılık, iki pazarın gerekliliği.

²⁸⁵ Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun, RG, 13.6.1983, RG. S. 18076.

pazarın gerekliliğine üstü kapalı bir şekilde değinmiştir. Bu ürünler de deterjan, cam, seramik gibi ürünlerden oluşmaktadır.

Kararda, esaslı unsur²⁸⁶; bir faaliyette bulunabilmek için kendisinden mutlaka yararlanılması gereken ve alternatifinin bulunmadığı veya ekonomik ve rasyonel olarak yeni bir alternatif kaynağının oluşturulamadığı temel kaynaktır. Böyle bir temel kaynağa sahip teşebbüs de makul şartlarda imkânları doğrultusunda her isteyene bu mal veya hizmeti satmak zorundadır.

Kararın sonucunda, Kurul ön araştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Bu kararın iptali talebiyle Danıştay'a başvurulmuş Danıştay 10. Dairesinin 31.12.2003 tarihli kararıyla istem reddedilmiştir²⁸⁷.

Doktrinde bu şikâyetin kanımızca da haklı olarak RKK kapsamında değerlendirilmemesi gereği üzerinde durulmaktadır. Zira olayda Eti Holding'in yasadan kaynaklanan tekel hakkı kapsamında kendisinden talep edilen esaslı unsur niteliğindeki iktisadi varlığın üretimi söz konusudur²⁸⁸.

B. Esaslı Unsur Olarak Havalimanı ve Havayolu Alt yapısı

1. London European-Sabena Kararı

Komisyonun açıkça esaslı unsur doktrinine dayanmadığı ve fakat Topluluk rekabet hukuku teorisyenlerinin bir kısmınca²⁸⁹, bu doktrin kapsamında incelenen London European/Sabena²⁹⁰ olayında Sabena, Belçika'da bilgisayar rezervasyon

²⁸⁶ Kurul esaslı unsur yerine "temel kaynak faaliyet" ifadesini kullanmıştır.

²⁸⁷ **Gürzumar**, s. 333.

²⁸⁸ **Gürzumar**, s. 339.

²⁸⁹ **Lang**, Legitimate Competition, s. 458.

²⁹⁰ London European/Sabena, OJ. L. 317/47, 1988; Komisyonun önüne gelen bu olayın, Amerika'da 9. Bölge Temyiz mahkemesince görülmüş olan ve aynı özelliklere sahip olan Alaska Airlines v. United Airlines et al. (948 F. 2d. 536, 1991) davası ile karşılaştırılması mümkündür. Bu davada, bilgisayar rezervasyon sistemlerinin kullanılabilmesi için aşırı fiyat uygulayan havayolu teşebbüslerinin Sherman Kanunu İkinci Bölümü'nü ihlal etmedikleri kararına varılmıştır. Alaska havayolu şirketi bu sistemlerin esaslı unsur niteliğinde olduğunu iddia ederek erişime açılması gereğini belirtmiştir. Bunun üzerine mahkeme, bir teşebbüsün ilgili esaslı unsuru kontrolü aynı zamanda alt pazardaki rekabeti bertaraf etme gücünü de kendisine veriyorsa ki bu dava açısından alt pazar hava ulaşım pazarıdır, bu durumda böyle bir kontrol Sherman Kanunu İkinci Bölümü kapsamında incelenebilecektir. Mahkeme kararın devamında, böyle bir durumun varlığı halinde teşebbüs en azından bazı rakiplerini pazardan dışlıyorsa alt pazarın tekelleşmesi tehlikesinin belirgin olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, tekelleşme yahut tekelleşmeye teşebbüsün varlığı tespit edilebilecektir (**Subiotto, Romano**: "The Right to Deal with Whom one Pleases under EEC Competition Law: A Small

hizmetleri pazarında hâkim konumdaydı. Komisyon, Sabena'nın rakibi olan havayolu teşebbüsüne kendi bilgisayar rezervasyon sistemine erişimi engellemesini ATA m. 82'ye aykırı bulmuştur. Sabena'nın bu davranışının nedeni, London European adlı teşebbüsün üzerinde baskı kurmak suretiyle Londra – Brüksel hattındaki fiyatlarını yükseltmeye zorlamak veya bu hattın çekilmesini sağlamaktır. Sonuç itibarıyla bu reddin amacı, London European'ın o hattaki faaliyetine engel olmaktır. Komisyon Commercial Solvents kararına atıfta bulunarak Sabena'nın davranışının esaslı nitelik arz eden bir hizmeti vermektan red teşkil ettiğini ve bu suretle de ilgili hatta yer alan rakip teşebbüsün varlığını sona erdirmeye yönelik olduğuna karar vermiştir. Somut olay açısından red eyleminin objektif haklı sebeplere dayandığını kabul etmek oldukça güçtür. Zira Londra – Brüksel hattında rekabet yoğun değildi ve Sabena'nın sistemi açısından kullanılmamış kapasitenin varlığı dikkat çekmekteydi²⁹¹.

2. Flughafen Frankfurt/Main AG Kararı

Komisyon'un önüne gelen Flughafen Frankfurt/Main AG²⁹² olayında, Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG), Frankfurt havalimanının sahibi ve

Contribution to a Necessary Debate, European Competition Law Review., 1992, s. 236, dn. 15; yazar davanın Amerika'da görülmesi halinde Temyiz mahkemesinin öne sürdüğü prensip çerçevesinde London European'ın erişim talebinin haklı görülebileceğini ileri sürmüştür).

²⁹¹ Yine Komisyonun açıkça esaslı unsur doktrinine dayanmadığı ve fakat Topluluk rekabet hukuku teorisyenlerinin bir kısmınca sözü edilen doktrin kapsamında incelenen, British Midland – Aer Lingus'a da değinmemiz gerekmektedir (OJ. L 96/34, 1992); (bkz., **Lang**, Legitimate Competition, s. 458 vd.). Aer lingus, British Midland'a "interline" faaliyetini vermeyi reddetmiştir. Interline faaliyeti ile havayolu şirketleri birbirleri adına kendi hizmetlerini satmakla yetkilendirilmiştir. Aer Lingus, British Midlandla olan interline hizmetini, Midland Londra – Dublin hattında kendisiyle rekabet etmeye başlayınca kesmiştir. Komisyon, Aer Lingus'un o rotada hâkim durumda olduğunu belirterek rakibine interline faaliyetine son vermesini ATA m. 82'ye aykırı görmüştür. Aer Lingus interline faaliyetine devam etmesi halinde müşterilerinin British Midland'dan hizmet alacağını ileri sürerek davranışını gerekçelendirmiştir. Komisyon bu hususu haklı sebep olarak görmemiştir. Komisyon'a göre interline hizmeti verilmesinin reddinin meşru olup olmadığı rekabet üzerindeki etkiye bakılarak tespit edilmelidir. Eğer red, diğer havayolu şirketinin yeni bir hizmet sunması veya sunduğu hizmeti sürdürebilmesi açısından objektif olarak önemli bir etki doğuracaksa yasaklanmalıdır. Komisyon Aer Lingus'a iki yıl boyunca interline hizmeti sunma yükümlülüğü getirmiştir. Doktrinin uygulanması için temel kriterlerden biri olan iki ayrı pazarın varlığından bahsedebilmek dava açısından mümkün görünmemektedir. Burada şu hususu da ifade etmek isteriz ki esaslı unsur doktrininin söz konusu olduğu hallerde ilgili unsurun bulunduğu pazarda (üst pazar) unsur sahibi hâkim durumdadır ve bu unsur kullanılmaksızın faaliyette bulunmanın mümkün olmadığı diğer pazarda (alt pazar) rekabet koşulları bozulmaktadır. Oysa olayda hâkim durumda olunan pazar, havayolu taşımacılığı pazarıdır ve kullanılmayan unsur da interlining hizmetidir. İki ayrı pazar olarak havayolu taşımacılığı pazarı ile interlining hizmeti pazarı tespit edilmiş olsaydı, bu durumda da interlining hizmet pazarında hâkim durumdan bahsetmek gerekirdi. Dolayısıyla kanımızca olayda esaslı unsurun kullanılmaması suretiyle bir pazardaki hâkim durumun diğer pazardaki rekabet koşullarını etkilemek amacıyla kötüye kullanılması da söz konusu olmayacaktı.

²⁹² FAG – Flughafen Frankfurt/Main AG, 98/190/EC, EE L 72/30 1998.

işletmecisiydi. Frankfurt havalimanı (uçuş, yolcu ve yük hacmi açısından) Avrupa'nın en büyük limanlarından biriydi ve Almanya'nın da en büyük limanıydı. Somut olayda, bakım hizmetlerinin²⁹³ havalimanı işletmecisi dışında diğer teşebbüsler tarafından da sunulup sunulamayacağı tartışılmıştır. Havalimanındaki bakım hizmeti; uçak, yolcular ve kargo ile ilgili tüm faaliyetleri içermekteydi. Bu tür hizmetler, havalimanı işletmecileri, başka bir havayolu şirketi ya da bağımsız bir bakım hizmeti veren teşebbüs tarafından sağlanabilmekteydi. Bu kararda söz konusu olan bakım hizmetleri esaslı surette şunlardan oluşmaktaydı; yolcuların uçağa inip binebilmeleri için gerekli hazırlıklar, yolcuların terminal ile uçak arasında taşınmaları, mürettebatın taşınması, bagajların, kargonun ve postaların yüklenmesi, boşaltılması, bagajların transferi, sıralanması, kabinlerin temizlenmesi, uçağın çekilmesi²⁹⁴, uçağa yakıt ve yiyecek – içecek sağlanması.

Dava konusu olayda iki ayrı pazar söz konusudur. İlgili hizmet pazarı olarak, uçakların iniş - kalkışları için gerekli olan havalimanı hizmet pazarı tespit edilmiştir. Bu hizmetleri, havalimanı işletmecileri sağlamaktadır. Diğer pazar olarak, bakım hizmet pazarı tespit edilmiştir. İlgili coğrafi pazar ise Frankfurt havalimanıdır. FAG, uçakların iniş – kalkış hizmetlerinin yer aldığı pazarda hâkim durumdadır. Frankfurt havalimanı Ortak Pazarın önemli bir kısmını oluşturduğu için de FAG, Ortak Pazarın önemli bir kısmında hâkim durumdadır. Komisyon, FAG'nin alt pazara girip hizmetleri sunmak isteyen potansiyel rakiplere izin vermemek suretiyle, bir pazardaki hâkim durumunu diğer pazara yayarak hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Komisyona göre, Frankfurt hava limanına ikame edilebilecek başka bir hava limanı yoktur. Ayrıca, FAG tarafından objektif haklı sebep ileri sürülemediği. Dolayısıyla, FAG potansiyel bağımsız servis sağlayıcılarına komşu pazara giriş engeli oluşturmak suretiyle bir pazardaki hâkim durumunu diğer pazara yaymıştır. Komisyon da FAG'nin, potansiyel rakiplerinin bakım hizmetleri sunma hususunda herhangi kısıtlayıcı bir muamelede bulunmaması gereğine karar vermiştir.

²⁹³ “*Groundhandling services*”.

²⁹⁴ “*Towing of aircraft*”.

C. Esaslı Unsur Olarak Limanlar

1. B&I v. Sealink Kararı

B&I Line v. Sealink²⁹⁵ arasındaki olay ihtiyati tedbire ilişkindir. Komisyon, Sealink'e yönelik şikâyeti incelemiştir. Sealink, Kuzey Galler'de Holyhead adlı bir limanın hem sahibiydi hem de işletmecisiydi. İrlanda'ya vapur hizmeti sağlamaktaydı. Rakip vapur işletmesi olan B&I, Sealink'in sefer saatlerini kendisinin sunduğu hizmetleri aşırı derecede etkileyecek şekilde değiştirdiğini iddia etmiştir. Komisyon, ortada bir kötüye kullanma olduğuna ve ihtiyati tedbire karar vermiştir. Somut olayda Holyhead limanı esaslı unsur teşkil etmekteydi; zira Komisyon'a göre ilgili pazar Büyük Britanya ile İrlanda arasındaki merkez koridor idi ve Holyhead limanı da vapur seferleri için en uygun liman olma özelliği taşımaktaydı. Komisyon, o pazarda başka alternatifleri bulunmaması sebebiyle Holyhead'i esaslı unsur olarak kabul etmiştir. Karara göre, rakiplerine ilgili unsura erişimi/girişi sağlamayı reddetmek suretiyle veya kendi hizmetlerine nazaran daha zor koşullarla erişim/girişim imkânı tanıması suretiyle rakiplerini rekabet açısından dezavantajlı duruma sokan ve esaslı nitelikteki unsurun sahibi olan veya kontrol eden ve aynı zamanda kullanan hâkim teşebbüs, ATA 82. maddenin diğer koşulları da gerçekleşmişse hâkim durumunu kötüye kullanmış sayılır. Yine kararda esaslı unsur, rakiplerin erişimine sahip olmaksızın kendi müşterilerine hizmet sunamayacakları varlık²⁹⁶ veya alt yapı²⁹⁷ olarak tanımlanmıştır. Komisyon, Sealink'in sefer saatlerini değişiklikten önceki hale getirmesine hükmetmiştir.

Komisyon burada, ayrımcılık sureti ile dışlayıcı davranışta bulunmanın örneğini ortaya koymuştur. Ayrıca iki pazarın gerekliliğini de "esaslı unsura sahip olan teşebbüsün gücünü diğer bağlantılı pazardaki gücünü arttırmak sureti ile kötüye kullanmak" şeklinde ifade etmek sureti ile vurgulamıştır. Komisyonun bu kararının, bir sonraki Holyhead kararından farkı, mevcut rakibin elverişsiz koşullara bağlanması sureti ile rekabetten dışlanmasıdır. Kanımızca Komisyonun burada limanın esaslı unsur niteliğinden bahsederken diğer alternatiflerinin mevcut olup olmadığını incelemesi gerekirdi.

²⁹⁵ B&I Line plc v. Sealink Harbours Ltd. and Sealink Stena Ltd., CMLR V.5, 1992.

²⁹⁶ "Facility".

²⁹⁷ "Infrastructure".

2. Sea Containers v. Stena Sealink Kararı

Limanların kullanılmasına ilişkin olan ve yine ihtiyati tedbir istemiyle Komisyonun önüne gelen bir diğer olay, Sea Containers v. Stena Sealink²⁹⁸ tir. Sea Containers, Holyhead – Dun Laoghaire rotası için yeni ve hızlı vapur hizmeti sunmak istiyordu. Bunun için de üst pazarda yer alan Sealink'e ait olan limandan ve olanaklarından yararlanmak zorundaydı. Liman ve olanakları Komisyon tarafından esaslı unsur olarak kabul edildi. Aynı bölgede yer alan diğer limanlardaki olanaklar etkin ikameleri teşkil etmemekteydi. Yeni bir limanın inşası da fiziki ve ekonomik açıdan elverişli değildi. Sealink sürekli olarak Sea Containers'ın talebine ilişkin zorlukla çıkarıyordu. Komisyon tarafından ihtiyati tedbire ilişkin karar verilmezden evvel Sealink, Sea Containers'a ayrımcılık taşımayacak koşullarda, bir diğer ifade ile kendi hizmetlerine nazaran daha az yarar sağlamayacak koşullarda erişim imkânı tanımış ve taraflar uzlaşmıştır. Bu olay, esaslı unsur doktrininin yalnızca mevcut rakiplerle sınırlı olarak uygulanmayacağı aynı zamanda yeni rakiplerin pazara girmesini sağlayabilmek için de uygulama alanı bulacağını göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, Komisyonun alternatif hususundaki ifadesinin hatalı olduğunu; zira Liverpool limanının Holyhead'e alternatif olarak kabul edilebileceği görüşündedirler²⁹⁹. Liverpool'un uygun liman olarak kabul edilmesi halinde, Dublin'den Holyhead'e olan uzaklığın iki katı kadar bir uzaklığı göz önünde bulundurmamak gerekiyordu. Ancak burada Liverpool'u uygun bir alternatif olarak kabul eden görüşe göre, Liverpool'u tercih eden yolcuların limana vardıktan sonra iki büyük kara yolu ile ulaşımını sağlayabilmelerine karşın, Holyhead'i tercih edenlerin ise ana bağlantıyı sağlayan karayoldan sonra da seksen millik bir yolu daha gitmeleri gerekmektedir³⁰⁰.

3. Port of Rødby Kararı

Port of Rødby³⁰¹ olayında Komisyon, ATA m. 82 ile 86'nın birlikte ihlal edildiğine hükmetmiştir³⁰². Somut olayda Danimarka Ulaştırma Bakanlığı, Stena'ya

²⁹⁸ Sea Containers v. Stena Sealink – Interim measures, OJ. 1994 L 15/8.

²⁹⁹ Capobianco, s. 558; Opi, s. 430.

³⁰⁰ Capobianco, s. 558; Opi, s. 430; Komisyonun ihtiyati tedbire ilişkin talebi reddetmesi, Sea Containers'ın Liverpool'dan yeni vapur seferleri başlatmasına neden olmuştur.

³⁰¹ Port of Rodby, OJ. 1994 L 55/52.

Rødby limanı yakınlarında başka bir liman kurmasına ve ayrıca Rødby'den de faydalanmasına müsaade etmemiştir. Komisyon'a göre, doğu Danimarka ile Almanya arasında Rødby limanının ikamesi bulunmamaktadır. Ayrıca, bu limanın bulunduğu bölgedeki yoğun deniz trafiği, limanın Ortak Pazarın önemli bir kısmını oluşturmasına neden olmuştur. Bu yüzden de Rødby'nin sahibi olan Danimarka Demiryolları hâkim konumdadır. Stena'nın başka bir liman inşa etmesine veya Rødby'i kullanmasına müsaade edilmemiş olması, Danimarka Devlet Demiryolları'nın hâkim gücünü kuvvetlendirmektedir. Ayrıca objektif haklı sebepler açısından Komisyon, limanın kullanılmasına ilişkin teknik sınırlamaların söz konusu olmadığını ve Rødby'nin daha fazla trafik kapasitesini kaldıramayacağına dair delillerin de olmadığını belirtmiştir.

Olayda, esaslı unsur doktrininin birbiriyle bağlantılı pazarlar açısından uygulama olasılığı bir kez daha Komisyon tarafından işaret edilmiştir. Bunun dışında Rødby'e yakın ikinci bir limanın yapılmasının reddi, ikame olasılığının ortadan kalkması ve bu eylemin hâkim durumu güçlendirmesi anlamına gelmektedir.

4. Port of Roscoff Kararı

Port of Roscoff³⁰³ olayında, vapur işletmeciliği hizmeti sunan İrlandalı bir teşebbüs Cork'tan (İrlanda) Roscoff'a (Fransa) olan rotada faaliyette bulunmak istiyordu. Roscoff yerel ticaret odası tarafından kontrol edilmekteydi ve bu odanın İrlanda ile Fransa arasındaki rotada faaliyette bulunan Brittany Ferries vapur işletmeciliğinde çok az bir payı³⁰⁴ bulunmaktaydı. Roscoff ile Cork arasındaki rota en uygun rotaydı ve Roscoff en iyi liman hizmetlerine sahipti. İrlandalı teşebbüs Brest adlı limanı alternatif olarak kullanmak istemiştir ancak bu liman, hizmetleri açısından yeterli kapasiteye sahip olmadığından kullanamamıştır. Morlaix Ticaret Odası ilgili liman hizmetlerinin 1995 yazına kadar hazır hale geleceğine dair taahhütte bulunmuş; fakat bu taahhüde uymamıştır. Bunun üzerine Komisyon tarafından verilen ihtiyati tedbir kararında davacı tarafından daha önceden rezervasyon yapmış

³⁰² ATA m. 86, kamu teşebbüsleri ile kendilerine özel ya da inhisari haklar tanınmış teşebbüslerin tabi oldukları rekabeti koruyan hükümleri içermektedir. Buna göre, gerek özel sektör gerekse kamu sektörü teşebbüsleri aynı rekabet kurallarına tabidir. İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında söz konusu durum; üye devletler, kamu teşebbüsleri ile özel veya inhisari haklar tanıdıkları teşebbüsler açısından antlaşmaya ve özellikle 12 ve 81'den 89'a kadar olan maddelerine aykırı hiçbir önlem alamazlar ya da sürdürmezler şeklinde ifade edilmiştir. Ancak ilgili düzenlemenin ikinci fıkrasında bu kurala istisna getirildiği unutulmamalıdır.

³⁰³ ICG/CCI Morlaix (Port of Roscoff), 5 CMLR 1995.

³⁰⁴ %5.

olan yolcuların taşınmasının mümkün olamayacağı ve böylelikle de davacının ilgili pazarda faaliyette bulunmasının söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak Komisyon, Roscoff limanının davacıya erişiminin açılmasına hükmetmiştir. Bu kararda önemli olan husus, hâkim durumun kötüye kullanılmasına hükmetmek için, üst pazarda hâkim durumun alt pazarda da hâkimiyetine neden olma zorunluluğunun bulunmamasıdır. Bu karar açısından Komisyona göre, üst pazardaki hâkim teşebbüsün bu gücünü alt pazardaki rekabeti etkilemek, pazar yapısını bozmak amacıyla kullanması ATA 82. maddenin ihlali açısından yeterlidir.

Ticaret Odası, vapur işletmeciliği pazarında bağımsız ve kayda değer bir faaliyette bulunmamaktaydı ve bu açıdan davacının da Oda'nın rakibi olduğundan söz etmek mümkün değildir³⁰⁵. Dolayısıyla olay açısından esaslı unsur doktrininin uygulama imkânı bulunmamaktadır. Buna rağmen Komisyon, kararında limanın esaslı unsur olmasına değinmiştir³⁰⁶.

5. Eken – TDİ Kararı

Limanların alt pazarda faaliyette bulunabilmek amacıyla esaslılık arz etmesine ilişkin Türk hukukunda da incelemelerde bulunulmuştur. Bu doğrultuda, feribot taşımacılığı ile ilgili olarak Kurulun önaraştırma kararını görmekteyiz³⁰⁷. Karara konu olayda, Türkiye Denizcilik İşletmeleri AŞ'nin (TDİ) Eskişehir ve Topçularda bulunan iskelelerindeki rampalardan feribot taşımacılığı yapmak amacıyla yararlanmak isteyen şikâyetçinin bu talebini reddetmek suretiyle rekabeti ihlâl ettiği iddiası incelenmiştir.

Olayda ilgili pazar olarak İzmit Körfezinin güney ve kuzey kıyası arasında feribotla taşıt ve yolcu taşıma hizmeti pazarı tespit edilmiştir. Kurula göre, TDİ'nin iskelelerinin bir bölümünü şikâyetçiye kiralamamak suretiyle RKK m. 6'yı ihlal ettiği iddiasını kabul edebilmek için: (i). TDİ'nin hâkim durumda olması, (ii). reddedilen iskelelerin esaslı unsur olması ve (iii). reddi haklı kılan makul bir gerekçenin bulunmaması gerekir. Kurul esaslı unsurun varlığının kabulü için şu kriterlerin tümünün karşılanmasını aramaktadır;

a. varlığın benzerinin yaratılması imkânsız veya fiziki, coğrafi ya da hukuki engeller nedeniyle aşırı derecede zor olmalıdır,

³⁰⁵ Gürzumar, s. 176.

³⁰⁶ Goyder, s. 348 – 349; Gürzumar, s. 176.

³⁰⁷ RK kararı, K. Sa.: 03-03/25-7; K. T.: 9.1.2003.

b. yeniden üretme maliyeti teşebbüsleri caydırıcı boyuttaysa bu durum da bir giriş engeli olarak kabul edilebilir,

c. unsurun bir benzerini kurmanın sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil diğer teşebbüsler için de zor olmalıdır,.

d. Unsurun ilgili pazardaki rekabet için hayati öneme sahip olmalıdır,

e. Reddetme eylemi sonucunda ilgili pazarda rekabet önemli ölçüde kısıtlanmalıdır.

Kurul olayda, hukuki ve ekonomik olarak esaslı unsurun yeniden yapılmasının imkânsız olması ve bunun maliyetinin teşebbüsleri caydıracak kadar yüksek olması koşullarının sağlanmadığını belirtmiştir. Şikâyetçi için makul görülmesi bile, çoğu müteşebbis için mümkün olan bir yatırım miktarı ile piyasaya giriliyor olması, iskelenin esaslı unsur olmadığı anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Kurul, RKK m. 6'ya aykırılığın olmadığına ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Kanımızca karara konu olay açısından esaslı unsur doktrininin uygulanması için gerekli olan koşullardan biri olan iki pazar varlığının incelenmemiş olması büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Topluluk uygulamalarında, buna benzer olaylarda üst pazar olarak "liman hizmetleri" pazarı alt pazar olarak da "feribot (vapur) hizmetleri" pazarı tespit edilmektedir. Dolayısıyla üst pazarda esaslı unsur teşkil eden fiziki varlığın (liman) alt pazardaki faaliyetin (feribot hizmetleri) sürdürülebilmesi için gerekli olması halinde, böyle bir talebin unsur sahibince reddi halinde alt pazardaki rekabet koşulları etkilenecek, etkin rekabetin mevcudiyetinden bahsedilemeyecektir. Kurul, kararı incelerken Türk rekabet politikasının amacının piyasada işleyebilir bir rekabet ortamını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Bu husus, Topluluk hukukundaki son gelişmeler dikkate alındığında Bronner kararında belirtildiği şekilde rekabet hukukunun amacının rakipleri değil rekabeti korumak olduğu düşüncesi ile de örtüşmektedir. Rekabeti korurken de piyasaya girmek isteyen rakibin rekabet için gerekli olması önem arz etmektedir. Rakip, pazarda makul bir paya sahip olmak ya da muhafaza etmek için esaslı unsur dışındaki kaynaklara sahip olmalıdır. Bu noktada Rekabet otoritelerine çok büyük iş düşmekte ve rekabet koşullarının bozulduğu iddia edilen pazarı çok dikkatli incelemeleri gerekmektedir. Bronner kararında, iktisadi engele yönelik getirilmiş olan zorlaştırıcı nitelikteki koşul,

rakiplerin unsurların bir benzerini yaratma teşebbüsünde bulunmadan yahut alternatiflerinin mevcut olup olmadığını araştırmaksızın unsur sahibinin yatırımlarından yararlanmasını engelleme amacına yöneliktir.

Kanımızca olayda iskele sahibi tarafından objektif haklı sebeplerin de ileri sürülebilmesi mümkün olabilirdi. Zira Kurulca yapılmış olan tespitte öngörüldüğü üzere, birden fazla şirketin aynı iskeleyi kullanarak faaliyet göstermesi sonucu gerçekleşecek fiyat düşüşü, ortaya çıkması kaçınılmaz olan ve iskelenin işlemlerini tamamen durdurabilecek organizasyon aksaklıklarını telafi edecek düzeyde olmayacaktır.

D. Esaslı Unsur Olarak Demiryolu Alt yapısı

1. United States v. Terminal Railroad Ass'n Kararı

Esaslı unsur doktrinine kaynaklık eden ilk dava, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin "United States v. Terminal Railroad Ass'n." davasıdır. Pekçok yazar, doktrinin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin United States v. Terminal Railroad Ass'n. davasından³⁰⁸ türediğini kabul etmektedir³⁰⁹.

Bu davada, St. Louis'e ve buradan çevre yörelere ulaşımı sağlayan tüm köprü ve demiryolu ağını kontrol eden bir grup demiryolu şirketi, kendilerinin rakibi olabilecek diğer demiryolu şirketlerinin buraya ve buradan çevre yörelere ulaşımını sağlamaktan kaçınmıştır. Yeni bir teşebbüsün birliğe alınması mevcut üyelerin oybirliği ile alacağı kararla olacaktır. Bu durum, mahkeme tarafından birden fazla teşebbüsün davranışıyla ticaretin hukuka aykırı olarak yasaklanması şeklinde nitelendirilmiştir³¹⁰. Bu davada, esaslı unsur doktrini Sherman Kanunu Birinci Bölümü göz önünde bulundurularak uygulanmıştır³¹¹. Yüksek mahkeme kararında, esaslılığın tespitine yönelik olarak coğrafi ve topografik hallerin diğer herhangi bir demiryolu şirketi için St. Louis'e erişimini imkânsız kıldığını belirtmiştir. Dolayısıyla, tüm köprü ve demiryolu ağı esaslı unsur arz etmektedir.

³⁰⁸ 224 U. S. 383 (1912).

³⁰⁹ Pitofsky – Patterson – Hooks, s. 445; Hovenkamp, s. 309; Kezsbom – Goldman, s.4.

³¹⁰ 224 U. S. 383 (1912).

³¹¹ Dolayısıyla, dava konusu olay açısından unsuru kontrol eden teşebbüsler arası anlaşma söz konusudur.

2. European Night Services Kararı

European Night Services³¹² davasında, dört demiryolu ulaşım işletmesi tarafından kurulan European Night Services ortak girişimi, Büyük Britanya ile Avrupa Kıtası arasında gece tren ulaşımı hizmeti sağlamak istemekteydi. Komisyon, ortak girişimin ATA m. 81 (3) bağlamında bireysel muafiyetine karar vermiştir; ancak bunun için bu teşebbüsler aynen ortak girişimde olduğu gibi üçüncü kişilere eş değer hizmetleri bu bağlamda tren yolu, lokomotifler ve mürettebatı sağlamak zorunda idiler. Dolayısıyla Komisyon bu hizmetleri esaslı unsur addetmiştir³¹³. Karar için yargı yoluna başvurulduğunda³¹⁴ ilk derece mahkemesi, Komisyonun taraflar arasındaki anlaşmanın ATA m. 81'e aykırı olarak rekabeti kısıtladığını göz önünde bulundurmadığına karar vermiştir. Bununla birlikte İlk Derece Mahkemesi olay açısından ATA m. 81 ihlal edilmiş olsaydı dahi lokomotifin ve mürettebatın üçüncü kişilere tahsisi zorunluluğunun mümkün olamayacağını belirtmiştir. Bu duruma gerekçe olarak da, Magill ve Ladbroke kararlarındaki ilkelerden yola çıkarak bir ürün ya da hizmetin gerçek veya potansiyel ikamesi olduğu müddetçe esaslı olduğundan bahsetmenin mümkün olmamasını göstermiştir. İşte bu noktada Komisyon, bu hususu ispatlayamamıştır. Dolayısıyla lokomotiflerin, mürettebatın ve tren yolunun³¹⁵ esaslı unsur olarak kabul edilmesi mümkün olmamıştır.

Doktrinde esaslı unsur doktrininin hem ATA m. 81 hem de m. 82 kapsamında uygulama alanı bulabileceği ifade edilmektedir. Ancak bu görüşe göre, Komisyonun esaslı unsur doktrinine m. 81 kapsamındaki olaylar için başvurma olasılığı azdır. Zira m. 81 çerçevesinde sorumluluğun doğması için ortada bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın bulunması gerekmektedir ve düzenlemenin konusu – ilgili unsurun üçüncü kişilere kullandırılmaması – tali bir önem arz etmektedir. Dolayısıyla gerek Amerikan Hukukunda gerekse Topluluk Hukukunda esaslı unsur doktrininin gelişimi hâkim durumdaki teşebbüslerin tek taraflı red eylemleri çevresinde gerçekleşmiştir³¹⁶.

³¹² OJ L 259/20, (1994).

³¹³ **Whish**, s. 672.

³¹⁴ Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-388/94 European Night Services, ECR 1998, II-3141.

³¹⁵ Demiryolunu erişime açma yükümlülüğü 91/440 sayılı Direktif'de bulunmaktadır.

³¹⁶ **Furse**, s. 470; **Doherty**, s. 428; **Glasl**, s. 310.

ATA m. 81/l'deki düzenlemeye göre, rekabeti sınırlama amacı taşıyan ya da böyle bir etkiyi doğuran anlaşma, karar ve uyumlu eylem hukuka aykırıdır. Amaç unsuru Avrupa Topluluğu rekabet hukukunda objektifleşmiştir. Diğer bir deyişle, amaç unsuru tarafların niyetlerinden ayrılmıştır³¹⁷. Tarafların kötüniyetinin varlığı veya rekabete aykırı bir düşünceyle hareket etmiş olmaları aranmamaktadır. Böyle bir durum, tarafar arasındaki danışıklı ilişkinin konusunu ön plana çıkarmaktadır. Dolayısıyla, danışıklı ilişkinin konusu esaslı unsur sayılabilecek bir varlığın rakiplere kullandırılmamasına ilişkin olursa ve böyle bir kaydın rekabeti sınırlandırdığı kabul edilirse esaslı unsur doktrininin uygulanması söz konusu olabilir. Ancak yinelemekteyiz ki esaslı unsur doktrininin asıl uygulama alanı bulunduğu davranışlar ATA m. 82 kapsamında kabul edilen türden davranışlardır.

Kanımızca, doktrinin gelişimi tek teşebbüsün tek taraflı olarak red eylemine yönelik olmasına rağmen, birlikte hâkimiyet ile bir pazardaki bu durumun diğer bağlantılı pazardaki rekabet koşullarını etkileyebilmesi pekâlâ mümkündür. Topluluk hukuku uygulamalarında ATA m. 81 ve m. 82'nin bir arada uygulama alanı bulabilmesi mümkündür³¹⁸. Ancak bunun için her iki maddenin de aradığı şartların ayrı ayrı karşılanması gerekir. Bir yandan teşebbüslerin birbirleriyle bağlantıya geçerek rekabeti sınırlayacak şekilde pazar politikalarını paralelleştirdiğine bir yandan da kurulan ilişki ve doğan sonuçtan birlikte hâkim duruma gelindiğine ve bunun kötüye kullanıldığına hükmedilebilmesi gerekir³¹⁹. Bununla birlikte daha sonraki tarihli kararlara baktığımızda teşebbüsler arası bir anlaşma, karar ya da davranış ATA m. 81'e aykırı olduğu takdirde bu anlaşma veya uyumlu eylem tarafı olan teşebbüslerin bu davranışı nedeniyle öncelikle m. 81 kapsamında sorumlu tutulacaktır, ayrıca bu paralel tutum nedeniyle hâkim durumdan söz etmek gerekirse bir de m. 82 kapsamında yaptırım uygulanması yerinde görülmeyecektir³²⁰. Dolayısıyla, ATA m.81 ve Türk Hukukundaki karşılığı olan RKK. m. 4 kapsamında olmayan hukuken geçerli ya da geçersiz bir anlaşma ile birlikte hakimiyet durumunda RKK m. 6 ve Topluluk hukukundaki karşılığı ATA m. 82'deki koşullar gerçekleşip hâkim durumun kötüye kullanıldığı kanaatine varılırsa, esaslı unsur niteliğindeki varlığın kullandırılmasına hükmedilebilir. Ya da muafiyet almış bir anlaşma söz konusu olmakla birlikte hâkim durumun kötüye kullanılması hali

³¹⁷ İkizler, s. 160.

³¹⁸ Flat Glass, OJ 1989 L33/44.

³¹⁹ İkizler, s. 253.

³²⁰ Joined Cases 68/89, 77-78/89 Societa Italiana Vetro v. Commission, Cases T-68,77,78/89, ECR 1992, II-1403 (bu konuda bkz. Aşçıoğlu Öz, s. 121).

mevcutsa yine anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesi mümkün olacaktır. Hatta halin icabına göre ne m. 81'in ne de Türk hukukundaki karşılığı olan RKK m. 4'ün kapsamına girmeyen oligopolistik bağımlılıktan doğan paralel davranışlara da hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür³²¹. Zira doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, birlikte hâkimlik anlaşmayla kurulmuşsa, böyle bir anlaşma ATA m. 81 ve RKK. m.4'e aykırı olacağı için zaten yasaklanacaktır. Bir anlaşma ya da birlikte davranışla yaratılan hâkim durumun kötüye kullanılması fiili RKK 4. madde veya ATA 81. madde kapsamında yasaklanmadığı hallerde RKK 6. maddenin veya ATA 82. maddenin uygulanması düşünülebilir³²².

Yukarıda sözünü ettiğimiz gerek Terminal Railroad gerekse daha sonra değineceğimiz Associated Press davalarında tek taraflı teşebbüs davranışı yerine teşebbüslerin birlikte davranışlarını ve anlaşmalarını görmekteyiz. Bu yüzden de olaylar açısından Sherman Kanunu'nun Birinci Bölümü uygulama alanı bulmuştur³²³. Biz çalışmamızda esaslı unsur doktrinini, asıl görünümü olan tekel konumdaki/hâkim durumdaki teşebbüsün tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetmesi çerçevesinde incelemekteyiz. Bugün için esaslı unsur doktrini gerek Amerikan rekabet uygulamalarında gerekse Topluluk rekabet uygulamalarında, tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetme halleri içerisinde mütalaa edilmektedir³²⁴.

E. Esaslı Unsur Olarak Enerji Sektörüne İlişkin Alt yapı

1. Otter Tail Power Co. v. United States Kararı

"Otter Tail Power Co. v. United States"³²⁵ davasında, elektrik hizmeti sunan (üretim, dağıtım ve satış) ve bu doğrultuda elektriği hem perakende (doğrudan tüketicilere) hem de toptan düzeyde (belediyelere) satan, davalı teşebbüsün, toptan elektrik tedarik etme ve nakil hatlarından yararlandırmayı reddetmek suretiyle tekelleştiği ve böylelikle tüketicilere doğrudan kendisinin hizmet vermek istediği Yüksek Mahkemece ifade edilmiştir³²⁶. Bu davada Otter Tail'in, perakende düzeyde rekabet avantajı elde edebilmek için toptan düzeyde tekel gücünü kötüye kullandığı

³²¹ İkizler, s. 253.

³²² Aslan, Rekabet Hukuku, s. 389.

³²³ Hovenkamp, s. 310.

³²⁴ Hovenkamp, s. 310; Ulrich, s. 146; Lipsky – Sidak, s.1195.

³²⁵ Bu dava, esaslı unsur doktrininin hâkim durumun kötüye kullanılması çerçevesindeki işlevselliğini göstermesi açısından önemlidir (bkz., Hovenkamp, s.310).

³²⁶ 410 U. S. 366, 377 (1973).

tespit edilmiştir. Dava konusu olayda Otter Tail'in amacı, belediyeleri kendi müşterileri haline getirmektir³²⁷. Bu dava, esaslı unsur doktrinin uygulanmasını Sherman Kanunu Birinci Bölümü altında düzenlenen kollektif olarak anlaşma yapmayı reddetme bakımından uygulamaktan çıkarıp Kanunun İkinci Bölümü altında düzenlenen tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetme hali açısından uygulanmasını sağlayan ilk davadır³²⁸.

Elektrik enerjisi üretim, dağıtım ve iletimden oluşan bir şebeke endüstrisidir. Dağıtım ve iletimin tamamı nakil hatlarından oluşan bir bütündür ve iletim faaliyetinde yüksek batık maliyetler söz konusudur³²⁹. Bu faaliyetlere yapılan yatırımı ekonomideki başka faaliyet alanlarına veya sektörlerle kaydırmanın maliyeti çok büyüktür. Bu nedenle bu sektörlerde aynı yatırımın birden fazla yapılması ciddi ekonomik kayıplara neden olacaktır. Bu bağlamda iletimi sağlayan nakil hatlarının alternatiflerinin yaratılmasının ekonomik açıdan makul ve imkân dâhilinde olmadığı açıktır³³⁰. Bu nedenle de uygulamada elektrik enerjisi nakil hatlarına sahip teşebbüsün aynı bölgede elektrik dağıtımını yapmak isteyen başka bir teşebbüse sahip olduğu bu hatları kullandırmaması rekabete aykırı davranış şeklinde değerlendirilir.

2. ÇEAŞ Kararı

Elektrik sektörüyle ilgili verilebilecek diğer bir örnek Rekabet Kurulu kararına ilişkindir. ÇEAŞ kararında³³¹, esaslı unsur doktrini RKK. m. 6'nın ihlâlini tespit açısından uygulama alanı bulmuştur. Aynı zamanda doktrinin uygulama koşullarını ortaya koymuştur. Kurula göre; esaslı unsur³³² doktrini hâkim durumdaki teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilmesi bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulamadır. Yine Kurul, doktrinin uygulama koşullarını kararında belirtmiştir. Buna göre; doktrinin dikey ilişkili pazarlarda uygulama alanı bulunduğu ifade edilerek bu kapsamda bağlantılı pazarlardan birinde hâkim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu imkân, tesis, alt yapı gibi bir unsurun bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu (esaslılık arz ettiği) ve bu unsurun alternatifinin yaratılmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak imkânsız veya

³²⁷ Hovenkamp, s. 310.

³²⁸ Doherty, s. 400; Glazer, – Lipsky, s. 756.

³²⁹ Ölmez, s. 53.

³³⁰ Ölmez, s. 42.

³³¹ RK kararı, K. Sa.: 03–72/874–373; K. T.: 10.11.2003.

³³² Kararda Kurul, “zorunlu unsur” kavramını kullanmıştır.

rasyonel olarak çok zor olduğu durumlarda teşebbüse sahip olduğu unsuru alt pazardaki teşebbüslere açma zorunluluğu getirilmektedir. Bir diğer koşul olan objektif gerekçe yokluğu kararda “*unsurun talepte bulunan teşebbüslere geçerli bir teknik veya ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullanılmaması*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kurul ilgili ürün pazarı olarak “elektrik üretim pazarı” ile “elektrik nakil pazarı” nı tespit etmiştir. Şikâyetçiler ENERJİSA ve TOROS üretim pazarında; ÇEAŞ ise her iki pazarda da faaliyette bulunmaktadır.

3096 sayılı Kanuna³³³ dayanılarak çıkarılan ve 16.08.1985 tarih ve 9800 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe giren “TEK Dışındaki Kuruluşların Görevlendirilecekleri Bölgeleri Gösteren Yönetmelik” çerçevesinde belirlenen ve Bakanlık³³⁴ ile ÇEAŞ arasında 9.03.1998 tarihinde imzalanmış imtiyaz sözleşmesinde gösterilen 1 No’lu Görev Bölgesinde³³⁵ ÇEAŞ’ın esaslı unsuru elinde bulundurduğu ve elektrik nakil pazarında hâkim durumda olduğu, şikâyetçi teşebbüslerin alt yapıya erişimini engellemesi suretiyle de bu durumunu kötüye kullandığı sonucuna varılmıştır. Bu sözleşme ile elektrik dağıtım ve iletimi hizmeti ÇEAŞ’a verilmiş ve elektrik nakil pazarında ÇEAŞ hâkim duruma gelmiştir.

Kurul, ÇEAŞ’ı idari para cezasına çarptırırken ihlalin hangi sürelerle ilişkin olduğuna dikkat etmiştir. Bu doğrultuda, ENERJİSA’nın şikâyetine ilişkin ihlâlin Aralık 2001 – Ağustos 2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı; Toros’un şikâyetine ilişkin ihlalin 21.06.2002 – 8.08.2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsadığı dikkate alınmıştır. Bu çerçevede, ÇEAŞ’ın bölge elektrik üretiminde tekelleşmeye yönelik olarak elektrik nakil pazarındaki hâkim durumunu kullanarak elektrik üretim pazarındaki fiili ve potansiyel rekabeti engellediği gerekçesi ile ÇEAŞ cezalandırılmıştır.

Kurul kararı, iptal talebi ile Danıştay’ın önüne gelmiş ve 13. Dairenin³³⁶ soruşturma heyeti başkanı Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılıp oy kullanması gerekçesi ile iptal edilmiştir. İptal üzerine Kurul, 07-13/101-30 sayılı

³³³ Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtım ve Ticareti İle Görevlendirilmesi Hakkında Kanun, RG., 19.12.1984, S. 18610.

³³⁴ Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı.

³³⁵ Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye illeri Kahramanmaraş ilinin üç köyü.

³³⁶ 13. DD, 26.12.2006, E. 2005/505, K. 2006/4942.

8.02.2007 tarihli yeni kararı ile aynı gerekçelere dayanmak suretiyle hâkim durumun kötüye kullanıldığına hükmetmiştir.

3. Tüpraş Kararı

Enerji sektörüyle ilgili olan ve Rekabet Kurulu tarafından ilk incelemeye tabi tutulmuş bir diğer olay Tüpraş'la ilgilidir³³⁷. Bu olayın, esaslı unsur doktrini ile ilişkisine de değinmemiz yerinde olacaktır. Karara konu olayda açıkça esaslı unsurdan bahsedilmiş olmamakla birlikte ilgili alt yapının kullanılmasına hükmedilmesi açısından doktrin ile ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir.

Karara konu olan olayda, şikâyet eden Milangaz Dağıtım Tic. ve San. A. Ş. (Milangaz), hakkında ilk inceleme yapılan Tüpraş Türkiye Petrol Rafinerileri A. Ş. (Tüpraş)'dir. Kurulun incelemeye tabi tuttuğu husus, Tüpraş'ın Aliağa bölgesinde LPG ithalatını engellemeye yönelik eylemlerinden oluşmaktadır.

Olayda, ilgili ürün pazarları olarak LPG üretimi ve ithalatını da kapsayan "rafinaj" pazarları tespit edilmiştir. İlgili coğrafi pazar da T. C. sınırlarıdır. Tüpraş'ın üretimi yurtiçi talebi karşılayamadığı için LPG tüketiminin büyük bölümü ithalat yoluyla karşılanmaktadır. İthalat da deniz yoluyla yapıldığı için tesisler denizden ikmal yapmanın olanaklı olduğu noktalarda kurulmuştur. Yurtiçindeki LPG dağıtım şirketlerinin pek çoğu Tüpraş'tan veya diğer ithalatçı şirketlerden aldıkları LPG'nin dağıtım işini sürdürmektedir. İç piyasada LPG ithalatı yapma imkânı olan şirketler arasında Milangaz da bulunmaktadır. Ege Bölgesi ve hinterlandının LPG ihtiyacı Aliağa'daki LPG şirketleri tarafından karşılanmaktadır. Bu bölgedeki ithalat alt yapısı Tüpraş'ın kontrolündedir. Tüpraş LPG şirketlerinin ihtiyacını üretim ve ithalat yoluyla karşılamaktadır.

Tüpraş özelleştirmesine ilişkin 21. 10. 2005 tarih ve 05-71/981-270 sayılı Rekabet Kurulu kararında, Tüpraş'ın Koç – Shell Ortak Girişim Grubu tarafından devralınmasına Tüpraş ile LPG şirketleri arasındaki protokolün uygulanmasına ek olarak³³⁸ üç yıl boyunca LPG şirketlerinin doğrudan ithalat yapabilmesine imkan tanıyacak şekilde Tüpraş Aliağa tesislerinin bu şirketlerin kullanımına açılması

³³⁷ RK Kararı, K. Sa.: 08 – 040/537 – 202; K. T.: 20.06.2008.

³³⁸ Tüpraş ile LPG dağıtım şirketleri arasında 22.6.1992 tarihli bir Protokol yapılmıştır. Bu Protokole göre, LPG ithalatı için ikinci bir kapı olarak Aliağa Rafinerisinde yatırım yapmaya karar verilmiş olup bu bölgede her şirketin iskele yapma imkânı olmadığından LPG dağıtım şirketlerinin bu yatırıma ortak bir şekilde katılmayı kabul ettiği belirtilmektedir.

koşuluyla izin verilmiştir. Bu üç yıllık sürenin tespit nedeni, Ege Bölgesinde iki ayrı alt yapı kurma çalışmalarının devam etmesi ve üç yıla kadar bitirilmesi öngörüldüğü içindir. Özelleştirmeye ilişkin Kurul kararında belirtilen bu koşulun getiriliş amacı, söz konusu süre içinde ithalata yönelik altyapı kurma çalışmaları tamamlanana kadar Tüpraş'ın hâkim durumundan kaynaklanan sakıncaların engellenmesidir. Bu altyapı çalışmalarının tamamlanmasıyla Tüpraş'ın bölgedeki tek ithalatçı konumu ortadan kalkacak ve alternatif temin imkânı doğmuş olacaktır. Bununla birlikte, yine Kurul kararında belirtildiği üzere, şikâyetçinin devam eden altyapı çalışmaları, Tüpraş'ın mahkemeler nezdinde yapmış olduğu girişimler nedeniyle engellenmektedir. Bu durumda altyapının ne zaman tamamlanacağı öngörülememektedir. Tüm bu hususları göz önünde bulunduran Kurul, kararında üç yıllık süreyi Milangaz'ın boru hattı inşaatlarının bitimine kadar uzatılmasına karar vermiştir.

Kurul kararında, boru hatlarının döşenmesine ilişkin Tüpraş tarafından açılmış olan davaların yasalar çerçevesinde sürdüğünü ve bu durumun RKK. m. 6 ile bağlantılı olarak değerlendirilmesinin yerinde olmadığı kanaatine varmıştır. Bununla birlikte Kurul, Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin karardaki amacı dikkate alarak bir sonuca varmıştır. Bu amaç da, Tüpraş'ın hâkim durumundan doğan sakıncaların engellenmesidir.

Kurulun Aliağa tesislerinin LPG dağıtım şirketlerinin kullanımına açma kararı Tüpraş'ın hâkim durumunu kötüye kullanmasını önleme amacıyla verilmiş bir karardır. Olaydaki vakıalara baktığımızda, hâkim durumun varlığından şüphe etmemek gerekir. Zira kararda ifade edildiği üzere Tüpraş bölgedeki tek ithalatçıdır. Tüm altyapı ona aittir ve bu altyapı herhangi bir objektif haklı sebep olmaksızın diğer ithalatçı şirkete kullanılmamaktadır. Tesislerin esaslı unsur niteliğinde bahsedebilmek ve bu doğrultuda inceleme yapabilmek için öncelikle ilgili ürün pazarlarının tespit edilmesi gerekir. Ayrıca Kurul özelleştirmeye ilişkin kararında tesislerin kullanıma açılmasının LPG bakımından rekabetin önemli ölçüde azaltılması riskini ortadan kaldıracığına kanaat getirmiştir. Bu durumda hangi pazardaki etkin rekabetin etkilendiği daha da önem arz etmektedir. Tüpraş bu bölgede LPG dağıtım şirketlerinin ihtiyacını üretim ve ithalat yoluyla karşılamaktadır. Dolayısıyla Tüpraş'ın ithalat pazarındaki hâkim konumunu tesisleri kullanılmamak suretiyle başka bir pazardaki rekabet ortamını bozmak amacıyla kötüye kullanması halinin tespiti doğrultusunda ancak, esaslı unsur doktrininin uygulama koşulları göz önünde bulundurulabilecektir.

F. Esaslı Unsur Olarak Telekomünikasyon Sektörüyle İlgili Alt yapı

1. MCI v. AT&T Kararı

Amerika'da esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarını belirlemiş olan ve daha sonraki kararlarda da bu koşulların göz önünde bulundurulduğu ilk dava telekomünikasyon sektörü ile ilgili olan MCI davasıdır³³⁹.

Bu davada MCI, AT&T tarafından kontrol edilen yerel telefon ağlarından uzak mesafe görüşme hizmeti sunmak için yararlanmayı talep etmektedir. Bu talebin AT&T tarafından reddedilmesi üzerine açılan davada mahkeme, bir pazardaki tekel gücün diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmak üzere kullanıldığına hükmeder. Bu kapsamda AT&T, yerel şebekeler pazarındaki tekel gücünü uzak mesafe telefon görüşmesi pazarındaki potansiyel rakibini dışlamak suretiyle rekabet koşullarını bozmak doğrultusunda kullanmıştır. Mahkemeye göre yerel telefon ağları esaslı unsur niteliğindedir ve bunların alternatifinin yaratılması da iktisaden mümkün değildir.

Bu karar çerçevesinde, esaslı unsur doktrini kapsamında rekabet hukuku açısından sorumluluğun doğması için, iddiada bulunan tarafın şu dört faktörü ispatlaması gerekmektedir. Rekabet sorumluluğu için aranılan bu koşullar, esaslı unsur iddiasının söz konusu olduğu davalarda hemen hemen bütün mahkemelerde dikkate alınmaktadır³⁴⁰. Bu koşullar;

³³⁹ MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel., Co., 708 F 2d. (7th Cir.).

³⁴⁰ **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 449. Yukarıdaki koşullar çerçevesinde Amerikan mahkemeleri davalarda, esaslı unsur doktrinine göre sorumluluğu nadiren bulmaktadırlar. Ancak bu durum doktrinin uygulanmasını reddetmekten dolayı değil; davada incelenen vakıalar çerçevesinde koşulların oluşmamasından ötürüdür. Bu yazarlara göre, örneğin Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co. davasında 10. Bölge Temyiz Mahkemesi “birden çok bölgeli bilet sistemi”ni esaslı unsur olarak kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme ise, rekabet sorumluluğunu Sherman Kanunu’ndaki tekelleşme suçu çerçevesinde belirlemiştir. Mahkeme, kararında doktrinden bahsedilmesine gerek olmadığını; çünkü davalı tekelin rakibiyle anlaşma yapmayı reddetmek suretiyle Sherman Kanununu ihlal ettiğini ve bu duruma ilişkin yeterli delilin bulunduğunu belirtmiştir (Aspen Skiing, 472 U. S., 611). Ayrıca, bu doktrini şiddetle eleştiren bazı yazarlar bulunmakla birlikte ortada olağanüstü koşulların bulunması halinde, doktrinin uygulanmasından yana görüş bildirmektedir. Örneğin, doktrini şiddetle eleştiren **Areeda**, rakibin unsurun bir alternatifini yaratamaması halinde tekelin bu unsuru imkânı dâhilinde rakibine kullandırması gereğine işaret etmektedir (bkz., **Areeda, Philip**: “ Essential Facilities: An Epithet in Need Of Limiting Principles “, Antitrust Law Journal, V. 58, Issue: 1, 1990, s. 845.).

- esaslı unsurun tekel tarafından kontrolü,
 - rakibin bu unsuru fiilen veya makul olarak bir yenisini yapma imkanının bulunmaması,
 - bu unsurun rakibe kullandırılmasının tekel tarafından reddi,
 - bu unsurun rakiplere kullandırılmasının, tekelin imkanı dahilinde olması.
- şeklinde ifade edilmektedir.

2. İŞ – TİM – Turkcell/Telsim Kararı

Telekomünikasyon sektörü ile ilgili olan bir diğer olay Rekabet Kurulu önüne gelmiştir. Rekabet Kurulu'nun "Roaming" ile ilgili karara³⁴¹ konu olayda İŞ-TİM, ulusal dolaşıma (roaming)³⁴² yönelik talebini Turkcell ve Telsim'in reddetmek suretiyle RKK. m. 6 (a) ve (e) bentlerini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. Kararda, ilgili ürün pazarları olarak GSM alt yapı hizmetleri (üst pazar) ve GSM hizmetleri pazarı (alt pazar); coğrafi pazar olarak da Türkiye tespit edilmiştir³⁴³. Turkcell ve Telsim alt yapı hizmeti pazarında birlikte hâkim durumdadır. Kurul, Turkcell ve Telsim'in GSM alt yapı hizmetleri pazarındaki hâkim durumlarını birlikte davranışları ile kötüye kullanarak GSM hizmetleri pazarına rakiplerin girmesine engel olması suretiyle RKK. m. 6'nın ihlâl edildiğine karar vermiştir³⁴⁴. Doktrinde unsurun pazara derhal girebilmek için zorunluluğunun aranması eleştirilmektedir. Zira bu görüşe göre, unsurun faaliyetin yapılabilmesi için her zaman zorunlu olması gereği aranmalıdır³⁴⁵. Oysa kanımızca, unsurun aynı işlevini görecektir bir benzerinin yapılması koşulu kullanıma ilişkin talebin yapıldığı dönemde tespit edilmeli ve bu bağlamda teknolojik gelişmelerin sonunda bir dönem esaslılık arz eden unsur yerine ikame edilebilir başka unsurların yaratılıp yaratılmadığı incelenmelidir.

³⁴¹ RK kararı, K. Sa.: 03-40/432-186, K. T.: 09.06.2003.

³⁴² Roaming kavramının tanımını 4502 sayılı Kanunu'nun 1. maddesinde görmekteyiz. buna göre roaming; "*Bir işletmeye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkan sağlayan sisemler arası dolaşımıdır*" (RG, 29.01.2000, S. 23948).

³⁴³ Burada GSM alt yapı hizmetleri Kurulun ifade ettiği gibi, GSM hizmetlerinin hammaddesi niteliğindedir.

³⁴⁴ Bu karar Danıştay 10. Dairesinin 28.12.2004 tarihli kararıyla durdurulmuştur (**Gürzumar**, s. 386, dn. 294).

³⁴⁵ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 429.

İŞ – TİM ve Aycell ile imzalanan lisans sözleşmelerinde nüfusu onbinden fazla olan yerleşim yerlerinin iki yıl içinde %50'sinin, beş yıl içinde %90'ının kapsama alanına alınması zorunlu tutulmuştur. Bu doğrultuda getirilen bir diğer eleştiri, geçici bir süre için esaslı unsur kavramının kabul edilmiş olmasıdır. Çünkü beş yılın sonunda şikâyette bulunan İŞ – TİM tüm yatırımları kendisi yapmış olacaktır³⁴⁶. Burada öncelikle esaslı unsur doktrininin çeşitli rekabet politikaları açısından uygulama alanı bulma nedeni göz önünde bulundurulmalıdır. Amaç, pazarların rekabete açılmasıdır. Bu amacı destekler şekilde de 4502 sayılı Kanunun m. 10/V'de roaming taleplerinin karşılanması ile ilgili hüküm bulunmaktadır. Buna göre; *“...Kurumun belirleyeceği hizmet ve alt yapı işletmecileri, aynı alandaki işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdür”*.

Kararda pazara girişte hukuki, teknik ve ekonomik zorlukların bulunduğu tespit edilmiştir. Hukuki zorluklar arasında; baz istasyonlarının kurulacağı yerlerin kiralanması, enerji temin edilmesi ve alınması gereken ruhsatlar örnek olarak gösterilmiştir. Teknik zorluklar arasında; GSM 900 frekans bandı ile GSM 1800 frekans bandı arasındaki kapsama alanlarının genişliği konusundaki farklar yer almıştır. Ekonomik zorluklar olarak da, lisans ve alt yapı için büyük kaynaklar sarf edilmesi ile piyasaya girdikten sonra ileri teknoloji, fiyat, hizmet ve ürün kalitesi gibi alanlarda kaynak yetersizliğinden rekabet edememe, daha fazla satış ve pazarlama giderlerine katlanma sayılmıştır.

Doktrinde bir görüş, karara konu olay açısından esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarının oluşmadığını ve bu yüzden de RKK. m. 6'nın ihlalinin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür³⁴⁷. Bu görüşün gerekçelerine bakacak olursak, teknik zorluklarla ilgili olarak bu zorlukların tespitinin bilirkişilerce yapılabileceği belirtilmiştir. Hukuki zorluklarla ilgili olarak, pazara ilk giren teşebbüslerin tüm bunlara katlanmış olduğunu belirtir. Ekonomik zorluklarla ilgili olarak, İŞ – TİM'in kendisinin yüksek bedel ödeyerek GSM hizmetleri pazarında faaliyette bulunmayı tercih ettiğini belirterek bu teşebbüsün bu piyasada faaliyette bulunabilmesi için zorunlu olarak alt yapı kurması gerektiğinin, müşteri kazanmak için reklâm vs. gibi faaliyetlerde

³⁴⁶ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 429.

³⁴⁷ **Güven**, s. 80.

bulunmasının zorunlu olduğunun farkında olması gerektiğini ilave etmektedir. Yine bu görüşteki yazarlara göre, piyasaya daha önce giren teşebbüslerin aynı zorluklarla karşılaşmış olmalarına rağmen alt yapılarını kurdukları belirtilir ve bu yüzden de alt yapıların esaslı unsur olarak kabulü mümkün olmamaktadır³⁴⁸. Kanımızca burada telekomünikasyon sektörünün dinamikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle kanaate varmak isabetli olacaktır. Öncelikle, daha önce piyasaya girmiş olan Turkcell ve Telsim'in bu tür zorluklarla karşılaşmış oldukları doğrudur yalnız burada unutulmaması gereken nokta o dönemde bu teşebbüslerin karşısında herhangi bir rakibin bulunmaması ve bu doğrultuda rekabet baskısı altında bulunmamalarıdır. Oysa şebeke dışsallığı nedeniyle pazarın gün geçtikçe doyuma ulaşması bu teşebbüsün pazara girişine engel olacaktır. Buna engel olmak için teşebbüsün en kısa zamanda alt yapıyı kurması gerekmektedir. Ancak bu da kararda belirtildiği üzere teknik, iktisadi ve hukuki nedenlerle mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda başvulacak yol, hâkim teşebbüslere anlaşma yükümlülüğünün getirilmesi olacaktır.

G. Esaslı Unsur Olarak Dağıtım Ağları

1. Oscar Bronner Kararı

Oscar Bronner davasında³⁴⁹, Bronner Der Standart adlı günlük gazetenin yayıncısıydı ve kendisinden daha güçlü olan rakibi Mediaprint'in eve dağıtım sistemine erişim talep etmekteydi³⁵⁰. Ancak, Mediaprint'in bu talebi reddetmesi üzerine Bronner Avusturya mahkemesine başvurarak böyle bir erişim talebinin reddinin Avusturya Rekabet Hukukuna göre hâkim durumun kötüye kullanılması olduğunu ileri sürmekteydi. Bunun üzerine Avusturya mahkemesi ATAD'a başvurarak böyle bir red eyleminin m. 82'yi ihlâl edip etmediğini sormuştur. ATAD kararını verirken büyük ölçüde davanın savcısının görüşlerini takip etmiştir.

ATAD ulusal mahkemenin yapması gereken ilk işi, Avusturya'da gazetelerin eve dağıtımını için ayrı bir pazarın varlığını ve Mediaprint'in ulusal dağıtım ağıyla ikame edilebilir başka ağların mevcudiyetini tespit etmek olarak belirlemiştir. Zira eğer ilgili pazar ulusal eve dağıtım pazarı olarak tespit edilirse bu durumda ulusal

³⁴⁸ **Güven**, s. 80.

³⁴⁹ Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, ECR 1998, I-7791.

³⁵⁰ Oscar Bronner, Avusturya gazete pazarında yüzde dörtten daha az bir paya sahipti. Mediaprint ise, iki gazete yayınlayıp pazarın hemen hemen yüzde ellisine sahipti. Ayrıca, gazetelerin evlere sabah dağıtımını için ulusal bir ağa sahipti.

mahkeme, Mediaprint'in Avusturya'nın tümünde hâkim konumda olduğuna karar verebilecek ve dolayısıyla teşebbüsün ortak pazarın önemli bir kısmında hâkim durumda olduğuna karar verebilecektir.

ATAD daha sonra hâkim durumun kötüye kullanılması hususuna değinmiştir. Bu bağlamda öncelikle Commercial Solvents davasına işaret eden mahkeme, ham madde tedarikinin hâkim teşebbüs tarafından reddedilmesinin, alt pazardaki rekabetin sınırlandırılması şeklinde kendisini gösterdiğini belirtmiştir. Daha sonra Magill davasına atıfta bulunan mahkeme, reddin televizyon dergisi pazarındaki tüm rekabetin ortadan kaldırılması etkisini gösterdiğini belirtmiştir. Mahkeme somut olay açısından ise, reddin hizmeti talep eden tarafında³⁵¹ günlük gazete pazarındaki tüm rekabetin ortadan kaldırılması etkisini göstermesi gereğinden bahsetmektedir.

Mahkeme, ilgili unsura erişim (somut olay açısından dergilerin ulusal eve dağıtım ağı) için gerekli olan koşulları tespit etmiştir. Buna göre, iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. İlki; red eyleminin hizmet talep eden tarafında ilgili pazardaki tüm rekabetin bertaraf edilmesi etkisini doğurmasıdır. İkincisi; unsurun, erişim talep eden tarafın faaliyeti açısından gerek mevcut gerekse potansiyel ikamelerinin bulunmamasından dolayı vazgeçilmezlik addetmesidir. Bu son koşul ki esaslı unsur doktrininin uygulanmasına yönelik en önemli katkıyı sağlamıştır, ancak ilgili unsura alternatif teşkil edebilecek herhangi bir olanağın söz konusu olmaması ve unsurun bir benzerinin yaratılmasının objektif olarak teknik, hukuki ya da ekonomik nedenlerden ötürü mümkün olmaması halinde yerine getirilmiş olur³⁵². Dava konusu olayda Bronner, kendisi açısından böyle bir dağıtım sistemi kurmasının iktisadi açıdan verimsiz olduğunu; zira kendisinin dağıtacağı gazete miktarının daha az olduğunu ileri sürmekteydi. Mahkeme, mevcut sisteme alternatif bir sistemin yaratılmasının, erişim talep eden kişi açısından değerlendirilmemesi gereği üzerinde durmaktadır. Bunun yerine mahkeme, objektif bir standart benimsemek suretiyle gazete yayıncısı diğer teşebbüsler ya da en azından hâkim durumdaki teşebbüsle (Mediaprint) aynı ölçekte faaliyette bulunan bir teşebbüs bakımından alternatif bir sistemi yaratmanın mümkün olmaması koşulunun gerçekleşmesi üzerinde durmuştur. Sonuç itibarıyla mahkeme yukarıda sayılan

³⁵¹ “ on the part of the person requesting the service”

³⁵² Daha düşük kalitede dahi olsa (somut olay açısından alternatif dağıtım yöntemleri olan posta, büfe, dükkânlar gibi) mevcut unsura alternatif olanakların bulunmaması gerekmektedir.

koşulları göz önünde bulundurmak suretiyle, Mediaprint'in Bronner'a erişim sağlama yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir.

2. Ulusal Basın Gazetecilik/Medya – BBD/Biryay/Yaysat Kararı

Rekabet Kurulunun dağıtım ağları ile ilgili ve esaslı unsur doktrini ile ilişkilendirilebilecek BİRİYAY kararı³⁵³ üzerinde durmamız gerekmektedir³⁵⁴. Karara konu olay gazete ve dergi dağıtım pazarında Birleşik Basın Dağıtım AŞ (BBD), Birleşik Yayın Dağıtım (BİRİYAY) ve Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım AŞ'nin (YAYSAT) Star gazetesinin, son satış noktalarındaki satışını önlemek suretiyle bu gazetenin faaliyetini zorlaştırmalarının, diğer yandan Star gazetesinin dağıtımını üstlenen ve son satış noktalarına ulaştıran Medya Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. AŞ.'nin aynı pazara girişini engellemelerinin RKK m. 6 çerçevesinde incelenmesi ile ilgilidir.

Gazete ve dergi dağıtım pazarı Kurulun bir başka ilk inceleme kararında ayrıntılı olarak tarif edilmiştir³⁵⁵. Karara göre ilgili pazar; *“sürelî yayınların yayınevinden çıkıp okuyuculara ulaştırılmasına kadar olan faaliyetlerin bütünü konu almaktadır. Gazete ve dergilerin dağıtımında, yayınların bizzat yayınevi veya dağıtım şirketi tarafından posta veya özel kargo yoluyla okura ulaştırılmasını sağlayan abonelik sistemi veya örgün dağıtım sistemi yolu kullanılmaktadır. Örgün bir dağıtım sisteminde Türkiye çapında dağıtımı yapılan yayınlar genelde; yayınevi, dağıtım şirketi, başbayı (ana bayi) ve tali bayiden (son satış noktası) oluşan dört aşamalı bir kanal arcılığı ile tüketicilere (okuyuculara) ulaştırılmaktadır. Dağıtım yapılacak gazete veya dergi yayınevi tarafından basıldıktan sonra belirli bir komisyon oranı karşılığında dağıtım şirketlerine teslim edilmektedir. Dağıtım şirketine teslim edilen yayınlar, uygun ulaşım araçları ile ilgili bölge müdürlüklerine gönderilmektedir. Daha sonra, yayınlar bölge müdürlükleri vasıtasıyla başbayilere ulaştırılmaktadır. Başbayilerce tasnif edilen yayınlar tali bayilere gönderilmekte ve tali bayiler tarafından da okuyuculara sunulmaktadır. Tali bayilere son satış noktası adını vermek mümkündür. Ülkemizde, son satıcıları genellikle bakkal, market, kitabevi, mobo ve kiosklar oluşturmaktadır”*.

³⁵³ RK Kararı, K. Sa.: 00-49/529-291; K. T.: 14.12.2000.

³⁵⁴ Doktrinde bu karar BİRİYAY II şeklinde ifade edilmektedir. Zira daha önce de benzer ihlal konularına sahip ve fakat tarafları farklılık arz eden BİRİYAY I davası Kurul tarafından inceleme konusu yapılmıştır (bu konuda bkz., **Ölmez**, s. 22 – 24).

³⁵⁵ RK kararı, K. Sa.: 08-25/256-84 ; K. T.: 20.3.2008.

Şikayet eden taraf olan Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık Sanayi AŞ., iddiasında Star gazetesini kendi dağıtım şirketi vasıtasıyla gazete bayilerine ulaştırmakta olduğunu; ancak BBD ve YAYSAT'ın bayiler üzerindeki hakimiyetlerini kullanmak suretiyle baskı yaptıklarını ve bayilerin bu yüzden Star gazetesinin satışından kaçındıklarını ileri sürmüştür. Buna ilaveten, her gazete grubu için ayrı bir bayilik ağının oluşturulmasının ekonomik olarak büyük bir israfa yol açtığını, gazetelerin nitelikleri gereği rakipleri ile aynı bayide satılmalarının gerektiğini; aksi halde gazetenin yayın hayatına devam edebilme imkânının bulunmadığını ve dolayısıyla Hürriyet ve Sabah gruplarının sahip olduğu dağıtım ve bayi ağından faydalanmalarının zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Kararda, ilgili coğrafi pazar Türkiye, ilgili ürün pazarı da "gazete ve dergi dağıtım pazarı" olarak tespit edilmiştir. İlgili ürün pazarında BBD ve YAYSAT'ın birlikte hâkim durumda oldukları kabul edilmiştir. BİRYAY ise BBD ve YAYSAT tarafından kurulmuş ortak girişimdir. Bu şirket, müşteri yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile satmaktadır. Bu yüzden pazarın düapol bir pazar olduğu ifade edilmiştir. BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın toplam pazar payları yaklaşık %100'dür.

Bu kararda esaslı unsur doktrini açıkça zikredilmese de içerik olarak doktrin gelişiminde etki edecek niteliktedir. Şöyle ki, ilgili ürün pazarı olarak tek pazar ifade edilmiş olmasına rağmen kararın içeriğinde alt pazar ve üst pazarın kabul edilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu bağlamda Kurul, gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda var olabilme açısından iki unsurun kritik önemi haiz olduğunu belirtmiştir. Bunlar sırayla, yayınların okuyucuya ulaşımını sağlayacak yeterli sayıda tali bayiliğin tesisi ve bu tali bayiliklerin yeterli miktar ve çeşitlilikle beslenmesi ile dağıtım pazarına girişin gazete ve dergi yayıncılığı pazarında yer edinmeye; gazete ve dergi yayıncılığı pazarında yer edinmenin de dağıtım pazarını kullanmaya bağlı olmasıdır. Böylelikle iki pazarın birbiriyle bağlantısı vurgulanmıştır. Kurul, son satıcıların olmazsa olmaz öneme sahip olduklarını zira dağıtım şirketinin amacına ulaşmasının son satıcılar olmaksızın mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, şikâyetçi teşebbüsün yayıncılık pazarında faaliyette bulunabilmesi için esaslılık arz eden son satış noktalarının kullandırılmaması onun rekabetini engeleyecek ve bu pazardaki rekabeti sınırlandıracaktır. Ayrıca, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin aynı veya benzer nitelikte son satıcılıklar tesisi piyasanın geneli açısından mümkün ve makul değildir. Alternatif bir teşebbüsün

pazara girmesinin engellenmesi tüketicinin alternatif bir kaynaktan yoksun kalmasına yol açacaktır. Gazete satış büfeleri, mobo ve kioskaların çoğu belediyelerce üçüncü kişilere kiralanın yerlerdir. Bu yerler genellikle belediyelerin iznine tabi olup şehrin arterlerine konulur ve sınırlı sayıdadır. Asıl amaçları, gazete ve dergi satmaktır ve bunların yakınında, bu büfeleri ikame edebilecek nitelikte yer bulma olanağı neredeyse imkânsızdır. Böylelikle bu gibi yerlerin esaslı unsur niteliğinde olduğu zımni de olsa ifade edilmiştir. Sonuç itibariyle de, satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi vurgulanarak söz konusu yerlerde gazete ve dergileri makul bir ücret veya komisyon karşılığında satılmasını temin edecek düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine karar verilmiştir. Karardan, belediyelerce kurulan gazete satış büfelerinin esaslı unsur niteliğinde olduğunu görmekteyiz. Zira kararda bu yerlerin sınırlı sayıda olduğu ifade edilmiş ve dağıtım piyasasına girmek isteyen bir teşebbüsün giriş sırasındaki haliyle hem başbayilikler hem de sayısı onbinleri bulabilecek son satış noktaları oluşturmasının mümkün olmadığı ilave edilmiştir. Ayrıca bir unsurun esaslılık arz etmesi için fiilen alternatifinin bulunmaması gerekmektedir. Olayda bu durum da araştırılmış ve yalnızca tezgâh açmış tek kişiden oluşan bir son satış noktasının satış kapasitesinin çok sınırlı olduğu, kötü hava koşullarından dahi kolaylıkla etkilenebileceği belirtilmiştir. Yine mevcut bayiliklere yakın bir yerde son satış noktasının kurulması da mümkün görülmemektedir.

İşletmeleri doğrudan şikâyet edilen teşebbüslere ait son satış noktalarına şikâyetçi teşebbüsün ürünlerinin erişiminin engellenmesi eylemi, kararın sonuç bölümünde L 1/2 de ifade edilen şekilde “ *gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak*” suretiyle RKK. m. 6/II (d)’yi ihlal niteliğindedir. Bunun sonucunda da L 3’te belirtilen şekilde belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü kişilere kiralanın satış büfelerinin hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin gazete ve dergileri buralarda satma zorunluluğu bir anlamda buraları erişime açma zorunluluğu getirilmiştir. Aksi halde, yayıncılık pazarındaki rekabetin sınırlandırılması söz konusu olacaktır.

Kararın iptali talebiyle Danıştay'a başvurulmuş, Danıştay 10. Dairesi bu talebi reddetmiştir³⁵⁶.

H. Diğer Sektörlere İlişkin Olaylar

1. Amerikan Hukukunda

"Terminal Railroad" davasından sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi, benzer kararlar vermeye devam etmiştir. "Associated Press v. United States" davasında, Associated Press ajansının yönetmeliğinin, ajansa üyeliği sınırladığı ve böylelikle ajans haberlerinin kullanılmasının engellendiği ve bu haberleri kullanmanın potansiyel her üye için hayati önemi haiz olduğunu karar altına alınmıştır³⁵⁷. Bu davada, yeni üyelerin ajansa katılmaları daha önce üye olmuş olanların rakibi olmamaları halinde hiçbir zorlukla karşılaşmıyordu. Yüksek mahkeme, Associated Press haberlerinin üyelerin rakiplerine herhangi bir ayrımcılık yapılmaksızın sağlanmasına karar vermiştir. Ancak mahkemenin bu bağlamdaki gerekçesi netlik taşımamaktaydı³⁵⁸. Bir diğer eleştiri konusunu da, Associated Press'in basın haberciliği pazarında tekel gücüne sahip olup olmaması oluşturmaktadır³⁵⁹. Burada da anılan yönetmelik aracılığı ile Sherman Kanunu'nun Birinci Bölümünün ihlal edildiği karar altına alınmıştır. Yüksek Mahkeme kararındaki çoğunluğun görüşüne göre, haberlerin bu şekilde sadece ajans üyeleri yararlanacak şekilde birleştirilmesi, bu teşebbüslere rakipleri karşısında büyük bir rekabet avantajı sağlamaktadır. Kararda yer alan karşı görüştekiler ise, Associated Press dışında başka haber ajanslarının da bulunduğunu bunların da hizmet sundukları ve Associated Press'le karşılaştırılabilecek sayıda gazete bulunduğunu belirtmişlerdir. Bu nedenle de Associated Press'in oluşturduğu faydalı bir unsurun esaslılık arz etmesi için ortada herhangi bir delilin bulunmadığı vurgulanmıştır³⁶⁰. Kanımızca da karşı görüşün değerlendirmeleri dikkate alınmak suretiyle bir karara varılması yerinde olurdu. Zira esaslı unsurun uygulama koşullarından tekel teşebbüs konumunda olma ve esaslılık arz etme hallerinin yokluğu söz konusudur ve bu durumda da doktrinin uygulanması mümkün değildir.

³⁵⁶ Gürzumar, s. 327.

³⁵⁷ 326 U. S. 1 (1945).

³⁵⁸ Doherty, s. 400; Areeda, s. 842.

³⁵⁹ Lipsky – Sidak, s. 1200.

³⁶⁰ Doherty, s. 400.

Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co.³⁶¹ davasında, Onuncu Bölge Temyiz mahkemesi esaslı unsur doktrinini uygulamıştır. Highland ile Ski Co. birbirine rakip iki kayak tesisi işleten teşebbüstür. Ski Co., Highland'den daha büyük bir teşebbüstür. Highland, rakibiyle uzun süreden beri müşterilerin daha uygun fiyata birden fazla alanda kayak yapabilmeleri için bir bilet sistemi oluşturmuşlardı. Yalnız Highland bu durumu daha fazla sürdürmek istememiştir. Mahkeme, birden fazla alanı kapsayan bu bilet sistemini esaslı unsur kapsamında değerlendirmiştir. Ayrıca, Highland'in sistemden çıkarak rakibini pazar dışına ittiğini bunu da tekelleşme niyetiyle yaptığını ifade etmiştir. Yüksek mahkeme ise kararında esaslı unsur doktrinin uygulanmasına gerek olmadığını belirterek Highland'in anlaşma yapmayı reddetmek suretiyle Sherman Kanunu'nu ihlal ettiğine karar vermiştir³⁶². Bu dava ile ilgili ayrıntılı bilgi esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarını belirtirken verildiği için burada tekrar ifade etmekten kaçınılmıştır.

2. Türk Hukukunda

Doktrinde³⁶³ Rekabet Kurulu tarafından "esaslı unsur"³⁶⁴ kavramının kullanıldığı ilk karar olarak Ankara Veteriner Tıp Merkezi'nin şikâyet eden taraf olduğu olay gösterilmektedir³⁶⁵. Karar, ilk inceleme kararıdır ve sonuç olarak da Kurul tarafından ön araştırma yapılmasına veyahut soruşturma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

Karar konusu olayda Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti. tarafından Ankara Veteriner Tıp Merkezine, Iams (Eukanuba) markalı ürünlerin verilmemesi iddiası incelenmiştir. Olayda özetle Eurokanuba markalı ürünler ilgili tıp merkezinde satılmaktayken bu ürünlerin distribütörlüğünü yapan Propet Hayvan Ürünleri Tic. Ltd. Şti. herhangi bir gerekçe göstermeksizin mallarını geri çekmiştir. Kurul incelemesinde Propet'in profesyonel kedi ve köpek mamaları pazarında hâkim durumda olup olmaması ile veteriner hizmetleri pazarında faaliyette bulunan tıp merkezi açısından mamaların, faaliyeti yerine getirirken esaslılık arz edip etmemesi üzerinde durmuştur. Kanımızca, olay açısından öncelikle incelenmesi gereken taraflar arasındaki rakiplik ilişkisi³⁶⁶ ile bu unsurun verilmemesinin dikey

³⁶¹ Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 472 U. S. 585 (1985).

³⁶² Doherty, s.401; Pitofsky – Patterson – Hooks, s. 448.

³⁶³ Gürzumar, s. 304.

³⁶⁴ Kararda "zorunlu unsur" ifadesi de kullanılmıştır.

³⁶⁵ RK kararı, K. Sa.: 00-14/138-70; K. Ta.: 18.04.2000.

³⁶⁶ aynı yönde bkz., Gürzumar, s. 306.

bütünleşmeye yol açıp açmayacağı hususudur. Kurul, bu hususları incelemeksizin, Propet'in kedi ve köpek maması pazarında hâkim durumda olmadığı ve Eukanuba markalı mama satımının, tıp Merkezinin faaliyetlerini yerine getirebilmesi açısından esaslı bir unsur oluşturmadığı kanaatine varmıştır. Karar, esaslı unsur doktrininin "hâkim durum"un söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulmasını göstermesi ve faaliyetin yerine getirilmesi için unsurun vazgeçilmezlik addetmesini vurgulaması açısından önemlidir.

İKİNCİ BÖLÜM

ESASLI UNSUR DOKTRİNİNİN FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ALANINDA UYGULANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. Fikri Mülkiyet Kavramı

Fikri mülkiyete konu ürünün sağladığı mutlak haklar sahiplerine üçüncü kişilerin fikri üründen yararlanmalarını yasaklama yetkisi verir. Bu doğrultuda, fikri mülkiyet hakkı sahibi başkalarının, kendi izni olmadan fikri mülkiyet hakkının konusunu yani eserin, buluşun, faydalı model ve tasarımın kullanılmasını yasaklayabilir. Fikri ürünleri korumaya yönelik düzenlemeler, fikri ürün sahibinin menfaatleri ile toplum menfaatlerini dengelemeye yönelik hizmet vermektedir. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin fikri ürünleri kullanmalarının engellenmesi ürün sahibinin ödüllendirilmesi demek olup yeni eserlerin yaratılması ve yatırımların yapılması açısından teşvik edici nitelik taşımaktadır. Böylelikle toplumsal yarar sağlanmaktadır. Bu durumda, üçüncü kişilerin belirli pazarlara girişinin engellenmesi ihtimali doğabilir. Özellikle hâkim durumdaki teşebbüsün bu şekilde davranışı rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki çatışmayı ortaya çıkarabilir. Çalışmamızın konusu olan esaslı unsur doktrini kapsamına giren davranışlar da bu çatışmanın konusunu oluşturabilmektedir.

Günümüzde fikir ve sanat eserleri ile sınaî hakların konusu olan ürünler arasında ayırım yapmak kolay değildir. Dolayısıyla iki hak türü arasında bazı temel farklılıklar söz konusu olsa dahi fikri hak ve sınaî hak kavramlarının tarihsel süreçten kaynaklanan bir ayırım olduğu görüşündeyiz³⁶⁷. Fikri mülkiyet hakkı kavramına geniş anlam verilmesi, bu kavramın kapsadığı ürünlerin sınıflandırılmasına engel değildir.

Avrupa Topluluk hukuku³⁶⁸ ve Amerikan hukuku literatürü³⁶⁹ ile yargı kararlarında kullanılan “intellectual property” ifadesi, fikir ve sanat eserleri bu

³⁶⁷ Tarihsel gelişim için bkz., **Aydıncık, Şirin**: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s.7 dn. 29; ayrıca ayırımın tarihsel süreçten kaynaklandığına ilişkin bkz., **Aslanlı, Halil**: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954, s.1- 2; **Erel, N. Şafak**: Türk Fikir ve Sanat Hukuku , Ankara 1998, s. 6.

³⁶⁸ **Govaere, Inge**: The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law, London 1996; **Anderman, Steven D.**: EC Competition Law and Intellectual Property Rights, Oxford 1998.

³⁶⁹ **Hovenkamp, Herbert – D. Janis, Mark – A. Lemley, Mark**: IP and Antitrust V. I – V. II, New York 2005.

anlamda bilgisayar programları ile veri tabanları, patentler, markalar, faydalı modeller, tasarımlar gibi fikri ürünlerin tümünü kapsayıcı nitelikte görülerek “fikri mülkiyet hakkı” adı altında Türkçeye çevrilmiştir³⁷⁰. Zira fikri ürün kapsamına fikir ve sanat eserleri kadar buluşlar, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar da girer. Onlar da fikri üründür. Marka hakları her zaman doğrudan bir fikri emeğe ilişkin olmasalar da tümüyle bu alanın kapsamı içindedirler³⁷¹. Bununla birlikte fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile korunan bilgisayar programlarının sadece fikir ürünü olarak kabul edilip ticari ve sınaî ürün olarak kabul edilmemesi mümkün değildir. Yine, edebi ve sanat eserleri de ticari olarak büyük değer taşımaktadır. Dolayısıyla artık fikir ve sanat eserleri alanın da sanayileştiği ve bu eserlerin de sınaî ve ticari mahiyet kazandıkları kabul edilmektedir³⁷². Biz de çalışmamızda fikri mülkiyet hukuku alanındaki gelişmelere uygun olarak fikri mülkiyet hakkı terimini geniş anlamda kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız³⁷³.

II. Fikri Ürün Kavramı

Doktrinde fikri mülkiyet hakkının konusu olan ve iktisadi değer taşıyan fikri ürünler, gayri maddi mallar olarak da nitelendirilmektedir³⁷⁴. Bu ürünlerin kapsamına fikir ve sanat eserleri, buluşlar, markalar, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller,

³⁷⁰ **Tekinalp, Ünal:** Fikri Mülkiyet Hukuku, Kırklareli 2002, s. 3; **Tekinalp** ayrıca fikri mülkiyet hukuku terimini de kullanarak bu ifadeye de geniş anlam bahşetmektedir; özellikle Anglo Amerikan ülkelerinde tercih edilen bu nitelendirme, fikri hukuk alanındaki resmi uluslar arası resmi belgelerde de benimsenmeye başlamıştır (bkz. WIPO Anlaşması, TRIPS).

³⁷¹ **Erel, s. 5; Erdem, B. Bahadır:** Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 2002 İstanbul, s. 10.

³⁷² **Erdem, s. 10.**

³⁷³ Ayrıca burada işaret edilmesi gereken bir husus söz konusudur. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar açısından Kıta Avrupası ve Angloamerikan hukuku arasında pek çok fark bulunmaktadır. Bunlardan, çalışmamız açısından önemli olan husus, Kıta Avrupası hukukunda eser sahibinin ön planda tutulmasıyken, Angloamerikan hukukunda eserin ön planda tutulmasıdır ve fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakkın “copyright” şeklinde ifade edilmesidir. Bu bağlamda fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar uzun bir süre sadece maddi mülkiyetin türü olarak değerlendirildiğinden Amerikan hukukunda manevi hak kavramını benimsemeye sıkıntılar yaşandığı belirtilmektedir. Ayrıca, Angloamerikan hukukunda manevi hakların doğum şartı sözleşmedir. Fikri mülkiyet hukuku ile ilgili normlar uluslar arası nitelik taşıdığından iki hukuk sistemi arasında bir yakınlaşma olduğunu belirtmemiz mümkün olmakla beraber aralarında farklılıkların da olduğu yadsınamaz. Copyright deyimini sadece eser üzerindeki eser sahibine tanınan hakları değil, yapımcıların, icracı sanatçıların ve radyo – televizyon yayın kuruluşlarının haklarını bir başka ifadeyle eser sahibinin haklarına komşu hakları da kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır (bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. **Ateş, Mustafa:** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması, Ankara 2003, s. 116 vd.). Çalışmamızda Topluluk hukuku literatüründe ve mahkeme kararlarında kullanılan copyright kavramının karşılığı olarak ve eser sahibinin haklarını ifade etmek üzere telif hakkı deyimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

³⁷⁴ **Öztrak, İlhan:** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971, s. 1; **Erel, s. 5.**

ticaret ünvanı ve işletme adı girmektedir³⁷⁵. Bununla birlikte doktrinde bir başka yaklaşım fikri ürün kavramına başvurmaksızın, fikri mülkiyet haklarının her birinin insan zihninin, düşüncesinin yarattığı ürünler olduğunu ileri sürmektedir³⁷⁶. Çalışmamızda, esaslı unsur doktrininin işlevselliği açısından fikri ürünler ile fikri mülkiyet hakları arasında bir fark bulunmamaktadır³⁷⁷.

Fikri ürün soyuttur. Medeni Kanun'daki menkul ve gayrimenkul mallar dışında yaratıcı insan zekâsının ürünü olup üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahiptir³⁷⁸. Dolayısıyla farklı hukuklara tâbiidirler. Fikri ürün kendi hukukuna bağlı iken üzerinde tecessüm ettiği maddeye eşya hukuku uygulanır.

Fikri ürün eşya değildir. Sadece maddi şeylerin eşya olarak nitelendirilmesi sebebiyle mülkiyetin ve zilyetliğin konusu olamaz³⁷⁹.

Son olarak fikri ürünler üzerindeki haklar, mutlak haklardandır. Bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği "Fikri Mülkiyet" başlığı altında açıklandığı için burada yinelenmeyecektir. Lisans vermeyi reddetme kapsamında ATAD, endüstriyel tasarım ile televizyon listeleri ve veri tabanlarının telif hakkıyla korunmasına ilişkin kararlar vermiştir. Bununla birlikte, en son olarak Komisyonun önüne gelmiş olan bilgisayar ara işlerlik bilgilerine ilişkin ihtilaf, fikri mülkiyet hukuku kapsamında görülmüştür. Ara işlerlik bilgilerinin edinilmesi ile ilgili bilgi verebilmek için bilgisayar programları hakkında genel olarak açıklamada bulunmak gerekmektedir. Bilgisayar programları bir yandan eser türü olarak kabul edilip bu kapsamda korunurken diğer yandan patent hukuku yoluyla koruma altına alınabilmesi kabul görmektedir.

A. Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Kabul Edilmesi

Bilgisayar programı, belirli bir işlevi veya görevi yerine getirmesi amacıyla verilen komutların herhangi bir şekil, lisan, notasyon veya kodla ifade edilmesidir³⁸⁰.

³⁷⁵ **Erel**, s. 5; bununla birlikte doktrinde **Tekinalp**, markanın, ticaret ünvanı ve işletme adının fikri ürün olmadığını kabul etmektedir (bkz., **Tekinalp**, s. 4).

³⁷⁶ **Erdem**, s. 12.

³⁷⁷ Fikri ürün ile fikri mülkiyet haklarının esaslı unsur doktrininin uygulama konusu açısından ikisi arasındaki farkı teoriktir. Fikri mülkiyet hakkı, kişinin her tür fikri ve zihni çaba ve emeği sonucunda ortaya çıkardığı ürünler üzerinde hukuken korunan ve hak sahibi dilediğinde bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaatlerdir (bkz., **Ateş**, s. 93).

³⁷⁸ **Erdem**, s. 12; **Tekinalp**, s. 5.

³⁷⁹ **Tekinalp**, s. 5.

³⁸⁰ **Tekinalp**, s. 103.

Bilgisayar programlarının karmaşık yapısı, hakkında hangi fikri hak rejiminin koruma sağlayacağı hususunda tartışmalara neden olmuştur³⁸¹. Bilgisayar programları her şeyden evvel bir iş görmek için yazılırlar ve bir fonksiyon icra ederler. Bu durumda fikri ürün bir fonksiyon icra ediyorsa bunu koruyacak rejim patent ya da faydalı model üzerindeki haklardır. Bununla birlikte, bilgisayar programlarının sadece fonksiyonel özellikler taşımadığı sahibinin hususiyetini taşıyan yönerinin de bulunduğu kabul edilmiştir³⁸².

Genel olarak bir ilim ya da edebiyat eserinde o eser hakkında bilgi sahibi olmak isteyenlerin o eseri okumaları yeterlidir. Bununla birlikte, bilgisayar programı hakkında bilgi sahibi olmak için öncelikle o program kopyalanmalıdır. Bu noktada eser sahibinin hakları ihlal edilmektedir³⁸³. Bilgisayar programının başka programlar ile olan işlerliğinin sağlanabilmesi için, programın var olan veya muhtemel diğer programlar ve donanım ile olan ilişkisi hususundaki kod bloklarına dair bilgilerin bilinmesi gerekir. Bu da iki yol izlenmek suretiyle gerçekleştirilebilir. Ya programı hazırlayan ve pazarlayan kişi bu doküman ve bilgileri program ile birlikte verecek veya bunları daha sonra kullanıma hazır tutacaktır³⁸⁴. Ya da tersine mühendislik yoluyla (reverse engineering) bilgisayar programının temel ve özel yapısının, ilkelerinin yeniden oluşturulması ve böylece program arkasındaki fikri yapının anlaşılması belirli bir zaman içinde mümkün olacaktır. Bu şekilde elde edilen bilgilerin programın esas fikri yapısını, yaratıcı yanı olan fikri çabayı ortaya koyduğu açıktır³⁸⁵. Ancak bilgisayar programlarının eser olarak korunması sistemini benimseyen rejimlerde bu sakıncayı gidermek amacıyla (eser sahibinin haklarının ihlalini engellemek amacıyla) çeşitli düzenlemelere gidilmektedir. Ülkemizde FSEK m. 38/son fıkrasında bu maddenin 6 ve 7. fıkralarındaki düzenlemelerin, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamayacağı belirtilmiştir³⁸⁶. Bir diğer ifadeyle, bir bilgisayar programının

³⁸¹ **Aksu, Mustafa:** Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006, s. 18.

³⁸² **Aksu, s. 81; Öztürk, Özgür:** Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul 2008, s. 30 – 31; FSEK m. 2 bilgisayar programının tüm ifade biçimleri ve onun ara yüzeyleri için fikri hukuk koruması vermiştir.

³⁸³ **Öztürk, s. 31.**

³⁸⁴ **Aksu, s. 155.**

³⁸⁵ **Aksu, s. 156;** tersine mühendislik, bitmiş bir mamul incelenerek bunun yapım yönteminin, imalinde kullanılan malzemelerin neler olduğunun, bunların özelliklerinin nelerden ibaret olduğunun anlaşılmasına çalışılmasıdır (bkz., **Öztürk, s. 31, dn. 111**).

³⁸⁶ **Aksu, s. 157.**

kopyalanmasında o program özelliklerinin öğrenilmesi amacının bulunması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilmiştir³⁸⁷. Burada doktrinde haklı olarak ifade edilen bir eleştiriye de değinmekte yarar bulunmaktadır³⁸⁸. FSEK m. 38'e göre ayırıştırma sadece bağımsız yaratılan programın diğer programlarla ara işlevliğinin sağlanması amaçları için yapılabilir. Bu doğrultuda programın bakımı için ayırıştırmaya izin verilmemiştir. Böylelikle yazılım sektöründe bakım hizmeti sunan teşebbüslerin haklı menfaatleri de ihlal edilmiş olmaktadır. Bakım hizmeti sunanlar için ayırıştırma zorunlu olduğu için ayırıştırmanın yasaklanması halinde bilgisayar programını üretenler bu pazarı da kontrol edebilir. Bu durum ise rekabete aykırı etkiler doğurabilir. Bu noktada rekabet kurallarının müdahale edebilmesine izin verilmelidir.

B. Bilgisayar Programlarının Patent Hukukuna Konu Olması

Türk hukukunda 551 sayılı KHK m. 6/1'e göre bilgisayar programları buluş niteliğinde olmadığı için patent verilemeyecek buluşlar arasında sayılmıştır. Ancak, konusu teknik nitelik taşıyan patent başvuruları, bir bilgisayar programlanması suretiyle de uygulanabilmeleri ya da uygulanmaları için bir bilgisayara ihtiyaç duymaları halinde sırf bu nedenle reddedilemezler³⁸⁹.

Bilgisayar programının kendisi teknik özelliğe sahip değildir. Ancak programın kendisinden değil, buluşun bilgisayar programına dayanması veya programın buluşun esaslı kısmını göstermesinden teknik özellik çıkar³⁹⁰. Bu bağlamda patent hukuku açısından teknik buluşun mevcut olup olmadığını patent koruması istenen konuya yönelerek saptayabilmek mümkündür. Bu bağlamda, işletim sistemlerinin patent korumasından yararlanabileceği kabul edilmektedir³⁹¹. Zira işletim sistemleri bilgisayarın dâhili çalışma biçimini yönetirler ve donanımın farklı kısımları arasında veri gönderme işlemini düzenlerler³⁹².

³⁸⁷ Öztürk, s. 32.

³⁸⁸ Eroğlu, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000, s. 93.

³⁸⁹ Öztürk, s. 109.

³⁹⁰ Eroğlu, s.21.

³⁹¹ Eroğlu, s.21.

³⁹² Eroğlu, . 21.

Bilgisayar uygulamalı buluşların bu bağlamda ara işlerlik bilgilerinin³⁹³ patent alabilmek için yeni, tekniğin bilinen durumunu aşması ve nihayet sanayiye uygulanabilir olması gerekir.

III. Rekabet ve Fikri Mülkiyet Hukuklarının Amaçları Bakımından Karşılaştırılması

Eser sahipleri ile buluş sahiplerine başkalarının bu eserleri ve fikirleri kullanmalarını engelleme hakkının bahşedilmiş olması bu fikirleri ifşa etme ve kişilerin yararlanma hakkını etkilemektedir. Fikri mülkiyet hukukunun, eser ve buluş sahiplerine yaratıcı faaliyette bulunabilmeleri için gereken teşvik ancak onlara fiyat açısından belirli bir gücün verilmesiyle gerçekleşebilir³⁹⁴. Buna karşılık, Amerikan ekonomik sisteminin temel prensibi, serbest pazar rekabetinin³⁹⁵, kaynakların etkin dağılımını sağlayacağı önerisidir. Amerikan rekabet hukuku, rekabetin amacı doğrultusunda hizmet vermektedir. Tüketici refahını arttırmak için teşebbüslere rekabet edebilmeleri cesaretini vermektedir. Bu doğrultuda rekabet hukuku, piyasaların tek bir teşebbüs tarafından adil olmayan bir şekilde hâkimiyet altına alınması ve rekabetin etkisini ortadan kaldırmak için rakiplerin birbirleriyle danışıklı ilişkiler içerisine girmesini engelleyici kurallar koymaktadır. İşte bu noktada fikri mülkiyet haklarının serbest pazar rekabeti ile çeliştiği izlenimi doğmaktadır³⁹⁶.

Amerikan doktrininde bir kısım yazarlar, fikri mülkiyet haklarının tekel gücü teşkil ettiğini buna karşılık rekabet hukukunun amacının da tekeli önlemek olduğu hususundan bahisle iki hukuk dalının birbiriyle çeliştiğini savunmaktadır³⁹⁷ ve bu görüş bazı mahkeme kararları ile desteklenmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Öncelikle, biraz sonra detaylı bir şekilde tartışacağımız üzere,

³⁹³ İşletim sistemi kavramı için bkz., İkinci Bölüm, IV, B, 2, c; ara işlerlik kavramı için bkz., İkinci Bölüm, V, A, 1.

³⁹⁴ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 1 - 10.

³⁹⁵ "Free market competition"; **Federal Trade Commission**, "to promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy, Executive Summary", Berkeley Technology Law Journal, V. 19/861, 2004, s.862.

³⁹⁶ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 1 – 10; **L. Hayslett III, Thomas**: "1995 Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property: Harmonizing the Commercial Use of Legal Monopolies with the Prohibitions of Antitrust Law", J. Intel. Prop. L., V. 3, 1996, s. 376; **G. Jacobs, Matthew – S. Mireles, Michael**: "The Intersection of Intellectual and Antitrust Law: *In re* Independent Service Organizations Antitrust Litigation", The Transnational Lawyer, V. 15, 2002, s. 295 - 299.

³⁹⁷ United States v. Westinghouse Elec. Corp., 648 F. 2d. 642, 646 (9th Cir. 1981); doktrinindeki yazarlar için bkz. **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 1 - 10, 3 no'lu dipnotta sözü edilen yazarlar.

fikri mülkiyet hakları kendiliğinden tekel gücü bahşetmez³⁹⁸. İkinci olarak daha önce tekelleşme konusu altında incelediğimiz gibi³⁹⁹, Amerikan rekabet hukuku, tekel durumunu yasaklamamaktadır. Rekabet hukukunun amacı rekabeti desteklemek iken tekel durumunu hiçbir zaman yasaklamamıştır. Buna karşılık, bu hukuk dalı teşebbüsün pazar gücünü elde etmeye veyahut bu durumunu devam ettirmeye yönelik **davranışı** üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku ortak bir amaç paylaşmaktadır. Bu da, dinamik rekabeti destekleme ortak amacıdır⁴⁰⁰. Bu görüş, Avrupa Topluluğu Komisyonu tarafından **Teknoloji Transferi Rehberi**'nde⁴⁰¹ şu şekilde ifade edilmiştir; fikri mülkiyet hakları teşebbüsleri yeni veya gelişmiş ürün veya yöntemler açısından yatırım yapmalarını cesaretlendirmek suretiyle dinamik rekabeti desteklemekte iken, rekabet hukuku da aynı hususu teşebbüsler üzerinde baskı kurmak suretiyle gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda her iki hukuk dalı da tahsis etkinliği ile üretim etkinliğini arttırma amacı güder. Fikri mülkiyet hakları, taklit yoluyla rekabeti dışlamaktadır ki bu da ekonomik anlamda tahsis etkinliğinin kaybı niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, böyle bir dışlama ikame yoluyla rekabeti tetiklemektedir ki bu da dinamik etkinliği daha iyi, daha yenilikçi ürünler açısından desteklemektedir. Bu anlamda örneğin, patent taklit yoluyla rekabeti dışlama yönünde hukuki münhasırlık bahşetmektedir. Topluluk hukukunda, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun yenilik, araştırma ve geliştirmeye yönelik farklı yaklaşımları olmasına rağmen iki hukuk dalının birbirleriyle çatışmaktan ziyade birbirlerini tamamladıkları görüşü benimsenmektedir⁴⁰². Fikri mülkiyet hakları yenilikçi süreci⁴⁰³ korurken, rekabet hukuku açık pazar ekonomisini ve tüketiciyi korumak suretiyle her ikisinin de yenilikten faydalanmasını sağlamaktadır.

³⁹⁸ Executive Summary, s. 863.

³⁹⁹ Bkz. yuk., Birinci Bölüm, II, D, 1.

⁴⁰⁰ **Son, Seungwoo**: "Selective Refusals to Sell Patented Goods: The Relationship Between Patent Rights and Antitrust Law", Journal of Law, Technology and Policy, No: 1, 2002, s. 140; **Erstling, Jay**: "The Protection of Intellectual Property – of Metaphysics, Motivation and Monopoly", Sri Lanka Journal of International Law, V. 3, 1991, s.54.

⁴⁰¹ **Commission Notice – Guidelines on the application of Art. 81 of the Treaty to technology transfer agreements**, 2004 OJ. EC. No. C. 101, para. 7.

⁴⁰² **Inhester, Terrian**: Re-Evaluating Exceptional Circumstances: Will IMS Create a New Legal Test for Compulsory Licencing, Zürich 2003, s.4; **Anderman, Steve**: "EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy", The Antitrust Bulletin, Summer-Fall 2002, s. 285; **Drexler, Josef**: "Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal to Deal Cases", IIC, 7/2004, s. 791 – 792.

⁴⁰³ "Innovative process".

Fikri mülkiyet hakları hiçbir surette kendiliğinden bir hâkim durum bahşetmez; hatta hiçbir zaman pazar başarısı garanti etmez, bu doğrultuda pek çok patentli buluş pazarda yer bulamamış ve yine pek çok basılmış kitap da ilk basıları dışına çıkamamıştır. Gerek patentli ürün gerekse telif hakkıyla korunmuş eser bir pazarda ancak kendilerine alternatif olabilecek ürünlerden farklılık arz ettikleri ve alıcıların da tekel fiyatına bu ürünleri almayı kabul ettikleri takdirde rekabet kurallarına tabi olabilecek önemli bir güç elde edebilecektir⁴⁰⁴. Aynı pazarda patent ile korunan pek çok ürün bulunabilir ve bunlar birbirleriyle rekabet halinde bulunabilir. Bugün için pazarda hâkim durumda bulunabilen patent sahibi yarın daha yenilikçi bir ürünü koruyan bir patent ile bu durumunu kaybetme noktasına gelebilir⁴⁰⁵. Burada şu hususu belirtmekte yarar görülmektedir; bir üretim yönteminin patentine sahip olan kişi, bu ürünün üretiminde makul bir maliyet avantajına sahip olabilir. Ancak bu hiçbir zaman patent sahibinin rekabet kurallarına tâbi olacak şekilde tekel gücüne sahip olduğunu göstermez⁴⁰⁶.

Amerikan fikri mülkiyet hukukundaki son gelişmelere baktığımızda, fikri mülkiyet korunmasının yenilik için önemli bir teşvik olduğunu ve bunun da ekonomik büyüme için önemli bir faktör olmaya başladığını görüyoruz⁴⁰⁷. Rekabet hukuku açısından gelişmelere baktığımızda ise Chicago Okulu yaklaşımının ağırlığını hissettirdiğini görmekteyiz. Bu doğrultuda etkinlik⁴⁰⁸, refahı artırma⁴⁰⁹ ilkeleri üstün gelmektedir. Bununla birlikte iki hukuk dalı da tüketici refahını artırma ortak

⁴⁰⁴ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 4 – 9.

⁴⁰⁵ **Drexl, Josef – Gallego, Beatriz Conde – Enchelmaier, Stefan – Leistner, Matthias – Mackenrodt, Mark Oliver**: “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate – General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses”, IIC, V. 37, 5/2006, s. 560 – 561; **Drexl**, s. 804.

⁴⁰⁶ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 10 – 10; Amerika’da 1960 ve 1970’lerde mahkemeler, patent veya telif hakkıyla korunan ürünlerin sahiplerini, fikri mülkiyet korunmasından yararlandıkları için rekabet incelemesi bakımından gerekli olan ekonomik güce sahip olduklarını varsayıyordu (*United States v. Loew’s, Inc.*, 371 U. S. 38, 44 – 45 1962). Daha sonraları, pazar ikamelerinin göz önünde bulundurulmasıyla birlikte fikri mülkiyet hukukuyla korunan ürünler açısından pazar payının karine olarak bulunduğu görüşü terk edilmiştir. **Hâkim O’Connor**, Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde davasında, bir patent sahibinin, patentli ürün için ikamelerinin bulunması söz konusu ise hiçbir surette önemli derecede pazar gücüne sahip olamayacağını belirtmiştir (*Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U. S. 2, 37 n. 7 (1984). 1995 tarihli Rehber ise, iki hukuk dalı arasında dengeyi sağlamak amacıyla çıkarılmıştır (**L. Hayslett III**, s. 380 – 383; **Lao, Marina**: “Unilateral Refusals to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal”, *Cornell J. L. & Pub. Pol’y*, V.9, 1999, s. 193 - 194).

⁴⁰⁷ Amerika’da gerek yasama faaliyetlerinde gerekse mahkeme kararlarında fikri mülkiyete daha çok ağırlık verme eğilimi olduğunu görüyoruz. (bkz. **Lao**, s. 211; **Weil Brifing**, s. 1).

⁴⁰⁸ “*efficiency*”.

⁴⁰⁹ “*wealth maximization*”.

amacına hizmet etmektedir; ancak bu iki hukuk dalı arasında çatışma bulunduğunu da yadsımamak gerekir. Bunların başta geleni konumuz açısından da ilgili olanı, tekel konumundaki bir teşebbüsün patent lisansı⁴¹⁰ vermeyi reddetmesi ve bu reddetme eyleminin diğer pazardaki rekabeti önleme sonucu doğurması durumunda rekabet prensiplerinin uygulanmasının fikri mülkiyet rejiminin amaçlarını ortadan kaldırıp kaldırmadığını tespit edebilmektir.

Amerikan doktrininde de yargı kararlarındaki farklı yaklaşım kendini göstermektedir. Buna göre, bir görüş, fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet hükümlerinden bağışık olması gereğini savunmaktadır⁴¹¹. Bu görüşü savunanların gerekçesi, fikri mülkiyet ile ilgili hükümlerin bu duruma yol açtığıdır. Bu görüşün taraftarları, rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet haklarının sağladığı ekonomik güdüleri tehdit ettiğini ileri sürmektedir. Federal Temyiz mahkemesi de bu görüşü desteklemektedir⁴¹².

Bir diğer görüş ise fikri mülkiyet haklarının kullanılmasının pazarda rekabete aykırı sonuçlar doğurabileceğini dolayısıyla bu gibi durumlarda rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulmasının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹³. Bu görüş fikri mülkiyet hukukuyla rekabet hukukunu bağdaştırmaya çalışmak suretiyle ve ancak istisnai koşulların varlığında rekabet kurallarının lisans vermeyi reddetme hallerine uygulanabileceğini belirtir⁴¹⁴. Bu görüş de rekabet otoriteleri ile Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından benimsenmiştir.

Kanımızca, fikri mülkiyet haklarının kullanımını rekabet kurallarından bağımsız tutmak isabetli bir yaklaşım değildir. Nasıl ki sözleşmelere konu olan fikri mülkiyet hakları açısından rekabet sorumluluğu söz konusu olabiliyorken; lisans vermenin tek taraflı reddetmesi halinde de hakkın sınırı tespit edilmelidir. Hakkın meşru sınırının aşılması ancak davranışın tekelleşme amacı ile yapılmış olması halinde mümkün olmalıdır. Dolayısıyla tekel konumundaki bir teşebbüs tekelleşme amacıyla fikri ürünün lisans verilmesini reddederse, konumuz açısından bu fikri ürünün esaslı unsur olması halinde ise bu ürünün lisans olarak verilmesinin reddi,

⁴¹⁰ Burada sözü edilen; elbette ki telif hakkının konusu olan fikri ürün de olabilir.

⁴¹¹ **Hovenkamp**, s. 334.

⁴¹² **Opi**, s. 444; In re Indep. Serv. Org, 989 F. Supp., 1135 – 1136.

⁴¹³ **Patterson, Mark R.**: “When is Property Intellectual? The Leveraging Problem”, Southern California Law Review, V. 73, 2000 s.1133; **Kaplow, Louis**: “The Patent – Antitrust Intersection: A Reappraisal, Harvard Law Review, V. 97, 1984 s. 1813.

⁴¹⁴ **Opi**, s. 444.

belirli koşullar altında rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulmasını gerektirebilmektedir.

IV. Esaslı Unsur Doktrininin Fikri Mülkiyet Hakları Açısından Uygulanması

A. Fikri Mülkiyet Haklarının Kapsamı

1. Amerikan Hukuku Açısından Değerlendirme

Fikri mülkiyet esas olarak buluş gerçekleştirmek ve yaratıcı faaliyetlerde bulunabilmek için gereken teşvik bakımından önem arz etmektedir⁴¹⁵. Bu yüzden fikri mülkiyet hakkı, sahiplerine fikirleri üzerinde kontrol imkânı bahşetmektedir ve yeni fikirlerin üretimi hususunda etkin şekilde yatırım yapmaları için cesaretlenmelerini sağlamaktadır⁴¹⁶. Yenilik, yeni ve gelişmiş ürün, hizmet ve metotlar aracılığı ile tüketicilere yarar sağlamaktadır. Otomobil, uçak, bilgisayar, internet, televizyon, telefon ve modern ilaç endüstrisi gibi teknolojik buluşlar, yaşam kalitesini ve refahı arttırabilmek için yeniliğin gücünü göstermektedir⁴¹⁷. Teşebbüsler arasındaki rekabet yeniliği teşvik edebilir. Aynı şekilde fikri mülkiyet politikası da yeniliği kamçılabilir⁴¹⁸.

Amerikan hukukunda var olan ve fikri ürünleri koruyan federal yasalar nedeniyle doktrinde rekabet hukukunun, fikri mülkiyet hakları açısından lisans vermeyi reddetme hallerine yönelik yaklaşımının diğer alelerde anlaşma yapmayı

⁴¹⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi, Mazer v. Stein (347 U. S. 201 1954) kararında fikri mülkiyet hukukunun fikri ürün sahiplerine, değerli ve münhasır nitelikte haklar bahşettiğini böylelikle eser ve buluşların üretimi açısından kendilerine cesaret verildiğini ayrıca işin ekonomik boyutuna bakıldığında buluş sahibi ile eser sahibinin becerileri vasıtasıyla kamu refahının arttığını ifade etmiştir.

⁴¹⁶ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemly**, V. I, s. 1 - 5; **Pitofsky, Robert**: “Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property”, www.ftc.gov./speeches/pitofsky/000615speech.shtm, (07.09.2007). Bu durum 1995 tarihli Amerikan Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu tarafından yayınlanan **Fikri Mülkiyet Haklarının Lisanslanmasına İlişkin Antitröst Rehberi**'nin 1. Bölümünde de yer almaktadır. Burada, fikri mülkiyet ile rekabet hukuku arasındaki ilişki şu şekilde ifade edilmektedir; her iki hukuk dalının ortak amacı, yeniliği desteklemek ve tüketici refahını arttırmaktır. Rekabet hukuku bu amacı pazardaki rekabeti korumak suretiyle, fikri mülkiyet hukuku ise fikri ürün sahibinin haklarını korumak suretiyle gerçekleştirmektedir (**J. Byrne, Noel – Weber Waller, Spencer**: “ Changing View of Intellectual Property and Competition Law in the European Community and the United States of America”, Brook. J. Int'l L., V. 20, 1993 s. 5).

⁴¹⁷ Executive Summary, s. 862; **H. Barton, John**: “The Balance Between Intellectual Property Rights and Competition: Paradigms in the Information Sector”, European Competition Law Review, V. 18 (7), 1997, s. 443.

⁴¹⁸ Amerikan Anayasası, Kongreyi bilimde ve sanattaki gelişmeleri desteklemek için fikri hakların korunmasını gözetmek üzere yetkilendirir (bkz. U. S. Const. Art. I,§ 8.)

reddetme hallerinden farklılık gösterdiği ileri sürülmektedir⁴¹⁹ Doktrinde lisans sözleşmeleri genel olarak, kanunlarca özel olarak korunan gayri maddi bir hakkın veya özel kanunlar tarafından değil genel hukuk normları ile korunan bir gayrimaddi hakkın veya fiili durumun kullanılmasının belli bir bedel karşılığında başkasına bırakıldığı sözleşme şeklinde tanımlanmaktadır⁴²⁰.

Kanunlardaki ifadelere bakarak patent veya telif hakkı sahibinin patent veya telif hakkını lisans sözleşmesi konusu yapmama hakkı olduğu kolayca ifade edilebilir. Ancak, söz konusu kanunlar münhasırlığın ve dışlama hakkının sınırlarını belirtmemiştir⁴²¹. Başka bir anlatımla, patent veyahut telif hakkı sahibine bahşedilen haklar açısından hangi durumlarda hak sahibi tarafından dışlamanın uygulanamayacağı açıkça belirtilmemiştir. Ne ilgili kanunlar ne de mahkemeler açıkça bir fikri mülkiyet sahibine bahşedilen hakkın hukuki kapsamı⁴²² bakımından herhangi bir tespit yapmamıştır. Bu yüzden de tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme halinin bir rekabet ihlali olup olmadığını tespit edebilmek için, yenilik ile fikri mülkiyet koruması ve rekabet arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekmektedir. Yüksek mahkemenin özellikle bağlama anlaşmaları ile lisans sözleşmelerindeki

⁴¹⁹ **Lao**, s. 197; **Burling, James C. – Lee, William F. – Krug, Anita K.**: “ The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights”, Journal of Corporation Law, Spring 1999, s. 527, 528; **Patent Kanunu**, patent sahibine patentini kullanma veyahut yararlanma (başka bir anlatımla kazanç sağlama amacıyla kullanma) ve sınırlı süre çerçevesinde başkalarını buluşun ilgili olduğu alandan dışlama münhasır hakkını vermektedir. Yine **Telif Hakkı Kanunu**, telif hakkı sahibine ürününü çoğaltma ve bunun dışında belirli bir süre için ürününden yararlanma münhasır hakkını vermektedir (bkz. 35 USC §§ 101, 154 (1994 & Supp. II 1996); 17 USC § 106 (1994 & Supp. III 1997); **Sullivan E. Thomas**: “The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century”, Minnesota Intellectual Property Review, V. 1, 2000 s. 2. .

⁴²⁰ **Oktay Özdemir, Saibe**: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 30; benzer bir tanım için bkz., **Gürzumar, Osman Berat**: Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995, s. 32; **Oktay Özdemir**, özel kanunlarca koruma altına alınmış fikri mülkiyet haklarını, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, marka, patent, faydalı modeller ve endüstriyel tasarımlar olarak ifade etmektedir. Bununla birlikte, kanunlarda fikri mülkiyet hakkı olarak korunmayan ancak genel hukuk normlarıyla korunan haklar olarak, üretim sırrı, bilgi, tecrübe, tanıtıcı unsurları görmektedir (bkz., **Oktay Özdemir**, s. 32).

⁴²¹ **Lao**, s. 198; **Burling – Lee – Krug**, s. 534; **G Jacobs – S. Mireles**, s. 295 – 298.

⁴²² “*the legal scope of an intellectual property grant*”; ancak pek çok Yüksek mahkeme kararlarında bahşedilen hakkın sınırlı olduğu ve bunun da patentler açısından ilgili olduğu buluş ile sınırlı olduğu ifade edilmektedir (bkz. Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U. S. 502, 510 (1917); Dawson Chem. Co. v. Rohm & Haas Co., 448 U. S. 176, 21 (1980). 2007 tarihli Amerikan Adalet Bakanlığı ile Federal Ticaret Komisyonu'nun yayınladığı raporda Yüksek mahkeme içtihatının, patent sahibine bahşedilen hakkın en önemli kısmının dışlama hakkı olduğu bir başka anlatımla patent sahibinin tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetme kabiliyetine sahip olduğu yönündedir (**Weil Briefing: Antitrust/Competition**, “Department of Justice and Federal Trade Commission Issue Joint Report on Antitrust and Intellectual Property”, April 20, 2007, s. 1).

sınırlandırıcı düzenlemelerle ilgili vermiş olduğu kararlarda, fikri mülkiyet hakkının meşru sınırları olduğunu ve bu sınırların aşılması halinde rekabet hükümlerinin devreye girdiğini görmekteyiz.

Örneğin bağlayıcı ürün pazarında pazar gücüne sahip olan bir patent sahibi, alıcıya talep gören patentli ürünün satışı patentli olmayan bir başka ürünü de satın alması koşuluyla gerçekleştirmek istemesi halinde böyle bir davranış rekabet hükümlerine aykırı görülmektedir⁴²³. Bu şekilde bağlama anlaşmalarının rekabet hükümlerine tabi kılınması patent ve telif hakkıyla ilgili kanuni korumanın mutlak olmadığını patent veya telif hakkının kapsamıyla sınırlı olduğunu göstermektedir.

Yine lisans sözleşmelerindeki hükümlerin rekabet hükümlerine tabi olmasıyla ilgili olarak United States v. Microsoft⁴²⁴ davasına göz atmamızın yararlı olacağı görüşündeyiz. Microsoft'a yöneltilen rekabete aykırı davranış iddialarından birisi de Microsoft'un bilgisayar donanım üreticilerine Windows işletim sisteminin ekrandaki görünümünün özellikle Internet Explorer simgesini yok etmek suretiyle değişiklik yapmalarına izin vermemesiydi. Microsoft bu iddiaya karşılık olarak Windows'un telif hakkıyla korunduğunu dolayısıyla başkalarının programı değiştirmelerine izin vermemesinin rekabet hükümleri ihlal etmediğini belirtmiştir. Ayrıca, lisans sözleşmesindeki bu tür bir sınırlamanın zaten kendisine Telif Hakkı Yasasıyla verildiğini de savunmasına eklemiştir. Bölge Mahkemesi bu savunmayı reddetmiştir ve Microsoft'un yazılımı üzerindeki telif hakkı korumasının sınırsız olmadığını, fikri mülkiyet hakkının sahibine, hakkın kullanımı hususunda sınırsız bir hareket serbestisi bahşetmediğini belirtmiştir. Yargılama sürecinden sonra mahkeme, lisans sözleşmesindeki sınırlama hükümlerine ilişkin olarak Microsoft'un Telif Hakkı Yasası uyarınca bu tür bir hakkı olduğunu gösterecek delil ileri süremediğini böylelikle donanım üreticilerine telif hukukunun uygun görmeyeceği şekilde bir sınırlamanın yüklendiğine karar vermiştir⁴²⁵.

Sonuç itibarıyla Amerikan yargı kararları ile doktrini fikri mülkiyet haklarının meşru sınırlarını tespit ederken bu hakların sözleşmeye konu olması hali ile lisans

⁴²³ International Salt Co., 332 U. S.; Motion Picture Patents Co., 243 U. S.; telif hakkıyla ilgili olarak bkz., Loew's, Inc., 371 U. S.; Paramount Pictures, Inc., 334 U. S.; bağlama anlaşmaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Ünlüsoy, Kürşat: Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları**, Ankara 2003.

⁴²⁴ 1998 WL 614485 (DDC Sept. 14, 1998).

⁴²⁵ United States v. Microsoft, 87 F. Supp. 2d 30, 40 (DDC. 2000).

vermenin tek taraflı olarak reddedilmesi arasında fark gözetmektedir⁴²⁶. Lisans sözleşmelerindeki kısıtlamalara ilişkin hükümler rekabet yasalarına tabi tutulmaktadır. Çünkü bu tür düzenlemeler fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan fikri mülkiyet hakkının kapsamını aşmaktadır. Oysaki lisansın tek taraflı olarak reddi halinde ise daha sonra inceleyeceğimiz üzere mahkemeler farklı yaklaşımlar benimsemiştir.

2. Avrupa Topluluğu Hukuku Açısından Değerlendirme

Fikri mülkiyet hakları sahibine münhasırlık sağlamaktır; bu bağlamda fikri mülkiyet hakkını ekonomik olarak değerlendirebilmek ve üçüncü kişileri bu hakkı kullanmaktan men etmek hakkı münhasırlık kapsamına girmektedir. Rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun birbirini tamamlayabilmesi ancak, fikri mülkiyet hakkı sahiplerine çabalarının karşılığı olan korumanın sağlanması ile açık ve rekabetçi bir pazar yapısının muhafazası arasındaki dengenin sağlanması sonucu mümkün olabilir. Bu doğrultuda, hükmedilebilecek zorunlu lisans yenilikçi süreç üzerinde önemli bir tehlike olarak görülebilecektir. Bu yüzden de rekabete aykırılığın sonucunda bu tür bir hukuki yaptırıma başvurmada dikkatli olunmalıdır⁴²⁷.

Topluluk Hukuku çerçevesinde rekabet ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki, ATA'nın yapısı ile anlaşmaya ilişkin Komisyon ve Topluluk mahkemelerinin yorumları sayesinde şekillenmiştir⁴²⁸. ATA'nın 2. maddesi'ne göre, "*Topluluğun görevi, ortak bir pazarı ve ekonomik ve parasal bir birliği kurmak ve 3. ve 4. maddelerinde belirtilen ortak politikaları veya faaliyetleri yürürlüğe koymak yoluyla Topluluğun bütünü içindeki ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli ve sürdürülebilir şekilde geliştirilmesini sağlamaktır*"⁴²⁹. ATA 3 (g) maddesinde Topluluğun faaliyetleri arasında, iç pazar çerçevesinde rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir sistemin oluşturulması yer almaktadır. Bu amaca yönelik olarak rekabet politikası belirlenmiş ve bu kapsamda ATA m. 81 ile 82.maddeler düzenleme altına alınmıştır⁴³⁰.

Topluluk hukukunda ATAD tarafından vurgulandığı üzere, fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet (m. 81 – m. 82) ve malların/hizmetlerin serbest

⁴²⁶ **Hovenkamp, Herbert – D. Janis, Mark – A. Lemley, Mark:** "Unilateral Refusals to License in the US", in Antitrust, Patents and Copyright EU and US Perspectives, Edited by François Leveque – Howard Shelanski, Glos UK 2005, s. 36.

⁴²⁷ **Inhester,** s.4.

⁴²⁸ **Anderman,** s. 8.

⁴²⁹ **Bozkurt – Özcan – Köktaş,** s. 289.

⁴³⁰ **Anderman,** s. 8.

dolaşımı kuralları ile uyumlu olması gerekmektedir⁴³¹. Bununla birlikte hakların varlığı ulusal hukuklara tabidir. Hakların varlığının ulusal hukuka tabi olması demek ise, üye ülkelerin fikri mülkiyet haklarının tanınmasındaki koşulları tespit edebilme yetkisi demektir.

ATAD, “fikri hakların varlığı ile kullanımı” doktrinlerini oluşturduktan sonra bir de hakkın kullanımının meşru sınırlarını tespit edebilmek amacıyla “hakkın spesifik konusu” doktrinini oluşturmuştur. Hakkın spesifik konusu her bir fikri hak için ayrı ayrı tespit edilmektedir. Eğer fikri hakkın kullanımı, hakkın spesifik konusuna dahilse malların/hizmetlerin serbest dolaşımı veya rekabete ilişkin Topluluk kuralları uygulanmaz⁴³².

Patent haklarının spesifik konusu hususunda ATAD ilk olarak Centrafarm v. Sterling Drug davasında tanım getirmiştir⁴³³. Karara göre, patent hakkının spesifik konusu patente konu olan buluş sahibinin yaratıcı çabalarını ödüllendirmektir. Bu doğrultuda, buluşun doğrudan veya lisans vermek suretiyle ilk defa piyasaya sunulması ve yapılan ihlallere karşı itiraz etme hakkı, hakkın spesifik konusuna dahildir⁴³⁴.

Telif haklarının spesifik konusu, yaratıcının maddi ve manevi haklarından oluşmaktadır⁴³⁵. Dolayısıyla, bir eserden alıntı yaparken eser sahibinin adının her alıntı yapıldığı yerde belirtilmesi gibi manevi haklar ile telif haklarının konusunu oluşturan eserlerin ticari olarak piyasaya sunulması, lisans sözleşmeleri yolu ile üçüncü kişilere devri gibi maddi haklar da hakkın spesifik konusuna dahildir⁴³⁶.

⁴³¹ Consten Grundig v. Commission davasında, ATAD ilk defa hakların varlığı ile kullanımı arasında ayırım yaparak hakların varlığının ulusal hukuka tabi olduğunu, bununla birlikte kullanımının ise ATA'ya tabi olduğunu belirtmiştir (ECR 1966, 299); Parke Davis v. Probel, ECR 1968, 55; Deutsche Grammophon v. Metro, ECR 1974, 1147.

⁴³² **Okutan, Gül: (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku**, İstanbul 2000, s. 693; **Özcan, Mehmet:** Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1999, s. 114.

⁴³³ Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v. Sterling Drug Inc., Case 15/74, ECR 1974, 1147.

⁴³⁴ **Özcan**, s. 115; **Govaere**, s. 80; Merck v. Stephar, Case 187/80, ECR 1981, 2063; Thetford/Fiamma, ECR 1988, 3585.

⁴³⁵ **Özcan**, s. 120; **Oder, Emrah: (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku**, İstanbul 2000, s.712.

⁴³⁶ **Özcan**, s. 120; **Oder**, s. 712; **Govaere**, s. 85; Musikvertrieb Membran v. GEMA, Case 55 & 57/80, ECR 1981; Emi Electrola GmbH v. Patricia, Case 341/87, ECR 1989; çalışmamızda marka hakkının spesifik konusu üzerinde durulmamıştır. Zira esaslı unsurun konusu olan fikri mülkiyet hakları aracılığı ile hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu kötüye kullanma davranışını sergileyen teşebbüse zorunlu lisans yükümlülüğü getirilmektedir. Topluluk rekabet hukuku uygulamalarında ise zorunlu lisans tartışması tasarım ve telif hakkı açısından yapılmıştır. Bununla birlikte Komisyonca incelenmiş olan Microsoft davasında kararda açıkça ifade edilmese de telif hakkıyla beraber patentin lisans sözleşmesine konu

Tasarımların korunmasında hakkın spesifik konusunu, hak sahibinin ürünü oluşturan tasarımın üçüncü kişiler tarafından satış veya ihracatını engellemesini veya kendi rızası olmaksızın diğer ülkelerde üretilen bu ürünün paralel ithalatını yasaklamasını içerir⁴³⁷.

Esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları alanında uygulanması, fikri mülkiyet hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans vermeyi reddetmesinin ATA m. 82'nin uygulama alanına girmesi halinde söz konusu olmaktadır. Fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin meşru sınırı ATAD tarafından her bir dava konusu olay açısından ayrı ayrı inceleme konusu yapılmıştır. Fikri mülkiyet hakkının kullanılmasının meşru görülmemesi için Hoffmann La Roche davasında ATAD'ın belirttiği gibi fikri mülkiyet hakkı, hâkim durumun kötüye kullanılmasının aracı olarak kullanılmamalıdır⁴³⁸.

Fikri mülkiyet haklarının kullanılmasına ilişkin teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler üye devletlerarası ticareti etkileyebilecekse ve Ortak Pazar içinde rekabeti engelleyici, sınırlayıcı ya da bozucu amaca veya böyle bir etkiye sahipse ATA m. 81 kapsamında değerlendirilir.

B. Esaslı Unsur Doktrininin Uygulama Alanı Bulması: Tek Tarafli Olarak Lisans Vermeyi Reddetme

1. Genel Olarak

Anlaşma yapmayı reddetme halinin konusunu bir fikri mülkiyet hakkının oluşturmaması halinde, mahkemeler yaptırım uygulamak konusunda daha isteksiz davranmaktadırlar. Çünkü fikri mülkiyet hakkı sahibine üçüncü kişileri ürününü kullanmadan men etme hakkını bahşetmektedir. Rekabet hukukunun bu noktada

olması gündeme gelmiştir. Doktrinde, Adalet Divanı'nın lisans vermeyi reddetmeye ilişkin içtihadını tasarım koruması ile televizyon listelerinin ve veri tabanlarına ilişkin telif hakkının korunması dışında geliştirmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kanımızca bu durumda telif haklarına ilişkin olarak dikkatli olmak gerekmektedir. Telif haklarıyla ilgili olarak özellikle müzik, edebiyat ve sanat gibi alanlarda yaratıcılığın eser sahibine bağlı olduğu ve eser sahibinin münhasır amacının ekonomik olmadığı durumlarda önemli olan yaratıcılık güdüsünü sağlamaktır (bkz., **Drexl – Gallego – Enchelmaier - Leistner - Mackenrodt**, s. 562). Ayrıca markalarla ilgili olarak çalışmamız açısından söz konusu olmuş herhangi bir dava bulunmamasıyla birlikte doktrinde markaların mal üretimi veya hizmetin sağlanması bakımından pazara giriş için esaslı unsur olarak değerlendirilmesinin ve sonuç itibarıyla de zorunlu lisansa konu olmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir (**Çamlıbel Taylan**, s. 159).

⁴³⁷ Cicra/Renault, Case 53/87, ECR 1988, 6039; Volvo/Veng, Case 1988, 6211.

⁴³⁸ Hoffmann La Roche v. Commission, ECR 1978, 1139.

müdahalede bulunabilmesi için, bu hakkın kullanımının tekelleşmeye/hâkim durumun kötüye kullanımına yol açması gerekmektedir.

Esaslı unsur teşkil eden fikri ürünün, diğer pazarda (alt pazar, ikincil pazar) bu ürünü kullanmak suretiyle faaliyette bulunmak isteyen aktüel veya potansiyel rakiplere kullandırılmaması suretiyle ürün sahibi teşebbüsün bu pazarda tekel gücünü elde etme veya muhafaza etme sonucunu doğurduğu takdirde Sherman Kanunu İkinci Bölümü çerçevesinde tekelleşme suçunun oluşması ve bu doğrultuda anlaşma yapma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır⁴³⁹. Aynı durum Topluluk Rekabet hukuku uygulaması açısından da geçerli olmakla birlikte burada kullanılacak kavram “hâkim durum” ile uygulanacak hüküm “ATA m. 82” olacaktır.

2. Amerikan Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini

Sherman Kanunu İkinci Bölümü bir teşebbüsün tekel gücüne sahip olması halinde ihlal edilebilir niteliktedir. Fikri mülkiyet hakları sahibine ilgili pazarda tekel gücü bahşettiği takdirde tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmeye ilişkin iddialar fikri mülkiyet ile rekabet hukuku arasındaki ihtilafın merkezini oluşturmaktadır⁴⁴⁰. Öncelikle belirtilmelidir ki bir fikri mülkiyet hakkı sahibinin fikri mülkiyete konu ürünü kullanma hususunda herhangi bir yükümlülüğü yoktur⁴⁴¹..

Esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyetin söz konusu olduğu davalarda uygulama alanı bulabilmesi sorun teşkil etmektedir; şöyle ki fikri mülkiyet hakkı sahibi kendi fikri mülkiyet hakkını kullanma veya lisans verme konusunda tek taraflı olarak karar verme hakkına sahiptir. Dolayısıyla taraflardan birine anlaşma yapma yükümlülüğü yüklemek bu temel ilkeyi sakatlama sonucunu doğurabilmektedir.

⁴³⁹ Anlaşma yapma yükümlülüğü fikri mülkiyet hukuku açısından “zorunlu lisans” uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, bir pazarda sahip olduğu unsur itibarıyla tekel konumunda olan teşebbüsün bir başka pazarda aktüel veya potansiyel rakiplerine bu unsuru kullandırmamak suretiyle tekelleşmeye çalışması “tekelleşmeye teşebbüs” suçunu oluşturacak ve bu doğrultuda anlaşma yapma yükümlülüğü diğer bir deyişle zorunlu lisans uygulaması söz konusu olacaktır.

⁴⁴⁰ **Opi**, s. 442 – 443; **Burling – Lee – Krug**, s. 535.

⁴⁴¹ **Hovenkamp – D. Janis – A. Lemley**, V. I, s. 13-3; bu temel ilke Yüksek mahkemenin 1908 tarihli *Continental Paper Bag v. Eastern Paper Bag* kararında oluşturulmuştur (210 U. S. 405 (1908)). Karara konu olan olayda, Eastern kendiliğinden açılan poşet yapmaya yarayan bir makineyi tarif eden patente sahiptir. Eastern bu makineyi hiç kullanmamış ve lisansa da konu yapmamıştır. Eastern, Continental’ı patent ihlali nedeniyle dava ettiğinde Continental savunmasında davacının patentli makinesini kullanmadığını ve patenti rekabeti önlemek için kullandığını öne sürmüştür. Yüksek Mahkeme, kararında davacının patentinin izinsiz olarak kullanılmasını men etme hakkının patentin bahşettiği temel haklardan biri olduğunu ifade etmiştir. Çünkü sebebi ne olursa olsun hak sahibinin kullanıp kullanmama hususunda imtiyazı vardır; **Opi**, s. 464; **Burling – Lee – Krug**, s. 537.

Fikri mülkiyet hakkı sahibinin tek taraflı olarak kullanmayı veya lisans vermeyi reddetmesi halinin istisnası olarak “esaslı unsur doktrini” kapsamında incelenen davranışları kabul edebiliriz⁴⁴². Mahkemeler bu durumda, bazen tekel konumundaki bir teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapma yükümlülüğü olduğuna dair veya en azından bir kez başlamış bir ilişkiyi sürdürmesine ilişkin karar vermektedir. Bu doktrin çerçevesinde rekabet için gerekli olan esaslı unsur sahibi tekel teşebbüs, makul ve ayrımcı olmayacak koşullarda rakiplere bu unsura erişim sağlamaya zorlanabilir⁴⁴³.

Buluş sahibini veya eser sahibini aşırı korumacı bir sistem benimsendiği takdirde, rakiplerin ilgili pazardaki gelişim sürecine katkıda bulunabilmeleri için gerekli olan bilgilere ve temel birtakım buluşlara erişim engellenecek bu doğrultuda yenilik elde edilmek istenirken tam tersine yenilik engellenecektir⁴⁴⁴. Kanımızca burada gözden kaçırılmaması gereken nokta, gerek fikri mülkiyet gerekse rekabet hukukunun amaçlarını unutmamaktır. İki hukuk dalının da amacı daha önce belirttiğimiz gibi dinamik rekabeti sağlamaktır⁴⁴⁵. Fikri mülkiyet hukuku bu durumu fikri ürün sahiplerini özendirmek, cesaretlendirmek suretiyle yenilikte bulunmalarını gerçekleştiriyorken; rekabet hukuku bunu teşebbüsler üzerine baskı kurarak sağlamaktadır. Dolayısıyla, tekel teşebbüse elindeki iktisadi unsuru rakiplerine kullandırma yükümlülüğü getirirken, bir taraftan tüketici refahının etkin rekabet ile artacağı hususunu⁴⁴⁶ diğer taraftan yeterli imkân ve yeteneği olmayan potansiyel rakiplerin bu varlıklara adil olarak ulaşma kisvesi altında başarılı teşebbüslerin

⁴⁴² **Hovenkamp - D. Janis - A. Lemley**, s. 18.

⁴⁴³ **Hovenkamp - D. Janis - A. Lemley**, s. 18; **L. Bowes, Theodore**: “The Patent - Antitrust Law Interface: How Should It Be Defined?”, PTC J. Res & Ed., V.18, 1976 s. 27vd.

Kamu yararının söz konusu olduğu veya buluşun kullanılmaması hallerinde de zorunlu lisansa mahkemelerce hükmedilebilir. Buradaki zorunlu lisansın rekabet kuralları doğrultusunda hükmedilen bir hukuki yaptırımla ilgili bulunmamaktadır.

Türk Patent hukukunda da üç farklı zorunlu lisans hali bulunmaktadır. Bunlardan ilki, buluşun kullanılmaması ve patent konularının bağımlılığı halinde geçerli olan zorunlu lisansa mahkemelerce karar verilmesidir. İkincisi, kamu yararı ile zorunlu lisansa Bakanlar Kurulunun karar vermesidir. Son olarak da kamu yararı nedeniyle şartlı zorunlu lisans verilmesinde Bakanlar Kurulunun şartlı zorunlu lisans kararı alması, mahkemenin gerekli şartları ve süreyi belirleyerek zorunlu lisans talebi hakkında karar vermesidir (PatKHK m. 99).

⁴⁴⁴ **Lao**, s. 214; **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 452.

⁴⁴⁵ Bkz., İkinci Bölüm, III.

⁴⁴⁶ Gerek fikri mülkiyet hukuku gerekse rekabet hukuku ortak bir ekonomik amaca sahiptir. Bu amaç da, tüketicilerin istediklerini en düşük maliyetle üretmek suretiyle refahı arttırmaktır. Bununla birlikte tüketici refahını arttırmak yalnızca fiyat rekabeti ile gerçekleşmemekte aynı zamanda yenilik ile de bu amaç gerçekleşmektedir. (bkz., **Lao**, s. 212; **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 452).

yatırımlarından yararlanmalarına dolayısıyla yenilikte bulunma güdülerini soğutmalarına izin vermeme durumunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir⁴⁴⁷. Ayrıca, tekel teşebbüse anlaşma yapma yükümlülüğü getirirken bunun sonucunda diğer pazardaki rekabetin, tüketici seçimini ve ürün çeşidini arttıracaklarını ayrıca pazardaki her rakibe ürününün veya hizmetinin kalitesini iyileştirmek, üretim etkinliğini arttırmak baskısını yüklediğini unutmamak gerekmektedir⁴⁴⁸.

1995 tarihli Fikri Mülkiyet Haklarının Lisanslanmasına İlişkin Antitröst Rehberi'nin §2. 1 bölümünde; davranışın konusu gerek fikri ürünle ilgili olsun gerekse maddi mallarla ilgili olsun aynı rekabet ilkelerinin uygulama alanı bulacağını ifade eder. Tekelleşme ile ilgili olarak §2. 2 bölümünde yine pazar gücünün fikri mülkiyet hakkı sahibince kullanılması diğer tekel teşebbüslerde olduğu gibi incelemeye tâbi tutulacaktır.

Lao'ya göre, bir patent sahibinin buluşun ilgili olduğu pazarda kendisine tekel olma durumunu bahşetmesi, kâr elde etmesi ve buluşunu o pazarda kontrol edebilme hakkı vermesi yenilik için yeterli ödül ve teşvik oluşturmaktadır. Yazar, dolayısıyla tekel durumundaki bir teşebbüse ek teşvik olarak lisans vermeyi reddetme suretiyle tekel gücünü bir başka pazara genişletmesi olanağının sağlanmamasını belirtmektedir⁴⁴⁹. Lisans vermeyi reddetme esaslı bir unsura ilişkin olduğu takdirde, somut olay açısından ilgili pazarlar; dikey ilişkili pazarlar açısından söz konusu olduğundan biz de bu görüşe katılmaktayız⁴⁵⁰. Topluluk hukuku öğretisinde de aynı doğrultuda görüşle karşılaşmamız mümkündür⁴⁵¹. Fikri ürünün ilgili olduğu pazarda fikri mülkiyet hakkı sahibinin kâr elde etmesi, onun bu ürünü yaratma isteğini karşılamaktadır.

Lipsky – Sidak'a göre ise; esaslı unsur doktrini zorunlu paylaşım ve zorunlu lisansın yasal kaynağını oluşturmaktadır. Doktrinin bu karakteristik özelliği, yaratıcı faaliyette bulunabilmek için gerekli olan istekleri koruma işlevi gören münhasırlıkla tutarsızlık oluşturmaktadır. Ayrıca, esaslı unsur doktrinine göre, buluş ne kadar

⁴⁴⁷ **Kezsbom – Goldman**, s. 2; **Ölmez**, s. 66.

⁴⁴⁸ **Lao**, s. 220; **Opi**, s. 443.

⁴⁴⁹ **Lao**, s. 217; **S. Katz, Ronald**: "Intellectual Property v. Antitrust: A false Dilemma", <http://library.findlaw.com/1999/Jun/1/127603.html>, (15.10.2007);**E. Kovacic, William – P. Reindl Andreas**: "An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy", Fordham Intellectual Property Law Journal, V. 28, April 2005 s. 1065.

⁴⁵⁰ Çok fazla örneği olmamakla birlikte yatay ilişkili pazarlar da söz konusu olabilir.

⁴⁵¹ **Lang**, Compulsory Licencing, s. 11.

eşsiz, değerli ve benzerinin yapılması zor olursa paylaşım yükümlülüğü de o kadar artacaktır. Dolayısıyla, fikri mülkiyet korumasıyla esaslı unsur doktrini prensipleri birbiriyle tutarsızlık göstermektedir⁴⁵².

Doktrinde, tekel tarafından fikri mülkiyet hakkının lisans verilmesinin reddinin rekabet koşullarını bozulmasına yol açması halinde dahi, fikri mülkiyet haklarının korunmasının esas olması gerektiğini savunan görüşe göre, bu haklar sahibine rekabeti dışlama hakkını vermektedir. Zira rakiplerin bu haklara erişimini zorunlu lisans yoluyla kolaylaştırmak hak sahiplerinin araştırma geliştirme faaliyetlerine girişme isteklerini ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, lisansın reddi tekelleşme sonucunu doğuran rekabete aykırı bir yol olarak görülmemekte bilakis meşru bir yol addedilmektedir; çünkü fikri mülkiyet hakkı sahibinin tek isteğinin lisans vermeyi ret suretiyle bu hakları korumak olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir, böyle bir istek fikri mülkiyet hakkıyla korunan ürünün tek sahibi olarak kârını artırma amacı ile birleşecektir⁴⁵³.

Daha önceki esaslı unsurla ilgili sözünü ettiğimiz davalara baktığımızda konularının hep maddi varlıklarla⁴⁵⁴ ilgili olduğunu görmekteyiz. Ancak bu durum doktrinin yalnızca bu varlıklar açısından uygulama alanı bulacağı anlamına gelmemektedir. Zira Amerikan mahkemeleri esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet

⁴⁵² **Lipsky – Sidak**, s. 1219.

⁴⁵³ **Areeda**, s. 845; **Burling – Lee – Krug**, s. 539, **Opi**, s. 488; **Hovenkamp, Herbert**: "Symposium: Intellectual Property Rights and Federal Antitrust Policy", The Journal of Corporation Law, V. 24, 1999 s. 479, 482; bu görüşteki yazarlara göre, zorunlu lisans ancak patent hakkının kötüye kullanılması durumunun söz konusu olması halinde uygulama alanı bulabilir. Bu haller; patentin fiyat belirlemeye ilişkin düzenlemeler için kullanılması, lisans sözleşmesi ile lisans alana, lisans verenle rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmesi, patent hakkı üzerinde lisans tanımayı veya patentli ürünü sağlamayı başka bir patent üzerindeki lisans hakkının veya başka bir ürünün satın alınması koşuluna tabi tutulmasından oluşmaktadır. Son durumda böyle bir davranış temini koşula bağlı tutulan patent veya patentli ürün pazarında ancak pazar gücü ve rekabete aykırı etki ile birlikte gerçekleşirse rekabet ihlali söz konusu olabilecektir. Diğer bir kötüye kullanma hali tipi, patent sahibinin geçerli olmayan bir patente dayanarak hak iddia etmesidir. Patent hukuku kapsamındaki kötüye kullanma doktrini mahkemeler tarafından telif haklarına ilişkin lisans sözleşmelerine de uygulanmaktadır (bkz., **Odman, N. Ayşe**: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002, s. 188 - 189).

Bununla birlikte aksi görüşte olanlar, Amerika'da daha evvel görülmüş olan bir davayı örnek göstermek suretiyle bu tarz eleştirilerin yersiz olduğunu ileri sürmektedir. Dava konusu olayda, 1956 yılında IBM firması Amerikan hükümetiyle mutabakata vararak yedek parçalarını bağımsız servis sağlayıcılarına satmaya razı olmuştur. Servis sağlayıcıları servis pazarında IBM'in rakipleriydiler. Eğer teşebbüslerin yenilik yapmaktan soğumalarına ilişkin eleştirilerin gerçeklik payı olsaydı IBM'in bu mutabakattan sonra kırk yılı aşkın bir süredir en başarılı bilgisayar firması olması ve yenilik yapmaya devam etmesi imkân dâhilinde kabul edilemezdi (bkz. **Lao**, s. 218).

⁴⁵⁴ "*tangible assets*".

haklarının konusu olan ürünler açısından da uygulama alanı bulup bulmadığını incelemiştir. Bunun dışında biraz sonra inceleyeceğimiz anlaşma yapmayı reddetme halleri⁴⁵⁵ belirli koşulların gerçekleşmesi halinde rekabet sorumluluğuna tâbi tutulabilmektedir. Dolayısıyla lisans vermeyi reddetmenin konusunu rekabet açısından esaslılık arz eden bir iktisadi unsur oluşturduğunda ve bu unsurun sahibi tarafından rakiplerine kullanılmaması tekelleşme teşkil ettiği takdirde kanımızca esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması imkân dâhilinde olmalıdır.

Amerika'da görülmüş olan ve fikri mülkiyet haklarının esaslı unsur teşkil edebileceğine dair iddiaları içeren yeni tarihli iki dava görmekteyiz. Bunlardan ilki, Intergraph Corp. v. Intel Corp.⁴⁵⁶ diğeri de Aldridge v. Microsoft Corp.⁴⁵⁷ davalarıdır⁴⁵⁸.

a. Intergraph v. Intel Kararı

Intergraph davası, desktop bilgisayarlarda, laptoplarda, sunucularda ve iş istasyonlarında kullanılan yüksek performanslı mikroişlemcileri üreten ve sağlayan dünyanın en büyük şirketi olan Intel ile bilgisayar üreticisi ve Intel'in müşterisi olan Intergraph arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. 1993 yılında Intergraph kendi patentli ürünü olan Clipper mikroişlemcilik işinden vazgeçip iş istasyonlarında Intel mikroişlemcilerini kullanmaya başlamıştır. Uyuşmazlık, Intel'in birkaç müşterisinin kullandıkları mikroişlemcilerde Clipper patentini ihlal etmesi nedeniyle doğmuştur. Intel ile Intergraph aralarında yaptıkları görüşmelerden bir sonuç alamamıştır ve Intergraph, Intel'in kendisine tedarik etmekte olduğu mikroişlemciler ve bunlara ait teknik bilgileri kesmesi neticesinde Intel'i dava etmiştir. Nihayetinde Intergraph Intel'i patent ihlali nedeniyle dava ettiğinde iddiaları arasında esaslı unsur konusu da vardı. Intergraph, Intel'in mikroişlemcilerinin ve bunlara ilişkin gizli teknik bilgilere erişim sağlamanın kendi ticari faaliyeti için hayati önem arz ettiğini ve esaslı unsur teşkil ettiğini iddia etmiştir. Bölge mahkemesi, Intergraph'ın iddiasını yerinde bularak Intel'in mikroişlemcilerinin ve teknik bilginin esaslı unsur teşkil ettiğine karar

⁴⁵⁵ Anlaşma yapmayı reddetmenin, fikri mülkiyet hukuku alanında uygulaması lisans vermeyi reddetme şeklinde gerçekleşmektedir.

⁴⁵⁶ 195 F. 3d 1346 (Fed. Cir. 1999).

⁴⁵⁷ 995 F. Supp. 728 (S. D. Tex. 1998).

⁴⁵⁸ Bir federal bölge mahkemesi de esaslı unsur doktrininin hâkim bir şekilde maddi varlıklara ilişkin olarak uygulanmakla birlikte dava konusu olan ve telif hakkıyla korunan telefon rehberi listeleri gibi fikri ürünlere uygulanmaması için herhangi bir sebebin olmadığını belirtmiştir. Çünkü sonuç itibarıyla davacı rekabet edebilmesi için esaslılık arz eden bir varlıktan yoksun bırakılmaktadır (Rural Tel. Serv. Co., Inc. v Feist Publ'ns, Inc., 737 F. Supp. 610, 617 – 620 D. Kan. 1990).

vermiştir⁴⁵⁹. Bunun üzerine Intel, kararı temyiz etmiştir. Federal Temyiz mahkemesi ise⁴⁶⁰, kararı bozmuştur. Temyiz mahkemesine göre, Bölge mahkemesi esaslı unsur doktrinini yanlış uygulamıştır. Temyiz mahkemesine göre, doktrinin uygulanmasının ön koşulu tekelleşmeye yönelik davranışın söz konusu olduğu pazarda bir rekabet ilişkisinin varlığıdır. İki teşebbüs de aynı anda ne yüksek performanslı mikroişlemci pazarında ne de grafik alt sistem pazarında bulunuyordu. Mahkeme ayrıca, Intergraph'ın mikroişlemci pazarında Clipper patentleri dolayısıyla bulunmadığı kanaatindedir⁴⁶¹. Bununla birlikte, Intergraph faaliyette bulunduğu pazarda Intel'in tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs kapsamında değerlendirilebilecek davranışlarını ispat edememiştir.

Burada Federal Temyiz mahkemesi, fikri mülkiyet haklarının sahibine rekabet hükümlerini ihlal edebileceğine ilişkin herhangi bir imtiyaz bahşetmediğini kabul etmekle birlikte rekabet hükümlerinin patent hakkı sahibinin üçüncü kişileri ürünü kullanmaktan men etme hakkını reddetmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, Patent Kanunu'nu ilgili maddesi olan 271 (d) (4)'e dayanmak suretiyle patent hakkını hukuka uygun şekilde edinen bir fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesi nedeniyle Sherman Kanunu İkinci Bölümü gereğince sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Kanımızca burada mahkemenin belirttiği gibi bir üretici müşteri ilişkisi söz konusudur. Dolayısıyla esaslı unsur doktrininin dışlayıcı uygulamalar kapsamında uygulanabilmesi için rekabet ilişkisinin var olması temel prensibinden yoksundur. Ayrıca davacı, davalının tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs niteliğindeki davranışlarını ispat edememiştir. Dolayısıyla davada yalnızca fikri mülkiyete ilişkin bir uyuşmazlık söz konusudur.

b. Aldridge v. Microsoft Kararı

Aldridge v. Microsoft Corp. davasında davacı disk önbellek programı⁴⁶² satıcısıydı. Microsoft, davacının pazarında kendi yeni işletim sistemine uygun bir disk önbellek programı üretmiştir. Bunun üzerine Aldridge, Microsoft'un rekabet kurallarına aykırı hareket ettiğinden bahisle dava açmıştır. Aldridge, disk önbellek

⁴⁵⁹ Bu doğrultuda Intel'in Intergraph'a mikro işlemciler ve bunlara ilişkin teknik bilgileri sağlama yükümlülüğü getirilmiştir; Intergraph Corp. v. Intel Corp., 3F. Supp. 2d 1255 (N. D. Ala. 1998)

⁴⁶⁰ Federal Temyiz mahkemesi, pek çok konu haricinde konumuz açısından önem arz eden patent ile ilgili ihtilaflarla ilgili temyiz davalarına bakmaya yetkili kılınmış bir mahkemedir.

⁴⁶¹ Zira Intergraph Clipper mikroişlemcilerini üretmeyi 1993 yılında bırakmıştır ve bu işe bir daha dönmeye ilişkin herhangi bir düşüncesi olduğuna dair bir delil de yoktur.

⁴⁶² "Disk caching program".

programının Microsoft'un önceki işletim sisteminde çalıştığını; ancak Windows 95 işletim sisteminde ise saf dışı bırakıldığını ileri sürmüş ve sonuç olarak Microsoft'un Windows 95'e erişimi engelleyip kendisinin disk önbellek işine girdiğini belirtmiştir. Ayrıca Aldridge, Windows 95'in esaslı unsur teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, MCI kararında tespit edilmiş olan koşulları olaya uygulamış ve davacının tüm kriterleri karşılayamadığı kararına varmıştır. Şöyle ki, Windows 95'in esaslı unsur teşkil etmediğini ve bu doktrinin ancak doğal ve yasal tekelin söz konusu olduğu hallerde uygulanabileceğini belirtmiştir.

Kanımızca, doktrin baskın bir şekilde maddi varlıklara ilişkin olarak uygulansa bile rakibi açısından ilgili pazarda rekabet edebilmesi için esaslılık arz eden ve kendisine tekel gücü bahşeden bir fikri mülkiyet hakkının rakibine kullandırılmaması da tıpkı klasik esaslı unsur doktrininin uygulamalarında olduğu gibi rekabeti önleme etkisine sahiptir. Kaldı ki davada fikri mülkiyet hakkının esaslı unsur sayılmayacağına dair herhangi bir ifade de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Aldridge olayda Microsoft'un disk önbellek pazarında tekelleşmek istediğini, bunu da rekabet için vazgeçilmezlik arz eden unsurun kullandırılmaması suretiyle gerçekleştirdiğini ispat edebildiği takdirde kanımızca esaslı unsur doktrinine dayanmak suretiyle Sherman Kanunu İkinci Bölümünün ihlal edildiği sonucuna varılabilmesi pek tabii ki mümkün olacaktır. Dolayısıyla, Microsoft'un disk önbellek pazarındaki teknolojik gelişmeyi engellemek, rekabeti sınırlamak ve bu suretle tüketicilere zarar vermek amacıyla tekel gücünü kullandığını söylememiz mümkündür.

Intergraph kararına baktığımızda, Federal mahkeme davanın fikri mülkiyet boyutuyla ilgilenmemiştir. Aldridge kararında ise, konu üzerinde doğrudan durulmamıştır; ancak yenilik meselesi üzerinde Microsoft'un perspektifi açısından konuya yaklaşmıştır ve tekel teşebbüsün de yenilik yapma hakkının bulunduğunu belirtmiş bu doğrultuda Microsoft'un teknolojideki gelişmelerini açıklamamasını hukuka uygun bularak yenilikte bulunma saikine önem atfetmiştir.

c. United States v. Microsoft Kararı

Burada Microsoft aleyhine Adalet Bakanlığı ile pek çok eyaletin açmış olduğu ve 2000 tarihinde sonuçlanmış tekelleşme ile ilgili olan davaya da değinerek esaslı unsur doktrininin uygulama alanının imkân dâhilinde olup olmadığının incelenmesi gereği kanısındayız. 3 Nisan 2000 tarihinde hâkim **Jackson** davadaki vakıalardan

edindiği kanaat neticesinde vardığı sonucu açıklamıştır⁴⁶³. Buna göre; Microsoft Intel uyumlu bireysel bilgisayar (PC) işletim sistemi pazarında⁴⁶⁴ (Windows) tekel gücünü hukuka aykırı şekilde muhafaza etmek ve internet tarayıcı (browser) pazarında yine anti rekabetçi yollarla tekelleşmeye teşebbüs etmek suretiyle Sherman Kanunu'nun İkinci Bölümünü ihlâl etmiştir. Bunun dışında, Microsoft browser ürününü (Internet Explorer) işletim sistemine hukuka aykırı şekilde bağladığı için Sherman Kanunu Birinci Bölümü'nü ihlâl etmiştir⁴⁶⁵. Karara göre, Microsoft'un dışlayıcı uygulamalar içeren davranışları⁴⁶⁶ ara yazılım uygulamalarının (Navigator ve Java) ara işlerlik işlevini ortadan kaldırmaya yöneliktir⁴⁶⁷. Böylelikle Microsoft, Intel uyumlu bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarında yüksek giriş

⁴⁶³ United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d. 30 (D.D.C. 2000).

⁴⁶⁴ Bilgisayar işletim sistemi; bir bilgisayar tarafından yapılan program dizilimini yönetmek ve denetlemek için kullanılan hizmet yardımlarının toplamıdır. İşletim sistemleri, hatadan arındırma, girdi/çıkı, derleme, hesaplama, bellek dağıtımı, bellek tahsisi, iş sıralaması ve özellikle modern ve büyük bilgisayarlarda çok daha fazla işlev yerine getirebilir (**Eroğlu**, s. 4).

⁴⁶⁵ Temyiz mahkemesi, tekelleşme dışında tekelleşmeye teşebbüs ile bağlama anlaşmasıyla ilgili bölge mahkemesinin kararını bozmuştur. Yalnızca tekelleşmeyle ilgili kararını onaylamıştır (United States v. Microsoft Corp., 253 F. 3d. 34 (D.C.Cir. 2001); tekelleşmeye teşebbüsle ilgili olarak Temyiz mahkemesi, Bakanlığın "Browser pazarı"nı (internet tarayıcı pazarını) tanımlamadığını ve bu pazara yönelik olarak yüksek giriş engellerini gösteremediğini ve bu suretle Microsoft'un tekelleşmeye teşebbüs için ciddi başarı imkânının söz konusu olmadığını belirtmiştir. Bağlama anlaşmaları ile ilgili olarak Temyiz Mahkemesi, bölge mahkemesinin bu tür bir anlaşmayı bir kez daha ve fakat bu kez "rule of reason" kuralına göre incelemesine karar vermiştir. Zira Bölge mahkemesi, bağlama anlaşmasını per se yasaya aykırı bulmuştu. Bununla beraber dokuz eyalet ve Adalet Bakanlığı "bağlama anlaşması"na yönelik iddialarından vazgeçmişlerdir (bu konuda bkz., **Cohen, Amanda:** "Surveying the Microsoft Antitrust Universe", Berkeley Tech. L. J., V. 19, 2004 s.333 vd.; **Weinstein, Samuel Noah:** "United States v. Microsoft Corp.", Berkeley Tech. L. J., V. 17, 2002 s. 273 vd.). Kasım 2001'de Adalet Bakanlığı ile dokuz eyalet Microsoft'la uzlaşmaya vardı. Uzlaşmanın konusu olan yaptırımlar daha ölçülüydü; bunlar arasında, teknik bilgilerin ifşası ki bu ara yazılımlar ile işletim sistemi arasındaki ara işlerliğin nasıl olduğuna ilişkindir, bilgisayar açılış ekranı ile ilgili olarak bilgisayar üreticilerinin sınırlamalara tâbi olmaması yer almaktadır. Diğer dokuz eyalet bu karara uymadı ve yaptırımlarla ilgili olarak dava açma yolunu tercih ettiler. Bölge mahkemesi (Tunney Kanunu'na göre, bir diğer federal mahkeme olmak zorunda) uzlaşma kararını Kasım 2002'de açıkladı. Uzlaşma kararında, Microsoft'un işletim sistemine ilişkin olarak kodlarını ifşa etmesine dair bir karar çıkmamıştır. Bu kodlara, yine kararla oluşturulmuş olan teknik komitenin taraflar arasındaki uzlaşmayı denetleyebilmesi açısından ihtiyacı olacaktır.

⁴⁶⁶ Bu davranışlar arasında, Microsoft'un işletim sisteminin bilgisayara yüklenmesine yine Microsoft'a ait olan internet kullanımı programının kullanılması koşuluyla izin verilmesi, sözleşmeye giriştiği internet sağlayıcılarını başka şirketlerle işgörmekten alı koyması, bilgisayara üreticilerine bilgisayarın açılış ekranına ilişkin çeşitli kısıtlamalar getirmesi sayılabilir.

⁴⁶⁷ Ara yazılım iki uygulamanın birbirleriyle veri değişimini sağlayan yazılımdır. Ara yazılım (middleware) olmadan yazılım üreticileri farklı işletim sistemleri ile uyum sağlayabilmek için birkaç farklı versiyonlarını üretmek zorunda kalacaktır. Ancak ara yazılım ile birlikte yazılım üreticileri için ara yazılım uygulaması ile uyumlu olan sadece bir tane yazılım programı oluşturması yetecektir. Böylelikle ara yazılım uygulaması veriyi herhangi bir işletim sistemine (Windows, Macintosh, GNU/Linux) gönderecektir (**Cohen**, s. 339, dn. 33);

engeli oluşturmaktadır⁴⁶⁸. Giriş engeli yaratmak suretiyle Microsoft, potansiyel yazılım üreticilerinin Windows ile rekabet edecek bir başka işletim sistemi geliştirmelerine engel olmak istemektedir⁴⁶⁹.

Burada şu hususu ifade etmek gerekmektedir. Mahkeme, kararda Sherman Kanunu İkinci Bölümüne göre bir ihlâlin gerçekleştiğini belirtirken “esaslı unsur doktrini”ne dayanmamıştır. Mahkeme şu noktalar üzerinde durarak ihlalin varlığına hükmetmiştir:

- a. ilgili pazarın mevcudiyeti,
- b. Microsoft’un ilgili pazarda rekabeti önlemek için güce sahip olup olmadığı,
- c. Microsoft’un gücünü elde etmek veya korumak için rekabete aykırı yöntemler kullanıp kullanmadığı.

Kanımızca esaslı unsur doktrinine başvurabilmek için mahkemenin açıkça iki pazarın varlığına değinmesi ve Microsoft’un işletim sistemi pazarındaki tekel gücünü ara işlerlik bilgilerini rakiplerine sağlamamak suretiyle yazılım uygulamaları pazarındaki rekabet koşullarını bozma amacıyla kullandığını ifade etmesi gerekirdi.

İki pazardan söz edilip alt pazarda rakiplerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri üst pazardaki esaslı unsurun kullanılmasına bağlı olduğu tespit edilseydi esaslı unsur doktrininin uygulama olanağı tartışma konusu yapılabilirdi. Öncelikle, bir iktisadi unsurun ki bu dava açısından söz konusu olsaydı Windows işletim sisteminin, esaslı unsur teşkil edebilmesi için⁴⁷⁰ rakipleri için pazarda kalabilmeleri açısından vazgeçilmezlik özelliğini taşımalıdır⁴⁷¹. Çoğu ileri teknoloji endüstrilerinde (yazılım,

⁴⁶⁸ **Opi**, s. 468; S. **Grimes, Warren**: “Counterproductive Incentives for Innovation? Exclusionary Conduct in the Sale of an IP Product”, IIC Heft 2, 2005 s.218.

⁴⁶⁹ **Opi**, s. 468; davacılar iddialarında, Microsoft’un işletim sistemi pazarındaki tekel konumunu Netscape Navigator ve Java’yı ortadan kaldırmak suretiyle muhafaza etmek olduğunu ileri sürdüler. Davacılar göre, ara yazılım Windows için iki tehdit oluşturmaktadır. Birincisi, ara yazılım uygulamaları bizihi yazılım platformu olarak kullanılabildikleri için Windows’la doğrudan doğruya rekabet ediyordu. İkincisi, ara yazılım birden fazla işletim sistemi üzerinde çalışabiliyordu bu da yazılım üreticilerinin bunlardan herhangi birinde çalışan program yaratmalarına imkân vermektedir (bkz., **Weinstein**, s. 279).

⁴⁷⁰ Doktrinde Windows’un esaslı unsur olarak değerlendirilebileceği belirtilmekle birlikte kanımızca ara işlerlik bilgilerinin esaslı unsur olarak kabul edilmemesi için bir sebep bulunmamaktadır (bkz., **Opi**, s. 471).

⁴⁷¹ Bu da daha önce gördüğümüz MCI davasında belirttiğimiz üzere, aktüel veya potansiyel rakiplerin fiilen veya makul olarak Windows’la aynı işlevi görebilecek bir işletim sisteminin

biyoteknoloji veya diğer tip ileri teknoloji ürünleri) üç önemli özellik göze çarpmaktadır. Bunlar sırasıyla; güçlü ölçek ekonomisi, network (ağ) etkisinin varlığı ve başarılı teknolojik ürünler için kilitleme etkisinden oluşmaktadır⁴⁷².

Ölçek ekonomisi, üretimin artmasına bağlı olarak ortalama maliyetin düştüğü yapıyı ifade eder. İleri teknoloji ürünlerinin en önemli özelliklerinden biri, gerekli olan yatırımların yüksek sabit maliyetler gerektirmesi ve ayrıca marjinal maliyetlerin de olabildiğince düşük gerçekleşmesidir. Bu da mal ve hizmetlerin üretim maliyetlerinde yüksek sabit maliyetlerin bulunması demektir. Başlangıçta bir mal yaratmak için araştırma ve geliştirmeye büyük yatırım yapmak veya güçlü bir ağ kurmak gerekir; ancak bu ürünü yaratıp yatırımı değerlendirdikten sonra ilave bir ünite oluşturmak daha ucuzdur⁴⁷³. Güçlü network etkisi, aynı ürünün kullanılan miktarı arttıkça ürünün değerinin artması halinde görülür. Bu hale örnek olarak, bilgisayar işletme sistemi veya e – posta yazılımı gösterilebilir buna göre daha fazla insan bağlandıkça e – posta yazılımı daha yararlı hale gelecektir⁴⁷⁴. İleri teknoloji endüstrilerinin üçüncü karakteristik özelliği ise, bazı ileri teknoloji ürünlerinin kilitleme etkisine sahip olmasıdır. Bu durumun gerçekleşmesi de, bir kere müşteriler ilgili ürünle tanıştıklarında ve kullandıklarında başka bir ürüne geçmeleri hususunda isteksiz davranmaları halinde olur⁴⁷⁵. Bu isteksizlik, müşterilerin teknolojik ve mali yönden üretim süreçlerini belli bir ürüne göre belirledikten sonra başka bir sisteme geçmeleri gerek sarf edecekleri zaman gerekse katlanacakları yüksek maliyetler nedeniyle gerçekleşmektedir.

Microsoft davasında mahkeme rakiplerin Windows'la aynı işlevi görebilecek başka bir sistem yaratmalarının mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, müşterilerin muazzam bir maliyete katlanmaksızın Intel uyumlu bireysel bilgisayar işletim sistemini ikame edecek başka bir sisteme geçmeleri mümkün değildir. Ayrıca, bu geçişin makul bir sürede gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir⁴⁷⁶. Doktrinde mahkemenin şüpheleri bulunsa dahi, bilgisayar

yapılmasının mümkün olmamasını gerektirir. Burada Microsoft'un rakipleri işletim sistemi üretim pazarında değil, yazılım uygulamaları pazarında rekabet etmek istiyorlardı.

⁴⁷² **Weinstein**, s. 277.

⁴⁷³ Microsoft örneğinde, belli bir yazılımı oluşturmak için bütün zaman harcanır ve maliyetli olur; fakat yeni bir kopyayı daha düşük bir fiyata mâl etmek mümkündür (bkz., **Söylemez**, s. 89); **Weinstein**, s. 277; **Ahlborn, Christian**: “Yazılım Sektöründe Rekabet ve ABD – Microsoft Davası”, Perşembe Konferansları, Kasım 2001 s. 7.

⁴⁷⁴ **Weinstein**, s. 278; **Ahlborn**, s. 6.

⁴⁷⁵ **Weinstein**, s. 278.

⁴⁷⁶ United States v. MicrosoftCorp., 84 F. Supp. 2d. 9 (D.D.C. 1999).

pazarının yapısı göz önünde bulundurulmak suretiyle Windows'un alternatiflerinin mümkün olabileceğine dair güçlü bir varsayımın olması gereği üzerinde durulur. Unix, Linux ve Netware gibi diğer işletim sistemlerinin pazarda bulunması da Windows'a alternatif işletim sistemlerinin yaratabileceğini göstermektedir ve dolayısıyla da esaslı unsur doktrinin uygulama şartları gerçekleşmemiştir⁴⁷⁷. Ancak burada kanımızca, pazarda mevcut diğer alternatif işletim sistemleri bulunsa bile bu sistemlerin, müşterilerin Windows'a kilitlenmesi nedeniyle ve dolayısıyla bir başka sisteme geçmeleri gerek zaman kaybı gerekse maliyet yüklemesi nedeniyle mümkün olmayacaksa ve bu durum rakip teşebbüslerce ispat edilebilirse "esaslı unsur doktrini"nin uygulanabilmesi gerekmektedir⁴⁷⁸. Zira Windows'a alternatif bir sistemin yaratılabilmesi ekonomik açıdan verimsizliğe yol açacaktır. Yine doktrinde eğer Windows esaslı unsur olarak kabul edilmiş olsaydı, Microsoft için en uygun yaptırımın Windows kaynak kodlarını⁴⁷⁹ diğer teşebbüslere lisans vermesi olacağı ileri sürülmektedir⁴⁸⁰.

3. Tek Taraflı Lisans Vermeyi Reddetmeye İlişkin Amerikan Mahkemelerinin Uygulaması

Amerikan rekabet hükümlerinin hangi aşamada fikri mülkiyet hukukunun ürün sahibine bahşettiği "üçüncü kişileri bu ürünü izinsiz kullanmaktan men etme" hakkına müdahale edebileceği konusunda Amerikan mahkemelerinin tavrı incelenmelidir. Ancak rahatlıkla ifade edebilir ki, hiçbir Amerikan mahkemesi, lisans vermeyi tek taraflı olarak reddetmeyi başlı başına bir dışlayıcı davranış olarak görmemektedir⁴⁸¹.

Biraz sonra inceleyeceğimiz davalarda Temyiz mahkemeleri kararlarında, esaslı unsur doktrinine dayanmamıştır. Mahkemeler, önlerine gelen davaları tek

⁴⁷⁷ Opi, s. 472.

⁴⁷⁸ Burada şu hususu da belirtmemizde yarar vardır; Linux, Unix ve Netware'in faaliyette bulunabilmesi çok daha gelişmiş bir teknik desteği gerektirmektedir. Bu konuyla ilgili olarak "endüstri standardı" kavramına Avrupa Topluluğu hukuku uygulamalarında daha detaylı olarak değinilecektir.

⁴⁷⁹ Kaynak kod, bilim adamları tarafından okunabilir ve genellikle işlenmesi gereken verilerin tanımını, yararlanıcıyla diyaloga ilişkin bilgileri ve programı anlamayı kolaylaştıran bilgileri içerir (bkz., Eroğlu, s. 3).

⁴⁸⁰ Opi, s. 473; Bölge Mahkemesi yaptırım olarak Microsoft'un biri Windows diğeri de yazılım uygulamaları olan Word, Internet Explorer gibi ürünleri satan iki teşebbüse bölünmesine karar vermiştir.

⁴⁸¹ Böyle bir içtihadın oluşmadığını şu üç Temyiz Mahkemesi kararlarında ifade etmiştir; Intergraph Corp. v. Intel Corp, 195 F.3d. 1346, 1362 (Fed. Cir. 1999), Image Tech. Servs. Inc. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d. 1195, 1216 (9th Cir. 1997), United States v. Stuiengesellschaft Kohle m.b.H., 670 F.2d. 1122, 1131 (D. C.Cir. 1981).

tarafli olarak lisans vermeyi reddetme kapsaminda değerlendirmişlerdir ve hangi hallerde fikri mülkiyet hakkının kapsamını aştığını inceleme konusu yapmışlardır. Mahkeme kararlarına baktığımızda üç farklı yaklaşımın benimsendiğini görmekteyiz. Bunlar sırasıyla; Federal Temyiz Mahkemesi'nin, "(*per se*) nitelik gereği yasallık"⁴⁸², Birinci Bölge Temyiz Mahkemesi'nin, "kesin olmayan yasal karine"⁴⁸³, Dokuzuncu Bölge Mahkemesi'nin, "niyet faktörü"⁴⁸⁴ yaklaşımlarıdır⁴⁸⁵.

a. Nitelik Gereği ("*Per se*") Yasallık Yaklaşımı

Federal Mahkemenin önüne *In re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox*⁴⁸⁶ davası gelmiştir. Dava konusu olayda Xerox fotokopi makineleri için servis veren bir kısım bağımsız servis sağlayıcıları olan teşebbüsler, Xerox'u rekabet hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle dava etmiştir. Bunun nedeni olarak da Xerox'un bağımsız teşebbüslere yedek parça satmayı reddetmesidir. Xerox böylelikle nihai kullanıcılara bizzat kendisi yedek parçaları satabilmekteydi. Bunun sonucunda, bağımsız servis sağlayıcıları fotokopiler için servis sağlama pazarından dışarı itilmekte ve bu pazar münhasıran Xerox'a tahsis edilmekteydi. Xerox karşı dava açmıştır. Karşı davasında Xerox, bazı yedek parçaları üzerinde patent hakkının ve yazılımları üzerinde de fikri mülkiyet hakkının bulunduğunu, bağımsız servis sağlayıcıların da bu hakları ihlal ettiğini ileri sürmekteydi. Xerox bu fikri mülkiyet haklarını tek tarafli olarak satmayı veya lisans vermeyi reddetmesinin rekabet hükümlerini ihlal etmeyeceğini iddia etmekteydi. Federal mahkeme, Xerox'un iddialarını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, ancak belirli hallerde patent sahibinin lisans vermeyi reddetme hakkı sınırlandırılabilirdi⁴⁸⁷. Mahkemeye göre davacı bu hallerden hiçbirini ispat edememiştir. Bu doğrultuda mahkeme, Xerox'un patenti kanuna uygun bir şekilde elde etmiş olduğundan dolayı lisans vermeyi reddetme suretiyle tekelleşme suçundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

⁴⁸² "*Per se legality*"; "*per se Rechtmäßigkeit*".

⁴⁸³ "*Rebuttable presumption*"; "*widerlegliche Rechtmäßigkeitsvermutung*".

⁴⁸⁴ "*The role of intent*".

⁴⁸⁵ **Hovenkamp - D. Janis - A. Lemley**, s. 27.

⁴⁸⁶ 203 F. 3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

⁴⁸⁷ Kanımızca burada, *per se* yasallıktan ziyade kesin olmayan yasal karine durumu mevcuttur. Zira Federal mahkemeye göre, davacı aşağıdaki hallerden birini ispat etmedikçe zorunlu lisansa hükmedilmesi mümkün değildi. Bu haller şu şekilde ifade edilebilir:

- davalının patenti hukuka aykırı olarak elde etmesi,
- patentin hukuka aykırı bağlama anlaşmasının konusu olması.

Mahkeme burada, patent düzenlemeleri ile açıkça izin verilen fiillerin rekabet yasalarına göre hukuka aykırı sayılmamasına hükmetmektedir. Bu doğrultuda, kullanmama ve lisans vermeme, patent hukukuna göre patent hakkının kapsamında kaldığı ve patentin kötüye kullanılması teşkil etmediği için pazar gücünün kanuna aykırı şekilde yayılmasının bir aracı olarak kabul edilmemelidir⁴⁸⁸. Dolayısıyla patent ile ilgili düzenlemelere uygun bir davranış rekabet düzenlemelerine tabi tutulmamalıdır.

b. Kesin Olmayan Yasal Karine Yaklaşımı

Kesin olmayan yasal karineyle ilgili olarak Birinci Bölge Temyiz Mahkemesi'nin Data General v. Grumman Systems Support⁴⁸⁹ davasını incelememiz gerekmektedir. Dava konusu olayda, Data General bilgisayar üreticisiydi ve bağımsız servis sağlayıcıları bilgisayar donanım onarımını sağlamaktaydılar; ancak bunun için Data General'ın telif hakkıyla korunan yazılım ürününe erişim gerekmekteydi. Bu program Data General bilgisayarlarındaki sorunları tespit etmeye yarıyordu. Data General (DG) ve Grumman, DG bilgisayarları için servis pazarında rakiptiler. Data General, yazılımına erişimi keserek bu hizmet pazarında tekel konumunu hukuka aykırı olarak sürdürme amacındaydı. Bağımsız servis sağlayıcıları yazılıma izinsiz erişimde bulununca Data General fikri mülkiyet hakkı ihlali nedeniyle dava açmıştır. Bunun üzerine Grumman, Data General'ın rekabet hükümlerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Data General ise, fikri mülkiyet haklarının rekabet hükümlerinin uygulama kapsamında olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Data General'ın iddiasını reddetmiştir⁴⁹⁰. Ayrıca, bir tekelin anlaşma yapmayı reddetmesinin her zaman rekabet arttırıcı bir etkiye sahip olmadığını; zira tüketicilerin bu tür bir reddeden dolayı zarar görmelerinin ihtimal dâhilinde olduğunu belirtmiştir. Bu davada, rekabet hükümleri ile telif hakkı arasındaki ilişki inceleme konusu yapılmıştır. Bu doğrultuda mahkeme, Data General'ın kesin yasal karine olarak ileri sürdüğü tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmenin meşru olduğuna dair iddiayı reddetmiştir. Bunun yerine, telif hakkıyla ilgili olarak karine ortaya koymuştur. Buna göre, telif hakkıyla korunan eserin eser

⁴⁸⁸ **Odman**, s. 217.

⁴⁸⁹ 36 F. 3d 1147 (1st Cir. 1994).

⁴⁹⁰ Bölge Mahkemesinde bu iddialar arasında, telif hakkıyla korunan yazılımın esaslı unsur doktrininin uygulama alanı içerisine girdiğini; zira servis sağlayıcılarının bu yazılımlara erişiminin sağlanması gerektiği de yer almaktaydı. Bu iddia mahkeme tarafından doktrinin fikri ürünler açısından uygulanamaz olmasından dolayı değil; iktisadi varlığın esaslı olduğuna ilişkin yeterli delil bulunmayışından dolayı reddedilmiştir.

sahibince üçüncü kişiler tarafından kullanımını dışlamak karineten geçerli bir ticari gerekçe oluşturmaktadır. Bu şekilde kesin olmayan yasal karineyi Birinci Bölge Temyiz Mahkemesi Xerox davasında telif hakkı açısından uygulamıştır. Ancak bu yasal karineyi çürütebilecek türden olayların neler olabileceğine dair açık bir ifade söz konusu değildir. Bununla birlikte mahkemenin şu ifadesinden karineyi çürütebilecek olası durumları çıkartabilmek mümkün olabilir. Buna göre, karineyi çürütebilmek, ilgili tarafı rekabet sorumluluğuna tâbi tutmak Telif Hakkı Kanunu'nun amacını engellemediği müddetçe mümkündür⁴⁹¹. Bu ifade tam olarak durumları ortaya koymamış olsa dahi doktrinde, tekelin fikri mülkiyet haklarınca korunmayı hukuka aykırı olarak elde ettiğinin ispat edilmesi halinde karinenin çürütebileceği ileri sürülmektedir⁴⁹². Davada ise böyle bir delil Grumman tarafından ileri sürülememiştir; zira telif hakları geçerlidir; yazılım programı yenilikçidir⁴⁹³. Dolayısıyla karinenin çürütülebilmesi için diğer bir hal olarak da davalının fikri mülkiyet hakkını kötüye kullandığının ispatı gösterilmektedir⁴⁹⁴.

c. Niyet Yaklaşımı

Dokuzuncu Bölge Temyiz Mahkemesi'nin önüne gelen Image Technical Services v. Eastman Kodak⁴⁹⁵ davasında üçüncü bir yaklaşım benimsenmiştir. Dava konusu olayda, fotokopi makineleri sektöründe bakım faaliyetinde bulunan bağımsız servis sağlayıcıları Kodak'tan yıllardır edindikleri yedek parçaların birden kesilmesi üzerine Kodak'ın rekabet hükümlerine aykırı davranışta bulunduğunu iddia etmişlerdir. Dokuzuncu Bölge Temyiz mahkemesi, Kodak'ın fotokopi makineleri servis pazarında tekel konumda olduğuna ve bağımsız servis teşebbüsleri ile bunlarla ilişki içinde olan müşterilere yedek parça sağlamamakla rekabet sorumluluğunun doğduğuna, fikri mülkiyet haklarının sahibini rekabet sorumluluğundan kurtaramayacağına karar vermiştir. Kodak'ın yedek parçaları üzerindeki patent hakkı ile yazılımları üzerindeki telif hakkı bulunması ve bundan dolayı tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesinin rekabet sorumluluğuna mahal vermemesine ilişkin iddialarıyla ilgili olarak mahkeme, davalının fikri mülkiyet haklarının varlığının haklı neden olarak kabul edilemeyeceğini böyle bir karinenin dava konusu olayda çürütüldüğünü belirtmiştir. Bu hususla ilgili olarak mahkeme iki

⁴⁹¹ Data General, 36 F. 3d., 1188.

⁴⁹² **Opi**, s. 483; **Pitofsky – Patterson – Hooks**, s. 455.

⁴⁹³ Data General, 36 F. 3d., 1188 – 1189.

⁴⁹⁴ **Opi**, s. 483.

⁴⁹⁵ 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997).

halde karinenin çürütülebileceğini ileri sürmüştür. İlki, tekel teşebbüsün fikri mülkiyet haklarını hukuka aykırı olarak elde etmesi, ikinci olarak da Kodak'ın haklı sebep olarak fikri mülkiyet haklarını ileri sürmesinin bahaneden ibaret olmasıdır; zira Kodak çalışanları yedek parça teminini kesilmesi kararıyla fikri mülkiyet hakları arasında herhangi bir bağın bulunmadığına ilişkin tanıklık yapmıştır. Aslında mahkeme burada Data General davasındaki kesin olmayan karine görüşüne uygun olarak lisans vermeyi reddetmenin karineten geçerli ticari bir gerekçe olmasını benimsemiş olmasına rağmen; davalının niyetini ortaya koyan delili araması itibariyle Birinci Bölge Temyiz mahkemesinin görüşünden ayrılmıştır. Mahkemeye göre, ne fikri mülkiyet hukukunun ne de rekabet hukukunun amacı tekel teşebbüsün rekabete aykırı davranışını örtmek için bahaneye dayanmasını haklı gösteremez⁴⁹⁶. Kodak, yedek parçalarının teminini reddetmesine ilişkin geçerli bir ticari gerekçe olarak patentlerinin fikri mülkiyet hukukunca korunmasına dayanmıştır. Ancak bu savunmayı dosya Yüksek Mahkemeden gönderildikten yani dava başladıktan çok uzun süre geçtikten sonra yapmıştır. Bunun üzerine de Temyiz Mahkemesi, böyle bir iddiayı bahaneden ibaret olarak görmüştür⁴⁹⁷.

Sonuç itibariyle yukarıda adı geçen temyiz mahkemelerinin hepsi, fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesi veya haklarını kullanması hususunda yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte Federal Temyiz mahkemesi bu durumu kesin karine olarak ve yalnızca patentler açısından kabul etmiştir⁴⁹⁸. Birinci ve Dokuzuncu Bölge Temyiz mahkemeleri ise, bu meşruluk karinesinin çürütülebilmesi için delil ileri sürülebilmesine olanak sağlamaktadır.

⁴⁹⁶ Kodak, 125 F. 3d., 1219.

⁴⁹⁷ Mahkemenin Kodak'a rakibine yedek parçaları temin etme yükümlülüğü getirmesi doktrinde eleştiriye uğramıştır. Zira lisans vermeyi reddetme Patent Kanunu'na göre, patent hakkının kanuna aykırı olarak genişletilmesi kapsamında görülemez. Bu itibarla, mahkeme patent sahibinin lisans vermeyi reddetmesi karşısında verdiği karar ile hata yapmıştır (bkz., **Burling – Lee – Krug**, s. 527; **Hovenkamp**, s. 334); karara yönelik bir diğer eleştiriye göre, bir patent sahibinin rakibiyle anlaşma yapmayı reddetmesinin amacı salt fikri mülkiyet hakkını korumak değildir. Bu amaç mal veya hizmeti sağlayan tek teşebbüs olarak kârı arttırmaktır (bkz., **Opi**, s. 488). İlgili olay açısından lisans vermeyi reddetmesinden dolayı bir teşebbüsü rekabet sorumluluğuna tabi tutabilmenin kriteri Sherman Kanunu İkinci Bölümü gereği davranışının tekelleşme veyahut tekelleşmeye teşebbüs oluşturup oluşturmadığı olmalıdır ve ayrıca devam eden bir ticari ilişkinin ortadan kaldırılması için ortada objektif haklı sebebin olup olmadığı incelenmelidir.

⁴⁹⁸ **Hovenkamp - D. Janis - A. Lemley**, s. 32; biz burada da kesin olmayan yasal karinenin mevcut olduğu görüşündeyiz.

4. Değerlendirme

Patent ve telif hakkı fikri ürünleri korumaktadır. Bununla birlikte fikri ürünlerin üzerinde cisimlendiği maddi mallar ayrı bir hukuki varlığa sahip olmaktadır⁴⁹⁹. Özellikle Kodak ve Xerox davalarında olduğu gibi, bir pazardaki tekel gücünün başka bir pazarda tekelleşme veyahut tekelleşmeye teşebbüs olarak kullanıldığı hallerde bir fotokopi makinesi üreticisi olan teşebbüsün kendi ürünü için gerekli yedek parçayı yine kendisinin serviste bulunabilmesi amacıyla alıcılara tedarik etmeyi kesmesi söz konusudur. Bu tür bir davranış açıkça rekabet hükümlerine aykırıdır. Ancak, somut olayda olduğu gibi yedek parçaların patent hakkıyla korunduğu hallerde üretici davranışının meşru kabul edilmesi gerektiğini; zira burada söz konusu durumun fikri mülkiyet hakkının kullanımı olduğunu ileri sürülebilmektedir⁵⁰⁰. Bu halde fikri mülkiyet hakkının verdiği hak ve yetkilerin kullanımı rekabet ihlallerine neden olabilmektedir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, patentler ve telif hakları buluş ve ifade biçimini korumakta buna karşılık ürünleri korumamaktadır⁵⁰¹. Dolayısıyla, korunan yedek parçaları kullanmak isteyen bağımsız servis sağlayıcılarının ürün sahiplerinin fikri mülkiyet haklarını kullandığı söylenemeyecektir. Bu görüş, Amerikan Patent Kanunu 271. Bölümünün yorumundan kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, kanun patent sahibine üçüncü kişileri tüm Amerika'da buluşu üretmekten, kullanmaktan ve satmaktan men etme hakkını vermektedir. Bu doğrultuda Kodak ve Xerox davalarında söz konusu olan, patentli parçaların orijinal ürünlerin onarımı işiyle uğraşan bağımsız servis sağlayıcılarına satılmasının reddidir. Servis sağlayıcıları, onarım hizmetini satmaktadır, bu hizmetten bağımsız olarak parçaları satmamaktadır, dolayısıyla parçaların satılmasından bahsetmek mümkün değildir⁵⁰². Bu doğrultuda, davalının sahip olduğu patentleri kendisine, fikri mülkiyet hakkını

⁴⁹⁹ Yalnız burada eser sahibinin haklarının, ifade biçimini koruması önem arz etmektedir. Fikir ancak belirli bir biçimde ifade edilmişse, eserde cisimlenen bu ifade biçimi fikri hukuk korumasından yararlanır (bkz. **Eroğlu**, s. 40). Bir başka deyişle, eser sahibinin o eseri meydana getirirken dayandığı, yararlandığı fikirler değil; o fikirlerin ifade edilmiş biçimi, ifadede bulunan eser sahibinin hususiyetidir (bkz., **Öztürk**, s. 28). Bu noktada eser sahibine tanınan haklar, patent hakkının aksine fikirler üzerinde münhasır bir hak tanımamaktadır. Buna karşılık patent sahibi, istem veya istemlerde talep edilenler ile aynı işlevi gören, bunu aynı şekilde gerçekleştiren ve aynı sonucu ortaya çıkaran unsurlar için de koruma talep edebilmektedir (bkz., **Öztürk**, s. 29).

⁵⁰⁰ **Burling – Lee – Krug**, s. 539.

⁵⁰¹ **Patterson**, s. 1134.

⁵⁰² **Patterson**, s. 1149.

koruma kisvesi altında bağımsız servis teşebbüslerine parçaları tedarik etmeyi reddetme hakkını vermemelidir⁵⁰³.

Buluş kavramının tanımına pek çok patent kanununda, mevzuatımızda⁵⁰⁴ ve uluslar arası antlaşmalarda rastlayabilmek mümkün değildir. Avrupa Patent Konvansiyonu ile PatKHK'da nelerin buluş sayılamayacak konular arasına girdiği belirtilmiştir. Amerikan Patent Kanunu'nda ise, buluş konusu oluşturabilecek alanlar belirtilerek bu konularda yapılacak buluşların patent alabileceği ifade edilmiştir⁵⁰⁵. Doktrinde buluş, "*insan zekâsının ürünü olan, özel, teknik bir problemin çözümünü sağlayan yenilik unsuru taşıyan fikir*" olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁶. Bu fikir, ürüne veya usule ilişkin olabilir⁵⁰⁷.

Patent, buluş sahibine ilgili resmi kurumlarca verilen ve belli bir süre bu buluşun üçüncü kişilerce kullanılmasını önleme yetkisi veren belgedir⁵⁰⁸. Ürün patentinde buluş, bir ürün halinde somutlaşmıştır. Usul patentinde ise buluş, "*bir ürün ve bazen yan ürünler de oluşturan veya ürün niteliği taşımayan sonuçlar meydana getiren teknik ve sıralı olguların düzenini ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren bir çözümdür*"⁵⁰⁹.

⁵⁰³ **Patterson**, s. 1135; **Genevaz**, s. 767; bu durum Avrupa'da görülmüş olan Volvo davasıyla karşılaştırılmaktadır (Volvo Ab v. Erik Veng (UK) Ltd., Case 238 / 87, ECR 1988, I-6211). Bu davada, ATAD Volvo'nun bağımsız tamircilere ürettiği 200 seri otomobilleri ile ilgili olarak ön panelini tedarik etmesini keyfi olarak reddedemeyeceğine karar vermiştir. Bu karar, yedek parça tedarikinin keyfi olarak kesilmesinin Volvo'nun paneller üzerinde sahip olduğu fikri mülkiyet hakkını korumak amacıyla haklı görülemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Sonuç itibarıyla, bağımsız tamirciler, Kodak ve Xerox davasındaki bağımsız servis sağlayıcıları gibi, Volvo'nun endüstriyel tasarım hakkını kullanmak istememişlerdir. Sadece, ön panel için onarım servisinde bulunmak istemişlerdir. **Doherty** de çalışmasında, yedek parça üretmek isteyen üçüncü kişilerin tasarım ve lisansa ihtiyacı olduğunu bununla birlikte onarım için yedek parça kullanmak isteyen üçüncü kişilerin ise yalnızca bu parçalara ihtiyacı olduğunu belirtmektedir (bkz., **Doherty**, s. 407, dn. 87).

⁵⁰⁴ **Öztük**, s. 61.

⁵⁰⁵ **Öztük**, s. 62; Amerikan Patent Kanunu § 101'de "Patent Verilebilir Buluşlar" başlığı altında, buluş konusu oluşturabilecek alanlar belirtilmiş ve bu konularda yapılacak olan buluşların patent alabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, "*her kim yeni ve faydalı bir usul, makine, ürün ya da madde bilişiği ya da bu sayılanlar üzerinde yeni ve faydalı bir gelişme icat eder ya da bulursa bu başlık altında düzenlenmiş şartlar ve koşullara tabi olmak üzere bunlar için bir patent alabilir*" (ilgili düzenlemenin çevirisi **Öztürk**'ten alınmıştır, bkz., **Öztürk**, s. 62).

⁵⁰⁶ **Şehirli, Feyzan Hayal**: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 7.

⁵⁰⁷ PatKHK m. 136'da "buluş konusu ürün" ve "buluş konusu usul"e tecavülden bahsedilmektedir. Yine m.83'te ürün ve usulden bahsedilmektedir. Avrupa Patent Ofisi Temyiz Kurulu kararlarında da bu şekilde bir ayrımı görmek mümkündür (bkz., **Öztürk**, s.71-73).

⁵⁰⁸ **Şehirli**, s. 7.

⁵⁰⁹ **Tekinalp**, s. 498.

PatKHK m. 73, patentten doğan hakkın kapsamını düzenlemektedir. Bu haklar, ürün ve usul patenti açısından ayrı ayrı belirlenmiştir. PatKHK m. 73/II (a)'ya göre bu haklar ürün patentinde; *“patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulması”*dır. Buna göre, patent konusu ürünün kullanımı patent sahibine aittir. Bu tarz bir kullanım, ürünün üretimiyle bağlantılı olarak ya da bağımsız olarak ortaya çıkabilir⁵¹⁰. Ürünün üretimle bağlantılı olarak kullanımı halinde, üçüncü kişinin ürünü kullanması, onu üretmesine bağlı olmaktadır. Dolayısıyla, önce ürün izinsiz üretilir daha sonra bu ürün ticari amaçla kullanılabilir. Ürünün kullanımının üretimden bağımsız olması patent sahibince gerçekleştirilen bir üretimin sonucunda ürünün ortaya çıkması ve bu ürünün izinsiz olarak üçüncü kişilerce kullanılması halinde gerçekleşir⁵¹¹. Kanımızca, fikri mülkiyet hakkınca korunan yedek parçaların servis teşebbüslerine tedarik edilmemesi durumu bu son hal çerçevesinde incelenmelidir.

Esaslı unsur doktrini bakımından konuya yaklaştığımızda, bağımsız servis sağlayıcılarının alt pazardaki faaliyetleri için ilgili yedek parçaların vazgeçilmez nitelikte olması gerekmektedir. Bu da doktrinin uygulanması için gereken koşullar açısından rakiplerin unsurun benzerini yaratmasının fiilen ve makul olarak mümkün olmaması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, Kodak'ın ve Xerox'un yedek parçalarının rakiplerince üretilen diğer makinelerde kullanılan parçalarla ara işlerliğe sahip olmadığını görmekteyiz. Dolayısıyla, bu parçaların servis sağlayıcılarına temin yükümlülüğünün esaslı unsur doktrini kapsamında değerlendirilebilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Patentle ilgili dava konularına baktığımızda bunların birbiriyle benzeştiğini görmekteyiz. Bir tarafta yedek parça pazarında tek el konumunda bir teşebbüs, diğer tarafta servis pazarında bağımsız servis sağlayıcıları bulunmaktadır. Tekel konumdaki teşebbüs tek el gücünü ya servis pazarına yaymak istemekte veyahut yine bu pazardaki payını arttırmak istemektedir. Dolayısıyla bağımsız servis sağlayıcıları ile tek el teşebbüs arasında bir rekabet ilişkisi bulunmaktadır. Kodak ile Xerox davaları sonucu verilen kararlar arasında farklılık bulunmasının nedeni fikri mülkiyet hakları ile korunan pazarlar açısından mahkemelerin farklı görüşlere sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Eğer fikri mülkiyet hakları, birden fazla pazarı

⁵¹⁰ Şehirli, s. 91.

⁵¹¹ Şehirli, s. 92.

koruyorsa fikri mülkiyet hakkı sahibinin bu pazarlarda münhasır hakkından olan dışlama hakkını kullanması kötüye kullanım olarak kabul edilemez⁵¹². Bu görüş, Xerox davasında benimsenmiş olup bir pazardaki tekel gücün diğer pazardaki rekabet şartlarını etkilemek amacıyla kullanıldığı kabul edilmemiştir. Patent sahibi dava konusu olayda yalnızca Patent Kanunu çerçevesinde kendisine verilmiş olan haklarını kullanmıştır. Xerox'un diğer pazardaki rekabeti dışlaması, başkalarının patentini kullanmasını men etme yetkisinden başka bir şey değildir. Zira Patent Kanunu m.271 (d) (4) patent sahibinin patent hakkı üzerinde lisans hakkı tanımayı veya patentten doğan hakları kullanmayı reddetmesi patent hakkının kötüye kullanılması sayılmayacaktır. Kodak davasında ise, fikri mülkiyetçe korunan pazar olarak sadece parça pazarı görülmektedir. Dolayısıyla servis/hizmet pazarı fikri mülkiyet hakları korunan bir pazardır. Bu bağlamda mahkeme, bahane deliline dayanmak suretiyle bir pazardaki tekel gücün diğer pazardaki rekabet koşullarını etkilediğine karar vermiştir.

Telif hakkıyla ilgili davalara baktığımızda, dava konusu olayda bilgisayar üreticilerinin ve aynı zamanda bu sistem için yazılım sahibi olan teşebbüslerin servis pazarında da faaliyette bulunduğunu görmekteyiz. Servis pazarındaki rekabeti önlemek için bilgisayar üreticileri bağımsız servis sağlayıcılarına yazılımları bakımından lisans vermekten kaçınmaktadır.

Tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmenin hangi hallerde fikri mülkiyet hakkının meşru sınırını aşarak rekabet sorumluluğuna tabi tutulacağını belirleyebilmek için somut olayda tekelleşme teşkil eden bir davranışın mevcut olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Bunun için de fikri mülkiyet hakkıyla korunan ürünün ilgili olduğu pazarın tayin edilip teşebbüsün tekel gücüne sahip olup olmadığı incelenmelidir. İlgili teşebbüsün tekel gücüne sahip olduğu sonucuna varılırsa bağlantılı diğer pazarda teşebbüsün, tek taraflı olarak lisans vermeyi reddetmesinin tekel gücünü hukuka aykırı şekilde elde etme veyahut mevcut tekeli devam ettirme amacı olup olmadığına bakılmalıdır.

Yukarıda bahsedilen davalardan anlaşılacağı üzere Amerika'da fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet kurallarının incelemesine tâbi tutulması ancak, bu hakların hukuka aykırı olarak fikri mülkiyet korunmasından yararlanması halinde mümkün olabilmektedir. Kodak davasında bahsedilen ve karineyi çürütebilecek delil

⁵¹² Tritton, Guy: Intellectual Property in Europe, London 2002, s. 849.

olarak öne sürülen “bahane” delili gerek doktrin gerekse daha sonraki mahkeme kararlarında kabul görmemiştir. Bu bağlamda fikri mülkiyet haklarının hukuka aykırı olarak elde edilmesi ve bu durumun bilinmesine rağmen fikri mülkiyetten doğan hakların hak sahibi tarafından ileri sürülmesi, fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılması sayılıp rekabet kurallarına tâbi olacaktır.

Patentin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi Patent ve Marka Ofisi'ne⁵¹³ patent başvuru sahibinin gerçeğe aykırı bilgiler vermesi sonucu patent başvurusunun yayınlanmasına yol açması halinde söz konusu olabilir. Patent verilebilirlik şartları, buluşun patent verilebilecek konularda yapılması, yeni olması, tekniğin bilinen durumunu aşması ve sanayiye uygulanabilir olmasından oluşmaktadır. Bunlara ilave olarak Amerika'da bir buluş üzerinde geçerli bir patent hakkının elde edilmesi için, patent başvuru tarihinden evvel ürünün piyasaya sunulmasının üzerinden bir seneden fazla süre geçmemesi gerekir. Bu duruma ilişkin bilgiyi Patent ve Marka Ofisi'ne vermeyen başvuru sahibinin elde edeceği patent gerçeğe aykırı kabul edilecektir. Yine buluşun tarifi ve istemler başvuruda bulunurken yapılır. İstemler de tarifnamede tanımlanan buluşun kapsamını aşamaz⁵¹⁴. İstemler, buluşun korunması istenilen unsurlarını tanımlar⁵¹⁵.

Patent sahibi, patent yukarıdaki şartları taşımadığı halde bir başka ifadeyle patent verilebilirlik şartlarının oluşmadığını bildiği halde patent başvurusunda bulunur ve patenti tescil ettirirse elde edilen patent hukuka aykırı kabul edilecektir.

Fikri mülkiyet hukukunun amacı göz önünde bulundurulmak suretiyle zorunlu lisansın aynı maddi varlıklara ilişkin olarak anlaşma yapma yükümlülüğünde bahsettiğimiz gibi yalnızca istisnai hallerde uygulama alanı bulması gerektiği unutulmamalıdır. Doktrinde zorunlu lisansın fikri mülkiyet sahibinin niyetine tâbi kılınmaması gereği üzerinde durulmaktadır⁵¹⁶. Zira lisans vermeyi reddetmenin

⁵¹³ “*Patent and Trademark Office*”.

⁵¹⁴ Hukukumuzda bu husus PatKHK m. 47/2'de düzenlenmiştir.

⁵¹⁵ İstemler hakkında detaylı bilgi için bkz., **Öztürk**, s. 23 - 26 .

⁵¹⁶ Bu husus da mahkemelerin önüne gelen anlaşma yapmayı reddetmeyle ilgili davalarda niyet/kast faktörünün sorumluluk açısından yeterli olup olmadığının incelenmesi durumuyla örtüşmektedir. Zira Temyiz mahkemeleri anlaşma yapmayı reddetme ile ilgili davalarda sorumluluğun doğması için yalnızca davalının niyetiyle kısıtlı bir inceleme yapmamaktadır. Davalının niyetiyle birlikte anlaşma yapmayı reddetmenin rekabete etkisi üzerinde durulmaktadır. Bu konuda Onuncu Bölge Temyiz Mahkemesi'nin Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc. (957 F.2d. 765, cert. denied, 113 S. Ct. 490 1992) davası yol gösterici niteliktedir. Dava konusu olayda Rural Telephone, yerel bir telefon şirkettir ve hem beyaz hem de sarı sayfalardan oluşan bir telefon rehberi çıkarmaktadır. Bu teşebbüsün

geçerli bir ticari haklı sebep teşkil etmesine ilişkin karinenin çürütülebilmesi davalının niyetine bağlı kılınırsa dava açısından çok önemli aksaklıkların ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir. Çünkü lisans vermeyi reddetme halinde makul olan veya olmayan nedenlerin ayrımı kolay yapılamamaktadır. Dolayısıyla, fikri mülkiyet hakkı sahibine atfedilen dışlayıcı uygulamanın objektif olarak rekabet düzenini bozma etkisi⁵¹⁷ ispat edilebildiği takdirde zorunlu lisans uygulaması yapılabilirdir⁵¹⁸. Kanımızca da, esaslı unsur doktrini açısından konuya yaklaştığımızda, doktrinin uygulanması bakımından yalnızca iktisadi unsura sahip davalının niyetine bakılmamalıdır aynı zamanda davranışın objektif olarak rekabetin sınırlandırılması⁵¹⁹ veya bertaraf etmesi etkisine de bakılmalıdır⁵²⁰.

Doktrinde fikri mülkiyet haklarının diğer maddi varlıklardan farklı koşullar altında esaslı unsur doktrininin uygulama alanına gireceğini savunan bir görüşe de

rakibi olan Feist'in, beyaz sayfalardaki bilgiler için lisans talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine Feist listeleri kopyalamıştır. Rural da telif hakkının ihlali nedeniyle dava açmıştır. Buna karşılık Feist karşılık dava açıp Rural'ın Sherman Kanunu İkinci Bölümü'nü ihlal ettiğini belirtmiştir. Bölge Mahkemesi, Rural'ın niyetinin sarı sayfalar pazarında tekelleşmek olduğuna karar vermiştir; zira Rural'ın beyaz sayfalardaki listeleri vermeyişi Feist'in beyaz sayfalardaki listesinin eksik kalmasına ve dolayısıyla sarı sayfalardaki reklâm gelirlerinin azalmasına yol açacaktı. Bununla birlikte, Temyiz mahkemesi bu kararı bozmuştur. Davalının, Feist şirketini sarı sayfalar pazarından dışlamasına ilişkin niyeti yalnız başına tekelleşme nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildi. Mahkemeye göre, bir tekelin rakibiyle anlaşma yapmayı reddetmesinden dolayı Sherman Kanunu İkinci Bölümü gereği sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle tekelin davranışının etkisine bakılmalıdır. İkinci olarak bunun sebebine bakılmalıdır. Somut olayda anlaşma yapmayı reddetme herhangi bir rekabete aykırı etki doğurmadığı için ikinci kısma ilişkin herhangi bir araştırma da yapılmamıştır (**Glazer – Lipsky**, s.755; **Son**, s. 118). Sherman Kanunu İkinci Bölümünün söz konusu olduğu hallerde niyet, rekabete aykırı yollarla tekel gücünü elde etmek veya sürdürmek niyeti olmalıdır.

⁵¹⁷ Mevcut veya potansiyel olarak.

⁵¹⁸ **Opi**, s. 502.

⁵¹⁹ Zira Temyiz mahkemelerinin önüne gelen Xerox, Data General ve Kodak davalarında söz konusu olan mevcut iş ilişkisinin devamının kesilmesidir (refusals to continue an existing business relationship). Buna rağmen, gerek Xerox gerekse Data General davalarında herhangi bir rekabet ihlali görülmemiştir. Image Technical davasında ise, ihlal tespit edilmiş; ancak bu durum, fikri mülkiyet haklarının bir bahane olarak kullanılmasından kaynaklanmıştır.

⁵²⁰ Lisans vermeyi reddetme halinin meşruluğunu değerlendirirken sadece tekel konumdaki teşebbüslerin niyetlerine önem verilmemelidir; aynı zamanda reddetmenin objektif sonuçları da değerlendirilmelidir. Doktrinde bu doğrultuda, Kodak kararında temyiz mahkemesinin kararını verirken gerekçe olarak bağımsız servis sağlayıcıları ile anlaşma yapmayı reddetmenin ve böylelikle alt pazarı (servis pazarı) tekelleştirdiğinin objektif olarak gösterebilmesi yönünde görüş bildirilmektedir (**Takigawa, Toshiaki**: "Antitrust Intervention in Intellectual Property Licencing and Unilateral Refusal to License: A Comparative Analysis of Japanese and US Policies", The Antitrust Bulletin/Winter 2003, s. 910); aynı durum Xerox davası için de geçerlidir. Davada Xerox'un anlaşma yapmayı reddetmesinin servis pazarındaki rekabete makul olmayacak şekilde zarar verdiği davacı tarafından gösterilebildiği takdirde, bu pazarda tekelleştiğini kabul etmek mümkün olabilecektir.

değirmek istemekteyiz. Bu görüşe göre⁵²¹; MCI kararında sözü edilen dört koşulun esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları alanında uygulanması için yeterli olduğu savunulduğu takdirde, bu durum hem fikri mülkiyet hukukuyla hem de yenilik yapma güdüsüyle çelişecektir. Şöyle ki, bu dört faktörün hepsi, her lisans vermeyi reddetmeye ilişkin davada mevcuttur. Davalı, fikri mülkiyet hakkını kontrol etmektedir, davacı bu hakkı ihlal etmeksizin aynı işleve sahip bir ürün yaratamamaktadır, bu hakka erişim engellenmektedir ve sonuç olarak da lisans rahatlıkla davacıya verilebilecektir. Eğer davacı, fikri mülkiyet hakkına erişim olmaksızın rekabet edemeyeceklerini iddia ederse her zaman lisansa hak kazanacaktır. Bununla birlikte yazarlar konuya ilişkin bir çözüm önerisinde de bulunmamaktadır.

Çalışmamızın muhtelif yerlerinde ifade ettiğimiz gibi, pazardaki koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle kendine tekel gücü bahşeden esaslı unsur niteliğindeki fikri mülkiyet hakkının lisans verilmesinin reddi, Sherman Kanunu İkinci Bölümü'nde sözü edilen tekel gücünü rekabete aykırı yollarla elde etme veya sürdürme sonucunu doğuran bir davranış oluşturuyorsa ve bununla birlikte davranış, objektif olarak rekabet düzenini bozuyorsa doktrininin fikri mülkiyet hakları açısından uygulanmasında herhangi bir sakınca görülmemelidir.

5. Avrupa Topluluğu Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini

Anlaşma yapma yükümlülüğü, esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları alanında uygulanması halinde kendisini lisans verme yükümlülüğü olarak göstermektedir. Doktrinde, fikri mülkiyet haklarının konusu ürünlerin esaslı unsur olarak kabul edilmesi halinde, lisans verme yükümlülüğünün diğer fiziki varlıklara, alt yapılara ve hizmetlere nazaran daha ağır koşullara bağlanması gereği üzerinde durulmaktadır⁵²².

Fiziki varlıklara nazaran fikri ürünlere rekabet kurallarının daha farklı uygulanmasını öngören yaklaşım ile bu yaklaşıma karşı çıkan düşünce sırasıyla şu nedenleri ortaya koymaktadır. İlk olarak, fikri mülkiyet haklarının amacının topluma kazandırılan yeniliklerin karşılığı olarak sahiplerine ödül sağlamak olduğu

⁵²¹ **Marquardt – Leddy**, s.857.

⁵²² **Opi**, s. 451; **Inhester**, s. 6; **Derclaye, Estelle**: "Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law", *World Competition*, V. 26/4, 2003, s. 696.

belirtilmektedir. Aynı şekilde, fiziki varlıklar açısından meseleye yaklaştığımızda bunlara ilişkin korumanın kapsamının, süresinin toplumun ihtiyaç duyduğu yatırımların yapılmış olması karşılığında sağlandığını görmekteyiz⁵²³. Böylelikle her iki durumda da topluma fayda sağlanmaktadır.

Doktrinde ileri sürülen gerekçelerden bir diğeri, fikri mülkiyet haklarının sahibine üçüncü kişileri fikri ürünü kullanmaktan men etmek hakkının tanınması olarak görülmektedir. Ancak fiziki varlıklar açısından da mülkiyet hakkının sahibine, üçüncü kişilerin bu varlıklara müdahale etmesini önleme yetkisini tanıdığını söylememiz mümkündür⁵²⁴.

Ayrıca doktrinde, fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet hukuku gereklerine dayanarak kısıtlanmasının, pazarların açılması amacı üzerinde ters bir etki doğurabileceği belirtilmektedir⁵²⁵. Ancak bu gerekçeye şüpheyle yaklaşmaktayız. Zira fikri mülkiyet sistemi ikame suretiyle rekabete onay vermektedir; ancak böyle bir rekabet fikri mülkiyet haklarının münhasırlığı neticesinde engellenebilmektedir. Dolayısıyla, böyle bir durumda ATA m. 82 çerçevesinde verilebilecek lisans verme yükümlülüğü suretiyle fikri mülkiyet sisteminin bu tarz engelini aşmak mümkün olabilecektir⁵²⁶.

Bir diğer gerekçe olarak da, fikri mülkiyet haklarının fiziki varlıklara nazaran çok daha riskli ve maliyetli yatırım kararları içermesi gösterilmektedir. Ancak son yıllarda özellikle alt yapı yatırımlarına baktığımızda (geniş bant internet erişimi⁵²⁷, üçüncü nesil mobil telefon gibi) yapılan masrafların yüksek olduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla böyle bir gerekçenin de açıklanmaya muhtaç olduğu ileri sürülmektedir⁵²⁸.

Tüm bu gerekçelere baktığımızda hiçbirisi tam anlamıyla fikri ürünler ile fiziki varlıklar açısından getirilecek anlaşma yapma yükümlülüğünün farklı kurallara

⁵²³ O'Donoghue – Padilla, s. 422.

⁵²⁴ Gürzumar da çalışmasında, bu gerekçenin açıklamaya muhtaç bir gerekçe olduğunu ileri sürerek eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkının da sahibine istihkak ve al atmanın önlenmesi davalarıyla korunan bir münhasırlık sağladığını belirtmektedir (Gürzumar, s. 165).

⁵²⁵ Opi, s. 451; Inhester, s. 6.

⁵²⁶ Drexl – Gallego – Enchelmaier – Leistner – Mackenrodt, s. 561; yazarlar bu duruma örnek olarak Magill davasını göstermektedir. Bu davada, televizyon program listelerine ilişkin telif hakkının lisans verilmesinin reddi sonucunda ürünler, daha yenilikçi ürünlerle olan (kapsamlı haftalık televizyon dergisi) rekabetten korunmuştur.

⁵²⁷ "Broadband Internet access".

⁵²⁸ O'Donoghue – Padilla, s. 423.

bağlanması bakımından yeterli görülmemektedir. Kanımızca sorunun çözümü iki hukuk dalının da amaçlarının göz önünde bulundurulması suretiyle çözülebilecektir. Bu konuyla ilgili olarak değerlendirme ve görüşümüz bölümünde ayrıntılı açıklama yapılacaktır.

a. Yeni Ürün Kavramı

Çalışmamızda, daha önce esaslı unsur doktrininin uygulanması koşullarını belirtmiştik⁵²⁹. Anlaşma yapmayı reddetmenin konusunu fikri mülkiyet hakları oluşturduğu vakit Topluluk mahkemeleri bu koşullara ilaveten ayrıca ilgili fikri mülkiyet hakkının tüketici talebinin bulunduğu “yeni bir ürün”ün ortaya çıkmasında kullanılmasını aramaktadır. Eğer tüketiciler açısından daha önce mevcut olmayan ve talep konusu olan bir ürün söz konusu olursa tüketici refahı açısından bu durumun önem arz ettiğini belirtmemiz gerekir.

Lisans talebinde bulunan taraf, aynı ürün veya hizmeti arz etmek niyetindeyse bu durumun rekabete katkısı tartışmalı olacaktır. Böyle bir halde, lisans verme yükümlülüğü hiç şüphesiz fiyat rekabetine yol açacaktır. Ancak, kanımızca, her bir somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirme yapıp fikri mülkiyet haklarının lisans yolu ile kullanılmasına hükmedilmesinin rekabete yapacağı katkıya bakılmalıdır⁵³⁰. Bu bağlamda lisans verilmesinin reddi, ATA m. 82 (b)'ye göre, tüketicilerin zararına olarak teknik gelişmenin, pazarların veya üretimin sınırlanması sonucunu doğuracaksa lisans verme yolunda hükmedilebilmelidir. Böylelikle, ekonomik anlamda tahsis etkinliği söz konusu olacak ve hâkim teşebbüsün tüketicileri sömürmeleri engellenecektir. Fiziki varlıklar, alt yapılar ve hizmetler açısından belirttiğimiz gibi, ATA m. 82 bakımından önemli olan rekabetin korunmasıdır. Dolayısıyla yeni ürün koşulunu da göz önünde bulundurmakla birlikte bir pazardaki hâkimiyet diğer pazardaki rekabet yapısını bozmak amacıyla kullanılıyorsa ve bu bağlamda diğer pazardaki rekabet bertaraf ediliyor veyahut sınırlandırılıyorsa ortada hâkim durumun kötüye kullanılması halinin varlığından söz edilebilecektir.

⁵²⁹ Bkz., Birinci Bölüm, IV.

⁵³⁰ **Gürzumar** da bu ek şartın getirilmesinin genelleştirilmemesini, bu şartın getireceği sonuçlara bakılarak değerlendirme yapılması gereği üzerinde durmaktadır (**Gürzumar**, s. 165).

Yeni ürün kavramında ne anlaşılması gerektiği ile ilgili olarak Topluluk mahkemeleri kararlarında herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Dolayısıyla bu görev, Topluluk Rekabet hukuku teorisyenlerine düşmüştür⁵³¹.

Bu kavramı geniş olarak ele alan görüşe göre, daha ucuza sunulan veya daha iyi şartlarda sunulan aynı ürünün de bu kapsamda görülebileceğini belirtir⁵³². Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, mevcut ürünler üzerinde yapılan eklemeler veya ufak değişiklikler yeni kavramına dâhil edilmemelidir⁵³³. Dolayısıyla, yeni ürün pazarda yeni bir seçenek⁵³⁴ oluşturmalıdır, daha önce başka bir teşebbüs tarafından karşılaştırılabilir bir ürün sunulmamış olmalıdır. Magill davasında, kapsamlı haftalık dergi hiç şüphesiz yeni bir ürün teşkil etmekteydi⁵³⁵. Yine, Sea Containers – Stena Sealink davasında, Sea Containers yeni ve hızlı vapur seferleri düzenlemek istiyordu. Pazarda daha önce böyle bir hizmet sunulmamaktaydı. Bu son karar da bize göstermektedir ki yeni ürün sadece fikri mülkiyetle ilgili davalarda değil aynı zamanda fiziki varlıklarla ilgili davalarda da söz konusu olabilmektedir.

Ekonomi bilimi açısından bu hususa ilişkin olarak belirtmemiz gereken ve mahkemelerce de kararlarında ifade edilen son nokta, tüketicilerin potansiyel taleplerini karşılayan ürün yeni kabul edilir. Böylelikle, daha önce ihtiyaçları karşılanmamış tüketicilere yeni ürünün arzı suretiyle piyasanın genişlemesi söz konusu olacaktır. Bu durum ancak yeni tüketicileri pazara çekmek suretiyle gerçekleşebilecektir. Aksi takdirde mevcut ürünlerin pazar paylarını elde etmekten söz edilecektir⁵³⁶.

b. İstisnai Koşullar Yaklaşımı

Topluluk hukukunda anlaşma yapmayı reddetme hallerinin konusunu fikri mülkiyet hakları olduğu takdirde hâkim teşebbüsün bu konumunu kötüye kullandığı tespit edilirse Komisyon uygulamaları ve mahkeme kararları, kullandırılmayan unsurun niteliğine uygun olarak bu teşebbüse lisans verme yükümlülüğü (zorunlu lisans) getirmektedir. Çalışmamız kapsamında incelenen kararlarda, lisans vermeyi

⁵³¹ O'Donoghue – Padilla, s. 447; Hatzopoulos, s. 22.

⁵³² Derclaye, Estelle: “The IMS Health Decision: A Triple Victory”, World Competition, V. 27/3, 2004, s. 404.

⁵³³ O'Donoghue – Padilla, s. 447.

⁵³⁴ “Market option”.

⁵³⁵ O'Donoghue – Padilla, s. 447; Drexl, s. 803.

⁵³⁶ O'Donoghue – Padilla, s. 448.

reddetme hallerinin esaslı unsur doktrini çerçevesinde incelemesi yapılmakta ve doktrininin her bir dava konusu olay açısından uygulama olasılığı değerlendirilmektedir. Bu bağlamda fikri mülkiyet haklarının kullanılmasının hangi noktada rekabet kurallarına tabi olduğu tespit edilecektir.

Bu davalarda, Topluluk mahkemeleri fikri mülkiyet hakkı sahibinin rakiplerine hangi koşullar altında ATA m. 82'ye dayanarak lisans verme zorunluluğunda olabileceklerini incelemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, fikri mülkiyet hakkına sahip olmak, sahibine doğrudan hâkim durum bahşetmek anlamına gelmediği gibi bu hakkı kullanmak (konumuz açısından kullanım lisans vermeyi reddetme şeklinde gerçekleşmektedir) hâkim durumun kötüye kullanılması anlamına da gelmemektedir. Hâkim durumun kötüye kullanımı mahkeme kararlarında kullanılan ifadeyle fikri mülkiyet haklarının "istisnai koşullar"da kullanılması halinde söz konusu olur. Bu koşullara da biraz sonra sırasıyla inceleyeceğimiz davalarda Topluluk mahkemelerince değinilmiştir⁵³⁷. İstisnai koşullar yaklaşımı, Topluluk uygulamasında fikri mülkiyet haklarının kendine özgü koşulları göz önünde bulundurularak ortaya çıkmıştır.

aa. Volvo ve Renault Kararları

Lisans vermeyi reddetmeye ilişkin ilk dava Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd.⁵³⁸ davasıdır. Volvo, Büyük Britanya'da modeli Volvo 200 serisi olan arabaların ön panellerinin endüstriyel tasarım hakkına sahiptir. Veng, diğer üye ülkelerden Volvo'nun izni dışında üretilmiş yedek parçaları Büyük Britanya'ya ithal etmiştir. Bunun üzerine Volvo, bu parçaların Büyük Britanya'ya ithaline ve pazarlanmasına engel olmuştur. Volvo, Veng'in lisans ücreti ödeme talebine rağmen lisans vermeyi reddetmiştir. İngiliz mahkemesi, böyle bir reddin ATA m. 82'yi ihlal edip etmediğine ilişkin olarak ATAD'a ön karar talebiyle başvurmuştur. ATAD, tescilli endüstriyel tasarım hakkı sahibinin, ürünlerinin kendi izni olmaksızın üretilmesi, satılması veya ithal edilmesini engellemesinin hakkın spesifik konusuna girdiğini belirtmiştir. Aynı zamanda mahkeme, hak sahibine makul bir bedel karşılığı bile olsa üçüncü kişilere lisans verme yükümlülüğü getirmenin bu kişiyi münhasır hakkından yoksun bırakmak demek olduğunu ifade etmiştir. Bu yüzden bu tür bir lisans vermeyi

⁵³⁷ **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 688.

⁵³⁸ Case 238/87, Volvo AB v. Erik Veng (UK) Ltd., ECR 1988, 6211.

reddetme durumunun hâkim durumun kötüye kullanılması sayılamayacağına hükmetmiştir.

Kararda, az sonra belirtilecek ve örnek kabilinden sayılmış olan kötüye kullanım davranışlarından birinin söz konusu olması halinde rekabet hukukunun ihlal edilebileceği belirtilmiştir. Bu tür kötüye kullanım oluşturan davranışlar mahkemece şu şekilde ifade edilmiştir:

- bağımsız servis sağlayıcılarına yedek parçaların keyfi olarak tedarikinin reddi,

- yedek parçalar için fiyatın çok yüksek düzeyde belirlenmesi veya,

- belirli bir modele göre üretilmiş otomobiller halen piyasadayken bunlara ilişkin yedek parçaların üretiminin kesilmesi.

Bu karar, hakkın spesifik konusuna girmeyen kullanımların rekabet hukuku kurallarına tabi olacağını göstermesi açısından önem arz etmektedir. Bu karara göre, tescil edilmiş bir tasarım sahibinin hakkını kullanması yukarıdaki örnekleyici davranışlardan biri ile birlikte gerçekleştiği takdirde ATA m. 82'ye göre yasaklanabilecektir.

Bir görüşe göre, mahkemenin kararında belirtmiş olduğu ilk iki örnekte dava konusu olan davranışın haklı sebebi fikri mülkiyet haklarının korunması kaygısı olamaz⁵³⁹. İlk örnek, ATA m. 82 (b) kapsamında malların verilmesinin reddi durumu iken; ikinci örnek ATA m. 82 (a) kapsamında yüksek fiyat belirlemedir. Bu da, fikri mülkiyet hakkının spesifik konusuna dokunmaksızın fiyat indirilmesi, düzenlenmesi yoluyla çözümlenebilecek bir husustur⁵⁴⁰. Ancak, üçüncü örnek açısından eğer hak sahibi fikri mülkiyet hakkı ile korunan parçaların üretimini sona erdirmişse, bu tür bir davranış ATA m. 82 kapsamında değerlendirilip zorunlu lisans yaptırımına tâbi olabilecektir.

⁵³⁹ **Anderman**, s. 198; **Opi**, s. 450; buna gerekçe olarak da bağımsız servis sağlayıcılarının Volvo'nun tasarım hakkını kullanma isteklerinin olmamasını ve fakat parçaların gerekli olduğu onarım hizmetini vermek amacıyla oldukları gösterilmektedir.

⁵⁴⁰ **Anderman**, s. 198; **Inhester**, s. 27; Doktrinde ikinci örneğe ilişkin olarak zorunlu lisansa hükmedilebilmesinin nedeni olarak böyle bir yaptırımın anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin davranış dışında başka bir davranış açısından da uygun bir yaptırım olabileceği düşüncesi üzerinde durulmaktadır. Bu bağlamda, fiyat düzenlemesine ilişkin karar etkin olmazsa zorunlu lisansa hükmedilebilmesi gerekir (bkz., **O'Donoghue – Padilla**, s. 432).

Kanımızca Volvo davası, davadaki olguları dikkate aldığımızda, esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları alanındaki uygulamasını göstermekten uzaktır. Söz konusu davada, mahkemenin üzerinde durduğu mesele, hakkın spesifik konusuna giren davranışın tespit edilmesidir. Bu doğrultuda mahkeme, korunan tasarım sahibinin izni olmaksızın ürünlerin üretilmesi, satılması veya ithal edilmesinin hakkın spesifik konusuna dahil olduğunu belirtmiştir. Hangi andan itibaren fikri mülkiyet hakkının kullanılmasının ATA m. 82 ile çatıştığını ve bu kapsamda esaslı unsur doktrininin dava açısından uygulama alanını tespit edebilmek konumuz açısından önem arz etmektedir. Öncelikle ifade etmeliyiz ki doktrininin uygulanabilmesi için daha önce belirttiğimiz koşulların dava konusu olay açısından gerçekleşmesi gerekmektedir⁵⁴¹. Fakat olayda bu koşullara ilişkin herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Doktrinin uygulanması için gerekli temel koşul olan iki pazarın varlığından bahsedilmemektedir. Yine taraflar arasında mevcut olması gerekli olan rakiplik ilişkisinden, ikame edilebilirlikten söz edilmemiştir. Dolayısıyla dava açısından sağlıklı bir şekilde inceleme yapabilmemiz mümkün görünmemektedir. Eğer fikri mülkiyet hakkının konusu olan varlık diğer pazarda mal veya hizmetin üretilmesinde esaslı bir nitelik arz ediyorsa ve bu varlığın ikamesi mümkün değilse esaslı unsur doktrininin uygulanması mümkün olabilecektir. Bu olayda ise Volvo'nun, Veng'i yurtdışındaki lisanssız üretimden yedek parçaları temin etmek suretiyle İngiltere'ye ithal etmesini men etmesi dolayısıyla ithal lisansı talebinin reddi söz konusudur.

Aynı tarihte ATAD tarafından karara bağlanmış, benzer vakıalara dayanan bir başka dava da Renault davasıdır⁵⁴². Dava, İtalyan mahkemesi tarafından ön karar usulü ile ATAD'ın önüne gelmiştir. Bu davada, otomobil üreticisi teşebbüsün yedek parçalar üzerindeki tasarım hakkına dayanmak suretiyle izni dışında bu ürünlerin üretilmesi, satılması ve ithal edilmesini engelleyebileceği ifade edilmiştir. Mahkeme, hakkın bu şekilde kullanılmasının kötüye kullanıma imkân vermediğini belirtmiştir. Hakkın kullanımının ATA m. 82 kapsamında yasaklanabilmesi için Volvo kararında örnek kabilinden sayılmış olan koşullarla birlikte gerçekleşmesi aranmıştır. Bu dava açısından da esaslı unsur doktrininin uygulanabilmesi için Volvo davasında söylediklerimiz geçerlidir.

⁵⁴¹ Bkz., Birinci Bölüm, IV.

⁵⁴² Case 53/87, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v Regie nationale des usines Renault, ECR 1988, 6039.

bb. Magill Kararı

Topluluk mahkemelerinin fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak zorunlu lisansa hükmettiği ilk dava Magill davasıdır. Magill davası sırasıyla Komisyon, İlk Derece Mahkemesi ve ATAD önüne gelmiştir. Biz de ayrı ayrı bu aşamaları çalışmamızda inceleme konusu yapacağız.

Dava konusu olayda⁵⁴³, İrlanda ve Kuzey İrlanda'da faaliyette bulunan üç televizyon yayıncısı RTE, BBC ve ITP program listelerinde mevcut olan bilgilerin yeni bir haftalık televizyon dergisinde kullanılabilmesi için Magill adlı teşebbüsün telif hakkı lisans talebiyle karşılaşmıştır. Her bir televizyon istasyonunun bu bilgiler üzerinde fiili tekeli bulunmaktaydı; zira bu bilgilerin tek kaynağını oluşturmaktaydılar⁵⁴⁴. Magill, haftalık kapsamlı televizyon dergisi (bu üç televizyon yayıncısının programlarını içeren) çıkarmaya başladığında bu üç yayın teşebbüsü İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurarak telif haklarının ihlal edildiği (eserlerinin lisans söz konusu olmaksızın çoğaltıldığı) gerekçesiyle ihtiyati tedbir talep etmişlerdir. Mahkeme de İrlanda yasaları gereği televizyon yayıncılarının program listeleri üzerinde telif hakkına sahip olduğunu ve dolayısıyla telif hakkı korunmasına sahip olduklarına karar vermiştir.

aaa. Komisyonun Yaklaşımı

1986 yılında Magill Komisyon'a başvurarak televizyon yayıncılarının lisans talebini reddetmeleri suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıklarını iddia etmiştir. Televizyon yayıncıları ise, program listeleri üzerindeki telif hakkına dayanmak suretiyle kendi kanallarına ilişkin haftalık televizyon dergilerinde bu listeleri yayınlama hakkına sahip olduklarını iddia etmişlerdir. Bununla birlikte bu teşebbüsler, gazetelere hafta içi yirmi dört saat sonrasının listesini; hafta sonu kırk sekiz saat sonrasının listesini ve hafta sonu yayınlanan gazeteler açısından da haftanın en ilgi çekici programlarını yayınlama iznini vermişlerdi. Böylelikle, izleyiciler kanallarla ilgili haftalık programlar hakkındaki kapsamlı bilgiyi yalnızca bu kanalların çıkardıkları kendi haftalık televizyon dergilerini satın almak suretiyle elde edebiliyordu⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Case T – 69/89, RTE v. Commission, ECR 1991, II - 485, 494.

⁵⁴⁴ **Anderman**, s. 204; **Opi**, s. 454.

⁵⁴⁵ **Anderman**, s. 205.

Komisyon, televizyon istasyonlarının davranışını ATA m. 82'ye aykırı bulmuştur. Zira teşebbüsler lisans vermeyi reddetmek suretiyle önemli derecede tüketici talebinin olduğu yeni bir ürünün pazara sunulmasını engellemekteydi. Bu suretle de alt pazarı (haftalık dergi pazarı) kendilerine ayırmaktaydılar ve sonuç olarak da ATA m. 82 (b) çerçevesinde tüketicilerin zararına olarak üretimin ya da pazarların kısıtlanması söz konusuydu. Teşebbüslerin, lisans red sebebi olarak telif hakkını korumayı göstermeleri Komisyon tarafından uygun görülmemiştir. Bunun nedeni olarak da, bu tür bir davranışın, fikri mülkiyet hakkının kullanımı yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması ve dolayısıyla hakkın spesifik konusuna girmemesi gösterilmiştir. Sonuç olarak üç teşebbüsün de Magill'e telif hakkının lisans vermesine hükmedilmiştir.

Komisyon kararında, televizyon listelerinin telif hakkıyla korunması meselesine de değinmiştir ve bu listelerin telif hakkıyla korunmasının geçerli olup olamayacağını tartışmıştır. Çünkü bu listeler, herhangi bir yaratıcı faaliyet söz konusu olmaksızın kendi asıl yayıncılık faaliyetlerinin yan ürünü olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu ürünlerin hazırlanmasında ne bir yatırım bahis konusudur ne de bu ürünler edebi veya sanatsal bir değeri haiz bulunmaktadır. Ancak, Komisyonun bu tartışması Topluluk Rekabet Hukukunun, hakkın varlığının ulusal hukuklara tabi olması temel ilkesini zedelemektedir.

bbb. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD'ın Yaklaşımı

Bu kararın ardından televizyon yayıncıları İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Mahkeme, Komisyonun kararını onaylamıştır. Karara göre; BBC, ITV ve RTE kanalları televizyon liste pazarı ile televizyon dergi pazarında hâkim durumdaydılar. Zira programlarına ilişkin bilgiye sadece bu teşebbüsler sahipti. Yayıncılar, Magill'e lisans vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullanmıştır ve sonuç olarak da bu teşebbüslerin makul bir ücret karşılığında listelerini Magill'e lisans vermelerine hükmedilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararında hakkın varlığı/kullanımı ayırımından ziyade hakkın meşru/meşru olmayan kullanımı ayırımına önem vermiştir. Mahkeme, konuyla ilgili olarak kararında, Topluluk hukukunun ulusal hukuka göre malların/hizmetlerin serbest dolaşımı ile rekabet serbestîsi ilkelerine aykırılık halinde önceliği olduğunu

belirtmiştir⁵⁴⁶. Şöyle ki, eserin telif hakkı sahibi tarafından çoğaltılması hakkın spesifik konusuna girmektedir ve bu hakkın kullanımı kendiliğinden kötüye kullanım teşkil etmez. Daha önce belirttiğimiz gibi hakkın spesifik konusuna giren kullanım, Topluluk Rekabet kurallarının müdahalesiyle karşılaşmaz⁵⁴⁷. Önemli olan meşru/meşru olmayan kullanımı somut olaya göre tespit edebilmektir. Mahkemeye göre, hakkın kullanımının açıkça ATA m. 82'ye aykırı bir amaç izlemesi halinde hakkın meşru kullanımından bahsedilemez⁵⁴⁸. Bu bağlamda dava açısından, televizyon listeleri üzerinde sahip olunan telif hakkı yeni bir ürünün (kapsamlı haftalık televizyon dergisi) ortaya çıkışını engellemek ve alt pazardaki rakibi dışlamak amacıyla kullanılmıştır⁵⁴⁹. Burada mahkemenin Magill'in iddialarının yerinde olduğuna karar verdiğini görmekteyiz. Şöyle ki Magill, yayıncıların münhasır haklarından olan fikri mülkiyet haklarını ekonomik olan değerlendirme yönündeki iddialarının yerinde olmadığını belirtmiştir. Zira bu teşebbüsler kendi program listelerini hâlihazırda İrlanda ve Kuzey İrlanda gazetelerine bedava olarak sağlamaktaydılar. Yine BBC, kendi haftalık listelerinin İrlanda ve Kuzey İrlanda dışındaki diğer Topluluk üyesi ülkelere sağlanmasına herhangi bir itirazda bulunmamaktaydı.

İlk Derece Mahkemesi, kararına hükmederken daha önce ATAD tarafından verilmiş olan Volvo kararına dayanmıştır. Doktrinde kanımızca da haklı şekilde, Volvo kararında belirtilen üç halin, kötüye kullanma örnekleri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵⁰. Dolayısıyla, bu örneklerden ilki olan “ alt pazarda faaliyette bulunabilmek için gerekli olan ancak üreticilerce keyfi olarak yedek parça tedarik etmeyi reddetme” hali yayıncıların dava konusu olaydaki davranışına benzer

⁵⁴⁶ Case T – 69/89, RTE v. Commission, ECR 1991, II – 485, para. 71.

⁵⁴⁷ Bkz., İkinci Bölüm, IV, A, 2.

⁵⁴⁸ Case T – 69/89, RTE v. Commission, ECR 1991, II – 485, para. 71. Bu noktada mahkeme “hakkın esaslı işlevi” kavramından bahsetmektedir. Buna göre, fikri mülkiyet hakkı açıkça ATA m. 82'nin amacına aykırı olarak kullanılmaktaysa hakkın esaslı işleviyle uyumlu surette kullanılmıyor demektir. Bu işlev, hakkın kullanımının hakkın spesifik konusuna dahil olup olmadığını tespit edebilmek amacıyla kullanılmaktadır (bkz., **Anderman**, s. 207; **Van Kerckhove, Marleen**: “The Advocate General Delivers his Opinion on Magill”, ECLR, Issue: 5, 1994, s. 276). Hakkın esaslı işlevi, eser sahibinin manevi haklarını korumakla birlikte eserin çoğaltılması ve ticari olarak yararlanılması münhasır haklarını sahibine vererek yaratıcı çabalar için istek ve ödül sağlamaktadır. Bu bağlamda fikri mülkiyet hakkı sahibi esaslı fonksiyonunu aşan şekilde haklarını kullandığı ve fikri mülkiyet hakkının birincil olarak ilgili olduğu pazardan başka bir pazarda münhasırlık aradığında esaslı unsur doktrini uygulama alanı bulur (bkz. **Lang**, Compulsory Licencing, s. 14).

⁵⁴⁹ Case T – 69/89, RTE v. Commission, ECR 1991, II – 485, para. 73.

⁵⁵⁰ **Korah, Valentine**: Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, Oxford 2006, s. 139; **Vinje, C. Thomas**: “Magill: Its Impact on the InformationTechnology Industry”, EIPR, V. 14 (11), 1992, s. 400; **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 399.

görülmüştür. Çünkü olay açısından yayıncılar ellerindeki listeleri alt pazarda faaliyette bulunmak isteyen bir teşebbüse sağlamaktan kaçınmıştır. Mahkeme ayrıca, bir diğer örnek olan “hâlihazırda belirli otomobil modellerinin yedek parçaları için pazarda mevcut talep olmasına rağmen bu üretimin sona erdirilmesi” durumunu somut olay açısından alt pazarda üretilecek olan ve tüketici talebinin söz konusu olduğu yeni ürünün ortaya çıkması ile benzer olduğunu belirtmiştir. Kanımızca Volvo davasındaki vakıalar ile Magill davasındaki vakıalar arasında fark olduğundan her dava kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Volvo’da otomobil üreticisi ile servis sağlayıcısı teşebbüsler arasında süregelen bir ilişkinin ortadan kaldırılması suretiyle alt pazarda rekabet koşullarının etkilenmesi söz konusu iken; Magill davasında daha önce televizyon yayıncıları ile arasında herhangi bir ilişki olmayan teşebbüsün alt pazarda faaliyette bulunabilmesi için gerekli olan fikri mülkiyet hakkının kendisine lisans verilmesinin reddi söz konusudur. Ayrıca, Magill’de alt pazarda yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasının engellenmesi söz konusu iken; Volvo’da söz konusu olan ithal lisansının reddedilmesidir.

İlk Derece Mahkemesi’nin televizyon yayıncılarının listelerini Magill’e makul bir ücret karşılığında lisans vermelerine hükmetmesinin ardından RTE ile ITP, ATAD’a temyiz talebiyle başvurmuşlardır. Temyiz aşamasında davanın savcısı **Gulman**, İlk Derece Mahkemesinin ve Komisyonun kararlarının bozulması yönünde görüş bildirmiştir⁵⁵¹. **Gulman**; fikri mülkiyet hakkının amacının sahibine rekabeti kısıtlama imkânı verdiğini ve bu imkânının pek tabii ki hâkim teşebbüse verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte ATA m. 82’nin hakkın kullanımına müdahalede bulunabileceğine; ancak bunun için ortada istisnai koşulların bulunması gerektiğine işaret etmiştir⁵⁵². Somut olay açısından konuya yaklaşıldığında telif hakkı sahibinin ürünüyle rekabet edebilecek yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engelleme sonucunu doğuracak şekilde lisans vermeyi reddetme istisnai koşullar arasında sayılmayacaktır; çünkü böyle bir durum hak sahibine yaratıcı faaliyetinin karşılığı olarak ödül sayılmaktadır. Lisans vermeyi reddetme ancak yeni ürün telif hakkı sahibinin ürünüyle rekabet etmiyorsa kötüye kullanım teşkil edebilir. Ayrıca **Gulman**, bir pazarda sahip olunan hâkim durumun diğer pazardaki (alt pazar) rekabet koşullarını etkilemek amacıyla kullanılmasını kötüye kullanım olarak görmemiştir; bunun nedeni olarak da fikri mülkiyet hakları sahibinin bağlantılı pazarlarda haklarını ekonomik olarak kullanma yetkisine sahip olmasını göstermiştir. Bu görüşe göre,

⁵⁵¹ Detaylı bilgi için bkz., **Van Kerckove**, s. 276 vd.

⁵⁵² ECR I – 743, para. 40.

fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişkide bir öncekine öncelik tanınmaktadır. Lisans vermeyi reddetmenin, rekabet yapısı üzerindeki etkisi dikkate alınmamaktadır. Hakkın kullanımının, spesifik konusuna girip girmediği irdelenmemektedir. Elbette ki bir teşebbüsün lisans vermeye ilişkin kararı hakkın spesifik konusuna girmektedir; ancak bu teşebbüs pazarda hâkim konumda olduğu takdirde diğer teşebbüslere nazaran sorumluluğu bulunmaktadır ve bu sorumlulukların başında da pazardaki rekabet koşullarını bozmamak gelmektedir. Dolayısıyla savcının yukarıda belirttiğimiz görüşüne katılma olanağımız bulunmamaktadır.

Gulman'ın görüşlerinin aksine ATAD, televizyon yayıncılarının, listelerine ilişkin telif haklarını lisans vermeyi reddetmek suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullandıklarına karar vererek Komisyon ve İlk Derece Mahkemesinin kararlarını onaylamıştır. ATAD bu karara hükmederken İlk Derece Mahkemesinden farklı bir gerekçe benimsemiştir. Mahkeme, salt fikri mülkiyet hakkına sahip olmanın teşebbüse hâkim durum bahşetmediğini belirtmiştir⁵⁵³. Ayrıca her bir televizyon istasyonu program listelerinde yer alan bilgiler üzerinde fiili tekele sahip olduklarından aynı zamanda bu bilgiler üzerinde hâkim durumda olduklarını belirlemiştir. Kanımızca, burada ATAD gerek Komisyonun gerekse İlk Derece Mahkemesinin ilgili birincil pazar olarak kabul ettiği televizyon program listesi pazarını temyiz aşamasında da onaylamıştır. Zira bu teşebbüsler, programları hakkındaki bilgiler üzerinde fiili tekele sahiptiler. Dolayısıyla teşebbüsler, programları hazırladıklarından dolayı listelerin içeriğini oluşturan bilgilere sahiptiler.

Kötüye kullanım meselesine değinen mahkeme, temyiz eden teşebbüslerin telif haklarını kullanmaları halinde rekabet kurallarının uygulama alanı bulmayacağına dair iddialarını yerinde bulmamıştır⁵⁵⁴. ATAD bu davada hakkın kullanımı/varlığı ayırımına değinmemiştir. Bunun yerine lisans vermeyi reddetmenin ATA m. 82 çerçevesinde kötüye kullanım sayılabilmesine olanak sağlayan istisnai koşulların varlığını inceleme konusu yapmıştır.

ATAD somut olayda üç istisnai koşula işaret etmiştir⁵⁵⁵. Bunlar sırasıyla;

⁵⁵³ ECR I – 743, para. 46.

⁵⁵⁴ ECR I – 743, para. 48.

⁵⁵⁵ ECR I – 743, para. 52, 55, 56.

- hakkında belirli, sürekli ve düzenli tüketici talebi bulunmasına rağmen Magill'in ürünü yerine ikame edilebilecek mevcut ya da potansiyel bir ürünün bulunmaması;

- lisans vermeyi reddetmek için ortada herhangi bir haklı sebebin olmaması;

- son olarak da teşebbüslerin ikincil pazarı (haftalık televizyon dergisi pazarı), oradaki tüm rekabeti bertaraf etmek suretiyle kendilerine ayırmaları şeklinde sayılmıştır.

İlk koşul, birincil pazarda (televizyon program listesi pazarında) faaliyette bulunan teşebbüslerin ikincil pazarda faaliyette bulunmak isteyen ve bu faaliyeti için esaslılık arz eden kendi televizyon listelerini Magill'e lisans vermektan kaçınması ile ilgilidir. Doktrinde bu noktada ATAD'ın esas olarak lisans vermeyi reddetmekten ziyade bilgi sağlamaktan kaçınma durumu ile ilgilendiğini ileri süren görüşler bulunmaktadır. Dolayısıyla davanın lisans vermeyi reddetme ile ilgili olarak değil mal vermeyi reddetme kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁵⁶. Kanımızca dava lisans vermeyi reddetme ile ilgilidir. Zira Magill'e sağlanmayan, teşebbüslerin programları ile ilgili bilgi olmasına rağmen bu bilgilerin oluşturduğu program listeleri fikri mülkiyet hakkı ile korunmaktadır. Dolayısıyla fikri mülkiyet hakkının konusu program listeleridir. Magill'in bu listeleri kullanması için de taraflar arasında lisans sözleşmesine gerek duyulmaktadır.

Teşebbüslerin ellerindeki listeleri Magill'e lisans vermektan kaçınmaları, kendilerinin daha önce pazara sunmadıkları yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemektedir. Bunun sonucunda da, tüketiciler yalnızca televizyon istasyonlarının bizatihi kendilerinin yayınladıkları ve salt kendi programlarına ilişkin haftalık dergileri almalarına mahkûm edilmektedir. Dolayısıyla, böyle bir durum ATA m. 82 (b) kapsamında tüketicilerin zararına üretimin, pazarların ve teknolojik gelişmenin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır⁵⁵⁷. Ekonomi bilimi açısından konuya yaklaştığımızda, ATA m. 82 (b)'nin uygulama alanı bulmasını, dinamik etkinlik kavramına yönelmek suretiyle açıklayabiliriz. Fikri mülkiyet sisteminin amacı, yeniliği arttırmak, tüketicilerin talebinin olduğu yeni ürünlerin ve hizmetlerin sunulmasını sağlamak olduğuna göre, bu hakkın tam tersi bir amaçla kullanılması diğer bir

⁵⁵⁶ Goyder, s. 357.

⁵⁵⁷ ECR I – 743, para. 54.

deyişle hakkın yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemesi amacıyla kullanılması rekabet hukuku çerçevesinde yasaklanması sonucunu doğuracaktır⁵⁵⁸.

Mahkeme, lisans vermeyi reddetmeye ilişkin olarak ne televizyon yayıncılığı faaliyeti ne de televizyon dergi yayıncılığı faaliyeti ile ilgili olarak herhangi bir objektif haklı sebep bulmamıştır. Dolayısıyla, hâkim durumun kötüye kullanıldığı iddiasıyla karşılaşan bir teşebbüsün buna karşılık fikri mülkiyet hakkına sahip olduğu savunmasını ileri sürebilmesi objektif haklı sebep olarak görülmeyecektir⁵⁵⁹.

Davada sözü edilen istisnai koşulların birlikte mi yoksa alternatif olarak mı aranacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Zira ATAD'ın kararından bu husus anlaşılammamaktadır. Kararın İngilizce metinde ilgili koşulları ifade eden paragraflar birbirine bağlanırken herhangi bir bağlaç kullanılmamıştır. Bununla birlikte mahkeme hükmüne varırken "tüm bu koşulların ışığı altında"⁵⁶⁰ ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla doktrin bu hususla ilgili olarak ikiye bölünmüş durumdadır⁵⁶¹.

Bronner davasında ATAD, Magill'deki iki koşulu ve biraz sonra değineceğimiz Ladbroke'da ilk defa kullanılan bir başka koşulu birlikte aramıştır. Bu bağlamda;

- eve dağıtım sistemine erişim talebinin reddinin bu hizmeti talep eden tarafında günlük gazete pazarındaki tüm rekabeti yok etmesi,
- bu reddin objektif olarak haklı görülmemesi ve
- eve dağıtım sistemini mevcut veya potansiyel olarak ikame edebilecek bir sistem bulunmaması nedeniyle talepte bulunan tarafın faaliyetlerini sürdürebilmesi için bu sistemin esaslılık arz ettiğinin gösterilmesi gerekir⁵⁶².

⁵⁵⁸ **Drexl**, s. 802.

⁵⁵⁹ **Anderman**, s. 209.

⁵⁶⁰ "*in light of all those circumstances*".

⁵⁶¹ **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 399; **Anderman**, çalışmasında kararın 57. paragrafını gerekçe göstererek koşulların birlikte aranmasını savunmaktadır (bkz., **Anderman**, s. 210); **Korah** makalesinde, sayılan koşulların birlikte gerçekleşmesi gerektiğini oysa daha sonraki kararlarda bunların alternatif olarak arandığını belirtmiştir (bkz., **Korah, Valentine**: "The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience", Antitrust Law Journal, V. 69, 2002, s. 811); **Fine**, Ladbroke ile Bronner davalarını örnek göstermek suretiyle yeni ürün koşulunun aranmasının gerekli olmadığını belirtmektedir (bkz, **Fine, Frank**: "NDC/IMS: In Response to Professor Korah", Antitrust Law Journal, V. 70, 2002, s.251).

⁵⁶² **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 400; **Whish**, s. 673.

Burada dikkat edilmesi gereken, Bronner davasının fikri mülkiyet haklarının kullandırılması ile ilgili bir dava olmaması ve bu kapsamda yeni ürün koşulunun dava açısından uygulama alanı bulmamasıdır⁵⁶³. Bronner kararının önemi, IMS'ten evvelki son dava olup kendisinden önce karar verilmiş fikri mülkiyetle ilgili davaları yorumlamış olmasıdır⁵⁶⁴.

Kanımızca Magill davasında ATAD, açıkça "esaslı unsur doktrini"ni zikretmese de ortaya koyduğu yaklaşım bu doktrini fikri mülkiyet hakları açısından da zımnen benimsendiğini göstermektedir. Dava konusu olay açısından, esaslı unsur doktrininin uygulanmasını mümkün kılacak tüm koşulların gerçekleşmiş olduğunu görmekteyiz. Somut olay açısından birincil pazarda hâkim durumda olan televizyon istasyonlarının, fikri mülkiyet hakkıyla korunan program listelerini ikincil pazarda faaliyette bulunmak isteyen bir başka teşebbüse lisans vermek suretiyle kullandırmaması söz konusudur⁵⁶⁵. Taraflar arasında esaslı unsur doktrininin temel şartı olan rakiplik ilişkisinin bulunduğunu görmekteyiz. İkincil pazarda faaliyette bulunmak isteyen Magill çıkartmak istediği kapsamlı haftalık televizyon dergisi ile bu pazarda hâlihazırda faaliyette bulunan yayıncılarla rekabet edecektir. Bu yüzden de yayıncılar Magill'in ikincil pazarda faaliyette bulunmasını engellemek suretiyle bu pazardaki kendi hâkimiyetlerini muhafaza etmek istemektedirler. Böylelikle bir pazarda sahip oldukları hâkim durumlarını (olay açısından listelere sahip olmak suretiyle) bir başka pazardaki rekabet koşullarını bozmak istemiyle kötüye kullanmaktadırlar.

Birincil pazarda söz konusu olan fikri ürün (listeler) ikincil pazarda faaliyette bulunmak isteyen Magill için esaslılık arz etmektedir. Bu bağlamda fikri ürünün yerine kullanılabilir mevcut veya potansiyel ikamesinin olmadığını ve ayrıca bu

⁵⁶³ Bu bağlamda doktrinde Bronner kararının mal/hizmet vermeyi reddetme ile lisans vermeyi reddetmeye ilişkin olarak ayırım yarattığı ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda mal/hizmet vermeyi reddetmeye ilişkin davalarda Bronner kararında sayılan koşullar uygulama alanı bulacak; lisans vermeyi reddetmeye ilişkin davalarda ise Magill kararındaki koşullar birlikte uygulanacaktır. Bunun sonucunda da Magill'deki koşullar birlikte arandığında kötüye kullanımın tespit edildiği davalar (fikri mülkiyetin kötüye kullanılması ile ilgili olan davalar) az sayıda olacakken, Bronner'daki koşullar arandığında bunun tam tersi bir durumla karşılaşılacaktır (**Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 696).

⁵⁶⁴ Davalarda belirtilmiş olan koşullara ilişkin ifadelerden hangi koşullar altında lisans vermeyi reddin kötüye kullanım teşkil ettiğini ortaya çıkarabilmek mümkün görünmemektedir. Bunun nedeni, bazı koşulların aynı terimler kullanılmak suretiyle ifade edilmesine karşılık bazılarının değişikliğe uğraması bazılarının çıkarılması veya ilave edilmesidir. Bu yüzden de koşulları belirlemede doktrine çok büyük bir sorumluluk düşmektedir.

⁵⁶⁵ Burada televizyon istasyonları, yayıncılık faaliyetlerinin gereği olarak sundukları program listeleri üzerindeki telif haklarını haftalık dergi pazarındaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanmaktadırlar.

listelerin Magill'in faaliyeti için hayati önemi haiz olduğunu görmekteyiz; zira listeleri oluşturan bilgiler üzerinde yayıncıların fiili tekeli bulunmaktadır ve kaynağı sadece bu teşebbüsler olmaktadır. Sadece Magill değil diğer herhangi bir teşebbüsün bu listeleri kullanması, bunlar üzerinde fikri mülkiyet hakkı koruması olduğundan mümkün değildir. Sonuç itibarıyla esaslı unsur doktrininin uygulanması suretiyle ikincil pazarda rekabet koşullarının oluşturulması söz konusu olacaktır. Program listelerinin lisans verilmesi ile Magill'e kullandırılması tahsis etkinliğine yol açacak (somut olay açısından yeni bir ürünün piyasaya sunumuna) ve böylelikle tüketici refahı artacaktır.

Doktrinde İrlanda yasalarına göre, televizyon listelerinin telif hakkıyla korunmasından dolayı ATAD'ın bu doğrultuda bir karar verdiği görüşü yer almaktadır⁵⁶⁶. Zira fikir ve sanat eserleri ile ilgili yasalar eser sahiplerini yaratıcı faaliyette bulunmaya teşvik ederken, böyle bir faaliyetten ötürü koruma ve ödül sağlarken telif hakkıyla korunan televizyon listeleri ise böyle bir yaratıcı faaliyetten yoksundur, herhangi bir edebi veya sanatsal değeri yoktur⁵⁶⁷. Magill kararı açısından davalı tarafa lisans yükümlülüğü getirmek televizyon istasyonlarının program listelerini yayınlama güdülerine herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde diğer bir görüş, listelerin hazırlanmasında yetenek ve çaba söz konusu olduğundan (bir anlamda ham madde niteliğinde olan bilgileri harmanlamak suretiyle) İrlanda hukukuna göre bu listelerin eser olarak kabul edilmesi için yeterli olduğunu ileri sürmektedir⁵⁶⁸. Kanımızca, hukuk güvenliği açısından ATAD'ın bu tür tartışmaların da ortadan kaldırılmasını sağlamaya yönelik olarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin içtihadını oluşturması gerekmektedir⁵⁶⁹.

cc. Ladbroke Kararı

Zorunlu lisans verilmesine yönelik bir diğer dava da öncelikle Komisyon'un önüne gelmiş; daha sonra yargı yoluna başvurulmak suretiyle İlk Derece

⁵⁶⁶ **Korah, Valentine**: "The Ladbroke Saga", ECLR, Issue 3, 1998, s. 173; **Opi**, s. 460.

⁵⁶⁷ **Opi**, s. 460; **Subiotto**, s. 238; **O'Donoghue - Padilla**, s. 428; **Aitman, David - Jones, Alison**: "Competition Law and Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?", EIPR, Issue: 3, 2004, s. 138; Bronner davasının savcısı da, televizyon listeleri üzerindeki telif hakkının hak sahibine yaratıcı faaliyetinin karşılığı olarak verilmiş bir ödül olarak düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir (ECR-I 7791 1998).

⁵⁶⁸ **Tritton**, s. 844.

⁵⁶⁹ Doktrinde bu bağlamda, içtihadın şimdiye kadar oluşturulması gereğinden bahsedilmektedir (bkz., **Drexl - Conde Gallego - Enchelmaier - Leistner - Mackenrodt**, s. 562).

Mahkemesine gitmiş olan Ladbroke⁵⁷⁰ davasıdır. Dava konusu olayda, Ladbroke Belçika'daki bahis bürolarının işletmecisidir. Ladbroke, Komisyon'a şikâyetle bulunmak suretiyle Fransız hipodrom işletmecilerinin (Paris Mutuel International ve Paris Mutuel Urbain) Fransız at yarışları ile ilgili olarak televizyon görüntülerinin ve sesli yorumlarının telif hakkını kendisine lisans vermesi gerektiğini savunur. Ladbroke ayrıca, ilgili coğrafi pazarın Ortak pazarın tümü ya da en azından Fransa, Almanya ve Belçika olduğunu ileri sürmektedir. Komisyon bu şikâyeti reddeder. Bunun üzerine Ladbroke, İlk Derece Mahkemesi'ne başvurur. Bu aşamada, Ladbroke Magill'deki koşulları bu dava açısından uygulamak istemiştir. Ancak bu davanın vakıaları Magill'den farklılık arz etmektedir.

İlk Derece Mahkemesi, Magill ile Ladbroke davalarını birbirlerinden şu gerekçelere dayanmak suretiyle ayırmıştır; ilk olarak Ladbroke Belçika'daki bahis pazarında hâkim durumdadır ve yeni bir ürün ortaya çıkarmak için de lisansa ihtiyacı yoktur. İkinci olarak ses ve görüntüler bahis işletmesi için yararlı olmakla birlikte esaslılık arz etmemektedir⁵⁷¹. Gerek Komisyon gerekse İlk Derece Mahkemesi iki ayrı ürün pazarı tespit etmiştir. Bunlar, bahis pazarı ile Belçika ve Fransa'daki at yarışlarının ses ve görüntü pazarıdır. Mahkeme, ilk olarak Fransız işletmecilerin Belçika'da Ladbroke ile rekabet etmediklerini tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra, Fransız işletmecilerin Belçika'da görüntü ve ses pazarında bulunmaları olasılığı halinde ATA m. 82'nin uygulama alanı bulup bulamayacağını incelemiştir. Mahkeme, böyle bir halde dahi, kötüye kullanmanın mümkün olamayacağını; zira Fransız at yarışlarının yayınlarına erişimin Ladbroke'un faaliyeti için esaslılık arz atmediğini, zaten Ladbroke'un bahis pazarında en yüksek paya sahip olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden de esaslı unsur doktrininin uygulanması mümkün değildir.

Ayrıca, Fransız işletmeciler alt pazarda teşebbüsler arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Bu doğrultuda alt pazarda herhangi bir üçüncü kişiye lisans vermemiştir. Bununla birlikte, şikâyet sahibinin aleyhine herhangi bir faaliyette de bulunmamıştır; zira bu işletmeciler Belçika'daki pazarda bulunmuyordu. Mahkeme kararında, lisans vermeyi reddetmenin ATA m. 82'yi ihlal etmediğini belirterek bir ihlalin gerçekleşmesi için ya söz konusu faaliyet bakımından (bahis faaliyeti) ilgili ürün ya da hizmetin esaslılık arz etmesi gerektiğini bunun da gerçek veya potansiyel ikamenin bulunmaması suretiyle olabileceğini ya da tüketici talebi bulunmasına

⁵⁷⁰ Case T – 504/93, Tiercé Ladbroke SA v. Commission, ECR 1997, II – 923.

⁵⁷¹ **Opi**, s. 461; **Korah**, The Ladbroke, s. 173.

rağmen yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi halinde söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bu karar, esaslılığın alt pazardaki faaliyetle ilgili olarak tespit edilmesini göstermesi açısından önem arz etmektedir. Böylelikle karara göre iki halde kötüye kullanım söz konusu olabilir. Yalnız bu hallerin birlikte mi yoksa alternatif olarak mı gerçekleşmeleri gerektiği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Bu da doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu hallerden ilki, söz konusu ürünün ilgili pazardaki faaliyet için esaslılık gerektirmesidir. Diğeri ki bu durumun ilk durumla birlikte mi yoksa alternatif olarak mı gerçekleşmesi üzerinde belirsizlik vardır, lisans vermeyi reddetme yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemelidir⁵⁷². Doktrinde, kanımızca da haklı olarak bu hususların alternatif olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürülmektedir⁵⁷³.

İlk Derece Mahkemesi, kanımızca da haklı olarak bu dava ile Magill arasında önemli farklılıklar olduğundan bahsetmiştir. Magill’de televizyon program bilgilerinin verilmesinin reddi, Magill’in alt pazara girişini engellemiştir. Ladbroke davasında ise, Ladbroke alt pazarda (Belçika’daki bahis pazarında) hâlihazırda hâkim durumdaydı. Bu yüzden de lisans vermeyi reddetme alt pazardaki rekabeti ne bertaraf edici nitelikte ne de sınırlayıcı nitelikte görülmekteydi.

dd. IMS Kararı

ATA m. 82 çerçevesinde zorunlu lisansa hükmedilmesine ilişkin üzerinde en çok ihtilafın bulunduğu dava, öncelikle Komisyonun daha sonra da sırasıyla İlk Derece Mahkemesi ile ATAD’ın önüne gelmiş olan IMS Health davasıdır. Davanın aşamalarına göz gezdirmeden evvel, ihtilaf konusuna değinmemiz yerinde olacaktır.

Almanya’da⁵⁷⁴ veri koruma ile ilgili mevzuat, ilaç üreten teşebbüslerin reçeteli ilaçların satış verilerini doğrudan doktorlardan veya eczanelerden teminini engellemekteydi. Bu gizliliğe uygun olarak satış veri bilgileri küçük coğrafi birimler⁵⁷⁵ içinde raporlanıyordu. Her birim en az dört veya beş eczaneden oluşuyordu. Böylelikle toptancılar tarafından her bir eczaneye yapılan satışların tespit edilmesi önlenmekteydi.

⁵⁷² **Inhester**, s. 30.

⁵⁷³ **Korah**, Intellectual Property, s. 140; **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 399.

⁵⁷⁴ Dava açısından Almanya, ilgili coğrafi pazarı oluşturmaktadır.

⁵⁷⁵ “bricks”.

İlaç üreticileri açısından bölgesel satış verilerinin raporlandığı birim yapısı önem arz etmekteydi; şöyle ki bu teşebbüsler verilere göre satış bölgelerini tahsis etmekte, pazardaki değişime göre satışlarının oranını tespit etmekte ve pazara girişimi gerçekleştirebilmekteydi. IMS⁵⁷⁶, Almanya'daki ilaç firmaları için satış verilerinin toplanması, karşılaştırılması ve pazarlanmasına imkân sağlayan bir "veri toplama sistemi" geliştirmişti. Bu sistem "1860 birim yapısı"⁵⁷⁷ olarak bilinmekteydi ve Almanya'yı doktorlardan, eczanelerden ve hastalardan oluşan 1860 coğrafi birime bölmekteydi. Ayrıca, bu sistem Alman posta kodları, nüfus verileri, topografik yapı, sokak haritaları gibi verileri sağlamaktaydı. Pazarda IMS dışında başka teşebbüsler de ilaç satış verileri hakkında farklı coğrafi bölümlenmelere dayanmak suretiyle birim yapısı kullanmaktaydı.

IMS'in 1860 birim yapısı üzerindeki telif hakkı Almanya'da, Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanununca⁵⁷⁸ kabul görmüştür. Komisyon da 1860 birim yapısının veritabanı olduğunu ve veritabanı ile ilgili fikri mülkiyet korumasının Direktifle⁵⁷⁹ uyumlu olarak düzenlendiğini belirtmiştir.

1999 yılına kadar IMS Almanya'da bölgesel veri sağlayan tek teşebbüstü. Daha sonra NDC⁵⁸⁰ ve AzyX⁵⁸¹ adlı başka bölgesel ilaç satış verisi sağlayan teşebbüslerin de pazara girdiğini görmekteyiz. NDC, PI adlı satış veri raporu sunan ve eski bir IMS çalışanı tarafından kurulmuş olan teşebbüsü devralmak suretiyle pazara girmiştir. Gerek AnzyX gerekse NDC önceleri kendi birim yapılarına göre elde edilmiş olan veri raporlarını müşterilerine sunmaktaydılar; ancak müşteriler böyle bir hizmetin IMS tarafından hâlihazırda sunulan hizmetine göre kendileri açısından tatmin edici olmadığını belirtmişlerdir. Bunun üzerine NDC ile AnzyX IMS'in birim yapısını kullanmaya başlamışlardır. IMS, NDC ile AzyX'e karşı telif hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile dava açmıştır ve dava neticesinde verilen karar her iki teşebbüsün 1860 birim yapısı ile bunun türevlerinin kullanılmayacağına yönelik olmuştur. Daha sonra teşebbüslerin IMS'ten lisans talepleri de reddedilmiştir. NDC de bu durum karşısında Komisyona başvurmuştur⁵⁸². Komisyon, IMS'in lisans

⁵⁷⁶ Intercontinental Marketing Services Health Inc.

⁵⁷⁷ "1860 brick structure".

⁵⁷⁸ Urheberrechtsgesetz 4. Bölüm 2. Paragraf ile Bölüm 87 (b).

⁵⁷⁹ Veritabanlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Avrupa Direktifi (Directive 96/9 EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the Legal Protection of Databases), OJ L 77, 27.3.1996.

⁵⁸⁰ National Data Corporation Health Information Services.

⁵⁸¹ AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services.

⁵⁸² Case COMP D3/38.044 – NDC/IMS Health: Interim Measures, OJ 2002 L 59/18.

vermeyi reddetme suretiyle pazardaki hâkim durumunu meşru olmayan tarzda muhafaza ettiğinden ATA m. 82'yi ihlal ettiğini belirterek ihtiyati tedbir⁵⁸³ olarak IMS'in birim yapısını üçüncü kişilere lisans vermesine karar vermiştir. Böylelikle de Alman bölgesel satış veri hizmetleri pazarında rekabeti sağlamak mümkün olacaktır.

aaa. Komisyonun Yaklaşımı

Komisyon, IMS'in hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin karar verirken anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin Commercial Solvents, United Brands, Volvo, Magill, Ladbroke ve Bronner davalarına değinmiştir. Doktrinde, bu kararların incelenme sırasının, tarzının Topluluk mahkemeleri önünde esaslı unsur doktrininin gelişim sürecini gösterdiği savunulmaktadır⁵⁸⁴. Bu doğrultuda, Komisyon, Magill'deki istisnai koşulları ortaya koymuştur. Daha sonra Ladbroke davasına değinerek İlk Derece Mahkemesinin, reddin kötüye kullanım teşkil edebilmesi için yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesini aramadığını belirtmiştir. Son olarak Komisyon, Bronner kararının Ladbroke yaklaşımını benimsediğini tespit etmiştir. Komisyon'nun bu sonuca varmasında, yeni ürün koşulunun ilk olarak Magill'de ortaya konmasına karşın Ladbroke davasında alternatif olarak ileri sürülmesi ve Bronner davasında da tamamen göz ardı edilmesi etkili olmuştur. Sonuç olarak Komisyon, lisans vermeyi de içermek üzere tüm anlaşma yapmayı reddetme hallerinde Bronner kararındaki istisnai koşullar yaklaşımını benimsemeyi tercih etmiş görünmektedir.

Komisyon tarafından, Bronner koşullarının davaya uygulanmasıyla IMS'in hâkim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir. Bu bağlamda üç koşulun birlikte gerçekleştiği Komisyonca tespit edilmiştir. Öncelikle, IMS'in reddi objektif gerekçeden yoksundur; ikinci olarak ilgili pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırmaktadır ve son olarak da yapının mevcut veya potansiyel ikamesi bulunmadığından, IMS'in rakipleri için esaslılık arz etmektedir; zira bu yapı olmadan pazarda faaliyette bulunabilmeleri mümkün değildir.

Somut olay açısından IMS'in lisans vermeyi reddetmesi yeni ürünün ortaya çıkışını engellemektedir. NDC ile AzyX yapıyı değiştirmeyi veya geliştirmeyi düşünmedikleri gibi ilaçlara ilişkin yeni tür bölgesel satış raporları sunmayı da

⁵⁸³ Komisyon, ihtiyati tedbire karar verirken, iki yönlü gerekçe sunmuştur. Komisyon, bir yandan, lisans vermeyi reddetmenin şikâyetçilere ciddi ve onarılamaz zararlara yol açabileceği ve diğer yandan kamu yararına telafi edilemez zararın söz konusu olabileceği doğrultusunda ihtiyati tedbire karar vermiştir.

⁵⁸⁴ **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 691.

düşünmemektedirler. Bu teşebbüsleri tek istekleri IMS'in yapısını kullanmak suretiyle benzer yahut aynı hizmetleri aynı pazarda sunmaktır. Bu hususta da müşterilerin herhangi bir potansiyel talepleri bulunmamaktadır.

Fikri mülkiyet hakları ile ilgili davalarda⁵⁸⁵ Topluluk mahkemelerinin hangi koşullarda fikri mülkiyet hakkı sahibinin hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir. Ancak bu koşullarla ilgili olarak bir içtihat oluşmadığı için IMS davasında, Komisyon koşulları alternatif olarak yorumlamıştır ve bu doğrultuda kötüye kullanma olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, İlk Derece Mahkemesi ve ATAD koşulları birlikte uygulamayı tercih etmiştir. Doktrinde ise IMS davası, ATAD'ın fikri mülkiyet haklarının hangi koşullarda kötüye kullanım arz edeceğine ilişkin içtihat oluşturması açısından bir imkân olarak görülmekteydi⁵⁸⁶.

Yukarıda belirttiğimiz koşulların IMS davası açısından uygulanabilmesi için Komisyon, 1860 birim yapısının ilgili pazarda faaliyette bulunabilmek için esaslılık arz edip etmediğini bir başka deyişle birim yapısı fikri mülkiyet hakkı ile korunduğundan fikri mülkiyet hakkıyla korunan ürünün esaslı unsur olup olmadığını tespit etmiştir. Bu doğrultuda Komisyon, 1860 birim yapısının üç ilgili vakıyı belirlemek suretiyle esaslı unsur olduğuna karar vermiştir. Bunlar sırasıyla, müşteri katkısı, yapının endüstri standardı teşkil etmesi ve rakiplerin bir başka birim yapısı oluşturmada başarısız olmalarıdır.

Dava açısından müşteri kavramı ile kast edilen "ilaç üreticisi teşebbüsler"dir⁵⁸⁷. Komisyon, bu teşebbüslerin çalışma grubu oluşturmak ve bu kapsamda IMS'in hizmetleri hakkında yorumlarını ifade etmek suretiyle IMS'in mevcut yapısının oluşturulmasında büyük bir katkısının olduğunu belirlemiştir. Çalışma grubunun katkısı olmaksızın böyle bir yapının oluşturulması mümkün gözükmemektedir. IMS ise bu duruma karşı çıkararak müşteri katkısının yapının oluşturulmasında söz konusu olması kararının en son kendisinde bulunduğunu ve çalışma grubunun kendi hizmetleriyle ilgili pek çok meselede görüşünü bildirdiğini ve dolayısıyla yapı oluşumu bunlardan sadece bir tanesi olduğunu belirtmiştir. Sonuç

⁵⁸⁵ Burada fikri mülkiyet hakları ile ilgili olmamakla birlikte Bronner davasından da bahsetmek gerekir; zira IMS'ten önce konu ile ilgili olarak değerlendirilen yapıldığı son dava olmaktadır.

⁵⁸⁶ **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 400.

⁵⁸⁷ Doktrinde, ilaç üreticisi teşebbüslerin "tüketici" olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir. Zira, bu teşebbüsler ilaç satış veri hizmetlerini talep etmekteydiler (bkz., **Drexl**, s. 802; **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 696).

itibariyle Komisyon, IMS'in savunmasını reddederek müşteri katkısının yapının oluşumunda önemi olduğunu ifade etmiştir⁵⁸⁸.

IMS ile müşterileri arasındaki sürekli işbirliği ve bunun neticesinde 1860 birim yapısının müşterilerin çoğunluğu tarafından kullanılması ile tercih edilmesi bu yapının endüstri standardı olarak kabul edilmesine yol açmıştır⁵⁸⁹. Bu doğrultuda müşteriler, kullanmış oldukları 1860 yapısından bir başka yapıya geçme konusunda isteksizdirler. Bu durumun nedenleri Komisyonun kararında açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; müşteriler IMS'in veritabanına kilitlenmişlerdir ve bir başka yapıdan satış verisi elde etmeleri ekonomik açıdan verimsizlik teşkil etmektedir⁵⁹⁰. İlaç üreten teşebbüslerin bölgesel satış verileri satın almalarının nedenleri arasında belirli ilaçların satış oranlarının rakipleriyle karşılaştırma imkânına sahip olmak, pazar paylarını tespit edebilmek ve satış temsilcilerinin performanslarını değerlendirebilmek yer almaktadır. Bunlar, ilaç sektörü açısından rekabet edebilmek için hayati önem arz eden parametreleri oluşturmaktadır ve karşılaştırma yapabilmek için de farklı zamanlarda hesaplanmalıdır. 1860 birim yapısından elde edilen verilerin bir başka yeni yapının verileri ile karşılaştırılması teşebbüslere önemli derecede maliyet getirmektedir. Bununla birlikte, birim yapısının değiştirilmesi teşebbüslerin satış temsilcilerinin doktorlara olan tahsisini de etkileyecektir ve Komisyonun yaptığı araştırmaya göre, ilaç sektöründe ürünlerin başarılı bir şekilde pazarlanmaları doktorlarla kurulan yakın ilişkiye tabidir. Bu yüzden Komisyon, satış temsilcilerinin tekrar farklı doktorlar için tayin edilmelerini de müşterilerin kullandıkları birim yapısından başka bir yapıya geçmede isteksiz olmalarının bir diğer nedeni olarak görmektedir. Tüm bu nedenlerden ötürü 1860 birim yapısı Komisyon tarafından endüstri standardı olarak kabul edilmiştir⁵⁹¹.

Komisyonca rakipler tarafından alternatif bir yapının oluşturulamaması mevzuuna da değinilmiştir. Bronner kararına göre, alt pazardaki rekabet için gerekli olan unsurun esaslılık arz etmesi, bu unsurun alternatifini yaratmanın rakipler için teknik, hukuki veya iktisadi açıdan imkânsız olması veya makul olmayacak düzeyde zor olması halinde söz konu olmaktadır. Dava konusu olay açısından ilgili birim yapısını oluşturmada kullanılan bilgiler aleni olmakla birlikte alternatif bir yapının oluşturulması teknik ve hukuki engellere tâbi olmaktadır. 1860 birim yapısının

⁵⁸⁸ Komisyon kararı, para. 75.

⁵⁸⁹ Komisyon kararı, para. 86.

⁵⁹⁰ Komisyon kararı, para. 92.

⁵⁹¹ Komisyon kararı, para. 86 – 123.

oluşturulmasında müşterilerin katkıları önemli bir paya sahiptir ve dolayısıyla bu yapıya teşebbüsler teknik açıdan bağımlıdır. Bununla birlikte Komisyon hukuki engel ile ilgili olarak, Alman Veri Koruma Kanunu gereğince alternatif bir yapının oluşturulmasının mümkün olamayacağını tespit etmiştir⁵⁹². Bu bağlamda, ikinci yapının oluşturulmasıyla bu yapıdan elde edilecek veri 1860 birim yapısından elde edilen veri ile karşılaştırılabilir her bir eczanenin satış rakamlarına ulaşmayı sağlayacak ve dolayısıyla da Veri Koruma Kanunu gereğince de ihlal söz konusu olabilecektir.

Komisyon, dava açısından Magill’de sözü edilen istisnai koşulların mevcut olduğuna kanaat getirmiştir. Zira IMS’in ilaç endüstrisi ile uzun süreli işbirliğinin sonucu olarak ortaya çıkarılmış olan yapı endüstri standardı⁵⁹³ haline gelmiştir. IMS, bölgesel satış veri hizmetleri pazarındaki rekabeti bu yapıya ilişkin olarak rakiplerine herhangi bir objektif haklı sebep olmadan lisans vermeyi reddetmek suretiyle tamamiyle ortadan kaldırmıştır. Ayrıca, Komisyon tek taraflı olarak lisans vermeyi reddin yeni bir ürünün ortaya çıkarılmasını engellemesi gereği hususunda Ladbroke davasını gerekçe göstererek böyle bir zorunluluğun bulunmadığını belirtmiştir⁵⁹⁴.

Böylelikle Komisyon, dava konusu olay açısından istisnai koşulların gerçekleştiğini kabul etmiştir. Daha sonra esaslı unsur doktrininin somut olay açısından uygulama olasılığını detaylı olarak inceleyeceğimizden ötürü IMS’in bu konuyla ilgili savunmalarına da değinmemizde yarar olacaktır⁵⁹⁵. IMS öncelikle, herhangi bir şekilde kötüye kullanım oluşturan davranış sergilemediğini veya fikri mülkiyet hakkını alt pazardaki rekabet koşullarını bozmak amacıyla kullanmaya çalışmadığını ileri sürmüştür. Bilakis, fikri mülkiyet hakkına ilişkin olarak lisans vermeyi reddetmesinin hakkı olduğunu, reddin ancak ek bir kötüye kullanım teşkil eden davranışla⁵⁹⁶ birlikte gerçekleşmesi halinde fikri mülkiyet hakları aracılığı ile hâkim durumun kötüye kullanımının söz konusu olacağını ifade etmiştir. IMS ayrıca,

⁵⁹² Komisyon kararı, para. 138.

⁵⁹³ Böylelikle piyasada mevcut ilaç üreticisi teşebbüsler, doktorlar ve eczacılar tarafından kullanılan ortak dil niteliğindeki ve bu durum müşterilerin mevcut yapıya kilitlemesi ve başka bir rakibin, yenilikçi bir sistem sunsa dahi, yapısına geçememesi sonucunu doğuruyordu.

⁵⁹⁴ Komisyon kararı, para. 180; Komisyon, hâkim teşebbüsün rakiplerine lisans vermeyi reddetmesi suretiyle yapıya dayanarak rekabet edebilecek ürünlerin ortaya çıkmasının engellediğini belirtmektedir. Burada, ürün ile kast edilen bölgesel satış veri hizmetleridir.

⁵⁹⁵ Komisyon kararı, para. 182 – 186.

⁵⁹⁶ “Additional abusive behaviour”.

1860 birim yapısının esaslı unsur niteliğinde olmadığını; zira rekabetin sınırlandırıldığı ikinci bir pazarın mevcut olmadığını belirtmiştir.

Komisyon IMS'in savunmalarına karşılık cevaben, istisnai koşullarda fikri mülkiyet haklarının lisans olarak verilmesinin reddinin ATA m. 82 kapsamında kötüye kullanma teşkil ettiğini belirtmiştir. Bu durumun da gerek İlk Derece Mahkemesinin gerekse ATAD'ın, Volvo davasını takiben içtihatlarında açıkça ifade edildiğini kararında vurgulamıştır. Komisyon, istisnai koşullara ilişkin yukarıda belirttiğimiz hususları bir kez daha yinelemiştir. Ancak burada yukarıda değinmediğimiz bir hususa daha işaret etmek gerekmektedir. O da esaslı unsur doktrininin uygulanması açısından iki pazar gerekliliğidir. Komisyon bu konuda Magill davası ile karşılaştırma yapmıştır. Komisyon'a göre, Magill'de televizyon programları ile ilgili temel bilgiler teşebbüslerin alt pazarda rekabet edebilmeleri için esaslılık arz etmekteydi dolayısıyla her iki dava arasında bir benzerlik mevcuttur. Şöyle ki, 1860 birim yapısının kullanımı bölgesel satış veri hizmetleri pazarında rekabet edebilmek için esaslılık arz etmekteydi. Bu yapıya erişimin reddi ile ilgili pazarda tüm rekabet ortadan kalkmaktaydı. Sonuç itibarıyla Komisyon, dava konusu olay açısından istisnai koşulların gerçekleştiği kanaatine vararak IMS'in hâkim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir.

bbb. İlk Derece Mahkemesi ve ATAD'ın Yaklaşımı

IMS'in Komisyon kararını İlk Derece Mahkemesi'ne götürmesi üzerine mahkeme başkanı ilk talimatında Magill ile IMS davalarının vakıaları arasında önemli farklılıklar olduğunu belirtmiştir. Buna rağmen Komisyonun zorunlu lisansa hükmetmesi uygun görülmemiştir⁵⁹⁷. İkinci talimatında Başkan, Magill'de belirtilen koşulların iki farklı yönde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Bu koşullar (istisnai koşullar) birlikte aranabileceği gibi alternatif şekilde de aranabilecektir. Başkan, koşulların yorumlanması açısından ortada açıkça bir ihtilafın bulunduğunu ve nihai karar ile bu durumun açıklığa kavuşacağına kanaat getirerek Komisyonun kararına ilişkin olarak yürütmeyi durdurma kararı vermiştir⁵⁹⁸. NDC'nin bu kararı temyiz etmesi üzerine ATAD bu kararı onamıştır⁵⁹⁹. Komisyon, 13 Ağustos 2003 tarihinde kararına temel oluşturan koşulların ortadan kalktığı gerekçesi ile kararını geri

⁵⁹⁷ İlk Derece Mahkemesi'nin 10 Ağustos 2001 tarihli ilk talimatı (President's Order of 10 August 2001); ECR 2001, II-2349.

⁵⁹⁸ ECR 2001, II-3193.

⁵⁹⁹ ECR 2002, I-3401.

almıştır⁶⁰⁰. Bunun üzerine İlk Derece Mahkemesi 10 Mart 2005 tarihinde, görülmekte olan davanın amacının ortadan kalkmış olduğu bahsiyle artık bir karar verilmesine gerek kalmadığını belirtip davayı sona erdirmiştir⁶⁰¹.

Almanya'da davaya bakmakta olan Frankfurt mahkemesi ATAD'a ön karar usulü ile başvurarak IMS'in lisans vermeyi reddetmek suretiyle ATA m. 82'yi ihlal edip etmediğini sormuştur⁶⁰². Doktrin tarafından bu durumun, mahkeme tarafından içtihadını netleştirmek için bir imkân sağladığını ileri sürülmektedir⁶⁰³. Mahkeme öncelikle lisans vermeyi reddetmenin bizatihi kendisinin hiçbir şekilde kötüye kullanma teşkil edemeyeceğini yinelemiştir. Bununla birlikte münhasır bir hakkın kullanımını ancak istisnai koşullarda kötüye kullanma teşkil edebilecektir⁶⁰⁴.

Mahkeme kararında Magill'de sayılan koşulların birlikte aranması gerektiğini açık bir şekilde ifade etmiştir⁶⁰⁵. Magill'de sayılmış olan ikincil pazardaki rekabetin bertaraf edilmesi koşulu ile ilgili olarak Bronner kararına dayanmıştır. Bu bağlamda iki pazarın gerekliliği üzerinde durmuştur. İki pazar; mal/hizmetten oluşan üst pazar (Bronner davasındaki günlük gazete eve dağıtım pazarı, bu dava açısından 1860 birim yapısı) ile bu mal/hizmetin bir başka mal/hizmetin üretilmesi, sağlanması için kullanıldığı alt pazar (Bronner davasındaki günlük gazete pazarı, bu dava açısından Alman bölgesel satış veri pazarı) dan oluşmaktadır⁶⁰⁶. Mahkeme bu noktada, üst pazarın potansiyel veyahut farazi⁶⁰⁷ bir pazardan oluşmasının dahi yeterli olduğu kanaatindedir. Bu doğrultuda, üretimin iki farklı aşamasının ve birbiriyle bağlılığının tespit edilebilmesi iki farklı pazarın varlığını kabul için yeterli olacaktır.

Yeni ürün koşuluna ilişkin olarak mahkeme dava savcısının görüşünden hareketle bu koşulun telif hakkını koruma menfaati ile serbest rekabeti koruma menfaati arasındaki dengenin kurulmasına bağlı olduğunu belirtmiş; rekabeti koruma menfaatinin de, lisans vermeyi reddin ikincil veya alt pazarın gelişimi tüketicilerin zararına engellenmesi halinde söz konusu olacağını ifade etmiştir⁶⁰⁸. Bu yüzden de kötüye kullanımın, rakibin ancak telif hakkı sahibince daha önce

⁶⁰⁰ OJ 2003 L 268/69.

⁶⁰¹ Case T – 184/01, IMS Health Inc. v. Commission, ECR 2005, II – 817.

⁶⁰² IMS Health GmbH & Co KG v. NDC Health (C-418/01), 29 April 2004.

⁶⁰³ **Derclaye**, The IMS Health Decision, s. 397.

⁶⁰⁴ ATAD kararı, para. 34 – 35.

⁶⁰⁵ ATAD kararı para. 38.

⁶⁰⁶ ATAD kararı para. 42.

⁶⁰⁷ "Hypothetical".

⁶⁰⁸ ATAD kararı para. 48.

sunulmamış ve potansiyel tüketici talebinin olduğu yeni ürün veya hizmetlerin sunmak istemesi halinde söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür.

Sonuç itibarıyla mahkemeye göre, hâkim durumdaki fikri mülkiyet hakkı sahibi teşebbüsün diğer pazardaki faaliyetin yürütülebilmesi için esaslılık arz eden bir ürün veya hizmete erişimi sağlamayı reddetmesinin kötüye kullanım teşkil etmesi ancak şu üç koşulun birlikte gerçekleşmesi ile söz konusu olacaktır:

Red,

- potansiyel tüketici talebinin bulunduğu yeni bir ürünün ortaya çıkışını engellemeli,
- objektif olarak haklı görülmemeli ve,
- ikincil pazardaki rekabeti bertaraf etmelidir.

c. IMS Davasından Sonra Ortaya Çıkan Meseleler ve Çözüm Yolları

IMS davası, IMS'in 1860 birim yapısı üzerindeki telif hakkının varlığı hususunda ulusal fikri mülkiyet hukukları ile Topluluk Rekabet hukuku arasındaki yetki paylaşımı açısından tartışmaların olduğu bir davadır. Bu tartışma da "hakların varlığı" ile "hakların kullanımı" arasında Topluluk hukukunda yapılan ayrıma dayanmaktadır.

Karara konu olayda Komisyon, 1860 birim yapısının çok düşük düzeyde bir yaratıcılık örneği olduğunu ileri sürmüştür⁶⁰⁹. Bununla birlikte bu yapının Alman mahkemesi tarafından kendi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre telif hakkı ile korunabileceğine hükmedilmiştir. Komisyon daha önce de Magill davasında soruşturmasının bir parçası olarak ulusal hukuk çerçevesinde fikri mülkiyet korumasının uygunluğunu değerlendirme konusu yapabileceğini belirtmiştir. Komisyon Magill'de eserleri; işlevsel⁶¹⁰ (faydacıl)⁶¹¹ ve edebi⁶¹² olmak üzere ikiye ayırmıştır ve bu doğrultuda edebi eserin alt pazarda bulunan rakipler açısından herhangi bir bağımlılık yaratmadığını bununla birlikte işlevsel nitelikte eserlerin ise

⁶⁰⁹ Doktrinde bu noktada, Komisyonun yaratıcılık hususunda tahlil yapmasının teknik bilgisi, yeterliliği ve tecrübesi bakımından sorgulanması gerektiği ileri sürülür (bkz., **Inhester**, s. 62).

⁶¹⁰ "Functional".

⁶¹¹ "Utilitarian".

⁶¹² "Literary".

bağımlılık yaratabileceğini belirtmiştir⁶¹³. İşlevsel nitelikteki eserlere ilişkin telif haklarının özellikle telekomünikasyon, bilgisayar, bilgi teknolojileri ile veritabanları alanlarında söz konusu olabileceği ifade edilmiştir⁶¹⁴.

Burada öncelikle göz önünde bulundurulması gereken nokta, doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi fikri mülkiyet haklarının farklı konuları bünyesinde barındırmasıdır. Bu doğrultuda rekabet kurallarının da hak türlerine göre uygulanmasında dikkat edilmesi gerekmektedir⁶¹⁵. Klasik telif hakkı alanlarında – müzik, edebiyat ve sanat - telif hakkı kişinin yaratıcılığından kaynaklanmaktadır. Eser sahibinin eser üzerinde manevi hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir kişisel varlık üzerinde zorunlu lisansa hükmetmek için çok dikkatli olmak gerekmektedir⁶¹⁶. Aynı zamanda yine doktrinde eserlerin üzerindeki yaratıcılık derecelerine göre zorunlu lisansın söz konusu olabileceğine ilişkin görüşler mevcuttur⁶¹⁷. Ancak kanımızca, telif hakkının konusu olan ve dolayısıyla fikir ve sanat eserleri mevzuatıyla korunan bir eserin herhalükarda yaratıcılık unsurunu – az veya çok – bünyesinde taşıması gerekmektedir. Bununla birlikte yaratıcılığın derecesinin Topluluk düzeyinde ele alınması demek hakların varlığına Topluluk düzeyinde müdahale edilmesi demektir. Bu durumda da hak sahipleri ulusal hukukça geçerliliği kabul edilen hakların Topluluk düzeyinde ihtilaf konusu olabileceği hususunda tedirginlik duyacaktır⁶¹⁸.

Komisyon'un IMS kararı, esaslı unsur doktrininin uygulanabilmesi için koşul olarak aranan birbiriyle bağlantılı iki pazar gerekliliğinden sapmış gözükmektedir. Komisyon'a göre, Topluluk mahkemelerince daha önce incelenmiş olan esaslı unsur doktrinine yönelik davalarda dikey bütünleşme hallerinde iki ayrı pazar gerekliliği bu dava açısından ön koşul olarak görülmemiştir. Komisyon, NDC'nin dava konusu olay açısından iki ayrı pazar olduğu iddiasını reddederek ihtilafın tek bir pazarda (Alman bölgesel satış veri hizmetleri pazarı) ortaya çıktığını belirtmiştir. Bununla birlikte Komisyon, esaslı unsur doktrininin uygulanabilmesi için tek pazarın zayıf bir hukuki zemin yarattığının farkında olduğundan⁶¹⁹ tek bir pazardan söz etmesine rağmen

⁶¹³ **Fine**, çalışmasında IMS'in sahip olduğu fikri mülkiyet hakkının sıradan (banal) bir yapıyı haiz olduğunu belirtmektedir (bkz., **Fine**, s. 248).

⁶¹⁴ **Subiotto**, s. 240.

⁶¹⁵ **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 700; **Drexl – Gallego – Enchelmaier - Leistner - Mackenrodt**, s. 563.

⁶¹⁶ **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 700.

⁶¹⁷ **Derclaye**, Abuses of Dominant Position, s. 700.

⁶¹⁸ **Inhester**, s. 63.

⁶¹⁹ **Inhester**, s. 52.

üretim değişik aşamalarına kararında değinmiştir⁶²⁰. Buna göre, birim yapısı teşebbüslerin bölgesel satış veri hizmetleri pazarında rekabet edebilmeleri için esaslılık arz eden girdiyi⁶²¹, nihai ürünü de bölgesel satış veri hizmetleri oluşturmaktadır. Doktrinde kanımızca da haklı olarak ifade edildiği gibi eğer esaslı unsur doktrininin uygulanabilmesi için iki pazarın varlığı gerekmiyorsa, tek pazarda girdi ile nihai ürün arasında bir ayırım yapılmasına (bir başka deyişle üretim aşamalarını belirtmeye) da gerek yoktur⁶²². İki farklı pazarın açık bir şekilde tespit edilebilmesi gerekir ki ikinci pazarda rekabetin sınırlandırıldığı ve bu doğrultuda zorunlu lisansa hükmedilebilmesi iddiasının ileri sürülmesi mümkün olabilsin⁶²³.

Esaslı unsur doktrininin amacı, bir pazarda hâkim durumda olan teşebbüsün diğer pazarda rakiplerinin rekabet edebilmeleri için gerekli olan unsuru sağlamamak suretiyle bu pazardaki rekabet koşullarını bozmasının engellenmesidir. Tek pazarda ise durum farklıdır. Bu halde fikri mülkiyet hakkı “esaslı unsur” olarak düşünülemez; bunun yerine unsur o pazarda teşebbüs açısından rekabet avantajı olarak görülmelidir ve bu doğrultuda paylaşım yükümlülüğü de getirilememelidir⁶²⁴. Dava konusu olay açısından konuya yaklaştığımızda 1860 birim yapısı münhasıran IMS’in veri hizmeti için yaratılmış olup üzerindeki telif hakkı da kendisine ilgili pazarda rekabet avantajı sağlamaktadır ve IMS’in lisans vermeyi reddetmesinin kötüye kullanım şeklinde tezahür edilmesi IMS’in kendi ticari faaliyeti için fikri mülkiyet hakkını kullanmaktan mahrum edilmesi anlamına gelecektir. Böyle bir durum yani tek pazarda teşebbüsün rekabet avantajının zorunlu olarak rakipleriyle paylaşılması istenmeyen sonuçlara neden olacaktır. Şöyle ki, hâkim teşebbüsler pazarda yenilik yaratma isteklerini kaybedeceklerdir, bu da tüketici refahını azaltacaktır.

Bu dava açısından dile getirilen bir diğer eleştiriye de değinmemizde fayda olacaktır. Buna göre, 1860 birim yapısının esaslılığının tespit edilmesinde Komisyon, diğer engellerin yanı sıra tüketici tercihlerini de değerlendirmiş ve bunları o kadar güçlü bulmuştur ki yapı de facto endüstri standardı olarak kabul edilmiştir. İşte bu noktada doktrin Komisyonun esaslılığı tespitinde “talep ikamesi”ne odaklandığını ifade etmektedir. Oysa üzerinde durulması gerekenin, diğer rakiplerce ikame edilebilir unsurun yaratılabilip yaratılamaması olmalıdır ve bu bağlamda ilgili unsurdan daha

⁶²⁰ Komisyon kararı, para. 184.

⁶²¹ “Input”.

⁶²² Inhester, s. 52.

⁶²³ Lang, Compulsory Licencing, s 11.

⁶²⁴ Lang, Compulsory Licencing, s. 11; Inhester, s. 53; O’Donoghue – Padilla, s. 436.

başarılı bir unsur olması önem arz etmemelidir. Diğer bir deyişle arz ikamesinin talep ikamesine nazaran daha objektif olacağı savunulmaktadır⁶²⁵. Yine bu görüşü savunanlara göre, pazarda, ilgili iktisadi varlıktan daha düşük nitelikte ikamesi mevcut unsurlar var ise veya potansiyel olarak yaratılabilecek unsurlar söz konusu ise bu durumda esaslılıktan bahsedilemez⁶²⁶. Yalnız burada kanımızca gözetilmesi gereken, standardizasyonla ilgili davalarda pazarın, daha yeni bir ürünü kabul etmemesidir.

IMS'in rakipleri veri toplayabilmek için daha iyi bir sistem sağlayabilseler dahi ki bunu dava konusu olay açısından farklı birim yapısı geliştirmek suretiyle yapmaya çalışmışlardır, ilaç teşebbüslerinin kendi ürünlerine geçişini sağlayamamışlardır. Zira bu teşebbüsler 1860 birim yapısının gelişiminde faaliyette bulunarak bu sisteme bağımlı hale gelmişlerdir. Bu durum doktrinde savunulan bir görüşe göre 1860 birim yapısının esaslı unsur niteliğinde olmadığını göstermektedir⁶²⁷. Bizim savunduğumuz görüşe göre, esaslı unsur doktrini bir pazardaki teşebbüs hâkimiyetini diğer pazardaki rekabet koşullarının bozulması amacıyla kullanılmasına müdahalede bulunulabilmesine imkân tanıyan bir yaklaşımdır. Dolayısıyla, öncelikle teşebbüse hâkim durum bahşeden unsurun diğer pazarda rakiplere kullanılmamasının o pazardaki etkisine bakmak gerekmektedir. Eğer ikinci pazarda ilgili unsuru ikame edebilecek bir başka unsur rakiplerce yaratılabilmişse ve rekabet ortamı mevcutsa bu durumda esaslı unsur doktrinini uygulamak suretiyle anlaşma yapma yükümlülüğü getirmek anlamsız olacaktır. Ancak bir başka unsur rakiplerce yaratılabilmemesine rağmen incelediğimiz olayda olduğu gibi tüketicilerce tercih edilmemekteyse ve bunun sonucunda ikinci pazarda yalnızca esaslı unsura yönelik talep mevcutsa ortada bir rekabet ortamının varlığından söz etmemiz mümkün olmayacaktır. Bu halde ikinci pazardaki rakipler dışlanmak suretiyle pazar yalnızca hâkim teşebbüse özgülenmiş olacaktır ve yine bu durumda fikri mülkiyet hakkının kullanımının hakkın spesifik konusuna dahil olduğunu söylememiz mümkün olmayacaktır. Sonuç itibarıyla standardizasyonun olduğu davalarda, IMS davasında ileri sürülmüş olan "tüketici tercihleri"nin de bir varlığın esaslı unsur olup olmamasında göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindeyiz⁶²⁸.

⁶²⁵ Inhester, s. 56.

⁶²⁶ Inhester, s. 57.

⁶²⁷ Inhester, s. 57.

⁶²⁸ Yalnız burada vurgulamamız gereken husus, IMS davasında tek pazar olduğu için esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulmasının mümkün olmamasıdır.

Daha önce fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiye değinirken iki hukuk dalının da amacının dinamik etkinliği sağlamak olduğunu belirtmiştik. Dinamik etkinliğin bu dava açısından incelemesini yapan bazı yazarlar, IMS'in pazar gúcünden dolayı yenilik yapma gúdüsünün çok az olduğunu belirtirler. Bunun nedeni olarak da, müşterileri üzerinde IMS'in kendi yapısı açısından kilitlenme yarattığı için pazara başka bir yapının girişinin kendisi açısından bir tedirginlik yaratmayacağının farkında olmasını gösterirler⁶²⁹. Dolayısıyla pazarda etkin bir rekabetten bahsetme olanağı bulunmamaktadır. Bu durumda, rekabet hukukunun uygulanması sonucu ortaya çıkacak olan lisans verme yükümlölüğü dinamik etkinliği değil tahsis etkinliğini sağlayacak ve pazarda fiyat rekabeti sağlanarak hâkim teşebbüsün tekelci fiyatlandırma suretiyle müşterilerini sömürmesi engellenecektir⁶³⁰.

Biz, dava açısından esaslı unsur doktrinini uygulamak suretiyle lisans verme yükümlölüğünün hâkim teşebbüse getirilmesinin ortada ancak iki pazarın mevcudiyeti halinde söz konusu olabileceğini yinelemekteyiz. Somut olayda Komisyon kararında belirtildiği üzere yalnızca tek pazar mevcuttur, o da bölgesel satış veri hizmetleri pazarıdır. Esaslı unsur doktrininin amacı, hâkim durumdaki teşebbüsün bir pazardaki kontrolünü diğer pazarda rakiplerinin faaliyette bulunabilmeleri (mal/hizmet üretebilmeleri) için gerekli olan unsuru sağlamamak suretiyle güç kazanmak için kullanmasını engellemektir. Tek pazar halinde, fikri mülkiyet hakkının esaslı unsur olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda fikri mülkiyet hakkı ilgili pazarda salt rekabet avantajı olarak kabul edilip hakkında herhangi bir paylaşım yükümlölüğünün getirilmesi mümkün olmamalıdır. Burada belirtmek istediğimiz son nokta, doktrinde⁶³¹ IMS davası açısından pazarda fiyat rekabeti yaratılıp tüketici refahını sağlamak amacıyla lisans vermeye hükmetmenin yerinde olacağı ileri sürölmekteyken; kanımızca bu durumda aşırı fiyatlandırmaya yönelik olarak para cezaları ile fiyatları indirmeye ilişkin direktif kararları söz konusu olmalıdır⁶³². Bununla birlikte doktrinde, fikri mülkiyet hakları ile ilgili olan bir davada aşırı fiyatlandırma sonucunda uygulanabilecek yaptırımın zorunlu lisans olabileceğini; ancak bunun esas yaptırım olan fiyat indirmenin etkili olmaması halinde söz konusu olabileceği ileri sürölmektedir⁶³³.

⁶²⁹ Drexl, s. 804; Gürzumar, s. 216.

⁶³⁰ Drexl, s. 805; Gürzumar, s. 216.

⁶³¹ Drexl, s. 807; Gürzumar, s. 216.

⁶³² O'Donoghue – Padilla, s. 720.

⁶³³ O'Donoghue – Padilla, s. 720.

d. Microsoft Kararı

Microsoft ile ilgili olay⁶³⁴, konumuz açısından bakıldığında sunucu yazılımı pazarı⁶³⁵ ile ilgilidir. Buna göre, Microsoft müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemleri pazarında⁶³⁶ hâkim durumdadır. Bu hâkim durumu da pazarda sahip olduğu %90'ın üzerindeki pazar payı ile birlikte ağ etkileri dolayısıyla pazara yüksek giriş engellerinden kaynaklanmaktadır.

Ağ etkilerinin neler olduğu, kararda ifade edilmiştir. Bu kapsamda doğrudan ağ etkileri Windows işletim sisteminin kullanıcı sayısına bağlı olmaktadır. Windows'un kullanıcı sayısı arttıkça belirli bir kullanıcıya olan yararının artması söz konusudur. Dolaylı ağ etkisi ise Windows için yazılan uygulamaların⁶³⁷ sayısına bağlıdır. Yalnızca Windows'la çalışan uygulamaların artması kullanıcıların rakip bir başka işletim sistemine geçişini engelleyecektir. Windows'un hâkimiyeti o kadar yerleşmiştir ki artık buna *de facto standard* adı verilmelidir⁶³⁸. Bireysel bilgisayar işletim sistemleri, genellikle daha güçlü çok kullanıcıli bilgisayar veya sunucuya bağlanmaktadır. Böylelikle de pek çok bireysel bilgisayar kullanıcısının dosya paylaşma, yazıcıdan faydalanma, kullanıcı grupları ve kullanıcıların ağ hizmetlerine erişim mümkün olmaktadır⁶³⁹.

Komisyon'a göre, müşteri bireysel bilgisayar işletim sisteminde hâkim durumda olan Microsoft bu durumu, iş grubu sunucu işletim sistemleri pazarındaki⁶⁴⁰ rekabet koşullarını bozmak için kullanmıştır ki Microsoft bu pazarda da hâkim durumdadır. Bu da rakip sunucu yazılımı teşebbüslerinin (bu alanda en büyük rakip Sun Microsystems idi) Microsoft'un müşteri işletim sistemiyle uyumu sağlayabilmelerinin zorlaşması anlamına gelmekteydi. Komisyon böyle bir davranışı aynı zamanda ATA m. 82 (b) kapsamında değerlendirmiştir. Böylelikle de

⁶³⁴ Case COMP/C-3/37.792, 24 March 2004,

<http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, 15.09.2007.

⁶³⁵ "Market for server software".

⁶³⁶ "Client PC operating systems".

⁶³⁷ Uygulama programları; metin yazma programları, tabela hesap programları ve oyunlar gibi işletme sistemine dayanan ve kullanıcının gerçekte halletmek istediği bir sorunu çözmek için işletme sisteminin hizmetlerinden yararlanan programları ifade eder (**Aksu**, s. 49).

⁶³⁸ **Heinemann, Andreas**: "Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assesment of the European Commission's Microsoft Decision", IIC 2005, Heft 1, s. 67.

⁶³⁹ **O'Donoghue – Padilla**, s. 430; iş grubu sunucusu işletim sistemleri sözü edilen üç hizmet türünün toplu bir şekilde göreceli olarak az sayıdaki müşteri bireysel bilgisayarından oluşan küçük veya orta boy bir ağa ulaştırılmasını sağlayacak şekilde tasarlanmakta ve pazarlanmaktadır (bkz., Komisyon kararı, para. 53; **Gürzumar**, s. 132).

⁶⁴⁰ "Work group server operating systems".

Microsoft'un sunucu yazılımını yükleme doğrultusunda güçlü bir talep ortaya çıkmıştır. Windows sunucu işletim sistemine kilitlenme etkisi, tüketicilerin rakip sunucu yazılımlarının sunacağı yeniliklerden faydalanamamalarına yol açmaktadır ve aynı şekilde bu etkiden dolayı rakipler de yenilikte bulunmaktan çekinmektedir⁶⁴¹. Sunucu yazılımını üreten teşebbüsler için Windows işletim sistemi ile ara işlerlik sağlamak, sunucu pazarında faaliyete devam edebilmek açısından vazgeçilmezlik/esaslılık arz etmektedir. Bu kapsamda, Windows işletim sistemi ile iletişimi sağlayabilmeye yardımcı olacak ara işlerlik bilgileri iş grubu sunucu işletim sistemi pazarında rakipler için esaslılık teşkil etmektedir⁶⁴².

Microsoft, dava esnasında sunulması mecbur tutulan ara işlerlik bilgileri üzerinde fikri mülkiyet haklarına sahip olduğunu ileri sürmüştür. Fakat Komisyon bu hususu dikkate almamış, uyuşmazlığı mal verme yükümlülüğü kapsamında değerlendirme konusu yapmıştır⁶⁴³. Bununla birlikte, eğer bu bilgiler fikri mülkiyet hakkıyla korunmaktaysa - ki doktrinde Komisyon'un bu hususta suskun kalmasının böyle bir yorum yapmaya imkân verdiği savunulmaktadır - söz konusu davanın zorunlu lisans ile ilgili olduğu kabul edilebilir⁶⁴⁴.

Komisyon, yerinde bir yaklaşımla Microsoft'un ara işlerlik bilgilerini vermeyi reddetmesinin sonucu iş grubu sunucusu işletim sistemi pazarındaki rekabeti bertaraf etme riskini doğurduğunu belirtmiştir. Zira bu bilgilerin ikamesi de bulunmamaktadır⁶⁴⁵. Olayda rekabeti bertaraf etme riski vardır; çünkü Microsoft evvelden ara işlerlik bilgilerini verdiği iş grubu sunucu işletim sistemindeki rakiplerine bu bilgileri vermeyi kendisi bu pazara girmeye karar verince kesmiştir. Zamanla da bu pazarda hâkim konuma gelmiştir. Dolayısıyla, pazarın koşulları da göz önünde bulundurulduğunda rakiplerin faaliyetlerine devam edememe riski mevcuttur. Ayrıca ara işlerlik bilgilerinin ifşa edilme yükümlülüğü Microsoft'un yenilikte bulunma isteğini de ortadan kaldırmamaktadır. Bu da rekabet ile fikri mülkiyet haklarının ortak amacı olan dinamik etkinliği sağlamanın bu dava açısından görünümüdür. Ara işlerlik bilgilerinin sağlanması ile Microsoft artık müşterilerin iş grubu sunum pazarında

⁶⁴¹ Komisyon kararı, para. 693 – 694.

⁶⁴² Bu husus Komisyonca da dile getirilmiştir (Komisyon kararı, para. 1064).

⁶⁴³ Komisyon kararı, para. 1003; Komisyon ayrıca Microsoft'u 497 milyon € para cezasına çarptırmıştır.

⁶⁴⁴ **Heinemann**, s. 69.

⁶⁴⁵ Komisyon kararı, para. 666 vd.

kilitlenme etkilerini dayanak olarak göremeyecek ve bu doğrultuda bu pazarda yenilik yapma çabası içine girecektir⁶⁴⁶.

Komisyunun bu kararına karşı İlk Derece Mahkemesine başvurulmuş ve mahkemece kararın yürütülmesinin durdurulması talebi reddedilmiştir⁶⁴⁷. 17 Eylül 2007 tarihinde İlk Derece Mahkemesi Komisyunun kararını onaylayan hükmünü vermiştir⁶⁴⁸.

Komasyon, 1/2003 sayılı Tüzüğün m. 24 (2)'deki yetkisine dayanmak suretiyle Mart 2004'te almış olduğu kararları yerine getirmemesinden dolayı Microsoft'u 899 € para cezasına çarptırmıştır⁶⁴⁹. Buna gerekçe olarak Microsoft'un ara işlerle ilgili bilgiler için makul kabul edilemeyecek düzeyde fiyatlar belirlemesidir. Bu karar, Komisyunun daha önce yukarıda ifade ettiğimiz gibi mal/hizmet vermeyi reddetme değil aksine lisans vermeyi reddetmeye yönelik karar aldığını göstermektedir. Şöyle ki Microsoft, patent lisansı ve gizli ara işlerlik bilgileri için lisans ücretini makul olmayacak düzeyde belirlemiştir.

Yukarıda belirttiğimiz hususlar çerçevesinde somut olay bakımından esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması mümkündür. Kanımızca Windows işletim sistemi ile iletişimi sağlayacak ara bilgiler esaslı unsur niteliğindedir ve bu bilgiler müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarında bulunmaktadır. Bu bilgilerin kullanılması suretiyle sunucu ürünlerinin üretileceği pazar ise iş grubu işletim sistemleri pazarıdır. Dolayısıyla müşteri işletim sistemleri pazarındaki hâkim durum diğer pazarda sahip olunan hâkim durumu devam ettirmeye yönelik olarak kötüye kullanılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde, bu pazarlar arasında alt pazar üst pazar ayırımının yapılamayacağını; zira birinci pazarın (müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarı), ikinci pazarda (iş grubu işletim sistemi pazarı) üretim yapacak teşebbüslerin bu üretimi gerçekleştirebilmeleri için kendilerine gerekli olan unsur veya girdinin pazarlandığı bir piyasa olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁵⁰. Kanımızca burada doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi dikey ilişkili

⁶⁴⁶ Komisyon kararı, para. 725.

⁶⁴⁷ Order of the President of the Court of First Instance, 22 December 2004, Case T-201/04 R.

⁶⁴⁸ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/359&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; 11.11.2007.

⁶⁴⁹ <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/318&format=HTML&aged=0>, 2.03.2008.

⁶⁵⁰ Gürzumar, s. 182.

pazarlar yerine yatay ilişkili pazarlar söz konusudur⁶⁵¹. Şöyle ki Microsoft, iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarındaki rakiplerinin bu pazarda ürettiği ürünlerin Windows müşteri bireysel bilgisayarları işletim sistemiyle ara işlerliğinin sağlanması için gereken ara işlerlik bilgilerini sağlamaktan kaçınmaktadır. Ayrıca, esaslı unsur doktrini açısından önem arz eden, esaslı unsurun bulunduğu pazar ile bu unsurun kullandırılması sureti ile mal/hizmetin sunulacağı pazarın tespit edilmesidir. Somut olayda ara işlerlik bilgileri de müşteri bireysel bilgisayar işletim sistemi pazarının önemli bir ögesini oluşturmaktadır.

6. Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları ve Esaslı Unsur Doktrini

Türk rekabet hukuku uygulamasında esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları açısından işlevselliği hususunda Rekabet Kurulunun önüne gelmiş bir olay ile karşılaşmamaktayız. Bununla birlikte doktrinde, yayın haklarına ilişkin olarak verilmiş örnekler söz konusudur⁶⁵². Ancak kanımızca verilmiş olan bu örnekler esaslı unsur doktrininin uygulanma koşullarını karşılamayan örneklerdir.

Karara konu olayda, Teleon sahip olduğu yayın hakkı vasıtasıyla banda kaydettiği görüntüleri spor programlarında kullanmak isteyen diğer televizyon yayıncısı kuruluşlara satışı zorlaştırmaya yönelik koşullar öne sürmektedir. Böylelikle banda kaydedilmiş görüntüler pazarındaki hâkim durum, televizyon yayınları pazarında kötüye kullanılmıştır. Şöyle ki, Teleon TFF ile yapılan sözleşme maddelerindeki yükümlülüğünü zorlaştırmaya yönelik şartlar öne sürerek yerine getirmemektedir. Böylelikle hâkim durumunu kötüye kullanmakta ve diğer yayın kuruluşlarına lisans vermeye zorlanmaktadır. Bu bağlamda zorunlu lisansa ilişkin tedbir kararı alınmıştır. Tedbir kararının yürütülmesinin durdurulması istemiyle Teleon Danıştay'da dava açmış, Danıştay 10. Dairesi bu talebi reddetmiştir. Bu karara Teleon tarafından Danıştay İdari Davalar Genel Kurulu nezdinde itiraz edilmiş, Genel Kurul 26. 05. 2000 tarih ve 2000/258 sayılı kararı ile itirazı reddetmiştir. 06. 02. 2001 tarihinde Kurul soruşturmaya ilişkin nihai kararını vermiştir. Bu karar, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin nihai karar toplantısına katılarak oy kullanmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile Danıştay 13. Dairesinin 1. 7. 2005 tarih ve 2005/934 E., 2005/3395 K.

⁶⁵¹ O'Donoghue – Padilla, s. 207.

⁶⁵² Kaya, Yüksel: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, rekabet.gov.tr/word/yukselkaya.doc, 1.06.2007, s. 49 vd.

sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu karar üzerine, 26.09.2005 tarihinde dosyaya ilişkin nihai karar verilmiştir⁶⁵³.

Nihai karar; “.....Satıcı açısından bu eylemin amacı , pazarın kapatılması, giriş engeli yaratmak ve belirli teşebbüslere avantaj sağlamak olabilir. Bir başka deyişle, teminat mektubu talebi ile bazı yayıncıların söz konusu görüntüleri satın almaları pratikte olanaksız kılınmaktadır.

Görüntülerin satın alınmasının zorlaştırılması ile de hem dekoder satışlarının artırılması hem de hak sahibi yayıncı kuruluşla yakın ilişkide olduğu bilinen açık televizyon kanalının (Star TV) rekabette avantajlı konuma geçirilmesi amaçlanmaktadır. Söz konusu eylem hâkim durumdan kaynaklanan güçlerini kötüye kullanma hallerine uygunluk göstermektedir.” şeklindedir.

Bu dava açısından esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulabilmesi için Teleon'un elindeki görüntülerin diğer pazarda faaliyette bulunan televizyon yayıncıları açısından esaslılık arz edip etmediği araştırılmalıdır. Bu yayınlar olmadan diğer yayıncıların - dava konusu olay açısından Show TV – televizyon yayıncılığı pazarından faaliyette bulunmalarının söz konusu olup olmayacağı incelenmelidir. Ancak bu durumun ispatı sonucunda, esaslı unsur doktrininin uygulanması mümkün olabilecektir.

7. Değerlendirme

Fikri mülkiyet haklarının en önemli özelliği, her birinin insan zihninin yarattığı ürünler olması, fikri çabanın sonucu olmasıdır. Buluşlar, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, ticari markalar, edebiyat ve sanat eserleri ve bunlar gibi bilgisayar programları insan zihninin ürünleridir⁶⁵⁴. Fikri mülkiyet haklarının kanunlarla düzenlenmesinin nedeni, sahibinin tekel olarak sahip olduğu yararlanma hakkını koruma altına almaktır. Böylelikle de yaratıcılığı, yeniliği teşvik etmektedir⁶⁵⁵. Sanatçının, bilim ve düşün adamının, buluşçunun, tasarımcının ve bir işletme temelinde gösterilen çabanın yani işletmesel emeğin, yetenek ve yatırımın teşviki, bunların yasaklayıcı, tekeli, manevi ve mali haklarla korunması ile mümkündür. Eserin, buluşun, tasarımın ve işaretin sağladığı manevi ve mali yararların münhasır sahibi olması, bunlar taklitlerden ve iltibastan korunmalı ve ürünü çoğaltma, yayma

⁶⁵³ RK kararı, K. Sa.: 05 – 61/900 – 243 – 159, KT.: 26.09.2005.

⁶⁵⁴ Erdem, s. 12.

⁶⁵⁵ Oktay Özdemir, s. 175; Tekinalp, s. 28; Lipsky – Sidak, s. 1219.

ve en geniş anlamı ile ticaret mevkiine koyarak her çeşit ekonomik değerlendirme hakkı münhasıran sahibine tanınmalıdır⁶⁵⁶.

Fikri ürünler daha kolay ve masrafsız şekilde kopyalanabilir ve tükenmez. Fiziki ürünlerse, aynaların yapılması açısından daha zor olup masraf gerektirmektedir. Ayrıca kapasite sınırlamalarına tabidir⁶⁵⁷. Bu yüzden yeni bilginin yaratılabilmesi isteğini korumak için hukuk sistemleri yaratıcıya/buluşçuya bu bilginin münhasırlığını veya kullanımının münhasırlığını koruma yetisini vermektedir.

Fikri mülkiyet hakkına sahip olmak kendiliğinden hâkim durum bahşetmemektedir. Ne zaman ki korunan ürünün ilgili pazarda ikamesi mevcut değilse fikri mülkiyet hakkı sahibi hâkim durumdadır. Bu yüzden, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki gerilim, hâkim durumdaki fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans vermeyi reddetmesi halinde ortaya çıkmaktadır.

Burada çözümlenmesi gereken en temel mesele, lisans vermeyi reddetmenin diğer mal/hizmet vermeyi reddetme halleri ile bir tutulup tutulmayacağıdır. Sıkı sıkıya rekabet politikasına bağlı olmak yenilik alanında yapılacak yatırımları etkileyebileceği gibi global ekonomide belirli stratejik sektörlerin rekabet edilebilirlik kabiliyetinin kaybına neden olabilecektir. Özellikle ilaç sanayi, bilgisayar yazılımları gibi sektörler bunlardan bazılarıdır. Bununla birlikte fikri mülkiyet hakkı sahiplerini rekabet kurallarının uygulama kapsamı dışında bırakmak ise makul olmayacak düzeyde tekel gücüne neden olabilecektir⁶⁵⁸.

Kanımızca, Amerikan uygulanmasında benimsenen karine yaklaşımı, fikri mülkiyet haklarının kullanılmasına ilişkin tek taraflı uygulamaların rekabet kurallarına tabi tutulmasının getireceği yenilik üzerindeki olumsuz etkileri giderme ihtiyacındandır.

Amerika'da savunulan baskın görüşe göre⁶⁵⁹, eğer fikri mülkiyet hakkı birden fazla pazarı koruyorsa, fikri mülkiyet hakkı sahibinin tüm bu korunan pazarlarda münhasır hakkını kullanması kötüye kullanım olarak kabul edilemez. Bir patent sahibi, fikri mülkiyet hakkının kapsamında olan hakları kullandığı takdirde bir pazardaki hâkim durumunu diğer pazardaki rekabet koşullarını bozduğu şeklinde bir

⁶⁵⁶ Tekinalp, s. 28.

⁶⁵⁷ O'Donoghue – Padilla, s. 422.

⁶⁵⁸ Opi, s. 443.

⁶⁵⁹ Burling – Lee – Krug, s. 539; Hovenkamp, s. 330; Opi, s. 488.

suçlamayla karşı karşıya kalmamalıdır. Zira fikri mülkiyet hakları sahibine farklı pazarlardaki rekabeti dışlama hakkını vermektedir. Bu bağlamda, Kodak davasında söz konusu olan Yüksek Mahkeme kararı fikri mülkiyet hakkı sahipleri üzerinde aleyhe etki doğurabilmektedir. Şöyle ki zorunlu lisansa hükmetmek ve rakiplerin fikri mülkiyet haklarına erişimini kolaylaştırmak yoluyla üreticilerin Ar-Ge yapmalarını engelleyecektir. Yalnız burada kanımızca, bir başka açıdan daha konuya yaklaşmak gerekmektedir. Yedek parçaların tedarikinin kesilmesine ilişkin davalar, süregelen bir ticari ilişkinin kesilmesi ile ilgilidir. Dolayısıyla, bu davalar bir de ortada objektif haklı sebep olup olmadığına bakılıp bu açıdan incelemeye tabi tutulmalı idiler. Aspen davasında Yüksek mahkeme, hâkim durumdaki bir teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesinin mutlak olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, önemli derecede pazar gücüne sahip olan teşebbüsün haklı bir ticari gerekçe olmaksızın rakibiyle mevcut iş ilişkisini devam ettirmeyi reddetmesini dışlayıcı uygulama kapsamında değerlendirip Sherman Kanunu İkinci Bölümünün ihlâlini oluşturduğuna hükmetmiştir.

Fikri mülkiyet ile rekabet hukuku birbirlerini tamamlayıcıdır. Her ikisi de tüketici refahını arttırma amacındadır. Bu da dinamik etkinlik sağlamak suretiyle olabileceği gibi fiyat rekabeti sağlamak sureti ile de gerçekleşebilir. Dolayısıyla, bir fikri mülkiyet hakkı sahibinin hangi koşullar altında hâkim durumunu kötüye kullandığını hem fikri ürünlerin kendine has özellikleri hem de her iki hukuk dalının ortak amacı göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirilmelidir.

Öncelikle belirtilmelidir ki fikri mülkiyet hakları yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılması ve bu bağlamda esaslı unsur doktrininin uygulama alanı bulması, istisnai koşullarda söz konusu olacaktır. Volvo ve Renault kararlarında mahkeme, lisans vermeyi reddetmenin hangi koşullarda kötüye kullanma teşkil ettiğini belirlememiştir. Bununla birlikte, örnekleyici şekilde fikri mülkiyet hakları ile bağlantılı olabilecek kötüye kullanım teşkil eden davranışları saymıştır.

IMS kararı ATAD'ın fikri ürünlerin diğer fiziki ürünlere nazaran rekabet kuralları karşısında farklı bir çerçevede incelenmesi gereğini teyid eden bir karardır. ATAD kararında Magill koşullarına değinerek bunların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Kararın 38. paragrafında mahkeme, içtihadının açık olduğunu ve bu bağlamda alt pazardaki faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için vazgeçilmez olan bir fikri mülkiyet hakkının lisans olarak verilmesinin reddinin kötüye

kullanım olarak kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte aranması gerektiğini belirtir. Bunlar sırasıyla, hakkında potansiyel tüketici talebinin bulunduğu yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi; ortada herhangi bir objektif haklı sebebin bulunmaması ve son olarak da lisans vermeyi reddin alt pazardaki rekabeti dışlamak amacıyla yapılmış olmasıdır. Doktrinde, bu paragrafta ifade edilenlerle birlikte ATAD'ın süre gelen tartışmaya son noktayı koyduğu belirtilmektedir⁶⁶⁰.

Yeni ürün koşulunun aranması, fikri mülkiyet hakkının korunmasına yönelik menfaat ile serbest rekabeti koruma menfaati arasındaki dengenin sağlanmasına ilişkindir. Rekabeti koruma menfaati ancak, lisans vermeyi reddin ikincil pazarın gelişiminin tüketiciler zararına engellenmesi halinde üstün gelebilir. Bu nedenle de rakip tarafından sunulmak istenen ve fikri mülkiyet hakkı sahibince daha önce sunulmamış potansiyel talebin olduğu yeni ürün ve hizmetlerin üretilmesi durumunda lisans vermeyi red hali kötüye kullanmaya yol açabilir.

Magill ve IMS'te dava konusu olaylar, telif hakkına ilişkindir. Dolayısıyla doktrinde diğer fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak da aynı koşulların geçerli olup olmayacağı tartışma konusu yapılmış ve bu noktada Komisyonun Microsoft kararının önem arz ettiği ifade edilmiştir⁶⁶¹. Zira Microsoft davasına konu olan olaylar hem telif hakkı hem de patente ilişkindir.

Microsoft davasında Komisyon, yeni ürün koşulunu tartışma konusu yapmamıştır. Öncelikle Komisyon, Microsoft'un red eyleminin tüketiciler zararına teknik gelişmenin sınırlanmasını teşkil ettiğini belirtmiştir. Ara işlerliğin kesilmesi ile tüketiciler, iş grubu sunucu işletim sistemi pazarında gittikçe Microsoft'un ürünlerine kilitlenmekte ve bu da Microsoft'un rakipleri tarafından yenilikçi iş grubu işletim sistemi ürünlerinden tüketicilerin faydalanamamalarına yol açmaktadır. Böylelikle rakiplerin yeniliklerini pazarlama imkânı sınırlandırılmakta ve onların yeni ürün oluşturmaları için gereken istekleri ortadan kalkmaktadır. Rakipler ara işlerlik bilgilerine sahip olabilselerse daha gelişmiş ürünleri üretebilme imkânına sahip olabileceklerdir.

Sonuç itibarıyla Magill'den başlayan istisnai koşullar yaklaşımı artık hakkında herhangi bir ihtilaf olmaksızın gerek mahkemeler gerekse Komisyonca uygulanmaya başlamıştır. Ancak bu koşullar arasında sayılan "yeni ürün"ün ortaya çıkarılmasının

⁶⁶⁰ Derclaye, The IMS Health, s. 397 vd.

⁶⁶¹ Derclaye, The IMS Health, s. 405.

engellenmesi gerek doktrinde gerekse Komisyon ile ATAD'ın vermiş olduğu kararlarda tartışmalıdır. ATAD en son IMS davasında bu koşulu aramasıyla istisnai koşullara yeni ürünü de eklemiş gözükmeyle beraber Komisyonun bu hususta aynı görüşte olduğunu söylememiz mümkün değildir.

Yeni ürün koşuluna sıkı sıkıya bağlı olmak her dava açısından uygun olmayabilir. Burada önemle göz önünde bulundurulması gereken husus, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun ekonomik etkinliği sağlama ortak amacına sahip olmalarıdır. Böylelikle fikri mülkiyet hukuku teşebbüsleri yenilik yapmaya teşvik ederken rekabet hukuku da teşebbüslere yenilik yapmaları doğrultusunda baskı yapmaktadır. Bununla birlikte, rekabet hukuku aynı zamanda kaynakların etkin dağılımını sağlama fonksiyonunu da ifa etmelidir. Böylelikle pazarda hâkim durumda olan teşebbüslerin tüketicileri sömürmeleri de önlenmiş olur. İkinci pazarda, rekabetin yaratılması ya da devamının sağlanması, bu pazardaki tüketici tercihlerinin atmasına yol açar. Yine bu pazardaki teşebbüslerin daha kaliteli hizmet/mal sunmaları, fiyat rekabetinin oluşumu sağlar. Bu açıdan da tüketici refahının artması söz konusu olur.

Microsoft davasında Komisyonun yeni ürün şartını ayrıca aramaması yerinde bir yaklaşımdır. Zira dava konusu olay açısından bakıldığında, Microsoft'un rakipleri iş grubu sunucu işletim pazarında Microsoft bu pazara girmeye karar vermesinden çok önce mevcuttur. Microsoft bu pazara girmeye karar verince ara işlerlik bilgilerini vermeyi kesmiştir. Bu durumda yeni ürün koşulunun aranması, rakiplerin evvelce sunmakta oldukları ürünleri değiştirmeleri gerektiği anlamına gelmektedir. Bu kapsamda da Microsoft'un bu pazara hâkim durumunu yayması uygun görülecektir. Ancak, kanımızca böyle bir sonuç uygun görülmemelidir. İkinci pazarda rekabet koşullarının sağlanması aracı olan esaslı unsur doktrininin uygulanması ile hem Komisyonun ifade ettiği gibi rakiplerin yenilikte bulunmaları teşvik edilecek hem de tüketici refahı artmış olacaktır. Bu bağlamda yeni ürün koşulu her dava konusu olay açısından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

V. Hâkim Teşebbüsün Lisans Vermeyi Reddetmesinin Hukuki Sonuçları

Gerek Topluluk hukukunda gerekse Türk hukukunda hâkim durumdaki teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetme fikri mülkiyet hukuku açısından ise lisans vermeyi reddetme suretiyle rekabete aykırı davranışlarının kamu ve özel hukuk alanında yaptırımları söz konusudur. Türk rekabet hukukundaki idari yaptırımların

menşei Topluluk hukuku mevzuatı olmaktadır⁶⁶². Bu bağlamda öncelikle bu bölümde Komisyon ve Rekabet Kurulu tarafından ihlalin tespiti halinde teşebbüslere uygulanan idari yaptırımlara ilişkin sonuçlar üzerinde detaylı olarak durulacak daha sonra özel hukuka ilişkin sonuçlara genel olarak değinilecektir.

A. Kamu Hukukuna İlişkin Sonuçlar

ATA m. 82'nin ihlâli hâlinde uygulanacak idari yaptırımların hukuki temelini 1/2003 sayılı Tüzük⁶⁶³ oluşturmaktadır. Tüzük m.7 (1)'e göre, Komisyon 82. maddenin ihlalinin tespit ettiği takdirde ilgili teşebbüsün ihlali sona erdirmesine yönelik karar verebilmektedir. Tüzükte bu duruma açıklık getirebilmek için düzenlemenin devamında, Komisyonun ihlalle orantılı olarak ve ihlali etkin bir şekilde sona erdirebilmek amacıyla davranışa ilişkin⁶⁶⁴ veya yapısal⁶⁶⁵ yaptırımları uygulayabileceği ifade edilmiştir.

1. Davranışa İlişkin Yaptırımlar

Davranışa ilişkin yaptırımlar hâkim teşebbüsün belirtilen yönde davranması veya belli bir davranıştan imtina etmesi şeklinde tezahür etmektedir⁶⁶⁶. Çalışmamız açısından üzerinde durduğumuz anlaşma yapma yükümlülüğü ve bu durumun fikri mülkiyet hukuku açısından yansıması olan “zorunlu lisans” bir davranışsal yaptırımı teşkil etmektedir. Yapısal yaptırımlar ise, hâkim teşebbüsün yapısına ilişkin daimi değişiklikler öngörmektedir. Ancak bu son belirtilen yaptırımlar ancak davranışa ilişkin aynı etkinlikte yaptırımın söz konusu olmaması halinde uygulanabilecektir.

Rekabet Kanunu gereğince Rekabet Kurulu, teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlardan kaçınmalarına dair kararlar alabileceği gibi bu teşebbüslerin belirli bir davranışı yerine getirmelerine de hükmedebilir (RKK m. 9/1)⁶⁶⁷. Örneğin mal veya

⁶⁶² Sanlı, s. 385; İkizler, s. 348.

⁶⁶³ 1/2003 sayılı Tüzük, OJ 2003 L 1/1 .

⁶⁶⁴ “Behavioural”.

⁶⁶⁵ “Structural”.

⁶⁶⁶ Doktrinde bir görüş bu tür yaptırımları “Yapma – Yapmama Emri” başlığı altında toplamıştır (bkz., İkizler, s. 349). Diğer bir görüş de bu tür kararları “İdare hukuku Alanındaki Sonuçlar” başlığı altında incelemiştir. Bu kapsamda, rekabetin yeniden tesisi ve ihlalden önceki durumun korunmasını sağlamak amacıyla teşebbüslere müspet veya menfi davranma yükümlülüğü yüklenmektedir (bkz., Sanlı, s. 38).

⁶⁶⁷ RKK. m. 9/1'e göre; “Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanununun 4, 6 ve 7. maddelerinin ihlal edildiğini tesbit 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.”

hizmet tedarik etme yükümlülüğü, lisans verme yükümlülüğü gibi. Bu kapsamda Kurulun yapılması ya da yapılmamasını istediği davranışı somutlaştırması aranmalıdır.⁶⁶⁸

Zorunlu lisans yaptırımı, RKK'da açıkça düzenlememekle birlikte m. 27 (a)⁶⁶⁹, m. 9/I gereğince Kurulun zorunlu lisansa hükmedebilmesi mümkündür⁶⁷⁰. Doktrinde zorunlu lisans hususu teknolojik ürünler⁶⁷¹ açısından değerlendirme konusu yapılmıştır⁶⁷². Ancak burada çalışmamız açısından göz önünde bulundurulması gereken iki ayrı pazarın varlığıdır. Bu bağlamda teknolojik ürünün diğer teşebbüsler tarafından kullanılması iki şekilde gerçekleşmektedir. Öncelikle, bizzatı ilgili teknolojik ürün diğer teşebbüsler tarafından kendi ürünlerinin/hizmetlerinin üretiminde kullanılabilir. Bu duruma örnek olarak da telif hakkı ile korunan bir bilgisayar programının yeni geliştirilen bir başka bilgisayar programının bir parçası olarak kullanılması gösterilmiştir. Böylelikle dinamik etkinlik sağlanmış olmaktadır. Bir diğer hal; teknolojik ürünün somutlaştığı mal ve hizmetlerin diğer teşebbüslerin ticari faaliyetlerine konu olmasıdır. Örnek olarak da, patentli bir ara ürünün başka bir malın üretiminde kullanılması veya yedek parça niteliğindeki patentli ürünün servis teşebbüsleri tarafından kullanılması gösterilmiştir. Doktrinde verilmiş olan bu örneklere ilaveten ancak teknolojik ürünle ilgili olmayan ve yine zorunlu lisansın söz konusu olduğu Magill davasının konusu olan örneği göstermemiz mümkündür. Bu bağlamda, telif hakkı ile korunan ürünlerin (program listeleri) diğer pazarda rakiplerin faaliyette bulunabilmesi için esaslılık arz etmesi halinde bu ürünlerin zorunlu lisansa konu olabilmesi mümkündür.

Türk hukuku açısından Kurulun fikri mülkiyet hakları için zorunlu lisansa hükmedebilmesini engelleyen herhangi bir fikri mülkiyet düzenlemesine de

⁶⁶⁸ **İkizler**, s. 350; RKK. m. 9/III'te Kuruldan ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin görüşlerini ilgili teşebbüse ya da teşebbüs birliklerine yazılı olarak bildirmesi istenmiştir. Bu durum aynı zamanda m. 52'nin de bir gereğidir. 52. maddeye göre, "*Verilen karar ile taraflara yüklenen görevler ve tanınan haklar şüphe ve tereddüte yol açmayacak şekilde açık yazılmalıdır*".

⁶⁶⁹ Kurulun Görev ve Yetkileri başlığı altında RKK. m. 27 (a); "*.....bu Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak*" Kurulun yetki ve görevleri arasında sayılmıştır.

⁶⁷⁰ **Odman**'a göre, RKK m. 11 (b) gereği, birleşme veya devralma sonucu ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının üçüncü kişilere temlikine ve devrine dahi karar verme yetkisine sahip olan Kurulun evleviyetle zorunlu lisansa hükmedebileceği şüphesizdir (bkz., **Odman**, s. 294).

⁶⁷¹ **Teknolojik ürün**, endüstriyel alanda yararlanılabilecek teknik nitelikteki fikri ürünlerdir (bu konuda bkz. **Odman**, s. 38 vd.).

⁶⁷² **Odman**, s. 294.

rastlamamaktayız. Bu bağlamda, rekabet kurallarının fikri mülkiyet haklarına müdahalesinde iki hukuk dalı arasındaki ilişki göz önünde bulundurulmalıdır. Böylelikle, fikri mülkiyet hakları ile rekabet kurallarının denge içinde bulunduğunu ve bu doğrultuda fikri mülkiyet haklarının özünde yer alan münhasırlığın rekabet kurallarınca hak sahiplerinin araştırma ve yatırım yapma isteklerini ortadan kaldırmayacak şekilde diğer yandan elde edilen ödülün rakipler ve tüketiciler aleyhine kötüye kullanılmasını engelleyecek tarzda her iki hukuk dalının dengeleme amacı güttüğünü kabul etmek gerekmektedir⁶⁷³.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, fikri mülkiyet haklarının niteliğinden kaynaklanan, onun fonksiyonlarını icra etmesini sağlayan yetkilerin kullanılması Rekabet Hukukunun getirdiği yasaklayıcı hükümlere tâbi tutulmamalıdır⁶⁷⁴. Ancak burada RKK.'nin amacı göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁷⁵. Bu doğrultuda, hakkın rekabet düzenini bozacak şekilde kullanılması hiç şüphesiz yaptırımsız kalmayacaktır ve rekabet kurallarının uygulama alanına girecektir. Bu görüşümüzü destekler nitelikte olarak 554 sayılı ETKHK⁶⁷⁶ m. 1'de bu Kararnamenin amaçları arasında, rekabet ortamının oluşturulmasını ve sanayinin gelişmesini sağlamak gösterilmiştir. Rekabet kurallarının fikri mülkiyet haklarına müdahalesindeki sınırı tespitte bize yol gösterecek olan gerek Topluluk gerekse Amerikan rekabet uygulamaları olacaktır.

551 sayılı PatKHK.⁶⁷⁷ m. 80'de Patent'in Kullanımının Sınırları başlığı altında, *“Bir patent konusunun kullanımı yasalara veya genel ahlaka veya kamu düzenine veya genel sağlığa zarar verecek şekilde olamayacağı gibi; bu kullanım, mevcut veya gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanuni yasaklamalara ve sınırlamalara da bağlı olacaktır”* şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu bağlamda Kurulun öngöreceği zorunlu lisans yaptrımı, patent hakkının kullanımının Rekabet Kanunu'na aykırılık dolayısıyla sınırlandırılması çerçevesinde düşünülebilir⁶⁷⁸.

⁶⁷³ Kaya, s. 6.

⁶⁷⁴ Oktay Özdemir, s. 201.

⁶⁷⁵ RKK. m. 1; *“Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.”*

⁶⁷⁶ RG, 27.06.1995, S. 22326.

⁶⁷⁷ RG, 27.06.1995, S. 22326.

⁶⁷⁸ Odman, s. 295; Ölmez, s. 30.

Yine PatKHK. m. 93'te Rekabetin Kötüye Kullanımı başlığı altında, “*Bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebilir*” düzenlemesi yer almaktadır. Doktrinde, düzenlemede yer alan “haksız rekabete ilişkin genel hükümler” ifadesinin rekabeti koruyucu kuralları da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁶⁷⁹.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda⁶⁸⁰ hakkın kullanımı ile ilgili getirilmiş bir sınırlandırmayı içeren düzenleme görmemekteyiz. Bununla birlikte FSEK m. 38/VI'da ara işlerlik⁶⁸¹ ile ilgili fiiler düzenlenmektedir. Bu kapsamda, bilgisayar programını kanuni olarak elde eden kişiler program ara yüzü ile ilgili bilgileri çıkararak bu programla kendilerinin üreteceği programların çalışmasını, birbiriyle uyumlu olmasını (ara işlerlik) sağlama hakkına kavuşmaktadır. Program sahibinin bu kişileri engellemeye çalışmak suretiyle ara yüzle ilgili bilgilerin verilmemesi sonucunda hâkim durumdaki teşebbüsün bu gücünü alt pazardaki rekabeti etkileme yönünde kullanması söz konusu olabilecektir. Rekabete aykırı bu etkiyi kaldırmak için m.38/VI'da düzenleme yer almaktadır⁶⁸². Bu düzenleme

⁶⁷⁹ Buna gerekçe olarak da, hem mehzaz metinde (İspanyol Patent Kanunu) açıkça rekabeti koruyan hükümlere atıf yapılması hem de maddenin başılığının “Rekabetin Kötüye Kullanılması” şeklinde olması gösterilmektedir (bkz., **Odman**, s. 323). Kanımızca, TTK. m.57/X uyarınca, haksız rekabet hükümleri ile rekabet kurallarının bir arada uygulanması imkân dâhilindedir. Bu düzenlemeye göre; “*Rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmemek*” haksız rekabet halidir. Böylelikle RKK.'ya göre rekabet koşullarını bozan bir davranış aynı zamanda TTK'ya göre haksız rekabet teşkil edebilir (bkz., **Sanlı**, s. 55 dn. 130).

⁶⁸⁰ RG, 13.12.1951, S. 7981.

⁶⁸¹ Ara işlerlik, donanım ve yazılım arasındaki fonksiyonel etkileşim ve bağlantı olarak bilinmekte ve bilgi değişimi ve değişilen bilginin karşılıklı olarak kullanımı yeteneğidir (**Kaya**, s. 36). FSEK'te ara işlerlik şu şekilde tanımlanmıştır: “*bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneği*” (m.1/B (i)). Donanımdan, program yüklenmeden önce bilgisayarı çalıştıran tüm sabit bileşenler anlaşılır. Yazılım kavramına program yanında akış planları, yapı programları, programı tanımlayan diğer geliştirme dökümantasyonları ve programı anlamak için kullanıcıya teslim edilen malzeme dâhildir (bkz., **Eroğlu**, s. 1).

⁶⁸² FSEK m. 38/VI'da yer alan düzenleme şöyledir; “*bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programları ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kodun çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir:*

1. *Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi,*
2. *Ara işlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımına sunulmaması,*

Bilgisayar Programlarının Hukuken Korunmasına Dair Direktifteki⁶⁸³ 6. maddeyle örtüşmektedir.

2. Yapısal Yaptırımlar

1/2003 sayılı Tüzük, Komisyona yapısal yaptırım uygulama yetkisini vermiştir. Bu tür yaptırımlar, teşebbüsün ihlalin gerçekleşmesinden evvel mevcut yapısının değiştirilmesine ilişkindir. Bu bağlamda, teşebbüsün bölünmesi, belirli bir biriminin feshedilmesi veya muhasebesinin ayrılması⁶⁸⁴ şeklinde gerçekleşebilir⁶⁸⁵.

Tüzükteki m.7 (1) ile Başlangıç kısmındaki m.12'yi göz önünde bulundurduğumuzda yapısal yaptırımların üç koşulun bir arada olması halinde söz konusu olabileceğini söylememiz mümkündür⁶⁸⁶.

- Bu yaptırıma son çare olarak başvurulacaktır; eğer davranışa ilişkin yaptırımlar yapısal yaptırımlara nazaran daha etkisiz kalıyorsa bu durumda uygulanacak yaptırımlar yapısal olanlardır. Davranışa yönelik yaptırım, mevcut ihlali sona erdirmeye ve pazarı ihlalden önceki rekabetçi yapısına getirmek için yeterli sayılıyorsa etkin demektir⁶⁸⁷.

- Yapısal yaptırımlar etkin olmalıdır.
- Yapısal yaptırımlar orantılı olmalıdır.

Etkinlik ve orantılılık ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken, bu tür yaptırımların amacının ihlale son vermek ve etkin rekabeti tekrar sağlamak olmasıdır. Bununla birlikte, ihlali gerçekleştirenin cezalandırılması amaç değildir. Etkin rekabetin tekrar sağlanması da tüketici refahını arttırmaya hizmet etmek demektir.

Amerikan rekabet hukukunda mahkemelerin pazarı rekabetçi yapıya tekrar kavuşturabilmek amacıyla teşebbüslerin yapısına ilişkin kararlar alabilme yetkisi

3. *Bu fiilerin ara işlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olması.*"

⁶⁸³ 91/250 EEC Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs.

⁶⁸⁴ "Accounting separation".

⁶⁸⁵ O'Donoghue – Padilla, s. 733.

⁶⁸⁶ O'Donoghue – Padilla, s. 735.

⁶⁸⁷ O'Donoghue – Padilla, s. 735.

bulunmaktadır. Bu kapsamda teşebbüslerin bölünmesine dahi karar verebilmektedirler. Türk rekabet hukuku açısından konuya yaklaştığımızda ise bu hususa ilişkin olarak RKK.'da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak Topluluk hukukunda 17/62 sayılı Tüzük yürürlükteyken Komisyonun böyle bir yetkiye zımni olarak sahip olduğu savunulmaktaydı. Zira düzenlemede Komisyonun rekabeti ihlal eden teşebbüse bu ihlali sona erdirmesini emredebileceği yer almaktaydı. Bu doğrultuda da zımni olarak Komisyonun yapısal yaptırımlar uygulayabileceği ileri sürülmekteydi⁶⁸⁸. Kanımızca, RKK. m. 9'de belirtilen rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi gereken davranışları kapsayan bir kararın Kurul tarafından bildirilmesine ilişkin düzenlemenin, zımni olarak Kurula yapısal yaptırımları uygulama yetkisini verip vermediği tartışma konusu yapılabilir. Ancak bu tartışmanın kamu düzeni ve mülkiyet hakkına ilişkin Anayasal düzenlemeler ile genel hukuk kaideleri çerçevesinde yapılması gerekmektedir⁶⁸⁹. Bununla birlikte Topluluk hukukunda belirtildiği şekilde hangi koşullar altında böyle bir uygulamanın yapılacağı dikkate alınmalıdır.

3. İdari Para Cezası

Bir diğer kamu hukukuna ilişkin yaptırımı, para cezaları oluşturmaktadır. Tüzük m. 23 (2), Komisyonun para cezası uygulamaya yönelik hukuki yetkisini göstermektedir. Bu bağlamda Komisyon, m. 82'nin ihlali halinde para cezasına hükmedebilecektir. Bu da hâkim teşebbüsün bir önceki iş yılında dünya çapında elde etmiş olduğu yıllık cirosunun %10'a kadar olan miktarını oluşturmaktadır.

RKK.'da "İdari Para Cezaları" başlığı altında düzenlenen m. 16/III'ye göre⁶⁹⁰, hâkim durumun kötüye kullanılması halinde ilgili teşebbüse Kurulca para cezası tayin edilmektedir. Bu doğrultuda hâkim teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetme suretiyle durumunu kötüye kullanması hiç şüphesiz para cezasını gerektirecektir. Bununla birlikte Kurul, teşebbüsün bildirimde belirtilen şekilde davranmaması halinde RKK. m. 17/a gereği⁶⁹¹ bu teşebbüsü kararda belirtilen tarihten itibaren her gün işleyecek süreli para cezasına da mahkum edecektir.

⁶⁸⁸ O'Donoghue – Padilla, s. 734.

⁶⁸⁹ Odman, s. 297.

⁶⁹⁰ RKK. m. 16/III'ye göre; " *Bu Kanunun....6.maddesinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlar, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin... idari para cezası verilir.*"

⁶⁹¹ Süreli Para Cezaları başlığını taşıyan RKK. m 17'ye göre; "*Kurul, teşebbüs ve teşebbüs birliklerine, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla,*

RKK m. 16/III'ye göre, para cezası nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadardır. IV. fıkraya göre, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına verilmiş olan cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilir. Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, incelemeye yardımcı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır.

RKK. m.55'te Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına ve idari para cezalarına ilişkin kararlara karşı iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görüleceği belirtilir.

B. Özel Hukuka İlişkin Sonuçlar

Topluluk Rekabet Hukuku, karteller, rekabetin diğer kısıtlanmalarının ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının özel hukuktaki sonuçlarını düzenleme konusu yapmamış bu durum ulusal hukuklara bırakılmıştır. Türk Rekabet hukuku açısından konuya yaklaştığımızda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı beşinci bölümünde RKK'nın 4. maddesine aykırı her tür anlaşma ve teşebbüs birliği kararının geçersizliği ile çalışmamız açısından önem arz eden ve teşebbüslerin tek taraflı davranışları suretiyle hâkim durumlarını kötüye kullanması halinde zarar görenlerin tazmin hakkı düzenlenmektedir⁶⁹². Zira, RKK m. 57; ".....yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan

a) Nihai karar veya geçici tedbir kararı ile getirilen yükümlülükler ya da verilen taahhütlere uyulmaması, durumundahergün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verir.

⁶⁹² Çalışmamız açısından esasen göz önünde bulundurulacak hâkim teşebbüsün tek taraflı davranışları suretiyle bu durumunu kötüye kullanılmasıdır. Bununla birlikte, hâkim teşebbüsün hukuki işlem yolu ile bu konumunu kötüye kullanması da elbette ki mümkündür.

zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.....” şeklinde bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir.

RKK. m. 57 ve 58 açıklanırken doktrinde baskın görüş haksız fiil sorumluluğunda kullanılan hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarını aramaktadır⁶⁹³.

RKK. m.57’de “her türlü zarar”dan bahsedilmesi doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına yol açmıştır. Bizim de katıldığımız bir görüş; bu kavramın maddi ve manevi zararı kapsadığını savunurken⁶⁹⁴, diğer görüş burada kast edilenin maddi tazminat olduğunu savunur ve manevi tazminatın BK 49 çerçevesinde istenebileceğini belirtir⁶⁹⁵.

RKK. m. 58/1 maddi zararın hesaplanmasına yönelik kurallar getirmektedir⁶⁹⁶. İlk cümlenin tüketicilerin de tazminat taleplerini içerdiği kabul edilmektedir⁶⁹⁷. İkinci cümle ki bu husus konumuz açısından önem arz etmektedir, rakiplerin tazminat taleplerine ilişkindir. Rakipler açısından geçmiş yıllara ait bilânçolardan yararlanılarak elde edilmesi umulan kârların hesaplanması sağlanmaktadır.

Müşteriler, rekabete aykırılık sonucu ödemek zorunda kaldıkları bedelle, rekabet sınırlanmamış olsaydı ödeyecekleri bedel arasındaki farkı tazminat olarak isteyebilecektir⁶⁹⁸. Rakipler içinse kanun, geçmiş yıllara ait bilânçolardan yararlanılarak elde edilmesi umulan kârların hesaplanması imkânını sağlamıştır. Bu durumda kanunun bilânçoları kesin delil olarak görmediğini söylememiz

⁶⁹³ **Akıncı**, s. 367 vd.; **Eroğlu**, s. 215; **Sanlı**, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, s. 224 vd.

⁶⁹⁴ **İkizler**, s. 366; **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 688; **Özsunay, Ergun**: “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara 2005, s. 144.

⁶⁹⁵ **Tekinalp, Ünal**: “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara 2005, s. 260.

⁶⁹⁶ RKK. m. 58/1 “zararın tazmini” başlığı altında “*Rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilânçolar da dikkate alınarak hesaplanır.*” düzenlemesi yer almaktadır.

⁶⁹⁷ **Aşçıoğlu Öz**, s. 182.

⁶⁹⁸ **İkizler**, s. 366.

mümkündür. Dolayısıyla başka yöntemlerle de davacının zararını ispatlaması mümkündür⁶⁹⁹.

Amerikan rekabet hukukunda Sherman ve Clayton Kanunu'nda öngörülen ve "cezalandırma" amacı izleyen "zararın üç katı oranında tazminat"⁷⁰⁰ çözümü RKK. m. 58/II'deki⁷⁰¹ düzenlemenin kaynağı olarak gösterilmektedir⁷⁰². Bu düzenlemeye göre, tazminat ancak tarafların anlaşması veya kararı ya da ağır ihmalinin olduğu hallerde istenebilir. Bir görüş üç kat tutarında tazminat için hukuka aykırı kartel anlaşmaları ya da kararlarında tarafların ağır ihmal niteliğinde kusurlu olmalarını aramaktadır⁷⁰³. Diğer görüşe göre, üç kat tazminata kartel yasağına aykırı hareket edilmesi halinde; ağır ihmalin varlığında ve zarar verenlerin birden fazla olduğu ve bunların zararı birlikte oluşturdukları hallerde karar verilir. Bu bağlamda, hafif kusurun varlığı halinde ve hâkim durumun kötüye kullanılması durumlarında veya birleşme ve devralmalarda, bu fıkra uygulanamaz⁷⁰⁴. Son görüş ise, tarafların anlaşması ya da kararı ile ifade edilmek istenilenin tarafların kastı olduğunu savunur. Bu doğrultuda davalının kasıt ya da ağır ihmal içerisinde olması halinde üç kat tazminata hükmedilebilir⁷⁰⁵. Kanımızca bu hüküm, hâkim durumun kötüye kullanılması halinde de uygulanabilir bir hükümdür. Zira hukuki niteliği itibariyle özel hukuk cezası özelliğinde olan bu hüküm, caydırıcı niteliğe sahiptir. Dolayısıyla, doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, hâkim durumunu kasten veya ağır ihmalleri neticesinde kötüye kullanmak suretiyle dışlayıcı davranışlarda bulunan teşebbüs, rakiplerinin talebi üzerine ya rakiplerinin maddi zararının ya da kendisinin bu eylem

⁶⁹⁹ **İkizler**, Amerikan hukukunda kullanılan yöntemleri çalışmasında saymıştır. Buna göre, davacının rekabet sınırlanmasaydı ne kadar kazanabileceğine ilişkin bilirkişi tahminleri; davacının şimdiki kazancının piyasadaki önceki kazancıyla kıyaslanması; davacının kazancıyla ona en yakın güçteki rakiplerinin kazancının kıyaslanması; fiyat ayrımcılığı gibi durumlarda, davacı ile rakiplerinden istenen fiyat arasındaki fark bu yöntemleri oluşturmaktadır (bkz., **İkizler**, s. 367).

⁷⁰⁰ "Treble damages".

⁷⁰¹ RKK. m. 58/II "Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir."

⁷⁰² **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 144; Clayton Yasası'nın 4. maddesi, kusur şartına ya da davacının talebine gerek olmaksızın, hâkimin re'sen davacının uğradığı zararın üç katı oranında tazminata hükmetmesine imkân vermektedir. Bu hükmün kabulünün altında, temel olarak zarar ile sınırlı olan tazminat miktarının yeteri derecede caydırıcı olmayacağı düşüncesi yatmaktadır (bkz., **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256).

⁷⁰³ **Özsunay**, Özel Hukuk, s. 144.

⁷⁰⁴ **Tekinalp**, Rekabet Sınırlamaları, s. 264.

⁷⁰⁵ **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 256.

nedeniyle elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan kârın üç katı oranında tazminat talebi ile karşılaşması mümkündür⁷⁰⁶.

Kanun hükmünde geçen “...üç katı oranında tazminata hükmedilebilir” şeklindeki ifadeden yola çıkmak suretiyle ve ayrıca tazminatın medeni ceza niteliğinde olmasından dolayı doktrinde bir görüş, hakimin üç katı oranında tazminata hükmetmesi gereğini savunmaktadır⁷⁰⁷. Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, bu tazminat türünün medeni ceza niteliğinde olması tazminatın miktarını belirlemede hâkimin takdir hakkının olmamasını gerektirmemektedir. Dolayısıyla, hâkimin tazminat miktarını belirlerken tazminatın hem teşvik edici boyutunu hem de teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarından dolayı caydırıcılık işlevini göz önünde bulundurmak suretiyle üç katına kadar miktar belirleyebilmelidir⁷⁰⁸.

⁷⁰⁶ **Aşçıoğlu Öz**, s. 183 – 184

⁷⁰⁷ **Aslan**, Rekabet Hukuku, s. 390.

⁷⁰⁸ **İkizler**, s. 373; **Aşçıoğlu Öz**, s. 271; **Sanlı**, Haksız Fiil, s. 257.

SONUÇ

Esaslı unsur doktrininin kökeni, Amerikan rekabet hukukuna dayanmaktadır. Bu bağlamda ilgili olaylar incelendiğinde görülmektedir ki bu hukuki yaklaşımın uygulanması sonucunda getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü, temel hukuk kaidesi olan sözleşme özgürlüğüne getirilen bir istisna niteliği taşımaktadır.

Esaslı unsur doktrini ile ilgili olarak Amerika'da görülen ilk davalar, çok taraflı eylemlerle ilgili idi. Daha sonra ise, çalışmamızda esas aldığımız şekilde tek taraflı eylemler çerçevesinde doktrinin uygulanması söz konusu olmuştur. Bu yönde gelişme ise Otter Tail Power Co. v. United States davasıyla başlamıştır.

Esaslı unsur doktrininin tanımını yapmak görevi, bilimsel içtihadı düşmektedir. Hukuki bir yaklaşım olan esaslı unsur doktrini, hâkim durumdaki/tekel bir teşebbüsün sahip olduğu veya kontrolü altında bulundurduğu ve rakipleri için vazgeçilmez olan bir iktisadi varlığın kullanılmasının reddine ilişkin durumlarla ilgilidir. Böyle durumlarda doktrin, hangi koşullar altında anlaşma yapma yükümlülüğünün söz konusu olduğunu belirlemektedir.

Gerek Amerikan gerekse Topluluk hukukunda esaslı unsur doktrini ile ilgili davalar ve bunların sonucunda verilen kararlar hakkında doğru tespitlerde bulunabilmek ve Türk hukukuna yön gösterebilmek için ilgili hukukların temel düzenlemelerini incelemek gerekmektedir. Topluluk hukukunda, anlaşma yapmayı reddetme hallerinde esaslı unsur doktrini ATA m. 82 çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır. Burada unutulmaması gereken, esaslı unsur doktrini kapsamında incelenecek davranışların tek taraflı olarak anlaşma yapmayı reddetmesi şeklinde gerçekleşmiş olmasıdır. Bu kapsamda, anlaşma yapmayı reddetme altında inceleyebileceğimiz mal/hizmet vermeyi tek taraflı olarak reddetme, lisans vermeyi tek taraflı olarak reddetme ve erişim sağlamayı tek taraflı olarak reddetme halleri gerekli koşulları taşımak kaydıyla ATA m. 82'ye göre değerlendirme konusu yapılabilecektir. ATA m. 82'ye göre, bir ya da daha çok teşebbüsün Ortak Pazarda veya onun önemli bir bölümündeki hâkim durumunu kötüye kullanması üye devletlerarasındaki ticaret bundan etkilendiği ölçüde yasaktır. Buna paralel düzenleme, Amerikan hukukunda Sherman Kanunu İkinci Bölümünde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, federe devletlerarasında veya yabancı uluslarla

yapılan işlerin veya ticaretin herhangi bir kısmında tekelleşen veya tekelleşmeye teşebbüs eden her teşebbüs ağır bir cürüm işlemiş kabul edilir.

Yukarıda bahsedilen düzenlemeler sonucunda dikkat edilmesi gereken, esaslı unsur doktrininin uygulama alanına giren rekabete aykırı davranışların ATA m. 82 anlamında “hâkim durumun kötüye kullanılması”, Sherman Kanunu İkinci Bölümü anlamında “tekelleşme” veya “tekelleşmeye teşebbüs” şeklinde değerlendirilmesi gereğidir. Zira bu tür tek taraflı davranışlar dışlayıcı nitelik taşımaktadır. Türk hukuku açısından konuya yaklaştığımızda, hâkim durumdaki teşebbüsün tek taraflı olarak dışlayıcı davranışı RKK. m. 6 kapsamında değerlendirilecektir. RKK. m. 6, bir ya da daha fazla teşebbüsün ülkenin bütününde veya bir bölümünde hâkim durumunu tek başına ya da başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanmayı yasaklamaktadır.

Bir pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün kontrol ettiği veya sahibi olduğu ve esaslılık arz eden iktisadi varlığı bağlantılı diğer bir pazarda rakiplerine kullandırmaması, anlaşma yapmayı reddetme suretiyle bir pazardaki hâkim durumun diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmasını sonucunu doğurur. ATA'da anlaşma yapmayı reddetme şeklindeki hâkim durumun kötüye kullanılması örnekler arasında sayılmamaktadır. Bununla birlikte anlaşma yapmayı reddetme suretiyle kötüye kullanma ATA m. 82 (b) kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Türk hukuku açısından anlaşma yapmayı reddetme suretiyle bir pazardaki hâkim durumun diğer pazardaki rekabet koşullarını bozmak için kullanılması RKK. m.6 (a), (d) ve (e) kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Topluluk hukukunda esaslı unsur doktrininin uygulanması 1970'lere kadar uzanmaktadır. ATAD henüz bu kurama açıkça atıf yapmazken; İlk Derece Mahkemesi'nin bu hususa ilişkin ATA m. 81 kapsamında incelemiş olduğu European Night Services davasında atfını görmekteyiz. Bununla birlikte ATAD'ın hâkim teşebbüsün mal/hizmet vermeyi reddetmeye ilişkin pek çok kararında esaslı unsur doktrininin zımni olarak dayanak yaptığı görülmektedir. Komisyon, esaslı unsur doktrininden ilk kez Holyhead limanı ile ilgili olan ihtiyati tedbire ilişkin kararında söz etmiştir.

ATAD'ın Oscar Bronner davasında vermiş olduğu karar, esaslı unsur doktrininin geniş bir şekilde uygulanma olasılığını sınırlandırmaktadır. Bu kararıyla,

ATAD gerek iktisadi gerekse hukuki açıdan esaslı unsur doktrininin uygulanma sınırlarını açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Ekonomik açıdan bakıldığında karar, yenilikçi girişimlerin engellenmesi tehlikesine yönelik duyarlılığı ortaya koymaktadır. Hukuki açıdan bakıldığında ise esaslı unsur doktrini çerçevesinde sorumluluğa tâbi tutulabilmenin koşullarını ortaya koyduğu için hukuki kesinliğin söz konusu olduğunu söylememiz mümkündür. Esaslı unsur doktrininin uygulanma koşullarını tespit edebilmek için bu kararın incelenmesi önem taşımaktadır.

Esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarını tespit edebilme işi büyük ölçüde teorisyenlere ve yargıya düşmektedir. Bu bağlamda tespit edilen koşullar en azından göz önünde bulundurulması gereken koşullardır. Bunların dışında, rakip, rekabet için gerekli olmalıdır. Esaslı unsur niteliğindeki iktisadi varlık dışındaki gerekli diğer kaynaklara ilgili pazarda makul bir paya sahip olabilmek veya bu durumunu devam ettirebilmek bakımından sahip olmalıdır.

Amerikan hukukunda mahkemeler, esaslı unsur niteliğindeki bir iktisadi varlığın kullandırılmasının reddinin Sherman Kanunu İkinci Bölümü'ne göre tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmadığının tespitinde dört koşul aramaktadır. Bu koşullar MCI Communications Corp. v. AT&T davasında ortaya konulmuştur. Buna göre;

- esaslı unsurun tekel teşebbüs tarafından kontrolü,
 - aynı işlevi görececek bir benzerinin yaratılmasının rakip teşebbüsçe fiilen veya makul olarak mümkün olmaması,
 - bu unsurun kullandırılmasının reddi ve
 - bu unsuru kullandırabilmenin imkân sınırları içinde olması
- ilgili koşulları oluşturmaktadır.

Esaslı unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları alanında uygulanabilmesi imkânı çalışmamızda hem Amerikan hem de Avrupa Topluluğu rekabet hukuku düzleminde incelenmiştir. Fikri mülkiyet hakları alanında sözü edilen doktrinin uygulama alanı bulabilmesi fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki çatışmayı yansıtmaktadır. Bu doğrultuda çalışmamızda, rekabet hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri olan ve belli bir pazar gücüne sahip teşebbüsün lisans vermeyi tek taraflı olarak reddetmesinin ATA m. 82'yi ve aynı paraleldeki Sherman Kanunu İkinci Bölümünü ihlal edip etmediği sorusuna cevap bulunmaya çalışılmaktadır.

Fikri mülkiyet hakları, sahibine doğrudan hâkim durum/tekel gücü bahşetmemektedir. Hâkim durum/tekel gücü, ilgili pazardaki koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmektedir. Bu bağlamda, fikri mülkiyet hakkı sahibi ilgili pazarda hâkim durumda/tekel olduğunda bu teşebbüsçe lisans verilmesinin reddi rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında bir ihtilaf ortaya çıkarabilmektedir. Bu ihtilafı çözümlenmek büyük önem taşımaktadır. Zira rekabet kurallarına sıkı sıkıya bağlılık bazı sektörlerdeki (ilaç, yazılım gibi) potansiyel yenilikçi girişimleri engelleyebileceği gibi, fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet kurallarının uygulama alanından muaf tutulması hâkim durumun kötüye kullanılması/tekelleşme gibi sorunları ortaya çıkarabilecektir. Bu yüzden her iki hukuk alanındaki menfaatleri dengelemek hususunda gerek rekabet otoritelerine gerekse yargıya çok büyük görev düşmektedir. Bu dengeyi sağlarken de fikri mülkiyet haklarının kullanımının ilgili pazardaki rekabet koşullarını bozucu nitelik taşıyabileceği unutulmamalıdır. Bu tür bir davranışın (dışlayıcı davranışın) objektif olarak rekabete zarar verdiğinin ispatlanması gerekir. Bu kapsamda esaslı unsur doktrininin işlevselliği açısından tek taraflı lisans vermeyi reddetmenin diğer anlaşma yapmayı reddetme hallerinden farklı koşullara tabi olup olmadığının ortaya konulması gerekir. Bu hususta Topluluk mahkemeleri, esaslı unsur doktrininin uygulama koşullarına ilaveten, hakkında tüketici talebinin bulunduğu yeni bir ürünün ortaya çıkmasını da aramaktadır. Yeni ürün kavramı pazara yeni bir seçenek getirmelidir. Bu koşulun ilaveten aranması için ortaya konulan sebepler tatmin edici nitelikte görülmemektedir. Dolayısıyla her olay açısından yeni ürün koşulu değerlendirilmelidir.

Avrupa Topluluğu hukukunda ve Türk hukukunda hâkim teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetme, fikri mülkiyet hukuku açısından ise lisans vermeyi reddetme suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanmasının kamu ve özel hukuk alanında yaptırımları bulunmaktadır. Türk rekabet hukukundaki idari yaptırımların temelini Topluluk hukuku mevzuatı oluşturmaktadır. Buna göre Komisyon, önüne gelen bir olayda ATA m. 82'nin ihlalini tespit ederse 1/2003 sayılı Tüzük gereğince davranışa ilişkin veya yapısal yaptırımları uygulama yetkisine sahiptir.

Davranışa ilişkin yaptırımlar, hâkim teşebbüsün belirli bir şekilde davranması veya belirli bir davranışı yapmaktan kaçınması şeklinde kendisini gösterir. Bu bağlamda, esaslı unsur doktrininin inceleme alanına giren rekabete aykırı davranışlar sonucu getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü ve bunun fikri mülkiyet

hukukundaki karşılığı olan zorunlu lisans davranışa ilişkin yaptırımın konusunu oluşturmaktadır. Türk hukukunda bu konuda yetkilendirilen, Rekabet Kurulu olmaktadır.

Yapısal yaptırımlar, hâkim teşebbüsün yapısına yönelik daimi değişikliklerden oluşmaktadır. Bu yaptırıma ancak davranışa ilişkin yaptırım yetersiz kalırsa başvurulabilmektedir. Ayrıca yaptırım, orantılı ve etkin olmalıdır. Yapısal yaptırımı uygulama yetkisi Topluluk hukukunda Komisyona ait iken, Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme ile karşılaşmamaktayız. Bu yüzden konuyla ilgili olarak bir tespit yapabilmek için kamu düzenini, mülkiyet hakkına ilişkin Anayasal düzenlemeleri ve temel hukuk kaidelerini göz önünde bulundurmak gereklidir. İdari yaptırımların bir diğerini idari para cezaları oluşturmaktadır. Topluluk hukukunda bu konuda yetkili Komisyon iken Türk hukukunda Rekabet Kurulu olmaktadır.

Topluluk rekabet hukuku, hâkim durumun kötüye kullanılması ve diğer rekabet sınırlamalarına ilişkin olarak özel hukuk bakımından söz konusu olacak yaptırımları düzenlememiş bu mesele ulusal hukuklara bırakılmıştır. Türk hukukunda, RKK.'nın beşinci bölümünde rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları düzenlenmiştir. RKK. m. 57'de hâkim durumun kötüye kullanılması sonucu teşebbüs, zarar görenlerin her tür zararını karşılayacaktır. Bu bağlamda esaslı unsur niteliğindeki bir iktisadi varlığı rakiplerine kullandırmayı reddeden teşebbüs, koşulların varlığı halinde tazminat sorumluluğuna tâbi tutulabilecektir. Burada söz konusu olan zarar maddi veya manevi olabilmektedir.

RKK. m. 58/I'de maddi zarara yönelik kurallar getirilmektedir. Bu kurallar hem müşteriler hem de rakipler açısından uygulanabilmektedir. Bu bağlamda esaslı unsur niteliğindeki bir iktisadi varlığın hâkim teşebbüsçe rakiplerine kullandırılmaması sonucu bu rakipler zararlarının tazmini isteyebileceklerdir.

RKK. m. 58/II'de zararın üç katı oranında tazminat düzenlemektedir. Bu bağlamda, hâkim teşebbüs kasten veya ağır ihmali neticesinde bu durumunu kötüye kullandığı takdirde rakiplerin talebi üzerine üç katı oranında tazminata hükmedilebilecektir. Hâkim, tazminat bedelini belirlerken takdir hakkını kullanabilmelidir.

KAYNAKLAR

Ahern, Patrick J.: "Refusals to Deal After Aspen", Antitrust L. J., V. 63, 1994.

Ahlborn, Christian: "Yazılım Sektöründe Rekabet ve ABD – Microsoft Davası", Perşembe Konferansları, Kasım 2001.

Aitman, David – Jones, Alison: "Competition Law and Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright?", EIPR, Issue: 3, 2004.

Akıncı, Ateş: Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara 2001.

Aksu, Mustafa: Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul 2006.

Anderman, Steve: "EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy", The Antitrust Bulletin, Summer-Fall 2002.

Anderman, Steven D.: EC Competition Law and Intellectual Property Rights, Oxford 1998.

Areeda, Philip: " Essential Facilities: An Epithet in Need Of Limiting Principles ", Antitrust Law Journal, V. 58, Issue: 1, 1990.

Arowolo, Olusueye: " Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: Is there a Case for Review", ECLR, V.26/5, 2005.

Aslan, Yılmaz: "Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi", Perşembe Konferansları, Ekim 1999.

Aslan, Yılmaz: Rekabet Hukuku, Bursa 2005 (Anılış: Aslan, Rekabet Hukuku).

Aslanlı, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954.

Aşçıoğlu Öz, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000.

Ateş, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınıflandırılması, Ankara 2003.

Aydıncık, Şirin: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

Bartl, Ulrich: Immaterialgüterrechtliche Marktzutrittsschranken im System des Art. 82 E.G., Baden – Baden 2005.

Bozkurt, Enver – Özcan, Mehmet – Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Temel Mevzuatı, Ankara 2005.

Broder, Douglas F., A Guide to US Antitrust Law, London 2005.

Burling, James C. – Lee, William F. – Krug, Anita K.: “ The Antitrust Duty to Deal and Intellectual Property Rights”, Journal of Corporation Law, Spring 1999.

Capobianco, Antonio: “The Essential Facilities Doctrine: Similarities and Differences between the American and the European Approach”, ELR, V.26, December 2001.

Cohen, Amanda: “Surveying the Microsoft Antitrust Universe”, Berkeley Tech. L. J., V. 19, 2004.

Çamlıbel Taylan, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.

Derclaye, Estelle: “Abuses of Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law”, World Competition, V. 26/4, 2003 (Anılış: Derclaye, Abuses of Dominant Position).

Derclaye, Estelle: “The IMS Health Decision: A Triple Victory”, World Competition, V. 27/3, 2004 (Anılış: Derclaye, The IMS Health Decision).

Doherty, Barry: “Just What are Essential Facilities?”, CMLR, V. 38, 2001.

Drexl, Josef – Gallego, Beatriz Conde – Enchelmaier, Stefan – Leistner, Matthias – Mackenrodt, Mark Oliver: “Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Directorate – General Competition Discussion Paper of December 2005 on the Application of Art. 82 of the EC Treaty to Exclusionary Abuses”, IIC, V. 37, 5/2006.

Drexl, Josef: “Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal to Deal Cases”, IIC, 7/2004.

E. Kovacic, William – P. Reindl Andreas: “An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy”, Fordham Intellectual Property Law Journal, V. 28, April 2005.

Erdem, B. Bahadır: Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002.

Erel, N. Şafak: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.

Eroğlu, Sevilay: Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

Erstling, Jay: “The Protection of Intellectual Property – of Metaphysics, Motivation and Monopoly”, Sri Lanka Journal of International Law, V. 3, 1991.

Facey, Brian – Assaf, Dany: “Monopolization and Abuse of Dominance In Canada, The United States and The European Union: A Survey”, Antitrust L. J., V. 70, 2002.

Federal Trade Commission, “to promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy, Executive Summary”, Berkeley Technology Law Journal, V. 19/861, 2004.

Fine, Frank: “NDC/IMS: In Response to Professor Korah”, Antitrust Law Journal, V. 70, 2002.

Frazer, Tim: Monopoly, Competition and the Law: The Regulation of Business Activity in Britain, Europe and America, Sussex 1988.

Furse, Mark: “ The Essential Facilities Doctrine in Community Law”, European Competition Law Review, V. 16 (8).

G. Jacobs, Matthew – S. Mireles, Michael: “The Intersection of Intellectual and Antitrust Law: *In re* Independent Service Organizations Antitrust Litigation”, The Transnational Lawyer, V. 15, 2002.

Genevaz, Simon: “Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should not Distinguish Between IP and Other Property Rights”, Berkeley Tech. L. J., V. 19:2, 2004.

Glasl, Daniel: “Essential Facilities Doctrine in EC Anti-Trust Law: A Contribution to the Current Debate”, ECLR, V. 15/6, 1994.

Glazer, Kenneth L. – Lipsky, Abbot B. Jr.: “Unilateral Refusals to Deal under Section 2 of the Sherman Act”, Antitrust L. J., V. 63, 1995.

Govaere, Inge: The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law, London 1996.

Goyder, D. G., EC Competition Law, New York 1998.

Grimes, Warren: “Counterproductive Incentives for Innovation? Exclusionary Conduct in the Sale of an IP Product”, IIC Heft 2, 2005.

Gül, İbrahim: Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara 2000.

Gürzumar, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.

Gürzumar, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

Güven, Pelin: “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, Perşembe Konferansları, Haziran 2004.

H. Barton, John: “The Balance Between Intellectual Property Rights and Competition: Paradigms in the Information Sector”, European Competition Law Review, V. 18 (7), 1997.

Harbord, David: “The Analysis of Barriers to Entry and Exit in UK Competition Policy”, ECLR, V. 16/5, 1995.

Hatzopoulos, Vassilis: “The EU essential facilities doctrine”, Research Papers in Law, 6/2006,
http://www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/ResearchPaper_6_2006_Hatzopoulos.pdf, (15.10.2007).

Heinemann, Andreas: “Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European Commission’s Microsoft Decision”, IIC 2005, Heft 1.

Hovenkamp, Herbert – D. Janis, Mark – A. Lemley, Mark: IP and Antitrust, V. I – V. II, New York 2005.

Hovenkamp, Herbert – D. Janis, Mark – A. Lemley, Mark: “Unilateral Refusals to License in the US”, in Antitrust, Patents and Copyright EU and US Perspectives, Edited by François Leveque – Howard Shelanski, Glos UK 2005.

Hovenkamp, Herbert: “Symposium: Intellectual Property Rights and Federal Antitrust Policy”, The Journal of Corporation Law, V. 24, 1999.

Hovenkamp, Herbert: Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice, St. Paul 2005.

Inhester, Terrian: Re-Evaluating Exceptional Circumstances: Will IMS Create a New Legal Test for Compulsory Licencing, Zürich 2003.

İkizler, Metin: Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler – Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2005.

J. Byrne, Noel – Weber Waller, Spencer: “ Changing View of Intellectual Property and Competition Law in the European Community and the United States of America”, Brook. J. Int’l L., V. 20, 1993.

J. Gerber, David: “Rethinking the Monopolist’s Duty to deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of Essential Facilities”, Virginia L. Rev., V. 74, 1988.

Jones, Alison – Sufrin, Brenda: EC Competition Law Text, Cases and Materials, New York 2001.

Kaplow, Louis: “The Patent – Antitrust Intersection: A Reappraisal, Harvard Law Review, V. 97, 1984.

Kaya, Yüksel: Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, rekabet.gov.tr/word/yukselkaya.doc, (1.06.2007).

Kezsbom, Allen – Goldman, Alan V.: “No Shortcut to Antitrust Analysis: The twisted Journey of the Essential Facilities Doctrine”, Columbia Business L. R., 1996.

Korah, Valentine: “The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience”, Antitrust Law Journal, V. 69, 2002.

Korah, Valentine: “The Ladbroke Saga”, ECLR, Issue 3, 1998.

Korah, Valentine: Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules, Oxford 2006.

Kulaksızıoğlu, Şebnem: “Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler: Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürölen Savunma ve Yararlar”, Ankara 2003, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/sebnemkulaksızıoğlu.doc>, (20.11.2007).

L. Bowes, Theodore: “The Patent - Antitrust Law Interface: How Should It Be Defined?”, PTC J. Res & Ed., V.18, 1976.

L. Hayslett III, Thomas: “1995 Antitrust Guidelines for the Licencing of Intellectual Property: Harmonizing the Commercial Use of Legal Monopolies with the Prohibitions of Antitrust Law”, J. Intel. Prop. L., V. 3, 1996.

Lang, John Temple: “Compulsory Licencing of Intellectual Property in European Community Antitrust Law”, for the DoJ / FTC Hearings, Washington 2002, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522langdoc.pdf>, (15.10.2007) (Anılış: Lang, Compulsory Licencing).

Lang, John Temple: “Defining Legitimate Competition: Companies’ Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities”, Fordham Int’l L. J., V. 18, 1994 (Anılış: Lang, Legitimate Competition).

Lao, Marina: “Unilateral Refusals to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal”, Cornell J. L. & Pub. Pol’y, V.9, 1999.

Lipsky Jr., Abbot B. – Sidak, J. Gregory, “Essential Facilities”, Stan. L. Rev., V. 51, 1999.

Marquardt, Paul D. – Leddy, Mark: “The Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: A Response to Pitofsky, Patterson and Hooks”, Antitrust Law Journal, V.70, 2003.

McDonald, J. Bruce: “Section 2 and Article 82: Cowboys and Gentlemen”, Speech before the College of Europe, Brussels, June 16-17 2005, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/210873.htm>, (15.10.2007).

Neale, A. D. – Goyder, D. G.: The Antitrust Laws of The USA, Cambridge 1980.

O'Donoghue, Robert – Padilla, A Jorge: The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford and Portland, Oregon 2006.

Oder, Emrah: (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, İstanbul 2000.

Odman, N. Ayşe: Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002.

Oğuzman, M. Kemal – Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

Oktay Özdemir, Saibe: Sinaî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

Okutan, Gül: (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku, İstanbul 2000.

Opi, Sergio Baches: “The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licencing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Stil Sacrosanct?”, Fordham Intel. Prop. Media & Ent. L. J., V. 11, 2001.

Overd, Alan – Bishop, Bill: “Essential Facilities: The Rising Tide”, ECLR, V.19/4, 1998.

Ölmez, Hakan Suat: Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Ankara, 2003.

Özcan, Mehmet: Avrupa Birliğinde Fikri ve Sinaî Haklar, Ankara 1999.

Özsunay, Ergun: “Rekabet Kısıtlamalarının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara 2005 (Anılış: Özsunay, Özel Hukuk).

Özsunay, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.

Öztrak, İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971.

Öztürk, Özgür: Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul 2008.

Patterson, Mark R.: “When is Property Intellectual? The Leveraging Problem”, Southern California Law Review, V. 73, 2000.

Philip, Areeda – Louis, Kaplow – Aaron, Eldin: Antitrust Analysis, Problems, Text and Cases, New York 2004.

Pitofsky, Robert – Patterson, Donna – Hooks, Jonathan: “The Essential Facilities Doctrine Under U. S. Atitrust Law”, Antitrust Law Journal, V. 70, 2002.

Pitofsky, Robert: “Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property”,
www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.shtm, (07.09.2007).

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

Ridyard, Derek: “Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law”, V. 17/8, 1996.

S. Katz, Ronald: “Intellectual Property v. Antitrust: A false Dilemma”,
<http://library.findlaw.com/1999/Jun/1/127603.html>, (15.10.2007).

Sanlı, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003 (Anılış: Sanlı, Haksız Fiil).

Sanlı, Kerem Cem: “Rekabet Hukukunda Tekelci Fiyatlandırma”, Perşembe Konferansları, Ekim 2000 (Anılış: Sanlı, Tekelci Fiyatlandırma).

Sanlı, Kerem Cem: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara 2000.

Schommer, Tim: Die Essential Facility Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, München 2003.

Seelen, Christopher M.: " The Essential Facilities Doctrine: What does it Mean to be Essential", Marquette Law Review, V. 80, 1997.

Sheehan, Eileen: "Unilateral Refusals to Deal and the Role of the Essential Facility Doctrine – A US/EC Comparative Analysis -", World Competition V.22/4, 1999.

Sinclair, Duncan:"Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82", ECLR, V.25 2004.

Son, Seungwoo: "Selective Refusals to Sell Patented Goods: The Relationship Between Patent Rights and Antitrust Law", Journal of Law, Technology and Policy, No: 1, 2002.

Söylemez, Alev: "Yeni Ekonomi, Rekabet ve Rekabet Politikaları", Perşembe Konferansları, Haziran 2001.

Stothers, Christopher: "Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union", ECLR, V. 22/7, 2001.

Subiotto, Romano: "The Right to Deal with Whom one Pleases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate, European Competition L R., 1992.

Sullivan E. Thomas: "The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century", Minnesota Intellectual Property Review, V. 1, 2000.

Şehirali, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.

Takigawa, Toshiaki: “Antitrust Intervention in Intellectual Property Licencing and Unilateral Refusal to License: A Comparative Analysis of Japanese and US Policies”, The Antitrust Bulletin/Winter 2003.

Tekdemir, Yaşar: AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Ankara 2003.

Tekinalp, Ünal: (Tekinalp/Tekinalp) Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000 (Anılış: Tekinalp, Avrupa Birliği).

Tekinalp, Ünal: “Rekabet Sınırlamaları ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yasağına Aykırılığın Özel Hukuka İlişkin Sonuçları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Ankara 2005 (Anılış: Tekinalp, Rekabet Sınırlamaları).

Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Kırklareli 2002.

Topçuoğlu, Metin: Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001.

Tritton, Guy: Intellectual Property in Europe, London 2002.

Troy, Daniel E.: “Unclogging the Bottleneck: A new Essential Facility Doctrine”, Colum. L. Rev., V. 83, 1983.

Turnbull, Sarah: “Barriers to Entry, Article 86 EC and the Abuse of a Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law”, ECLR, 1996/2.

Ünlüsoy, Kürşat: Rekabet Hukukunda Bağlama Anlaşmaları, Ankara 2003.

Vajda, Christopher: “Article 86 and a Refusal to Supply”, ECLR, 1981.

van Berk, Philip Schwarz: Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach europaischem und deutschem Kartellrecht, Berlin 2003.

Van Kerckhove, Marleen: “The Advocate General Delivers his Opinion on Magill”, ECLR, Issue: 5, 1994.

Vinje, C. Thomas: “Magill: Its Impact on the InformationTechnology Industry”, EIPR, V. 14 (11), 1992.

Weinstein, Samuel Noah: “United States v. Microsoft Corp.”, Berkeley Tech. L. J., V. 17, 2002.

Wentz, Douglas E.: “Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics”, 90 Dick. L. Rev., 1985 – 1986.

Werden, Gregory J.: “The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine”, Saint Louis University Law Journal, V. 32, No. 2, 1987.

Whish, Richard, Competition Law, London 2001.

Zevkliler, Aydın: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2004.