

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
AVRUPA BİRLİĞİ ANABİLİM DALI
AVRUPA BİRLİĞİ PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

AVRUPA BİRLİĞİ REKABET VE FİKRİ MÜLKİYET
KURALLARI ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN
KÖTÜYE KULLANILMASININ BİR SONUCU OLARAK
ZORUNLU LİSANSLAMA

İpek ÇİMEN BULUT

Danışman
Yrd.Doç.Dr. Esin Çamlıbel

İZMİR -2014

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2011801437

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : İPEK ÇİMEN BULUT
Tez Başlığı : Avrupa Birliği Rekabet ve Fikri Mülkiyet Kuralları Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Bir Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama
Savunma Tarihi : 24.09.2014
Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Esin ÇAMLİBEL

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Yrd.Doç.Dr.Esin ÇAMLİBEL	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Canan BALKIR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Münevver AKTAŞ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği ()

Oy Çokluğu ()

İPEK ÇİMEN BULUT tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Avrupa Birliği Rekabet ve Fikri Mülkiyet Kuralları Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Bir Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi / Projesi olarak sunduğum “**Avrupa Birliği Rekabet ve Fikri Mülkiyet Kuralları Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Bir Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../....

İpek ÇİMEN BULUT

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Avrupa Birliği Rekabet ve Fikri Mülkiyet Kuralları Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Bir Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama

İpek ÇİMEN BULUT

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Avrupa Birliği Anabilim Dalı

Avrupa Birliği Programı

Fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku karşılaştırıldığında, her iki hukuk dalının da teknolojik gelişim ve yeniliğin artırılmasını, dolayısıyla da sürdürülebilir ekonomik ve sosyal refaha ulaşılmasını hedeflediği görülür. Ancak hedefler konusundaki uyumun, bu hedeflere ulaşırken kullanılan araç ve yöntemler bakımından da geçerli olduğunu söylemek zordur. Zira rekabet hukuku, bu hedeflere, tekelleşmeyi ve hakim durumun kötüye kullanılmasını önleyip serbest rekabet ortamını koruyarak ulaşmaya çalışırken, fikri mülkiyet hukuku ise hak sahiplerine tekel hakkı bahşetmektedir. Bu tekel hakkı da çoğu zaman fikri mülkiyet sahibi lehine hakim durum yaratmakta ya da mevcut hakim durumun güçlenmesine sebep olmaktadır. Her ne kadar salt hakim durumda olma rekabet kuralları kapsamında yasaklanmamışsa da bazı koşullar altında, hakim durumdaki teşebbüslerin faaliyetleri, rekabet hukukunun getirdiği yöntem ve araçlarla denetlenebilmektedir.

Bu tez çalışmasının amacı, rekabet hukuku tarafından getirilen bu denetim araçlarından biri olan ve hakim durumdaki teşebbüslere belli koşulların varlığı halinde uygulanabilen, zorunlu lisanslama yükümlülüğünü ve uygulama koşullarını, Avrupa Birliği hukuku kapsamında değerlendirmektir. Sözleşme özgürlüğünün ve mülkiyet haklarının sınırlandırılması anlamına da gelen zorunlu lisanslama, istisnai nitelik taşır ve somut olaya ancak koşulların tamamının bir arada gerçekleşmesi şartıyla uygulanabilir.

Zorunlu lisanslama yolu ile hakkın varlığı ve özü korunup kullanım şeklinin denetlenmesiyle, hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan tekel gücü ile kamu yararı arasındaki hassas dengenin korunmaya çalışıldığı da söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet hakları, rekabet hukuku, hakim durum, zorunlu unsur doktrini, zorunlu lisanslama, patent, yenilik, FRAND koşulları.

ABSTRACT

Master's Thesis

**Compulsory Licensing as a Result of Abuse of Dominant Position in the
Framework of the European Union Competition and Intellectual Property
Rules**

İpek ÇİMEN BULUT

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of European Union Studies

European Union Program

When Intellectual property law and competition law compared, it could be seen that achieving the sustainable economic and social welfare by enhancing the technological development and innovation, are the common goals for both of them. However it is not easy to say that this coherence regarding to goals, is also available for the tools and methods that used to reach them. While competition law is trying to realize these goals by avoiding monopolization and abuse of dominant position in order to maintain free competition; intellectual property law grants monopoly rights to the right owners. Usually this monopoly right leads to create or strengthen a dominant position in the favor of the intellectual property owner. Although only being in a dominant position is not prohibited according to the competition rules, under certain conditions, the activities of an undertaking in a dominant position could be supervised by the tools and methods of the competition law.

The main purpose of this thesis is to evaluate the terms of compulsory licensing that could be applied to the undertakings in dominant position under certain conditions in the framework of European Union Law. Compulsory licensing which also means limiting the freedom to act and property rights, has an exceptional nature and could only be applied if all the conditions have been met at the same time for the concrete event. By supervising the monopoly right derived from the intellectual property with the help of compulsory licensing, it

could be said that the delicate balance between the monopoly right and the public good is protected while the presence and essence of the right is preserved.

Keywords: Intellectual property rights, competition law, dominant position, essential facilities doctrine, compulsory licensing, patent, innovation, FRAND terms.

**AVRUPA BİRLİĞİ REKABET VE FİKRİ MÜLKİYET KURALLARI
ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ BİR
SONUCU OLARAK ZORUNLU LİSANSLAMA**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ
İLİŞKİ**

1.1. REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI	5
1.1.1. Rekabetin Tanımı ve Önemi	5
1.1.2. Rekabet Hukuku ve Tarihsel Gelişimi	5
1.1.3. Rekabet Politikası	7
1.1.3.1. Rekabet Politikasının Önemi	7
1.1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Politikası	9
1.1.4. Rekabete İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye	10
1.2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU	12
1.2.1. Fikri Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Önemi	12
1.2.1.1. Fikri Mülkiyet Haklarının Çeşitleri ve Ortak Özellikleri	13
1.3. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLE REKABET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ	16

1.3.1. Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukunun Amaçları Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar	17
1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Politikası ve Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki	21
1.3.3. Fikri Mülkiyet Haklarının Malların Serbest Dolaşımına Etkisi	22
1.3.4. Rekabet Hukukunun Kamu Yararı Sebebiyle Fikri Mülkiyet Haklarına Müdahalesi	24
1.3.5. Fikri Mülkiyet Haklarının Pazar Gücüne Etkisi	27
1.4. HAKİM DURUM KAVRAMI	28
1.4.1. Hakim Durum Tanımı	28
1.4.2. Hakim Durum Türleri	29
1.4.2.1. Kolektif Hakim Durum	29
1.4.2.2. Tek Başına Hakim Durum	30
1.4.3. Kurucu Antlaşmalar ve Diğer Mevzuat Kapsamında Hakim Durum	30
1.4.3.1. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma 102. Madde Kapsamı ve Amacı	31
1.5. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANIMININ BELİRLENEBİLMESİNİN ÖNKOŞULLARI	32
1.5.1. Üye Devletler Arası Ticaretin Etkilenmesi	32
1.5.2. İlgili Pazarın Belirlenmesi	33
1.5.2.1. İlgili Ürün Pazarı	33
1.5.2.2. İlgili Coğrafi Pazar	35
1.6. HAKİM DURUMUN TESPİTİNDE BELİRLEYİCİ NİTELİKTE OLABİLEN FAKTÖRLER	37
1.6.1. Pazar Payı	37
1.6.2. Pazar Gücü	39
1.6.3. Pazara Giriş Engellerinin Varlığı	41
1.6.4. Tüketici Talep ve Beklentileri	42
1.7. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ İSTİSNASI	42
1.8. FİKRİ MÜLKİYET HAKKINA SAHİP OLMANIN HAKİM DURUMA ETKİLERİ	43

1.8.1. Fikri Mülkiyet Haklarından Kaynaklanan Hakim Durum ve Rekabet Denetimi	45
1.8.1.1. Fikri Mülkiyet Haklarından Kaynaklanan Hakim Durumun Kötüye Kullanımının Tespiti	46

İKİNCİ BÖLÜM

HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER KAPSAMINDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU LİSANSLAMA

2.1. HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER	49
2.2. ZORUNLU UNSUR KAVRAMI	51
2.3. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU LİSANSLAMA	52
2.4. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU LİSANSLAMANIN GELİŞİMİ	54
2.4.1. Commercial Solvents Kararı	54
2.4.2. Volvo v. Veng Kararı	56
2.4.3. Sealink (Holyhead) Kararı	59
2.4.4. Magill Kararı	60
2.4.5. Ladbroke Kararı	64
2.4.6. Oscar Bronner Kararı	66
2.4.7. IMS Kararı	69
2.4.8. Microsoft Kararı	72
2.5. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE TÜRKİYE UYGULAMASI	76
2.5.1. Biryay I	77
2.5.2. Biryay II	78
2.5.3. Ulusal Dolaşım Kararı	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
PATENTTE ZORUNLU LİSANSLAMA

3.1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE PATENT İLİŞKİSİ	81
3.2. PATENT HAKKININ TANIMI VE ÖNEMİ	82
3.2.1. Patent Haklarının Lisans Sözleşmeleri Vasıtası ile Devri	84
3.3. PATENT HAKKI ve REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ	85
3.4. PATENT HAKLARINA DAYANILARAK HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	86
3.4.1. Lisans Sözleşmeleri Vasıtası ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	87
3.4.1.1. Patent Lisansı Sözleşmeleri	89
3.4.1.1.1. Yatay Lisans Sözleşmeleri	90
3.4.1.1.2. Dikey Lisans Sözleşmeleri	91
3.4.2. Patent Lisansı Vermeyi Reddetme Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	93
3.5. PATENTTE ZORUNLU LİSANSLAMA KAVRAMI ve KOŞULLARI	94
3.5.1. TRIPS Antlaşması ve Doha Deklarasyonu Kapsamında Patentte Zorunlu Lisanslama	96
3.5.1.1. TRIPS ve Doha Deklarasyonu Kapsamında Patentte Zorunlu Lisanslama Vakaları	100
3.5.2. Zorunlu Lisanslamanın Birlik Hukukundaki Yeri	102
3.5.2.1. İlaç Sektöründe Patent Hakkının Zorunlu Lisanslaması ve Birlik Hukuku	104
3.5.2.1.1. İlaç Sektöründeki Genel Rekabet İhlalleri	104
3.5.2.1.2. Astra-Zeneca Davası	105
3.5.3. Patent Haklarının Zorunlu Lisanslaması ve Türkiye	107
3.5.3.1. Bilsa Kararı	109
3.6. ZORUNLU LİSANSLAMA KAPSAMINDA TARAFLARA GETİRİLEN TEMEL YÜKÜMLÜLÜKLER VE TEKNOLOJİ STANDARTLARI	110

3.6.1. Teknolojik Ürün	110
3.6.2. Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Bakımından Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinin Önemi	111
3.6.3. Teknolojik Yeniliklerin Lisanslanması Kapsamında Tarafların Hak ve Yükümlülükleri ile FRAND İlkesi	112
3.6.3.1. FRAND İlkesi	114
3.6.4. Avrupa Birliğinde Zorunlu Lisanslama ve FRAND İlkesi	116
3.6.4.1. FRAND İlkesi ve Standartların Denetimi	119
3.6.4.2. Samsung Vakası	120
SONUÇ	122
KAYNAKÇA	126

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABA	Maastricht Antlaşması
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİDA	Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma
AKÇT	Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşması
Ar-Ge	Araştırma geliştirme
AT	Avrupa Topluluğu
ATA	Amsterdam Antlaşması
BBD	Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.
Biryay	Biryay Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.
BP	British Petrol
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
DSÖ	Dünya Sağlık Örgütü
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
EC	European Community
ECJ	European Court Journal
ECR	European Court Reports
Ed.	Editör
EEA	European Economic Area
ENS	European Night Service Ltd.
EPC	European Patent Convention
EU	European Union
FMH	Fikri Mülkiyet Hakları
FMR	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade

İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
IPRs	Intellectual property rights
IMS	International Marketing Services Health Inc.
MBL	Master of Business Law
Medya	Medya Pazarlama Organizasyon Hizmetleri İthalat Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi
NDC	National Data Corporation Health Information Services
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	Official Journal
PMU	Pari Mutuel Urbain
s.	Sayfa numarası
ss.	Sayfa aralığı
TRİPS	The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TÜSİAD	Türk Sanayicileri ve İş Adamları Derneği
US	United States
WTO	World Trade Organization
Yaysat	Yaysat Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi

GİRİŞ

Temel hukuk prensiplerinden biri olarak kabul edilen “sözleşme özgürlüğü” günümüzde sadece kamu hukuku ile değil, özel hukuk vasıtası ile de çeşitli kapsam ve şekillerde denetlenerek kısıtlanabilmektedir. Sözleşme özgürlüğünün istisnası niteliğindeki kısıtlamalardan bazıları da rekabet hukuku aracılığıyla gerçekleşmektedir.

Avrupa Birliğinin temellinde yatan, ekonomik ve siyasi bakımdan tam entegrasyonun sağlanması nihai hedefine ulaşılabilmesi için, dolaylı ya da dolaysız tüm ticaret engellerinin kaldırılarak, tam entegre Avrupa tek pazarının oluşturulması ve bu pazarın etkin işleyişinin garanti altına alınması hayati önem taşımaktadır. Tek pazarın liberal ekonomiye uygun olarak etkin işleyişinin garantilenebilmesi de, rekabet kurallarının aktif olarak uygulanarak, tek pazardaki adil ve serbest rekabet ortamının korunmasına sıkı sıkıya bağlıdır. Bu sebeple Birlik kuruluşundan itibaren gerek kurucu antlaşmalar, gerekse de yapmış olduğu diğer düzenlemeler vasıtasıyla, çeşitli kurallar koyup, tedbirler alarak etkili bir rekabet politikası oluşturmaya ve uygulamaya gayret etmektedir. Bu bağlamda rekabeti koruyarak teknolojik ilerleme ve yeniliğin (*innovation*) artırılması temel hedefine ulaşabilmek için rekabet hukuku, sözleşme özgürlüğünün istisnası niteliğindeki kısıtlamalar vasıtası ile serbest piyasa ekonomisi içerisinde faaliyet gösteren ve hakim durumda bulunan teşebbüslerin bazı faaliyetlerinin sınırlandırılması yoluna gidebilmektedir. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, rekabet hukuku, teşebbüslerin pazardaki hakim durumlarından yararlanarak gerçekleştirdikleri ve serbest piyasa ekonomisinin işleyişi içerisinde korunmaya çalışılan rekabetçi yapıyı sınırlandıran, bozan ya da tamamen ortadan kaldıran sözleşme özgürlüğü de dahil her türlü davranışı, çeşitli araç ve yöntemler kullanarak sınırlandırabilmektedir.

Her ne kadar salt hakim durumda olmaları sebebiyle teşebbüslerin ekonomik sistem içindeki tüm hareketlerinin, yasal çerçeveden çıkarak “yasaklı” duruma düşeceğini söylemek mümkün değilse de, dünyada büyük çoğunlukla kabul gördüğü gibi, Birlik hukuku da hakim durumda bulunan teşebbüslere, rekabet kuralları ve özellikle de Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşmanın (ABİDA)¹ 102. maddesi

¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, **Official Journal**, C: 326, 26/10/2012, s. 0001 – 0390.

(Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma (ATA) madde 82) kapsamında “tek pazardaki rekabetin bozulmasına sebep olabilecek davranışlardan kaçınma” gibi bazı özel yükümlülükler getirmektedir. Bu özel yükümlülüklerden biri de hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak kendilerine yapılan lisans başvurularını reddetmeleri durumunda ortaya çıkabilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının kullanımı, iki sebepten rekabet kurallarının denetimine tabidir. Bunlardan biri fikri mülkiyet haklarının sahiplerine sağladığı tekel hakkıdır. Bir diğeri ise sahip olunan fikri mülkiyet hakkı sebebiyle teşebbüslerin ilgili pazarda hakim duruma gelerek, mevcut hakim durumlarını güçlendirerek veya başka pazarlara yayarak rekabeti olumsuz etkilemeleri ve üçüncü kişilerin talepleri halinde sahip oldukları bu fikri mülkiyet haklarını paylaşmayarak, hakim durumlarını kötüye kullanma ihtimalleridir. Zira bilgi ve bu bilgiden kaynaklanan teknik ile ortaya çıkan yenilikler, toplumsal ilerleme ve refahın anahtarı sayıldığından kamu malı niteliğindedirler. Bu sebeple de kamu yararının korunması üstün hedefi doğrultusunda, fikri mülkiyet hakkı sahipleri bu hakların temelindeki bilgi ve tekniği, her koşulda kendilerine saklayamazlar. Kimi istisnai hallerde ve somut olayda belli koşulların sağlanması şartıyla, bu haklardan üçüncü kişileri yararlandırmak zorunda kalabilirler².

Fikri mülkiyet haklarının bir çeşidi olan lisans hakkı da sahibine lisans konusu üzerinde bir çeşit tekel hakkı bahşetmektedir. Ancak bu tekel hakkı sınırsız değil, rekabet kurallarının denetimine tabi bir haktır. Zira rekabet kuralları kapsamında lisans hakkı sahibi hakim durumdaki bir teşebbüs, somut olayda belli koşulların oluşması halinde makul bir “lisans ücreti (*royalty*)” karşılığında, bu haktan istisnai olarak üçüncü kişileri yararlandırmak durumunda kalabilmektedir. Diğer bir ifade ile, hakim durumdaki lisans hakkı sahibine, somut olayda tüm koşulların bir arada gerçekleşmesi halinde, istisnai olarak bu hakkın temelini oluşturan yeniliği, pazardaki mevcut ya da potansiyel rakipleriyle, -bunların talepleri halinde- paylaşma yükümlülüğü getirilebilir. Nitekim lisans hakkı sahibi olan ve hakim durumda bulunan teşebbüs veya teşebbüsler tarafından yapılabilen lisanslamanın reddi halleri, bazı şartlar altında kötü niyetli davranış olarak nitelendirilerek rekabet hukukuna

² Suat Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 91, 2010, ss. 186-187.

aykırılığı ileri sürülebilmektedir. İşte bu noktada ortaya hakim durumdaki teşebbüslerin, istisnai nitelik arz eden zorunlu lisanslama yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Zira büyük yatırımlar ve araştırma geliştirme (*Ar-Ge*) faaliyetleri neticesinde yaratılan yenilikler karşılığında, sahibine kesin ve inhisari bir hak ile belli bir süre bu hakkın korunmasını bahşeden fikri mülkiyet hakkı sahiplerine tanınan bu koruma, dokunulmaz değildir. Fikri mülkiyetten kaynaklanan bu haklar, kamu yararı göz önüne alınarak sınırlandırılabilir. Rekabet hukuku perspektifinden bakıldığında zorunlu lisanslamayla, fikri mülkiyet hakkı sahibi olan ve hakim durumda bulunan teşebbüse, talepleri halinde –kendisi ile rekabet edecek olsun ya da olmasın- üçüncü kişilerle sahip olduğu bu hakkı, belli şartlar altında ve istisnai hallerde paylaşma yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Avrupa Birliği Komisyonu, hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarına yönelik olarak getirilen zorunlu lisanslama özel yükümlülüğünün sınırlarını, ilk başlarda çok net bir şekilde çizerek uygulama prensiplerini belirleyememiştir. Ancak Magill³ ve IMS⁴ davalarını takip eden süreçte, bu prensipler yavaş yavaş yerleşmeye başlamıştır.

Bu tez çalışması ile, fikri mülkiyet hakkına sahip hakim durumdaki teşebbüsler bakımından sözleşme özgürlüğüne, rekabet kuralları kapsamında getirilen kısıtlamalardan biri olan ve hakim durumdaki teşebbüsler bakımından, zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanmasıyla ortaya çıkan, “zorunlu lisanslama yükümlülüğü” incelenmeye çalışılmıştır. Bu inceleme yapılırken genel olarak zorunlu unsur doktrini ve zorunlu lisanslamaya ilişkin uygulama koşullarının neler olduğu da örnek olay çözümlenmeleriyle ortaya konularak tartışılmıştır.

Türkiye açısından bakıldığında, bu inceleme kapsamında karşımıza çıkan en önemli kısıt, ülkemizde tescilli patent sayısının gelişmiş ülkelerle karşılaştırıldığında, daha az olmasıdır. Bu sebeple gerek somut olaya zorunlu unsur doktrininin uygulanmasıyla, gerekse de hakim durumdaki teşebbüslere zorunlu lisanslama yükümlülüğünün getirilmesiyle, ülkemizde uygulamada çok sıklıkla karşılaşılmamaktadır. Netice olarak özellikle zorunlu lisanslama yükümlülüğüne

³ Joined Cases C-241/91 P and 242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (Magill) [1995] ECR I-743.

⁴ Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG [2004] ECJ 166.

ilişkin Türkiye uygulaması, literatürde mevcut vaka örneklerinin sayıca oldukça az olması sebebiyle, kısıtlı olarak incelenebilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

ARASINDAKİ İLİŞKİ

1.1. REKABET HUKUKU VE POLİTİKASI

1.1.1. Rekabetin Tanımı ve Önemi

Rekabet en temel anlamıyla, aynı pazarda ekonomik faaliyet gösteren teşebbüslerin, müşterilerine rakiplerinden daha fazla ürün ve hizmet sağlama, dolayısı ile de daha fazla kar elde etme amacıyla birbirlerine karşı giriştikleri üstünlük yarışı olarak tanımlanabilir⁵.

Pazarda tam rekabetin, başka bir deyişle tüm ekonomik aktörler için serbest ve adil bir rekabet ortamının sağlanması, ülke kaynaklarının en etkin şekilde kullanılarak, toplumsal refahın en üst düzeye yükseltilmesini hedefleyen serbest piyasa ekonomisinin işleyişi açısından hayati bir öneme sahiptir.

İlgili pazardaki rekabetin, uygulanacak aktif rekabet politikaları vasıtası ile en iyi şekilde korunması sayesinde, kaynak dağılımı ve üretim verimliliğindeki artışa paralel olarak maliyetler düşecektir. Maliyetlerin düşmesi, ar-ge faaliyetlerine, dolayısıyla da yeniliğe yapılacak yatırımları artıracığından, mal ve hizmet çeşitliliği ile kalitesi yükselecek, yapılan yatırımlara bağlı olarak teknolojik ilerleme sağlanacak, bu da toplumsal refahın artmasına sebep olacaktır. Bu koşullar altında rekabetin korunması hedefinin, doğrudan doğruya kamu yararının korunması ilkesi ile sıkı sıkıya bağlantılı olduğu da açıkça anlaşılmaktadır.

1.1.2. Rekabet Hukuku ve Tarihsel Gelişimi

Rekabet hukuku, kamu yararının korunması temel hedefi doğrultusunda ilgili ürün ya da hizmet pazarındaki rekabetin korunması ve geliştirilmesi amacıyla teşebbüslerin rekabeti bozucu, kısıtlayıcı veya ortadan kaldıracı davranışlarını engellemeye yönelik kural ve uygulamalar bütünü olarak tanımlanabilir. Bu kurallar

⁵ Rekabet Kurumu, **Rekabet El Kitabı**, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 238, Ankara, 2009, s.15.

rekabet ihlallerine karşı bazı per se yasak ve sınırlamalar da ihtiva eder⁶. Rekabet hukuku, gerek Avrupa Birliği, gerekse de ülkemiz açısından göreceli olarak yeni bir hukuk dalı olsa da, bu hukuk dalının temellerinden birini teşkil eden tekelleşmeyle mücadelenin köklerinin, milattan önceki yıllarda Babillilere kadar uzandığı bilinmektedir⁷.

Modern anlamda rekabet kurallarına ilişkin ilk düzenlemeler, 19. yüzyılın sonlarına doğru Amerika Birleşik Devletlerinde çoğulcu demokrasinin bir yansıması olarak Sherman Yasası'nın (*Sherman Act, 1890*) Senatoda kabul edilmesiyle başlamıştır. Serbest rekabete dayalı ekonomi politikasının önemi kavranarak bu dönemde yoğun olarak benimsenip uygulanması neticesinde Amerika Birleşik Devletlerinde rekabet hukukunun (*Anti-Trust Law*) önemi günden güne artmıştır⁸.

Avrupa kıtasına bakıldığında İkinci Dünya Savaşı'nın, büyük oranda hammadde ve sömürge paylaşımı konusunda birbirlerine rakip olan ve adeta kartelleşen dünya devletleri arasında çıktığı görülecektir. Bu yıkıcı savaşı takip eden yeniden demokratikleşme sürecinde, Kıta Avrupasında özellikle tekelleşmeye ve yine bu bağlamda kartelleşmeye karşı ortaya çıkan olumsuz hava içerisinde, rekabet hukukuna ilişkin ulusal anlamdaki ilk düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır⁹.

Avrupa Topluluğu'nun ise temelleri, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen akabinde, Kıta Avrupasında yeniden böyle bir savaşın çıkmasının engellenerek kalıcı barışın sağlanması düşüncesiyle atılmıştır. Böylelikle Avrupa devletlerinin öncelikle ekonomik, nihayetinde ise siyasi birliğini hedeflemiştir. Birlik düzeyindeki ilk rekabet düzenlemelerine ise Topluluğun temelinde yatan kurucu antlaşmalarından biri olan Avrupa Kömür Çelik Topluluğu Antlaşmasının¹⁰ (*AKÇT*) 65. ve 66. maddeleri ile yer verilmiştir¹¹.

⁶ Hakan Hanlı, "Türkiye'de ve Avrupa Birliğinde Haksız Rekabet: Yasal ve Kurumsal Çerçeve", **Rekabet Haber Bülteni**, Sayı: 16, 2005, http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi16.doc, (22.0.2014), s.15.

⁷ Ali İlicak, **Sherman Anti-Tröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s. 8.

⁸ Tamer M. Müftüoğlu, "Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması", **Rekabet Kurumu Rekabet Dergisi**, Cilt:1 Sayı:1, 2000, s.5.

⁹ Müftüoğlu, s.7.

¹⁰ Treaty Establishing the European Coal and Steel Community, ECSC Treaty, 1951.

¹¹ Alison Jones ve Brenda Sufrin, **EC Competition Law: Text, cases and materials**, 3.Baskı, Oxford University, Oxford, 2008, s.35.

AKÇT’de yer bulan rekabete ilişkin bu temel maddeler, 1957 yılında imzalanan ve Avrupa Topluluğunun kurucu antlaşması sayılan Roma Antlaşmasının¹² 85. ve 86. maddelerinde vücut bulmuştur.

1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması (ATA) ile diğer pek çok konuda olduğu gibi rekabete ilişkin düzenlemelerin de madde numaraları değişikliğe uğrayarak, bu düzenlemeler madde 81 ila 86. maddeler arasına taşınmıştır. Roma Antlaşmasının 90. maddesinde dumping uygulamalarına ilişkin bir yasal düzenlemeye yer verilmişse de 90. madde hükmü altında yapılan bu düzenleme, Amsterdam Antlaşmasıyla kaldırılmıştır.

Rekabet düzenlemelerine yönelik bu madde numaraları, son olarak da 2007 yılında imza altına alınan Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma ile değiştirilerek, bu düzenlemeler 101 ila 109. maddeler arasına taşınarak bugünkü şeklini almıştır¹³.

1.1.3. Rekabet Politikası

1.1.3.1. Rekabet Politikasının Önemi

Serbest ve adil rekabetin bulunmadığı bir ortamda tekelleşme baş göstererek, uzun vadede ekonomik faaliyetlerde bir çeşit kaosa sebebiyet vereceğinden, böyle bir ortamda serbest piyasa ekonomisinden bahsedebilmek de mümkün olamayacaktır. Bir başka ifade ile, rekabet ortamının korunamadığı hallerde serbest piyasa ekonomisinden bahsedilemeyeceği gibi, serbest piyasa ekonomisinin rekabetin korunmasını garanti edebileceğini söyleyebilmek de mümkün değildir¹⁴.

Tarihsel gelişim içinde ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler eliyle, rekabetin bozulması, sınırlanması ya da tamamen ortadan kaldırılmasının engellenerek ticari hayattaki hassas dengelerin korunması, serbest piyasa

¹² “Treaty of Rome” veya “Treaty Establishing the European Economic Community” olarak anılan antlaşma 25.03.1957’de Belçika, Fransa, İtalya, Almanya, Lüksemburg, Hollanda tarafından imzalanmış, 01.01.1958’de ise yürürlüğe girmiştir.

¹³ Kısıtlayıcı ve uyumlu eylemler: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma (ABİDA) madde 101 (Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma (ATA) madde 81)
Hakim durumun kötüye kullanılması ABİDA madde 102 (ATA madde 82)
Usule ilişkin hükümler ABİDA madde 103-105 (ATA madde 83-85)
Kamu teşekkülleri ve rekabet kuralları ABİDA madde 106, 18,37 (ATA madde 86, 12, 31)
Devlet yardımlarının tanımı ve kapsamı ABİDA madde 107 (ATA madde 87)
Usule ilişkin hükümler ABİDA madde 108-109 (ATA madde 88-89)

¹⁴ DPT, **Rekabet Hukuku ve Politikaları, 9. Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, DPT Yayınları, Ankara, 2007, ss.1-2.

ekonomisinin etkin işleyişinin sağlanması ve toplumsal refahın artırılması amacıyla, devletler eliyle rekabet politikaları oluşturularak etkin bir şekilde uygulanmalarına ihtiyaç duyulmuştur. Zira serbest piyasa ekonomisinin benimsendiği toplumlarda devlet, piyasanın işleyişine doğrudan müdahale edemediğinden, serbest rekabet ortamının korunması ve piyasaların sağlıklı işleyişinin bozulmaması için alınacak tedbirler konusunda, dolaylı müdahale araçlarına ihtiyaç duyar. Rekabet politikası da serbest piyasa ekonomisinin işleyişinin aksamaması için devletlerin kullandığı bu dolaylı müdahale araçlarından birisidir¹⁵.

Devletler, rekabet politikaları doğrultusunda hazırladıkları yasal ve idari düzenlemeler ile bu düzenlemeler ışığında oluşturulan rekabet otoriteleri aracılığıyla, serbest piyasa ekonomilerinde rekabetin korunmasını garanti altına almak için piyasaya dolaylı da olsa müdahalelerde bulunabilirler¹⁶.

Devletin piyasanın işleyişine rekabet politikası araçlarıyla dolaylı olarak müdahale etmesinin, başta serbest ve adil rekabet ortamının oluşturulup kaynakların doğru yönetilerek ekonomik etkinliğin, teknolojik gelişmenin ve toplumsal refahın artırılmasının sağlanması, serbest piyasa ekonomisinin tam ve doğru bir şekilde işleyişinin temini, ilgili piyasada faaliyet gösteren hakim durumdaki teşebbüslerin pazar güçlerini kötüye kullanmalarının önlenmesi olmak üzere pek çok sebebi bulunmaktadır¹⁷. Diğer bir ifadeyle, rekabet politikası, kaynakların etkin kullanımının, endüstriyel etkinlik ile verimliliğin artırılmasının, teknik ilerlemenin, yeniğin teşvikinin, yönetiminin ve değişen şartlara hızlı uyumunun sağlanması için devletler eliyle kullanılan önemli bir araçtır¹⁸.

Rekabet politikasının, daha kapsayıcı bir yapısı olması sebebi ile, rekabet hukukunun, rekabet politikasının bir alt kümesini oluşturduğu da söylenebilir¹⁹.

¹⁵ Rekabet Kurumu, **2013 Rekabet Raporu**, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No. 303, Ankara, 2013, s.11-14.

¹⁶ Mustafa Ateş, "Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2008, s.49.

¹⁷ Telekomünikasyon Kurumu, Rekabet Politikası, Nisan 2003, http://tk.gov.tr/kutuphane_ve_veribankasi/raporlar/arastirma_raporlari/dosyalar/rekabet2.pdf, (22.09.2014), s.7.

¹⁸ Jones ve Sufrin, s.42.

¹⁹ Paul Cook, "Competition and its Regulation: Key Issues", **Annals of Public and Cooperative Economics**, Cilt: 73, Sayı: 4, 2002, s.455,462.

1.1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Politikası

Avrupa Birliği rekabet politikası, uzun yıllar teŖebbüsler arasında yapılan ve pazarın olağan iŖleyiŖini bozarak ilgili pazardaki rekabeti engelleyen giriŖimleri ve hakim durumdaki teŖebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları sonucu ilgili pazarda oluŖabilecek zararları engellemeye yönelik olarak düzenlenen, Roma AntlaŖmasının 85 ve 86. maddeleri çerçevesinde geliŖerek olgunlaŖmıŖtır²⁰. Avrupa Birliği'nin nihai hedefi, üye devletlerin Birlik çatısı altında tam entegrasyonunun sağlanarak öncelikle ekonomik ve son olarak da siyasi bütünleŖmenin tamamlanmasıdır. BaŖka bir ifade ile siyasi birlikten bahsedebilmek için ekonomik bütünleŖmenin ivedilikle tamamlanması Ŗarttır. Bunun yolu da dolaylı ya da dolaysız tüm ticaret engellerinin kaldırıldığı, dıŖ dünyaya karŖı ortak ithalat-ihracat politikalarının benimsendiği, sermaye, iŖgücü, mal ve hizmetlerin serbest dolaŖımının sağlandığı birbirine entegre Avrupa tek pazarının oluŖturularak, bu pazarın serbest piyasa ekonomisi kuralları çerçevesinde iŖleyiŖinin garanti altına alınmasından geçmektedir²¹. Tüm bu değerlendirmelerin ıŖıđı altında, teknolojik geliŖim ve ilerlemenin yakalanarak iktisadi etkinliğin sağlandığı, etkili ve rekabetçi bir tek pazarın oluŖturulması kanımızca, hem uluslararası arenada Birlik'in etkili bir ekonomik ve siyasi aktör olarak kendine yer edinmesi, hem de tam entegrasyon hedefinin gerçekteŖmesi bakımından önemlidir.

Tam entegrasyon hedefinin gerçekteŖtirilebilmesinde de doğru Ŗekilde uygulanacak bir rekabet politikasının önemi büyüktür. Bu bağlamda Avrupa Birliği rekabet politikasının hedefi, üye devletlerde faaliyet gösteren tüm ekonomik aktörlerin, bozulmamıŖ, tam rekabetin sağlandığı bir ortamda, eŖit Ŗartlar altında, ekonomik koŖulların en uygun olduğu yerde, diledikleri Ŗekilde yatırım ve üretim yaparak, mal alıp satabildikleri ya da hizmet sunup hizmetlerden yararlanabildikleri rekabetin bozulmadığı bir Avrupa Birliği tek pazarı oluŖturmaktır²². Bir diğer ifade

²⁰ David Harbord ve Tom Hoehn, "Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy", **International Review of Law and Economics**, Cilt: 14, 1994, s.421.

²¹ Jones ve Sufrin, s.39.

²² Canan Balkır, **Uluslararası Ekonomik BütünleŖme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 223.

ile, Birlik'in rekabet politikasını, kurulduğu günden beri, tek Avrupa pazarının tam entegrasyonunu sağlamaya yönelik bir mekanizma olarak kullanmaktadır²³.

Avrupa Birliği böylelikle Birlik genelinde tam, serbest ve adil rekabet ortamının oluşturularak rekabetin korunmasını ve bu yolla tam entegrasyonun sağlanması ile birlikte, sosyal refahın teminini, sürdürülebilirliğini ve artırılmasını garanti altına almayı amaçlar²⁴. Zira rekabetin etkili bir şekilde korunabildiği hallerde kaynaklar da etkin bir şekilde kullanılabilirdiğinden, üretimde kalite ve çeşitlilik artarken, fiyatlar düşme eğilimindedir. Fiyatların düşmesi, tüketici yararını artıracığı gibi, çoğunlukla sosyal refahı da yükseltir. Buna paralel olarak kaynakların etkin kullanımı sağlandığından, ar-ge yatırımları artar, istihdam oranları yükselir. Bu da beraberinde ekonomik büyümeyi getirir, teknolojik ilerleme sağlanır. Bu sebeplerle Birlik, kurulduğu günden beri etkili bir rekabet politikası oluşturarak bu konuda istikrarlı bir çizgi yakalamaya çalışmış ve bu hedefine ulaşmaya yönelik olarak değişik zamanlarda, birçok tedbirler alarak kurucu antlaşmalarında ve uygulamada çeşitli düzenlemelere yer vermiştir.

1.1.4. Rekabete İlişkin Düzenlemeler ve Türkiye

Türkiye ve o zamanki adıyla Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında, 1963 tarihinde Ankara Antlaşmasının imzalanması ile, hem Birlik'le ilk kez bir ortaklık ilişkisi kurulmuş, hem de Gümrük Birliği'nin nasıl oluşturulacağına ilişkin ana hatlarıyla bir çerçeve çizilmiştir. Hazırlık dönemi, geçiş dönemi ve son dönemden oluşan, üç basamaklı ticari ve ekonomik bir bütünleşme şekli öngören Ankara Antlaşmasının, Gümrük Birliğinin başarı ile tamamlanmasına yönelik olarak getirdiği, ilk basamağı hazırlık dönemidir (Ankara Antlaşması madde 2). Türkiye'nin herhangi bir sorumluluk üstlenmediği hazırlık döneminde, Topluluk ile Türkiye arasındaki ekonomik farklılıkların azaltılması hedeflenmiş, bu amaçla Türkiye'ye hibe niteliğinde bazı mali yardımlar yapılmış ve krediler tahsis edilmiştir. Bu dönemde ayrıca, taraflar arasındaki en yüksek karar alma organı olan "Ortaklık

²³ Giorgio Monti, **EC Competition Law**, Cambridge University Press, UK, 2007, s.39.

²⁴ Mustafa Ateş, "Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku Taslak Tebliği", **Rekabet Kurumu ve Erciyes Üniversitesi İşbirliği ile Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII**, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurulu, Kayseri, 17-18.04.2009, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitabi/etkinlikkitap25.pdf>, (22.09.2014), (GGS), s.28.

Konseyi” de dahil olmak üzere, karşılıklı ilişkilerin yürütülmesi için başka bazı kurumlar dahi oluşturulmuştur. Tüm bu çalışmalarla amaçlanan, Türkiye’nin kalkınmasına fayda sağlamak ve böylece Türkiye’nin Gümrük Birliği kapsamında geçiş dönemi ile son dönemde üstleneceği sorumlulukları, eksiksiz olarak yerine getirebilmesini kolaylaştırmaktır (Ankara Antlaşması madde 3). İkinci basamak olan geçiş dönemi, 1970 tarihinde imzalanan ve 1973’te yürürlüğe giren Katma Protokol ile birlikte başlamıştır (Katma Protokol madde 1). Geçiş döneminde bu kerre Türkiye, ortaklığın işleyişinin aksamamasının sağlanması amacıyla ekonomik politikalarını, Topluluğun politikalarına yaklaştırmayı taahhüt etmiştir (Ankara Antlaşması madde 4). Bu arada Katma Protokol’ün yürürlüğe girmesinden hemen önce 1971 tarihinde, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Türkiye’den ithal edilen –bazı petrol ve tekstil ürünleri hariç- sanayi ürünlerine ilişkin gümrük vergileri ve kotaları tek taraflı olarak sıfırlamıştır. Buna karşılık Türkiye’ye de Topluluk menşeli sanayi ürünlerine ilişkin aynı uygulamanın getirilmesi için yirmi iki yılı kapsayan bir zaman tanınmıştır²⁵.

Nihayetinde Türkiye tarafından üzerine düşen yükümlülüklerin yerine getirildiği kanaati olduğundan, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararı ile, Gümrük Birliğinin 1,Ocak,1996 tarihi itibarı ile yürürlüğe gireceğine hükmedilmiştir. Ortaklık Konseyi’nin almış olduğu bu kararla, geleneksel anlamda bir gümrük birliğinden çok öte, -tıpkı halihazırda Topluluğa üye olan devletlerden beklenildiği gibi- tek pazara ekonomik anlamda tam entegrasyonun kastedildiğine kanımızca da şüphe yoktur. Bir başka ifade ile, Gümrük Birliği, Avrupa Birliğine tam üyelik için Türkiye için bir ekonomik, hukuki dönüşüm ve entegrasyon sürecidir²⁶.

Türkiye, rekabete ilişkin mevzuatını, Topluluk müktesebatı ile uyumlu hale getirmeyi, buna ilişkin her türlü yasal düzenlemeyi yapmayı, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının IV kısmında bulunan “Yasaların Yakınlaştırılması” başlığı altında, hüküm altına alarak, taahhüt etmiştir. Rekabete ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerin kapsam ve sınırları, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı madde 32 ile 43 arasında detaylı olarak özetlenmiştir. Neticede Ortaklık Konseyi Kararı’nda rekabete ilişkin olarak taahhüt altına alınan hususları da kapsayacak şekilde, Avrupa

²⁵Devlet Personel Başkanlığı, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Birimi, “Türkiye AB ilişkileri Notu”, <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/daire-baskanliklari/avrupa-birligi-ve-disiliskiler-birimi/avrupa-birligi-ve-dis-iliskiler-birimi-avrupa-birligi-hakkında-632/avrupa-turkiye-ab-iliskileri-notu> , (22.09.2014).

²⁶ İktisadi Kalkınma Vakfı, “Gümrük Birliği”, <http://www.ikv.org.tr/ikv.asp?id=38>, (22.09.2014).

Birliği müktesebatına uyumlu olarak hazırlanan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girmesi ile birlikte, yapılan çalışmalar sonucunda, kanunun uygulanmasından sorumlu kurum olan Rekabet Kurumu da oluşturularak, 1997 yılında görevine başlamıştır. Türkiye'nin rekabete ilişkin olarak yapmış olduğu bu yasal düzenlemeler ve Rekabet Kurumu vasıtası ile serbest pazar ekonomisinin eksiksiz işleyişini garanti altına alarak ekonomik anlamda Avrupa Birliği ile tam entegrasyonu hedeflediği açıktır.

1.2. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU

1.2.1. Fikri Mülkiyet Haklarının Tanımı ve Önemi

Fikri mülkiyet hakları, düşünsel çabalar sonucu ortaya çıkan ürünlerin, üçüncü kişilerin izinsiz müdahale ve kullanımlarına karşı korunmalarını sağlayan ve ürünlerin yaratıcılarına da belirli bir süre fikri mülkiyetten kaynaklanan haklardan yararlanmalarına ilişkin bazı inhisari nitelikli ayrıcalıklar tanıyan maddi olmayan, diğer bir ifade ile soyut nitelikteki haklardır. Kısaca belirtmek gerekirse, fikri mülkiyet hakları, yaratıcı düşünce ürünü eserlerin sahiplerine tanınan münhasır nitelikteki haklardır²⁷.

Bir ülkenin fikri mülkiyet birikimi, o ülkenin gelişmişlik düzeyinin ve küresel rekabet içerisindeki yerinin belirlenmesi bakımından önemlidir²⁸. Bu sebeple de fikri mülkiyet hakları yine devlet eliyle konulan hukuk kuralları tarafından güvence altına alınmıştır. Bu korumanın temel amacı, kişilerin düşünsel çabaları sonucu ortaya konan yenilikleri ve bunları ortaya çıkaran yaratıcılarını çeşitli şekillerde ödüllendirmek suretiyle, teşvik etmek ve bu yolla da buluşların, yeniliğin ve teknolojik ilerlemenin devamlılığını sağlamaktır. Düşünsel çabalarının karşılığını, maddi-manevi alabilen kişi ya da teşebbüslerin, bilimsel çalışmalara ve ar-ge yatırımlarına daha çok zaman ve kaynak aktaracakları şüphesizdir. Bu da daha fazla

²⁷ Peter Groves, **Intellectual Property with Competition Law and Practice**, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1994, s.1;

Mehmet Yüksel, "Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, s.90.

²⁸ Ayşe Odman Boztosun, "Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet", **TÜSİAD Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu**, 2007, http://ref.sabanciuniv.edu/sites/ref.sabanciuniv.edu/files/boztosun_taslak_makale_0.pdf, (22.09.2014), (TÜSİAD) s.7.

istihdam, ekonomik büyüme ve teknolojik gelişme ile neticede sosyal refah artışını beraberinde getirecektir²⁹.

Fikri mülkiyet, bilim, teknik, sanayi, edebiyat ve sanat alanlarında bilgi ve teknik paylaşımı yoluyla, ortaya konan yeniliklerin, üçüncü kişilerin kullanımına açılarak toplum geneline yaygınlaşması ihtiyacını da beraberinde getirir. Yeniliklerin paylaşımı ve yaygınlaşması, toplumsal gelişme ve ilerlemeyi sağlayan en önemli etkenlerden biridir. Nitekim teknik ve ekonomik ilerleme ile fikri mülkiyet haklarının hukuken tanınması, korunması ve paylaşımı arasında doğru orantı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁰.

1.2.1.1. Fikri Mülkiyet Haklarının Çeşitleri ve Ortak Özellikleri

Fikri mülkiyet, buluşlar, edebi eserler ve sanat eserleri ile ticari olarak kullanılan ve ticari değer arz eden isimler, semboller, görüntü ve tasarımlar gibi düşünsel yaratımları kapsar. Fikri mülkiyet haklarını kendi içinde gruplandırmak gerekirse, bu hakların patentler, markalar, endüstriyel tasarımlar ve coğrafi işaretleri kapsayan “sınaî mülkiyet hakları” ile; romanlar, şiirler, tiyatro oyunları, sinema filmleri, müzikal çalışmalar, çizimler, resimler, fotoğraflar, heykeller, mimari çizimler gibi edebi eserler ile sanat eserlerini kapsayan “telif hakları” olmak üzere iki kategoriye ayrılarak incelenmektedir³¹.

Sınaî mülkiyet hakları ve telif hakları olmak üzere iki ana kategoriye ayrılan fikri mülkiyet haklarının her birinin kendine has özellikleri olduğu gibi, bunların her biri için geçerli bazı ortak özellikler de bulunmaktadır. Öncelikle fikri mülkiyet hakları, sahiplerine hak konusu üzerinde doğrudan inhisari nitelikte bir hakimiyet sağlayan mutlak haklardandır. Bu sebeple hak sahipleri hukuk düzeninin belirlemiş olduğu çerçevede hakka konu olan şey üzerinde alım, satım, devir, lisanslama, teminat gösterme gibi çeşitli şekillerde hukuki tasarruflarda bulunmakta serbestirler³². Yine fikri mülkiyet haklarının tamamı ya da bir kısmı, ilgili yasal düzenlemeler kapsamında alınıp satılabileceğinden, bu haklar ticari bir değere de

²⁹ İsmail Hakkı Yücel, **Bilim ve Teknoloji Politikaları ve 21.Yüzyılın Toplumu**, DPT, Ankara, 1997, ss.2,5,6,9.

³⁰ Ateş, GGS, s.26.

³¹ Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, Tek Pazar ve Rekabet Başkanlığı, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=72>, (22.09.2014).

³² Ateş, GGS, s.17-18.

haizdir³³. Ancak fikri mülkiyet hakları sahiplerine, sonsuz nitelikli bir koruma da sağlamazlar, zira fikri mülkiyetten kaynaklanan bu koruma sürelidir. Fikri mülkiyetin korunmasına ilişkin bu süreler, ilgili yasalarla her bir fikri mülkiyet hakkı çeşidi için ayrı ayrı belirlenmiştir. Diğer bir deyişle, bu haklar yasaların izin verdiği şekil ve sürelerde hak sahiplerine geçici bir koruma sağlar ve sürenin sonunda yasal koruma sona erer. Ancak kimi istisnai durumlarda ilgili yasada belirtilen süre sonunda, hak sahibinin başvurusu üzerine koruma süresi usulüne uygun olarak uzatılabilir³⁴.

Avrupa Birliği hukuku açısından bakıldığında, ortak pazara arz edilen ürünlerin, üye devletler arasında malların serbest dolaşımını engellemeyecek şekilde pazara sunulması gerekliliğinin, Roma Antlaşmasında yer alan genel hükümlerden de açıkça anlaşıldığı görülecektir. Bu prensip, fikri mülkiyet korumasından yararlanan ürünler için de geçerlidir. Fikri mülkiyette hak sahibinin yaratıcı çabalarının korunması asıldır; ancak malların serbest dolaşımı ilkesi gereği, hak sahibinin yaratıcı çabaları ve fikri mülkiyete ilişkin münhasırlık hakkı, hak sahibinin rızası ile ürünü pazara ilk kez sürdüğü anda karşılığını almasıyla, pazara sürülen ürün için tükenir. Diğer bir ifade ile fikri mülkiyet hakkı sahibinin yaratıcı çabası, bir kere ödüllendirildikten ve ürün pazara ilk kez sahibinin rızası dahilinde sürüldükten sonra, artık fikri mülkiyet sahibinin münhasırlık iddiası, halihazırda pazara sürülen bu ürün için tüm Birlik sınırları içinde tükenmiş sayılır. Bundan sonra fikri mülkiyet hakkı sahibi pazara sürmüş olduğu ürün üzerinde fikri mülkiyete dayalı herhangi bir hak ileri süremez. Buna “**hakın tüketilmesi prensibi**”³⁵ adı verilir. Bu prensip, malların serbest dolaşımı ilkesinin Birlik genelinde gerçekleştirilebilmesi, böylelikle de ekonomik verimliliğin ve tam rekabet ortamının sağlanması bakımından hayati öneme sahiptir³⁶.

³³ Groves, s.4.

³⁴ Mehmet Akif Hakan, “Mülkiyet, Fikri Mülkiyet, Patent ve Avrupa Patenti”, <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/dergi-patent.pdf>, (22.09.2014), s.2.

³⁵ Yabancı kaynaklarda bu doktrin “Exhaustion Doctrine ya da Exhaustion of Rights” adıyla anılmaktadır.

³⁶ EU Anti-Competitive Law Exhaustion of Rights Doctrine, Overview, Up-Date and Influence on Patent Filing Policy, http://www.avidity-ip.com/assets/pdf/pageView_December1996_EUAntiCompetition.pdf, (22.09.2014), paragraf 1.2;

Esin Çamlıbel Taylan, **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin, Ankara, 2001, ss. 92-93.

Fikri mülkiyet sahiplerine sağlanan koruma, bölgesel niteliklidir. Dolayısı ile bu haklar, bölgesellik ilkesi (*Principle of Territoriality*) doğrultusunda sadece tescil edildikleri ya da yasal düzenlemeler kapsamında korundukları ülke veya bölge sınırları içinde geçerlidirler. Diğer yerlerde sahiplerine koruma sağlayabilmeleri için o bölge ya da ülkelerin yerel yasaları kapsamında da koruma altına alınmış olmaları gerekir³⁷.

Türk hukuku açısından incelendiğinde, fikri mülkiyete ilişkin Avrupa Birliği müktesabatına uyum bağlamında yapılan ilk düzenlemelerin, Ankara Antlaşmasının imzalanmasından sonraki döneme denk geldiği görülmektedir. Başka bir ifade ile, bu uyumlulaştırma çalışmaları, Ankara Antlaşması ile, Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında, Gümrük Birliğinin kurulması kapsamında belirlenen, üç aşamalı geçiş döneminin üçüncüsü olan “son dönemde” hız kazanmıştır. Bu kapsamda yapılan çalışmalar neticesinde, 1994 tarihinde, 544 sayılı Türkiye Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Türkiye’nin teknolojik ve endüstriyel gelişimine katkıda bulunmak üzere Türk Patent Enstitüsü kurulmuştur. Patent Enstitüsü idari ve mali özerkliğe sahip bulunmaktadır. Yine son dönemde alınan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Türkiye, fikri mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatını, gerekli her türlü güncellemeleri yapıp, eksiklikleri tamamlayarak, Avrupa Ekonomik Topluluğu müktesabatına ve uluslararası antlaşmalara uyumlu hale getireceğini de taahhüt altına almıştır (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı madde 31 ve 8. Ek). Bu kapsamda Patent Enstitüsünün de katılımı ile yapılan özenli çalışmalar neticesinde, 1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, güncellenerek Topluluk müktesabatı ile uluslararası antlaşmalara uyumlu hale getirilmiştir. Yapılan diğer çalışmalar da fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin yeni, detaylı ve Topluluk müktesabatına uyumlu olarak hazırlanan mevzuat çalışmalarıdır: Bu mevzuat çalışmaları sonucunda, 1995 yılında, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kabul

³⁷ Groves, s.4;

Paulius Jurcys, “The Role of the Territoriality Principle in Modern Intellectual Property Regimes: Institutional Lessons from Japan”, 4. Yıllık Kyusgu Üniversitesi Hukuk Konferansı, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1663219 , (22.09.2014), s.3.

edilerek yürürlüğe girmiştir. Tüm bu düzenlemeler, Türkiye ve Avrupa Birliğinin fikri mülkiyet haklarına ilişkin farklı seviyelerde mevzuatlara sahip olmalarından kaynaklanabilecek sorunların ortaya çıkmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Diğer bir deyişle, bu sayede Gümrük Birliği kapsamında yasaklanan tarife dışı engellerden biri olan, fikri mülkiyete ilişkin mevzuatların farklılığından kaynaklanabilecek durumların, malların serbest dolaşımını engellemesinin de önüne geçilmesi hedeflenmiştir³⁸.

1.3. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLE REKABET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, her iki hukuk dalının son dönemlerde artan popüleritesi sebebiyle gittikçe daha çok tartışılır hale gelmiştir. Her ne kadar pek çok kereler bu konuda değişik görüşleri savunan çevrelerce, iki hukuk dalının birbirleriyle çeliştikleri ifade edilse de, bu ilişkiyi çelişki ya da zıtlama olarak açıklamak doğru olmaz. Zira fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi, rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan tekel hakları ile özel mülkiyete ilişkin hakları denetlemesi ve bazı istisnai hallerde fikri mülkiyet haklarını sınırlandırarak, özellikle kamu yararı kapsamında hukuken korunması gereken menfaatler arasındaki dengeyi sağlamaya çalışması şeklinde açıklamak daha doğru olacaktır³⁹.

Rekabet hukukunun kamu yararı ve özel mülkiyete ilişkin menfaatler arasındaki bu dengeyi sağlayabilmek için fikri mülkiyet haklarını genel anlamda iki yönlü bir denetime tabi tutar⁴⁰. Bunlardan ilki, fikri mülkiyet haklarının mutlak ve münhasır nitelikli olmalarından kaynaklanır. Zira bu nitelikleri gereği fikri mülkiyet hakları sahiplerine bu hakların kullanımına ilişkin bazı tekel hakları bahşederler. Tekel hakkı ise, pazar ekonomisi içerisinde serbest ve adil rekabeti, başlı başına kısıtlayabilecek, engelleyebilecek ve/veya bozabilecek nitelikte sayıldığından,

³⁸ İktisadi Kalkınma Vakfı, "Gümrük Birliği", <http://www.ikv.org.tr/ikv.asp?id=38>, (22.09.2014).

³⁹ Gülgün Anık, "AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 3, 2001, ss.103,115,108;

Ateş, GGS, s.35

⁴⁰ Gönenç Gürkaynak, M.Hakan Özgökçem, Öznur İnanılır, "Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu** (Editör Kerem Cem Sanlı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.545.

tekelleşmenin önlenmesi bağlamında getirilen kısıtlamalar, rekabet kuralları kapsamında getirilen en önemli sınırlamalardan biri olarak kabul edilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarının rekabet hukuku tarafından denetiminin ikinci yönünü ise, bazı istisnai hallerde sözleşme özgürlüğüne getirilebilen kısıtlamalar oluşturmaktadır. Bu istisnai hallerden biri de bu tez çalışmasının da konusunu oluşturan hakim durumdaki teşebbüslere, sahip oldukları fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak hakim durumlarını kötüye kullanmama özel yükümü altında getirilebilen ve sözleşme özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurabilen lisanslamaya ilişkin denetim ve kısıtlamalardır. Diğer bir deyişle, rekabet hukukunun sözleşme özgürlüğüne ilişkin bu denetiminin kapsamını, sahibi olduğu fikri mülkiyet hakları dolayısıyla ilk kez hakim duruma gelen, mevcut hakim durumunu güçlendiren veya diğer pazarlara yayan teşebbüsün, hakim durumunu kötüye kullanmasının denetlenmesi ve gerektiğinde hakkın özünün korunması prensibi çerçevesinde istisnai olarak, fikri mülkiyetten kaynaklanan mülkiyet haklarının dolayısı ile de sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması oluşturur. Ancak burada rekabet kurallarının fikri mülkiyete ilişkin hakları her bakımdan sınırsız olarak yasakladığını da söyleyebilmek mümkün değildir. En temel anlamda, fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel haklarına ilişkin özel mülkiyetin korunması asıl, rekabet kurallarının getirmiş olduğu kısıtlamalar ise istisnai niteliktedir.

1.3.1. Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukukunun Amaçları Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar

Rekabet hukukunun en temel amaçları, pazara giriş engellerini kaldırıp, pazarı tüm teşebbüslerin girişlerine açık tutarak tekelleşmeyi engellemek ve teknolojik gelişim ve yeniliği desteklemektir. Bu amaçlara ulaşabilmek için rekabet otoriteleri, serbest girişimi artırıp, piyasa ekonomisinin gerektiği gibi işleyişini sağlayabilmek amacıyla rekabeti artırıcı, koruyucu tedbir ve uygulamalara yönelirler⁴¹. Rekabet kuralları vasıtası ile geliştirilen çeşitli araç ve tedbirlerle, ilgili pazarda teşebbüsler tarafından serbest ve adil rekabeti kısıtlayacak, engelleyecek ya da bozacak her türlü anlaşma ve eylem denetlenir, gerektiğinde sınırlandırılır veya

⁴¹ Richard Whish, **Competition Law**, 5. Baskı, Oxford, Oxford, 2005, ss. 733,734; Groves, s.9.

yasaklanır. Pazardaki rekabet ortamını bozabilecek en önemli eylemlerden biri de tekelleşmedir. Bu sebeple rekabet kuralları, özü itibarı ile tekelleşmeye ilişkin hareketleri denetler ve gerekirse hukuk kuralları çerçevesinde bunları sınırlandırır.

Fikri mülkiyet hukuku ise fikri mülkiyet sahibine, hak konusu üzerinde bir tekel hakkı bahşeder. Bu tekel hakkının herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadan sınırsızca kullanımının ise pek çok yönden ticaret hayatının aksamasına sebep olabileceği açıktır⁴². Bu durum ilk zamanlarda doktrinde rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında özellikle tekelleşmeye ilişkin bir çatışma olduğuna yönelik görüşler ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Ancak zaman içinde bu görüş, iki hukuk dalının birbiri ile çelişmediği, bilakis yeniliğin ve teknolojik gelişimin desteklenmesine ilişkin ortak hedefleri doğrultusunda birbirlerini tamamlar nitelikte oldukları şeklinde değişiklik göstermiştir. Diğer bir ifade ile iki hukuk dalının olaylara yaklaşımları arasındaki farklılığın, bir çatışma yarattığını söylemek doğru olmayacaktır⁴³. Bu yaklaşım farklılığından kaynaklanan sorunlar, rekabet hukukunun sağladığı araç ve tedbirler kullanılarak giderilmeye çalışılmaktadır. Böylece yeniliğin ve teknolojik gelişimin teşvikine ilişkin ortak hedefler doğrultusunda, gereken tedbirler alınarak, fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan tekel haklarının ilgili pazardaki rekabeti bozmadan kullanılmasının sağlanmaya çalışılır. Bu bağlamda rekabetin olumsuz etkilendiği durumlarda fikri mülkiyet üzerinde, kamu yararının korunması ilkesi çerçevesinde rekabet hukuku tarafından denetim ve gerektiğinde kısıtlama yapılabilmesi mümkündür⁴⁴.

Fikri mülkiyet sisteminin temelinde, yeniliklerin korunması, teşviki ve toplumla paylaşılması hedefi yatar⁴⁵. Fikri mülkiyet hukukunda hak sahibine tanınan tekel hakkının amacı da aynı doğrultuda, yenilikleri desteklemeyi, onları

⁴² Gülperi Eldeniz, "Sınai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkinin Mukayeseli Hukuk Açısından incelenmesi", **Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye Konulu Sempozyum Bildirisi**, Çağ Üniversitesi, 2008, http://www.gulperieldeniz.av.tr/turkce/s_h_ve_r_hukuku_mukayeseli_www.gulperieldeniz.av.tr.pdf (22.09.2014), s.1.

⁴³ N.Ayşe Odman, **Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Seçkin, Ankara, 2002, (Yeniliklerin Teşviki), ss.75,76; Ateş, GGS, ss.32,33,34.

⁴⁴ Ayşe N. Odman Boztosun, "Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü", **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn15.pdf>, (22.09.2014), (RKPK), ss.236, 238.

⁴⁵ Feyzan Hayal Şehirli Çelik, "Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 12, Sayı:1, 2011, s.42.

ödüllendirerek yatırımları teşvik etmeyi, bu yolla da teknolojik ilerlemeyi, yeni ürünlerin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Teknolojik ilerleme ve ölçek ekonomisine geçilmesi neticesinde fiyatların düşmesi ile birlikte aynı zamanda uzmanlaşma da gerçekleşecektir. Uzmanlaşma da mevcut ürünlerde kalitenin yükselmesini ve yeniliklerin ortaya koyulmasını kolaylaştıracaktır. Tüm gelişmeler, neticede tüketici tatmini ve refahını da beraberinde getirecektir. Yenilikler ödüllendirildikçe teşebbüsler, ar-ge yatırımları konusunda daha yürekli hale geleceklerinden teknolojik ilerleme ve toplumsal refah daha da artacaktır. Rekabet hukuku, fikri mülkiyet hukuku ile bu noktalarda amaç bakımından örtüşmekte ise de bu amacı gerçekleştirmek için kullandığı yöntemler bakımından farklılıklar gösterir. Rekabet hukuku yeniliği teşvik amacıyla dahi olsa tekelleşmeyi ve hakim durumun kötüye kullanımını yasaklamakta iken, fikri mülkiyet hukuku ise fikri mülkiyet üzerinde tek hak kullanımı yeniliklerin ve ar-ge yatırımlarının teşviki açısından gerekli görmektedir.

İki hukuk dalı arasındaki diğer bir yaklaşım farklılığı ise, teknolojiye ulaşımın ve yeniliklerden faydalanmanın engellenmesi ile pazar paylaşımı konularında ortaya çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hukuku, tanıdığı tek hak sebebiyle fikri mülkiyet hakkı sahibine diğer teşebbüslerin teknolojiye ve yeniliklere ulaşmalarını, yeni teknikleri öğrenmelerini engelleyebilme imkanı sunmaktadır. Fikri mülkiyet hukukunun sağladığı bu haklar ise ilgili pazara giriş engeli oluşturma, pazardaki rekabeti önemli ölçüde tek hak sahibi lehine bozma, pazar paylaşımlarına neden olma gibi çeşitli rekabet ihlallerine yol açma potansiyeline sahiptirler. Bu sonuç, teknolojik ilerleme ve tüketici refahının azalmasına sebep olma ihtimali nedeniyle rekabet hukuku ile çelişebilmektedir.

Rekabet hukuku, yenilik yaratanların bu çabalarının ödüllendirilmelerine karşı değildir. Nitekim yapılan icat ve yeniliklerin desteklenmemesinin, ar-ge'ye yapılan yatırımların bunları yapanlara geri dönmemesinin teknolojik ilerlemenin ve kaynak verimliliğinin önündeki en büyük tehlike olduğu açıktır. Zira teşebbüsler yeniliğe yaptıkları yatırımları geri alamazlarsa, yeni teknoloji ve bilgi geliştirmeye zaman, emek ve sermaye ayırmayacaklardır. Rekabet hukuku bu noktada, yeniliklerin mucitlerine sağlanan tek hak değil, hakim durumdaki hak sahiplerinin yenilikleri, uygun bedel karşılığında dahi olsa mevcut ya da potansiyel

rakipleriyle paylaşmamaya ilişkin haklarını belli koşullar altında rekabete aykırı bulduğundan sınırlandırabilmektedir.

Rakiplerle paylaşılmayan yeniliğin geliştirilmesi hak sahibinin insiyatifine kalmıştır. Bu da aslında teknolojik ilerlemenin ve teknolojinin genele yayılmasının dolayısı ile de sosyal refah artışının tekel hakkı sahipleri tarafından engellenmesi sonucunu doğurabilir.

İcat ve yeniliklerin paylaşılmasını sağlamak yoluyla, rekabet hukuku, hakim durumdaki teşebbüslerin fikri mülkiyete sahip olmaları sebebiyle piyasaya giriş engeli oluşturmalarını, pazar paylaşımı yapmalarını, teknolojik ilerlemeyi ve bu ilerlemenin yeniliklerin paylaşılması yoluyla genele yayılmasını engellemelerini önlemeyi hedefler. Rekabet hukuku böylelikle kaynak verimliliğini sağlamayı, rekabeti ve yeni ürünlerin ortaya çıkışını artırmayı, ayrımcılığı engellemeyi sosyal refahı en üst seviyeye taşımayı amaçlar. Diğer bir deyişle, rekabet hukuku, fikri mülkiyet hukuku kapsamında ortaya konan fikri mülkiyete ilişkin tekel hakkının varlığını sorgulamamakta, ancak bu hakkın kullanımına ilişkin olarak bazı yasal denetim mekanizmaları ve kısıtlar getirerek, bu yolla hakim durumdaki teşebbüslerin haklarını kötüye kullanılmalarını engellemeyi amaçlamaktadır. Kısacası rekabet hukuku, fikri mülkiyetten doğan tekel hakkının varlığını ve özünü değil, kullanım şeklini denetler. Bu açıdan bakıldığında iki hukuk dalının birbiri ile çatışmadığı, bilakis yeniliklerin teşviki noktasında birleşerek birbirlerini tamamlayarak dengeledikleri söylenebilir⁴⁶.

⁴⁶ Anık, ss.103,115,108;

Ateş, GGS, s.35;

Şahin Yavuz, "Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar", **Rekabet Kurumu Rekabet Dergisi**, Sayı: 22, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FRekabet%2BDergisi%2Fdergi22.pdf> , (22.09.2014), paragraf II.

1.3.2. Avrupa Birliği Rekabet Politikası ve Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki

Avrupa Birliği rekabet politikasının en temel amaçlarından biri, bütünleşik bir iç pazarın oluşumunun gerçekleştirilerek, tek pazarda rekabetin korunmasının sağlanmasıdır. Başka bir ifade ile tek pazardaki serbest ve adil rekabetin zarar görmemesi Birlik rekabet politikasının asli emelidir.

Birlik hukukunda fikri mülkiyet haklarına ilişkin ilke ve sınırların belirlenmesi hususu, üye devletlerin kendi iç hukuklarına bırakılmıştır. Bu sebeple Birlik düzeyinde ortak bir fikri mülkiyet hukukunun bulunmaması ve fikri mülkiyet hukukunun kapsamının, üye devletlerin kendileri tarafından belirlenmesi, bu konuda yeksenak olmayan uygulamalara neden olarak, bu bağlamda bütünleşik bir tek pazar oluşturma gayretlerini de baltalamaktadır. Kısacası Birlik içindeki üye devletlerin birbirlerinden farklı milli fikri mülkiyet hukuklarının bulunması, uygulamadan kaynaklanan eşitsizliklere ve ayrımcılığa yol açabilmekte, neticede de tek pazardaki rekabeti ve üye devletler arasındaki ticareti olumsuz etkileyerek Birlik organlarının rekabet konusundaki inceleme alanına girebilmektedir⁴⁷. Üye devletler arasındaki birbirinden farklı ve milli nitelikteki fikri mülkiyet hukukuna ilişkin yasa ve uygulamalar sebebiyle bir çatışma ortaya çıktığında sorunun, Birlik'in menfaatleri göz önüne alınarak çözülmesi asıldır. Zira Birlik içinde fikri mülkiyet hukukuna ilişkin hususlar, üye devletlerin kendi milli hukukları bağlamında ele alınmasına rağmen, rekabetin korunmasına ilişkin hususlar, -özellikle de madde 81 ve 82 (ABİDA 101-102)'de yer alan rekabet kurallarının uygulanmasına yönelik olan ve 2003 yılında Birliğin resmi gazetesinde yayınlanan 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü'nün⁴⁸ yayınlanmasından sonra- Birlik hukuku düzeyinde ele alınarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Zira bu Tüzük ile Birlik düzeyinde yeni bir sistem kurularak rekabet kurallarının uygulanması bakımından yerel otoriteler karşısında

⁴⁷ Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi, Avrupa Birliği rekabet hukukunda, rekabetin ihlal edilip edilmediği iddiasının incelemesi açısından bir ön koşul olarak kabul edilmektedir.

⁴⁸ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 001 , 04/01/2003, ss. 0001 – 0025;

Bahsi geçen 1/2003 sayılı bu tüzük, resmi kaynaklarda adı "Council Regulation No. 17 of 6 February 1962, OJ 13, 21.2.1962, 204/62" olarak geçen tüzüğün yerine geçmiştir.

Komisyunun yetkileri artırılarak, bundan böyle rekabete ilişkin hususlarda ortak pazarın bir bütün olarak ele alınacağıının altının çizildiği söylenebilir⁴⁹.

Kanımızca milli hukuklar arasındaki bu farklılıkların, Birlik'in ortak menfaatlerine zarar verme ihtimali olduğundan üye devletlerin fikri mülkiyet hukuklarının mümkün mertebe birbirleri ile uyumlulaştırılmaları da oldukça büyük önem arz etmektedir.

1.3.3. Fikri Mülkiyet Haklarının Malların Serbest Dolaşımına Etkisi

Mal, hizmet ve işgücünün serbest dolaşımı, Birlik'in en temel kuruluş amaçlarından biri olan ekonomik bütünleşme hedefinin olmazsa olmaz yapı taşlarından biridir. Özellikle Birlik'in ekonomik bütünleşme hedefinin başlangıç noktalarından birini oluşturan tek pazar olgusunun gerçekleşebilmesi için serbest dolaşımın aksamadan tamamlanmasının ve devamlılığının sağlanmasının gerektiği açıktır. Tek pazarın işleyişini engelleyen ya da zorlaştıran, malların serbest dolaşımını kısıtlayan her türlü eylemin aynı zamanda pazardaki rekabeti ve üye devletler arası ticareti olumsuz etkileyeceği de şüphesizdir. Bunu engellemek adına fikri mülkiyet hukukunun sağladığı koruma ve tekel hakkının, malların serbest dolaşımını engelleyerek tek pazardaki rekabeti bozması ve dolayısı ile de üye devletler arası ticareti etkilemesi halinde, fikri mülkiyete ilişkin haklara rekabet hukukunun müdahalesi gündeme gelir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi bu müdahaleyi iki hukukun çatışması olarak değil, birbirini denetlemesi, dengelenmesi ve gerektiğinde sınırlandırması olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır.

Malların serbest dolaşımı, ABİDA 'nın 3. Bölümünde madde 34 ila 37 (ATA 28-31) arasında düzenlenmiştir. Bu maddelere göre malların serbest dolaşımı, en genel anlamıyla, üye devletler arasındaki ticarete, ithalat ve ihracata ilişkin miktar kısıtlamalarının, gümrük vergileri, tarifeler gibi hükümetler kaynaklı tüm

⁴⁹ Felix Müller, "The New Council Regulation (EC) N0.1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition", **German Law Journal**, Cilt: 05, Sayı: 06, 2004, ss.721,722,725,726;
Rita Coco, "Antitrust Liability For Refusal To License Intellectual Property: A Comparative Analysis and the International Setting", **Marquette Intellectual Property Law Review**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2008, ss.7-8;
Turgay Sariaççalı, "AB Rekabet Hukukunda Lisans Sözleşmeleri", **Rekabet Bülteni**, Sayı: 11, 2004, <http://www.esccr.com/article/4026/ab-rekabet-hukuku'nda-lisans-sozlesmeleri> , (22.09.2014), paragraf. I;
Anık, s.108.

sınırlamaların ve ithalat-ihracatı zorlaştıracak diğer her türlü “eş etkili tedbirlerin”⁵⁰ yasaklanması olarak tanımlanmıştır⁵¹. Üye devletler arasındaki ticarete malların serbest dolaşımının sağlanması, ekonomik verimliliğin ve rekabetin artırılması bakımından hayati önem arz etmektedir.

ABİDA madde 36 (ATA madde 30) da malların serbest dolaşımına bazı istisnai hallerde sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir. İstisnai haller ise yine bu maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği; insan, bitki, hayvan sağlığının korunması; milli sanatsal, tarihi ve arkeolojik değerlerin korunması ile fikri ve sınai mülkiyetin korunmasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 36. maddede malların serbest dolaşımını sınırlandırmaya ilişkin, bu istisnai haller sınırlı olarak sayıldığından yorum yoluyla genişletilebilmeleri mümkün değildir. Yine bu istisnai haller hiçbir koşul ve şart altında, keyfi olarak ayrımcılığa yol açarak, üye devletler arasındaki ticareti açık ya da örtülü bir şekilde sınırlandırmanın, korumacı tedbirler vasıtası ile yerli üretimi avantajlı hale getirmenin bir aracı olarak da kullanılamazlar⁵².

Birlik hukukunda 36. madde ile malların serbest dolaşımına getirilen istisnai nitelikteki sınırlamalar, rekabet denetimi kapsamındadır. Diğer bir ifade ile en az sınırlayıcı tedbirlerin seçilmesiyle malların serbest dolaşımının devamlılığının sağlanması önemlidir.

Malların serbest dolaşımına, 36. maddede de belirtildiği gibi fikri ve sınai mülkiyetin korunması sebebiyle de bazı sınırlamalar getirilebilir. Bilindiği üzere, fikri mülkiyet hakları, Birlik hukuku bakımından halen milli bir nitelik arz etmektedir. Zira Ekim 2013 tarihinde güncellenen Avrupa Patent Sözleşmesi⁵³, henüz Birlik tarafından tamamen kabul edilerek benimsenmiş değildir. Buna rağmen ilgili sözleşmeye tüm üye devletler katılmıştır⁵⁴. Bu hakların üye devletlerin kendi milli hukukları tarafından korunmasından kaynaklanan her türlü çatışma ve

⁵⁰ Niteliği gereği, potansiyel olarak üye devletler arasındaki ticareti sınırlayabilecek, gizli ya da açık ayrımcılığa dayanan her türlü tedbir, eş etkili tedbir olarak kabul edilir. Örneğin ithalatı zorlaştıran, pahalandıran, ek şarta bağlayan, üye devletler arasında ne şekilde olursa olsun ayrımcılık yapılmasına sebep olan tedbirler eş etkili kabul edilirler.

⁵¹ Paul Craig, Grainne de Burca, **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5. Baskı, Oxford, Oxford, 2011, s.637.

⁵² Çamlıbel Taylan, ss.67,69.

⁵³ Community Patent Convention.

⁵⁴ Valentine Korah, **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, 8. Baskı, Hart Publishing, Oxford, 2004, (GUIDE), s. 309.

uygulama farklılıkları, Birlik tarafından çıkarılan direktiflerle giderilmeye çalışılmaktadır.

Uyumlaştırma çabalarına rağmen fikri mülkiyet haklarının özü gereği sahiplerine sağladığı tekel hakkı ve bu hakların korunmasında milli hukuklardan kaynaklanan uygulama farklılıkları, Birlik hukukunun temel ilkelerinden olan malların serbest dolaşımı, dolayısı ile de tek pazar oluşturma hedefi ile bağdaşmayarak üye devletler arası ticareti etkileyebilmektedir. Bu da rekabet ihlallerini beraberinde getirir ve içerdiği ayrımcılık ve korumacılık unsurları sebebiyle konuyu Avrupa Birliği rekabet hukukunun denetimine açar⁵⁵. Zira ithalatın ne şekilde olursa olsun engellenmesinin önlenmesi asıldır.

Üye devletlerin her birinin kendi milli fikri mülkiyet hukuklarından kaynaklanan farklı uygulamaların, malların serbest dolaşımı açısından en büyük sakıncası, ithal ürünü yerli ürüne oranla çifte yüke maruz bırakmasıdır. Diğer bir ifade ile, hem kendi ülkesinin, hem de ithal edildiği üye ülkenin mevzuatına uymak zorunda olması sebebiyle ithal ürün, yerli ürüne göre dezavantajlı duruma gelebilir. Bu da ithal ürünün rekabet avantajını yitirerek, pazardaki rekabetin yerli ürün lehine bozulmasına sebep olabilir⁵⁶. Kısacası milli nitelikteki fikri mülkiyet hukuku uygulamaları arasındaki farklardan kaynaklanan, yerli ürün ile ithal ürün arasında suni fark yaratma, ithalatı zorlaştırma, ithal ürünü yerliye oranla pahalandırma, ek şarta bağlama gibi her türlü eş etkili tedbir niteliğindeki uygulamaların malların serbest dolaşımı üzerindeki etkisi, Birlik rekabet kurallarının denetimine ve istisnai hallerde de sınırlandırmasına tabidir.

1.3.4. Rekabet Hukukunun Kamu Yararı Sebebiyle Fikri Mülkiyet Haklarına Müdahalesi

Mülkiyet hakkı, özü itibarı ile sahibine mülkiyete bağlı bir takım haklar bahşederken, aynı zamanda bu haklara ilişkin bazı ödevler de yüklemektedir. Diğer bir ifade ile mutlak bir hak olan mülkiyet hakkı iki yönlü bir haktır. Zira bu hak

⁵⁵ Ülgen Aslan Düzgün, "Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 3, 2012, s.50.

⁵⁶ Sanem Baykal, "Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı", **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2006, s.111.

sahibine, mülkiyetindeki şeyi satma, kullanma ve bu haktan üçüncü kişileri yararlandırma gibi tasarruflarda bulunma hakkı verirken, eş zamanlı olarak bu hakkını kamu yararına aykırı olarak kullanmama ödevini de yüklemektedir. Nitekim hem Komisyon, hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı⁵⁷ (ABAD) pek çok kararında, mülkiyet haklarının gerektiğinde -kamu yararını öncelikli olarak koruması adına- kısıtlamaya tabi tutulabileceğini belirtmiştir⁵⁸.

Hukuki anlayış kapsamında, kişinin özel mülkiyetinde olan şey üzerinde mutlak hakimiyeti bulunduğu dair kanaat zamanla değişerek, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanılmayacağı ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, fikri mülkiyete bağlı hakların kullanılmasının da kamu yararı sebebiyle sınırlandırılabilmesi açısından da geçerlidir ve temel olarak bilginin kamusal nitelik taşımasından kaynaklanır. Bu sebeple de fikri mülkiyetten kaynaklanan hakların – hakkın özüne dokunulmaması ve sınırlandırılmalarının istisna olması kaydıyla- kamu yararını korumak amacıyla sınırlandırılabilmesi hususu, günümüzde kabul görmektedir⁵⁹.

Bir fikri mülkiyet hakkına konu olan bilgi, buluş ve yeniliğin, onu bularak ortaya koyan kişi ya da teşebbüsün bunları yaratırken yapmış olduğu her türlü yatırımın ve emeğin fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunması esastır. Böylece yatırım ve yeniliklerin teşviki amaçlanmaktadır. Ancak mülkiyet hakkından kaynaklanan bu korumanın kamuya zarar verecek şekilde kullanılması hukuken korunmamaktadır. Bir başka deyişle, -ilgili teşebbüs hakim durumda bulursa bile- salt fikri mülkiyete sahip olma ve onun sahibine bahsettiği yetkileri kullanma, tek başına madde 102 kapsamına aykırılık teşkil etmez. Madde 102, ancak fikri mülkiyet haklarının hakim durumdaki teşebbüs(ler) tarafından kötüye kullanımı durumunda uygulama alanı bulacaktır⁶⁰.

Bilgi ve yenilik, toplumsal ilerleme ve refahın anahtarı olduğundan, kamusal nitelik taşır. Bu nedenle bilgi ve yenilikleri mülkiyetinde tutan kişi ya da teşebbüslerin, belli şartların gerçekleşmiş olması halinde bunları üçüncü kişilerle

⁵⁷ Lizbon Antlaşması uyarınca Avrupa Toplulukları Adalet Divanının adının Avrupa Birliği Adalet Divanı olarak değiştirilmesi öngörülmüştür.

⁵⁸ Whish, ss.208-209.

⁵⁹ Şimşek, s.186-187.

⁶⁰ Whish, s.757-758.

paylaşmama gibi bir lüksü bulunmamaktadır⁶¹. Zira yeniliklerin teşviki ve bu yolla sürekli kılınması, böylelikle de toplumsal gelişim ve refahın sağlanması rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun ortak hedeflerindedir. Fikrî mülkiyet hukuku ile ar-ge yatırımlarının teşebbüslere ekonomik anlamda geri dönüşü sağlanırken, fikri mülkiyet hukukunun hak sahiplerine sağladığı tekel haklarının kullanımının rekabet kuralları tarafından denetlenmesi, kötüye kullanımların önüne geçerek pazardaki serbest ve adil rekabetin korunmasını sağlar⁶². Yeniliklerin ve bilginin paylaşılmaması, teknik ve bilimsel ilerlemeyi durdurur. Bu da kısa vadede rekabeti, uzun vadede ise toplumsal refahı olumsuz etkiler.

Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, istisnai hallerde ve yasal şartların gerçekleşmesi halinde, makul bir bedel karşılığında bu yeniliklerden üçüncü kişileri de yararlandırmaları esastır. Diğer bir ifade ile hiç kimse yapmış olduğu yeniliği ya da edindiği bilimsel bilgiyi kendisine saklayamaz, bunları kamuya açmak zorundadır⁶³. Zira bilimsel ve teknolojik ilerlemenin ve sosyal refahın anahtarı bilgi paylaşımıdır.

Fikri mülkiyet haklarının sahiplerine sağladığı tekel hakkının, teşebbüsleri hakim duruma getirebilir ya da mevcut hakim durumlarını kuvvetlendirebilir nitelikte olması, bilgi, buluş ve yeniliklere ilişkin bu mülkiyet haklarının, kamu yararı sebebiyle, rekabet hukuku tarafından denetlenmesinin bir diğer sebebidir. Her ne kadar hakim durumda bulunma tek başına rekabet kuralları tarafından yasaklanmasa da hakim durumun kötüye kullanılması, rekabet hukukunun getirdiği en temel yasaklamalardan biridir⁶⁴.

Fikri mülkiyet hakları sebebiyle ortaya çıkabilen hakim durumun kötüye kullanılması hali de rekabet hukukunun bu yasağı kapsamında değerlendirilir. Bu sebeple kötüye kullanımın önlenmesi amacıyla bilgi, buluş ve yeniliklere ilişkin fikri mülkiyet haklarına, -bunları yapanların yatırımlarının teşvikine ilişkin haklarının saklı kalması, hakkın özüne dokunulmaması ve sınırlandırmanın istisnai nitelik taşıması kaydıyla- rekabet hukuku tarafından bazı sınırlamalar getirilebileceği kabul edilir. Başka bir ifade ile teşebbüslerin yapmış oldukları yatırımların karşılığını

⁶¹ Alkan Soyak, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ'ler Açısından Önemi", **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Cilt: 1 Sayı: 1, 2005, ss.21-22.

⁶² Odman Boztosun, TÜSİAD, s.4.

⁶³ Şimşek, s.187.

⁶⁴ Groves, s.201.

aldıktan sonra, sahip oldukları yenilikleri üçüncü kişilerle paylaşmaları hususu, rekabete ilişkin ihlallerin önlenmesi adına rekabet hukuku tarafından denetlenir. Bu da aslında menfaatlerin dengelenerek kamu yararının korunması amacıyla fikri mülkiyet haklarının rekabet kuralları tarafından sınırlandırılabilmesi anlamına gelir.

Sonuç olarak rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun birlikte uyum içinde uygulanmasının, bilimsel ve teknik ilerleme ile toplumsal refahın sağlanması açısından gerekli olduğu açıktır. Bunun için de icat edenleri ödüllendirme vasıtasıyla yeniliğin korunması ve teşviki ile malların serbest dolaşımı ve serbest rekabetin korunmasının temini arasında bir denge kurulmasının, bilimsel ve teknolojik ilerleme ve sosyal refah artışının sağlanması için gerekli olduğu, çoğunlukla kabul edilmektedir.

1.3.5. Fikri Mülkiyet Haklarının Pazar Gücüne Etkisi

Rakipler, genelde ilgili pazardaki yenilikleri taklit etme eğiliminde olduklarından, yeniliği ortaya koyan taraf, bu uğurda yapmış olduğu ar-ge ve ilk üretim maliyetleri sebebiyle zarara uğramamak için fikri mülkiyet hukukunun korumasına ihtiyaç duyar. Fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel hakkını elde eden taraf, yaptığı yatırım ve çalışmaların karşılığını böylece alacağından başka yenilikler geliştirmek için çalışmalarına devam edecek, böylelikle de her yenilik, gelecekte oluşturulacak olası yeniliklerin temelini meydana getirebilecektir⁶⁵. Başka bir ifade ile, fikri mülkiyet hukukunun yeniliğe ilişkin fikri mülkiyet hakkı sahiplerine sağladığı tekel hakkı sebebiyle hak sahibi belli bir gelir elde etme imkanına kavuşacağından, bu geliri ile hem eski ar-ge yatırımlarının karşılığını alabilecek, hem de yeni ar-ge yatırımlarına kaynak aktarabilecektir. Bu kaynak aktarımı akabinde tekrar yenilik üretilen bu yeniliklerden kaynaklanan yeni fikri mülkiyet hakları kazanan teşebbüslerin, rakipleri karşısında rekabet avantajı elde edebileceği şüphesizdir. Her ne kadar salt fikri mülkiyet haklarına sahip olma, teşebbüsler için yüksek pazar payı ve gücünü garanti etmese de rakipler karşısında elde edilen rekabet avantajı sayesinde tekel hakkı sahibinin pazardaki parametreleri kontrol

⁶⁵Teece, David J. **Managing Intellectual Capital: Organizational, Strategic and Policy Dimensions**, Oxford University Press, New York, 2000, aktaran Yılmaz, Hilal, **Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, s.37.

edebilme yetisi yükseleceğinden, pazar gücünün de buna paralel olarak artacağı varsayılabilir.

1.4. HAKİM DURUM KAVRAMI

1.4.1. Hakim Durum Tanımı

Rekabet hukukunun “rekabetin korunması” temel hedefine ulaşabilmek için başvurduğu en önemli tedbirlerden biri de “hakim durumun kötüye kullanımının yasaklanması”dır.

Hakim durum, bir veya birden fazla teşebbüsün bir araya gelip ilgili pazarda faaliyet göstererek, rakipleri veya müşterilerinden bağımsız olarak fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme, başka bir deyişle pazarı kontrol edebilme gücüne sahip olmaları şeklinde tanımlanabilir⁶⁶.

Hakim durum çoğunlukla teşebbüs veya teşebbüslerin, ilgili pazardaki arzın büyük bir kısmını sağladığı, hammadde kaynaklarına hakim oldukları ve bununla birlikte ilgili pazara giriş engellerinin bulunması, müşterilerin arz miktarı, ürün çeşitliliği, fiyat vb. faktörlere tepki gösterme kapasitelerinin düşük olması gibi unsurların da aynı yönü işaret ettiği durumlarda ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Diğer bir ifade ile hakim durumun tespitinde tek bir faktörün yalnız başına yeterli ve belirleyici olacağını söyleyebilmek zordur.

Hakim durumun kötüye kullanımının olup olmadığının tespitinde değişmez kriterler belirlemekten ziyade, her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirme yapılarak kötüye kullanımın olup olmadığının belirlenmesi önemlidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki hakim durumun kötüye kullanımının varlığının kabulü için ilgili pazardaki rekabetin tümüyle ortadan kalkmış olması da şart değildir, pazarın sadece belli bir bölümündeki rekabet koşullarının etkilenmesi yeterlidir.

⁶⁶ Whish, s. 179;

Craig ve diğeri, s.1018.

⁶⁷ Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, **OJ C 372**, 9.12.1997;

Rekabet Kurumu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=R00T/Documents/Kilavuz/kilavuz5.pdf>, (22.09.2014), s.3.

1.4.2. Hakim Durum Türleri

Hakim durumun kötüye kullanılması, tek bir teşebbüs vasıtasıyla gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok teşebbüs tarafından birlikte de gerçekleştirilebilir. Avrupa Birliği rekabet kuralları kapsamında, 102. madde ile bir teşebbüsün yalnız başına hakim durumunu kötüye kullanması yasaklandığı gibi, teşebbüslerin hakim durumlarını, birlikte kötüye kullanmaları da yasaklanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bir teşebbüsün salt hakim durumda bulunması hali, 102. madde kapsamında yasaklanmış değildir⁶⁸.

1.4.2.1. Kolektif Hakim Durum

Şartlar oluştuğu takdirde birbirlerinden tamamen bağımsız birden fazla teşebbüs, ilgili pazarda ortak politikalar benimseme, kotalar koyma, fiyatları belirleme yoluyla tek bir teşebbüs gibi birlikte hareket ederek, hakim durumu kolektif olarak ellerinde tutabilirler⁶⁹.

Società Italiana Vetro, Fabbrica Pisana ve PPG Vernante Pennitalia ile Komisyon arasındaki birleşik davalara ilişkin, Avrupa İlk Derece Mahkemesinin⁷⁰, 10,Mart,1992 tarihinde verdiği kararında, ilgili teşebbüslerin, oligopol bir pazarda, rekabetçi baskıdan uzak bir şekilde, aynı pazardaki diğer aktörleri dikkate almadan faaliyet göstererek birlikte hakim durumda buldukları tespit edilmiştir⁷¹. Kolektif hakim durum kavramının prensip olarak ilk defa kabul edildiği⁷², bu kararında Avrupa İlk Derece Mahkemesi, teşebbüslerin kolektif olarak da hakim durumlarını birlikte kötüye kullanabilmelerinin önünde herhangi bir engel olmadığını altını çizmiştir.

⁶⁸ Whish, s. 526.

⁶⁹ Korah, GUIDE, s.111;

Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, oft 402, 2004, s.16;

Craig ve diğeri, ss.1022-1023.

⁷⁰ Lizbon Antlaşması uyarınca Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesinin adının Genel Mahkeme olarak değiştirilmesi öngörülmüştür.

⁷¹ Joined cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission of the European Communities [1992] Judgment of the Court of First Instance (First Chamber), paragraf 30, 33, 358.

⁷² Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, s.16.

1.4.2.2. Tek Başına Hakim Durum

Kolektif hakim durumun tersine burada bağımsız olarak hareket ederek ilgili pazarı kontrol edebilme yetisine sahip bir teşebbüs, somut olayın özelliklerine göre, tek başına hakim durumda sayılabilir.

ABAD, Hoffman-La Roche davasındaki kararında ilk kez hakim durumun kötüye kullanımının genel bir tanımını yapmıştır. Buna göre bir teşebbüs, elinde bulundurduğu büyük ekonomik güç sebebiyle, ilgili pazarda rakiplerine, müşterilerine ve nihai tüketicilere karşı bağımsız hareket ederek, pazardaki rekabetin etkin şekilde devam etmesini engelleyebilme yetisine sahip ise, o teşebbüs hakim durumda olarak nitelendirilir. Bu tanım kapsamında ABAD, ilgili kararında La Roche'un, sahip olduğu yüksek pazar payları sebebiyle vitamin pazarı olarak belirlenen ilgili pazarda tartışmasız olarak tek başına hakim durumda olduğunu belirtmiştir⁷³.

1.4.3. Kurucu Antlaşmalar ve Diğer Mevzuat Kapsamında Hakim Durum

Avrupa Birliği rekabet kuralları kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması kavramı, birincil hukuk düzeyinde, ilk kez 1957 tarihli Topluluğun kurucu antlaşması niteliğinde olan Roma Antlaşmasının 86. maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Bu kavram akabinde sırasıyla Maastricht Antlaşması'nın (ABA) 86. maddesi ile Amsterdam Antlaşması'nın (ATA) 82. maddesi ve nihayet ABİDA'nın 102. maddesinde kendine yer bulmuştur.

“Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 82.maddesinin (ABİDA madde 102) Teşebbüslerin Hakim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyonun Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz⁷⁴”, II/4. sayılı bölümünde 82. maddenin bir ya da daha çok ilgili pazarda hakim durumda olan teşebbüslere uygulanacağını, açıkça ifade etmektedir. Yine aynı Kılavuzun II/5. sayılı bölümüne göre, Komisyon, hakim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı faaliyetlerine ilişkin olarak 82. maddenin

⁷³ Case 85/76, Hoffmann/La Roche v. Commission [1979] ECR 461, paragraf 38,47.

⁷⁴ Communication from the Commission “Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings”, OJ C: 45, 24.02.2009, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)) , (22.09.2014).

uygulamasında, daha çok tüketiciye zarar veren faaliyetlere odaklanarak, özellikle ürün ya da hizmetlere daha düşük fiyatlardan ulaşabilme, daha kaliteli ürünler bulabilme, ürün çeşitliliğinin yüksek olması gibi tüketici çıkarlarını korunmayı hedeflemektedir.

1.4.3.1. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Antlaşma 102. Madde Kapsamı ve Amacı

ABİDA 102. maddede sayılan, üye devletler arası ticareti etkileyebilir nitelikte olan ve tek pazarda veya tek pazarın önemli bir bölümünde, bir ya da daha fazla teşebbüs tarafından hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde bulunan faaliyetler, Avrupa Birliği'nin tek Avrupa pazarı oluşturma ve rekabeti koruma hedefleri ile bağdaşmayacağından yasaklanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 102. madde, ne hakim durumda bulunmayı, ne bir hakim durum yaratmayı ve ne de mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyi yasaklamaktadır⁷⁵.

102.maddede dört başlık halinde sayılan kötüye kullanım halleri tahdidi değil, örnekleyicidir. Bunlar:

1. Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi,
2. Üretimin, pazarların veya teknik gelişimin tüketicilerin zararına olabilecek şekilde sınırlandırılması,
3. Eş değer nitelikli sözleşmelerde taraflara onları rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı duruma getirecek şekilde farklı koşullar uygulanması,
4. Sözleşmelerin niteliği veya ticari yaşamın gereği olarak bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanmasıdır.

102. madde de dahil olmak üzere tek pazardaki rekabeti korumaya ilişkin olarak getirilen bütün kuralların temel amacı, tek pazarda faaliyet gösteren teşebbüs veya teşebbüslerin ekonomik güçlerini kontrol edebilecek bir mekanizma

⁷⁵ Whish, ss.176-177;
Van Bael ve Bellis, **Competition Law of the European Community**, 4. Baskı, Kluwer Law International, UK, 2005, s.903.

geliştirmektedir⁷⁶. Bunun yanında, ABİDA 101. maddenin uygulanmasında yer bulan muafiyetlerden, 102. madde kapsamında hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüslerin hiçbir şekilde yararlanamayacağını önem ve öncelikle belirtmekte fayda vardır⁷⁷.

1.5. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANIMININ BELİRLENEBİLMESİNİN ÖNKOŞULLARI

1.5.1. Üye Devletler Arası Ticaretin Etkilenmesi

102. maddenin uygulanabilmesi için teşebbüs ya da teşebbüslerin salt hakim durumda olmaları yeterli değildir. Somut olaya bu maddenin uygulanabilmesi, ancak ve ancak söz konusu eylemin üye devletler arası ticareti etkilemesi, diğer bir deyişle ortak pazar oluşturma nihai hedefi ile uyuşmaması önkoşuluna bağlanmıştır. Zira ortak pazar oluşturma hedefine aykırı hareket edilmesi sebebiyle üye devletler arası ticaretin etkilenmesi durumu, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen ortak pazardaki rekabet ortamını bozmamaya özen gösterme özel yükümlülüğüne de aykırılık teşkil etmektedir⁷⁸.

Üye devletler arası ticaretin etkilenmesi önkoşulu gerçekleşmediği takdirde, somut olaya Birlik hukuku uygulanamaz. Böyle bir durumda ikincillik (*subsidiarity*) ilkesi⁷⁹ gereği, somut olaya ilgili üye devletin kendi iç hukukunun uygulanması gerekecektir. Bir başka deyişle, 102. maddenin uygulanabilmesi için öncelikle

⁷⁶ Office for Competition and Consumers' Protection, **Abuse of a dominant position in the light of legal provisions and case law of the European Communities**, Warsaw, 2003, s.6

⁷⁷ Sarıakçalı, paragraf B.1.b.

⁷⁸ Craig ve diğeri, s.1025;

Katarzyna A. Czapracka, "Where Antitrust Ends and IP Begins- On the Roots of the Transatlantic Clashes", **Yale Journal of Law and Technology**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s.11.

⁷⁹ Diğer adı İkincillik, Yerellik ya da Yerindenlik olan subsidiarity ilkesinin benimsenmesi gereği, Birlik'in federal temeline paralel olarak Avrupa Birliği hukukunda çok uzun bir süre, büyük tartışmalara konu olmuştur. Özellikle Topluluğun idaresinde merkezi yönetime çok fazla yetki verilmesi sebebiyle üye devletlerin egemenliklerini, Birlik kurumları karşısında büyük oranda kaybettikleri izlenimine kapılmaları, bu ilkenin kabulü konusunda üye devletlerin isteksiz davranmalarına yol açmıştır. Nihayet subsidiarity ilkesinin benimsenmesi gereği, kurucu antlaşmalar babında ilk kez 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile açıkça imza altına alınmıştır. En genel tanımıyla bu ilke, Birlik vatandaşları arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları hakkaniyete en uygun şekilde çözebilmek amacıyla, sorunun öncelikle en yakın merci tarafından çözümlenmeye çalışılması noktasından hareket etmektedir. Eğer bu şekilde sorun çözülemiyorsa bir üst makama ve nihayetinde Birliğin merkezi yönetimine başvuru yapılması gerekmektedir. Böylelikle aynı zamanda bir siyasi topluluk da olan Avrupa Birliği'nin merkezi yönetimi ile üye devletler arasındaki yetki ve sorumluluk sınırlarının belirlenmesi de kolaylaşmaktadır.

teşebbüs ya da teşebbüslerin hakim durumda bulunması ve bu hakim durumun, üye devletler arasındaki ticareti etkileyecek şekilde kötüye kullanıldığının tespit edilmesi gerekmektedir⁸⁰.

1.5.2. İlgili Pazarın Belirlenmesi

Hakim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin bir rekabet ihlalinin varlığına dair şüphenin hasıl olması durumunda, atılması gereken ilk adım ise ilgili pazarın belirlenerek sınırlarının çizilmesidir⁸¹. Diğer bir ifade ile somut olayda hakim durumdaki teşebbüsün anti rekabetçi bir davranışta bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi için gerekli ön koşullardan biri de ilgili pazarın belirlenmesidir⁸².

Hakim durum incelemesi açısından bir son değil, başlangıç niteliğinde olan ilgili pazarın belirlenmesi hususu, aynı zamanda teşebbüsler arası ticaretin içeriğinin ve sınırlarının da belirlenerek tanımlanması için gerekli bir araçtır. İlgili pazarın sınırlarının net bir şekilde çizilmesinin, hakim durum incelemesine geçilebilmesinin bir diğer ön koşulu olduğu da söylenebilir⁸³.

İlgili pazarın belirlenmesi aşamasında iki farklı boyut kullanılır; ilgili ürün pazarının ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi⁸⁴.

1.5.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Ürünün tüketicinin gözündeki kullanım amaçları, tüketicinin üründen beklediği fayda, ürünün kalitesi ve özellikleri veya fiyatı dolayısıyla, birbiriyle ikame

⁸⁰ Whish, s.178-179;
Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, s.11;
Harbord ve diğer, s.421.

⁸¹ Whish, s.178.

⁸² Thomas E. Kauper, "The Problem of Market Definition under EC Competition Law", **Fordham International Law Journal**, Cilt: 20, Sayı: 5, 1996, s.1692.

⁸³ Organisation for Economic Co-operation and Development, "**Roundtable on market definition- Note by European Union**", DAF/COMP/WD(2012)28, 2012, s.2;
Commission Notice on the definition of relevant market, **Official Journal**, C 372, 9.12.1997, Madde 2;

Speech by Commissioner Mario Monti European Commissioner for Competition Policy Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy Workshop on Market Definition, Helsinki Fair Centre, 2001, s.2.

⁸⁴ Definition of the relevant market, **Official Journal**, C 372, Madde 9;
Korah, GUIDE, s.95.

edilebilir, birbirine alternatif olan mal ve hizmetlerin oluşturduğu pazara, ilgili ürün pazarı denir⁸⁵. Bir başka ifade ile, ilgili ürün pazarının belirlenerek sınırlarının çizilebilmesinde kullanılan unsurlardan en önemlisi, müşteri talebidir ve müşteri talebinin ilgili ürün pazarını büyük oranda yönlendirdiği de söylenebilir. Ürünün karakteristik özellikleri, fiyatı ve kullanım amacı ise müşteri talebini etkileyen ve bu talebi değiştirebilen en önemli faktörlerdendir. Bu faktörler birlikte değerlendirildiğinde müşteri talebinin yöneldiği, ilgili olayda incelenen ürün ile ikame edilebilir veya değiştirilebilir nitelikteki, aynı ya da benzer ürünler birlikte, ilgili ürün pazarını oluştururlar⁸⁶.

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde müşteri talebi ve çoğu zaman da müşteri talebine paralel olarak, teşebbüslerin o ürünü üretmeye ilişkin sahip oldukları arz etme talebi de etkilidir. Teşebbüslerin arz etme talebini, yüksek müşteri talebinin olduğu veya fiyatı artan bir ürünü üretmek için göstermiş oldukları, üretim kapasitesini artırmak veya uygun üretim bantları oluşturmak üzere yeni yatırımlar yapma, tam kapasite çalışma ya da mevcut üretim bantlarında kapsamlı değişiklikler yapma güdüsü olarak tanımlayabiliriz. Esasen somut olay incelemelerinde ilgili pazarın tespit edilebilmesi için hem müşteri talebinin, hem de arz etme taleplerinin birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira ABAD, ilgili olayda pazarın belirlenerek sınırlarının çizilmesinde, müşteri talebinin yanı sıra arz etme talebinin birlikte incelenmemiş olması nedeniyle, Komisyonun Continental Can⁸⁷ davasında vermiş olduğu kararı, bozmuştur. Diğer bir ifade ile somut olaya sadece talep tarafından (*demand-side*) bakılarak ilgili pazarda hakim durumun kötüye kullanımının olup olmadığının tespitine çalışılmış, arz tarafı (*supply-side*) ise olay çözümünde Komisyon tarafından dikkate alınmamıştır. Bu da ABAD'ın açıkça belirttiği gibi konunun eksik incelenmesine yol açmıştır. Continental Can kararı bu bakımdan her iki talep tarafının, ilgili pazarın belirlenmesinde birlikte etkili olduğunu göstermesi bakımından önemlidir⁸⁸.

⁸⁵ Definition of relevant market, **Official Journal**, C 372, Madde 7.

⁸⁶ Kauper, s.1689.

⁸⁷ Case 6-72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission, 1973, **ECR** 215.

⁸⁸ Korah, **GUIDE**, ss.95-96;

Özge Karaege, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal, İstanbul, 2010, s.44.

Konuyla ilgili kararları incelendiğinde, Komisyonun genel olarak ilgili ürün pazarını dar yorumlama eğiliminde olduğu görülür⁸⁹. Bu durum United Brands davasında da açıkça ortaya konmuştur⁹⁰. Bu davada ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri de ilgili ürün pazarının sadece muz pazarı mı, yoksa meyve pazarı mı olduğunun belirlenmesi idi. Diğer bir ifade ile ilgili ürün pazarının sınırları çizilirken öncelikle, “muz pazarı bağımsız olarak mı ele alınacak, yoksa geniş anlamda meyve pazarının bir parçası olarak mı değerlendirilecek”, problemi çözülmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Komisyon, tüketicinin gözünde muza atfedilen karakteristik özellikleri ve tüketicilerin muzunu talep etme nedenlerini analiz ederek, tüketicinin gözünde onların beklentilerini karşılaması bakımından muzun diğer meyvelerle ikame edilebilirliğinin olup olmadığını araştırmıştır. Bu araştırmalar neticesinde Komisyon muzun, sahip olduğu karakteristik özelliklere göre, müşterinin beklenti ve ihtiyaçlarını karşılaması bakımından, başka meyvelerle ikame edilebilirlik seviyesinin oldukça düşük olduğunu belirlemiştir. Bu sebeple de muz pazarının meyve pazarından tamamen bağımsız ayrı bir ürün pazarı oluşturduğuna kanaat getirerek somut olayda ilgili ürün pazarını dar yorumlamıştır⁹¹.

1.5.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazarın tespiti amacıyla kullanılan ikinci boyut ise ilgili coğrafi pazarın belirlenmesidir. Teşebbüslerin müşteri talebinin bulunduğu mal ve hizmetlerin temini konusunda faaliyet gösterdikleri ve rekabet koşullarının kendi içinde homojen olması -diğer bir ifade ile aynı konuda ticari faaliyette bulunun her teşebbüs için rekabet edebilirlik koşullarının aynı olması- sebebi ile diğer komşu coğrafi bölgelerden fark edilebilir şekilde ayrılan bölgelere, ilgili coğrafi pazar denir⁹². Birlik hukuku açısından bakıldığında coğrafi pazar, tek bir üye devlet ile sınırlı olabileceği

⁸⁹ Çamlıbel Taylan, s.155.

⁹⁰ Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continental BV v. Commission [1978] ECR 207, paragraf 1.

⁹¹ Steven D. Anderman, **EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation**, Clarendon Press, Oxford, 1998, (ECCL), s.153; Korah, GUIDE, ss.17-18.

⁹² Definition of the relevant market, **OJ C 372**, 9.12.1997, madde 8; Rekabet Kurumu, “İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz” <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Kilavuz/kilavuz5.pdf> , (22.09.2014), s.2.

gibi, bir üye devletin sadece küçük bir parçasını, bir kaç üye devleti veya tüm üye devletleri bir arada kapsayabilir. Aynı zamanda özellikle telefon ve bilgisayar gibi yüksek teknoloji ürünleri veya bilgisayar yazılımı gibi ürünler için ilgili coğrafi pazar küresel nitelikte de olabilmektedir⁹³.

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesi hususunda, özellikle ürün dayanıklılığı, ürünlerin taşınabilirliği ve dayanıklılığı, üretim tesislerinin yeri, taşıma ve lojistik imkan ve maliyetleri gibi ekonomik faktörlerin yanı sıra, ithalat, üretim ve pazarlamaya ilişkin yasal düzenlemeler ile yerel sağlayıcıların varlığı gibi ticaret engellerinin bulunması, tüketici tercih ve alışkanlıkları ile tüketicilerin alım gücü gibi unsurlar da öne çıkmaktadır⁹⁴.

İlgili coğrafi pazarın belirlenmesine ilişkin tüm bu faktörlerin içinde, taşıma ve lojistik imkan ve maliyetleri de belirgin bir şekilde önemlidir. Bunun sebebi özellikle düşük maliyetli ürünlerin çok uzun mesafeler taşınması halinde, -taşıma ve lojistik masraflarının, doğal olarak ürünün maliyetlerine yansiyarak ürünün satış fiyatını artırmasıdır. Bu durum rekabet koşullarını ürünü uzak mesafeden getirerek ilgili pazara sunan teşebbüs aleyhine değiştirerek ilgili pazarın homojen yapısını bozar. Bu sebeple somut olay incelemelerinde, ilgili coğrafi pazarın da dar yorumlanması daha yerinde olacaktır⁹⁵.

Özellikle United Brands kararı ile taşıma masrafları, üretim tesislerinin yeri gibi ekonomik unsurlar ile yasal düzenlemelerin ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde ne derece etkili olduğu ortaya çıkmıştır. Zira bu kararda benzer taşıma masraf ve koşullarına sahip olmaları, altı üye devleti muz ticareti sebebiyle belirlenen ilgili coğrafi pazara dahil ederken; ticaret engeli niteliğindeki ithalat ve pazarlamaya ilişkin farklı tarifeler ve yasal düzenlemelere sahip bulunan İngiltere, Fransa ve İtalya'yı ise bu ilgili coğrafi pazarın dışına çıkarmıştır⁹⁶.

Aynı durum ürün dayanıklılığının düşük olduğu hallerde de ortaya çıkmaktadır. Zira hızlı tüketim maddelerinde olduğu gibi ürün dayanıklılığının düşük olması ürünün taşınabilirliğini etkileyerek, ticari değerini yitirmeden bir yerden bir

⁹³ Office of Fair Trading, **Market Definition, Understanding Competition Law**, 2004, s.15.

⁹⁴ Thanh Nguyen, "Defining Relevant Market Under the European Union Competition Law-Regulation and Practice and Experience for Vietnam", <http://ssrn.com/abstract=2069995>, (22.09.2014), ss.35,42.

⁹⁵ Anderman, ECCL, s.165;
Nguyen, s.39.

⁹⁶ Anderman, ECCL, s.165;
Korah, GUIDE, s.100.

yere taşınmasını zorlaştıracığından doğal olarak ilgili coğrafi pazarı da daraltacaktır⁹⁷.

Müşterilerin tercih ve beklentileri ile alım güçleri de ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde oldukça etkili olan unsurlardandır. Özellikle piyasada halihazırda müşterilerin tercih ettiği güçlü bir yerel ürünün bulunması, tüketicinin satın alma davranışlarını etkileyen alışkanlıklarının ve geleneklerinin olması, dil faktörü, ürünün düzenli olarak teminine ve satış sonrası garanti, yedek parça ve servis hizmetlerine ilişkin olarak tüketicinin güvenlik beklentileri ile alım gücünün yüksek ya da düşük olması sebebiyle tüketicinin ürün fiyatlarına ilişkin hassasiyetinin bulunması gibi unsurlar birlikte veya ayrı ayrı ilgili coğrafi pazarın sınırlarının çizilmesinde oldukça önemli bir rol oynar⁹⁸.

1.6. HAKİM DURUMUN TESPİTİNDE BELİRLEYİCİ NİTELİKTE OLABİLEN FAKTÖRLER

1.6.1. Pazar Payı

Bir teşebbüsün hakim durumda bulunmasının sebebi çok çeşitli faktörlerden kaynaklanabilir olsa da, bu faktörlerin en önemlisi kuşkusuz teşebbüsün, pazar payının⁹⁹ büyüklüğü ve bu payın rakipleri karşısındaki durumudur¹⁰⁰. Buna göre, bir önkoşul niteliğinde olan ilgili pazarın belirlenip sınırlarının çizilmesi şartı gerçekleşikten sonra, teşebbüsün bu pazarda birlikte faaliyet gösterdiği rakipleri de belirlenir. Bundan sonra rakiplerin pazar payları hesaplanıp, teşebbüsün pazar payı ile karşılaştırılarak, teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığı tespit edilebilir¹⁰¹. Teşebbüslerin ticari faaliyetlerini sürdürdükleri ilgili pazarın ve buna ilişkin olarak da pazar paylarının belirlenmesi, o pazarın rekabet edilebilirlik seviyesine ve teşebbüslerin pazar güçlerine ilişkin bir öngörü ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir¹⁰².

⁹⁷ Office of Fair Trading, **Market Definition**, s.16.

⁹⁸ SS Gulshan, **Business Law**, 4. Baskı, Excel Books, New Delhi, 2012, s.266.

⁹⁹ Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, s.13.

¹⁰⁰ Craig ve diğeri, s.1018.

¹⁰¹ Definition of the relevant market, **OJ C 372**, madde 2.

¹⁰² Organisation for Economic Co-operation and Development, **“Roundtable on market definition- Note by European Union”**, DAF/COMP/WD(2012)28, 2012, s.2.

Pazar payı pratikte teşebbüsün ilgili pazardaki toplam satış rakamlarının, o pazarın toplam büyüklüğüne oranlanması yolu ile hesaplanır. Ancak pazar payının bu şekilde hesaplanması da tek başına teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığının tespitinde yetersiz kalacaktır. Zira hakim durumun tespit edilebilmesi için bu payın ilgili pazarda faaliyet gösteren rakiplerin pazar payı oranları ile karşılaştırılması da önemlidir¹⁰³.

Hakim durumun tespiti için kesin nitelikte bir pazar payı oranı belirlemek, çoğu zaman derin bir ekonomik ve teknik analiz yapılmasını gerektirmesi sebebiyle zordur. Komisyon'un pazar tanımına ilişkin yayınlamış olduğu bildiri, pazar paylarının nasıl hesaplanması gerektiğine ilişkin bir kılavuz da içermektedir (*Definition of the relevant market, OJ C 372*). Bununla birlikte burada da hakim durumun tespiti açısından pazar paylarına ilişkin kesin bir oran belirlenmemiş, bu tespit yapılırken somut olayın özelliklerine bakılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Ancak uygulamada genel olarak pazar payının %50'nin üzerinde olması durumunda o teşebbüsün hakim durumda bulunduğu, pazar payının %30'un altında olması halinde ise hakim durumun söz konusu olamayacağı kabul edilir¹⁰⁴. Yine Komisyon'un yayınladığı 330/2010 sayılı Dikey Anlaşmalar Tebliği¹⁰⁵ madde 3'te de buna paralel bir düzenleme bulunur. Bu düzenlemeye göre sadece %30'luk pazar payı eşliğinin üzerindeki teşebbüslerin yapmış oldukları anlaşmalar, bu tebliğ kapsamında rekabet incelemesine tabidirler.

Avrupa Birliği Adalet Divanının Hoffmann/La Roche v. Komisyon kararında¹⁰⁶ da açıkça belirttiği gibi, her ne kadar bir hakim durumun varlığının tespit edilmesinde ayrı ayrı incelenmesi gereken pek çok faktör bulunsa da, bu faktörler arasında en önemlisi, teşebbüsün büyük bir pazar payına sahip olup olmadığıdır¹⁰⁷.

¹⁰³ Definition of the relevant market, **OJ C 372**, 9.12.1997, paragraf 53.

¹⁰⁴ Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints C (2010) 2365; Definition of the Relevant Market, **OJ C 372**, paragraf 53,55;

Whish, s.594-595;

Anna Eberhard, "European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC", **European Law/Europarecht**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2006, s.225.

¹⁰⁵ Commission Regulation (EU) No.330/2010 of 20.04.2010 on the Application of Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Vertical Agreements and Converted Practices, **OJ L 102/2**, 23.04.2010.

¹⁰⁶ Hoffmann/La Roche, **ECR** 461, paragraf 39.

¹⁰⁷ Van Bael ve Bellis, s.123.

La Roche, üretmiş olduğu vitaminler bakımından tüm dünyadaki en büyük üretici konumundadır. ABAD'ın bu kararında, her bir vitamin için ayrı ayrı yapılan incelemelerde La Roche, değişik vitamin çeşitleri bakımından ayrı ayrı %47'lerden başlayarak, %95'lere kadar varan oranlarda çeşitli pazar paylarına sahip olduğundan ve bu pazar paylarına en yakın rakipleri tarafından dahi yaklaşılamadığından, vitamin üretimi bakımından hakim durumda kabul edilmiştir¹⁰⁸. Vitamin pazarı olarak belirlenen ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu da tespit edilen La Roche, büyük miktarlarda alım yapan müşterilerine önemli oranlarda indirimler yapıp onlara özel bazı ayrıcalıklar tanıyarak, pazardaki rekabeti sahip oldukları dar ticaret hacimleri sebebiyle daha küçük miktarlarda alım yapabilen teşebbüsler aleyhine bozmuştur. Bu sebeple La Roche, ABAD tarafından verilen kararda 102. Madde (ATA 82) kapsamında hakim durumunu kötüye kullanmış sayılmıştır¹⁰⁹.

1.6.2. Pazar Gücü

Teşebbüs ya da teşebbüslerin pazar paylarının ve bu payların rakipleri karşısındaki durumlarının belirlenmesi, hakim durumun varlığının tespitinde çok önemli bir faktör olsa da, tek başına yeterli değildir. Komisyonun rekabet analizi anlayışı, temel olarak teşebbüslerin pazar gücüne odaklanmıştır¹¹⁰.

Pazar gücü, ilgili pazarda ürün fiyatlarını rekabetçi seviyelerin üstüne ya da altına çekerek ürünlerin fiyatlarını etkileyebilme, ürün arzını kısıtlayabilme ya da ürün kalitesini rekabetçi seviyelerin altına çekebilme yetisi olarak tanımlanabilir. Pazar gücü, teşebbüs ilgili pazarda yeteri kadar güçlü bir rekabet baskısıyla karşılaşmadığı takdirde artma eğilimi gösterir¹¹¹.

Teşebbüslerin pazar gücünün ölçülebilmesinde de ilgili pazarın tanımlanması ve pazar paylarının belirlenmesi önemli kıstaslardandır. Teşebbüsün pazar payının yüksek olması aynı zamanda – kesin delil teşkil etmemekle birlikte- yüksek pazar

¹⁰⁸ Hoffman/La Roche, ECR 461, paragraf 39.

¹⁰⁹ Korah, GUIDE, s.2.

¹¹⁰ Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, s.14;

Giorgio Monti, "The concept of dominance in Article 82", **European Competition Journal**, Cilt: 2 (Specia), 2006, s.10.

¹¹¹ Office of Fair Trading, **Abuse of a Dominant Position**, s.13.

gücünün de bir işaretidir¹¹². Teşebbüsün ilgili pazardaki –payını korurken aynı anda - ürün fiyatı üzerinde belirleyici rol oynayıp oynamadığının da belirlenmesi o teşebbüsün pazar gücünü ortaya koyacağı gibi hakim durumda bulunup bulunmadığına ilişkin de yol gösterici olacaktır.

Komisyon, 1985 tarihli kararında çok uluslu AKZO Gruba ait bir şirket olan AKZO Chemie’yi, ilgili pazardaki hakim durumunu kötüye kullanarak, İngiliz menşeli, küçük ölçekli rakibi ECS’yi İngiltere ve İrlanda’daki öğütülmüş katkı maddeleri pazarından çıkarmaya çalışması sebebiyle haksız bulmuştur¹¹³.

ECS, bu olayda, İngiltere’deki katkı maddeleri üretme faaliyetlerini, Avrupa Birliği genelindeki –AKZO’nun hakim durumda olduğu- organik peroxide pazarına genişletmeye çalışmıştır. AKZO önce ECS’yi bu pazara girmekten vazgeçmez ise İngiltere’deki katkı maddesi pazarında fiyatları düşürmekle tehdit etmiştir. ECS’nin organik peroxide pazarına girmekten vazgeçmemesi üzerine de AKZO, uzun dönemli bir ekonomik olmayan fiyat politikası, başka bir deyişle yıkıcı fiyat uygulamaya başlamıştır.

Komisyon ilgili kararında, AKZO’nun yapmış olduğu rekabete aykırı faaliyetleriyle, üst pazardaki hakim durumunu alt pazara yaygınlaştırıp bu pazarda da hakim duruma gelerek, rakibini pazardan silmeyi amaçlaması sebebiyle, hakim durumunu kötüye kullandığını belirlemiştir. AKZO hakkında verilen bu karar, ayrıca Avrupa Birliği rekabet politikası kapsamında yıkıcı fiyatlamanın (*olağan dışı fiyat indirimleri*) kabul edilmeyeceğine ilişkin olarak yapılan önemli bir tespittir¹¹⁴.

Komisyon bu kararında aynı zamanda oligopol pazarlarda sebepsiz yere çok düşük fiyatlandırma yapıldığının ya da suni fiyatların bulunduğu belirlenmesi durumunda, hakim durumun kötüye kullanımının olup olmadığının tespit edilebilmesi açısından, o pazarlarda faaliyet gösteren tüm aktörlerin ürün maliyet yapılarının analiz edilerek incelenmesi gerektiği kanaatine de varmıştır¹¹⁵.

¹¹² Speech by Commissioner Mario Monti, s.2; Kauper, s.1683.

¹¹³ Official Journal, L 374, [31.12.1985], Page : 1, **ECS / AKZO**, Celex No. : 385D06 09 - IV/30698.

¹¹⁴ Sevilay Uzunallı, “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **Rekabet Dergisi**, Cilt:11, Sayı:4, 2010, ss.71-73.

¹¹⁵ Van Bael ve Bellis, ss.934-935-936.

1.6.3. Pazara Giriş Engellerinin Varlığı

Pazara giriş engellerinin varlığı da ilgili pazarda faaliyet gösteren ve hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin varlığına işaret edebilmektedir.

İlgili pazarda ölçek ekonomisi uygulayan veya hammadde kaynağını elinde tutan bir teşebbüsün bulunması, yatırım maliyetlerinin yüksek olması sebebiyle pazarın çok sayıda teşebbüsün karlı biçimde faaliyet göstermesine uygun olmaması gibi yapısal özellikler, bu pazara yeni giriş yapacak teşebbüsler için “doğal giriş engelleri (*natural barriers to entry*)” oluşturur.

İlgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs ya da teşebbüslerin lehine kanuni tekeller, imtiyazlar, sübvansiyonlar, vergi indirim ve kolaylıkları gibi çeşitli devlet yardımları veya koruyucu yasal düzenlemelerin olması, yine bu teşebbüslerin kendilerine tekel hakkı veren ilgili pazara ilişkin çeşitli lisans, patent, marka, telif hakları gibi fikri mülkiyet haklarını ellerinde tutmaları, ağ etkilerinin varlığı¹¹⁶, yüksek maliyet gerektiren ar-ge yatırımları ve buna paralel olarak da ileri teknolojiye sahip olmaları, batık maliyetlerin ve değiştirme maliyetlerinin yüksek olması, ilgili pazarda halihazırda faaliyet gösteren teşebbüslerin ar-ge ve üretime ilişkin yatırımlarının tamamlanmış olması, marka tanınmışlığı, ürün çeşitlendirme, müşteri bağlılığı gibi ilgili pazara ilk giren teşebbüsler lehine çeşitli avantajların bulunması, dikey bütünleşik ve/veya ölçek ekonomisinden faydalanan teşebbüslerin varlığı ve benzeri sebepler de “suni giriş engelleri (*artificial barriers to entry*)”ne örnek teşkil edebilmektedir¹¹⁷.

İlgili pazara giriş engelleri yaratarak ya da mevcut koşulları kullanarak pazardaki etkili rekabeti önleyen, rakiplerini zayıflatan veya yeni rakiplerin pazara girişini engelleyebilen teşebbüs, hakim durumunu kötüye kullanmış sayılır¹¹⁸.

United Brands vakasında, Komisyon, bu teşebbüsün hem satışını yaptıkları muzların elde edildiği tarlalara, hem de ürüne ilişkin tüm dağıtım kanallarına sahip

¹¹⁶ İlgili pazardaki mevcut müşterilerin çoğunu elinde tutarak belirgin bir kullanıcı tabanına sahip olan teşebbüs, rakiplerine karşı ağ etkisi yaratarak pazara giriş engeli oluşturur. Bu durum özellikle bir ürün ya da hizmetin değerinin kullanıcı sayısına bağlı olduğu pazarlarda ortaya çıkar. Telekomünikasyon hizmetleri ve sosyal medya pazarı ağ etkilerinin yoğun olarak görüldüğü pazarlardır.

¹¹⁷ Harbord ve diğeri, ss.416-417;

Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Petit, **EU Competition Law and Economics**, Oxford, UK, 2012, s.190 vd;

Balkir, s. 245.

¹¹⁸ John Temple Lang, “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Antitrust Law, **Fordham International Law Journal**, Cilt: 3, Sayı: 1, 1979, s.10.

olması sebebiyle “muz” pazarı olarak belirlenerek sınırları çizilen ilgili pazarda, United Brands lehine dikey bütünleşmenin varlığına kanaat getirerek¹¹⁹, bunun muhtemel rakiplerin pazara girişi açısından, mutlak bir giriş engeli olduğuna hükmetmiştir¹²⁰.

1.6.4. Tüketici Talep ve Beklentileri

Kendi talep ve ihtiyaçlarına göre, alıcıların gözünde ilgili pazarda ikame mallarının olmaması da hakim durumun varlığına karine teşkil eder¹²¹.

United Brands davasında, Komisyon, alıcıların muz başka bir meyve ile ikame etmediklerine hükmederek ilgili pazarın, “meyve” pazarı değil, “muz” pazarı olduğuna karar vermiştir¹²². Diğer bir ifade ile müşteri talepleri değerlendirildiğinde “muz”un diğer meyvelerle ikame edilebilirliğinin (*Substitutability*) bulunmadığı söylenebilir. Bu durumda muz pazarını tek başına elinde tutan United Brands firmasının ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu açıktır¹²³.

1.7. HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ İSTİSNASI

Tüm koşullar oluşsa da istisnai hallerde, somut olayda objektif haklı bir sebebin bulunması şartıyla, hakim durumda bulunan teşebbüs, müşterilerine mal veya hizmet sağlamaktan kaçınsa dahi bu durum, kötüye kullanım sayılmayabilecektir.

1970’lerin başlarındaki petrol krizi sırasında yaşanan petrol ve petrol ürünleri kıtlığı, müşterileri, tedarikçilerine ekonomik olarak bağımlı hale getirmişti. Bu kriz döneminde British Petrol (BP), zaten kıt olan arz kaynaklarını

¹¹⁹ John Tillotson, **European Union Law: Text, Cases and Materials**, 3. Baskı, Cavendish Publishing, London, 2000, ss.434-435.

¹²⁰ Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continentaal BV v. Commission [1978] **ECR** 207.

¹²¹ David W. Hull, “Parallel trade in pharmaceutical products in Europe: The advocate general’s opinion in SYFAIT v. GlaxoSmithKline”, **Competition Law In Sight**, 2004, <http://www.competitionlawinsight.com/industry-sector/healthcare-and-pharma/article22787.ece>, (22.09.2014), s.3.

¹²² George Miles, Clare Firth, Paulene Denyer, Zoe Ollerenshaw, Pauline Laidlaw, Elizabeth Smart ve Kathryn Wright (Ed.), **Foundations for the LPC 2012-2013**, Oxford University Press, Oxford, 2012, s.349.

¹²³ Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continentaal BV v. Commission [1978] **ECR** 207, paragraf 1.

öncelikli olarak aralarında mal temini konusunda sözleşmesel ilişki bulunan sürekli müşterilerine ayırarak, ABG gibi bazı dönemsel müşterilerine mal temin etmekten kaçındığı için, hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesi ile şikayet edilmiştir.

ABAD her ne kadar BP'nin yaklaşık %26'lık pazar payı ile ABG karşısında tartışmasız hakim durumda olduğunu ifade etse de, o dönemde yaşanan olağan dışı ekonomik koşullar göz önüne alındığında BP'nin hakim durumunu kötüye kullanmış sayılmayacağına karar vermiştir. Başka bir deyişle, somut olayda yaşanan olağandışı ekonomik koşullar, BP lehine objektif haklı sebep teşkil ederek, hakim durumun kötüye kullanımının bulunup bulunmadığının tespitinde, pazar payından daha önemli sayılmıştır¹²⁴. ABAD'ın bu kararı, hakim durumda bulunan teşebbüslerin, müşterilerine ne miktarda mal vereceklerini belirleme konusunda prensip olarak özgür olduklarını göstermiş olması bakımından da büyük önem arz eder¹²⁵.

1.8. FİKRİ MÜLKİYET HAKKINA SAHİP OLMANIN HAKİM DURUMA ETKİLERİ

Fikri mülkiyet hakları, sahiplerine hak konusu üzerinde belirli süreli de olsa bir tekel hakkı bahşederler. Bu tekel hakkının hak sahipleri tarafından kullanılması, ekonomik düzeni belli noktalarda sekteye uğratabileceğinden bu hakların kullanımlarının denetlenmesi ve istisnai hallerde de hakların özüne dokunulmadan bazı sınırlamaların getirilmesi kaçınılmazdır¹²⁶.

Fikri mülkiyet haklarına sahip olma, her ne kadar hakim durumu tek başına garanti etmese de somut olayın özelliklerine göre teşebbüslerin hakim duruma gelmelerine ya da mevcut hakim durumlarını güçlendirmelerine sebep olabilir. Zira fikri mülkiyet hakları, çoğu zaman bunlara sahip olan teşebbüslerin pazar güçlerini artırarak, sahipleri lehine pazara giriş engeli oluştururlar. Bu nedenle fikri mülkiyet

¹²⁴ Emanuela Arezzo, "Is there a role for market definition and dominance in an effects-based approach?", **Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement mechanisms?** (Ed. Mark-Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego, Stefan Enchelmaier), Springer, Heidelberg, 2008, s.22.

¹²⁵ Marjolein Tapking, **Refusal to Supply Customers Under Article 82 EC**, (Master Tezi), Université de Genève, Faculté de Droit, 2008, http://www.unige.ch/droit/mbi/upload/pdf/MEMOIRE_Marjolein_Tapking.pdf , (22.09.2014), s.20.

¹²⁶ Eldeniz, s.1.

haklarının hakim durum yaratma ya da mevcut hakim durumu güçlendirme etkileri bulunur¹²⁷. Netice olarak fikri mülkiyetin hakim duruma etkilerini, bu anlamda ikiye ayırarak inceleyebiliriz: Fikri mülkiyet haklarının halihazırda hakim durumda bulunan teşebbüsün hakim durumu üzerindeki güçlendirici etkisi ile teşebbüsün sahip olduğu fikri mülkiyet sebebi ile ilk kez hakim duruma gelmesi.

Öncelikle halihazırda hakim durumda bulunan teşebbüsler bakımından fikri mülkiyete sahip olmanın, bu teşebbüsler üzerindeki etkilerini incelemek gerekirse, hakim durumdaki teşebbüs, güçlü pazar payı ve finansal durumu sebebiyle zaten ilgili pazarda rekabet avantajına sahip olduğundan, bir fikri mülkiyet hakkı geliştirebilmek için gerekli olan ar-ge yatırımlarına daha çok kaynak aktarabilecektir. Ar-ge yatırımlarına önem vererek bu konuya rakiplerinden daha fazla yatırım yapmak, teşebbüsün teknik ilerlemeyi sağlayarak, ileri bilgi ve teknolojiye sahip olma ihtimalini yükselttiği gibi, başka yeniliklere ulaşarak yeni fikri mülkiyet haklarına sahip olabilme şansını da artırır. Ar-ge çalışmaları sonucunda ortaya çıkan icatlara bağlı yeni fikri mülkiyet haklarının bunlara sahip olan teşebbüslere bahsettikleri tekel hakkı ise teşebbüse kazandırdığı çeşitli avantajlarla doğal olarak ilgili teşebbüsün mevcut hakim durumunun daha da güçlenmesine yol açacaktır.

Bir teşebbüsün yapmış olduğu ar-ge çalışmaları sonucunda ulaştığı yenilikten kaynaklanan fikri mülkiyet hakkı sebebiyle ilgili pazarda ilk kez hakim duruma gelmesi ise fikri mülkiyetin hakim duruma olan etkisinin ikinci yönünü oluşturur. Örneğin ar-ge çalışmaları sonucu bulmuş olduğu bir yenilik veya ileri teknoloji üretim sistemi nedeniyle ait olduğu devletin milli fikri mülkiyet hukuku mevzuatı kapsamında kendisine bahşedilen fikri mülkiyet hakkı sebebiyle teşebbüs, bu haktan kaynaklanan ve ilgili yasada belirtilen süre zarfında üçüncü kişilerin ihlallerine karşı korunacak olan bir tekel hakkı elde eder. Elde ettiği bu tekel hakkından kaynaklı olarak rekabet avantajı kazanan teşebbüs, pazarda hakim duruma gelebilir. Bu halde teşebbüs, rakipleri tarafından ilgili pazarda kendi buluşunu saf dışı bırakacak, yeni buluşlar ortaya konmadığı sürece hakim durumunu koruyarak güçlendirmeye devam edebilecektir¹²⁸.

Her iki durumda da ortaya konan bilgi, yenilikler ve ileri teknoloji sebebiyle fikri mülkiyete sahip teşebbüslerin hakim duruma gelmeleri ya da mevcut hakim

¹²⁷ Czapracka, s.8.

¹²⁸ Tillotson, s.436.

durumlarını güçlendirmeleri nedeniyle ilgili pazarda kendi lehlerine bir suni giriş engeli yarattıkları da söylenebilir¹²⁹. Yine fikri mülkiyet haklarının sahiplerine tekel hakkı bahsetmesi ve bu hakların milli hukuklar tarafından korunması bölgesel tekelleri destekler nitelikli olduğu gibi bir pazar paylaşımı etkisi de yaratarak malların serbest dolaşımını olumsuz etkileyebilir. Bu durum teşebbüslerin kötüye kullanımlarına açık olduğu gibi Birlik'in nihai amaçlarından biri olan tek pazar olgusuna ve serbest pazar ekonomisinin işleyişine de zarar verici niteliktedir. Dolayısı ile fikri mülkiyetten kaynaklanan hakların, hakim durumdaki teşebbüs(ler) tarafından kötüye kullanımının önlenmesi amacıyla bu teşebbüslerin fikri mülkiyet hukuku kapsamında elde ettikleri hakların kullanımı, rekabet kurallarının denetimi kapsamına girer.

1.8.1. Fikri Mülkiyet Haklarından Kaynaklanan Hakim Durum ve Rekabet Denetimi

Günümüzde bilim ve teknolojik ilerleme bakımından sürekli bir devinim içinde bulunduğumuz global bilgi çağı yaşanmaktadır. Teknolojik ve bilimsel ilerleme, toplumsal gelişim ve refahı da beraberinde getirmektedir. Bu gelişmişlik düzeyi, ulusal ve uluslararası ekonomik düzeni, sosyal hayatı ve siyaseti büyük oranda şekillendirir. Buna paralel olarak da devletlerin gelişmişlik düzeyleri ile ar-ge ve yenilik programlarının da uluslararası rekabetin temellerini oluşturduğu söylenebilir¹³⁰.

Önceki bölümlerde belirtildiği gibi rekabet hukuku, fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel haklarının kullanılmasını değil, bu tekel hakları sebebiyle hakim durumdaki hak sahiplerinin bilgi ve teknolojinin yayılmasını dolayısı ile de toplumsal refahın artmasını engelleyip engellemediklerini denetler ve istisnai hallerde de hakkın özüne dokunmamak kaydı ile fikri mülkiyet haklarını sınırlandırabilir. Diğer bir ifade ile, fikri mülkiyete sahip olmanın onlara sahip olan teşebbüslerin lehine yarattığı tekel hakkının, yine bu teşebbüsler tarafından rekabeti, dolayısı ile de bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi engelleyecek şekilde kötüye

¹²⁹ Balkır, s.245.

¹³⁰ Bahadır Kaleağası, **G20 Gezegeni: Dünya, Avrupa, Demokrasi, İletişim Çağı, Türkiye**, Doğan Kitap, İstanbul, 2011, s. 23.

kullanılması yasaktır. Zira günümüzde yeni teknoloji, icat ve yeniliklere ulaşmadaki en temel araç olması sebebiyle bilginin, niteliği gereği çok önemli bir kamusal değer haline geldiği tartışmasız olarak kabul edilmektedir¹³¹.

Bilgi, yeniliklere açılan bir kapıdır ve her yenilik, bir sonrakinin temelini oluşturur, bilimsel ve teknolojik ilerlemeyi tetikler¹³². Bu sebeplerle bilgi ve teknolojinin yayılmasını, dolayısıyla da sosyal refahın artışı engelleyen her türlü hak gibi fikri mülkiyet haklarının kullanılması da bu kullanımda kamu yararına aykırılık olup olmadığının tespiti ve varsa kötüye kullanımın engellenmesi bakımından rekabet kurallarının denetimine tabidir. Bu denetim ile kamu yararının gözetilerek kamu menfaatleri ile özel menfaatler arasındaki dengenin sağlanması amaçlanmaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının ait oldukları teşebbüsleri rakipleri karşısında genel olarak avantajlı duruma getirdikleri açıktır. Fikri mülkiyete sahip teşebbüsler, bu hakları dolayısı ile elde ettikleri avantajları, kötüye kullanarak rekabet ihlallerine sebep olabilirler. Bu noktada rekabet kuralları vasıtası ile yapılan denetim devreye girer. Böylece fikri mülkiyet haklarının bir hakim durum yaratma veya mevcut hakim durumu güçlendirme etkisi kontrol altına alınmaya çalışılır. Hakim durumda bulunma tek başına rekabet hukukunca yasaklanmamışsa da, teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları kati şekilde yasaklanmıştır. Diğer bir deyişle, salt hakim durumda bulunma rekabet hukuku tarafından yasaklanmış olmasa da hakim durumdaki teşebbüsler, diğer teşebbüslerden farklı olarak bu durumlarını ortak pazardaki rekabeti bozacak şekilde kötüye kullanmamaya ilişkin özen gösterme özel yükümü altındadırlar¹³³.

1.8.1.1. Fikri Mülkiyet Haklarından Kaynaklanan Hakim Durumun Kötüye Kullanımının Tespiti

Fikri mülkiyete sahip olmak, sağladığı tekel hakları sebebiyle ilgili teşebbüsün finansal olarak güçlenmesi, elde ettiği bu artı gelirlerini, yeni ar-ge

¹³¹ Carlos M. Correa, "Fikri Mülkiyet Hukuku; Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif", çev. İlhami Güneş, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2005, s.15.

¹³² Teece, s. 37.

¹³³ Craig ve diğeri, s.1025.

yatırımlarına dönüştürerek ileri teknolojiye ulaşma, böylece pazar gücünü artırıp rekabet avantajı elde etme, dolayısı ile de hakim duruma gelme yahut mevcut hakim durumunu güçlendirme olasılığını artırsa da, salt fikri mülkiyete sahip olmanın tek başına bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığını tespit etmeye yetmeyeceğinin altını yeniden çizmekte fayda vardır. Yine teşebbüs, halihazırda hakim durumda olsa da sahip olduğu fikri mülkiyet haklarının üçüncü kişilere verilmesinin reddedilmesi durumu da –fikri mülkiyet hakkının sahibine sağladığı tekel hakkına rağmen- tek başına hakim durumun kötüye kullanılması sayılamaz. Kötüye kullanımın tespiti için her somut olayın özelliklerine ayrı ayrı bakılması gerekir. Dolayısıyla hem teşebbüsün sahip olduğu fikri mülkiyet hakları sebebiyle hakim durumda bulunup bulunmadığının, hem de varsa hakim durumun kötüye kullanımının olup olmadığının tespiti için somut olayın tüm özelliklerinin bir arada değerlendirilmesi gerekir¹³⁴.

Hakim durumdaki teşebbüslere özel olarak getirilen hakim durumlarını kötüye kullanmamalarına ilişkin özen yükümüne göre, ar-ge çalışmaları sonucu ortaya çıkan yeniliklerin, hakim durumdaki teşebbüs tarafından mevcut ya da potansiyel rakipleriyle paylaşılıp paylaşılmaması hali, -eğer bu durum bilgi ve teknolojinin yayılmasını ve ilerlemesini dolayısı ile de sosyal refahı etkiler nitelikte ise- kamu yararının gözetilmesi bakımından, rekabet kurallarının denetim alanına girer. Diğer bir ifade ile rekabet hukuku bu noktada fikri mülkiyet hukuku üzerinde kontrol mekanizmalarını çalıştırır ve kamu yararı ile özel mülkiyetin çatıştığı noktalarda fikri mülkiyet haklarının kullanımını orantılılık ilkesi kapsamında, istisnai olarak ve hakkın özüne dokunmayacak şekilde kısıtlayabilir.

Örneğin Veng ve Volvo davasında¹³⁵ hem otomobile, hem de otomobilin yedek parçalarının üretimine ilişkin fikri mülkiyet hakkı sahibi bir otomobil firması olan Volvo, yedek parça üreticisi Veng firmasına ücreti karşılığında dahi, sahip olduğu fikri mülkiyete ilişkin lisans haklarını vermeyi reddetmiştir. Şikayet üzerine konuyu değerlendiren ABAD, fikri mülkiyet sebebiyle yedek parça üretimi konusunda hakim durumda bulunan ve fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel hakkına sahip olan Volvo firmasının, somut olaydaki tüm koşullar birlikte değerlendirildiğinde lisans hakkını devredip devretmeme konusunda özgür olduğuna

¹³⁴ Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Commission, [1990] ECR II-00309; Groves, s.201.

¹³⁵ Case 238/87, Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., [1988] ECR 06211.

ve lisans vermeyi reddetme eyleminin bu olayda hakim durumun kötüye kullanılması sayılamayacağına kanaat getirmiştir.

ABAD aynı kararında, bağımsız tamircilere yedek parçaların temininden kaçınma ya da mal temini konusunda birbiriyle eşit olmayan koşullar ileri sürerek ayrımcılık yapma, bu parçaları adil olmayan şekilde fiyatlandırma ya da halen tüketiciler tarafından kullanılmakta olan araba modellerine ait yedek parçaların üretimini durdurma gibi, tüketicileri zarara uğratan durumların tespit edilmesi halinde, bahsi geçen eylemler, üye devletlerarası ticareti etkileyeceğinden, bu hallerin hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına ise ayrıca ve açıkça altını çizmiştir¹³⁶.

¹³⁶Anderman, ECCL, ss.197-198;

Valentine Korah, "The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience", **Antitrust Law Journal**, Cilt: 69, Sayı: 3, 2002, (ATLJ), s.809;

Coco, s.14.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN YÜKÜMLÜLÜKLER

KAPSAMINDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU

LİSANSLAMA

2.1. HAKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERE GETİRİLEN

YÜKÜMLÜLÜKLER

Serbest pazar ekonomisinin işleyişi sırasında pazardaki rekabet ortamının sağlıklı bir şekilde korunabilmesi için hakim durumdaki teşebbüslerin, hakim durumlarından kaynaklanan güçlerini kötüye kullanmalarının, rekabet kuralları kapsamında hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde yasaklandığı açıktır. Diğer bir ifade ile hakim durumdaki teşebbüslerin, pazarı tamamen kapatmak ya da pazara giriş engelleri oluşturmak sureti ile rakiplerinin ticari faaliyetlerini zorlaştırmaları, onları pazardan çeşitli şekillerde dışlamaları, olağan koşullarda kabul edilemeyecek anlaşma hükümlerini kabule zorlamaları gibi ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayıcı, bozucu, engelleyici sonuçlar doğuran ya da doğurabilecek kapasitede olan faaliyetlerde bulunmaları hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında kabul edilir. Zira bu gibi yasaklı hareketler tekelleşme sonucunu doğuracağından ürün ve hizmetlerde kalitenin düşmesine, fiyatların yükselmesine, yeniliğe yapılacak yatırımların azalması sebebiyle teknolojinin gerilemesine yol açacaktır. Bu durum kısa vadede tüketici refahının, uzun vadede ise ar-ge yatırımlarının azalmasını takiben bilimsel ve teknolojik yeniliklerin gerilemesine dolayısı ile de kamu yararının zarar görmesine ve neticede de sosyal refah kaybına yol açacaktır.

Hakim durumun kötüye kullanması şekilleri, yasalarla belirli kalıplara indirgenmeyip sadece örnekleyici olarak sayıldığından somut olayda kötüye kullanma olup olmadığı, ancak her olayın kendi özelliklerine bakılarak tespit edilebilir¹³⁷. Bununla beraber hakim durumun kötüye kullanılmasından kaynaklanan sakıncaların önlenmesi amacıyla sadece hakim durumdaki teşebbüslere getirilen bazı özel yükümlülükler de vardır. Bu yükümlülüklerden en temeli, hakim durumunu kötüye kullanmamaya özen gösterme özel yükümlüdür. Bu temel özen gösterme

¹³⁷ Senem Saraç, "Türk Rekabet Hukukunda Bağlayıcı Anlaşmalar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 85, Sayı:3, 2011, ss.99-100.

yükümlülüğünün bir tezahürü olarak da hakim durumdaki teşebbüsler açısından “anlaşma yapma yükümlülüğü (*Anti-trust Duty to deal*)” ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile hakim durumun kötüye kullanılması halinde, somut olayda kötüye kullanımda bulunan teşebbüs aleyhine “sözleşme özgürlüğü” ilkesinin bir istisnası niteliğinde olan “anlaşma yapma yükümlülüğü” ortaya çıkabilmektedir.

Hakim durumdaki teşebbüslere belirli koşullar altında getirilen bu “anlaşma yapma yükümlülüğü” ilkesi, üçüncü kişilerle anlaşma yapmayı reddederek ya da anlaşmanın içeriğini dilediği gibi belirleyip bu hükümleri sözleşmenin karşı tarafına dayatarak mevcut hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün, bu suretle, ilgili pazardaki rekabeti önemli ölçüde sekteye uğratmasını, yenilik ve teknolojinin ilerlemesinin duraksatmasını ve bu sebeplerle meydana gelebilecek sosyal refah kaybını engellemek amacıyla getirilmiştir. Özetle söylemek gerekirse hakim durumdaki teşebbüslerin hareketlerinin sınırlandırılması sonucunu doğuran bu yükümlülük ile ulaşılmaya çalışılan temel hedef, serbest rekabet ortamının korunduğu piyasa ekonomisinin zarar görmesini engellemektir¹³⁸.

Anlaşma yapma yükümlülüğünün 102. madde kapsamında mal ve hizmet vermeyi reddetme, bilgi vermeyi reddetme ve son olarak da lisans vermeyi reddetmeye bağlı olarak ortaya çıkan çeşitli uygulama alanları bulunmaktadır. Zorunlu unsur doktrini ise bu bağlamda anlaşma yapma yükümlülüğünün bir alt başlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakim durum sebebiyle meydana gelen yoğunlaşmaların serbest ve adil rekabeti tehdit etmesini önleyebilmek adına ortaya konulan ve anlaşma yapma yükümlülüğünün bir alt başlığı olan zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere mevcut veya potansiyel rakipleriyle zorunlu anlaşmalar yapma ve hatta gerekli koşulların tamamlandığı kimi hallerde mülkiyetlerinde bulunan bazı unsurları paylaşma yükümlülüğü de getirmektedir¹³⁹.

Zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları söz konusu olduğunda dönüştüğü şekil, zorunlu lisanslamadır. Diğer bir ifade ile zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için ABAD tarafından belirlenen koşullar, somut olayda gerçekleştiğinde, fikri mülkiyet hakkı sahibi hakim durumdaki teşebbüs, bu haktan

¹³⁸ Osman Berat Gürzumar, **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Seçkin, Ankara, 2006, ss.18,43.

¹³⁹ Yaşar Tekdemir, **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları**, (Uzmanlık Tezleri Serisi No.2), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, paragraf 3.2.1.

kaynaklanan münhasırlığa ilişkin yetkilerini mevcut veya muhtemel rakipleri ile paylaşmak zorunda kalabilir. Kısaca söylemek gerekirse hakim durumdaki bir teşebbüsün lisans vermeyi reddetmesi halinde zorunlu unsur doktrini, fikri mülkiyet haklarına uygulandığında zorunlu lisanslamaya dönüşür. Böylelikle fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel hakları da kamu yararı lehine sınırlandırılmış olur¹⁴⁰. Ancak unutmamak gerekir ki bu lisanslama yükümlülüğü, hiçbir şekilde, fikri mülkiyet hakkına sahip hakim durumdaki teşebbüsün, uygun bir lisans ücreti ödemeye razı, her talep edene lisans verme yükümlülüğü altında olduğu şeklinde yorumlanamaz. Buradaki zorunlu lisanslama yükümlülüğünün ancak belli koşullar altında ve istisnai olarak ortaya çıktığı unutulmamalıdır¹⁴¹.

2.2. ZORUNLU UNSUR KAVRAMI

Zorunlu unsur doktrinine geçmeden önce “zorunlu unsur (*essential facility*)” kavramının bu doktrin kapsamında ne anlama geldiğinin açıklanması yerinde olacaktır. Ancak serbest pazar ekonomisi içerisinde faaliyet gösteren bir teşebbüsün pazardaki mevcut ya da potansiyel rakipleriyle rekabet edebilmesi için, öncelikle kendi öz kaynaklarına güvenmesi gerektiği açık olduğundan, zorunlu unsur doktrini kapsamında hakkaniyet sınırları aşılmadan somut olayın incelenebilmesi için “zorunluluk” kavramının dar yorumlanmasının gerektiği de evleviyetle belirtilmelidir¹⁴².

Hakim durumdaki bir teşebbüsün sahibi ya da sağlayıcısı olduğu tesis, altyapı, girdi ya da hammaddenin zorunlu unsur niteliğinde sayılabilmesi için, sadece diğer bir teşebbüs tarafından talep ediliyor olması veya mevcut alternatiflerinden daha kolay ulaşılabilir ya da daha üstün olması yeterli değildir. Bir unsurun zorunluluk arz etmesi, ancak somut olayın özelliklerine göre aşağı pazardaki (*downstream market*) rekabetin sürdürülebilmesi için hayati önem taşıması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak zorunluluk taşıdığı iddia edilen unsura

¹⁴⁰ Hamdi Pinar, **Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul Ticaret Odası, 2004-71, s.21;

Inge Graef, “Tailoring the Essential Facilities Doctrine to the IT Sector: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights after Microsoft”, **Cambridge Student Law Review**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2011, ss.1-2.

¹⁴¹ Korah, GUIDE, s.149.

¹⁴² Marina Lao, “Search, Essential Facilities and the Antitrust Duty to Deal”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Cilt: 11, Sayı: 5, 2013, s.298.

erişilememesi sebebiyle aşağı pazardaki rekabetin sadece bir anlık sekteye uğraması da yeterli değildir; rekabetin uğradığı kesintinin göreceli de olsa süreklilik arz etmesi gerekir¹⁴³. Yine unsurun zorunluluk arz ettiğinin kabulü için mevcut ya da potansiyel rakibin bu unsur olmadan ticari faaliyette bulunamayacak veya etkin bir şekilde rekabet edemeyecek olmasından dolayı pazardan dışlanması ya da pazara girişinin önemli ölçüde engellenmesi ve bunun yanı sıra, unsurun hukuki, teknik veya ekonomik olarak makul şekilde kopyalanmasının (*duplication*) veya pratik olarak herhangi bir şekilde bu unsura ulaşılabilmesinin de mümkün olmaması gerekmektedir¹⁴⁴.

2.3. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU LİSANSLAMA

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında, hakim durumda bulunan teşebbüsler de dahil olmak üzere her teşebbüs ticari ilişkiye gireceği, anlaşma yapacağı tarafları ve yapılacak anlaşmanın içeriğini özgürce belirleme hakkına sahiptir. Dolayısı ile de teşebbüsler, mevcut ya da potansiyel rakipleriyle anlaşma yapmaya zorlanamazlar ve anlaşma yapmayı, bu ilkeye dayanarak reddedebilirler. Ancak anlaşma yapmayı reddetmenin de istisnai hallerde ve bazı koşullar altında bir takım sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün, mevcut ya da potansiyel rakipleriyle anlaşma yapmayı reddetme suretiyle hakim durumunu güçlendirme ya da bir pazardaki hakim durumunu bir diğer alt pazara yayıp buradaki rekabet ortamını bozarak bu alt pazarı da tekelleştirme ve böylece de hakim durumunu kötüye kullanma çabalarını önleyebilmek adına istisnai hallerde hakim durumdaki bu teşebbüslere, ABİDA 102 kapsamında anlaşma yapma yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Hakim durumdaki teşebbüslere bazı özel koşullar altında getirilebilen bu anlaşma yapma yükümlülüğünün temeli, hakkın kötüye kullanılması ve ayrımcılık yasağına dayanır. Özellikle de somut olaydaki anlaşma yapmayı reddetme halinin, diğer tarafın mesleki, ticari ve ya sanatsal faaliyetlerini engellemeye yönelik olduğunun tespiti durumunda, anlaşma yapma özel yükümlülüğünün

¹⁴³ Lao, s.298.

¹⁴⁴ Tekdemir, paragraf 2.1.3.1.

uygulanabilmesi için kasıt, ağır ya da hafif ihmalin bulunması veya karşı tarafın zarara uğramış olması şartı da aranmamaktadır¹⁴⁵.

Hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından sahip olunan ve “zorunlu unsur” niteliği taşıyan bir unsura erişimin pazardaki rekabeti bir anlık değil de belirli bir süre engellemesi durumunda “anlaşma yapma özgürlüğü” ilkesinin bir istisnası niteliğindeki, diğer bir ifade ile “anlaşma yapma yükümlülüğünün” bir alt başlığı olan, zorunlu unsur doktrini devreye girebilmektedir.

Zorunlu unsur doktrini, en temel anlamıyla, ilgili pazarda “zorunlu unsur” niteliğindeki bir varlığı kontrol eden hakim durumdaki bir teşebbüse, mevcut ya da potansiyel rakibinin, rekabet edebilmesi için zorunluluk arz eden bu ürün, hizmet, lisans, tesis ya da hammaddeye belli koşulların gerçekleşmesi halinde, makul koşullarda erişime (*reasonable access*) izin verme zorunluluğu, dolayısı ile de anlaşma yapma yükümlülüğü getirir. Kısacası zorunlu unsur doktrini, rekabet hukuku kapsamında hakim durumdaki teşebbüslere, hakim durumlarını kötüye kullandıklarının tespit edildiği istisnai hallerde, belirli şartlar altında getirilebilen ve bir teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmaya zorlanamaması ilkesinin bir istisnası niteliğinde olan anlaşma yapma yükümlülüğünün bir alt uygulamasıdır¹⁴⁶.

Anlaşma yapma yükümlülüğü ile zorunlu unsur doktrini ve dolayısı ile zorunlu lisanslama arasındaki ilişki ve bu ilişkiden kaynaklanan farklılıkların ne olduğu literatürde uzun süredir tartışılmakta ve bu konuda pek çok farklı görüş bulunmaktadır. En genel anlamıyla bu farkı, anlaşma yapma yükümlülüğü, hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme hürriyeti kapsamında diledikleri kişilerle, diledikleri şekillerde anlaşma yapma özgürlüklerine bazı sınırlamalar getirirken, onun bir alt başlığı niteliğindeki zorunlu unsur doktrini ve zorunlu lisanslamanın, sözleşme özgürlüğünün yanı sıra hakim durumdaki teşebbüslerin mülkiyet haklarına da dokunarak bunları istisnai durumlarda sınırlayan bazı kısıtlamalar getirdiği şeklinde açıklayabiliriz. Zorunlu unsur doktrini ve zorunlu lisanslamaya dayanarak - istisnai hallerde de olsa- mülkiyet haklarının kısıtlanabilmesi sebebiyle bu doktrininin ve dolayısı ile de zorunlu lisanslamanın kontrolsüz bir şekilde her somut olaya uygulanmaya çalışılması özel mülkiyete gereksiz müdahaleleri beraberinde

¹⁴⁵ Gürzumar, ss.57,61,62.

¹⁴⁶ Robert Pitofsky, Dona Patterson, Jonathan Hooks, “The Essential Facilities Doctrine under United States Anti-Trust Law”, **Anti-trust Law Journal**, Cilt: 70, 2002, s.446.

getirebileceğinden doktrinin çok dikkatli uygulanmasında fayda vardır. Zorunlu unsur doktrini ve zorunlu lisanslamanın kontrolsüz uygulanması durumunda, ar-ge, altyapı ve tesis yatırımları gibi büyük miktarlarda finansal kaynak aktarımı gerektiren yatırım ve yenilik yapma güdüsü ile yine bu güdülerle doğru orantılı bir şekilde yükseliş gösteren teknolojik ilerleme ve refah artışının da yara alabileceği unutulmamalıdır¹⁴⁷.

2.4. AVRUPA BİRLİĞİ REKABET HUKUKUNDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE ZORUNLU LİSANSLAMANIN GELİŞİMİ

Avrupa Birliği rekabet kuralları kapsamında zorunlu unsur doktrini ve bu bağlamda zorunlu lisanslama ile uygulama esasları, bu hususta ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü sırasında mahkeme kararları çerçevesinde olgunlaşmıştır. Bu sebeple doktrinin ve bu doktrin kapsamında verilen zorunlu lisanslama kararlarının gelişimi, taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara dair alınan kararlar kapsamında, kronolojik sıraya uygun olarak incelenmiştir.

2.4.1. Commercial Solvents Kararı

Zorunlu unsur doktrini, Avrupa Topluluğunda ilk kez 1970’li yılların başında uygulanmaya başlanmıştır. Bu konuda Commercial Solvents davası¹⁴⁸ sonucunda ABAD tarafından verilen kararın, hem doktrinin somut olaya uygulanması, hem de hakim durumdaki teşebbüsün mal vermeyi reddetmek sureti ile hakim durumunu kötüye kullandığının tespit edilmesi bakımından öncül bir karar niteliği taşıdığı söylenebilir¹⁴⁹.

ABAD, hakim durumdaki hammadde üreticisi olan Commercial Solvents’in, alt pazarda rakibi olan ve uzun süredir bu hammaddeyi satmakta olduğu Zoja’ya mal tedarikini – kendisi de artık Zoja’nın faaliyet gösterdiği alt pazara girecek olması

¹⁴⁷ Ali Demiröz, “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, **Rekabet Kurumu**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Djger+Etkinlik/alidemiroz.pdf> , (22.09.2014), s.5.

¹⁴⁸ Joined Cases 6/73 and 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. Commission, (1074), **ECR** 223.

¹⁴⁹ Gürzumar, ss.134-135;
Tapking, s.15.

sebebi ile - kesmesi ile sahip olduğu hakim durumu kötüye kullandığını bu dava sonucunda verdiği kararda açıkça belirtmiştir¹⁵⁰.

Somut olay incelendiğinde, Commercial Solvents'in nitropropan ve türevleri ile aminobutanolun de dahil olduğu nitroparafin bazlı hammadde niteliğindeki kimyasalları ürettiği görölmektedir. Özellikle aminobutanol üretiminde hem Birlik içinde, hem de dünya genelinde Commercial Solvents'in hakim durumda olduğu, diğer bir ifade ile ilgili hammadde kaynağını elinde tutarak bu pazarı kontrol yeteneğine sahip olduğu açıktır. Aminobutanol ise ethambutol adlı tüberküloz ilacının üretiminde kullanılan hammaddedir¹⁵¹.

Zoja şirketi ise uzun zamandır müşterisi olduğu Commercial Solvents'ten ethambutol üretmek amacıyla bu ilacın hammaddesi olan aminobutanol satın almaktaydı. Commercial Solvents, kendisi de ethambutol üreterek alt pazara girmeye ilişkin olarak almış olduğu ticari karar sonrasında, bu hammaddenin Zoja'ya satışını kesmiştir. Konu Zoja tarafından 8 Nisan 1971 tarihinde Komisyon'a taşınmıştır. Komisyon, somut olay üzerinde yapmış olduğu incelemelere istinaden ilgili pazarı aminobutanol (hammadde) pazarı olarak sınırlandırmıştır. 14.Aralık.1972 tarihinde vermiş olduğu kararında ise mal vermeyi reddetme yolu ile üst pazardaki (hammadde pazarı) hakim durumunu alt pazara (nihai ürün pazarı) yayıp alt pazarı rakiplerinin ticari faaliyetlerine kapatarak bu pazardaki rekabeti tamamen ortadan kaldırması sebebiyle ilgili hammadde pazarında hakim durumda bulunan Commercial Solvents'in 86. maddeyi (ABİDA 102) ihlal ederek hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir.

Komisyon bu kararında ayrıca Commercial Solvents'in eski müşterisi olan Zoja'ya hammadde tedarikine devam etmesini emrederek¹⁵², Commercial Solvents aleyhine para cezasına da hükmetmiştir. Zira somut olayda şikayet konusu hammaddenin temin edilebileceği alternatif bir kaynak bulunmamaktadır. Ayrıca Zoja'nın alt pazarda hakim durumda bulunan ethambutol üreticisi olması sebebi ile

¹⁵⁰ Sigfrido M. Ramirez Perez ve Sebastian van de Scheur, "The Evolution of the Law on Article 85 and 86 EEC (Articles 101 and 102 TFEU): Ordoliberalism and its Keynesian Challenge", **The Historical Foundations of EU Competition Law** (Ed. Kiran Klaus Patel, Heike Schweitzer), Oxford, 2013, s.48.

¹⁵¹ Joined Cases 6/73 and 7/73, Commercial Solvents, **ECR** 223, paragraf 7,9,18,20; Korah, **GUIDE**, s.146; Gürzumar, s.135.

¹⁵² Steven Anderman ve Hedvig Schmidt, "EC Competition Policy and IPRs", **The Interface Between Intellectual Property Rights**, (Ed. Steven Anderman), Cambridge, 2007, ss.67,100,101.

Zoja'nın alt pazardaki ticari faaliyetlerinin engellenmesinin ilgili pazardaki tüm rekabeti önleyerek pazarın kapanması riskini de beraberinde getirebileceği de açıktır¹⁵³.

Tüm bu sebeplerle ABAD Komisyon'un bu kararını, hakim durumdaki bir hammadde üreticisinin, halihazırda müşterisi olan ve aynı zamanda da bu hammadde ile üretilen nihai ürüne ilişkin alt pazarda rakibi olan bir teşebbüse, bu teşebbüsün alt pazardan tamamen silinmesi sonucunu doğurabilecek şekilde ürün tedarik etmekten kaçınmasının, hakim durumunun kötüye kullanımı sayılacağı gerekçesi ile aynen onamıştır¹⁵⁴.

Netice olarak ABAD'ın Commercial Solvents'e ilişkin olarak vermiş olduğu kararından, üst pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, alt pazarda faaliyet göstermeye karar verip bu pazara dikey entegrasyon yoluyla katılarak, aniden eski müşterilerine (alt pazarda ise şimdiki rakiplerine) mal tedarik etmeyi kesmesi durumunda –bu hareketini haklı gösterebilecek objektif haklı sebepler bulunduğunu ispat edemezse- Komisyon veya ABAD tarafından hükmedilebilecek, mal vermeye devam etme, lisans verme zorunda kalma gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalabileceği sonucu da çıkarılabilir¹⁵⁵.

2.4.2. Volvo v. Veng Kararı

Avrupa Birliği rekabet hukukunda zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet alanına uygulanmasının temelini, Volvo v. Veng¹⁵⁶ ile Maxicar v. Renault davalarına¹⁵⁷ dayandığı söylenebilir. Diğer bir ifade ile Birlik hukuku kapsamında, bir fikri mülkiyet hakkının lisanslanması talebinin reddedilmesi eyleminin, belirli

¹⁵³ Jonathan S.Wolfe, Richard Montauk, "Anti-trust in the European Economic Community: An Analysis of Recent Developments in the Court of Justice", **Santa Clara Law Review**, Cilt: 18, Sayı: 2, 1978, ss.393-394-395;

Christopher Stothers, **Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law**, Hart publishing, Oxford, 2007, s.246.

¹⁵⁴ Sergio Baches Opi, "The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Cilt: 11, Sayı: 2, 2001, s.428.

¹⁵⁵ Anderman ve Schmidt, s.67.

¹⁵⁶ Case 238/87, Volvo v. Veng [1988] **ECR** 6211.

¹⁵⁷ Case 53/87, Maxicar v. Renault [1988] **ECR** 6039.

koşullar altında hakim durumun kötüye kullanımı teşkil edebileceğinin kabul edildiği ilk dava Volvo v. Veng davasıdır¹⁵⁸.

Volvo v. Veng davasına ilişkin karar metninde, sahibine tek hak bahşeden bir fikri mülkiyet hakkı olan dava konusu endüstriyel tasarım hakkının varlığının, hak sahibi tarafından çeşitli şekillerde kullanımının ya da hak sahibinin makul bir lisans ücreti karşılığında dahi bu haklara ilişkin lisans vermeyi reddetmesinin per se hakim durumun kötüye kullanılması sayılmayacağıın altı çizilmiştir. Aksi halin kabulü durumunda fikri mülkiyet sahibinin, hakkın özünden kaynaklanan münhasırlık yetkisi zarar görecektir. Zira sahibine üçüncü kişiler tarafından izinsiz kullanımları engelleyebilme yetkisi vermesi, fikri mülkiyet hakkının özü gereğidir. Yasalar gereği hakkın özü her zaman korunur¹⁵⁹. Koruma kapsamında olmayan ise hakkın kötüye kullanımındır. Hakim durumdaki teşebbüsler bakımından hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi için getirilen bir tedbir niteliğinde olan ve zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet hakları kapsamında uygulanması ile doğan zorunlu lisanslamaya ise ancak ve ancak çok istisnai durumlarda ve somut olayda zorunlu lisanslamaya ilişkin tüm koşulların bir arada gerçekleşmiş olması şartıyla hükmedilebilir. Somut olayda tüm şartlar oluşmadıysa hakim durumdaki teşebbüs için bile lisans vermeyi reddetme eylemi, tek başına zorunlu unsur doktrininin olaya uygulanarak, zorunlu lisanslama yaptırımına hükmedilmesini gerektirmez.

Her ne kadar gerek Volvo v. Veng, gerekse de Renault davalarında kötüye kullanıma hükmedilmesede, ilgili kararlarda hakim durumda bulunan teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarının, madde 102 kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasına sebep olabileceği kabul edilmiştir. Bu da hakim durumdaki teşebbüslere sahip oldukları fikri mülkiyet hakları sebebiyle bazı koşullar altında rakipleriyle anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesine sebep olabilmektedir¹⁶⁰. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, fikri mülkiyet hukuku bağlamında korunan unsurlara ilişkin olarak, zorunlu unsur doktrini kapsamında bir zorunluluk

¹⁵⁸ Ian S. Forrester, "Compulsory Licensing In Europe: A Rare Cure To Aberrant National Intellectual Property Rights?", 2002, http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=241#.U96PVfl_uSo (22.09.2014), ss. 7-8.

¹⁵⁹ Case 238/87, Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., [1988] ECR 06211, paragraf.8; Forrester, ss. 7-8.

¹⁶⁰ Sebastian J Evrard, "Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond", **Colombia Journal of European Law**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2004, s.10.

(*essenciality*) iddiası ortaya atıldığında, konu mülkiyet haklarına yargı kararı ile müdahale edilmesine kadar varabilmektedir. Bu nedenle fikri mülkiyetin mevzu bahis olduğu bu gibi somut olaylarda zorunlu unsur doktrininin tüm uygulama şartlarının oluşup oluşmadığının titizlikle incelenmesi gerekir.

Volvo ve Renault davalarında mahkeme, lisans hakkı verilmesinin reddinin hangi koşullar altında hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağına ilişkin şartları kesin olarak ortaya koyamasa da, lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanım sayılabileceğini birkaç sınırlı örnekle açıklamaya çalışmıştır¹⁶¹. Yine bu davada her ne kadar lisans vermeyi reddetmenin tek başına hakim durumun kötüye kullanımı sayılamayacağı, ilgili kararın sekizinci ve dokuzuncu paragraflarında¹⁶² açıkça belirtilerek, fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanımı sayılabilecek nitelikte birkaç olay örnekleyici olarak sıralansa da, kararın içeriğinde ne açıkça zorunlu unsur doktrininden, ne zorunlu lisanslamadan, ne de hangi koşullar altında zorunlu lisansa hükmedilebileceğinden bahsedilmemiştir¹⁶³. Ancak özellikle Volvo v. Veng davasından sonra devam eden süreçte mahkeme, anlaşma yapma yükümlülüğüne ve zorunlu lisanslamaya, dolayısıyla da zorunlu unsur doktrinine ilişkin uyulması gereken şartları kesin olarak belirlemeye çalışarak bu konuda adil bir uygulama oluşturmaya gayret etmiştir¹⁶⁴.

Volvo davası ile anlaşma yapma yükümlülüğü kapsamında hakim durumdaki teşebbüslere getirilebilen tedarik etme yükümlülüğünün, kendiliğinden bir zorunlu lisans verme yükümlülüğüne dönüşmeyeceği, bunun için başka ek şartlara ihtiyaç olduğu da anlaşılmıştır¹⁶⁵.

Volvo v. Veng kararı, mahkemenin her lisanslama talebi reddinin, hakim durumun kötüye kullanımı sayılamayacağını belirtmesi bakımından önemlidir. Böylelikle mahkemenin rekabet hukukunun, fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin

¹⁶¹ Estelle Derclaye, "The IMS Health Decision: A Triple Victory", **World Competition**, Cilt: 27, Sayı: 3, 2004, (IMS), s.400.

¹⁶² Case 238/87, Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., [1988] ECR 06211, paragraf 8-9.

¹⁶³ Estelle Derclaye, "Abuse of a Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law", **Competition, Regulation and the New Economy** (Ed. Cosmo Graham ve Fiona Smith), Hart Publishing, Oregon, USA, 2004, (CRNE), s.59.

¹⁶⁴ Erika Szyszczak, "Controlling Dominance in European Markets", **Fordham International Law Journal**, Berkeley Electronic Press, Cilt: 33, Sayı: 6, 2011, s.1761.

¹⁶⁵ Valentine Korah, "The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries", **SCRIPTed**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2005, (SCRIPTed), s. 809.

haklarına, saldırı için bir araç olarak kullanılmasının önüne geçmeye çalıştığına ilişkin görüşe katılıyoruz¹⁶⁶.

2.4.3. Sealink (Holyhead) Kararı

Avrupa Birliği rekabet hukuku kapsamında 1992 tarihli Sealink (Holyhead limanı) - B&I kararı¹⁶⁷ ile Komisyon, ilk kez “zorunlu unsur” kavramını somut olayda kullanarak buna ilişkin bir tanımlama yapmıştır. Bu tanımlamaya göre ticari faaliyette bulunabilmek için zorunluluk arz eden bir unsura ya da alt yapıya ilişkin tüm kontrolü elinde bulunduran, aynı zamanda da bu unsuru rakiplerinin kullanımına açmayarak ya da onlara unsuru kendisinden daha az avantajlı koşullarla kullandırıp, zorunlu unsura sahip olmaktan kaynaklanan bir pazardaki gücünü diğer bir pazara aktaran hakim durumdaki teşebbüs, madde 82’yi -şimdiki ABİDA madde 102- ihlal etmiş addedilir¹⁶⁸.

Denizyolu taşımacılığı ve liman işletmesine ilişkin olan bu vakada, Sealink şirketi “zorunlu unsur” olduğu iddia edilen bir varlık olan Holyhead limanına sahip olup bu limanı tek başına işleterek onun üzerindeki tüm kontrolü elinde bulundurmaktaydı. Sealink, liman işletmeciliğinin yanı sıra aynı zamanda kendisine bağlı diğer şirketler vasıtasıyla deniz taşımacılığına ilişkin faaliyetlerde de bulunmaktaydı.

Sealink, bağlı şirketleri aracılığı ile kendisinin de deniz taşımacılığı faaliyetlerinde kullanmakta olduğu ve zorunlu unsur niteliği taşıyan bu limanı, deniz taşımacılığı faaliyetlerini sürdürmek için bundan yararlanmak isteyen B&I’nın da dahil olduğu rakiplerine kullandırmaktan kaçınılmaktaydı. Zira Sealink rakiplerinin bu husustaki taleplerini geri çevirmekte ya da rakiplerine kendine bağlı kullanıcılardan daha az avantajlı ve ayrımcı nitelik taşıyan şartlar öne sürerek onların ticari faaliyetlerini engellemekteydi. Bu durum rakiplerinin rekabet kuralları çerçevesinde

¹⁶⁶ Forrester, s.8.

¹⁶⁷ Commission Decision of 11 June 1992 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/34.174 – Sealink/B&I – Holyhead) s.5,13,14.

¹⁶⁸ Szyszczak, s. 1760;

Tekdemir, paragraf 3.2.2;

Simon Bishop, Mike Walker, **The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement**, Sweet & Maxwell, United Kingdom, 2010, s.324.

serbest ve adil olarak ticari faaliyetlerini sürdürerek rekabet edebilme yeteneklerine de zarar vermektedir.

Komisyon somut olayda hakim durumda bulunan Sealink'in, yukarıda anılan sebeplerle ilgili pazardaki gücünü diğer bir pazara yayarak hakim durumunu güçlendirdiğine, anlaşma yapmayı reddederek ve ayrımcılık yaparak bu yolla alt pazardaki rekabeti kendi lehine bozarak hakim durumunu 82. maddeyi -şimdiki 102- ihlal eder şekilde kötüye kullandığına hükmetmiştir¹⁶⁹.

2.4.4. Magill Kararı

Magill¹⁷⁰ kararı, Birlik hukukunda zorunlu unsur doktrininin uygulama koşullarının belirmeye başlaması ve hakim durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğünün bu doktrin kapsamında ilk kez fikri mülkiyet haklarına da uygulanması bakımından oldukça önemlidir. Her ne kadar bundan önceki kararlarda olduğu gibi burada da açıkça zorunlu unsur doktrininden bahsedilmese de bu karar, hem fikri mülkiyet haklarının zorunlu unsur doktrini kapsamında ilk kez zorunlu lisanslamaya konu olması, hem de doktrinin uygulama koşullarının ortaya çıkmaya başlaması bakımından önem arz etmektedir¹⁷¹. Diğer bir ifade ile Magill kararı, fikri mülkiyet hakkı sahibi hakim durumdaki teşebbüslerin, fikri mülkiyet korumasından kaynaklanan dokunulmazlık taleplerinin reddedilerek¹⁷², hakim durumdaki bu teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetme eylemlerinin madde 102 kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğinin belirlendiği ve somut olaydaki bu red eyleminin sonucunda lisans talep eden lehine fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslamasına hükmedilerek ayrıca zorunlu lisanslamaya ilişkin koşulların da ortaya konmaya çalışıldığı ilk karardır¹⁷³.

Bu olayda Magill, İrlanda ve Kuzey İrlanda da yayın yapan ve yüksek seyredilme oranları sebebiyle ilgili pazarda hakim durumda bulunan üç ayrı televizyon şirketine başvurarak bu üç televizyon kanalının yayın akışları hakkında

¹⁶⁹ Dimitrijs Nemirovskis, "Mandatory Dealing in the European Union Law: The way of Thorns", **International University Audentes Student Law Journal, ELSA SPEL**, Cilt: 1, 2005, ss.106-107.

¹⁷⁰ Joined Cases C-241/91 P and 242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (Magill) [1995] **ECR** I-743.

¹⁷¹ Gürzumar, s. 138.

¹⁷² Forrester, s.10.

¹⁷³ Derclaye, IMS, s.400.

yeni, karşılaştırmalı ve piyasadaki benzerlerinden daha kapsamlı bir televizyon kılavuzu çıkarabilmek adına, yayın akışı programlarının ücreti karşılığında kendilerine verilmesi talebinde bulunmuştur. Bahsi geçen televizyon şirketleri, kendi yayın akışları üzerinde milli fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan telif haklarına sahiptirler. Diğer bir deyişle her birinin kendi yayın akışları üzerinde, fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel hakları bulunmaktaydı. Yine bu üç şirketin her biri ayrı ayrı kendi yayın akışlarını içeren televizyon kılavuzları da yayınlamaktaydı. Bu sebeplerle yayın akışı bilgilerini paylaşmayı reddederek, kendilerinin de o güne kadar piyasaya sürmedikleri diğer kanalların da yayın akışlarını içeren yeni bir ürün olan kapsamlı bir televizyon kılavuzu çıkarma amacıyla, Magill'in yapmış olduğu talebi reddetmişlerdir. Talebinin reddedilmesi üzerine Magill, bu üç televizyon şirketinin hakim durumlarını kötüye kullandıklarının tespiti için Komisyona başvurmuştur¹⁷⁴.

Komasyon bu başvuruya ilişkin olarak verdiği kararda, salt fikri mülkiyet hakkı sahibi olmanın hakim durumun kötüye kullanıldığına tespitine yeterli olamayacağını altını çizmiştir. Ancak buna rağmen Komasyon, televizyon şirketlerinin, alt pazarda potansiyel tüketici talebinin olduğu yeni bir ürün çıkarmak için kendi lehlerine telif hakkı kapsamında korunan bilgileri, lisans ücreti karşılığında kullanmak üzere kendilerinden talep eden ve çıkaracağı bu yeni ürün vasıtasıyla ilgili alt pazara girmeye çalışan yeni girişimciye vermeyi reddederek, bir pazardaki hakim durumlarını ilgili alt pazara da yayarak suni bir giriş engeli oluşturduklarına hükmetmiştir. Neticede Komasyon, televizyon şirketlerinin red eylemleri ile alt pazarı kapatarak rekabeti engellemeleri sebebiyle somut olayda 102. madde kapsamında kötüye kullanımın olduğunu tespit etmiştir. Zira bu olayda Magill'in, telif hakları vasıtasıyla korunan fikri mülkiyet hakkını kullanmadan, potansiyel müşteri talebinin de olduğu yeni ürünü piyasaya çıkarması mümkün değildir. Başka bir ifade ile burada red eylemine konu fikri mülkiyet hakkı, yeni ürünün ortaya konulabilmesi için zorunlu unsur teşkil etmektedir¹⁷⁵.

Somut olayda telif haklarını vermeyi reddeden şirketler, bu hareketleri ile alt pazara yeni teşebbüslerin girmesini engelleyip ilgili pazarı münhasıran kendilerine

¹⁷⁴Korah, AT LJ, ss.809,810;
Gürzumar, ss.138,139,140.

¹⁷⁵ Korah, GUIDE, s.150.

ayırarak olası bir rekabete tamamen kapatmışlardır. Bu hareket, tüketici yararı gözetildiğinde rekabet hukuku tarafından kabul edilebilir bir davranış değildir. Üstelik televizyon şirketleri, Komisyon'a alt pazarın kapanması ile sonuçlanan bu hareketlerini haklı çıkaracak herhangi bir objektif haklı sebep (*objective justification*) de sunamamışlardır.

Komisyon, bu nedenlerle vermiş olduğu kararında, televizyon şirketlerinin yayın akışlarını, talep edilmesi halinde birbirlerine ve üçüncü kişilere lisans vermelerini emretmiştir. Komisyon'un bu kararının, makul olma ve ayrımcılık yapmama ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir zorunlu lisanslama olduğundan şüphe yoktur¹⁷⁶.

Komisyonun bu doğrultudaki kararı ABAD tarafından da yerinde görülerek onanmıştır. Şöyle ki, ABAD'a göre, fikri mülkiyet hukuku konusunda Birlik tarafından herhangi bir uyumlaştırılma yapılmadığı ve bu konunun düzenlenmesi üye devletlerin kendilerine bırakıldığından fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan mülkiyet haklarının kapsamı milli hukuklar tarafından belirlenmektedir. Ancak hiçbir şekilde salt fikri mülkiyetin sağladığı tekel hakkına sahip olma ve bu hakkı kullanma tek başına hakim durumun kötüye kullanılması sayılamaz. Buna rağmen Magill olayında olduğu gibi fikri mülkiyetten kaynaklanan hakların kullanılması bazı istisnai şartların varlığı halinde hakim durumun kötüye kullanılmasına yol açabilir. Salt fikri mülkiyet hukuku tarafından korunan telif haklarına sahip olma da somut olaydaki talebin reddini haklı çıkarmaz. Zira somut olayda bu talebi reddetmeyi haklı çıkaracak nitelikte bir objektif haklı sebep de yoktur¹⁷⁷.

Takip eden dönemlerde Magill kararı, zorunlu unsur doktrininin bu dava sırasında fikri mülkiyet haklarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının milli hukuklar tarafından korunan bu haklara müdahalenin yolunu açabileceği¹⁷⁸ ve fikri mülkiyet üzerindeki hukuki korumanın zayıflayacağı düşüncesiyle de bu gibi hakları elde edebilmek için yapılacak yüksek maliyetli yatırımların azalmasına sebep olabileceği¹⁷⁹ şeklinde eleştirilmiştir. Yine Magill kararı ile ortaya konulmaya

¹⁷⁶ Anderman ve Schmidt, s.101.

¹⁷⁷ Korah, SCRIPTed, s. 435;

James Turney, "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2005, s.191.

¹⁷⁸ Anderman, ECCL, s.211.

¹⁷⁹ Tekdemir, paragraf 3.2.4.

çalışılan uygulama koşullarının somut olayda kümülatif olarak aranıp aranmayacağı hususunun yeterince açık olmaması da eleştirilere sebep olmuştur¹⁸⁰. Bu doktrinin somut olaya uygulanması sırasında mutlaka göz önüne alınması gereken en önemli husus, hem sözleşme hürriyetine, hem de özel mülkiyete müdahale anlamına gelen fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslaması yükümlülüğünün, diğer bir ifade ile zorunlu lisanslama uygulamasının genel geçer bir uygulama olmayıp, istisnai nitelik taşımasıdır. Zira ABAD vermiş olduğu Magill kararı ile hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarına ilişkin zorunlu lisanslama yaptırımına ancak ve ancak istisnai hallerde başvurulabileceğinin altını çok net bir şekilde çizmiştir¹⁸¹.

Zorunlu unsur doktrinine ilişkin bu endişeler, devam eden dönemlerde doktrinin yorumlanmasında eskisinden daha dar ve ihtiyatlı bir yol seçildiğini gösteren Ladbroke¹⁸², Birlik hukuku babında doktrini açıkça Bronner testi kapsamında sınırlayan Oscar Bronner ve ENS¹⁸³ kararlarıyla büyük oranda giderilmiştir¹⁸⁴.

Tüm bu bilgilerin ışığı altında Volvo v. Veng kararı ile Magill kararı karşılaştırıldığında, bu iki karar arasındaki en büyük farkın, Magill davasında lisans talep eden tarafın teşebbüslerin hakim durumda oldukları pazarda değil, alt pazarda faaliyet göstermeye talip olmasıdır. Yani lisans vermeyi reddeden taraf alt pazarda hakim durumda olmadığı gibi, lisans talep eden tarafın üretimine talip olduğu ürünü de halihazırda üretmemektedirler. Dolayısı ile Magill davasındaki zorunlu lisanslama kararının verilmesinin en önemli sebebi, red eylemi ile alt pazardaki yeni ürünün engellenerek alt pazarın rekabete kapatılmasıdır¹⁸⁵.

Volvo v. Veng davasına bakıldığında ise lisans talep eden ile lisans vermeyi reddeden teşebbüslerin aynı pazarda rekabet ettikleri görülür. Lisans vermeyi

¹⁸⁰ Derclaye, IMS, s.400.

¹⁸¹ Joined Cases C-241/91 P and 242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (Magill) [1995] ECR I-743, paragraf 50; Korah, AT LJ, ss.813,814.

¹⁸² Case T-504/93, Tierce Ladbroke v. Commission [1997] ECR II-923.

¹⁸³ Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, European Night Service Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Commission [1998] ECR II-3141.

¹⁸⁴ Korah, AT LJ, s.814;

Roger J. Vander Bergh, Peter D. Camesasca, **European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective**, Intersentia – Hart, Oxford, 2001, s.276.

¹⁸⁵ Serdar Nart, "Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:11, Sayı:1, 2009, s.138.

reddeden tarafı ise, hiç kimsenin aynı pazarda faaliyet gösteren rakibine lisans vermeye zorlayamayacağı açıktır. Üstelik Volvo davasında ortaya yeni ürün koymaya ilişkin bir iddia da yoktu. Zira burada halihazırda Volvo'nun ürettiği ürünlerin lisans talep eden tarafından, üretilerek satılmak istenmesi söz konusuydu. Bu sebeplerle Volvo ve Magill kararları karşılaştırılmalı olarak incelendiğinde, –her ne kadar Magill kararı, bir kesim tarafından çeşitli yönlerden eksik bulunarak eleştirilmişse de- kanımızca Magill kararında zorunlu lisanslamanın koşulları açıklandıktan sonra, Volvo davasında neden zorunlu lisanslamaya hükmedilmediğinin de açıklığa kavuştuğu söylenebilir.

2.4.5. Ladbroke Kararı

Somut olayda at yarışı bahisleri konusunda Belçika sınırları içinde ticari faaliyetlerde bulunan ve ilgili pazarda hakim durumda olan Ladbroke şirketi, Fransa'da at yarışlarını organize ederek bu yarışlara ait görüntülerin yayınlanmasına ilişkin fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan tekel hakkı sahibi olan ve yine Fransa'daki ilgili pazarda hakim durumda bulunan Pari Mutuel Urbain (PMU) şirketine başvurarak, Fransa'daki yarışların görüntülerinin -Belçika'da kendisi tarafından kullanılabilmesi için- yayın hakkını talep etmiştir. Bu talebinin geri çevrilmesi üzerine Ladbroke, Komisyon'a başvurarak makul bir ücret karşılığında kendilerine verilmesini talep ettikleri telif haklarına ilişkin lisans başvurusunun PMU tarafından reddedilmesinin hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğu iddiasında bulunmuştur.

Ladbroke, bu iddianın dayanağı olarak da talep edilen bu telif haklarının başka ülkelerde PMU tarafından bazı teşebbüslere bahşedilmiş olmasını, Belçika'da ki rakiplerinden birine bu telif hakkının verileceğine ilişkin duyum alınmasını, dolayısı ile ortada ayrımcı bir uygulama olmasını ve red cevabının Belçika pazarında bu telif haklarını kullanarak çıkarmayı planladıkları yeni ürüne engel oluşturmasını göstermiştir. Her ne kadar Almanya gibi bazı ülkelerde bu görüntülerin telif haklarının başka teşebbüslere verildiği ve Belçika pazarında faaliyet gösteren bazı rakip şirketlere de davaya konu telif haklarının verileceği belirtilerek bu konuda ayrımcı bir uygulama yapıldığı iddiaları Ladbroke tarafından ortaya atıldıysa da dava

sırasında henüz Belçika sınırları içinde verilmiş böyle bir lisans olmaması sebebiyle bu iddialar yerinde bulunmamıştır¹⁸⁶.

Komisyon konuya ilişkin olarak yapmış olduğu inceleme sonucu verdiği kararında, Ladbroke'un başvurusunu reddetmiştir. Aynı konuda İlk Derece Mahkemesine Ladbroke tarafından yapılan başvuru da yerinde görülmeyerek reddedilmiştir. Şöyle ki, bahisler yarışlardan önce yapıldığından, yarış görüntülerinin sonradan Ladbroke tarafından yayınlanmasının esasen o yarışlar için yapılan bahisler üzerinde herhangi bir somut etkisi yoktur. Dolayısı ile de Ladbroke'un, bu yarış görüntülerini yarışlar bittikten sonra yayınlamasının Ladbroke'un iştigal ettiği ticari faaliyete esaslı bir etkisi bulunmamakta, onun ticari hayatının devamını engellememekte, dolayısı ile de ilgili pazardaki rekabeti bozmamaktadır. Kısacası dava konusu görüntülerin somut olayda ticari faaliyetin devamı için zorunlu unsur teşkil ettiği söylenemez. Zira Ladbroke kararı incelenecek olursa lisans sahibi ile lisans talep eden teşebbüslerin aynı üye ülke sınırları içinde ve aynı ürün pazarında faaliyet göstermedikleri, başka bir ifade ile birbirlerine rakip olmadıkları, ayrıca hem lisans talep eden teşebbüsün, hem de lisans sahibi teşebbüsün faaliyet gösterdikleri pazarlarda hakim durumda buldukları görülecektir. Yani Magill'de olduğu gibi hakim durumun alt pazara yayılarak ilgili alt pazarı kapatma gibi rekabeti engelleyici bir durum da söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, lisans talebinin reddedilmesi sebebiyle Ladbroke, potansiyel müşteri talebinin bulunduğu yeni bir ürün ortaya koyma imkanını kaybetse dahi bu durum faaliyet gösterdiği ilgili pazarda asıl ticari iştigal konusunu devam ettirebilmesine engel olmayacaktır. Yine bu red eyleminin üye devletler arası ticareti olumsuz etkilemediği, Belçika pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler arasında herhangi bir ayrımcılığa yol açmadığı da açıktır. Tüm bu koşullar birlikte değerlendirildiğinde, somut olayda lisans vermeyi reddetme eyleminin ilgili pazardaki rekabeti bozmadığı ortadadır¹⁸⁷.

Ladbroke kararı ile Magill kararındaki zorunlu unsur doktrininin geniş yorumlanması yanılığından dönülerek, Magill'in sui generis bir vaka olduğu, anlaşma özgürlüğü ve -özellikle fikri mülkiyet konusunda- mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ilkeleri kapsamında bu doktrinin dar yorumlanacağı hususu zımnen

¹⁸⁶ Evrard, ss. 12-13.

¹⁸⁷ Evrard, ss. 12-13;
Korah, GUIDE, s.152;
Gürzumar, ss. 140,141.

de olsa vurgulanmıştır. Ladbroke kararının zorunlu lisanslama yükümlülüğünün uygulanabilmesi açısından Magill kararında ortaya koyulan koşullara ek olarak getirdiği en dikkat çekici yenilik, doktrinin somut olaya uygulanabilmesi için red eylemine konu olan lisansın talepte bulunan teşebbüsün ticari faaliyetlerinin devamı bakımından zorunluluk arz etmesi gerektiği şartıdır¹⁸⁸.

2.4.6. Oscar Bronner Kararı

ABAD, Oscar Bronner¹⁸⁹ davasında herhangi bir karşı oy olmadan oy birliği ile karara varmıştır¹⁹⁰. Bu kararın verilmesine sebep olan başvurunun temelinde yatan olayları şu şekilde özetleyebiliriz; Oscar Bronner, Avusturya’da günlük gazete pazarında faaliyette bulunan bir teşebbüstür. Bu teşebbüs satışlarını arttırabilmek için bir evlere dağıtım şebekesine dahil olma ihtiyacındadır. Mediaprint ise yine Avusturya’daki günlük gazete pazarında hakim durumda bulunan bir teşebbüstür ve ülke çapındaki tek eve dağıtım ağının sahibidir. Oscar Bronner, bu eve dağıtım ağından makul bir ücret karşılığında yararlanmak üzere Mediaprint’e başvurmuş, ancak bu talebi reddedilmiştir. Talebinin reddedilmesi üzerine Oscar Bronner tarafından yerel mahkemeye başvurularak, makul bir ücret karşılığında bu dağıtım ağına dahil olmasına mahkeme kararı ile izin verilmesi talep edilmiştir. Bu talebi alan yerel mahkeme konuyu bekletici mesele yaparak ABAD’a başvurmuş ve Mediaprint’in talebi reddetmesinin bir hakim durumun kötüye kullanımı oluşturup oluşturmadığı sorusunu yöneltmiştir.

ABAD’a yapılan bu başvuruya ilişkin olarak verilen kararda, her ne kadar Oscar Bronner, Mediaprint ile aynı ilgili pazarda ticari faaliyette bulunan bir rakip teşebbüs olarak düşük traj oranı sebebiyle makul bir şekilde eve dağıtım şebekesi kuramayacak olsa da gazete dağıtım yapmanın pek çok başka alternatif yolunun bulunduğu altı çizilmiştir. Bu sebeple Oscar Bronner’ın ticari faaliyetlerini diğer alternatif dağıtım yollarından birini kullanarak devam ettirebilecektir. Zira eve dağıtım şebekesi de dava konusu ticari faaliyetin devamında herhangi bir zorunluluk arz etmemektedir. Bu sebeplerle kararda, talebin Mediaprint tarafından

¹⁸⁸ James Killick, “IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS”, **The Competition Law Review**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2004, s.28.

reddedilmesinin, madde 102 kapsamında hakim durumun kötüye kullanımı oluşturmayacağına hükmedilmiştir¹⁹¹.

Oscar Bronner kararı genel olarak incelendiğinde zorunlu unsur doktrininin somut olaya nasıl uygulanacağına ilişkin bir takım ek şartlar getirerek doktrinin uygulanmasını, anlaşma yapma yükümlülüğünün uygulanmasından farklılaştırdığını görmekteyiz. Zira anlaşma yapma yükümlülüğünün uygulanmasında, sadece monopolist teşebbüsün erişim talebini reddetmesi sonucu, rakibin ilgili pazardaki ticari faaliyetlerinin ve dolayısı ile de alt pazardaki tüm rekabetin engellenmesi şartları aranırken, zorunlu unsur doktrininin somut olaya uygulanabilmesi için bu koşullara ek olarak Oscar Bronner kararı ile başka bazı ek koşullara ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

Oscar Bronner kararının getirdiği ek koşullara göre, zorunlu unsur doktrini uygulanabilmenin ilk şartı, ilgili pazarda rekabet edebilmek için kaçınılmaz suretle gerekli olan, mevcut ya da potansiyel ikamesi bulunmayan, diğer bir ifade ile pratik ve ekonomik olarak makul koşullarda çoğaltılması imkanının olmaması sebepleriyle ticari faaliyetlerin devamı için zorunlu unsur niteliğini taşıyan bir varlığın olmasıdır. Ayrıca bu varlığın, hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından sahip olunması veya bizzat bu teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olması da gerekmektedir. İkinci şart ise bu zorunlu unsura erişim talebinin hakim durumdaki teşebbüs tarafından ticari olarak kabul edilebilir objektif haklı bir neden olmaksızın reddedilmesi ya da makul olmayan veya ayrımcı koşullar içeren şartlara bağlanarak erişimin dolayısı ile de talepte bulunan rakibin ticari faaliyetlerinin ve rekabetin engellenmesidir. Başka şekilde söylemek gerekirse zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için unsurun talep eden lehine sadece bir rekabet avantajı sağlaması yeterli değildir. Aynı zamanda talepte bulunan teşebbüsün ilgili pazarda ticari faaliyetlerinin ve rekabetin kısıtlanmadan devamı için zorunluluk arz etmesi de gerekmektedir¹⁹².

Lisans hakkı sahibi aleyhine zorunlu lisanslamaya hükmedilebilmesi için gerekli olan koşullar, Oscar Bronner kararı ile sistematikleştirilerek kümülatif olarak

¹⁸⁹ Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG [1998] ECR I-7791.

¹⁹⁰ Korah, SCRIPTed, s.814.

¹⁹¹ Evrard, ss.16-17.

¹⁹² Vander Bergh ve Camesasca, ss.276-277; Gürzumar, s. 144, 200,201.

uygulanacak olan üçlü bir test (*Bronner tripartite test*) şeklinde sıralanmıştır¹⁹³. Bu teste göre (1) ilgili pazarda lisans talep edenin ticari faaliyetlerinin devamı için zorunluluk arz ettiği iddia edilen unsurun, sadece rekabet avantajı sağlaması yeterli değildir. Aynı zamanda bu unsurun tek olması, yani lisans talep eden için daha az avantajlı dahi olsa alternatiflerinin bulunmaması gerekir. Zira unsurun vazgeçilmez olmaması, alternatiflerinin bulunması, zorunlu lisanslama yükümlülüğünün sona ermesine neden olacaktır. Aksi durumun kabulü halinde, yani alternatifleri bulunabilecek bir unsura, tüm koşullar oluşmamasına rağmen bu doktrinin kapsamında erişimin kolaylaştırılması halinde, hakim durumdaki teşebbüslerin bu tip unsurlar ve yenilikler için yatırım yapma güdülerine zarar verilirken, aynı zamanda da rakiplerinin bu unsura alternatifler üretme güdülerini de baltalanacaktır. Bu da kısa vadede bir miktar artırsa bile, uzun vadede rekabete zarar verecektir¹⁹⁴. (2) Ayrıca bu unsura erişimin lisans vermeyi reddetme yolu ile engellenmesi sebebiyle ilgili pazardaki tüm rekabetin ortadan kalkması, (3) red eylemini haklı çıkarabilecek objektif haklı bir gerekçenin de olmaması gerekir¹⁹⁵.

Oscar Bronner kararı ile ortaya konulan doktrinin ve zorunluluk kavramının dar yorumlanması gerektiği prensibi, devam eden süreçte zorunlu unsur doktrini kapsamında verilen kararlarda etkili olmaya devam etmiştir. Örneğin İlk Derece Mahkemesinin 1998 yılında almış olduğu *European Night Service Ltd. (ENS)* kararında¹⁹⁶ Komisyon'un zorunlu unsurun kapsamına ilişkin yapmış olduğu genişletici yorum yerinde görülmeyle reddedilmiş ve zorunluluk kavramının daha dar yorumlanması gerektiğinin altı çizilmiştir. Bu karara göre bir varlığın zorunlu unsur olarak nitelendirilebilmesi için, katlanılması imkansız büyük maliyetler ya da çok uzun zaman gerektirmesi sebepleriyle mevcut ya da potansiyel rakipler tarafından elde edilebilmelerinin mümkün olmaması gerekmektedir. ENS kararının zorunlu unsurun belirlenmesi hususunda, konuya ilişkin diğer kararlardan farklı olarak zaman boyutunu da, yeni bir kriter olarak eklediği söylenebilir¹⁹⁷.

¹⁹³ Derclaye, CRNE, ss.61-63.

¹⁹⁴ Bishop ve Walker, s.328.

¹⁹⁵ Case C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG* [1998] ECR I-7791, paragraf 41.

¹⁹⁶ Joined cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94, *European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v Commission of the European Communities*, [1998] ECR II-3141.

¹⁹⁷ Korah, GUIDE, ss.152,153;

2.4.7. IMS Kararı

Bir Alman şirketi olan International Marketing Services Health Inc. (IMS), Almanya'daki toptan satış depolarından ve eczanelerden aldığı bölgesel ilaç satış verilerini, yine kendisi tarafından geliştirilen "1860 Brick Structure (*Bausteinstruktur*)" adındaki bir bilgisayar programı vasıtasıyla analiz ederek elde ettiği bölgesel satış raporlarını, bu raporlara dayanarak Almanya pazarı için üretim, satış ve teşvik politikaları oluşturmak üzere kullanan ilaç firmalarına satmaktadır. "1860 Brick Structure" programı ise lisanslı olup, ilgili pazarda hakim durumda bulunan IMS şirketi lehine Alman fikri mülkiyet hukuku uyarınca korunmaktadır. Ayrıca bu korumaya paralel olarak, hem "1860 Brick Structure" programının izinsiz kullanımı, hem de buna benzer bazı programların geliştirilip ilgili pazardaki rakipler tarafından kullanılması IMS şirketinin yapmış olduğu başvuruya binaen Alman mahkemelerinden alınan tedbir kararı ile engellenmiştir¹⁹⁸.

National Data Corporation Health Information Services (NDC) şirketi, Almanya pazarındaki müşteriler tarafından ilgili raporların güvenilirliği konusunda olmazsa olmaz bir unsur olarak genel kabul gören ve IMS adına lisanslı olan bu programı, makul bir ücret karşılığında kullanmak istemekteyse de bu talebi IMS tarafından reddedilmiştir. Bu gelişmeler üzerine NDC, konuyu Komisyon'a taşıyarak, IMS'in lisans vermeyi reddederek kendi lisanslı programının izinsiz kullanımı ile birlikte kendisinininki ile benzer programların kullanımlarını da sahip olduğu fikri mülkiyet hakkı kapsamında engellemesinin hakim durumun kötüye kullanımını oluşturduğunu, ilgili pazardaki müşterilerin dava konusu patentli programla elde edilen bilgileri satın alma konusunda aşırı duyarlı olduklarını, dolayısı ile bu programa erişimin engellenmesi halinde teknik ve ekonomik olarak

PRESS RELEASE No 55/98, regarding the Judgment of the Court of First Instance in Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94, The Court of First Instance Annuls the Commission's Decision Concerning the Agreement on the Night Rail Services Through the Channel Tunnel, <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp98/cp9855en.htm> , (22.09.2014) ;

Gürzumar, ss. 145, 201.

¹⁹⁸ Gürzumar, ss. 126,127.

ilgili pazarda rekabet etme şanslarının bulunmadığını, bu durumun süreç içinde ilgili pazarın rekabete tamamen kapanması sonucunu doğuracağını iddia etmiştir¹⁹⁹.

NDC'nin bu iddiasına karşılık Komisyon verdiği ilk kararda²⁰⁰ hakim durumunu kötüye kullandığını belirttiği IMS aleyhine zorunlu lisansa hükmetmiştir. Bunun üzerine IMS, ilk derece mahkemesine başvurarak Komisyon'un bu kararının kaldırılmasını talep etmiştir²⁰¹. İlk derece mahkemesi de özellikle NDC'nin IMS'e ait bu lisansı kullanarak yeni bir ürün ortaya koymayacağı düşünüldüğünde somut olayda zorunlu lisansa hükmedilmesinin zorunlu unsur doktrininin geniş yorumlanmasına böylece de fikri mülkiyet hukuku tarafından korunan haklara – rekabet kuralları denetimi ile hedeflenen amaç aşılıp- çok fazla müdahale edileceği gerekçesi ile Komisyon'un ilgili kararının uygulanmasını askıya alıp konuyu “bekletici mesele” yaparak ABAD'a başvurmuştur.

ABAD'ın bu konudaki kararının açıklanmasından hemen önce Komisyon bu kez zorunlu lisans verilmesine ilişkin ilk kararından dönmüştür²⁰². Zira her ne kadar somut olayda IMS'in ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu konusunda kuşku yoksa da tarafların aynı üye ülke ve aynı ürün pazarında ticari faaliyette bulunacak olmaları sebebiyle, IMS'in hakim durumunu -lisans vermeyi reddetme yolu ile- alt pazara yaymaya çalışma ve dolayısı ile de alt pazara yeni rakiplerin girişini engelleyerek, bu pazarı kendi lehine kapatma ihtimali olmadığı gibi, NDC'nin de potansiyel müşteri talebi bulunan bir konuda yeni bir ürün çıkarma çabası da yoktur. Tüm bu hususlar birlikte göz önüne alındığında hakim durumda bile olsa bir teşebbüsü kendisi ile aynı pazarda, aynı ürün ile rekabet edecek bir rakibine sahip olduğu fikri mülkiyet hakkını zorunlu lisanslama yolu ile vermeye zorlamanın, rekabet hukukunun zorunlu lisanslamaya ilişkin olan kastını aştığı da açıktır.

ABAD, IMS uyuşmazlığına ilişkin, zorunlu unsur doktrininin somut olaya nasıl uygulanması gerektiğine yönelik olarak yol gösterici bir nitelik taşıyan 29,Nisan,2004 tarihli kararında²⁰³, Magill ve Oscar Bronner kararlarını sentezleyerek

¹⁹⁹ Haris Apostolopoulos, “Refusal-to Deal Cases If IP Rights at the Aftermarket in the US and EU Law: Converging of Both Law Systems Through Speaking the Same Language of Law and Economics”, **Chicago-Kent, Journal of International and Comparative Law**, Cilt: 7, 2007, s.171.

²⁰⁰ Case D3/38.044, IMS Health/NDC Health, Commission's Decision 2002/165/CE (03.07.2001) **OJ L** 59/18.

²⁰¹ Derclaye, IMS, s. 399.

²⁰² Case D3/38.044, IMS Health/NDC Health, Commission's Decision 2003/741/EC (13.08.2003) **OJ L** 268/69.

²⁰³ Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG [2004] **ECJ** 166.

lisans vermeyi reddetmenin hangi şartlar altında hakim durumun kötüye kullanımı oluşturabileceğine ilişkin koşulları daha net bir şekilde ortaya koymuştur²⁰⁴. Bu karara göre, hakim durumdaki bir lisans sahibinin lisans vermeyi reddetmesinin madde 102 kapsamında kötüye kullanım sayılıp sayılmayacağına ilişkin olarak hüküm kurarken yerel mahkemenin somut olayda kümülatif olarak araması gereken uygulama koşulları şunlardır²⁰⁵:

- Alt pazardaki rekabeti önlemek amacıyla lisans vermenin reddedilmesiyle mevcut ya da potansiyel tüketici talebinin olduğu yeni bir ürünün, ortaya çıkmasının engellenmesi.
- Tüketici zararına alt pazardaki tüm rekabetin engellenmesi sonucu alt pazarın kapatılarak gelişimine izin verilmemesi.
- Lisans vermeyi reddetmeye ilişkin olarak herhangi bir objektif haklı sebep ortaya konulamaması.

Bu koşullar, birbirinin alternatifi olmadığından zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için somut olayda tüm bu koşulların mutlaka bir arada gerçekleşmiş olması şartı aranır²⁰⁶. IMS kararı, hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyet haklarını, belli koşulların gerçekleşmesi şartıyla üçüncü şahıslara zorunlu lisans verme yükümlülüklerine ilişkin olarak Komisyon'un nihai yaklaşımını belirlemesi bakımından önemlidir²⁰⁷. Başka bir ifade ile IMS kararı, Renault, Volvo, Magill ve Ladbroke kararlarının gözden geçirilip tekrardan yorumlanarak fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslaması konusunda yeni bir yol haritası oluşturması bakımından önemlidir²⁰⁸.

²⁰⁴ Yavuz, paragraf V.c.

²⁰⁵ Damien Geradin, "Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the US Supreme Court's Judgment In *Trinko* in the Wake of *Microsoft*, *IMS* and *Deutsche Telekom*?", **Common Market Law Review**, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617263, (22.09.2014), s.8.

²⁰⁶ Derclaye, *IMS*, s.401.

²⁰⁷ David W. Hull, James R. Atwood, James B. Perine, "Intellectual Property: Compulsory Licensing", **The European Antitrust Review**, 2002, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522hulldoc.pdf>, (29.05.2014), s. 36.

²⁰⁸ Derclaye, *IMS*, ss.398-400.

2.4.8. Microsoft Kararı²⁰⁹

Komisyon'un Microsoft'a ilişkin olarak 2004 yılında vermiş olduğu kararın detaylarına geçmeden önce uyuşmazlığa taraf olan teşebbüslere kısaca değinmek yerinde olacaktır. Microsoft Corporation şirketi, çeşitli bilgi işlem cihazları için lisanslı yazılım ürünleri üreten ve merkezi Amerika Birleşik Devletlerinde bulunan bir teşebbüstür. Ağ depolama sistemleri için bilgi işlem altyapı çözümleri, destek hizmetleri, mesleki ve eğitim hizmetleri sunan ve ilgili uyuşmazlıkta şikayetçi taraf olan Sun Microsystems Inc isimli teşebbüsün de merkezi Amerika Birleşik Devletlerinde bulunmaktadır²¹⁰. Her iki teşebbüs de bilgi işlem sistemlerine ilişkin çeşitli pazarlarda dünya çapında ticari faaliyette bulunmaktadır.

Sun Microsystems, 10,12,1998 tarihinde Microsoft aleyhine Komisyon'a yaptığı başvuruda, Microsoft'un, kendisinin ürettiği ve bunlara ait tüm lisans haklarını da elinde tuttuğu, "kişisel bilgisayarlar için işletim sistemlerine (*personal computer operating systems*)" ilişkin ilgili pazarda hakim durumda bulunduğunu ve bu hakim durumunu, "iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri (*work group server operating systems*)" ile "kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri" nin birbirlerine bağlanarak birlikte çalışabilmeleri bakımından zorunlu bulunan ve yine her türlü hakkının Microsoft'a ait olduğu "birlikte çalışabilirliğe (*interoperability*)" ilişkin bilgileri, Sun Microsystem'in kendisinin de dahil olduğu "iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarında faaliyet gösteren rakiplerine sağlamaktan kaçınarak hakim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir²¹¹. Diğer bir deyişle, bu davada Microsoft'un, hem "kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarında hakim durumda bulunması, hem de kişisel ve iş grubu bilgisayar sistemlerinin "birlikte çalışabilirliğine" ilişkin kendisine ait bilgileri elinde tutup Sun Microsystems gibi iş grubu bilgisayar sistemleri üreticilerine bu bilgileri sağlamaktan kaçınma veya ayrımcı koşullar içeren bağlama anlaşmaları yapma suretiyle, ilgili pazarda rekabeti engellemesi ve dolayısı ile de kişisel bilgisayar sistemleri pazarındaki hakim durumunu, iş grubu bilgisayar sistemleri pazarına

²⁰⁹ Case No. COMP/c-3/34.792 Microsoft.

²¹⁰ Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), paragraf 1-2.

²¹¹ Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case No. COMP/C-3/37.792 Microsoft), paragraf 3.

yaymaya çalışması sebebiyle hakim durumunu kötüye kullandığı ileri sürülmüştür²¹². Yine “birlikte çalışabilirliğe” ilişkin bilgilerin -Microsoft’tan karşılanmadığı takdirde- başka herhangi bir ikamesi de bulunmadığından, bu bilgilerin “iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri” pazarında faaliyet gösteren rakiplerin ticari faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından zorunlu unsur teşkil ettiği, Sun Microsystems tarafından, ileri sürülmüştür.

Microsoft ise somut olaya ilişkin olarak yapmış olduğu savunmada, kendilerinden talep edilen bilgilerin teminini reddetmelerinin temelinde bazı objektif haklı sebeplerin olduğunu ileri sürerek, bu sebepleri şu şekilde açıklamıştır; bilgilerin temin edilmesinin, rakipleri tarafından teknolojilerinin taklit edilmesini kolaylaştıracağını ve bu durumun da kendileri açısından yenilik yapma güdüsünü azaltacağını iddia etmişlerdir.

İleri sürülen iddialar ve yapılan karşı savunma üzerine Komisyon’un başlattığı detaylı araştırma ve incelemeler sonucunda, Microsoft’un hakim durumunu kötüye kullandığına, sadece Sun Microsystems’a değil, bu pazarda faaliyet gösteren ve bireysel bilgisayarlar ile iş grubu bilgisayarların birlikte çalışabilmeleri için gerekli olan bu bilgilerin, talep eden her teşebbüse, makul şartlarda ve belli bir ücret karşılığı, sözleşme koşullarında herhangi bir ayrımcılık yapmadan vermesi gerektiğine hükmedilmiştir. Ayrıca Microsoft aleyhine –neredeyse 500 milyon Avro’yu bulan miktarda- o güne kadar kesilmiş en büyük para cezası da verilerek, Microsoft’un verilen karara uyup uymadığının denetlenmesine hükmedilmiştir²¹³. Yine bu incelemeler sırasında haklı sebeplerin var olup olmadığına ilişkin yapılan “denge testi (*balancing test*)” sonunda, Microsoft’un bu davranışını kötüye kullanım sınırları dışına çıkarabilecek herhangi bir objektif haklı sebep bulunmadığı da açıklanmıştır²¹⁴. Tüm bu sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde Microsoft kararı ile kararın lafzında açıkça belirtilmese de zımni olarak zorunlu lisansa hükmedildiği söylenebilir²¹⁵.

²¹² Anderman ve Schmidt, ss.65-66;
Gürzumar, ss. 179,180.

²¹³ Commission Decision of 24.03.2004, Microsoft, C(2004) 900 final;
Korah, GUIDE, s.155.

²¹⁴ Steven Anderman, “Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, **Competition Law Review**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2004, s.20.

²¹⁵ Gürzumar, s.134.

Komisyunun bu karara varmasına sebep olan gerekçeler incelendiğinde; Microsoft'un "kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarında %90'lık pazar payı ile hakim durumda bulunması nedeniyle ilgili ürünlerin yaygınlık oranının yüksekliğini, buna bağlı olarak tüketicilerin kişisel işletim sistemlerini seçerken Microsoft'un ürünlerini yoğun olarak tercih etmelerini, yine tüketiciler açısından bakıldığında "kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri" ile "iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri" arasında "birlikte çalışabilirliğin" sağlanmasının olmazsa olmaz bir ihtiyaç olmasını –diğer bir deyişle dolaylı ağ etkilerinin önemini-, müşteri bağlılığının yüksek olması, öğrenme ve değiştirme maliyetleri sebebiyle Microsoft lehine ilgili pazara giriş engellerinin bulunmasını, ilgili bilgilerin talep eden teşebbüslere verilmeyerek bir pazardaki hakim durumunu diğer pazara yaymak suretiyle Microsoft'un hakim durumunu kötüye kullanmasını ve bunun bir sonucu olarak ortaya çıkan tekelleşme neticesinde de tüketici yararı ile sürdürülebilir teknolojik ilerlemenin yara alması nedeniyle kamu yararının zarar görmesini, ilgili karara dayanak teşkil eden önemli sebepler arasında sayabiliriz²¹⁶.

Komisyon'un kararında da açıkça belirtildiği gibi, Microsoft, önceleri sadece "Kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarına yoğunlaşarak "iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarında faaliyet gösteren rakip teşebbüslere "birlikte çalışabilirliğin" sağlanabilmesi için sadece kendisinden temin edilebilen bilgilerin aktarılması hususunda uyumlu davranmıştır. Ancak zamanla faaliyet alanını, "iş grubu bilgisayarlar için işletim sistemleri" pazarına da kaydırıp rakiplerine "birlikte çalışabilirliğe" ilişkin bilgileri vermeyi keserek ve kişisel bilgisayarlara ilişkin hakim durumunu, iş grubu pazarına yayıp, bu pazarı kendisi lehine kapatma çabası içinde bulunduğundan, somut olayda hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir. Bir başka ifade ile, Microsoft bir pazardaki rekabet avantajını ve pazar gücünü kullanıp ara işlerliğe ilişkin bilgileri, diğer pazardaki rakiplerine vermeyi reddederek bir pazardaki hakim durumunu, diğer pazara aktarıp bu pazardaki rekabeti engellemek suretiyle bu yeni pazardaki payını da zaman içinde kabul edilemez bir şekilde yükseltmiştir²¹⁷.

²¹⁶ Korah, GUIDE, ss.177,178.

²¹⁷ Bishop ve Walker, s.327;
Gürzumar, s.133.

Komisyon, Microsoft'un "birlikte çalışabilirliğe" ilişkin bilgilerin sağlanmasının reddi davranışını, -bu bilgilerin ikamelerinin olmaması ve rakiplerin ilgili pazardaki ticari faaliyetlerinin devamı için zorunluluk arz etmeleri sebepleriyle ilgili pazardaki rekabeti tamamen ortadan kaldıracabilecek şekilde tehlikeli bulmuştur.

Rekabetin ortadan kalkması, ilgili pazarda tekelleşmeye sebep olma, tüketici seçeneklerinin azalması, fiyatların yükselmesi, teknik ilerleme ve yeniliklerin durması ve neticede de sosyal refahın azalması riskini beraberinde getirecektir. Bu da özellikle teknik ilerleme ve yeniliklerin durması ile sosyal refah kaybı bağlamında kamu yararına aykırılık nihai sonucunu doğuracaktır²¹⁸. Her ne kadar tıpkı diğer mülkiyet hakları gibi, fikri mülkiyet haklarının da genel kurallar çerçevesinde korunması esassa da, bu haklar kamu yararı çerçevesinde -hakkın özü korunmak suretiyle- ve istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Bu bağlamda fikri mülkiyet hakları da dahil olmak üzere hiçbir hakkın, kamu yararına aykırı kullanılmayacağı düşünüldüğünde, Komisyon'un vermiş olduğu bu kararın, neticede -zımnen- zorunlu lisans verilmesine ve dolayısı ile de fikri mülkiyet haklarının kısıtlanmasına yol açsa da hukuki anlamda meşru temellere dayandığı söylenebilir. Zira bu kararda hakkın varlığı ve özü korunarak bilgilerin rakiplere sunulmasında, Microsoft'un makul ve ayrımcı olmayan koşullar ileri sürebileceğinin de altı çizilmiştir²¹⁹. Microsoft kararında "zorunlu lisans" terimi açıkça kullanılmasa da verilen nihai kararın bir fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslamasına ilişkin olduğundan şüphe yoktur²²⁰.

Hakim durumun kötüye kullanılması sonucu zorunlu lisanslamaya hükmedilirken -rekabet hukukunun ve dolayısı ile de madde 102'nin nihai amacının rakipleri değil, rekabeti korumak olduğu da göz önüne alınarak²²¹ - somut olayın ve ilgili pazarın özelliklerinin birlikte değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira bir pazardaki rekabet ortamı için olumlu sonuçlar getirebilecek bir karar, bir başka pazar için -özellikle uzun vadede- negatif etki doğurabilecektir. Bu görüş doğrultusunda yüksek teknolojiye ilişkin büyük ar-ge yatırımları gerektiren pazarlarda, yenilik yapma güdüsünün korunması ve artırılması hedefine yönelik olarak, lisans hakkı sahiplerinin yenilik ve buluşlara ilişkin sarf etmiş oldukları emek ve yatırımın

²¹⁸ Killick, s.37;

Gürzumar, s. 180.

²¹⁹ Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), paragraph 274.

²²⁰ Gürzumar, s. 183.

²²¹ Bishop ve Walker, ss.334,337.

karşılığını alma hakları ile rekabetin korunması arasındaki hassas dengenin sağlanması ve verilecek kararlarda bu hususun göz ardı edilmemesi yerinde olacaktır. Aksi bir uygulama halinde yenilik yapma güdüsü olumsuz etkilenebileceğinden bu durum uzun vadede tüketici refahının da negatif anlamda etkilenmesine yol açabilecektir²²². Microsoft kararına yönelik olarak bu açıdan pek çok eleştiri getirilse de karar verilirken, yenilik yapma güdüsü ile rekabetin korunması arasındaki hassas dengenin bozulmamasına özen gösterildiği söylenebilir.

2.5. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE TÜRKİYE UYGULAMASI

Türkiye’de 1970’li yılların başlarında, resmi bir rekabet politikasının eksikliği hissedilmeye başlanmıştır. Bu eksikliğin fark edilmesinin ardından konu ile ilgili bazı çalışmalar yapıldıysa da bu çalışmalar, o günün koşullarında yasalaşma imkanı bulamamıştır. 90’lı yıllarda yeniden gündeme gelen, rekabete ilişkin mevzuat oluşturma çabaları, nihayet Avrupa Birliği ile yapılan Gümrük Birliği görüşmeleri sırasında sonuca ulaşmış ve müzakereler neticesinde kabul edilen koşullar doğrultusunda, Avrupa Birliği müktesebatına (*acquis communautaire*) uygun bir şekilde hazırlanan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²²³ kabul edilmiştir. Hemen ardından da bu kanunun uygulanması ve denetlenmesi amacıyla 1997 yılında bağımsız bir idari otorite olarak Rekabet Kurumu kurulmuştur²²⁴.

4054 sayılı Kanun, Avrupa Birliği rekabet kurallarıyla uyum içerisinde hazırlandığından Türkiye’de rekabete ilişkin mevzuatın temellerinin, Avrupa Birliği rekabet kurallarına dayandığını ve iki hukuk sisteminin bu bağlamda paralel bir

²²² Opi, ss.469-470.

²²³ 07.12.1994 kabul tarihli bu kanunun, 13.12.1994 tarihinde 22140 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²²⁴ OECD, **Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası Raporu**, 2005, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.rekabet.gov.tr%2FFile%2F%3Fpath%3DROOT%2FDocuments%2FGenel%2B%25C4%25B0%25C3%25A7erik%2FoecdTurkeson.doc&ei=M9hAVOisK8HRygOtm4GIDg&usg=AFQjCNFla_hzO-FoQ7cKWiuUcWzH7d0mZ2w&sig2=09gtxPxCfd7NuDQGoFe7hg&bvm=bv.77648437,d.bGQ, (22.09.2014), s.11;

Pelin Güven, “Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)”, **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn9.pdf> , (22.09.2014), s.10.

yapılanma arz ederek -minimal düzeyde farklılıklar içerse de- esas bakımından birbiri ile uyumlu olduğu rahatlıkla söylenebilir²²⁵.

Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuku sistem ve uygulamaları incelendiğinde aynı uyumun zorunlu unsur doktrini bakımından da geçerli olduğunu görmekteyiz. Türk hukukunda zorunlu unsur doktrini, ilgili mevzuatta düzenlenmediği gibi doktrin adı somut olay çözümlemelerinde dahi açıkça zikredilmemektedir. Ancak pratikte somut olaya bu doktrin uygulandığı ve bu uygulamaya ilişkin koşulların da Birlik hukuku ile aynı doğrultuda gelişim gösterdiği rahatlıkla söylenebilir²²⁶. Bu bağlamda zorunlu unsur doktrinini, hakim durumdaki teşebbüslere -hakim durumun kötüye kullanılmamasına ilişkin özel özen gösterme yükümü altında- getirilen, anlaşma yapma zorunluluğu kapsamında ortaya çıkan ve genellikle dikey bütünleşik pazarlarda söz konusu olan özel bir uygulama olarak nitelendirebiliriz²²⁷.

“Biryay I-II” ve “Ulusal Dolaşım” kararları, Türk hukukunda zorunlu unsur doktrininin uygulamada kullanıldığı en önemli vakalardır. Bu kararlarda her ne kadar doktrin adı açıkça zikredilmese de, doktrin uygulama esaslarının ilgili kararlar vasıtası ile Rekabet Kurulu tarafından ortaya koyulduğu açıktır.

2.5.1. Biryay I

Rekabet kurulunun Biryay I vakasına ilişkin olarak almış olduğu 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı kararına göre, yoğunlaşma oranının çok yüksek olduğu bilinen yazılı gazete-dergi basın ve dağıtım konusundaki ilgili pazarda birlikte %100 hakim durumda buldukları tespit edilen, Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD) ile Yaysat Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.²²⁸ (Yaysat), bir araya gelerek -özellikle belediyelere ait gazete satış büfeleri ihalelerine girerek buldukları şehirlerin en faal noktalarında bulunan sınırlı sayıdaki bu satış yerlerinden-

²²⁵ Gürzumar, s.217.

²²⁶ Hakan Suat Ölmez, **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003, Bölüm 2; Güven, ss.11,12.

²²⁷ Ölmez, s.12.

²²⁸ Rekabet kurulunun 17.07.2000 tarih ve 00-26/292-162 sayılı **Biryay I kararı**, s.14.

yayınlarını pazarlama amacıyla, Biryay Birleşik Yayın dağıtım A.Ş. (Biryay) adı altında bir ortak girişim oluşturmuşlardır²²⁹.

BBD ve Yaysat, Biryay aracılığı ile gazete büfelerinden yapmış oldukları satışlarda başka dağıtım şirketlerinden gelen yayınların satışına -özellikle bayiler ile yapmış oldukları sözleşmelere koydukları hükümler aracılığıyla²³⁰ - izin vermeyerek rekabeti engelledikleri gerekçesi ile şikayet edilmişlerdir.

Rekabet kurulu tarafından yapılan inceleme sonucu verilen kararda, belediyeden kiralanmış satış yerleri ile diğer satış noktaları arasında bir ayrıma gidilmiştir. Zira belediyeden kiralanmış satış yerleri şehirlerin ana arterlerinde ve meydanlarında sadece sınırlı sayıda bulunup satış hacimleri de oldukça yüksektir. Ayrıca belediyeye ait bu yerlerin yakınlarında aynı işlevi karşılayabilecek gerçek anlamda ikameleri bulunmamaktadır. Bu sebeple bu satış noktalarının ilgili pazara girebilmek adına rakip teşebbüsler için vazgeçilmez nitelikte olduğuna, buralardaki satışları kontrol edebilen teşebbüslerin rakiplerine oranla rekabette haksız olarak avantajlı hale geleceklerine de şüphe yoktur. Bu sebeple rekabet kurulu ilgili kararında, belediyeye ait bu satış yerlerinin hangi dağıtım kanalından gelirse gelsin ilgili pazardaki tüm rakiplere açık olmasının rekabetin korunması açısından önemli olduğunun altını çizmiştir²³¹.

Biryay I kararında zorunlu unsur veya zorunlu unsur doktrininin adı açıkça zikredilmese de somut olayın çözümünde bu doktrininin uygulandığına şüphe yoktur.

2.5.2. Biryay II

Kurulun Biryay II olarak anılan 14,12,2001 tarih ve 00-49/529-291 sayılı kararında²³² da bir önceki Biryay kararında olduğu gibi zorunlu unsur doktrininin adı somut olayda açıkça zikredilmemiştir²³³.

Bu olayda şikayet konusu, BBD ve Yaysat'ın Biryay aracılığı ile Star gazetesinin Biryay'a ait nihai satış noktalarında satışının engellenmesi suretiyle Star

²²⁹ Rekabet kurulu **Biryay I kararı**, ss.7, 48,49.

²³⁰ Rekabet kurulu **Biryay I kararı**, s.12.

²³¹ Rekabet kurulu **Biryay I kararı**, s. 51.

²³² Rekabet kurulunun 14.12.2001 tarih ve 00-49/529-291 sayılı **Biryay II kararı**.

²³³ Gürzumar, s. 315;
Ölmez, paragraf 2.1.2.

gazetesinin dağıtıcısı durumundaki Medya Pazarlama Org. Hiz. İth. Tic. Ve San. A.Ş.'nin (Medya) ticari faaliyetlerini sınırlandırıp, pazara girişini zorlaştırarak dolayısı ile de, bu yolla diğer dağıtıcılara ait yayınların okuyuculara ulaşmalarını engellemeleridir²³⁴.

Somut olaya ilişkin olarak verilen kararda, BBD, Yaysat ve Biryay'ın, basılı yayınlar için son satış noktaları sayılan bayilerle münhasırlık içeren anlaşmalar yaparak rakip yayınların satışlarını engelledikleri ve yine rakip teşebbüslerin dağıttıkları ürünleri kendilerine ait satış noktalarında satmayarak rakiplerinin ticari faaliyetlerini zorlaştırdıkları tespit edilmiştir. Bu durum kurul tarafından hakim durumun kötüye kullanımı sayılmış ve bu tip engelleyici faaliyetlerin, pazara girişi zorlaştırarak ilgili pazardaki rekabeti bozduğunun altı çizilmiştir. İlgili karar ile ayrıca bayilerle münhasırlık anlaşmaları yapılarak rakiplerin ürünlerinin okuyuculara ulaşmasının engellenmesi de yasaklanmış ve bu tip hükümler içeren sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanamayacağı belirtilmiştir. Belediyelere ait son satış noktalarında ise – bu noktaların Biryay I kararında da açıkça belirtilen özel durumu göz önüne alınarak- tüm dağıtım şirketlerinden gelen ürünlere açık olması gerektiği hususu yinelenmiştir²³⁵.

2.5.3. Ulusal Dolaşım Kararı

Rekabet kurulu, İş-Tim Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin (İş-Tim), Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (Turkcell) ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'ye (Telsim) başvurarak yapmış olduğu, “ulusal dolaşım (roaming)” talebinin reddedilmesi sebebiyle, 4054 sayılı Kanunun 6. Maddesinin ihlal edildiğine ilişkin olarak ortaya atılan iddia üzerine inceleme başlatmıştır. Bu inceleme sonunda kurul, İş-Tim'in konuya ilişkin talebine rağmen, İş-Tim ile Turkcell ve Telsim arasında ulusal dolaşım sözleşmesi yapılamadığının anlaşılması üzerine başlatılan

²³⁴ Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği, 17.10.2003 tarih ve B.50.0.REK.0.00.00.00/ sayılı, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 8/10/2003 tarih ve B.02.0.KKG/101-370/4509 sayılı ilgi yazısına ilişkin görüş,

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FKurum%2BG%25c3%25b6%25c3%25bc%25c5%259f%25c3%25bc%2Fgorus62.pdf> , (22.09.2014), s.2;

Gürzumar, s.308.

²³⁵ Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği, 17.10.2003 tarih ve B.50.0.REK.0.00.00.00/ sayılı görüşü, ss.2-3-4;

Ölmez, paragraf 2.1.2.

soruşturmanın tamamlanması neticesinde, 03-40/432-186 sayılı ve 09.06.2003 tarihli karara varmıştır.

İlgili kararda ulusal dolaşım (roaming), bir telefon abonesinin, yurtiçinde bir başka operatörün kapsama alanında iken, o operatörün ara bağlantıya izin verip kendi altyapı hizmetlerinden yararlanılmasına olanak sağlayarak sistemler arası dolaşımın mümkün hale getirilmesi olarak tanımlanmış ve ulusal dolaşımın, bu bağlamda zorunlu unsur niteliğinde olduğu kabul edilmiştir²³⁶. Yine bu kararda kullanıcıların kapsama alanına duyarlı olmaları sebebi ile ulusal dolaşımın, sistemler arası ara bağlantının sağlanamaması halinde ilgili pazardaki mevcut ve potansiyel rakipler için kuvvetli bir giriş engeli oluşturabileceğinin ve bu nedenle zorunlu unsur niteliğinde bir standart haline geldiğinin de altı çizilmiştir²³⁷.

Diğer taraftan Turkcell ve Telsim'in ulusal dolaşıma ilişkin sahip oldukları ve zorunlu unsur niteliğinde kabul edilen mevcut altyapılarına alternatif olabilecek şekilde, İş-Tim de dahil olmak üzere, ilgili pazara yeni girecek teşebbüslerin kendi altyapılarını kurmaları, bu kurulumun uzun zaman ve yoğun sermaye gerektirmesi sebebiyle kısa vadede mümkün gözükmemektedir. Yine Turkcell ve Telsim'in bu zorunlu unsura ilişkin altyapı hizmetleri de dahil olmak üzere, diğer tüm GSM hizmetleri pazarlarında %90'ın üzerinde paya sahip olmaları ve koordineli olarak tek bir teşebbüs gibi hareket edebilme yetenekleri sebebi ile birlikte hakim durumda oldukları da ilgili kararda açıkça tespit edilmiştir. Tüm bu sebepler birlikte değerlendirildiğinde kurul, Turkcell ve Telsim'in, objektif haklı bir gerekçe olmaksızın İş-Tim'in talebini reddedip, ilgili pazarı rakiplerine kapatarak mevcut ve potansiyel rakiplerin pazardaki faaliyetlerini zorlaştırmaları ve dolayısı ile de rekabet ortamını bozmaları sebebiyle hakim durumlarını kötüye kullandıklarını ilgili kararla hüküm altına almıştır²³⁸.

²³⁶ Rekabet kurulunun 03-40/432-186 sayılı ve 09.06.2003 tarihli **ulusal dolaşım (roaming) kararı**, ss.2,75.

²³⁷ Rekabet kurulunun 03-40/432-186 sayılı ve 09.06.2003 tarihli **ulusal dolaşım (roaming) kararı**, ss.9,18,47.

²³⁸ Rekabet kurulunun 03-40/432-186 sayılı ve 09.06.2003 tarihli **ulusal dolaşım (roaming) kararı**, ss.4,33,34,49,64.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PATENTTE ZORUNLU LİSANSLAMA

3.1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ VE PATENT HAKKI İLİŞKİSİ

Fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan mülkiyet haklarının varlığı ve hakkın özü itibarı ile korunması hususunda hukuki anlamda herhangi bir tereddüt bulunmasa da bu hakların kullanımının rekabet hukuku tarafından denetleneceği ve sadece istisnai hallerde özüne dokunmadan hakkın sınırlandırılabilmesi de açıktır²³⁹. İstisnai nitelikteki bu kısıtlamalar, “hakim durumunu kötüye kullanmamaya özen gösterme özel yükümlülüğü” doğrultusunda, hakim durumdaki teşebbüsler açısından gündeme gelmektedir. Zira rekabet hukuku yeniliğin gelişiminin mucitin insafına ve tekeline bırakılmaması gerektiği düşüncesinden hareketle fikri mülkiyet hukuku tarafından korunan patent hakkı gibi bazı hakların istisnai hallerde de olsa kamu yararı gereği üçüncü kişilerin kullanımına belirli koşullar altında açılması gerektiğini savunur. Bu halde de zorunlu unsur doktrini (*essential facilities doctrine*) ve zorunlu lisanslama yükümlülüğü karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifade ile hakim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları fikri mülkiyetten kaynaklı patent haklarını bir tekel meydana getirecek şekilde kötüye kullanıp pazara suni giriş engelleri oluşturarak ve/veya keyfi ayrımcılık yaparak ilgili pazardaki rekabeti bozmaları, kısıtlamaları ya da engellemelerinin ve bu yolla da yeniliğin yayılmasını ve gelişmesini durdurmalarının önüne geçilebilmesi amacıyla istisnai hallerde uygulanacak bir yol olarak zorunlu unsur doktrini ortaya konulmuştur.

Fikri mülkiyet haklarının içinde belki de en etkili olan patent hakkı, sahibine sınırlı bir süre için patent konusu yeniliğin, üretilmesi ve satılması konusunda bir tekel hakkı bahşederken aynı zamanda, patent konusu hakkın üçüncü kişilerce izinsiz kullanılmasını –tescilli olduğu milli sınırlar dahilinde- engelleme hakkı da tanır²⁴⁰. Sahibinin patente ilişkin fikri mülkiyet haklarının özü, kural olarak fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunsada yeniliğin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması hedefi doğrultusunda, bu hakkın kullanılmasının rekabet

²³⁹ Coco, s.22.

²⁴⁰ Groves, s.39.

kurallarının denetimi kapsamına gireceği de açıktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sahibinin patent hakkına konu olan ürününü kendisinin kullanmaması (*non use*) ya da bu haktan başkasını yararlandırmaması (*refusal to deal*) tek başına rekabet kuralları kapsamında yasaklanmamıştır. Asıl sorun, somut olayın özelliklerine göre yapılacak inceleme sonucu, patent hakkı sahibinin anlaşma yapmayı reddetmesi sonucunda bir tekelleşme oluşturarak ya da mevcut tekeli güçlendirip yaygınlaştırarak yeniliğin gelişimini engelleyecek nitelikte bir hakim durumun kötüye kullanımını oluşturduğunun tespit edildiği hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu gibi hallerde sorunun çözümü bakımından devreye zorunlu unsur doktrini girebilmekte ve fikri mülkiyet kapsamındaki mülkiyet hakları, zorunlu lisanslamaya konu olabilmektedirler²⁴¹. Diğer bir ifade ile hakim durumdaki bir teşebbüse ait bulunan bir unsurun, belirli koşulların gerçekleşmesi şartıyla ve istisnai hallerde kamu gücü aracılığı ile üçüncü kişilerin kullanımına açılması gerekliliğini temsil eden zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet alanındaki karşılığının zorunlu lisanslama olduğu söylenebilir²⁴². Bu doktrin pek çok açıdan eleştirilse de ilk ortaya konduğu günden bu yana kapsamı daraltılarak nadir de olsa fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslaması konusunda halen uygulama alanı bulabilmektedir.

3.2. PATENT HAKKININ TANIMI VE ÖNEMİ

Patent kavramı, en temel anlamıyla sınai ve ticari bir buluşu temsil etmektedir. Buna bağlı olarak bir fikri mülkiyet hakkı çeşidi olan patent hakkı, sahibi olan kişi ya da teşebbüse, usulüne uygun olarak tescil edilmiş ve yasalarla korunan sınai ve ticari bir buluşun tescil belgesinde açıkça yazılı olan standartlarına bağlı kalınarak üretim, kullanım ve satış haklarını -ilgili yasada belirtilenle sınırlı süre dahilinde²⁴³ münhasır olarak bahşeden ve gayri maddi bir mala ilişkin olan²⁴⁴ mutlak bir haktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, patent hakkının özünden kaynaklanan tekel yetkisi, tek başına patent hakkı sahibini ilgili pazarda monopolist bir teşebbüs

²⁴¹ Odman Boztosun, RKPK, ss. 175-176.

²⁴² Richard J. Gilbert, Carl Shapiro, "An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property", **Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America**, Cilt: 93, 1996, s.12749.

²⁴³ Patent koruma süresi ülkeden ülkeye değişmekle birlikte genelde hak sahibine 16 ila 20 yıl arasında koruma sağlamaktadır.

²⁴⁴ Arslan Kaya, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", **İHFM**, Cilt:LV, Sayı: 4, 1997, s.176.

haline getirmeye yetmez. Sahibinin patent hakkından kaynaklanan hakim durumunun bulunup bulunmadığının tespiti, ancak somut olaydaki tüm unsurların birlikte değerlendirilmesiyle anlaşılabilir²⁴⁵.

Bir buluşun patent kapsamında sayılarak yasal çerçevede korunabilmesi için öncelikle yeni olması, tekniğin bilinen durumunun aşılmasıyla ortaya ayırt edici özellikleri bulunan bir yenilik konulması, bu yeniliğin de sanayinin herhangi bir dalında uygulanabilir nitelikte olması, yine buluş konusunun yasalara, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmaması gerekir²⁴⁶.

Patent hakkı, tüm diğer fikri mülkiyet hakları gibi milli bir haktır ve yalnız tescil edilmiş olduğu ülke sınırları içinde korunur. Diğer bir ifade ile patentlenebilirlik²⁴⁷ koşullarını karşılayan bir buluş ya da yeniliğe ilişkin patent hakkının bir ülke içinde tescil edilmiş olması, o patent konusu buluşa beynelmînel bir koruma sağlamaz.

Patent hakkı, sahibine bahsettiği münhasırlık ve hukuki koruma vasıtası ile buluş sahibinin yapmış olduğu ar-ge yatırımlarının karşılığını almasını kolaylaştırıp ar-ge yatırımlarını teşvik ederek bu tip yatırımların dolayısı ile de buluşların artmasını sağlarken, aynı zamanda da bunların kopya ve taklit edilmesini engellemektedir²⁴⁸. Patent hakkı kayıtlarının kapsamlı bir şekilde resmi olarak tutulması ve patent sicilinin aleni olması ile de mükerrer ar-ge yatırımlarının ve bu vesileyle emek, para ve zaman israfının engellenmesi hedeflenmiştir.

Buluş, yenilikler ve bunlara paralel olarak tescil edilmiş patent hakları sayısındaki artış, rekabetin artarak pazar koşullarının güçlenmesini, bilimsel ve teknolojik ilerleme ile toplumsal refahı da beraberinde getirmesi sebebiyle önemlidir. Bu bakımdan tescil edilmiş patent sayısı, o ülkenin iktisadi gelişmişlik düzeyi ve uzun dönem ekonomik büyümesi ile doğru orantılıdır²⁴⁹.

²⁴⁵ Whish, s.734.

²⁴⁶ Groves, ss.40,46.

²⁴⁷ Ayşe Saadet Arıkan, "Avrupa Topluluğunda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler", **Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Ankara, Cilt: 7, Sayı: 1, 2007, s.154.

²⁴⁸ Groves, s.39;

Corinne Langinier, GianCarlo Moschini, "The Economics of Patent: An Overview", Working Paper, 02-WP 293, 2002, **Iowa State University, Center for Agriculture and Rural Development**, http://www2.econ.iastate.edu/research/webpapers/paper_2061.pdf , (22.09.2014), s.6.

²⁴⁹ Pınar, s.33;

İYücel, s.95.

3.2.1. Patent Haklarının Lisans Sözleşmeleri Vasıtası ile Devri

Patent sahibi, mülkiyetinde bulunan tescilli buluşu kendisi bizzat kullanmak zorunda değildir. Patent hakları, diğer fikri mülkiyet hakları gibi tescil edilmiş oldukları milli sınırlar içerisinde inhisari olan veya olmayan lisans sözleşmeleri aracılığı ile üçüncü kişilere lisans ücreti karşılığında ve belirli bir süre için devredilebilmektedirler. Başka bir ifade ile Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*) 28. maddede de belirtildiği gibi, patent hakkı devredilebilir bir haktır. Bu sebeple, lisans veren ve lisans alan tarafından karşılıklı anlaşma ile hüküm altına alınmış, geçerli bir lisans sözleşmesi olmadan üçüncü kişilerin, tescilli bir patent hakkını, sahibinin bilgisi ve rızası dışında üretim ya da satış yolu ile kullanması, kopyalaması ve ya taklit etmesi yasal olarak mümkün değildir.

1973 tarihli Avrupa Patent Sözleşmesi (*European Patent Convention*) madde 63'e göre patent koruma süresi, başvurudan itibaren 20 yıllık bir zaman dilimini kapsar²⁵⁰. Koruma süresi içerisinde patent hakkına ilişkin üretim, kullanım ve satış hakları, birlikte ya da ayrı ayrı lisans sözleşmeleri vasıtasıyla hak sahibi tarafından devredilebilir. Ancak koruma süresinin sonunda patent hakkı kapsamındaki buluşa ilişkin yasal koruma kalkacağından, buluş artık kamu malı niteliğinde sayılacaktır.

Patent hakkının lisans sözleşmeleri vasıtasıyla devredilebilir olması, bilginin geniş tabana yayılması, teknoloji transferinin sağlanması ve dolayısı ile de teknolojinin ticarileştirilerek buluş sahibinin ar-ge yatırımlarının karşılığını alması açısından hayati öneme sahiptir. Diğer bir ifade ile lisans devri yolu ile patente ilişkin fikri mülkiyet haklarından lisans alan olarak üçüncü kişilerin de yararlanması sağlanarak teknolojinin geniş tabanlı kullanımının gerçekleşmesi hedeflenir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin bilim ve teknoloji konusundaki ar-ge yatırım ve çalışmalarına destek olabilecek nitelikteki teknoloji transferleri, bu toplumların bilimsel ve teknik ilerlemeleri ile sürdürülebilir kalkınmalarının sağlanması bakımından önemlidir²⁵¹.

²⁵⁰ EPC was amended by act revising Article 63 EPC of 17.12.1991, which entered into force on 04.07.1997 (OJ EPO 1992, 1ff).

²⁵¹ Groves, s.165;
Langinier ve Moschini, ss.6,7;

Patent lisansı sözleşmelerinde, sözleşme konusu teknik bilginin lisans alan tarafından kullanım imkanının olması vazgeçilmez bir şarttır. Aksi halde sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelebilir²⁵².

Patent sahibi, her ne kadar üçüncü kişilere lisans verip vermeme ve lisans sözleşmesinin kapsam ve koşullarını belirleme konusunda sözleşme serbestisi sınırları içinde özgür ise de bu özgürlüğün de yasalar, kamu düzeni, genel ahlak kuralları ve hukukun temel ilkeleri çerçevesinde bazı sınırları olduğunun altını çizmek gerekir. Bu bağlamda patent hakkının inhisari nitelikte olması ve buna bağlı olarak da lisans sözleşmelerinin ilgili pazardaki rekabeti bozucu hükümler içerebilme ihtimalleri sebebiyle bu sözleşmelerin rekabet denetimi kapsamına girebilir.

3.3. PATENT HAKKI ve REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ

Sahiplerine hakkın konusu olan fikri ürün üzerinde münhasırlık bahşeden patent hakları, hukuki anlamda tanınan ve korunan mutlak haklardan olmaları sebebiyle herkese karşı ileri sürülebilirler²⁵³. Patent hakkının fikri mülkiyet kapsamında korunması ile hedeflenen, ar-ge yatırımları ile yaratıcı düşünce ve emekle birlikte ortaya konan patentin, yaratıcılarının korunması ve bu yolla da yeni ar-ge yatırımlarının teşvikidir. Patent hakkının elde edilmesiyle buluşunu ticarileştirme imkanı bulan patent sahibi, bu yolla yaptığı yatırımların karşılığını alma imkanına kavuşur. Yeniliğin teşviki ve ar-ge yatırımlarının artırılması fikri mülkiyet hukukunun olduğu kadar rekabet hukukunun da hedefleri arasında yer alır²⁵⁴. Böylece yenilik yapma güdüsü desteklenirken, aynı zamanda da bilimsel ve teknolojik ilerleme ve bu ilerlemenin neticesinde de sosyal refah ve tüketici refahı garanti altına alınmaya çalışılır. Ancak fikri mülkiyet hukukunun bu hedefinin gerçekleştirilebilmesi için patent hakkı sahibine bahşedilen tekel hakkının, ilgili pazardaki rekabeti engelleyebileceği de açıktır. Hemen belirtmek gerekir ki patent hakkı, sahibini salt özünde bulunan tekel hakkı sebebiyle monopolist durumuna

Murad Tiryakioğlu, "Teknoloji Transferi, Teknoloji Yoksulluğu mu?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2011, s.176.

²⁵²Yunus Çelikbiz, "Patent Hakkının Lisanslanması", 2010, <http://www.hukukiboyut.com/makaleler.asp?id=23>, (22.09.2014), s.2.

²⁵³ Ateş, GGS, s. 22.

²⁵⁴ Whish, s.734;
Groves, s.39.

düşürmez. Bu noktalarda fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun dengelenmesi ve fikri mülkiyete ilişkin patent hakkına sahip olma ile bu hakkın kullanımının ayrı ayrı ele alınarak, patent hakkının varlığı ve özü korunurken, kullanımının rekabet kuralları kapsamında denetlenmesi esastır²⁵⁵. Diğer bir ifade ile bilimin, teknolojik ve toplumsal gelişmenin en önemli anahtarlarından biri sayılan patent hakkının her ne kadar bir mutlak hak olup varlığı ve özünün korunması bakımından herhangi bir tartışma bulunmasa da, hakkın kullanımı açısından rekabet kurallarının denetimine tabi olacağı açıktır²⁵⁶. Hakim durumdaki bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmamaya özen gösterme özel yükümlülüğü dahilinde patent haklarının kullanımı ve devrinin, rekabet kuralları tarafından denetlenmesi de bu kapsamda değerlendirilir²⁵⁷.

3.4. PATENT HAKLARINA DAYANILARAK HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Patent hakları nitelikleri gereği sahiplerine, ilgili buluş üzerinde bir tekel hakkı bahşederler. Ancak patentten kaynaklanan bu tekel hakkına sahip olma durumu, ilgili teşebbüsü kendiliğinden hakim duruma getirmeyeceği gibi, yine hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu patent hakkını çeşitli şekillerde kullanması da doğrudan bu teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığı anlamına da gelmeyecektir. Ancak olası rekabet ihlallerinin önlenmesi ve serbest rekabet ortamının korunması amacıyla, hakim durumdaki patent sahibi teşebbüsler bakımından -özellikle hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesine ilişkin özel özen gösterme yükümlülüğü çerçevesinde- patent hakları da dahil olmak üzere fikri mülkiyet haklarının kullanımı ve devri konularında bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Bu sebeple patent hakkına sahip hakim durumdaki teşebbüsler,

²⁵⁵ Ateş, GGS, s.39.

²⁵⁶ Consten & Grunding v. Komisyon davalarında (Joined cases 56 and 58-64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grunding-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, Judgment of the Court of 13 July 1966, p.345-345), ABAD, fikri mülkiyetten kaynaklanan hakların varlığı ile kullanımını birbirinden ayırarak hakkın uygunsuz kullanımının yasalar tarafından korunamayacağını altını çizmiştir.

²⁵⁷ Case 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of 9 November 1983, parag.10; Bu kararında ABAD, hakim durumdaki teşebbüslerin, hakim durumlarını, ortak pazardaki rekabeti bozacak şekilde kötüye kullanmamaları gerektiğine ilişkin özel bir yükümlülük altında olduklarını açıkça belirtmiştir;

Craig ve Burca, s.1025.

haklarını kullanırlarken rekabet kuralları çerçevesinde hareket etmekle yükümlüdürler.

Hakim durumdaki teşebbüslere getirilen bu özen yükümüne rağmen, sözleşme özgürlüğüne ilişkin kuralın sınırları kapsamında patent hakkı sahibi hakim durumdaki teşebbüs, tüm talep edenlere aynı şartlarla lisans vermek zorunda bırakılamayacağı gibi, özel bir düzenleme olan zorunlu lisans istisnası dışında sahip olduğu patent hakkını üçüncü kişilerin kullanımına sunmak zorunda da değildir. Diğer bir ifade ile lisans vermeyi reddetme eylemi, somut olayda tek başına hakim durumun kötüye kullanıldığına dair kesin delil teşkil etmez. Lisans vermeyi reddetme eyleminden kaynaklanan kötüye kullanımın olup olmadığı, ancak somut olayın tüm özelliklerinin bir arada değerlendirilmesi ile tespit edilebilir²⁵⁸.

Patente ilişkin hakların devirlerinin talep edilmesi halinde hakim durumdaki hak sahibinin hakim durumunu kötüye kullanması, pratikte iki şekilde gerçekleşmektedir: (1) Patent sahibi teşebbüslerin hakim durumlarını kullanarak lisans sözleşmelerine ekledikleri rekabete aykırı hükümler vasıtası ile, (2) Patent sahibi hakim durumdaki teşebbüslerin lisans vermeyi reddetmeleri yolu ile.

3.4.1. Lisans Sözleşmeleri Vasıtası ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

Lisans sözleşmelerine hakim durumdaki lisans veren tarafından konulan tek taraflı hükümler aracılığı ile lisans alanlar arasında keyfi ayrımcılık yapma, özellikle yatay lisans sözleşmeleri aracılığı ile pazar ve müşteri paylaşımlarında bulunma, sözleşmeyi ilgili pazarı kısıtlamaya yönelik gizli bir araç olarak kullanma, lisans sözleşmesinin amacını aşarak lisans alanın yetkilerini daraltma, lisans sözleşmesinin yapılış amacıyla bağdaşmayan kabul edilemez şartlar ileri sürme, lisans süresi konusunda hakkaniyete aykırı koşullar koyma, fahiş fiyat uygulamaları ve benzer şekillerde üye devletlerarası ticareti sekteye uğratabilecek düzenlemeler ile açık ya

²⁵⁸ Anderman, ECCL, s.197;

Fatma Gözlükaya, **Teknoloji Transferi Sözleşmeleri ve İlgili Rekabet İncelemesinin Ekonomik ve Hukuki Unsurları**, (Uzmanlık Tezleri Serisi), Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=R/OOT/Documents/Uzmanlık+Tezi/tez73.pdf> , (22.09.2014), ss.33,39.

da örtülü bir şekilde rekabeti bozabilecek her türlü şart ve eylem, hakim durumun kötüye kullanımı sayılarak rekabet kurallarının denetimine tabi olmaktadır²⁵⁹.

Hak sahibi her ne kadar hakkını ne herkesin kullanımına açmak, ne de herkese aynı şartlarla vermek zorunda değil ise de lisans sözleşmesinin konusu olan patent hakkının devri ve kullanımına ilişkin olarak hakim durumdaki lisans veren tarafından kendi kazanımlarını artırmaya yönelik olarak sözleşme içeriğine getirilen bazı kısıtlama ve şartlar, ilgili pazardaki rekabetin bozulmasına sebep olabilir²⁶⁰. Bu durum lisans verenin hakim durumda olması nedeniyle lisans alanın sözleşme içeriğinin belirlenmesi konusundaki iradesinin kısıtlanması, başka bir deyişle lisans alanın ticari ve ekonomik olarak baskın durumda olan lisans veren karşısında söz hakkının önemli ölçüde engellenmesi sebebiyle ortaya çıkmaktadır²⁶¹. Bu nedenlerle, lisans verenin hakim durumda bulunan bir teşebbüs olması halinde, ilgili pazarda sahip olduğu konumu ve gücü sebebiyle lisans sözleşmesi aracılığı ile rekabete olumsuz etkide bulunabilme ihtimali doğrultusunda, bu tip lisans sözleşmelerinin rekabet kuralları çerçevesinde denetlenmesi, serbest pazar ekonomisinin eksiksiz işlemesi ve rekabetin korunması açısından oldukça önemlidir. Ancak hakim durumda bulunan ve patent hakkı sahibi olan bir teşebbüsün, ne salt lisans sözleşmesi yapmasının, ne de lisans vermeyi reddetmesinin tek başına rekabete aykırılık teşkil etmeyeceği de açıktır. Lisans sözleşmeleri aracılığı ile hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının veya diğer bir rekabete aykırılığın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak ve hakim durumdaki teşebbüsler bakımından getirilen hakim durumlarını kötüye kullanmamalarına dair özel özen gösterme yükümlülüklerinin sınırlarının belirlenebilmesi için rekabet denetimi sırasında her somut olayın özelliklerinin kendi içerisinde ayrı ayrı irdelenmesi gerekir. Bütün bunların yanında rekabet denetimi yapılırken rekabeti koruma amacının aşılmasına ve serbest pazarın işleyişine gereksiz yere müdahalede bulunmamaya da dikkat edilmelidir²⁶².

²⁵⁹ Anderman, ECCL, s.48;

Mehmet Gün, Özge Atılğan Karakulak, Filiz Toprak, Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VIII Kitabı**, 2010, Ankara, s.209-210.

²⁶⁰ Gözlükaya, ss.32,39.

²⁶¹ Anderman, ECCL, s.108.

²⁶² Odman Boztosun, RKPK, s.179;

Alper Karakurt, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, (Lisansüstü Tez Serisi No.11), Rekabet Kurumu,

Lisans sözleşmeleri bakımından, rekabet kuralları çerçevesinde denetim yapılmasını gerektiren asıl sebep, sözleşme konusu üzerinde lisans verenin sahip olduğu tekel hakkıdır²⁶³. Lisans veren, sahip olduğu bu tekel hakkı sebebiyle sözleşmenin şartlarını belirleme konusunda güçlü durumdadır. Lisans veren aynı zamanda, bir de ilgili pazarda hakim durumda ise tekel hakkı sebebiyle sahip olduğu gücü, tartışmasız şekilde pekişmiş olacaktır.

Rekabetin kısıtlanmasına yönelik olarak hakim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüsler tarafından akdedilen lisans sözleşmelerini yatay ve dikey lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz²⁶⁴.

3.4.1.1. Patent Lisansı Sözleşmeleri

Buluş sahibinin patent hakkından kaynaklanan mülkiyet hakkı kapsamında, bu hakkı kullanma ve devir etme haklarının bulunduğu şüphesizdir. Diğer bir ifade ile buluş sahibi, patent hakkından bizzat yararlanabileceği gibi, bu hakka ilişkin mali nitelikli hakları, lisans sözleşmeleri vasıtası ile, üçüncü kişilere, belli bir süre için ve bir lisans ücreti karşılığında devir de edebilmektedir. Zira lisans sahibi, maddi olanaklarının ve fiziki koşullarının yetersiz olması gibi pek çok sebeple buluşun üretilmesi ya da piyasaya sürülerek etkili bir şekilde global olarak pazarlanması konularında yetersiz kalabilmektedir²⁶⁵. Bu da patent sahibinin etkili bir şekilde buluşundan faydalanmasını engellemektedir. Bu sebeple lisans sözleşmeleri yaparak buluştan faydalanma hakkının devri, çoğu zaman buluş sahibinin, ortaya koyduğu yenilikten maddi olarak tam anlamıyla yararlanabilmesinin ve yapmış olduğu ar-ge yatırımlarının karşılığını alabilmesinin en kısa ve iyi yoludur²⁶⁶.

Lisans sözleşmeleri, hukuki bakımdan karşılıklı borç doğuran anlaşmalardandır. Bu anlamda sözleşme kapsam ve süresinde, lisans veren, lisans

<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fAkademik%2b%25c3%2587a%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2ftez94.pdf> , (22.09.2014), ss.102-106.

²⁶³ Mustafa Baş, "Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, s.81.

²⁶⁴ Ateş Akıncı, **Mukayeseli Hukuk açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, (Lisansüstü Tez Serisi No.5), Rekabet Kurum, Ankara, 2001, s.37.

²⁶⁵ Anderman, ECCL, s.27;

Korah, GUIDE, s.149.

²⁶⁶ Anderman, ECCL, s.27;

Hande Bahar Kerimoğlu, "Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", **Kamu-iş**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, s. 3.

alanı buluştan yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan da lisans sözleşmesi ile almış olduğu bu kullanma/yararlanma hakkı karşılığında, buluş sahibine lisans bedeli ödeme borcu altına girmektedir. Lisans hakkı buluşun tamamından yararlandırmaya ilişkin verilebileceği gibi, buluşun sadece bir kısmı için de verilebilir. Yine lisans sözleşmesi inhisari nitelikli olarak yapılabileceği gibi, inhisari olmayan basit lisans şeklinde de yapılabilmektedir. Lisansın inhisari nitelikte verilmesi halinde bu durumun lisans sözleşmesine açıkça yazılması gerekir, aksi takdirde verilen lisans, inhisari değil, basit nitelikli olarak addedilecektir.

Bütün bunların yanı sıra lisans sözleşmelerini, fiili ya da potansiyel rakipler arasında yatay olarak yapılanlar ile rakip olmayanlar arasında dikey şekilde yapılanlar olarak da sınıflandırmak mümkündür²⁶⁷.

3.4.1.1.1. Yatay Lisans Sözleşmeleri

Yatay lisans sözleşmeleri, ilgili pazarda aynı üretim ve dağıtım seviyelerinde faaliyet gösteren mevcut ya da olası rakipler arasında yapılan, piyasayı kontrol etmek ve rekabeti kısıtlamak amacıyla kullanılabilmesi sebebiyle kartelleşmeyi önleyebilmek adına, rekabet hukuku tarafından sıkı bir şekilde kontrol edilen sözleşmelerdir²⁶⁸. Özellikle hakim durumdaki teşebbüs ya da teşebbüsler arasında akdedilen yatay lisans sözleşmelerinin altında yatan gizli amaç, karşılıklı olarak satış fiyat ve şartlarını belirleme, pazar ve müşteri paylaşımlarında bulunma ve ya diğer rakipleri ilgili pazardan dışlayıcı faaliyetler yapma yolu ile pazarı kapatarak, rakipleri pazardan çekilmeye zorlamak ise ilgili sözleşmelerin rekabeti kısıtlayıcı nitelikte oldukları kabul edilir. Komisyon, teknoloji transferi ve ar-geye ilişkin olarak pek çok düzenleme yaparak sözleşmelerin grup muafiyetinden yararlanma şartlarını belirlemiştir. Bu düzenlemelerin en önemlilerinden biri de 72/2004 sayılı Teknoloji Transferine İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü²⁶⁹'dür. Bahsi geçen grup muafiyetleri kapsamında belirli şartlara tabi olarak yapılabilen yatay lisans sözleşmeleri,

²⁶⁷ Anderman ve Schmidt, s.88.

²⁶⁸ Anderman ve Schmidt, s.92.

²⁶⁹ Commission's Block Exemption Regulation (EC) No. 772/2004 on the application of **Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (the TTBER)**.

genellikle ABİDA 101. madde kapsamında ele alındığından, burada detaylı olarak anlatılmayacaktır²⁷⁰.

3.4.1.1.2. Dikey Lisans Sözleşmeleri

Üretim ya da dağıtım zincirinin farklı kademelerinde faaliyet gösteren ve ilgili pazarda rakip durumda olmamaları sebebiyle dikey bir ticari ilişki içerisinde olan lisans alan ile lisans veren arasındaki dikey lisans sözleşmeleri²⁷¹ de rekabet denetimine tabidirler. Özellikle lisans verenin hakim durumda olduğu dikey lisans sözleşmeleri ile lisans alana dayatılan ve olağan ticari ve ekonomik koşullarda lisans alan tarafından kabul edilmeyecek nitelikte olan koşul ve şartlar barındıran dikey lisans sözleşmeleri de, ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayabilecekleri için rekabet hukukunun denetim alanına girerler.

Dikey lisans sözleşmeleri ile hakim durumdaki tarafın, sözleşmenin diğer tarafına dayattığı ve rekabete aykırılık teşkil etmeleri sebebiyle hakim durumun kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilerek rekabet incelemesine dahil olan koşulları; a. Fiyata yönelik uygulamalar, b. Ayrımcı uygulamalar, c. Lisans sözleşmesinin amacını aşan süre ya da koşullar, d. Münhasırlıktan kaynaklanan koşullar olmak üzere dört ana başlık altında inceleyebiliriz.

Lisans sözleşmelerinde her ne şekilde olursa olsun hakim durumdaki lisans veren tarafından sözleşmeye konu lisanslı ürünlerin *yeniden ya da asgari satış fiyatlarının belirlenmesi*, eşit şartlardaki lisans alanlar arasında *ayrımcı koşul ya da fiyat uygulamaları*, yüksek orandaki ar-ge maliyetlerinin başka türlü karşılanamaması gibi bir haklı sebep olmaksızın *fahiş fiyat uygulamaları* hakim durumun lisans sözleşmeleri aracılığı ile kötüye kullanılması halinin en sık karşılaşılan örneklerindendir.

Kısacası hakim durumda olan teşebbüs tarafından lisans alana -bu davranışını haklı çıkaracak objektif bir sebep olmaksızın- aynı şartlardaki diğer lisans alanlardan daha olumsuz koşullar dayatılarak ayrımcılık yapılması veya makul olmayan seviyelerde yüksek lisans ücreti talep edilmesi nedenleriyle pazardaki rakipleri

²⁷⁰ Lionel Bentley, Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, Oxford, 3. Baskı, 2009, s.17; Odman Boztosun, RKP, s.178.

²⁷¹ Anderman ve Schmidt, s.92.

karşısında onun aleyhine maliyetleri yükselterek ticari faaliyetlerinin zorlaşmasına ve pazarın dışına itilmesine yol açan, pazara suni giriş engelleri oluşturan haksız ve dayanaksız her türlü *ayrımcı uygulamalar*, somut olayın özelliklerine göre hakim durumun kötüye kullanımına yol açabileceğinden rekabet kurallarının incelemesi kapsamına girerler²⁷².

Hakim durumdaki lisans veren tarafından, lisans sözleşmeleri vasıtası ile lisans alana dayatılan, normal koşullarda lisans alanın kabul etmeyeceği ve tarafların *lisans sözleşmesi ile ulaşmak istedikleri amacı aşan nitelikteki süre ve şartlar*, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder. Örneğin, süreli bir hak olan patent hakkının koruma süresinin bitiminden sonra dahi lisans ücreti ödenmesine ya da sözleşmenin amacının gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan makul sürenin aşılmasına ilişkin şartlar, bu bağlamda rekabet incelemesi kapsamındadırlar. Buna benzer olarak lisans sözleşmeleri vasıtası ile getirilen ve lisans sözleşmesiyle ulaşılmak istenen amaçla bağdaşmayan müşteri, pazar ve ya üretime ilişkin her türlü kısıtlama, çoğu zaman bağlama şartları olarak da nitelendirilen ek alım yükümlülükleri, lisans kullanımının kabul edilemez bir şekilde kısıtlanması, üçüncü kişilerle iş yapmaya yönelik kısıtlamalar, geri lisans verme yükümlülükleri, lisans sözleşmesine ilişkin olarak getirilen dava açma yasakları gibi pek çok koşul, ilgili pazara girişin engellemesi, pazarın bölünmesi ve/veya paylaşılması, lisans alanın ticari faaliyetlerini icra etmesini zorlaştırması ve benzeri sonuçlar doğurduğundan, ilgili pazardaki rekabeti bozar. Bu sebeple de bu gibi koşullar rekabet kurallarının denetimine tabidirler.

Ayrıca lisans alana, hakim durumdaki lisans veren tarafından münhasır lisans sözleşmeleri vasıtası ile dayatılan, rakip lisansların alınıp satılmasının yasaklanması, sözleşme konusu lisansa ilişkin ar-ge faaliyetlerinin önlenmesi gibi *münhasırlıktan kaynaklanan koşullar*, özellikle de rekabet etmemeye ilişkin yükümlülükler, rekabet ihlallerine sebep olabileceklerinden denetime tabidirler²⁷³. Münhasırlık içeren lisans sözleşmeleri ile getirilen rekabet etme yasağı ancak zorunlu, objektif ve makul nitelikte bir süre için getirildi ise muafiyet kapsamında değerlendirilebilir. Makul sürenin tespiti ise her olayın somut özelliklerinin kendi dinamikleri içerisinde

²⁷² Anderman, ECCL, s.198.

Gün ve diğerleri, s.210.

²⁷³ Gözlükaya, s.54

değerlendirilmesi ile saptanabilir. Makul sürenin genellikle beş yılı geçmeyeceği kabul edilir²⁷⁴.

Lisans sözleşmesinin münhasırlık içerdiğine dair sözleşme metninde herhangi bir kayıt olmasa da sözleşmenin sadakat, miktar ya da hedef indirimleri içermesi durumunda bu indirimlerin, genellikle münhasırlık karşılığı verilen indirimler olarak yorumlanmaları, tekelleşmeye yardım etmeleri, ayrımcılık ve dışlama etkilerinin bulunması sebebiyle, ilgili sözleşmenin münhasırlığa ilişkin olarak rekabet denetimine girmesi de doğaldır²⁷⁵.

3.4.2. Patent Lisansı Vermeyi Reddetme Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

En büyük etkisi yenilik yapma güdüsünü artırmak olan patent hakkı, sahibine yapmış olduğu ar-ge çalışmaları neticesinde ortaya koyduğu patent konusu buluş ya da yeniliği münhasıran ilk kez pazara çıkarma, başka bir deyişle üretme, satma ya da devretme hakkı tanır. Patent hakkının hem hukuken korunan bir mülkiyet hakkı olması, hem de mutlak hak niteliğinde bulunması sebepleriyle hak sahiplerine meşru bir koruma alanı bahsettiği de şüphesizdir²⁷⁶. Bu meşru koruma alanı içerisinde ve sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında patent hakkı sahibinin üçüncü kişilere lisans verme yükümlülüğü olmadığı gibi, sahip bulunduğu patent hakkını kullanıp kullanmama konusunda dahi serbesttir. Diğer bir ifade ile sahibinin patent hakkını kullanma mecburiyeti olmadığı gibi lisans vermek zorunda da değildir. Ancak ilgili pazardaki mevcut yada potansiyel rakipler, patent hakkı çerçevesinde korunan bir buluşu kullanabilmek için patent sahibinden izin almak zorunda olduğundan patentlerin bu bağlamda pazara giriş engeli oluşturdukları da açıktır²⁷⁷.

²⁷⁴ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ L 102/2, 23.04.2010, madde 5 (a);

Ercüment Erdem, Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyn8.pdf>, (22.09.2014), s.131.

²⁷⁵ Bekir Kocabaş, **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezleri Serisi No.90), Rekabet Kurumu, Ankara, 2008, ss.11,12,23,33.

²⁷⁶ Groves, s.39;

Sülün Güçer, **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakkları**, (Lisansüstü Tez Serisi No:XIII), Rekabet Kurumu, Ankara, 2005, ss.85-88.

²⁷⁷ Nuno Pires de Carvalho, **TRIPS Regime of Patent Rights**, Kluwer Law, UK, 2010, s.49;

Lisans vermeyi reddetme ancak hakim durumdaki teşebbüsler için hakim durumun kötüye kullanılmamasına özel özen gösterme yükümlülüğü çerçevesinde ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirildiğinde bir kötüye kullanma teşkil edebilir.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün lisans vermeyi reddetme yoluyla hakim durumunu kötüye kullandığı hükmüne varabilmek için red eyleminin somut olayda pazarın kapanması, rakibin pazardan silinmesi, potansiyel müşteri talebinin olduğu yeni ürünün ortaya çıkışının engellenmesi, talebin altında ürün arz edilmesi sebebiyle tüketiciler aleyhine hakim durumun güçlendirilmesi gibi sebeplerle ilgili pazardaki rekabetin tamamen bertaraf edilmesi ya da büyük oranda zarar görmesi gibi sonuçlardan birini doğurması gerekir. Bu tip sonuçlar doğurarak ilgili pazardaki rekabeti bozan eylemler -ortada bu eylemi haklı çıkaracak objektif haklı bir sebep de yoksa- lisans sahibi hakim durumdaki teşebbüs, lisans vermeyi reddetme yolu ile hakim durumunu kötüye kullanılmış sayılacağından, rekabet kuralları çerçevesinde yaptırımlara maruz kalabilecektir. Diğer bir ifade ile lisans vermeyi reddetme eylemi çok istisnai koşullar altında hakim durumdaki teşebbüsler bakımından hakim durumun kötüye kullanılması sayılabileceğinden, somut olayda zorunlu lisanslama müeyyidesi uygulanabilecektir.

3.5. PATENTTE ZORUNLU LİSANSLAMA KAVRAMI ve KOŞULLARI

Patent hakkının zorunlu lisanslaması, en temel anlamıyla, sahibine tekelci bir mülkiyet hakkı bahşeden bu hakkın, teknolojiyi toplumun geneline yayarak, yenilik ve buluşlardan toplumun yararlanma düzeyini artırma, dolayısı ile de teknik, bilimsel ve sosyal gelişimin en üst seviyeye taşınabilmesi amacıyla -ve sadece çok istisnai hallerde- kanundan kaynaklanan yetkinin, kamuyu temsil eden otoriteler tarafından kullanılması yolu ile tek yanlı olarak sınırlandırılmasıdır. Diğer bir deyişle, patentin sahibinin rızası olmadan devredilmesidir.

Tarihsel sürece bakıldığında zorunlu lisanslamaya ilişkin olarak yapılan müzakerelerin çok da yeni olmadığı, bu konuya ilişkin tartışmaların -patent sisteminin faydalarının artırılarak, bu sistemin tabiatından kaynaklanan

olumsuzlukların önüne geçebilmek adına- ilk kez 1790'da Amerika Birleşik Devletleri Senatosunda, bunu takiben 1851'de İngiltere'deki Lordlar Kamarasında ve yine 1853'te Almanya'da yapıldığı görülür. Uluslararası alanda en fazla devlet tarafından kabul görerek imza altına alınan patent antlaşması olarak da nitelendirilen, 1883 Paris Konvansiyonu (*Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Mar.20,1883*) kapsamında kabul edilmesiyle, zorunlu lisanslamanın, dünya çapında geniş bir katılımı ile kabul edilen bir kavram haline geldiği görülmektedir²⁷⁸.

Serbest piyasa ekonomisinin işleyişi içinde ve sözleşme özgürlüğü kapsamında her ne kadar patent hakkı sahibinin lisans sözleşmesi yapip yapmama ya da sözleşmenin koşullarını ve karşı tarafını serbestçe belirleyebilme hakkı bulursa da bu hak dokunulmaz değildir ve kamu yararı çerçevesinde sınırlandırılabilir. Başka bir deyişle, lisans verip vermemeye ilişkin olarak hak sahibinin elinde bulunan bu özgürlük hakim durumdaki teşebbüsler açısından sınırsız değildir. İstisnai durumlarda rekabet kuralları kapsamında zorunlu lisanslama yolu ile bu hak kısıtlanabilir. Özellikle hakim durumdaki patent hakkı sahibinin bu hakkını lisans vermeyi reddetme yolu ile doğrudan ya da dolaylı olarak ilgili pazardaki rekabeti bozacak şekilde kötüye kullandığının, adli veya idari makamlarca tespit edilmesi halinde, somut olayın özelliklerine göre istisnai olarak zorunlu lisansa hükmedilebilir. Zira kötüye kullanım, hakkın varlığı ve özünün korunması ile hukuka uygun kullanımının korunmasını kapsayan ve hakkın doğası gereği var olan meşru koruma alanına girmez²⁷⁹. Diğer bir ifade ile hakim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla ve ancak istisnai durumlarda hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme özgürlüğüne somut olayın özelliklerine göre zorunlu lisanslama yolu ile bazı kısıtlamalar getirilebilir.

Hakim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu patent hakkına ilişkin, lisans başvurularını reddetmesi eyleminin, hakim durumun kötüye kullanılması sayılarak zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için çok çeşitli koşulların bir arada bulunması gerekmektedir birlikte ilgili düzenlemelerde veya yetkili merci kararlarında sayılan koşullar sınırlayıcı değil, örnekleyicidir. Zira zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için

²⁷⁸ Colleen Chien, "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?", *Berkeley Technology Law Journal*, Cilt: 18, 2003, ss.858,859.

²⁷⁹ Karakurt, ss.124-125;

Gözlükaya, s.19;

Nart, ss.137,138.

her olay kendi içerisinde değerlendirilir ve zorunlu lisanslama koşullarının oluşup oluşmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

Hakim durumdaki teşebbüs tarafından lisans verilmesinin reddedilmesi yolu ile kötüye kullanım olup olmadığına karar verebilmek için, öncelikle ilgili pazardaki rekabetin bozulması, bu olumsuz değişikliği makul gösterebilecek objektif haklı bir sebebin olmaması ve teşebbüsün bu red eylemi ile ilgili pazardaki rekabetin bozulması arasında da illiyet bağının²⁸⁰ kurulabilmesi gerekir.

Patentte zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için, yine somut olayda, diğer tüm koşulların yanında (1) ilgili patentin sahibi tarafından kullanılmıyor olması ve bu kullanmama veya üçüncü kişilere kullandırmama sebebiyle de bu patente bağlı olarak gelecekte ortaya çıkabilecek müstakbel buluşların engelleniyor olması, (2) konu ve kullanımları birbirine sıkı sıkıya bağlı patentlerin söz konusu olması, dolayısı ile de biri olmadan diğerinin kullanılmasının ya da yeni buluşlar için yararlanılmasının mümkün olmaması, (3) genel kamu sağlığı, milli güvenlik veya kamu yararının gözetilmesi gereken durumlarından birinin bulunması gerekir²⁸¹. İlk iki koşulun da netice de kamu yararı sebebiyle getirilmiş olduğuna bakılırsa, kanımızca bu koşulların da aslında daha genel kapsamlı olan kamu yararı koşuluna dahil olduğu anlaşılacaktır.

3.5.1. TRIPS Antlaşması ve Doha Deklarasyonu Kapsamında Patentte Zorunlu Lisanslama

Uluslararası alanda zorunlu lisanslamaya yönelik ilk genel düzenlemeler, 1883 yılında imzalanan ve fikri mülkiyet alanına belirli standartları olan bir sistem getirmeyi amaçlayan, Paris Konvansiyonu ile yapılmıştır. Bu Antlaşmanın 5A (2) maddesinde, patent haklarının bahsettiği münhasırlığın kötüye kullanımının engellenebilmesi açısından, zorunlu lisanslamaya ilişkin olarak taraf devletlerin,

²⁸⁰ Nedensellik bağı, sebep-sonuç ilişkisi.

²⁸¹ Chien, s.859;

Başak Bak, "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 3, 2011, s.113; Odman, Yeniliklerin Teşviki, ss. 53,54,55,56,74.

kendi iç hukuklarında gerek gördükleri düzenlemeleri yapabilme, gerekli tedbirleri alabilme haklarına sahip oldukları belirtilmiştir²⁸².

Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması'nın (General Agreement on Tariffs and Trade (GATT))²⁸³ devamı niteliğinde olan ve Uruguay Round görüşmeleri sonunda şekillenerek dünya ticaretinin önündeki engelleri kaldırmayı hedefleyen Dünya Ticaret Örgütünü (DTÖ) kuran Antlaşmanın eki niteliğindeki TRIPS Antlaşması üye devletler tarafından imzalanarak 1,Ocak,1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Genel olarak uluslararası arenada fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir standardizasyon sistemi getirmeyi hedefleyen TRIPS Antlaşmasında patentlere ve bunların kullanımlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere de yer verilmiştir²⁸⁴.

TRIPS Antlaşmasının içeriğinde her ne kadar “zorunlu lisanslama” kavramı açıkça zikredilmemiş olsa da²⁸⁵ Antlaşmanın 31. maddesinde bu konuya ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilerek, mevcut buluşlardan üçüncü kişilerin yararlanmasını teşvik ile yeni buluşları ve yaratıcılığı teşvik arasındaki hassas denge, korunmaya çalışılmıştır²⁸⁶. TRIPS Antlaşması, taraf ülkelerin fikri mülkiyet haklarının kapsam ve koşullarının, bu hakların ne şekilde korunacağıının ve bunları sınırlama yöntemlerinin belirlenebilmesi için bir yol haritası oluşturması bakımından önemlidir.

TRIPS 31. madde kapsamında zorunlu lisanslamaya hükmedilebilmesi için öncelikle somut olayın özelliklerine göre, rekabete aykırı bazı uygulamaların varlığının tespiti, önlenemez bir ulusal tehlikenin baş göstermesi, kamuya ilişkin acil ve ticari olmayan bir ihtiyacın belirmesi veya bunlara benzer vakit kaybetmeksizin önlem alınması gereken fevkalade bir durum gerçekleşmesi gerekir²⁸⁷. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde patent sahibinin rızası hilafına münhasırlık içermeyecek şekilde, yalnız yurtiçi kullanıma mahsus²⁸⁸ olmak üzere ve makul ücret

²⁸² Swarup Kumar, “Compulsory Licensing Provision Under TRIPS: A Study of Roche vs Natco Case in India Vis-a-vis the Applicability of the Principle of Audi Alteram Partem”, **SCRIPTed**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2010, ss.136-137.

²⁸³ GATT, uluslararası ticareti çeşitli kapsamlarda düzenlemektedir. Birliğe üye ülkeler gibi Türkiye'nin de taraf olduğu bu çok taraflı antlaşma, 1947 yılında imza altına alınmıştır.

²⁸⁴ Bak, ss.115-116.

²⁸⁵ Madde 31'in başlığı olarak “Zorunlu Lisanslama” kavramı yerine “Hak Sahibinin Rızası Olmadan Patentın Başka Şekillerde Kullanılması” kavramı seçilmiştir.

²⁸⁶ Kumar, s.137.

²⁸⁷ Bu koşullar tahdidi değil, örnekleyicidir. Somut olayın özelliklerine göre olağanüstülük arz eden benzer durumlarda da hakkaniyete uygun olarak zorunlu lisans kararı verilebilecektir.

²⁸⁸ Doha Deklarasyonu ile bu madde tadil edilene kadar, zorunlu lisans kullanılarak üretilen ilaçların ihraç edilmesi yasaktı.

karşılığında zorunlu lisansa hükmedilebilecektir. TRIPS kapsamında zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için yukarıdaki şartlara ek olarak 31. maddenin (b) fıkrasında lisans talep edenin, hak sahibinden makul ticari koşul ve sürede yetki almak için çaba göstermiş olması, ancak bu çabanın makul sayılabilecek bir sürede olumlu sonuçlanmaması şartı da aranmaktaydı. Ancak bu ön görüşme şartı, zaman kaybedilmemesi gereken acil durumlarda ilgili üye devlet tarafından bertaraf edilebiliyordu²⁸⁹.

Fikri mülkiyet haklarına sahip olunması, bunların kullanılması ve korunması bağlamında gelişmiş ve az gelişmiş ülkelerin koşulları göz önüne alındığında, bu ülkeler arasındaki belki de en önemli farkın, ilaç sektöründe kullanılan patentler konusunda çıktığı göz ardı edilemez bir gerçektir²⁹⁰. Zira az gelişmiş ülkeler, kaynak ayırıp buna ilişkin ar-ge çalışması yaparak yeni ilaç patentleri geliştirmek bir yana, mevcut patentleri usulüne uygun olarak elde ederek, üretim yapabilmek için gerekli bilgi birikimi ve teknolojiye dahi sahip değildirler. Yine gelişmiş ülkelerin sahip oldukları patentler nedeniyle -koruma sürelerinin sonuna kadar jenerik ilaç üretimine geçilemediğinden dolayı- ilaç fiyatlarının yükselmesi, az gelişmiş ülkelerin insan yaşamı için hayati önem taşıyan ilaçlara erişimini güçleştirmektedir. Bu da özellikle az gelişmiş ülkelerde yaşayan hastaların tedavi süreçlerini aksatmakta, hatta çoğu zaman tedaviyi imkansız hale getirmektedir²⁹¹.

Dünya kamuoyunda son dönemlerde yıldızı gittikçe daha çok parlayan ve genel kabul gören kamu yararının üstünlüğü ile kamu sağlığının öncelikli olarak korunması ilkeleri gereği, temel sağlık hizmetlerine ve yine insanlığın son yüzyılda çok yoğun olarak mücadele ettiği kanser, AIDS ve benzeri diğer bulaşıcı ve salgın hastalıklar gibi acil önlem alınması gereken hastalıkların tedavisinde kullanılan ve hayati önem taşıyan ilaçlara, özellikle az gelişmiş ülkelerdeki insanlar bakımından makul fiyatlarla ulaşılabilmesi fikri, dünya genelinde her geçen gün daha çok taraftar toplamaktadır. Bu durum zaman içinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) üzerinde ilgili konularda yeni düzenlemeler yapılması bakımından daha çok baskı oluşturur hale gelmiştir. Tüm bu gelişmelerin yanı sıra

²⁸⁹ Christopher K. Eppich, "Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health", **Santa Clara Law Review**, Cilt: 43, Sayı: 1, 2002, s.298.

²⁹⁰ Erik Alsegard, "Global Pharmaceutical Patents After the Doha Declaration – What Lies in the Future", **SCRIPT-ed**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2004, s.13.

²⁹¹ Eppich, ss. 292, 293.

uluslararası arenada insan hakları alanındaki olumlu gelişme ve yaklaşımlar da konuyu gündemde tutarak, nihayet DTÖ tarafından organize edilen Doha Deklarasyonunun (*Doha WTO Ministerial Declaration on TRIPS and Public Health (Doha Declaration)*) vücut bulmasına ve imzalanmasına olanak sağlamıştır. 2001 yılında kabul edilen Doha Deklarasyonu, üye devletlerin –özellikle de az gelişmiş ve gelişmekte olanların- kamu sağlığını koruma amaçlı tedbirler olarak, bu tedbirleri uygulamaya koyma konusundaki haklarını teyid ederek aynı zamanda bunları güçlendirmiş, TRIPS Antlaşmasının nasıl yorumlanması gerektiği konusunda da yol gösterici olmuştur²⁹². Bu güçlendirme özellikle salgın, bulaşıcı veya diğer acil tedbir alınması gereken hastalıklara ilişkin temel ilaçlara erişim imkanı sağlanabilmesi bakımından ilaç patentlerine erişimin kolaylaştırılmasını, diğer bir deyişle zorunlu lisanslamayı da kapsamaktadır.

Doha Deklarasyonu ile, -sadece ilaç patentlerine mahsus olmak üzere- zorunlu lisanslamaya hükmedilse bile bu patenti kullanarak üretim yapabilecek bilimsel ve teknolojik alt yapıya sahip olmayan az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler açısından önemli bir yenilik getirilmiş ve TRIPS Antlaşması ile kabul edilen zorunlu lisanslamasının sadece iç pazarın ihtiyacına yönelik olarak verilebileceği şartı kaldırılmıştır. Doha Deklarasyonu ile getirilen bu değişiklikler doğrultusunda -DTÖ'ye önceden bildirilmesi koşuluyla- üye ülkeler artık zorunlu lisanslama yoluyla ürettikleri ilaçları, bunları üretecek alt yapıdan yoksun az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelere ithal edebilmektedirler²⁹³. Kamu geneline yayılmış büyük sağlık problemleri yaşayan ülkelere, insan hayatı için önem taşıyan ilaçların ihracı yoluyla temin edilmesine yönelik olarak zorunlu lisanslamasının koşullarını belirleyen yasal düzenlemeler, Doha Deklarasyonu'nu takiben Avrupa Birliği bünyesinde de yapılmıştır. 2006 yılında yürürlüğe giren 816 sayılı Tüzük²⁹⁴ de Birlik tarafından bu kapsamda hazırlanarak kabul edilmiştir.

İlaç patentlerinin zorunlu lisanslamasına ilişkin değerlendirmeler yapılırken, bu patentlerinin elde edilmesine yönelik ar-ge ve üretim döngülerinin uzun zaman aldığı, buluş sahiplerine büyük maliyetler getirdiğini de unutmamak

²⁹² Alsegard, ss.16-17.

²⁹³ Kumar, ss.138-139.

²⁹⁴ Regulation (EC) No 816/2006 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on compulsory licensing of patents relating to the manufacture of pharmaceutical products for export to countries with public health problems, **Official Journal**, L 157, 09/06/2006, p. 1–7.

gerekmektedir. İlaçta zorunlu lisanslama vakaları arttıkça, pazara ancak uzun, masraflı ve meşakkatli bir süreç sonunda sürülerek ticarileştirilebilen –ki çoğu araştırma, patentlenememektedir- bu patentlere ilişkin maliyetlerin, patent süresi içinde geri alınamaması sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu da teşebbüslerin, ilaç sektörüne ilişkin yeni yatırımlar ve dolayısı ile de yenilik yapma güdülerinin olumsuz etkilenmesine yol açabilmektedir. Yetkili merciler tarafından zorunlu lisanslama kararı verilirken, ilaç sektörüne özgü bu özelliklerin de göz önüne alınması, sektörün gelişimi bakımından önemlidir²⁹⁵.

3.5.1.1. TRIPS ve Doha Deklarasyonu Kapsamında Patentte Zorunlu Lisanslama Vakaları

Kenya vakası, bu konuda literatürdeki en bilinen vakalardan biridir. Bir Afrika ülkesi olan Kenya, patent sahiplerine ödenen lisans ücretlerinin yüksekliği nedeniyle AIDS hastalığının tedavisinde kullanılan ilaçların çok pahalıya satılması, zor tedarik edilmesi ve yüzden de tedavinin neredeyse mümkün olmaması sebepleriyle dünya üzerinde AIDS hastalığına bağlı ölüm vakalarının en yüksek olduğu ülkelerden biridir. Bir iddiaya göre Kenya’da her gün üç yüze yakın insan bu hastalık sebebiyle hayatını kaybetmektedir. Maddi kaynak bulunsa bile Kenya, AIDS ilaçlarının üretimi için yeterli teknolojik alt yapı ve bilgi birikimine sahip değildir. Bu nedenlerle kamu sağlığının öncelikli olarak korunması ve sürdürülebilir sağlık hizmetlerinin temini ilkeleri çerçevesinde, Kenya’da 90’lı yıllarda ilgili yasalar paralel ithalatın sağlanması ve zorunlu lisanslamaya imkan verilmesi amaçlarıyla tadil edilmiştir. Bu gelişmelerden sonra Kenya tarafından ihtiyaç duyulan AIDS ilaçlarına ilişkin önemli patentlerden bazılarının sahibi olan Alman menşeli Boehringer Ingelheim şirketi, -Kenya hükümeti tarafından zorunlu lisansa hükmedilmek üzere olunduğunu da fark ettiğinden- Kenya halkı için hayati önem taşıyan ilaç ihtiyacının karşılanabilmesi için bazı patentlerini jenerik ilaç üreticisi Cosmos Industries’e gönüllü olarak lisans vermiştir. Aynı pazarda faaliyet gösteren Glaxo Smith Kline ise 2004 yılında Kenya tarafından AIDS ilaçlarına ilişkin zorunlu

²⁹⁵ Ron A. Bouchard, “Qualifying Intellectual Property II: A New Innovation Index for Pharmaceutical Patents & Products”, *Santa Clara High Technology Law Review*, Cilt: 28, Sayı: 2, 2011, s.378.

lisanslama kararı verilmesini takiben ilgili şirketlere patent lisansı vermek zorunda kalmıştır²⁹⁶.

Halkın gelir düzeyinin ve sağlık hizmetlerine erişim oranının oldukça düşük olduğu Hindistan’da ise ilaçların zorunlu lisanslaması kapsamında Hindistan Patent Enstitüsü²⁹⁷ tarafından verilen ilk karar, Natco v. Bayer vakasında alınmıştır. Natco kararı, Doha Deklarasyonunun getirmiş olduğu düzenlemeler kapsamında Hindistan’da bu doğrultuda verilmiş ilk karar olması bakımından önemlidir. Bayer, ileri aşamadaki böbrek ve karaciğer kanseri vakalarının tedavisinde kullanılan “Sorafenib” isimli ilacın patent haklarına sahipti. Patent hakkından kaynaklanan tekel yetkisi sebebiyle de ilacın Hindistan pazarındaki satışını tek başına yapmaktaydı. Bu ilaç, hayat kurtarıcı özelliğe sahip olmamakla birlikte, ileri düzeydeki kanser hastalarının ömrünün iyi koşullarda uzatılması bakımından büyük önem arz etmekteydi. Bayer’in bu ilacını kullanarak yapılan tedavi aylık ortalama 5278 Amerikan Dolarına mal olmakta idi. Ortalama gelir seviyesinin oldukça düşük olduğu bilinen Hindistan pazarında bu aylık tedavi masrafının kabul edilemez boyutta olduğu ise açıktır. Aynı ilacın jenerik versiyonu ile bu aylık tedavi masrafını ortalama 167 Amerikan Doları seviyesine indireceğini iddia eden jenerik ilaç üreticisi Natco, Bayer’e başvurarak Hindistan pazarı için ilaca ilişkin gönüllü lisans talebinde bulunmuştur. Natco’nun bu talebi Bayer tarafından reddedildi. Bunun üzerine Natco, Hindistan Patent Ofisine başvurarak ilaca ilişkin zorunlu lisans talebinde bulunmuş ve bu talebi de kamu sağlığının öncelikli olarak korunması ilkesi çerçevesinde kabul edilmiştir²⁹⁸.

Roche şirketinin patent haklarına sahip olduğu ve Endonezya, Hindistan, Vietnam, Güney Kore gibi Asya ülkelerinde yaygın olarak görülen Asya gribi ile mücadelede önemli bir yeri bulunan Tamiflu (oseltamivir) ilacının, 2003-2006 yılları arasındaki zorunlu lisanslaması da DTÖ kapsamında TRIPS ve Doha

²⁹⁶ Ben Sihanya, “Patents, parallel importation and compulsory licensing of HIV/AIDS drugs: the experience of Kenya”, **Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies**, (Ed. Peter Gallagher, Patrick Low, Andrew L. Stoler), Cambridge University Press, 2005, ss.264,274.

²⁹⁷ Government of India Controller General of Patents, Designs and Trademarks Department of Industrial Policy and Promotions.

²⁹⁸ Naval Satarawala Chopra, Dinoo Muthappa, “The Curious Case of Compulsory Licensing in India”, **Competition Law International**, 2012, <http://awa2013.concurrences.com/businessarticles-awards/article/the-curious-case-of-compulsory> , (22.09.2014), paragraf 4-5;

Enrico Bonadio, “Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case”, **European Intellectual Property Review**, Sayı:10, 2012, ss. 719-721.

Deklarasyonu'na uygun olarak yapılan zorunlu lisanslama vakalarına bir başka örnek olarak sunulabilir²⁹⁹.

3.5.2. Zorunlu Lisanslamanın Birlik Hukukundaki Yeri

Birlik hukuku kapsamında da kamu yararının korunması için rekabet hukuku tarafından fikri mülkiyet haklarının kullanımına getirilen kısıtlamalardan biri de zorunlu lisanslama yükümlülüğüdür. Zorunlu lisanslamanın, zorunlu unsur doktrinin fikri mülkiyet hukuku tarafından korunan unsurlara, istisnai hallerde ve belirli koşullar altında uygulanması sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Birlik hukuku çerçevesinde malların serbest dolaşımını bozup üye devletler arası ticareti etkileyerek ayrımcılık yaratabilecek her türlü girişimde bulunmak yasaktır. Buna göre tek pazarda malların serbest dolaşımının sağlanabilmesi için, üye devletler arası ticareti etkileyebilecek nitelikteki her türlü miktar kısıtlamaları ve benzer etkiye sebep olabilecek eş etkili tedbirler de yasaklanmıştır. Buradaki nihai amaç tek pazarın korunarak ekonomik entegrasyonun tamamlanmasıdır.

Fikri mülkiyet hukukunun, milli hukuk olma özelliği sebebiyle fikri mülkiyet haklarının bölgesel nitelik arz etmesi, sahibine tekel hakkı vermesi ve hakim durum yaratabilme ya da mevcut hakim durumu güçlendirebilmesi özellikleri, malların serbest dolaşımını olumsuz etkileyerek ayrımcılık yaratabilmektedir. Fikri mülkiyete ilişkin hakların bu nitelikleri, tek pazardaki rekabetin bozulmasını engelleyebilmek adına, rekabet kurallarının denetimini ve hukuki gereklilik görülmesi durumunda da bu hakların istisnai hallerde sınırlandırılmasını gündeme getirir. Diğer bir ifade ile zorunlu lisanslamanın en önemli amaçlarından birinin, tekel haklarından ve dolayısı ile de hakim durumun kötüye kullanılmasından kaynaklanan rekabet ihlallerinin önlenilmesinin sağlanması olduğu söylenebilir³⁰⁰.

Fikri mülkiyet haklarından biri olan patent hakkı, bu hakka konu olan mülkiyet hakkının kullanım, üretim, ihracaat veya satış hakkını, hak sahibine verdiği

²⁹⁹ Jerome H.Reichman, "Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options", **Journal of Law, Medicine and Ethics** , Cilt:37, Sayı:2, 2009, s.250.

³⁰⁰ Atif I. Azher, "Antitrust Regulators and the Biopharmaceutical Industry: Compulsory Licensing Schemes Ignoring Gene Therapy Patients' Needs", **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Cilt: 25, 2004, ss.383, 384;

Jarrod Tudor, "Compulsory Licensing in the European Union", **George Mason Journal of International Commercial Law**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, s.222.

ve bu hakkı uzunca bir süre –ki bu süre genellikle 20 yıldır- ilgili pazardaki rakiplerinin rekabetinden koruduğu için, fikri mülkiyet hakları içinde en güçlü olanıdır³⁰¹. Bu sebeple patent haklarına sahip olunması hakim durumdaki teşebbüsler açısından bazı yükümlülükler getirebilmektedir.

Hakim durumun söz konusu olması halinde sahip olunan bu patent haklarının lisans sözleşmeleri aracılığı ile talepte bulunan mevcut ya da potansiyel rakiplerle paylaşılmaması, üye devletler arası ticareti etkileyerek, dolayısı ile de başka teşebbüsler tarafından ortaya konulabilecek yeniliklerin önüne engel oluşturarak, tüketicilere zarar verebileceğinden eş etkili tedbir olarak kabul edilebilmektedir. Bu sebeple de patent hakkı sahibi hakim durumdaki teşebbüsün lisans vermeme eylemi, somut olayın özelliklerine göre ve belli koşullar altında rekabet hukuku kapsamında istisnai olarak yasaklanabilmektedir³⁰². Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse, patent hakları da dahil olmak üzere fikri mülkiyet haklarının rekabet kuralları çerçevesinde hakim durumdaki teşebbüsler bakımından sınırlandırılmasının bir çeşidi de zorunlu lisanslamadır.

Birlik içinde, fikri mülkiyete ilişkin koruma sınırları, her üye devletin kendi iç hukuku tarafından düzenlenirken, rekabet tedbirlerinin alınarak, bunlara ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması ise Birlik kurumları tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple Avrupa Birliği hukukunda zorunlu lisanslamaya ilişkin hukuki çerçevenin, hem üye devletlerin ulusal hukuklarının, hem de Birlik tarafından yapılan düzenlemeler ile uluslararası düzenlemelerin bir sentezinden oluştuğu söylenebilir. Uluslararası antlaşmalar ile Birlik organları tarafından yapılan düzenlemeler, Konsey tarafından onaylandıktan sonra üye devletler katında kanun hükmünde kabul edilirler. Bu düzenlemelerin uygulanmasında artık üye devletlerin takdir hakları kalmaz. Üye devletlerin tamamının Dünya Ticaret Örgütüne de üye oldukları düşünüldüğünde, daha önceki bölümlerde tartışılan TRIPS Antlaşmasının zorunlu lisanslamaya ilişkin hükümlerinin de hem Birlik kurumları, hem de üye devletler için bağlayıcı olduğuna şüphe yoktur³⁰³. 1973 yılında Münih'te imzalanan Avrupa patent sisteminin kurucu antlaşmasından sonra, 2007 yılında Avrupa Patent Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşme çeşitli zamanlarda gözden geçirilerek

³⁰¹ Soyak, s.11.

³⁰² Coco, s.22;
Arıkan, s.164.

³⁰³ Tudor, ss. 222, 223.

değiştirilmiş ve sözleşmeye ilişkin son değişiklikler, 2013 yılında yapılmıştır. Bu Sözleşmenin “Biyoteknolojik Buluşlar” başlığını taşıyan beşinci bölüm 33. maddesinde ise, zorunlu lisanslamanın, patentli buluşları kamu yararına yönelik olarak kullanma hakkı olduğunun altı çizilmiştir³⁰⁴.

3.5.2.1. İlaç Sektöründe Patent Hakkının Zorunlu Lisanslaması ve Birlik Hukuku

3.5.2.1.1. İlaç Sektöründeki Genel Rekabet İhlalleri

Hem yeniliğin teşvikindeki rolü, hem sürdürülebilir sağlık hizmetlerinin (*sustainable healthcare*) toplum geneline yayılımının sağlanmasındaki faydaları, hem de maddi olarak yüksek getirilerinin bulunduğu göz önüne alındığında jenerik ilaç üretim ve kullanımının, global anlamda olduğu gibi Birlik içinde büyük önem arz ettiği söylenebilir. Zira Avrupa Birliği dünya üzerindeki en büyük jenerik ilaç tedarikçilerinden biridir. Bilindiği üzere ilaçta patent, üretimde kullanılan etken maddelerin kimyasal bileşim formülüne verilmektedir. Bu tanımdan yola çıkılarak Birlik açısından büyük önem arz eden jenerik ilacın bilimsel tanımı, 2004/27/EC ile değişik 2001/83/EC sayılı Direktif³⁰⁵ ile net olarak yapılarak yasal çerçevesi belirlenmiştir. Bu tanıma göre “jenerik ilaç, orijinal ilaç ile aynı aktif maddelerin aynı oranlarda bileştirilmesiyle oluşmuş ve biyoeşdeğerliliğe sahip olduğu bilimsel olarak kanıtlanmış ilaçtır”³⁰⁶.

Orijinal ilacın patent koruması bittikten sonra ilgili pazara girebilen jenerik ilaçlar, orijinal ilaçtan daha ucuz olmaları sebebiyle tüketicilerin ilaca erişimini kolaylaştırırlar. Bu nedenle jenerik ilaçlar, özellikle tüketicilerin fiyatlara duyarlı olduğu pazarlarda orijinal ilaçların karşısına güçlü rakipler olarak çıkmakta ve

³⁰⁴European Patent Convention 15th Edition, September 2013, [http://documents.epo.org/projects/babyl/on/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/\\$File/EPC_15th_edition_2013.pdf](http://documents.epo.org/projects/babyl/on/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/$File/EPC_15th_edition_2013.pdf), (22.09.2014).

³⁰⁵ Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 Amending Directive 2001/83/EC on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use, Article 10 (2) (b), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:136:0034:0057:EN:PDF>, (22.09.2014).

³⁰⁶ Christoph Baumgartel, “Myths, Questions, Facts about Generic Drugs in the EU”, **Generics and Biosimilars Initiative Journal**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2012, s.34;

Hasibe Işıklı, **İlaçlarda Test ve Deney Verilerinin Korunması: Avrupa Birliğinde Yeni Sistem**, DPT, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005, s.34.

rekabeti artırmaktadırlar. Kar marjının yüksek olduğu ilaçlarda, jenerik sayısı da buna bağlı olarak artmakta ve bu artış hem orijinal ilacın, hem de jeneriklerinin fiyatlarında düşüşe sebep olmaktadır. Bu sebeplerle Avrupa Birliğine üye devletler de dahil, dünya üzerindeki bir çok ülke, jenerik ilaç kullanımını teşvik edici politikalar uygulamaktadırlar. İlaç sektörü kendi içinde incelendiğinde rekabet ihlallerinin genellikle, jenerik ilaçların pazara girişlerinin engellenmesi ya da geciktirilmesi amacıyla, orijinal ilaçların üreticileri tarafından çeşitli suni giriş engelleri oluşturulması, jenerik ilaç üreticileri ile karşılıklı anlaşmalar yaparak pazarın kapatılması, patent prosedürlerinin ihlal edilerek patent sürelerinin uzatılması ve benzeri yollarla yapıldığı anlaşılmaktadır. Zira jenerik ilaçlar, ancak orijinal ilacın patent koruma süresinin sonunda ilgili pazara girebildikleri için, pazara girişlerin rekabete aykırı eylemlerle kapatılması ya da patent sürelerinin hukuka aykırı olarak uzatılması durumunda ilgili pazar da kendiliğinden rekabete kapanmaktadır. Bunun da hem tüketici refahını, hem de sosyal refahı etkileyici sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Komisyon, gerek rekabet kuralları, gerekse de patent prosedürleri ihlal edilerek yapılan ve her ne şekilde olursa olsun neticede tüketiciyi zarara uğratan bu tür eylemleri, soruşturmalarına konu etmektedir. Özellikle patentli ilaç üreticisinin hakim durumda olması halinde, bu gibi eylemlerin, madde 102 kapsamında değerlendirilerek sınırlandırılabilceği de açıktır³⁰⁷.

3.5.2.1.2. Astra-Zeneca Davası

İlaç sektöründe madde 102 kapsamında hakim durumun kötüye kullanımının tespit edilerek karara bağlandığı ilk dava Astra Zeneca davasıdır³⁰⁸. Ancak bu dava literatürde 102. madde uygulamasını çok genişletmesi sebebiyle eleştirilmiştir. Zira Astra Zeneca kararı, doğrudan hakim durumun kötüye kullanımının tespitinden ziyade, şirketin yapmış olduğu prosedür ihlalleri nedeniyle, bir hukuka aykırılık doğurması ve bu aykırılığın da rekabet ihlaline sebep olmasına ilişkindir.

Dava sonucu verilen kararda hakim durumun kötüye kullanımı sebebiyle Astra Zeneca aleyhine para cezasına hükmedilmiştir. Bununla birlikte kararda

³⁰⁷ Cumhur Atalay Hatipoğlu, İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ar-Ge/İzin Sürecindeki İlaçlar, **Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi**, No.92, Ankara, 2008, p.46-47.

³⁰⁸ Case COMP/A.37.507/F3 Astra Zeneca.

zorunlu lisanslamaya ilişkin herhangi bir hükme rastlanılmamaktadır. Zira hakim durumun alt pazara yayılmak istenmesi, yeni ürün ortaya konmasının engellenmesi gibi zorunlu lisanslama koşulları, somut olayda gerçekleşmemiştir³⁰⁹.

15.Haziran,2005 tarihli kararına³¹⁰ göre Komisyon tarafından Astra Zeneca'ya, en yüksek satış rakamına sahip ülser ilacı olan Losec'e ilişkin hakim durumunu, (1) patent otoritelerine yanıltıcı bilgi verip ek süre alarak patent koruma süresini uzatması, dolayısı ile de jenerik üreticilerin pazara girişini önleyip geciktirerek, ilgili pazara suni giriş engeli oluşturması ve (2) yine kanuna karşı hile yöntemi kullanarak jenerik ilaçların pazarlama ruhsatı almalarını, dolayısı ile de rekabet etmelerini engellemek suretiyle, kötüye kullanması sebebiyle 60 milyon Avro tutarında para cezasına hükmedilmiştir. Bu eylemleri ile Astra Zeneca'nın, potansiyel rakiplerini, ilgili pazardan dışlamaya yönelik anti-rekabetçi amaçlarla hareket ettiği açıktır³¹¹. ABAD da Komisyon'un işaret ettiği bu hususları kabul ederek, hakim durumdaki bir teşebbüsün, hakim durumunu kötüye kullanmamaya ilişkin özel özen gösterme yükümlülüğü kapsamında, hiçbir şekilde yasal düzenlemeleri rakiplerinin ilgili pazara girmesini engelleyecek ya da zorlaştıracak şekilde kendi amaçları doğrultusunda kullanamayacağını altını çizmiştir. Bu sebeplerle ABAD, Komisyon'un kararını, 6 Aralık 2012 tarihli kararıyla onamıştır³¹².

ABAD'ın bu kararı, Astra Zeneca'nın dava konusu eylemleri, ilgili pazarda hakim durumunu korumak amacıyla ve bilinçli olarak kamu otoritelerini yanıltma iradesiyle yapmış olduğunun tespit edilmesi bakımından önemlidir.

³⁰⁹ Michael Kort, **Intellectual Property and Article 82 EC, Patents and Technological Progress in a Globalized World** (Edited By Wolrad Prinz zu Waldeck und Pymont, Martin J. Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexl, Ralph Nack), Springer Berlin Heidelberg, 2009, p.167;

Mehmet Gün ve diğerleri, s.219.

³¹⁰ Commission Decision of 25 June 2005 Relating to a Proceeding under Article 82 pf the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37507/37507_193_6.pdf , (22.09.2014).

³¹¹ Court of Justice of the European Union Press Release No. 158/12,Luxembourg, 6 December 2012, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120158en.pdf>, (22.09.2014), p.1-2.

³¹² White & Case Publications, AstraZeneca v. European Commission, Case C-457/10 P, 2012, <http://www.whitecase.com/files/Publication/02ee0444-748c-47a3-b17b-ddd6dfaa2da8/Presentation/PublicationAttachment/d04c5061-b57e-4c7d-b85f-f355999891c1/alert-astrazeneca-december-2012.pdf> , (22.09.2014), s.4.

1 Temmuz 2010 tarihli kararı ile Avrupa Birliği Genel Mahkemesi tarafından, para cezası, 60 milyon Avro'dan 52,5 milyon Avro'ya indirilmiştir. Bu karar ABAD tarafından 6 Aralık 2012 kararı ile onanmıştır.

3.5.3. Patent Haklarının Zorunlu Lisanslaması ve Türkiye

Türk hukuku açısından bakıldığında aslında oldukça yeni bir konu olan “zorunlu lisans” kavramı, ilk kez 27.06.1995 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 551 sayılı “Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile hukukumuzdaki yerini almış ve ilgili Kanun Hükmünde Kararnamenin 99 ila 120. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Türk hukuku açısından yeni bir konu olsa da 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “zorunlu lisans” kavramının koşul ve sınırlarının ayrıntılı olarak çizilerek düzenlendiği söylenebilir. Bu düzenlemeye göre zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için somut olay kapsamında madde 99’da sayılan üç şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar ise (a) patent konusu buluşun sahibi tarafından aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin 96. maddesinde açıklanan şekilde kullanılmaması, (b) kullanımları birbirlerine bağlı patentlerin söz konusu olması ve (c) kamu sağlığının, milli güvenliğin korunması gibi madde 103 kapsamında belirtilen ve kamu yararının öncelikli olarak korunmasını gerektiren diğer bazı hallerin, somut olayda mevcut olması gerektiği şeklinde sıralanabilir.

Türk hukukunda usulüne uygun olarak sicile tescil edilerek patent belgesi alınmış buluşların kullanılmaları zorunludur. Daha detaylı olarak açıklamak gerekirse ilgili Kanun Hükmünde Kararnamenin 96. maddesine göre, buluş sahibi ya da onun yetkili kıldığı kişi, patenti tescil tarihinden itibaren üç yıl içerisinde kullanmak zorundadır. Yine 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 100. maddesine göre objektif haklı bir sebebe dayandırılmayan kullanmama hallerinde, ilgili herkes zorunlu lisansa hükmedilmesi talebi ile mahkemeye başvurabilir. Buradaki amaç, patentin kullanılmaması sebebiyle, bu patente bağlı olarak yapılabilecek yeniliklerin ortaya çıkmasının kolaylaştırılmasıdır.

Yeni bir patentin kullanılabilmesi, ancak ve ancak önceki tarihli bir patentin kapsamında mümkün olabiliyorsa, bu durumda birbirine bağlı patentler söz konusu olduğundan -yeni patentin, eski patentten daha farklı bir amaca hizmet ettiğinin ya da önemli bir teknik ilerleme meydana getirdiğinin kanıtlanması şartıyla- yeni patentin sahibi tarafından zorunlu lisans talebinde bulunulabilir (551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 101).

Kamu sağlığının ve milli güvenliğin korunması halleri ile patentli buluşun yetersiz kullanılması ve benzeri sebeplerle ülkenin ekonomik, bilimsel, teknik ya da sosyal refahının olumsuz etkilemesinin önüne geçilmesi gibi kamu yararının korunmasını gerektiren özel durumlarda da zorunlu lisansa hükmedilebilir. Ancak kamu yararının gerektirdiği bu hallerde zorunlu lisansa hükmedilebilmesi için madde 99'un (a) ve (b) bentlerinden farklı olarak mahkeme kararı yeterli olmamakta, Bakanlar Kurulu kararına ihtiyaç bulunmaktadır (551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 103).

Türk hukuku kapsamında zorunlu lisansın hukuki nitelikleri ise ilgili Kanun Hükmünde Kararnamenin 114. maddesinde sayılmıştır. Buna göre kamu yararı amacıyla verilen istisnai nitelikteki zorunlu lisans kararı hariç olmak üzere, "inhisari zorunlu lisansa" hükmedilemez. Ayrıca her koşul altında zorunlu lisans karşılığında patent sahibine makul bir bedel ödenmek zorundadır. Diğer bir ifade ile, zorunlu lisans kararı -kamu yararı sebebi de dahil olmak üzere- her ne nedenle verilirse verilsin karşılığında mutlaka makul bir lisans creti ödenir. Yine mahkeme kararı ile lehine zorunlu lisansa hükmedilen kişi ya da teşebbüsün, patent konusunu ithal etmeye hakkı da bulunmamaktadır. İthal izni ancak ve ancak kamu yararı gereği verilen zorunlu lisans kararında ithal iznine ilişkin açık hüküm bulunması halinde – geçici süre ile ve ihtiyaçla sınırlı olmak kaydıyla- mümkündür (551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 114). Zorunlu lisans kararı işletmeye bağlı olarak yapılan devirler dışında devredilemeyeceği gibi (551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 117), zorunlu lisansın kapsamı da bu kararı veren yetkili mercinin izni olmaksızın deđiřtirilemez³¹³. Ayrıca zorunlu lisans, alt lisans verilemez (551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname madde 117), rehin ya da satış sözleşmelerine de konu edilemez.

Türk hukukundaki tüm bu düzenlemeler, Avrupa Birliği rekabet kurallarına ve Türkiye tarafından kabul edilen diğer uluslararası düzenlemelere uygun olarak yapılmıştır. Bu düzenlemelerle, patent hakkı sahiplerinin, tekel hakkı da dahil olmak üzere bu hakkın kendilerine bahşettiği her türlü önceliği kullanarak teknolojik gelişimi kontrol etme ve sınırlandırma, ilgili pazara giriş engelleri oluşturarak pazarı

³¹³ Arif Esin, Sınai Hakların Korunması Hakkındaki Kanun ile Yapılan Yeni Düzenlemeler, <http://www.esrcr.com/article/2517/sinai-haklarin-korunmasi-hakkındaki-kanun-ile-yapılan-yeni-duzenlemeler/p1> , (22.09.2014).

kapatma, hakim durumlarını kötüye kullanma gibi yollarla ilgili pazardaki rekabeti engellemelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

3.5.3.1. Bilsa Kararı

Ülkemizdeki tescilli patent sayısı, her ne kadar son yıllarda büyük artış göstermişse de³¹⁴ Türk Patent Enstitüsünün, yetkili mahkemelerin ya da diğer ilgili mercilerin önüne lisanslamanın reddine ve zorunlu lisanslamaya ilişkin bir uyumsuzluk geldiği henüz kayıt altına alınmamıştır. Somut olayın özelliklerine bakıldığında fikri mülkiyet haklarının lisanslamasının reddi kapsamında değerlendirilmeye en yakın vaka, Bilsa vakasıdır³¹⁵.

Bu karar incelendiğinde, Bilsa Yazılım A.Ş. ve Bilsa grup bünyesindeki yazılım şirketlerinin (Bilsa), okullarda kullanılan paket yazılım programları pazarında hakim durumda olduğu görülmektedir³¹⁶. Bilsa, fikri mülkiyet haklarına sahip olduğu ve bunlara ilişkin kullanım haklarını lisans sözleşmeleri vasıtası ile okullara devrettiği yazılımlara, okul otomasyon sistemine girilmiş öğrenci bilgilerine erişimi engelleme amacıyla kripto koymaya, bu bilgilere erişimi engellemeye ve bu yolla da bilgilerin başka programlara aktarılmasını önlemeye ilişkin faaliyetleri sebebiyle hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle rakipleri Eğitim Bilişim Danışmanlık Yayıncılık Telekomünikasyon Ticaret Limited Şirketi (Eğitim Bilişim) ve Venero Bilişim Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi (Venero Bilişim) tarafından, şikayet edilmiştir. Kripto koyarak veri aktarımının önlenmesi yoluyla yazılımı kullanan okulların Bilsa'ya bağımlı hale geldiği ve okulların bu verileri kaybetmekten çekinmeleri nedeniyle daha cazip koşullarla dahi olsa rakiplerin programlarını kullanmaktan kaçındıkları ileri sürülerek, bu yöntemle pazarın kapatılarak rakiplerin ilgili pazara girişlerinin engellendiği iddia edilmiştir. Zira somut olayda kullanılan kriptolar yüzünden okulların verilerini başka programlara aktaramamaları sebebiyle, yazılımlarını değiştirmeleri fiilen imkansız hale gelmekteydi. Bu da ilgili pazarın rakiplerin girişlerine suni olarak kapatılarak,

³¹⁴ Türk Patent Enstitüsü, **Patent ve Faydalı Model İstatistikler, Yıllık İstatistikler, Patent Tescillerinin Yıllara göre Dağılımı**, <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/statistics/>, (22.09.2014).

³¹⁵ Ali Arıöz ve diğeri, s.12,13, 25.

³¹⁶ **Rekabet Kurulu Kararı (Bilsa)**, Dosya Sayısı: 2006-2-42 (Soruşturma), Karar Sayısı: 07-26/238-77, Karar Tarihi: 21.03.2007, paragraf 1.2.2.1.

müşterilerin rakiplerin sunduğu yenilik ve fırsatlardan yararlanmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktaydı³¹⁷.

Rekabet Kurulu tarafından nihai olarak yapılan inceleme sonucunda verilen kararda, fikri mülkiyet hakkı sahibi olan ve ilgili pazarda hakim durumda bulunduğu tespit edilen Bilsa'nın sahip olduğu teknik ve ticari araçlardan yararlanarak rakiplerinin pazara girişlerini engellediği ve küçük teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun 6. maddesi kapsamında hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir³¹⁸. Aynı kararda Bilsa aleyhine idari para cezasına da hükmedilmiştir. Yine Bilsa'nın kendileri ile sözleşmeleri sona eren okullara ait verileri –okullardan bu konuda bir talep gelmesi durumunda– ilgili mercilere şifresiz ve tam olarak temin etmesi gerektiği hususu da aynı kararda hüküm altına alınmıştır³¹⁹.

Sonuç olarak bu karar kapsamında da konunun sadece sözleşme yapmayı reddetme başlığı altında incelendiği söylenebilir. Bu kararda “zorunlu lisans” kavramı, açıkça hiçbir şekilde kullanılmamıştır. Bilsa kararının genel özelliklerine bakıldığında Türk hukuku kapsamında zorunlu lisanslamanın uygulama kriterlerinin belirlenmesi çalışmaları açısından oldukça zayıf kaldığını da belirtmek yerinde olacaktır³²⁰.

3.6. ZORUNLU LİSANSLAMA KAPSAMINDA TARAFLARA GETİRİLEN TEMEL YÜKÜMLÜLÜKLER VE TEKNOLOJİ STANDARTLARI

3.6.1. Teknolojik Ürün

Ürün, pazardaki mevcut ya da potansiyel tüketici talep ve ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak ortaya konulan elle tutulur, gözle görülür somut herhangi bir şey olabileceği gibi, soyut anlamda bir fikir, bilgi ya da hizmet sunumu da olabilir. Aynı ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler, ölçek ekonomisi kapsamında düşük maliyetle üretim yapma yolu dışında, ürün geliştirme ile ortaya yeni ürünler koyma ya da mevcut ürünleri kalite ve kullanım bakımından daha

³¹⁷ Rekabet Kurulu Kararı (Bilsa), paragraf F.

³¹⁸ Rekabet Kurulu Kararı (Bilsa), paragraf H-J.

³¹⁹ Rekabet Kurulu Kararı (Bilsa), paragraf J.

³²⁰ Arıöz ve diğeri, s.12.

avantajlı duruma getirir, ürün farklılaştırmasına giderek ürünlerinin pazarlanabilme eğrilerini yükseltmek suretiyle de rakiplerine karşı “rekabet üstünlüğü” elde edebilirler. Bu yollarla rekabet üstünlüğü elde eden teşebbüsün, ilgili pazardaki karlarını en üst düzeye getirerek pazar payını artırabilme ve pazarda hakim duruma gelebilme ihtimali de bir hayli yüksektir.

Teknoloji alanındaki gelişmelerin sıkı bir şekilde takip edilip değerlendirilerek vakit kaybetmeksizin yeni ürün geliştirme ve farklılaştırılmasında kullanılması, rekabet avantajı elde etme açısından rakipler arasındaki mesafenin açılmasını sağlayan en önemli etkenlerden biridir. Diğer bir ifade ile günümüzde teknoloji, yeni ürün geliştirme ve farklılaştırma süreçlerine katkıda bulunan en dinamik unsurlardandır. Hayatımızda her geçen gün daha çok yer tutmaya başlayan teknolojik ürünler, düşünsel uğraşlar sonucu ortaya konulan bilimsel ve teknik bilgilerin, endüstriyel alana uygulanması sonucu ortaya çıkan ve fikri mülkiyet hukuku tarafından korunan ürünler olarak tanımlanabilir³²¹.

3.6.2. Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku Bakımından Teknolojik Yeniliklerin Teşvikinin Önemi

Teknolojik yenilik ve bilgi, kamusal mal niteliğindedir. Diğer bir ifade ile teknolojik yenilik ve bilgi, bir kere kullanıldıktan sonra tükenmediği gibi, toplumun geneline yaygınlaşıp yeni buluş ve teknolojilere de temel teşkil ederek katma değer kazanmak suretiyle daha da değerlenir³²².

Teknolojik yenilik ve bilginin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olan ar-ge yatırımları çok masraflı olup oldukça yüksek miktarlarda risk sermayesi gerektirmektedir. Ancak bir kere bilgiye ulaşıldı mı ortaya konan teknolojik ürünün yeniden üretim maliyeti ise çoğu zaman oldukça düşüktür. Bu sebeple ilk yatırımcının, başka bir ifade ile buluş sahibinin, bu uğurda yapmış olduğu ilk yatırımlarının korunması ve bunların karşılığını alabilmesi çok önemlidir. Böylece yatırımlarının karşılığını alan buluş sahibinin yatırım yapma güdüsü artacağından, yeni yatırımlara yönelecek neticede de teknolojik ilerlemenin sürdürülebilirliği

³²¹ Odman, Yeniliklerin Teşviki, ss.37, 38.

³²² Teknoloji Politikaları: Kuramsal Çerçeve, Bölüm 2, <http://www.inovasyon.org/pdf/blm2.pdf> , (22.09.2014), s.7.

sağlanabilecektir. Bu noktada karşımıza yine büyük yatırımlar sonucu ortaya konan buluşların fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunmasının önemi hususu çıkmaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku kapsamında getirilen teknolojik yeniliklerin patentlenerek mülkiyet haklarının üçüncü kişilere karşı korunması mekanizması sayesinde, buluş sahiplerinin ilk yatırım masraf ve emeklerinin karşılığını almaları ve yeni yatırımlar yapmak için gerekli olan güdülerinin devamlılığının sağlanması hedeflenir. Yine patentlerin, lisans sözleşmeleri vasıtası ile üçüncü kişilere devredilebilirliğinin sağlanması da ilk yatırımdaki belirsizlik riskini üstlenen yatırımcının bu yatırımdan kazanç elde ederek yeni yatırımlara yönelmesi olasılığını artırır. Bu süreç sonunda nihai olarak bir yeniden yatırıma yönelme döngüsünün oluşması sağlanarak, teknolojik gelişme ve netice olarak da toplumsal kalkınmanın sürdürülebilirliği garanti altına alınmaya çalışılmaktadır.

Buluşların fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunması bir yandan patentler dolayısı ile elde edilen lisans ücretleri sebebiyle maddi gelir elde etmeyi ve bu gelirleri yeni yatırımlara yönlendirerek teknolojik gelişimi sürdürebilmeyi olanaklı hale getirirken, bir yandan da rakipler karşısında önemli bir rekabet avantajı kazanılmasını sağlamaktadır. İleri teknolojiye ve bu bağlamda ortaya konan yeniliklerin fikri mülkiyetine sahip olma, sadece risk sermayesi yatırarak bu uğurda çeşitli yatırımlar yapan teşebbüslerin değil, aynı zamanda ülkelerin de uluslararası alanda rekabet edebilme koşullarını olumlu etkiler niteliktedir. Bu sebeplerle günümüzde uluslararası arenada rekabet, büyük oranda bilgi ve teknolojiye dayalıdır. Rekabet kurallarının uygulanmasıyla fikri mülkiyet hukuku ile buluş sahiplerine sağlanan tekel niteliğindeki hakların kötüye kullanılması engellenerek rakiplerin adil ve serbest bir piyasa ortamında rekabet etmeleri ve böylelikle de yenilik üretme konusundaki verimliliklerinin artması sağlanmaya çalışılır.

3.6.3. Teknolojik Yeniliklerin Lisanslanması Kapsamında Tarafların Hak ve Yükümlülükleri ile FRAND İlkesi

Pazara sürülen yeni bir ürün, fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan ve halihazırda tescilli bulunan başka bazı ürünlerin birleşmesinden meydana geliyorsa,

bahsi geçen mevcut patentlerin hak sahiplerinin de -tüm diğer fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin yaptığı gibi- bu durumu fikri mülkiyetten doğan tekel haklarını garanti altına alarak bu haklardan kaynaklanan karlarını maksimize etmek için kullanacaklarından şüphe yoktur. Özellikle temelleri yeniliğe ve ileri teknolojiye dayanan pazarlarda bu durum daha net olarak ortaya çıkmaktadır.

Yeniliğe ve ileri teknolojiye dayalı sanayilerde ar-ge ve ilk yatırım masrafları genel masraf kalemleri içinde en yüksek paya sahip olanlardır. Bu sebeple de teşebbüslerin ar-ge çalışmalarına kaynak ayırıp, yenilikler ortaya koyarak yeni teknolojiler üretmeye devam etmeleri, diğer bir ifade ile yenilik yaratma güdülerinin desteklenerek sürdürülebilir kılınması için fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan koruma ve imkanlardan mümkün olan en iyi şekilde yararlanmalarının sağlanması önemlidir. Zira ar-ge çalışmaları sonucunda ortaya konulan yenilik, yaygınlaşarak pek çok teşebbüs tarafından kullanılabilir. Ancak eğer yeniliği ilk kez ortaya koyan hak sahibi, diğerlerinin bu kullanımına istinaden somut ve tatmin edici bir karşılık alamazsa büyük paralar, emek ve zaman harcayarak yenilik üretmekten bir süre sonra vazgeçebilecektir. Bu bağlamda ortaya çıkan sorunu çözmek için fikri mülkiyet hukuku kapsamında sağlanan imkanlardan en önemlilerinden biri de hak sahiplerinin buluşlarının kanun kapsamında korunması ve tescilli bu yeniliklerin lisans sözleşmeleri vasıtası ile ve yine belli bir lisans ücreti karşılığında üçüncü kişi ya da kişilere devredilebilmeleridir.

Sözleşme özgürlüğü kapsamında fikri mülkiyet hakkı sahipleri, bahsi geçen lisans sözleşmeleri bakımından lisans ücreti ödemelerinin miktar ve şeklini belirleyebilme, lisans alana fikri mülkiyetin hangi şartlar altında ve ne şekilde kullanılabileceği hususunda bazı koşullar dayatma haklarına da sahiptirler. Ancak lisans sözleşmesine ilişkin bu koşullar belirlenirken, özellikle hakim durumdaki patent hakkı sahiplerinin, bu sözleşmelere getirdikleri ağır koşullar ve belirledikleri yüksek lisans ücretleri yolu ile hakim durumlarını kötüye kullanmaları ve bu şekilde ilgili pazardaki rekabeti olumsuz etkilemeleri de olasılık dahilindedir. Bu şekilde rekabet koşulları bozulan bir pazarda da teknolojik gelişim ve kalkınma ile neticede de sosyal refahın zarar göreceği açıktır. Dolayısıyla lisans sözleşmelerine ilişkin koşullar ve ücret bedelleri belirlenirken, hakim durumdaki hak sahiplerinin, hakim durumlarını kötüye kullanmalarını önlemek ve bu yolla teknolojinin daha geniş

tabanlı yayılımına imkan vererek aynı zamanda da rekabeti koruma hedefine ulaşmak için devreye FRAND ilkesi (*Fair, Reasonable and Nondiscriminatory (FRAND) terms*) girmektedir.

3.6.3.1. FRAND İlkesi³²³

Patentler pratikte bir yeniliğin ilgili pazardaki rakipler tarafından hak sahibinin rızası dışında ve haksız olarak kullanılmalarının engellenmesine olanak sağlar. Yine patent hakkının fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunması, sahibinin buluşa ilişkin mülkiyet haklarını garanti altına alırken, aynı zamanda da hak sahibine bu haklarını üçüncü kişilere lisans sözleşmeleri aracılığı ile devredebilmeleri imkanını da verir. Lisans sözleşmeleri vasıtası ile yapılacak bu devrin, pazardaki serbest ve adil rekabet ortamını bozmaması için sözleşme koşullarının ilgili pazardaki tüm ticari aktörlere adil, makul ve eşit şekillerde sunulması gerekmektedir. İşte bu noktada karşımıza FRAND ilkesi çıkmaktadır.

“FRAND” terimi, lisans sözleşmelerine hakim olması gerektiği uluslararası arenada kabul görmüş temel ilkelerin baş harflerinin birleşiminden oluştuğundan, tek başına FRAND kelimesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ilgili pazardaki rekabetin korunması hedefi doğrultusunda FRAND ilkesi, lisans sözleşmelerinin adil (*fair*), makul (*reasonable*) ve ayrımcı olmayan (*non-discriminatory*) koşullar içermesi gerekliliğini ifade etmektedir³²⁴. Bir diğer deyişle, lisans devri konusunda, gerek lisans alan, gerekse de lisans veren tarafından çeşitli hak ihlallerinin yapılmasının önlenmesine yönelik olarak kullanılan yöntemlerden biri de, lisans sözleşmelerine FRAND ilkesinin uygulanmasıdır. Böylelikle, sözleşmelerin tüm taraflar için adil, makul ve ayrımcılık içermeyen koşullar taşıması garanti altına alınarak rekabet ortamının korunması ve sürdürülebilir teknolojik ilerlemenin sağlanması amaçlarına ulaşılmaya çalışılmaktadır³²⁵.

“FRAND” kelimesini oluşturan kavramları tek tek incelemek gerekirse; “adil olma” teriminin, lisans sözleşmesi koşullarının, rekabet hukuku hükümlerine ve

³²³ (F)RAND Terms. Bu ilke kimi kaynaklarda “RAND Terms” olarak da geçmektedir.

³²⁴ COM (92)445 Final, p.16.

³²⁵ Selin Özden Merhacı, “Standartlar ve Patent Hakkı”, **Standardizasyonun Küresel Ekonomiye Etkileri Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 25-26.11.2013, <http://sempozyum2013.tse.org.tr/docs/b5/selin-ozden-merhac%C4%B1.pdf?sfvrsn=2>, (29.05.2014), s.6.

diğer ilgili yasalara ya da lisans sözleşmesi ile hedeflenen amaçlara aykırı herhangi bir hüküm içermemesi ve lisans sözleşmesi koşullarının aynı şartlardaki tüm lisans alanlara eşit koşul ve şekillerde uygulanması gerektiğini ifade ettiği söylenebilir. “Makul olma” terimi ise genellikle somut olayın özelliklerine uygun bir lisans ücretinin belirlenmesi, diğer bir ifade ile fahiş fiyatlandırma yapılmaması gerektiği anlamına gelir. Son olarak “ayrımcı olmama” şartı ise, lisans verilirken hem lisans ücreti oranları, hem de diğer koşullar bakımından eşit durumdaki tüm lisans alanlara eşit koşullarda muamele edilmesi, herhangi bir konuda lisans alanlar arasında objektif haklı sebeplerle açıklanamayacak şekilde ayrımcılık yapılmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Bütün bunların yanında “ayrımcı olmama” şartını, herkese lisans verme yahut herkese mutlak olarak eşit şartlarda ve eşit fiyatlarla lisans verme zorunluluğu olarak tanımlamak da doğru olmayacaktır. Bu durum, ilgili pazarda benzer koşullarda faaliyetlerde bulunan teşebbüslerin, bir lisansı almak için başvuruda bulunmaları halinde, bu teşebbüslere lisans veren tarafından benzer lisanslama koşullarının sunulması gerekliliğini ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, benzer koşullardaki lisans alanlardan birine, ilgili pazardaki rekabeti olumsuz yönde etkileyecek herhangi bir ayrıcalık tanınmaz³²⁶.

FRAND ilkesinin lisans sözleşmelerine uygulanması yolu ile, öncelikle patent hakkı sahibinin hakim durumunu ve patentten kaynaklanan tekel haklarını kötüye kullanmasının önlenmesi hedeflenmektedir. Serbest ve adil rekabet ortamının korunabilmesi hususunda, FRAND ilkesinin tam ve doğru şekilde uygulanması önemlidir. Bu konuda da iş büyük oranda teknoloji standartlarını belirleyen kurumlar (*standards setting bodies, standards setting organization*) ile rekabete uygunluğu denetleyen kurum ve kuruluşlara düşmektedir. Bu kurum ve kuruluşlar aracılığıyla gerek hak, gerekse de rekabet ihlallerine ilişkin denetim sağlanmaya çalışılır³²⁷.

³²⁶ Dennis W. Carlton, Allan L.Shampine, “An Economic Interpretation of FRAND”, **Journal of Competition Law & Economics**, Cilt: 9, Sayı: 3, 2013, s.533.

³²⁷ Amedeo Arena, Bettina Bergmann, Jay L. Himes, “Two Bodies of Law Separated by a Common Mission: Unilateral Conduct by Dominant Firms at the IP/Antitrust Intersection in the EU and the US”, **European Competition Journal**, Cilt: 9, Sayı:3, 2013, s.637;

Krista S. Jacobsen, “Intellectual Property in Standards: Does Antitrust Law Impose a Duty to Disclose (Even if the Standards-Setting Organization Does Not)”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2009, ss.467, 468.

Herkese eşit şekilde uygulanacağı varsayılan FRAND ilkesinin ortaya koyulmasındaki bir diğer amaç da şeffaflığı artırmak suretiyle ilgili pazara giriş kolaylığı sağlanarak rekabeti artırmak ve lisans ücretlerini hem lisans alan, hem de lisans veren için makul seviyelerde tutabilmektir³²⁸. Böylece bir yandan ürün fiyatlarının yüksek lisans ücretleri sebebi ile şişmesi engellenerek tüketici yararı korunurken, diğer yandan da teknolojinin yaygınlaşması ve lisans verenin yaptığı yatırımların karşılığını alması sağlanarak, yenilik yapma güdüsünün olumsuz etkilenmesinin de önüne geçilebilmektedir.

Lisans sözleşmelerine FRAND ilkesinin uygulanması ile pazara yeni girecek potansiyel rakiplerin, geleceğe yönelik ticari planlarını daha net yapabilmelerine olanak sağlanarak, lisans sözleşmeleri aracılığı ile yüksek lisans ücretleri ve/veya makul olmayan lisans koşulları dayatılarak ilgili pazara suni giriş engeli oluşturulması ve rakiplerin çeşitli şekillerde pazardan dışlanmaları önlenmeye çalışılmaktadır.

Tüm bu koşullar birlikte değerlendirildiğinde kanımızca, FRAND ilkesinin de fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun birbirlerine karşı dengelenerek pazardaki rekabetin, dolayısı ile de tüketici refahı, sosyal refah ve teknolojik gelişimin artırılması ile pazarların şeffaflaşarak teknolojinin yaygınlaşmasına hizmet ettiğine şüphe yoktur. Bu da FRAND ilkesi ışığında yapılan lisanslamaların, patentlerin çok çeşitli alanlarda kullanılma şekil ve sıklığını artırıp, yeniliğin toplum geneline yayılmasını sağlayarak teknolojik gelişime zemin hazırladığının açık kanıtıdır.

3.6.4. Avrupa Birliğinde Zorunlu Lisanslama ve FRAND İlkesi

Avrupa Birliği genelinde kabul gören temel hukuk prensiplerinden biri de “hakim durumun kötüye kullanılması yasağı”dır. Bu yasak kapsamında lisanslamayı reddetme ya da lisanslama yapmakla birlikte FRAND koşulları ile lisanslama yapmaktan kaçınma hallerinde, hakkaniyetin tesisi ile fikri mülkiyetin ve rekabetin korunması hedefleri arasındaki hassas dengenin sağlanması, buna bağlı olarak da teknolojik ilerlemenin aksamaması için devreye rekabet kuralları vasıtası ile yapılan

³²⁸ Communication from the Commission, Intellectual Property Rights and Standardization, **COM (92)445 Final**, ISSN 0254-1475, Brussels, 27.10.1992, ss.3-4.

denetim girmektedir. Özellikle ileri teknoloji pazarlarında teknoloji transferi bağlamındaki lisans sözleşmelerinin FRAND koşullarına uygun bir şekilde hazırlanması ile buna ilişkin olarak yapılan rekabet denetimi, sürdürülebilir teknolojik ilerlemenin sağlanması bakımından hayati bir önem taşımaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan bir patentin varlığı, bir başka ürünün veya yeniliğin ortaya konulabilmesi, üretilmesi, satılması ya da kullanılması için olmazsa olmaz bir nitelik taşıyorsa, bu patentin, pazara sürülmesi düşünülen yenilik için bir “asli unsur (*essential intellectual property right*)” teşkil etmekte olduğu söylenebilir. Günümüzde özellikle yeniliklerin seri şekilde üretilerek toplumların kullanımına sunulması aşamasında, kalitenin ve asgari teknik düzeyin korunması açısından standartları belirleyen kurumlar tarafından, bazı standartlar getirilerek, bu standartların üretimde kullanılmasının zorunlu tutulması, diğer bir deyişle bu standartların o ürün için asli unsur olarak düzenlenmesi de olağandır.

Bir konuda asli unsur yani teknoloji standardı kabul edilen bir patent olmadan üretim yapılması olanaksız olduğunda patent sahibinden, asli unsur olarak kabul edilen bu yeniliğin kullanılabilmesi amacıyla üçüncü kişiler tarafından lisans talep edilmesi de kaçınılmazdır. Teknoloji standardı haline gelmiş bir patenti (*standard essential patent*) kullanarak üretim yapabilmek için yatırım yapıldığında, teşebbüsler bu standarda, diğer bir ifade ile üçüncü bir kişi adına patentli bulunan bu buluşa bağlanırlar (*locked-in*) ve ikamesi olsa dahi artık bu standart haline gelmiş patenti bırakıp ikamesine kolay kolay yönelemezler. Zira standarda uygun üretim yapmaya yönelik olan ve oldukça yüksek kalemler tutan ilk yatırım masraflarını yeniden yapmayı göze alamazlar. Hele de bu asli unsur kabul edilen patentin herhangi bir ikamesi yoksa fikri mülkiyet hakkı sahibinin lisans sözleşmesi karşılığında yüksek lisans bedelleri ve/veya lisans sözleşmesine ilişkin olarak makul olmayan, kabul edilemez şartlar ileri sürmesi olasıdır. Ayrıca asli unsur kabul edilen bir patentin sahibi olan teşebbüsün, kaçınılmaz olarak pazar gücünü büyük oranda artıracığına³²⁹ ve pazar gücünün artması ile de ilgili pazarda hakim duruma gelmesi arasında doğru orantı olduğuna da şüphe yoktur. Başka bir ifade ile –özellikle patentin herhangi bir ikamesinin bulunmaması veya lisans alanın yapmak zorunda kaldığı ilk yatırım masraflarının yüksek olması hallerinde-asli unsur kabul edilen buluşun sahibinin bu

³²⁹ Henry E. Smith, “Property as Platform: Coordinating Standards for Technological Innovation”, *Journal of Competition Law and Economics*, Cilt: 9, Sayı: 4, 2013, s.1058.

durumdan kaynaklanan hakim durumunu kötüye kullanarak patentli teknolojinin gerçek değerini yansıtmayan fahiş lisans bedelleri talep ederek ya da başka kabul edilemez nitelikte lisans şartları ileri sürerek hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle ilgili pazardaki rekabet koşullarını bozma olasılığı oldukça yüksektir. İşte bu gibi istenmeyen durumların engellenmesi için lisans sözleşmeleri yapılırken tarafların FRAND koşullarına uygun davranmaları önemlidir³³⁰.

Yeni bir ürünün üretilerek pazara sürülebilmesi bakımından teknoloji standardı haline gelmiş, patentli bir buluşun patent sahibinin lisans vermeyi bütünüyle reddetmesi veya makul koşullarda lisans vermeyi reddetmesi hallerinde, zorunlu lisanslamaya başvurulması, özellikle alt pazarlarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin ticari faaliyetlerine devam edebilmeleri bakımından hayati bir önem arz eder. Böyle bir durumda zorunlu lisanslama yoluna gidilmesi ile pazardaki rekabet ortamının bozulmadan korunması sağlanırken, aynı zamanda fikri mülkiyetten kaynaklanan tekel hakları ile büyük oranda bu haklardan kaynaklanan hakim durumun kötüye kullanımının da önüne geçilebilecektir. Zira teknolojik yeniliklerden kaynaklanan fikri mülkiyete ilişkin tekel haklarının ve hakim durumun kötüye kullanımının engellenmesi adına alınabilecek önlemlerden biri de hiç şüphesiz zorunlu lisanslamadır. Teknolojik yeniliklerin zorunlu lisanslaması vasıtası ile lisans vermeyi reddetme ya da makul olmayan lisans koşulları ileri sürme sebepleriyle fikri mülkiyet haklarının kamu yararına aykırı sonuçlar vermesinin önüne geçilerek sosyal ve ekonomik kayıpların ortadan kaldırılması hedeflenir³³¹.

Teknolojik yeniliklerden kaynaklanan mülkiyet haklarının rekabet denetimi olmadan kullanılması, –pazarın kapanması, pazar şartlarının belirsizliği sebebiyle yeterli sayıda ticari aktörün pazara girememesi, patente ilişkin lisans ücretlerinin yüksek olması nedeniyle pazara giriş engeli oluşturması ya da ürün fiyatlarının tüketici yararı aleyhine suni bir şekilde yükseltmesi gibi- çeşitli nedenlerle rekabeti engelleyici sonuçlar doğmasına sebep olabileceğinden ilgili pazardaki rekabet

³³⁰ Arena ve diğerleri, ss.636,637;
Carlton ve diğerleri, s.535.

³³¹ Burcu G.Özcan Büyüktanır, Görkem Birinci, Uğur Ömürgönülşen, "TRIPS Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları", **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 2, 2012, s.11.

bozulabilir. FRAND ilkesine uygun şekilde zorunlu lisanslamaya gidilerek, aslında tekel hakkı ile kamu yararı arasındaki denge sağlanmaya çalışılmaktadır³³².

3.6.4.1. FRAND İlkesi ve Standartların Denetimi

Kalite ve asgari teknik düzeyin korunması açısından zorunlu tutulan “teknoloji standartları³³³” ilgili standartları belirleyen kurumlar tarafından tespit edilerek yayınlanmakta, üretim aşamasında teşebbüsler tarafından bunlara uyulup uyulmadığı da yine bu kurumlar tarafından denetlenmektedir. Avrupa Birliğinde de durum böyledir ve Birlik genelinde kalite ve standartların denetimi için çalışmakta olan çeşitli kurumlar bulunmaktadır. CEN (*European Committee for Standardization*: Avrupa Standartlar Komitesi), CENELEC (*Comité Européen de Normalisation Électrotechnique*: Avrupa Elektronik Normalleşme Standartları Kuruluşu), ETSI (*European Telecommunications Standard Institute*: Avrupa Telekomünikasyon Standartlar Komitesi), Birlik içinde faaliyet göstererek bu standartları düzenleyen ve denetleyen kurumlardan bazılarıdır.

Standartları belirleyen kurumlar, üretime ilişkin standartları belirlediklerinde patent sahipleri, bu kurumlara başvurarak yapacakları lisans sözleşmelerinde FRAND koşullarına uyacaklarına dair taahhütte (*FRAND commitment*) bulunurlar³³⁴. Bu taahhütlerin yerine getirilip getirilmediği ise Komisyon tarafından bu konuda kendisine tanınan çeşitli yetkiler bağlamında yapılan denetimlere tabidir.

Avrupa Parlamentosu da “21.Ekim.2010 tarihli kararı”nda, teknik standartlarda yer alan ve asli unsur niteliğinde bulunan fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının FRAND koşullarına uygun yapılması gerektiğinin önemini vurgulamıştır. Böylelikle hem patent hakkı sahiplerinin, hem de ilgili ürün için getirilen standartlara uymak zorunda olan lisans alanların menfaatlerinin arasındaki ince dengenin sağlanarak aynı zamanda da rekabetin korunması amaçlanmaktadır³³⁵.

³³² Odman, Yeniliklerin Teşviki, s.52.

³³³ Kimi kaynaklarda bu kavram yerine “zorunlu üretim standartları” kavramı kullanılmaktadır.

³³⁴ Jacobsen, ss.467, 468;

Arena ve diğerleri, s.637.

³³⁵ European Parliament Resolution of 21 October 2010 on the future of European standardisation (2010/2051(INI))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2010-0384>, (22.09.2014), madde 66.

3.6.4.2. Samsung Vakası

Avrupa Birliğinde rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki bu hassas dengenin korunması ve FRAND koşullarına uyulup uyulmadığının denetimi hususu Komisyon'un önemli yetkileri dahilindedir. İşte bu yetkiye dayanarak 2012 yılı başında Komisyon, Samsung'un bir teknoloji standardı olarak asli unsur niteliğinde bulunan patent hakkından doğan tekel haklarını ve dolayısı ile de bu haklardan kaynaklanan hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin olarak ortaya atılan iddialar üzerine inceleme başlatmıştır³³⁶.

İnceleme konusu, Samsung'un teknoloji standardı niteliği taşıyan patentli teknolojilerinin, lisans sözleşmeleri vasıtası ile kullanımı karşılığında, lisans alana FRAND koşullarına uygun olmayan bir takım şartlar dayatılıp dayatılmadığının tespitiydi. Bu yolla, ilgili pazardaki rekabetin ve rakiplerin yenilik yapma güdülerinin zarar görmesine sebep olup olmadığının da incelenmesi hedeflenmekteydi.

Samsung, Komisyonun inceleme başlatması üzerine ve bu inceleme sonucunda kendisi aleyhine yaptırım uygulanmasını engelleyebilmek adına, incelemeye ilişkin herhangi bir karar verilmeden önce, Komisyon'a başvurarak, sahip olduğu asli unsur niteliğindeki patentle ilgili olarak yapılacak lisans talepleri konusunda FRAND koşullarına uyacağına dair taahhütte bulunmuştur. Buna göre Samsung kendisinden lisans talep edilmesi halinde, lisans sözleşmesi görüşmelerinin en fazla oniki ay içerisinde tamamlanacağını taahhüt etmiştir. Bu süre zarfında görüşmelerin sonuçlanamaması durumunda da, yapılacak sözleşme hükümlerinin FRAND koşullarına uygunluğunun, mahkeme veya her iki tarafın uzlaşması şartıyla hakem tarafından belirleneceği, Samsung tarafından kabul ve taahhüt edilmiştir.

Komisyon da bu taahhütleri kamuoyuna bildirerek ilgili tüm üçüncü kişileri, Samsung'un taahhütlerine uyup uymadığını takip ederek, taahhütlerin ihlal edildiğine dair bir şüphesi bulunanları bu konuda açıklama yapmaya davet etmiştir³³⁷.

³³⁶ European Commission, Press Release, Brussels, 31 January 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-89_en.htm , (22.09.2014);

Arena ve diğerleri, s.639.

³³⁷ European Commission, Press Release, Brussels, 17 October 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-971_en.htm , (22.09.2014).

Görüldüğü üzere Komisyon, özellikle teknoloji standardı oluşturan asli unsur niteliğindeki patent sahiplerinin, bu haklarından kaynaklanan tekel haklarını ve dolayısı ile de hakim durumlarını kötüye kullanmalarını engelleyerek, yapılacak lisans sözleşmelerinde FRAND ilkesine uyulmasının sağlanması amacıyla denetimlerini titizlikle sürdürmektedir. Zira bu husus teknolojinin daha geniş tabanlı yayılımının ve dolayısı ile de bilimsel ve teknik gelişimin sağlanması ve neticede de tüm ticari aktörler için eşit, serbest ve adil rekabet ortamının korunarak, tüketici yararı ve sosyal refah artışının en üst düzeye çıkarılması bakımından hayati öneme sahiptir.

SONUÇ

Kökleri irade serbestisine uzanan sözleşme özgürlüğü, tüm dünyada hukuk otoriteleri tarafından çoğunlukla tanınan ve benimsenen bir hukuk normudur. Sözleşme özgürlüğü kuralına göre, her gerçek ya da tüzel kişi, hür iradesiyle sözleşme yapıp yapmama, sözleşme şartlarını dilediği şekilde belirleme ve sözleşmenin karşı taraf(lar)ını seçme hususlarında serbesttir. Ancak en temel hukuk normlarından biri olan sözleşme özgürlüğü dahi tam anlamıyla mutlak ve sınırsız olarak kullanılamaz. Her özgürlüğün olduğu gibi, sözleşme özgürlüğünün de gerek kamu hukuku, gerekse de özel hukuk tarafından belirlenen bazı sınırları vardır. Zira hukuka ve ahlaka, kamu düzenine, kamu sağlığına, kamu güvenliğine aykırı hususlar içermeleri halinde sözleşmeler, kamu otoriteleri tarafından denetlenerek aykırılık tespit edilmesi halinde kısıtlanabileceği gibi, yok hükmünde dahi sayılabilmektedir. Kısacası kişi ve teşebbüslerin sözleşme özgürlüğünün, istisnai hallerde sınırlandırılabilirliği açıktır. Sözleşme özgürlüğünün kamu hukuku kapsamında kısıtlanmasının bir çeşidi de rekabet kuralları çerçevesinde yapılan sınırlandırmalardır. Buna göre hakim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetmeleri durumunda, rekabet kuralları devreye girmekte ve sözleşme özgürlüğü belli koşulların gerçekleşmesi şartıyla ve istisnai olarak kısıtlanabilmektedir.

Birlik hukuku açısından bakıldığında rekabet kuralları gereği –Tek pazardaki rekabeti bozabilecek iktisadi güce sahip bulunmaları nedeniyle- hakim durumdaki teşebbüsler, hakim durumlarını kötüye kullanmamaya özen gösterme özel yükümlülüğü altındadırlar. Zira hakim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetmeleri hali, üye devletlerarası ticareti etkileyerek, Birlik'in tek Avrupa pazarı oluşturma ve nihayetinde tam ekonomik ve siyasal entegrasyonu gerçekleştirme hedefini engelleyebilecek nitelikte bulunduğundan, bu özen gösterme özel yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilir. Her ne kadar sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar sözleşme yapıp yapmamakta serbestseler de, tek pazardaki adil ve serbest rekabet ortamını koruyarak serbest piyasa ekonomisinin tek pazarda aksamadan işlemlerini temin amacıyla, hakim durumdaki bir teşebbüsün, -belirli koşulların oluşması durumunda ve istisnai hallerde- anlaşma yapmayı reddetmesi hali, hakim durumun kötüye kullanımı sayılarak, kendisine anlaşma yapma

zorunluluğu getirilebilmektedir. Bu noktada da karşımıza zorunlu unsur doktrini çıkmaktadır.

Zorunlu unsur doktrini kapsamında hakim durumdaki bir teşebbüsün sahip olduğu veya bu teşebbüs tarafından kontrol edilen ve talepte bulunan teşebbüsün ilgili pazardaki ticari faaliyetlerinin devamı için zaruri nitelikte bulunan, makul koşullarda başka bir kaynaktan elde edilmesi de mümkün olmayan, -diğer bir ifade ile ikamesi bulunmayan- hammadde, altyapı, lisans ve benzeri diğer unsurlar, zorunlu unsur kapsamında sayılarak, bunların temininin objektif haklı bir sebep olmaksızın- reddedilmesi, hakim durumun, ABİDA madde 102 kapsamında kötüye kullanımını oluşturabilmektedir. Zira hakim durumdaki teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesi sonucu, başka bir yerden temin olanağı bulunmayan ve zorunlu unsur niteliğinde olduğu kabul edilen varlıklara ulaşılamaması sebebiyle, rakiplerin ticari faaliyetlerine devam edememesi neticesinde rekabet yara alabilmektedir. Bu da kısa vadede, rakiplerin pazardan dışlanmasına, tekelci teşebbüs lehine pazarın kapanmasına, fiyatların yükselmesine, kalitenin düşmesine, çeşitliliğin azalmasına yol açarken, uzun vadede de tüketicilerin zarar görmesine, ar-ge yatırımlarının azalmasına, buna paralel olarak da teknolojik yeniliklerin durmasına, ekonomik ve sosyal refahın azalmasına yol açabilmektedir. Başka bir ifade ile anlaşma yapmayı reddetme yolu ile hakim durumun kötüye kullanılması sonucu, ilgili pazarlar tekelleşebileceğinden tüketici refahı ve teknolojik ilerleme olumsuz etkilenecek, iktisadi ve sosyal gelişimin temeli olan rekabet ortamı da bunlara bağlı olarak bozulabilecektir.

Rekabet hukuku bu olumsuz neticelerin ortaya çıkmasını engelleyebilmek adına hakim durumdaki teşebbüslerin hareketlerini denetim altına almaya çalışır. İşte zorunlu unsur doktrini, bu denetim ihtiyacı bağlamında ortaya çıkmıştır. Ancak zorunlu unsur doktrini ve bu doktrinin fikri mülkiyet haklarına uygulanması sonucu ortaya çıkan zorunlu lisanslama yükümlülüğü, temelde hukuk kuralları tarafından sıkı bir şekilde korunan iki önemli konu olan, sözleşme özgürlüğüne ve mülkiyet haklarına doğrudan müdahaleler içermesi sebebiyle, literatürde çokça tartışılmıştır. Konunun hassasiyeti nedeniyle gerek zorunlu unsur doktrininin, gerekse de zorunlu lisanslamanın uygulama esaslarının tereddüte yer vermeyecek şekilde net olarak belirlenmesi önemlidir.

Avrupa Birliği hukuku açısından bakıldığında, zorunlu unsur doktrini ve zorunlu lisanslama yükümlölüğüne ilişkin çok yol kat edildiğini söylemekte fayda vardır. Zira Birlik hukuku kapsamında zorunlu lisanslamanın hakkın varlığına ve özüne değil, kullanımına yönelik olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır.

Uygulamada fikri mülkiyet haklarının, içerdikleri tekel hakkı sebebiyle bir hakim durum yaratma yada mevcut hakim durumu güçlendirme özellikleri nedeniyle, bunlara sahip teşebbüsler lehine ilgili pazara, suni giriş engelleri yaratabildikleri gibi, pazarın tamamen kapanmasına da sebep olabilmektedirler. Bu da Birliğin nihai amaçlarından olan, tek pazarı oluşturulmasına ve tek pazarın serbest piyasa ekonomisi koşullarına uygun olarak aksamadan işleyişine engel niteliğindedir. Bu nedenlerle Komisyon'a ve Birlik'in diğer yetkili organlarına çok sayıda zorunlu lisanslama talebi gelmektedir.

Zorunlu unsur doktrininin somut olaya uygulanması sürecinde, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki dengenin iyi kurularak fikri mülkiyet sahibinin maddi ve manevi olarak yapmış olduğu ar-ge yatırımlarının karşılığını alması sağlanmalı, gerçek ve tüzel kişilerin yenilik yapma güdüsü köreltilmemelidir. Diğer bir ifade ile zorunlu lisanslamaya hükmedilmesi konusunda yetkili olan karar alıcı otoriteler, somut olayları rekabet kurallarına ve hakkaniyete uygun olarak özümlemlerken, dikkatli olmalı, yanlış kararlar vererek bu kararlar vasıtasıyla kendileri, yeniliklerin ortaya konulması hususunda engeller meydana getirmemelidirler.

Aynı hassasiyetin lisans sözleşmeleri ile patent devirleri yapılması sırasında da gösterilmesi gerekmektedir. Zira belli koşullar dahilinde hakim durumdaki teşebbüsün lisans vermeyi reddetmesi gibi, yine hakim durumdaki buluş sahibi tarafından lisans sözleşmesi koşullarının ilgili pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslere adil, makul ve eşit şartlarda sunulmaması da rekabetin korunması hedefinin önündeki önemli engellerden biridir.

Lisans vermeyi reddetmenin rekabete verebileceği zararlar, koşulları oluştuğuunda zorunlu lisanslama ile giderilmeye çalışılmaktadır. Burada ortaya çıkan en önemli hususlardan biri de zorunlu lisans olsun, olmasın her türlü lisans sözleşmelerinin, lisans talep eden tüm aktörlere adil, makul, eşit şartlarda nasıl sağlanabileceğidir. Burada karşımıza dünyada büyük bir çoğunlukla kabul gören, FRAND ilkesi çıkmaktadır. FRAND ilkesi, lisans sözleşmesi taraflarına sözleşme

şartlarını belirlerken adil, makul ve ayrımcı olmama yükümlülüğü getirerek rekabetin korunmasını hedeflenmektedir.

Tüm bu noktalar birlikte değerlendirildiğinde rekabetin korunması ve sürdürülebilir teknik gelişme ve sosyal refah hedeflerine ulaşılabilmesi, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki hassas dengenin korunması için, hakim durumdaki teşebbüslerin lisans vermeyi reddetmeleri ya da çeşitli şekillerde lisans sözleşmeleri ile karşı tarafa makul olmayan koşul ve şartlar dayatarak, pazara yaptıkları haksız müdahalelerin önlenmesi amacıyla, istisnai hallerde zorunlu lisanslama yoluna gidilmesi gerektiği ve her koşul altında ister zorunlu olsun, ister olmasın lisans sözleşmelerine FRAND ilkesinin uygulanmasının hayati önem taşıdığı unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ateş. **Mukayeseli Hukuk açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, (Lisansüstü Tez Serisi No.5), Rekabet Kurum, Ankara, 2001.

Alsegard, Erik. “Global Pharmaceutical Patents After the Doha Declaration – What Lies in the Future”, **SCRIPT-ed**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2004, ss.12-45.

Anderman, Steven. “Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, **Competition Law Review**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2004, ss.7-22.

Anderman, Steven D. **EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation**, Clarendon Press, Oxford, 1998.

Anderman, Steven ve Hedvig Schmidt. “EC Competition Policy and IPRs”, **The Interface Between Intellectual Property Rights**, (Ed. Steven Anderman), Cambridge, 2007, ss.37-124.

Anık, Gülgün. “AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 3, 2001, ss.103-117.

Apostolopoulos, Haris. “Refusal-to Deal Cases If IP Rights at the Aftermarket in the US and EU Law: Converging of Both Law Systems Through Speaking the Same Language of Law and Economics”, **Chicago-Kent, Journal of International and Comparative Law**, Cilt: 7, 2007, ss.144-174.

Arena, Amedeo ve Bettina Bergmann, Jay L. Himes. “Two Bodies of Law Separated by a Common Mission: Unilateral Conduct by Dominant Firms at the IP/Antitrust Intersection in the EU and the US”, **European Competition Journal**, Cilt: 9, Sayı:3, 2013, ss.623-675.

Arezzo, Emanuela. “Is there a role for market definition and dominance in an effects-based approach?”, **Abuse of dominant position: New interpretation, new enforcement mechanisms?** (Ed. Mark-Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego, Stefan Enchelmaier), Springer, Heidelberg, 2008, ss.21-54.

Arıkan, Ayşe Saadet. “Avrupa Topluluğunda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler”, **Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Ankara, Cilt: 7, Sayı: 1, 2007, ss.149-173.

Arıöz, Ali ve Özgür Can Özbek. “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 3, 2010, ss.11-49.

Aslan Düzgün, Ülgen. “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 3, 2012, ss.47-66.

Ateş, Mustafa. “Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku Taslak Tebliği”, **Rekabet Kurumu ve Erciyes Üniversitesi İşbirliği ile Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VII**, Erciyes Üniversitesi ve Rekabet Kurulu, Kayseri, 17-18.04.2009,
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Etkinlik+Kitabı/etkinlikkita p25.pdf>, (22.09.2014), ss.17-70.

Ateş, Mustafa. “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2008, ss.47-76.

Azher, Atif I. “Antitrust Regulators and the Biopharmaceutical Industry: Compulsory Licensing Schemes Ignoring Gene Therapy Patients’ Needs”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Cilt: 25, 2004, ss.383-421.

Bak, Başak. “İlaçta Zorunlu Patent Lisansı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 3, 2011, ss.106-126.

Balkır, Canan. **Uluslararası Ekonomik Bütünleşme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.

Baş, Mustafa. “Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, ss.79-88.

Baumgartel, Christoph. “Myths, Questions, Facts about Generic Drugs in the EU”, **Generics and Biosimilars Initiative Journal**, Cilt: 1, Sayı: 1, 2012, ss.34-38.

Baykal, Sanem. “Avrupa Birliğinde Malların Serbest Dolaşımı ve Çevrenin Korunması: Farklı Menfaatler Arasında Denge Arayışı”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2006, ss.103-129.

Bentley, Lionel ve Brad Sherman. **Intellectual Property Law**, Oxford, 3. Baskı, 2009.

Bishop, Simon ve Mike Walker. **The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement**, Sweet & Maxwell, United Kingdom, 2010.

Bonadio, Enrico. “Compulsory Licensing of Patents: The Bayer/Natco Case”, **European Intellectual Property Review**, Sayı:10, 2012, ss.719-728.

Bouchard, Ron A. “Qualifying Intellectual Property II: A New Innovation Index for Pharmaceutical Patents & Products”, **Santa Clara High Technology Law Review**, Cilt: 28, Sayı: 2, 2011, ss.287-402.

Carlton, Dennis W. ve Allan L. Shampine. "An Economic Interpretation of FRAND", **Journal of Competition Law & Economics**, Cilt: 9, Sayı: 3, 2013, ss.531-552.

Chien, Colleen. "Cheap Drugs at What Price to Innovation: Does the Compulsory Licensing of Pharmaceuticals Hurt Innovation?", **Berkeley Technology Law Journal**, Cilt: 18, 2003, ss.853-907.

Chopra, Naval Satarawala ve Dinoo Muthappa. "The Curious Case of Compulsory Licensing in India", **Competition Law International**, <http://awa2013.concurrences.com/business-articles-awards/article/the-curious-case-of-compulsory> , (22.09.2014).

Coco, Rita. "Antitrust Liability For Refusal To License Intellectual Property: A Comparative Analysis and the International Setting", **Marquette Intellectual Property Law Review**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2008, ss.3-46.

Cook, Paul. "Competition and its Regulation: Key Issues", **Annals of Public and Cooperative Economics**, Cilt: 73, Sayı: 4, 2002, ss. 541-558.

Correa, Carlos M. "Fikri Mülkiyet Hukuku; Gelişmekte Olan Ülkelerden Bir Perspektif", çev. İlhami Güneş, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 2, 2005, ss.15-33.

Craig, Paul ve Grainne de Burca. **EU Law: Text, Cases and Materials**, 5. Baskı, Oxford, 2011.

Czapracka, Katarzyna A. "Where Antitrust Ends and IP Begins- On the Roots of the Transatlantic Clashes", **Yale Journal of Law and Technology**, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, ss.45-108.

Çamlıbel Taylan, Esin. **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin, Ankara, 2001.

Çelikkiz, Yunus. "Patent Hakkının Lisanslanması", 2010, <http://www.hukukiboyut.com/makaleler.asp?id=23> , (22.09.2014).

De Carvalho, Nuno Pires. **TRIPS Regime of Patent Rights**, Kluwer Law, UK, 2010.

Demiröz, Ali. "Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", **Rekabet Kurumu**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Diger+Etkinlik/alidemiroz.pdf> , (22.09.2014).

Derclay, Estelle. "Abuse of a Dominant Position and Intellectual Property Rights: A Suggestion to Reconcile the Community Courts Case Law", **Competition**,

Regulation and the New Economy (Ed. Cosmo Graham & Fiona Smith), Hart Publishing, Oregon, USA, 2004, ss.55-76.

Derclaye, Estelle. “The IMS Health Decision: A Triple Victory”, **World Competition**, Cilt: 27, Sayı: 3, 2004, ss.397-405.

Eberhard, Anna. “European Competition Law: A Critical Analysis of the Process Employed by the Commission to Assess Dominance under Article 82 EC”, **European Law/Europarecht**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2006, ss.221-227.

Eldeniz, Gülperi. “Sınai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk Açısından incelenmesi”, **Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye Konulu Sempozyum Bildirisi**, Çağ Üniversitesi, 2008, http://www.gulperieldeniz.av.tr/turkce/s_h_ve_r_hukuku_mukayeseli_www.gulperieldeniz.av.tr.pdf (22.09.2014).

Eppich, Christopher K. “Patenting Dilemma: Drugs for Profit Versus Drugs for Health”, **Santa Clara Law Review**, Cilt: 43, Sayı: 1, 2002, ss.289-318.

Erdem, Ercüment. Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn8.pdf> , (22.09.2014).

Esin, Arif. “Sınai Hakların Korunması Hakkındaki Kanun ile Yapılan Yeni Düzenlemeler”, <http://www.esrc.com/article/2517/sinai-haklarin-koronmasi-hakkındaki-kanun-ile-yapılan-yeni-duzenlemeler/p1> , (22.09.2014).

Evrard, Sebastian J. “Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond”, **Colombia Journal of European Law**, Cilt: 10, Sayı: 3, 2004, ss.491-526.

Forrester, Ian S. “Compulsory Licensing In Europe: A Rare Cure To Aberrant National Intellectual Property Rights?”, 2002, http://www.whitecase.com/Publications/Detail.aspx?publication=241#.U96PVfl_uSo (22.09.2014).

Geradin, Damien. “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the US Supreme Court’s Judgment In Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?”, **Common Market Law Review**, 2005, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=617263 , (22.09.2014).

Geradin, Damien ve Anne Layne-Farrar, Nicolas Petit. **EU Competition Law and Economics**, Oxford, UK, 2012.

Gilbert, Richard j. ve Carl Shapiro. “An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property”, **Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America**, Cilt: 93, 1996, ss.12749-12755.

Graef, Inge. "Tailoring the Essential Facilities Doctrine to the IT Sector: Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights after Microsoft", **Cambridge Student Law Review**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2011, ss.1-20.

Groves, Peter. **Intellectual Property with Competition Law and Practice**, Cavendish Publishing Limited, Great Britain, 1994.

Gözlükaya, Fatma. **Teknoloji Transferi Sözleşmeleri ve İlgili Rekabet İncelemesinin Ekonomik ve Hukuki Unsurları**, (Uzmanlık Tezleri Serisi), Rekabet Kurumu,
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Uzmanlık+Tezi/tez73.pdf> , (22.09.2014).

Gulshan, SS. **Business Law**, 4. Baskı, Excel Books, New Delhi, 2012.

Güçer, Sülün. **Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları**, (Lisansüstü Tez Serisi No:XIII), Rekabet Kurumu, Ankara, 2005.

Gün, Mehmet ve Özge Atılgan Karakulak, Filiz Toprak. "Türk İlaç Sektöründe Fikri Mülkiyet Haklarının Kullanımının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu – VIII Kitabı**, Kayseri, 14-15.05.2010, ss.56-181.

Gürkaynak, Gönenç ve M. Hakan Özgökçem, Öznur İnanılır, "Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", **Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu** (Editör Kerem Cem Sanlı), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss.507-575.

Gürzumar, Osman Berat. **Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü**, Seçkin, Ankara, 2006.

Güven, Pelin. "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi)", **Perşembe Konferansları**, Rekabet Kurumu,
<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fe mbe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn9.pdf> , (22.09.2014).

Hakan, Mehmet Akif. "Mülkiyet, Fikri Mülkiyet, Patent ve Avrupa Patenti", <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayi29/d ergi-patent.pdf>, (22.09.2014)

Hanlı, Hakan. "Türkiye'de ve Avrupa Birliğinde Haksız Rekabet: Yasal ve Kurumsal Çerçeve", **Rekabet Haber Bülteni**, Sayı: 16, 2005, http://www.rekabetderneği.org/r k_bulten/sayi16.doc , (22.0.2014).

Harbord, David ve Tom Hoehn. “Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy”, **International Review of Law and Economics**, Cilt: 14, 1994, ss.411-435.

Hatipoğlu, Cumhuri Atalay. **İlaç Sektöründeki Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ar-Ge/İzin Sürecindeki İlaçlar**, (Uzmanlık Tezleri Serisi No.92), Rekabet Kurumu, Ankara, 2008.

Hull, David W. “Parallel trade in pharmaceutical products in Europe: The advocate general’s opinion in SYFAIT v. GlaxoSmithKline”, **Competition Law In Sight**, 2004, <http://www.competitionlawinsight.com/industry-sector/healthcare-and-pharma/article22787.ece> , (22.09.2014).

Hull, David W. ve James R. Atwood, James B. Perine. “Intellectual Property: Compulsory Licensing”, **The European Antitrust Review**, 2002, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020522hulldoc.pdf> , (29.05.2014).

Ilıcak, Ali. **Sherman Anti-Tröst Yasasının Ortaya Çıkışı: Yanılsamalar ve Gerçekler**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Işıklı, Hasibe. **İlaçlarda Test ve Deney Verilerinin Korunması: Avrupa Birliğinde Yeni Sistem**, DPT, İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Ankara, 2005.

Jacobsen, Krista S. “Intellectual Property in Standards: Does Antitrust Law Impose a Duty to Disclose (Even if the Standards-Setting Organization Does Not)”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Cilt: 26, Sayı: 3, 2009, ss.459-486.

Jones, Alison ve Brenda Sufirin. **EC Competition Law: Text, cases and materials**, 3.Baskı, Oxford University, Oxford, 2008.

Jurcys, Paulius. “The Role of the Territoriality Principle in Modern Intellectual Property Regimes: Institutional Lessons from Japan”, 4. Yıllık Kyusgu Üniversitesi Hukuk Konferansı, 2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1663219 , (22.09.2014).

Kaleağası, Bahadır. **G20 Gezegeni: Dünya, Avrupa, Demokrasi, İletişim Çağı, Türkiye**, Doğan Kitap, İstanbul, 2011.

Karaege, Özge. **Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini**, Legal, İstanbul, 2010.

Karakurt, Alper. **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Politikasında Münhasır Dikey Anlaşmalar**, (Lisansüstü Tez Serisi No.11), Rekabet Kurumu, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fAkademik%2b%25c3%2587a%25c4%25b1%25c5%259fmalar%2ftez94.pdf> , (22.09.2014).

Kauper, Thomas E. “The Problem of Market Definition under EC Competition Law”, **Fordham International Law Journal**, Cilt: 20, Sayı: 5, 1996, ss.1682-1767.

Kaya, Arslan. “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İHFM**, Cilt: LV, Sayı: 4, 1997, ss.173-200.

Kerimoğlu, Hande Bahar. “Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Kamu-iş**, Cilt: 7, Sayı: 2, 2003, ss.2-22.

Killick, James. “IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS”, **The Competition Law Review**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2004, ss.23-47.

Kocabaş, Bekir. **İndirim Sistemleri ve Rekabet: Tek taraflı Davranışlar Açısından Bir Değerlendirme**, (Uzmanlık Tezleri Serisi No.90), Rekabet Kurumu, Ankara, 2008.

Korah, Valentine. **An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice**, 8. Baskı, Hart Publishing, Oxford, 2004.

Korah, Valentine. "The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries", **SCRIPTed**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2005, ss.429-443.

Korah, Valentine. “The Interface between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience”, **Antitrust Law Journal**, Cilt: 69, Sayı: 3, 2002, ss.801-839.

Kort, Michael. “Intellectual Property and Article 82 EC”, **Patents and Technological Progress in a Globalized World** (Ed. Wolrad Prinz zu Waldeck und Pyrmont, Martin J. Adelman, Robert Brauneis, Josef Drexl, Ralph Nack), Springer Berlin Heidelberg, 2009, ss.157-176.

Kumar, Swarup. “Compulsory Licensing Provision Under TRIPS: A Study of Roche vs Natco Case in India Vis-a-vis the Applicability of the Principle of Audi Alteram Partem”, **SCRIPTed**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2010, ss.135-154.

Lang, John Temple. “Some Aspects of Abuse of Dominant Positions in European Community Anti-trust Law”, **Fordham International Law Journal**, Cilt: 3, Sayı: 1, 1979, ss.1-50.

Langinier, Corinne ve Gian-Carlo Moschini. “The Economics of Patent: An Overview”, Working Paper, 02-WP 293, 2002, **Iowa State University, Center for Agriculture and Rural Development**, http://www2.econ.iastate.edu/research/webpapers/paper_2061.pdf , (22.09.2014).

Lao, Marina. “Search, Essential Facilities and the Antitrust Duty to Deal”, **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Cilt: 11, Sayı: 5, 2013, ss.276-319.

Merhacı, Selin Özden. “Standartlar ve Patent Hakkı”, **Standardizasyonun Küresel Ekonomiye Etkileri Uluslararası Sempozyumu**, İstanbul, 25-26.11.2013, <http://sempozyum2013.tse.org.tr/docs/b5/selin-ozden-merhac%C4%B1.pdf?sfvrsn=2>, (29.05.2014).

Miles, George ve Clare Firth, Paulene Denyer, Zoe Ollerenshaw, Pauline Laidlaw, Elizabeth Smart ve Kathryn Wright (Ed.). **Foundations for the LPC 2012-2013**, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Monti, Giorgio. **EC Competition Law**, Cambridge University Press, UK, 2007.

Monti, Giorgio. “The concept of dominance in Article 82”, **European Competition Journal**, Cilt: 2 (Specia), 2006, ss.31-52.

Müftüoğlu, Tamer M. “Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması”, **Rekabet Kurumu Rekabet Dergisi**, Cilt:1 Sayı:1, 2000, ss.5-23.

Müller, Felix. “The New Council Regulation (EC) N0.1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition”, **German Law Journal**, Cilt: 05, Sayı: 06, 2004, ss.721-740.

Nart, Serdar. “Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt:11, Sayı:1, 2009, ss.113-146.

Nemirovskis, Dmitrijs. “Mandatory Dealing in the Eurpoean Union Law: The way of Thorns”, **International University Audentes Student Law Journal, ELSA SPEL**, Cilt: 1, 2005, ss.104-119.

Nguyen, Thanh. “Defining Relevant Market Under the European Union Competition Law-Regulation and Practice and Experience for Vietnam”, <http://ssrn.com/abstract=2069995>, (22.09.2014).

Odman Boztosun, Ayşe. “Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet”, **TÜSİAD Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu**, 2007, http://ref.sabanciuniv.edu/sites/ref.sabanciuniv.edu/files/boztosun_taslak_makale_0.pdf, (22.09.2014).

Odman Boztosun, Ayşe N. “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, **Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları**, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FPer%25c5%259fembe%2BKonferans%25c4%25b1%2BYay%25c4%25b1n%2Fperskonfyyn15.pdf>, (22.09.2014).

Odman, N.Ayşe. **Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü**, Seçkin, Ankara, 2002.

Opi, Sergio Baches. “The Application of the Essential Facilities Doctrine to Intellectual Property Licensing in the European Union and the United States: Are

Intellectual Property Rights Still Sacrosanct?”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Cilt: 11, Sayı: 2, 2001, ss.409-507.

Ölmez, Hakan Suat. **Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Özcan Büyüktanır ve Burcu G., Görkem Birinci, Uğur Ömürganülşen. “TRIPS Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları”, **Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 2, 2012, ss.1-26.

Perez, Sigfrido M. Ramirez ve Sebastian van de Scheur. “The Evolution of the Law on Article 85 and 86 EEC (Articles 101 and 102 TFEU): Ordoliberalism and its Keynesian Challenge”, **The Historical Foundations of EU Competition Law** (Ed. Kiran Klaus Patel, Heike Schweitzer), Oxford, 2013, ss.19-53.

Pınar, Hamdi. **Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul Ticaret Odası, 2004-71.

Pitofsky, Robert ve Donna Patterson, Jonathan Hooks. “The Essential Facilities Doctrine under United States Anti-Trust Law”, **Anti-trust Law Journal**, Cilt: 70, 2002, ss.443-462.

Reichman, Jerome H. “Compulsory Licensing of Patented Pharmaceutical Inventions: Evaluating the Options”, **Journal of Law, Medicine and Ethics**, Cilt:37, Sayı:2, 2009, ss.247-263.

Saraç, Senem. “Türk Rekabet Hukukunda Bağlayıcı Anlaşmalar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı:3, 2011, ss.91-105.

Sarıakçalı, Turgay. “AB Rekabet Hukukunda Lisans Sözleşmeleri”, **Rekabet Bülteni**, Sayı: 11, 2004, <http://www.esrcr.com/article/4026/ab-rekabet-hukuku'nda-lisans-sozlesmeleri>, (22.09.2014).

Sihanya, Ben. “Patents, parallel importation and compulsory licensing of HIV/AIDS drugs: the experience of Kenya”, **Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies**, (Ed. Peter Gallagher, Patrick Low, Andrew L. Stoler), Cambridge University Press, 2005, ss.264-283.

Smith, Henry E. “Property as Platform: Coordinating Standards for Technological Innovation”, **Journal of Competition Law and Economics**, Cilt: 9, Sayı: 4, 2013, ss.1057-1089.

Soyak, Alkan. “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları: Tanımı, Tarihsel Gelişimi ve GOÜ’ler Açısından Önemi”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Cilt: 1 Sayı: 1, 2005, ss.11-30.

Stothers, Christopher. **Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law**, Hart publishing, Oxford, 2007.

Szyszczak, Erika. "Controlling Dominance in European Markets", **Fordham International Law Journal**, Berkeley Electronic Press, Cilt: 33, Sayı: 6, 2011, ss.1738- 1775.

Şehirali Çelik ve Feyzan Hayal. "Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk", **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)**, Cilt: 12, Sayı: 1, 2011, ss.40-69.

Şimşek, Suat. "Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-I", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt: 91, 2010, ss.181-228.

Tapking, Marjolein. **Refusal to Supply Customers Under Article 82 EC**, (Master Tezi), Université de Genève, Faculté de Droit, 2008, http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIRE_Marjolein_Tapking.pdf , (22.09.2014).

Teece, David J. **Managing Intellectual Capital: Organizational, Strategic and Policy Dimentions**, Oxford University Press, New York, 2000, aktaran Yılmaz, Hilal, **Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet**, (Uzmanlık Tezi), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Tekdemir, Yaşar. **AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları**, (Uzmanlık Tezleri Serisi No.2), Rekabet Kurumu, Ankara, 2003.

Tillotson, John. **European Union Law: Text, Cases and Materials**, 3. Baskı, Cavendish Publishing, London, 2000.

Tiryakioğlu, Murad. "Teknoloji Transferi, Teknoloji Yoksulluğu mu?", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 66, Sayı: 2, 2011, ss.169-199.

Tudor, Jarrod. "Compulsory Licensing in the European Union", **George Mason Journal of International Commercial Law**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, ss.222-258.

Turney, James. "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Propert Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation", **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2005, ss.179-202.

Uzunallı, Sevilay. "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hakim durumun Kötüye Kullanılması", **Rekabet Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 4, 2010, ss.59-109.

Van Bael ve Bellis. **Competition Law of the European Community**, 4. Baskı, Kluwer Law International, UK, 2005.

Vander Bergh, Roger J. ve Peter D. Camesasca. **European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective**, Intersentia – Hart, Oxford, 2001.

Whish, Richard. **Competition Law**, 5. Baskı, Oxford, Oxford, 2005.

Wolfe, Jonathan S. ve Richard Montauk, “Anti-trust in the European Economic Community: An Analysis of Recent Developments in the Court of Justice”, **Santa Clara Law Review**, Cilt :18, Sayı :2, 1978, ss.349-425.

Yavuz, Şahin. “Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslaması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar”, **Rekabet Kurumu Rekabet Dergisi**, Sayı: 22, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FRekabet%2BDergisi%2Fdergi22.pdf> , (22.09.2014).

Yücel, İsmail Hakkı. **Bilim ve Teknoloji Politikaları ve 21.Yüzyılın Toplumu**, DPT, Ankara, 1997.

Yüksel, Mehmet. “Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2001, ss.89-109.

VAKA ÖRNEKLERİ

Case 85/76, Hoffmann/La Roche v. Commission [1979] **ECR** 461.

Case 27/76, United Brands Co and United Brands Continentaal BV v. Commission [1978] **ECR** 207.

Case T-51/89, Tetra Pak Rausing SA v. Commission, [1990] **ECR** II-00309.

Case 238/87, Volvo v Erik Veng (UK) Ltd., [1988] **ECR** 6211.

Case 53/87, Maxicar v. Renault [1988] **ECR** 6039.

Case T-504/93, Tierce Ladbroke v. Commission [1997] **ECR** II-923.

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

Case D3/38.044, IMS Health/NDC Health, Commission's Decision 2002/165/CE (03.07.2001) **Official Journal**, L 59/18.

Case D3/38.044, IMS Health/NDC Health, Commission's Decision 2003/741/EC (13.08.2003), **Official Journal**, L 268/69.

Case C-418/01, IMS Health GmbH & Co OHG v. NDC Health GmbH & Co KG [2004] **ECJ** 166.

Case No. COMP/c-3/34.792 Microsoft.

Case COMP/A.37.507/F3 Astra Zeneca.

Commission Decision of 11 June 1992 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/34.174 – Sealink/B&I – Holyhead).

Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft).

Commission Decision of 24.03.2004, Microsoft, C(2004) 900 final.

Joined cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89, Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission of the European Communities [1992] Judgment of the Court of First Instance (First Chamber).

Joined cases 6/73 and 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corp v. Commission, (1074), **ECR** 223.

Joined cases C-241/91 P and 242/91P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission (Magill) [1995] **ECR** I-743.

Joined cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 & T-388/94, European Night Service Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, formerly European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) and Société nationale des chemins de fer français (SNCF)v. Commission [1998] **ECR** II-3141.

Official Journal, **OJ L** 374, [31.12.1985], Page : 1, ECS / AKZO, Celex No: 385D06 09 - IV/30698.

Rekabet Kurulu Kararı (Bilsa), Dosya Sayısı: 2006-2-42 (Soruşturma), Karar Sayısı: 07-26/238-77, Karar Tarihi: 21.03.2007.

Rekabet Kurulu Kararı (Biryay I), Karar tarihi: 17.07.2000, Karar sayısı: 00-26/292-162.

Rekabet Kurulu Kararı (Biryay II), Karar tarihi: 14.12.2001 tarih Karar sayısı: 00-49/529-291.

Rekabet Kurulu Kararı (Ulusal dolaşım – Roaming) Karar tarihi: 09.06.2003 Karar sayısı: 03-40/432-186.

DİĞER KAYNAKLAR³³⁸

Commission's Block Exemption Regulation (EC) No. 772/2004 on the application of **Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements (the TTBER)**

Commission Decision of 25 June 2005 Relating to a Proceeding under Article 82 pf the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37507/37507_193_6.pdf , (22.09.2014).

Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints C (2010) 2365.

Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law, **Official Journal**, C 372, 9.12.1997.

Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, **Official Journal**, L 102/2, 23.04.2010.

Communication from the Commission "Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings", **Official Journal**, C 45, 24.02.2009, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0224(01)) , (22.09.2014).

Communication from the Commission, Intellectual Property Rights and Standardization, COM (92)445 Final, ISSN 0254-1475, Brussels, 27.10.1992.

Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Official Journal L 001 , 04/01/2003, ss. 0001 - 0025.

Court of Justice of the European Union Press Release No. 158/12,Luxembourg, 6 December 2012, <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-12/cp120158en.pdf> , (22.09.2014).

Devlet Personel Başkanlığı, Avrupa Birliği ve Dış İlişkiler Birimi, "Türkiye AB ilişkileri Notu", <http://www.dpb.gov.tr/tr-tr/daire-baskanliklari/avrupa-birligi-ve-disiliskiler-birimi/avrupa-birligi-ve-dis-iliskiler-birimi-avrupa-birligi-hakkında-632/avrupa-turkiye-ab-iliskileri-notu> , (22.09.2014).

³³⁸ Resmi kurum, kuruluşların görüş ve direktifleri de dahil olmak üzere incelenen her türlü belge, kanun ve yönetmelikler ile basın açıklamaları, raporlar.

Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 Amending Directive 2001/83/EC on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use, Article 10 (2) (b), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:136:0034:0057:EN:PDF> , (22.09.2014).

DPT, Rekabet Hukuku ve Politikaları, 9. Kalkınma Planı Özel ihtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayınları, Ankara, 2007.

"Enhancing the patent system in Europe" COM(2007) 165 final.

EU Anti-Competitive Law Exhaustion of Rights Doctrine, Overview, Up-Date and Influence on Patent Filing Policy, http://www.avidityip.com/assets/pdf/pageView_December1996_EUAntiCompetition.pdf , (22.09.2014).

European Commission, Press Release, Brussels, 31 January 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-89_en.htm.

European Commission, Press Release, Brussels, 17 October 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-971_en.htm.

European Parliament Resolution of 21 October 2010 on the future of European standardisation (2010/2051(INI)) , <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P7-TA-2010-0384> , (22.09.2014).

European Patent Convention (1973), amended by act revising Article 63 EPC of 17.12.1991, which entered into force on 04.07.1997 (**Official Journal**, EPO 1992, 1ff).

European Patent Convention 15th Edition, September 2013, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/\\$File/EPC_15th_edition_2013.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/00E0CD7FD461C0D5C1257C060050C376/$File/EPC_15th_edition_2013.pdf) , (22.09.2014).

İktisadi Kalkınma Vakfı, "Gümrük Birliği", <http://www.ikv.org.tr/ikv.asp?id=38>, (22.09.2014).

OECD, **Türkiye’de Rekabet Hukuku ve Politikası Raporu**, 2005, http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.rekabet.gov.tr%2FFile%2F%3Fpath%3DRoot%2FDocuments%2FGenel%2B%25C4%25B0%25C3%25A7erik%2Foecdtureson.doc&ei=M9hAVOisK8HRygOtm4GIDg&usg=AFQjCNFIa_hzO-FoQ7cKWiuWzH7d0mZ2w&sig2=09gtxPxCfd7NuDQGoFe7hg&bvm=bv.77648437,d.bGQ, (22.09.2014).

Office for Competition and Consumers' Protection, **Abuse of a dominant position in the light of legal provisions and case law of the European Communities**, Warsaw, 2003.

Office of Fair Trading, Abuse of a Dominant Position, oft 402, 2004.

Office of Fair Trading, Market Definition, Understanding Competition Law, 2004.

Organisation for Economic Co-operation and Development, "Roundtable on market definition-Note by European Union", DAF/COMP/WD(2012)28, 2012.

Press Release, No: 55/98, regarding the Judgment of the Court of First Instance in Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94, The Court of First Instance Annuls the Commission's Decision Concerning the Agreement on the Night Rail Services Through the Channel Tunnel, <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp98/cp9855en.htm> , (22.09.2014).

Rekabet Kurumu Hukuk Müşavirliği, 17.10.2003 tarih ve B.50.0.REK.0.00.00.00/ sayılı, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün 8/10/2003 tarih ve B.02.0.KKG/101-370/4509 sayılı ilgi yazısına ilişkin görüş, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2FDocuments%2FKurum%2BG%25c3%25b6r%25c3%25bc%25c5%259f%25c3%25bc%2Fgorus62.pdf> , (22.09.2014).

Rekabet Kurumu, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/Documents/Kilavuz/kilavuz5.pdf>, (22.09.2014).

Rekabet Kurumu, **Rekabet El Kitabı**, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 238, Ankara, 2009.

Rekabet Kurumu, **2013 Rekabet Raporu**, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No.303, Ankara, 2013.

Speech by Commissioner Mario Monti European Commissioner for Competition Policy Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy Workshop on Market Definition, Helsinki Fair Centre, 2001.

Teknoloji Politikaları: Kuramsal Çerçeve, Bölüm 2, <http://www.inovasyon.org/pdf/blm2.pdf> , (22.09.2014).

Telekomünikasyon Kurumu, Rekabet Politikası, Nisan 2003, http://tk.gov.tr/kutuphane_ve_veribankasi/raporlar/arastirma_raporlari/dosyalar/rekabet2.pdf, (22.09.2014).

Türk Patent Enstitüsü. Patent ve Faydalı Model, İstatistikler, Yıllık İstatistikler, Patent Tescillerinin Yıllara göre Dağılımı, <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/statistics/> , (22.09.2014).

Türkiye Cumhuriyeti Avrupa Birliği Bakanlığı, Tek Pazar ve Rekabet Başkanlığı, Fikri Mülkiyet Hukuku, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=72> , (22.09.2014).

White & Case Publications, AstraZeneca v. European Commission, Case C-457/10 P, 2012, <http://www.whitecase.com/alerts-12102012-1/#.VCrBm0sxHHg> , (22.09.2014).