

## REKABET HUKUKUNUN TEKNOLOJİK YENİLİKLERİN TEŞVİKİNDEKİ ROLÜ

**Yrd. Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**

Erciyes Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi



Doktora çalışmamızın konusunu, geliştirilen teknolojilerin korunmasına ve pazarlarda rekabet ortamının sağlanmasına yönelik düzenlemeler ve uygulamalar oluşturmaktadır ve şu tez ileri sürülmüştür: Fikrî mülkiyet kuralları, teknolojik yeniliklere tekel niteliğinde hukukî koruma tanıyarak pazarlarda ticari amaçla faaliyet gösteren aktörleri ar-ge yatırımı yapmaya teşvik eder. Rekabeti koruyan kurallar ise pazarlarda tekelleşmeyi önleyerek pazardaki aktörlerin birbirileriyle rekabet etmesini sağlar, böylece bu aktörlerin geliştirdiği ve edindiği teknolojik yenilikler de önemli bir rekabet unsuru haline gelir. Teknolojik yenilikleri teşvik eden sürecin işletilebilmesi, fikrî mülkiyet kuralları ile rekabet kurallarının bir uyum içerisinde düzenlenerek uygulanmasına bağlıdır.

Sunumumuzda ise, teknolojik yeniliklerin teşviki için öngörülen bu yapı içerisinde rekabet hukukunun rolünü, ülkemiz açısından ele aldık. Öncelikle çalışmamızın temel kavramını teşkil eden “teknolojik yenilik” kavramını ortaya koyduk ve rekabet hukukunun teknolojik yeniliklerin teşviki için neden gerekli olduğunu açıkladık. Ardından teknolojik yenilik faaliyeti sonucu ortaya çıkan ve çeşitli eylemlere konu olabilen “teknolojik ürün”ü tanımladık ve söz konusu eylemleri rekabet hukuku açısından sınıflandırarak ele aldık. Daha sonra Türk rekabet hukukunu bu yapı içerisinde değerlendirdik: Önce rekabet hukuku ile teknolojik ürün sahipliği ve kullanımı arasındaki ilişkinin ana hatlarını ortaya koyduk. Gelecekteki teknolojik yenilik geliştirme düzeyinin güvence altına alınması için Kurul’a düşen görevleri ele aldık. Bu çerçevede Kurul’un bir takım olası düzenlemelerini eleştirel gözle değerlendirdik ve bazı önerilerde bulunduk. Yine Kurul’un teknolojik ürünlere dair eylemler söz konusu olduğunda yararlanabileceği bir pazar ayırımı önerisi getirdik. Bu değerlendirmelerden sonra, Rekabet Kanunumuzdaki yasaklanan faaliyet gruplarını teknolojik ürünlere dair eylemler açısından inceledik. 4’üncü ve 7’nci madde kapsamında ele alınan iki kararı eleştirel açıdan değerlendirdik. Ardından Rekabet Kanunu’na aykırılığın yaptırımlarını, yine çalışmamız kapsamında sınıflandırdık ve bu başlık altında

Kurul'un zorunlu lisansa hükmetme yetkisini irdeledik. Son bölümde, yaptığımız değerlendirmeler ışığında vardığımız sonuçları ortaya koyduk.

### I. Teknolojik Yenilik-İnovasyon

Teknoloji, bir endüstri dalı ile ilgili yapım yöntemlerini, kullanılan araç, gereç ve aletleri kapsayan bilgidir. **İnovasyon** ise, araştırma-geliştirme (ar-ge) faaliyetleri sonucu elde edilen gelişmelerin, yeni bir teknoloji olarak, ticari amaçla, endüstriyel sahada kullanılabilir hale dönüştürülmesidir. İngilizce'de **innovation**, Fransızca'da **la innovation-le changement** ve Almanca'da **die Innovation-die Neuerung** olarak ifade edilen bu sözcük, Latince'de "yenilemek" anlamına gelen **innovare**'den türetilmiştir. Bu sözcük karşılığında, Türkçe'de **teknolojik yenilik** terimini kullanacağız.

Sürekli ve sistematik bir biçimde teknolojik yeniliklerin gerçekleştirildiği bir ekonomik yapı içerisinde, teknolojik birikim artar, endüstrinin genel teknolojik düzeyi yükselir. Teknolojik birikim artışına ivme kazandırılması ve etkin kullanımının sağlanması, kalkınmanın temel gereklerindedir. Teknolojik yeniliklerin sürekli gerçekleştirilmesi, kesintisiz bir sürecin varlığını gerektirir. Bu süreç, yeni teknolojileri araştırma geliştirme ("ar-ge") çalışmalarının teşvikini, çalışmaların sonucunda elde edilen teknolojik gelişmelerin endüstriyel kullanıma sunulmasını ve bu kullanımın yaygınlaştırılmasını kapsayan bir sacayağından oluşur. Sayılan aşamalar, birbirlerini etkilemektedir. Bu aşamaların herhangi birinin aksaması, süreci sekteye uğratabilir. Ar-ge çalışmalarının yetersiz olduğu bir ekonomik yapı içerisinde, kullanıma sunulacak ve yaygınlaştırılacak teknolojik yenilik kıtlığı çekilir. Ar-ge çalışmaları sonucu geliştirilen teknolojik yeniliklerin kullanıma sunulmaması ise bu yeniliklerden verimli ve yaygın şekilde yararlanılmasını engeller.

Sürecin işlemesi halinde ise ticari amaçla faaliyet gösteren aktörler, ar-ge çalışmalarına ağırlık verir ve teknolojik yenilikler artar. Bu artış, kullanılma olasılığı bulunan teknolojik yenilik seçeneklerini çoğaltır. Yaygın olarak kullanılan yeni teknolojiler, bilahare ar-ge çalışmalarına konu olacak ve böylece sürecin devamlılığı sağlanacaktır. Dolayısıyla sürecin işlemesine yönelik politikalar tutarlı ve sürekli bir şekilde uygulanabildiği zaman, bu süreç, kendi kendini yeniden üretecektir.

### II. Teknolojik Yeniliklerin Teşviki

Bir ülkede sürekli teknolojik yenilik üretimini mümkün kılan sürecin işleyebilmesi, çeşitli politikaların uygulanması ile sağlanabilir. Bu politikalar, teknoloji üreten kişi ve kurumların desteklenmesine, geliştirilen teknolojilerin korunmasına, pazarlarda sürekli bir biçimde teknolojik yenilik yapılmasını

gerektiren bir rekabet ortamının sağlanmasına ve dışarıdan teknoloji aktarımının denetlenmesine yönelik olabilir.

Bu çalışmada, yukarıda sayılan politikalardan pazarlarda sürekli bir biçimde teknolojik yenilik yapılmasını gerektiren bir rekabet ortamının sağlanmasına ilişkin olanı üzerinde duracağız. Teknolojik yeniliklerin teşviki için öngörülen bu yapı içerisinde rekabet hukukunun rolünü, ülkemiz açısından ele alacağız. Öncelikle bu konuda genel bir açıklama yapalım: Serbest pazar düzeninin geçerli olduğu ülkelerde bu düzenin sağlıklı işleyebilmesi, uygun rekabet ortamının oluşturulmasına ve korunmasına bağlıdır. Pazarlarda faaliyet gösteren aktörler arasında süregelen işleyebilir rekabet, bu düzenin motorudur.

İşleyebilir rekabet ortamı, sözü edilen aktörler tarafından çeşitli şekillerde sekteye uğratılabilir: Anlaşarak, aralarında var olması gereken rekabeti ortadan kaldıracaklardır. Pazara hakim olan aktörler bu konumlarını istismar edebilirler. Aktörlerin birbirine bağlı davranmak durumunda olduğu oligopol pazarlarda, bunlar arasında, piyasanın yapısından kaynaklanan rekabet engelleri oluşabilir. Bu aktörlerin çeşitli şekillerde, bölünerek ve/veya birleşerek yeniden yapılandırılması da pazarlardaki rekabeti etkileyebilir. Serbest pazar düzeninin temel ilkesinin rekabet olduğu kabul edildiğinde, pazarlardaki aktörlerin rekabeti olumsuz etkileyebilecek davranışlarının devlet tarafından denetlenmesi gereği doğar. Bu amaçla, rekabeti düzenleyen kurallar getirilir ve yetkili merciler tarafından uygulanır.

Teknolojik yenilik de serbest pazar düzenine ait bir kavramdır. Serbest pazar düzeninden farklı bir ekonomik düzende -örneğin sosyalist ekonomik düzende- teknolojik yeniliklerin, hem bunlara hukukî koruma sağlanarak hem de rekabet ortamı korunarak teşviki söz konusu olamaz. Böyle bir düzende endüstriyel üretimde kullanılan buluşlar, yine esas itibarıyla merkezi planlamaya göre görevlendirilen kurumlar bünyesinde gerçekleştirilir, ayrıca bireysel ödüllendirme mekanizmaları öngörülmüş de bulunabilir. Bu sistemde, özel teşebbüslerin birbirleriyle rekabet ederken pazar payı ele geçirmek ve kâr etmek gayesiyle sürekli teknolojik yenilikler gerçekleştirmeleri ve bunları kullanıma sokmaları mümkün değildir. Teknolojik gelişmelerin pazarlardaki aktörler tarafından ticari amaçla kullanıma sunulması, aktörlerin iktisadi faaliyet yürüterek kâr elde etmeyi amaçladığı pazarların varlığına bağlıdır. Serbest pazar düzeninde işleyebilir rekabetin varlığı, teknolojik yeniliklerin ardarda ve sürekli gerçekleştirilebilmesinin ön koşuludur. Rekabet ortamının korunamaması halinde, pazarda faaliyet gösteren aktörler hantallaşarak, maliyetleri düşürmek ve üretim kalitesini yükseltmek için yeni teknolojiler geliştirmekten ve kullanmaktan kaçınacaklardır. Rekabete aykırı davranışlara girilerek kârlarını tüketici aleyhine

artıracaklardır. Rekabeti koruyan kurallar, bu sakıncayı önler. Zira işletmeler, maliyetlerini ve dolayısıyla fiyatlarını indirerek, üretim kapasitelerini ve pazara ürün arzını artırarak, ürünleriyle ilgili çeşitli hizmetler sağlayarak veya ürünlerinin kalitesini yükselterek birbirileriyle rekabet ederler. Fiyat, arz miktarı, hizmet çeşitleri ve ürün kalitesi, rekabetin unsurları olarak sayılabilir; bunlar, tüketiciye yönelik, doğrudan rekabet unsurlarıdır. Bir de bu unsurların bir kısmını veya tamamını etkileyebilecek dolaylı bir rekabet unsuru söz konusudur; o da işletmelerin geliştirdiği teknolojik yeniliklerdir. Sahip olunan teknolojik yenilik niteliğindeki teknolojik ürünler ve ar-ge kapasitesi, işleyebilir rekabet ortamında en önemli rekabet unsuru haline gelebilir.

Yalnız diğer yandan, aynı aktörler, işleyebilir bir rekabet ortamında, diğer işletmelerle daha etkin rekabet etmek amacıyla, ar-ge, üretim, pazarlama ve diğer faaliyetlerde işbirliğine girişebilirler. Bu tür işbirlikleri hem pazardaki rekabeti artırabilir hem de teknolojik yeniliklerin üretim düzeyini yükseltebilir. Bu tür faaliyetler, rekabeti engelleyici davranışlardan ayırılmamalıdır ve yasaklanmamalıdır. Dolayısıyla, rekabet kurallarının uygulayıcılarının görevi iki yönlüdür: Bir yandan rekabete aykırı davranışları önlerken, diğer yandan rekabete ve teknolojik yeniliklerin geliştirilmesine katkıda bulunacak davranışlara müdahaleden kaçınmalıdırlar. Rekabeti koruyan kuralları, teknolojik yeniliklerin konusunu oluşturan teknolojik ürünlerle ilgili oldukları ölçüde inceleyeceğiz. Bu nedenle, bir sonraki bölümde **teknolojik ürün** ve **teknolojik ürünlere ilişkin eylemler** kavramlarını açıklayacağız.

### III. Teknolojik Ürün

Teknolojik ürün, düşünsel bir çaba sonucu ortaya çıkarılan ve endüstriyel üretimde kullanılmaya yönelik soyut değerdir. Teknolojik ürünün özelliklerini tanımlamak için fikrî mülkiyet hukukundaki “fikrî ürün” kavramlarından yararlanabiliriz. Yalnız bu kavrama başvurulması, her teknolojik ürünün fikrî mülkiyet korumasından yararlanabileceği kanısını uyandırmamalıdır. “Fikrî ürün” ile “fikrî hak” birbirinden farklıdır. Fikrî ürünler üzerinde fikrî hak tanınabilmesi için, ilgili düzenlemelerde öngörülen koruma koşullarının varlığı gerekir. Fikrî mülkiyet hukukunun konusunu, fikrî ürünler ve ayırtedici ad ve işaretler oluşturur; bunların ortak özellikleri, maddi varlıklarının olmayışıdır. Yalnız bu soyut değerleri, eşya olarak kabul edemeyiz. Eşyanın aksine, bu değerler kullanılmakla tükenmezler. Fikrî ürünler ile ayırtedici ad ve işaretlerden sonsuz kez yararlanılabilir.

Ayırtedici ad ve işaretler, ticari alanda, işletmeleri ve ürünlerini tanıtarak bunların birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlarlar; bunlar, düşünsel çabanın ürünü değerlidir. Dolayısıyla ayırtedici ad ve işaretler, teknolojik ürün olarak kabul

edilemez. Fikrî ürün ise düşünsel bir çabanın ürünüdür. Her teknolojik ürün, bir fikrî üründür. Yalnız her fikrî ürünün aynı zamanda bir teknolojik ürün olduğunu söylemek mümkün değildir. Teknolojik ürünler, endüstriyel alanda yararlanılabilecek teknik nitelikteki fikrî ürünlerdir. Teknolojik ürün kavramı ile söz konusu teknolojinin uygulandığı mal ya da hizmet değil, teknolojinin bizzatı kendisi ifade edilmektedir. Teknolojik ürün, sistemleştirilerek endüstriyel üretim sahasında kullanılabilir hale getirilmiş bilgidir. Örneğin bilgisayar programları, veritabanları, teknik içerikli tasarım ve projeler, buluşlar, endüstriyel tasarımlar, yarı iletken topoğrafya tasarımları, yeni üretilen bitki çeşitleri teknolojik ürünlerdir.

Teknolojik ürünler açısından şu üç durumdan biri söz konusudur: (a) Fikrî mülkiyet haklarıyla korunabilirler, bu durumda bu hakların sağladığı hukukî korumadan yararlanırlar; (b) Bu tür haklarla korunmamalarına rağmen, kamuya açıklanmadıkları için gizliliklerini muhafaza ederler ve bu gizlilik, teknolojik ürün sahibine hukukî olmasa da fiilî bir koruma sağlar; yani üçüncü şahıslar, teknolojik ürün üzerinde bir fikrî hak bulunduğu için değil, bu bilgiye ulaşamadıkları için, teknolojik ürün korunmuş olur. Fikrî mülkiyet korumasını haiz olmayan, gizli teknolojik bilgi “know-how” olarak adlandırılır. (c) Teknolojik ürünlerin gizlilikleri ortadan kalkar, kamunun bilgisi dahiline girerler ve herhangi bir koruma söz konusu olmadığı için dileyen herkes tarafından serbestçe kullanılabilirler.

#### IV. Teknolojik Ürünlere Dair Eylemlerin Sınıflandırılması

Teknolojik ürünlere dair işlem ve eylemleri, rekabet hukuku açısından iki grupta ele alabiliriz. İlk gruptaki işlem ve eylemler, mevcut, yani halihazırda geliştirilmiş olan teknolojik ürünleri ilgilendirir. Bunları da teknolojik ürünün kullanımına, kullandırılmasına ve devrine yönelik işlemler şeklinde ayırabiliriz. İkinci gruptaki işlem ve eylemler ise henüz geliştirilmemiş, ancak gelecekte geliştirilmesi beklenen teknolojik ürünlere ilişkindir. Çalışmamızda, bu işlemleri, gelecekteki teknolojik yenilik geliştirme düzeyini etkileyebilecek işlemler olarak tanımlıyoruz.

##### A. Mevcut Teknolojik Ürünlere Dair İşlem ve Eylemler

###### 1. Teknolojik Ürünün Kullanılmaması ve Kullandırılmaması

Teknolojik ürün sahibi, kural olarak, bu ürün üzerinde dilediği gibi tasarruf etmekte serbesttir. Ürünü kendisi kullanmayabileceği gibi, yapılan lisans taleplerini de geri çevirebilir. Böylece teknolojik ürün, endüstriyel alanda hiç kullanıma sokulmamış olur. Bu duruma, **kullanım dışı tutma** veya **teknolojinin bastırılması**-(*non-use* veya *suppression*) adı verilir.

Diğer yandan, teknolojik ürün sahibi, ürününü kendisi kullanabilir; ancak diğer teşebbüsler tarafından yapılan lisans taleplerini geri çevirebilir. Böylece söz konusu teknolojik ürün, endüstriyel kullanım sahasına girmekle beraber, ürün sahibi dışındaki teşebbüslerin söz konusu teknolojiden yararlanma olanağı kalmaz. Bu duruma, **kullandırmama-(refusal to deal)** adı verilir.

Teknolojik ürünü kullanım dışı tutma veya kullandırmama, *per se* rekabete aykırılık teşkil etmez. Yalnız hakim durumdaki bir teşebbüsün veya birlikte hakim durumda bulunan teşebbüslerin bu tür eylemleri, somut olayın özelliklerine göre, bir hakim durumun kötüye kullanılması (tekelleşme) hali doğurabilir. Kullandırılmayan teknolojik ürünün bir fikrî mülkiyet hakkı ile korunuyor olmasının bir haklı sebep olarak ileri sürülüp sürülemediği tartışma konusudur. Bu başlık altında, ayrıca, rekabet hukukunda son yıllarda geliştirilen **elzem kaynaklar doktrini-(essential facilities doctrine)** kavramına değinmemiz gerekiyor. Elzem kaynaklar doktrini, ilk olarak, ulaşım ve telekomünikasyon gibi kuruluşu yüksek yatırım harcaması gerektiren **şebekeli endüstriler-(network industries)** ile ilgili olarak gündeme gelmiştir. Teknolojik ürünleri de kapsayan gayrimaddî varlıklara bu doktrinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bu doktrini açıklayabilmek için önce “kaynak” kavramını tanımlamamız, daha sonra hangi hallerde bir kaynağın “elzem” nitelikte kabul edildiğini belirtmemiz gerekiyor. Bir kaynağın elzem nitelikte kabul edilmesi halinde o kaynaktan üçüncü kişilerin de yararlandırılmasına hükmedilir.

Kaynak kavramının kapsamına hizmetler, tesisler ve tartışmalı olmakla birlikte gayrimaddî varlıklar girer. Üzerinde fikrî mülkiyet koruması bulunan veya bulunmayan teknolojik ürünler de gayrimaddî varlıklara dahil sayılırlar. Kaynak kullanımının engellenmesi ile mal taleplerinin geri çevrilmesi farklı ele alınmalıdır. Mal, kullanılmakla tükenen bir metadır. Halbuki kaynaklar, kullanılmakla tükenmezler. Dolayısıyla kaynakların, ilgili teşebbüs ile beraber, diğer teşebbüslere de kullandırılması mümkün olabilir. Yalnız ilgili teşebbüs ister mal vermekle ister kaynak sağlamakla yükümlü kılınsın, bu kararların ortak yönleri, her iki hâlde davalı teşebbüslerin bir yükümlülüğü yerine getirmekle zorunlu kılınmalarıdır. Konusu mal taleplerinin geri çevrilmesi olan davalarda bu yükümlülük, mal sağlama yükümlülüğüdür. Konusu kaynak kullandırmama olan davalarda ise bu yükümlülük, söz konusu kaynağın kullandırılması olacaktır.

Bir kaynağın elzem olarak kabul edilebilmesi için esas itibarıyla şu koşulların gerçekleşmesi gerekir: (a) Rekabetin bulunmadığı veya çok kısıtlı olduğu bir aşağı doğru pazar saptanabilmelidir. (b) Kaynak kullanımını talep eden teşebbüsün, bu pazardaki rekabet düzeyini önemli ölçüde artırma olasılığı

bulunmalıdır. (c) Söz konusu teşebbüsün bu pazarda rekabet edebilmesinin fiilen bu kaynaktan yararlanmaktan başka bir yolu olmamalıdır. (d) Bu pazarda söz konusu kaynaktan yararlanma ihtiyacı duymadan rekabet edebilecek başka teşebbüsler bulunmamalıdır.<sup>1</sup>

Sayılan koşullardan anlaşılacağı üzere, bir kaynaktan yararlanma talebi reddedilen kişinin bu nedenle rekabet edebilme gücünün engellenmesi, elzem kaynaklar doktrininin uygulanması için yeterli değildir. Değerlendirme yapılırken söz konusu kaynağın kullanma talebinde bulunan teşebbüs için elzem olup olmadığına bakılmaz; bu kaynağın aşağı doğru bir pazarda rekabetin sağlanması için elzem olup olmadığına bakılır. Elzem kaynaklar doktrini uyarınca bir teknolojik ürünün diğer teşebbüslere kullandırılmasına hükmedilirken dikkat edilmesi gereken husus, teknolojik ürünün geliştirilmesine yönelik çabaların sektöre uğratılmamasıdır. Geliştireceği teknolojik ürünü üçüncü kişilere kullandırmak zorunda kalabileceğini düşünen teşebbüsler, ar-ge faaliyetlerine yatırım yapmaktan kaçınılabirler. Somut olayda ilgili rekabet otoritesinin şu değerlendirmeyi yapması gerekir: Elzem kaynak teşkil eden teknolojik ürünün kullandırılmasının aşağı pazarda doğuracağı rekabet ve bu rekabetin tüketiciye sağlayacağı çıkar, bu kararın teknolojik ürünlerin geliştirilmesini sektöre uğratmasından doğacak zarardan daha yüksek olmalıdır.

## 2. Teknolojik Ürünün Kullandırılmasına Yönelik İşlemler

Rekabet hukuku açısından lisans sözleşmelerinin esas itibarıyla rekabete yararlı oldukları kabul edilir. Teknolojik ürün, lisans verme yolu ile diğer üretim faktörleriyle birleştirilerek endüstriyel sahada kullanıma sunulabilir. Yine lisans sözleşmeleri ile teknolojik ürünün sağladığı getiri artacağı için, bu sözleşmeler sayesinde, dolaylı olarak ar-ge'ye yapılan yatırımların çoğalması teşvik edilebilir. Ayrıca birbirine bağımlı teknolojilerin karşılıklı olarak kullanımı da lisans sözleşmeleri ile mümkün kılınabilir. Böylece bu tür teknolojilerin birbirlerinin önünü kesmeleri engellenebilir.

Teknolojik yeniliklerin teşviki açısından bakıldığı zaman, lisans sözleşmelerinin bu hedefe katkıda bulunma potansiyeline sahip oldukları görülür. Zira, bir yandan âtil kalma olasılığı bulunan teknolojilerin kullanımı ve yaygınlaşması sağlanmakta, bir yandan da kullanım sayesinde, bu teknolojilerin iyileştirilmesine ve yeni teknolojilerin geliştirilmesine olanak hazırlanmaktadır.

Lisans sözleşmeleri kapsamında ilgili mal ve hizmet pazarlarındaki rekabeti kısıtlayıcı hükümler öngörülmesi veya bu yolda uygulamalara girişilmesi

<sup>1</sup> Alan Overd, Bill Bishop, "Essential Facilities:The Rising Tide", **European Competition Law Review**, Volume 19, No.: 4, London, Sweet & Maxwell, April 1998, s. 183-185.

durumunda ise, bu sözleşmelere müdahale edilecektir. Aşağıda bu sözleşmeleri sınıflandırarak hangi hallerde müdahale gerekeceğini ele alacağız.

#### a. Yatay Lisans Sözleşmeleri

Bu işlemler, rekabet hukukunun yasakladığı faaliyet grupları arasında, teşebbüslerarası danışıklılık kavramı kapsamında veya hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilirler. Karşılıklı lisans ve patent havuzu sözleşmelerine taraf olan teşebbüsler arasında yatay bir ilişki söz konusudur.

Karşılıklı lisans sözleşmeleri, fiilî ya da potansiyel rakipler arasında, sahip oldukları teknolojik ürünleri karşılıklı olarak kullanılmak amacıyla yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin, birbirine bağımlı teknolojilerin karşılıklı olarak kullanımını mümkün kılmak için yapılmaları halinde, rekabete yararlı olacakları kabul edilebilir. Yalnız bu lisans sözleşmelerinde, tarafların öngördükleri kısıtlamaların, danışıklılığa yönelik olmamasına dikkat etmek gerekir. Örneğin tarafların birbirilerinin teknolojilerini karşılıklı olarak kullanmalarına ilişkin bir sözleşmede, bu teknolojilerden yararlanılarak üretilen malların fiyatının, dağıtım bölgelerinin veya satış yapılacak müşterilerin belirlenmesi, rekabet hukukuna aykırı kabul edilecektir.<sup>2</sup>

Havuz sözleşmesi, fiilî ya da potansiyel rakip konumundaki iki ya da daha fazla teşebbüsün aralarında akdettiği çok taraflı bir sözleşme türüdür.<sup>3</sup> Sözleşme ile, taraflar, sahip oldukları teknolojik ürünlerin kullanma haklarını, taraflarca ortaklaşa oluşturulan bir birime tevdi etmektedirler. Bu birim, kendisine verilen yetki çerçevesinde, “havuzda” toplanan teknolojileri bir bütün olarak havuz mensuplarına kullanılabiliyor veya bunlar üzerinde üçüncü kişilere lisans hakkı tanıyabilir. Bu sözleşmeler de tek başına kullanılamayacak ya da düşük verimle kullanılabilecek teknolojileri bir araya getirerek daha etkin kullanım olanağı sağladıkları için, esas itibarıyla rekabete yararlı olarak kabul edilirler. Yalnız karşılıklı lisans sözleşmeleri için sayılan sakıncalar, bu sözleşmeler için de söz konusudur. Taraflar, birbirilerinin fiilî ya da potansiyel rakipleri oldukları için, sözleşmede öngördükleri kısıtlamaların fiyat belirlemeye, pazar ve müşteri çevresini bölmeye, rakipleri pazardan silmeye yönelik olmamasına dikkat etmek gerekir.

<sup>2</sup> Dikey lisans sözleşmelerinde, lisans alan, lisanslı teknoloji üzerinde gerçekleştirdiği gelişmeleri lisans verene kullanılmayı taahhüt edebilir. Bu durumda bir karşılıklı lisans sözleşmesinin bulunduğu kabul edilemez. Karşılıklı lisans sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için her iki taraf için temel edimin lisans verme olması gerekir.

<sup>3</sup> Her ne kadar bu oluşum için yaygın olarak “patent havuzu” terimi kullanılsa da havuz içerisinde patentten farklı fikrî mülkiyet haklarıyla korunan (veya know-how niteliğinde) teknolojik ürünler yer alabilir. Bu yüzden sadece “havuz sözleşmesi” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.



### b. Dikey Lisans Sözleşmeleri

Bu tür lisans sözleşmelerinde, lisans verenle lisans alan arasında dikey bir ilişki söz konusudur. Lisans verenle lisans alan, ilgili pazarda rakip konumda değildir. Böyle lisans sözleşmelerinde taraflar, öngörecekları bir takım edimler vasıtasıyla, lisans konusu teknolojinin etkin kullanımını için gerekli kesinlik ve güvenliği sağlamayı amaçlar. Lisans alan, bu teknolojiden daha verimli şekilde yararlanabilmek için çaba sarfeder ve yatırım yapar. Böylece pazardaki diğer teknolojilerle daha etkin rekabet etme olanağı doğar. Bu tür edimlerin esas itibarıyla rekabete yararlı etkiler doğuracağı kabul görmektedir.

Yalnız lisans sözleşmelerinde öngörülen edimlerin hepsini bu kapsamda değerlendirmek mümkün değildir. Bazı edimler, lisans verenle lisans alanın pazardaki konumlarına ve güçlerine bağlı olarak farklı etki doğurabilirler ve yine öyle bazı koşullar vardır ki bunların rekabete yarar sağlama olasılıklarının bulunmadığı kabul edilir. Bu tür koşullar içeren lisans sözleşmeleri, teşebbüslerarası danışıklılığa veya hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerin kapsamına girebilir.

Avrupa Birliği'nde, dikey lisans sözleşmelerindeki edimlerden<sup>4</sup> rekabete aykırı ve rekabete uygun olanlarını saptayan bir düzenleme yapılmıştır.<sup>5</sup> Alman Rekabet Kanunu içerisinde de teknolojik ürünlere dair lisans sözleşmelerindeki edimlerle ilgili hükümler bulunmaktadır.<sup>6</sup> ABD'de ise rekabet hukukunu uygulamakla görevli otoriteler, teknolojik ürünlere dair işlemlere ve özellikle lisans sözleşmelerindeki edimlere yaklaşımları konusunda yol gösterici genelgeler çıkarmışlardır.<sup>7</sup> Teknolojik ürünlere ilişkin eylemlerin denetlenmesi konusunda, bu

<sup>4</sup> Çeşitli rekabet hukuku mevzuatlarında, "edim" kavramı yerine "kısıtlama", "yükümlülük" ve "koşul" gibi kavramlar kullanılmıştır.

<sup>5</sup> ATA'nın 85 (3). maddesinin Bazı Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Kategorilerine Uygulanmasına yönelik 240/96 sayılı, 31 Ocak 1996 tarihli Komisyon Tüzüğü ("TTT") ATRG [1996] L 31, s. 2.

<sup>6</sup> **Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun** (*Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschränkungen*) **madde 17, 18**: 1958'de yürürlüğe girmiştir (BGBl. 1957 I, 1081) ve bugüne kadar altı kere değiştirilmiştir. Son değişiklik 26 Ağustos 1998'de yapılarak, 1 Ocak 1999'da yürürlüğe girmiştir (BGBl. 1998 I, 2521). Güncel metin için bkz.: [http://www.bundeskartellamt.de/competition\\_act.html](http://www.bundeskartellamt.de/competition_act.html)

<sup>7</sup> **Fikrî Mülkiyet Lisanslarına İlişkin Antitröst Genelgesi**-(*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*) ("ABDLG") ABD Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından 6 Nisan 1995'te yayınlanmıştır. Bkz.: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>. Ayrıca Kanada ve Japonya'da da bu yolda düzenlemeler bulunmaktadır. Kanada Rekabet Bürosu tarafından 21 Eylül 2000'de, **Fikrî Mülkiyete Dair Uygulama Kılavuzu** (*Intellectual Property Enforcement Guidelines*)

düzenlemeler ve genelelerde ortaya konulan esaslar yol göstericidir. Aşağıda, lisans sözleşmelerinde rekabet hukukunun kapsamına giren edimler ele alınmıştır.

#### **ba. Lisanslı Teknolojinin Kullanıldığı Ürünün (Lisanslı Ürünün) Fiyatının Belirlenmesi**

Lisans veren, lisans alanın lisanslı ürünleri hangi fiyattan satacağını belirleyebilir veya lisans alandan, lisans alanın ürün sağladığı toptancı ve perakendecilerin ürünü belli bir fiyattan satmalarını öngörmesini talep edebilir. Lisans alanın ürün sağladığı toptancı ve perakendecilerin lisanslı ürüne uygulayacağı satış fiyatına **yeniden satış fiyatı (resale price)**, bu fiyatın lisans veren tarafından belirlenerek lisans alan tarafından toptancı ve perakendecilere dayatılması ise **yeniden satış fiyatının belirlenmesi (resale price maintenance)** olarak adlandırılır. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve uygulanması, esas itibarıyla rekabete aykırı bir yükümlülük olarak kabul edilmektedir. Lisans verenin lisanslı ürünün ilk satış fiyatını belirlemesi ise çeşitli hukuklarda farklı şekilde ele alınmaktadır. ABD hukukunda lisanslı ürünün ilk satış fiyatının belirlenmesine yönelik haklı bir sebebin bulunması olasılığı üzerinde durulurken, AB ve Almanya'da, ilk satış fiyatının belirlenmesi, yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi, rekabete aykırı olarak kabul edilmiştir.

Teşebbüsler, bu yasağı dolanabilmek amacıyla “tavsiye edilen satış fiyatı” adı altında lisans alanlara telkinde bulunabilmektedirler. Sözleşmede yer almadığı hâlde, lisans alanın uymaması halinde lisans verenin yaptırımına maruz kalabileceği satış fiyatına dair her türlü koşul rekabet hukukuna aykırı kabul edilir. Dolayısıyla yeniden satış fiyatının tavsiye yolu ile belirlenmesi de rekabet kurallarının uygulanmasını engelleyemeyecektir.

#### **bb. Lisanslı Ürünün Pazarlanabileceği Alıcıların Sınırlanması**

Lisans alanın lisans bölgesi içerisinde lisanslı ürünü sağlayabileceği alıcıların lisans veren tarafından belirlenmesi, lisans alanın belirli alıcılara ya da alıcı gruplarına mal vermesinin yasaklanması, rekabete aykırı kabul edilir. **Alıcılara dair kısıtlamalar (customer restraints)** adı verilen bu durum, hem lisans alanın lisanslı teknolojiyi en etkin biçimde kullanmasını engelleyecektir hem de kendilerine satışın men'edildiği alıcılar, ilgili pazarda bir ürün seçeneğinden veya söz konusu ürünü sağlayan kaynaklardan birinden mahrum kalacaklardır.

---

(<http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ct01992e.html>), Japonya Adil Ticaret Komisyonu tarafından, 30 Temmuz 1999'da, **Antitekel Kanunu Kapsamında Patent ve Know-how Lisansı Anlaşmalarına Dair Kılavuz (Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements under the Antimonopoly Act)** (<http://www.jftc.go.jp/e-page/guideli/patent99.htm>) çıkarılmıştır.

Ayrıca böyle bir kısıtlama, lisans alana mutlak bölgesel koruma sağlanmış olması olasılığını akla getirebilir: Kendilerine ürün sağlanmasının yasaklandığı alıcılar arasında, lisanslı ürünü diğer lisans alanların faaliyet bölgelerinde pazarlamak üzere büyük miktarlarda satın alan alıcılar da bulunabilir. Bu tür alıcılar, paralel satıcı (paralel ithalatçı) olarak adlandırılır. Böyle alıcılar tarafından yapılan taleplere ilişkin olarak, lisans alana, diğer lisans alanların kendi faaliyet bölgelerindeki güvenli satış ortamının muhafazası için getirilen sınırlamalar, istisnai olarak, haklı bir sebep gösterilmesi halinde rekabet hukukuna uygun kabul edilebilir.

**bc. Lisanslı Teknolojinin Kullanım Sıklığının veya Lisanslı Ürünün Üretim Miktarının Sınırlanması**

Lisans sözleşmeleri ile lisans alanın lisanslı teknolojiyi kullanarak yapacağı mal ve hizmet üretiminin sınırlanması da rekabete aykırı kabul edilir. **Üretim kısıtlamaları (*output restraints*)** diye nitelenen bu durum sonucu, lisans veren, lisans alan üzerinden, ilgili ürün pazarlarına arz edilecek ürün miktarını sınırlamış olur. Bu da yapay fiyat artışına sebebiyet verebileceği gibi ilgili pazarın kompartmanlara ayrılması sonucunu da doğurabilir. Lisans alan, sözleşme gereği belirli bir miktarın üzerinde üretim yapamayacağı için, üretim kapasitesi bulunduğu hâlde tüm talepleri karşılayamayabilir. Tüm lisans alanlar açısından bu kısıtlama öngörüldüğü takdirde, pazar, fiilen bölünmüş olacaktır; alıcıların bölgeleri dışındaki lisans alanlardan mal veya hizmet temin etmeleri zorlaşacak ya da olanaksız hale gelecektir.

**bd. Lisans Veren ve Lisans Alanın Faaliyet Bölgesinin Sınırlanması**

Lisans sözleşmelerinde, çoğunlukla, lisans alan, lisans konusu teknolojiyi belirli bir coğrafi bölge içerisinde kullanmakla yetkilendirilir. Bu durumda lisans alana, lisans konusu teknolojiyi sözleşmede belirtilen bölge dışında kullanmama kısıtlaması getirilmiş olur. Diğer yandan lisans veren de sözleşmede belirtilen bölgede lisanslı teknolojiyi kullanmayacağını taahhüt edebilir. Böylece lisans verene, lisans konusu teknolojiyi sözleşmede belirtilen bölgede kullanma kısıtlaması getirilmiş olur.

Bu tür bölgesel kısıtlamalar, kural olarak rekabete aykırı kabul edilmezler. Lisans alana açık münhasır lisans tanınması, lisans alanın lisanslı teknolojiyi lisans bölgesinde etkin bir işletebilmesi için gerekli olan güvenceyi sağlayabilir. Yalnız, açık münhasır lisansın ötesinde mutlak bölgesel koruma sağlamaya yönelik kısıtlamaların rekabete aykırı etki doğurabilecekleri (özellikle Avrupa Birliği'nde) kabul edilmektedir. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir.

**be. Lisans Alana Ek Alım Yükümlülükleri Getirilmesi**

Lisans alanın, lisans verenle lisans sözleşmesi müzakerelerine girişirken temel saiki, lisans konusu teknoloji üzerinde lisans hakkı edinmektir. Halbuki lisans veren, bu hakkın edinilmesini, lisans alan tarafından bir takım ek alım yükümlülüklerinin edinilmesine bağlamış olabilir. Bu duruma **kelepçeleme [tying(tie-in)]** adı verilir. Ek alım yükümlülüğü, lisanslı teknolojiyle birlikte bir takım başka teknolojiler üzerinde lisans hakkı edinilmesini içerebilir. Bu durumda **toplu lisans sözleşmeleri (package licensing)** söz konusu olur. Ek alım yükümlülüğü, lisanslı ürünün imalinde kullanılan hammaddelerin veya aramaların lisans verenden veya onun gösterdiği kişilerden sağlanmasına dair olabilir. Hatta lisanslı teknolojiyle veya lisanslı ürünlerin imaliyle hiçbir ilgisi olmayan teknolojiler ve maddeleri kapsayan ek alım yükümlülükleri öngörülebilir. Kelepçeleme hükümleri, *per se* rekabete aykırı kabul edilmezler. Kural olarak, lisans konusu teknolojinin etkin ve verimli kullanımını sağlamaya yönelik ek alım yükümlülükleri rekabete yararlıdır. Diğer ek alım yükümlülüklerinin, rekabete aykırı etki doğurup doğurmadıkları somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

**bf. Lisans Alanın Üçüncü Kişilerle İş Görmesinin Engellenmesi**

Kelepçeleme hükümleri ile birlikte genellikle, lisans alanın, lisans veren ve onun saptadığı kişiler dışındaki kişilerle iş görmesine yönelik kısıtlamalar da söz konusu olur. Bu kısıtlamalara **münhasır iş görmeye yönelik kısıtlamalar (exclusive dealing restraints)** adı verilir. Lisans alan, lisans veren tarafından, üçüncü kişilerden teknoloji, hammadde, aramal vs. edinmekten alıkonabilir. Lisans veren, lisans alanın bu gibi üretim unsurlarını sadece kendisinden veya kendi göstereceği kişilerden sağlamasını şart koşabilir. Bu tür kısıtlamalar dahi *per se* rekabete aykırı kabul edilmezler; zira lisanslı teknolojinin etkin ve verimli kullanımı, lisans veren veya onun gösterdiği kişi tarafından sağlanacak spesifik üretim unsurlarını gerektirebilir. Yalnız, bu tür kısıtlamaların, pazardaki rakip teşebbüslerin teknoloji, mal vb. sağlama olanaklarını azaltarak rekabeti olumsuz yönde etkileyebilecekleri de gözönüne alınmalıdır. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılır.

**bg. Lisanslı Teknolojinin Kullanım Sahasının Sınırlanması**

Lisanslı teknolojinin birden fazla üretim sahasında kullanılması mümkün olabilir. Lisans veren, lisans alanın lisanslı teknolojiyi sadece belirli sahalarda kullanmasını öngörebilir. Örneğin bir cam işleme tekniği aynı zamanda porselen işlemede de kullanılabilir ve lisans veren, lisans alanın lisanslı teknolojiyi, sadece cam işlemede veya sadece porselen işlemede kullanmasını öngörebilir. Bu tür kısıtlamalar, *per se* rekabete aykırı kabul edilmezler; lisans veren, lisans alanın lisanslı teknolojinin belirli bir üretim sahasında kullanımında uzmanlaşmasını

amaçlamış olabilir. Yalnız lisans veren ve lisans alanın ilgili pazarlardaki konumlarına bağlı olarak bu kısıtlamanın rekabete aykırı bir pazar paylaşımı teşkil edip etmediğinin belirlenmesi gerekebilir. Bu durum, lisans verenin ilgili pazarlardaki pazar gücüne bağlı olarak, bir hakim durumun kötüye kullanılmasını dahi teşkil edebilir. Somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir.

#### **bh. Lisanslı Teknoloji İle İlgili Dava Açma Yasağı**

Lisans sözleşmesinin konusunu oluşturan teknolojik ürün üzerinde fikrî mülkiyet koruması bulunması halinde bu korumanın hükümsüzlüğü ileri sürülebilir. Diğer yandan, üzerinde fikrî mülkiyet koruması bulunmayan, know-how niteliğindeki teknolojik ürünlerin, belirlilik, gizlilik veya esaslılık unsurlarını haiz olmadıkları veya bu unsurları kaybettikleri, yani know-how'ın yokluğu iddia edilebilir. Lisans sözleşmelerinde, lisans alanı lisans süresi boyunca (veya bazen lisans süresinin sona ermesinden sonra dahi) bu tür iddialar ileri sürmekten alıkoyan hükümler öngörülmüş olabilir. Bu tür hükümlere, **hükümsüzlük/yokluk ileri sürme yasakları** (*non-challenge clauses*) adı verilmektedir. Bu hükümler, lisans verene bir güvence sağlamaktadır ve *per se* rekabete aykırı oldukları kabul edilmez. Yalnız lisans alanın, lisanslı teknoloji üzerindeki fikrî mülkiyet korumasının geçerliliğini veya know-how'ın esaslı unsurlarının varlığını sorgulamaktan alıkonması, lisans verenin haksız bir tekelden yararlanmasına yol açabilir. Örneğin AB rekabet hukukunda lisans sözleşmelerinde bu tür hükümlere yer verilmesinin rekabete aykırı olacağı, ancak lisans verenin, lisans alanın hükümsüzlük veya yokluk iddialarında bulunması üzerine, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmesinin öngörülebileceği kabul edilmiştir.

#### **bi. Geriye Lisans Verme Yükümlülüğü**

Lisans alan, lisanslı teknolojiyi kullanırken edindiği deneyimleri, bu teknoloji ile bağlantılı olarak geliştirdiği yeni kullanım yollarını veya yeni teknolojileri lisans verene kullandırmakla yükümlü tutulabilir. Bu tür yükümlülüklerle **geriye lisans verme hükümleri** (*grantback clauses*) adı verilmektedir.

Geriye lisans verme hükümleri *per se* rekabete aykırı kabul edilmezler. Yalnız, geriye lisans verme yükümlülüğün bir münhasır lisans olarak öngörülmesinin, bu tür hükümlerin rekabete aykırı etki doğurma olasılığını artırdığı kabul edilir. Zira, lisans veren münhasır lisans yolu ile, lisanslı teknoloji ile ilgili gelişmeleri kontrolü altında tutabilir ve hatta engelleyebilir. Lisans verenin de lisanslı teknolojide sağladığı gelişmeler üzerinde lisans alana lisans

hakkı tanıyacağını öngörmüş olması, geriye lisans verme hükümlerinin rekabet hukuku açısından değerlendirilmesinde olumlu bir faktör olarak göz önüne alınır.

#### **bj. Lisans Hakkı Karşılığında Öngörülen Bedeli Ödeme Yükümlülüğü**

Lisans alana tanınan lisans hakkı karşılığında öngörülen lisans bedelinin miktarı ve ödeme şekline ilişkin hükümler, kural olarak rekabet hukukunun kapsamına girmez. Yine kural olarak, makul olmayan bir lisans bedelinin dayatılması da rekabete aykırı bir davranış olarak kabul edilemez.

#### **bk. Asgari Bir Lisans Payı Ödeme veya Asgari Miktarda Üretim Yapma Yükümlülüğü**

Sözleşmede öngörülen belirli bir lisans bedeli ile birlikte veya tek başına lisans bedeline karşılık gelmek üzere, üretilen lisanslı ürün başına bir bedel ödenmesi veya lisanslı ürünlerin satış gelirlerinden belirli bir yüzdenin lisans verene ödenmesi öngörülebilir. Kural olarak, bu tür hükümler rekabete aykırı kabul edilmez. Lisans veren, bu tür hükümlerle bağlantılı olarak, lisanslı teknolojiden makul bir getiri sağlamak amacıyla, lisans verenin en az belirli bir miktarda üretim yapmasını öngörebilir.

#### **bl. Lisanslı Teknolojiyi Koruma Yükümlülüğü**

Lisans alanın lisans verenin know-how'ının gizliliğini korumasının öngörülmüş olması, rekabet hukukuna aykırı değildir. Yine lisans alanın lisanslı teknolojinin hükümsüzlüğünün veya yokluğunun ileri sürüldüğü hallerde, lisans vereni durumdan haberdar etmekle, lisans verenin talimatlarına uygun olarak gerekli önlemleri almakla ve işlemleri yapmakla yükümlü tutulmuş olması da rekabet hukukunun kapsamı dışında kalır.

#### **bm. Sözleşmenin Sona Ermesiyle Birlikte Lisanslı Teknolojinin Kullanımını Sona Erdirme Yükümlülüğü**

Lisans sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte lisanslı teknolojinin kullanımını sona erdirmeye yükümlülüğü, lisanslı teknolojik ürünün know-how niteliğinde olduğu hallerde önem taşır. Zira lisanslı teknolojinin üzerinde hukukî koruma bulunan bir teknolojik ürün olması halinde, ilgili fikrî mülkiyet düzenlemeleri uyarınca, koruma devam ettiği sürece tüm üçüncü kişilerin teknolojik ürünü kullanmaktan alıkonması mümkündür. Hukukî koruma sona erdikten sonra ise ilgili teknolojik ürünün kullanımı hiçbir şekilde engellenemez. Lisanslı teknolojinin know-how niteliğinde olması halinde ise böyle bir hukukî koruma söz konusu olmadığından, lisans veren, sahip olduğu teknolojik ürünü bu tür sözleşme hükümleriyle koruma yolunu tercih edebilir. Lisans alanın lisans

sözleşmesi sona erdikten sonra know-how'ı kullanmaya devam etmesi halinde, karşılığında bedel ödenmeyen bir kullanım söz konusu olacaktır. Ancak know-how'ın gizliliğini yitirmesi halinde durum farklıdır. Bu durumda hukukî koruma süresi sona eren teknolojik ürünler gibi, gizliliğini yitiren know-how da herkes tarafından serbestçe kullanılabilir. Lisans alanı, hukukî koruma süresi sona eren teknolojik ürünleri veya gizliliğini yitiren know-how'ı kullanmaktan alıkoyan sözleşme hükümleri rekabet hukukuna aykırı kabul edilir.

### **3. Teknolojik Ürünlerin Devrine Yönelik İşlemler**

Teknolojik ürünlerin devralınması, rekabet hukukunda birleşme veya devralma (yoğunlaşma) kavramları çerçevesinde değerlendirilir. Lisans verme eylemlerinde, lisans verenin, lisans konusu teknolojik ürün üzerindeki hakimiyeti devam eder. Halbuki teknolojik ürünün devredilmesiyle, ürün sahibi, bu ürün üzerindeki tüm haklarını kaybeder; ürün üzerindeki haklar, ürünü devralana geçer. Her ne kadar bir takım lisans sözleşmeleriyle, lisans veren de dahil olmak üzere, lisans alan dışındaki herkes, lisans konusu teknolojik ürünü kullanmaktan men edilse de, sözleşme sona erdiğinde kullanma hakları yeniden lisans verene geri döneceğinden, bu tür sözleşmeleri, teknolojik ürünlerin devralınması olarak kabul edemeyiz. Meğer ki işlem, “lisans sözleşmesi” adı altında yapılmasına rağmen, aslında bizatihi teknolojik ürün üzerindeki hakları lisans alana devretmek için gerçekleştirilmiş olsun.

Teknolojik ürünler, malvarlığını oluşturdukları teşebbüs ile birlikte devredilebilecekleri gibi, teşebbüsten ayrı olarak da devredilebilir. Bir teknolojik ürün ya da ürün grubu, ilgili pazarlardaki teşebbüslerin rekabet edebilirliği açısından kritik önemi haiz olabilir. Bu durumda, teşebbüsün tamamı bir birleşme veya devralmaya konu olmadığı hâlde, sadece bu fikrî malvarlığının devredilmesi de rekabet hukuku kapsamındaki bir birleşme veya devralma olarak değerlendirilebilir.

Teknolojik ürünlerin devralınması, özellikle, devralan teşebbüsün, söz konusu teknolojilerin kullanıldığı mal ve hizmet pazarlarında piyasa gücüne sahip olması durumunda önem kazanır. İlgili pazarlarda etkin rekabet için gerekli olan teknolojik birikimin bu konumdaki bir teşebbüsün elinde toplanması, hem o pazarlardaki rekabeti hem de o sahadaki teknolojik yenilik geliştirme düzeyini olumsuz etkileyebilir. Dolayısıyla teknolojik ürünlerin devralınmasına yönelik işlemlerin rekabet hukuku denetimine tabi olmaları gerekir.

### **B. Teknolojik Ürün Geliştirme Hızını Etkileyen Eylemler**

Rekabet hukuku uygulayıcıları, ilgili mal ve hizmet pazarlarındaki rekabetin korunmasını gözetmekle görevlidirler. Yalnız, artık günümüzde, bu

görevin yanında, teknolojik yeniliklerin ardarda geliştirildiği bir ekonomik sistemin işleyişini sağlamak üzere rol üstlenmek durumundadırlar. Bu yüzden teknolojik yeniliklerin geliştirilmesine sekte vuracak eylemlere karşı da uygun önlemlerin alınması gerekmektedir. Yukarıda bahsedilen lisans verme eylemleri ve teknolojik ürünlerin devralınması ile bu eylemler arasında şu fark bulunmaktadır. İlk iki hâlde eylem konusu teknolojik ürünler ortaya çıkmıştır, mevcuttur. Teknolojik yeniliklerin geliştirilmesini etkileyen eylemler ise henüz mevcut olmayan, ancak geliştirilen veya gelecekte geliştirilme olasılığı bulunan teknolojik ürünlere ilişkindir. Bu eylemler, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirler. Örneğin teşebbüsler arasında ortaklaşa araştırma geliştirme faaliyetlerine girişilmesine ilişkin bir anlaşma yapılabilir. Bu ortaklaşa çalışma sonucu elde edilecek teknolojik ürünler üzerinde karşılıklı lisans hakları tanınmış olabilir. Yahut ilgili bir mal ve hizmet piyasasında hakim durumda bulunan bir teşebbüs, bu mal ve hizmetlerin üretiminde kullanılabilecek teknolojik ürünleri geliştirme kapasitesini haiz bir başka teşebbüsü devralmak isteyebilir. Bu durumlarda henüz söz konusu teknolojik ürünler mevcut değildir, ancak bu tür ürünlerin geliştirilmesi için gerekli kaynaklar veya hazırlık çalışmaları devre konu olmaktadır veya tek elde toplanmaktadır.

Bu eylemler, olayın özelliğine göre, teşebbüsler arası anlaşma, hakim durumun kötüye kullanılması veya bir birleşme veya devralma şeklinde ortaya çıkabilir. Rekabet hukuku uygulayıcılarının söz konusu eylemlerin teknolojik ürün geliştirme hızı üzerindeki etkisini ayrıca göz önünde bulundurmaları gerekir.

#### **V. Rekabet Kurallarıyla Teknolojik Ürün Sahipliği ve Kullanımı Arasındaki İlişki**

Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüslerin teknolojik ürünleri edinmeleri<sup>8</sup> ve bu ürünlerle ilgili çeşitli işlemler veya eylemler gerçekleştirmeleri, Türk rekabet hukukunun kapsamına girebilir. Rekabete aykırı davranışlara konu olmak açısından, teknolojik ürünler ile teşebbüslerin diğer malvarlığı değerleri arasında bir fark bulunmamaktadır. Yalnız, ilgili teknolojik ürün üzerinde hukukî koruma bulunup bulunmaması, rekabet hukuku kapsamında yapılan değerlendirmeyi etkileyebilir. Bu nedenle önce, know-how niteliğindeki teknolojik ürünlerle fikrî mülkiyet haklarıyla korunan teknolojik ürünlerin tabi olacakları kuralları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

---

<sup>8</sup> Bir teşebbüsün teknolojik ürün geliştirmek amacıyla ar-ge çalışmalarına girişmesi ve geliştirdiği teknolojik ürün üzerinde fikrî mülkiyet hakları elde etmesi rekabet hukukunun kapsamında değildir.



### A. Know-How Sahipliği ve Kullanımı

Fikrî mülkiyet koruması kapsamında olmayan teknolojik ürünlerin (know-how) edinilmesi, çeşitli işlem veya eylemlere konu olması, Türk rekabet hukukunun kapsamına girebilir. Bu ürünler üzerinde hukukî koruma bulunmadığı için, rekabet hukukunun yasal düzenleme ile tanınan bir koruma alanına müdahalesi söz konusu değildir. Know-how'ın tanımı, 98/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde yapılmıştır.<sup>9</sup>

Know-how, teşebbüsler arası anlaşmalara konu olabilir<sup>10</sup>; lisans sözleşmeleri, bu anlaşmalardan en yaygın olanıdır. Kural olarak, teknolojik ürünlerin başka teşebbüslere kullandırılmasına yönelik lisans sözleşmeleri, teknolojinin yaygınlaşmasını sağladıklarından teknolojik yeniliklerin teşvikine ve rekabete katkıda buldukları farzedilir. Know-how lisans sözleşmeleri, dikey veya yatay nitelikte olabilir: Örneğin iki rakip teşebbüsten biri diğerine know-how lisansı tanyabilir veya rakip teşebbüsler birbirilerine karşılıklı münhasır know-how lisansı tanyabilirler. Bu tür yatay sözleşmelerde, olayın özelliklerinin dikkate alınarak, rekabete aykırılık bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Bu sözleşmeler, RK'nin 4'üncü maddesi kapsamında değerlendirilir.

Diğer yandan, elinde know-how bulunduran bir teşebbüs, farklı coğrafi pazarlara girmek amacıyla, kendisine rakip konumda olmayan teşebbüslerle dikey nitelikte know-how lisansı sözleşmeleri yapabilir. Rakip olmayan teşebbüsler arasında ve bunların faaliyetlerini kısıtlamayan bir know-how sözleşmesi rekabete aykırı olamaz. Yalnız bu sözleşmelerde, çoğunlukla, lisans alanların rekabet serbestisini ve/veya farklı teşebbüslerden hammadde, teknoloji vs. edinmesini kısıtlayan ve diğer yükümlülükler öngören çeşitli hükümlere yer verilmektedir. Bu sözleşmeler de RK'nin 4'üncü maddesinin öngördüğü genel hükümler çerçevesinde incelenir; zira henüz Türk rekabet hukukunda teknolojik ürün lisansı sözleşmelerinde öngörülen kısıtlayıcı koşulların Kurul tarafından hangi ölçütlere göre değerlendirileceğine ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmedeki hükümlerin rekabete aykırılık teşkil edip etmedikleri ve aykırılık teşkil etmeleri halinde bu hükümlere izin verilip verilemeyeceği, somut olayın özelliklerine göre, RK'nin 5'inci maddesinde öngörülen muafiyet koşulları dikkate alınarak değerlendirilir.

Bizatihi know-how edinilmesi, rekabete aykırı bir davranış teşkil edebilir. Örneğin, halihazırda piyasada hakim durumda bulunan bir teşebbüs, bir başka

<sup>9</sup> Madde 3(f): “Know-how: Franchise verenin deneyimi ve deneyleri sonucunda ortaya çıkmış, **patentli olmayan, gizli, özlü ve belirlenmiş bilgi paketini** ifade eder”.

<sup>10</sup> Know-how edinimi veya kullanımı söz konusu işlemin ağırlıklı edimini teşkil edebileceği gibi, yan (tali) edimlerden biri olarak da öngörülebilir.

kişiden veya teşebbüsten bu piyasada önemli bir rekabet avantajı sağlayacak bir know-how edinebilir. Bu işlem, RK'nin 6'ncı maddesi kapsamına girebilir. Diğer yandan, birleşen teşebbüslerin veya devralınan teşebbüsün malvarlığı içerisinde yer alan know-how niteliğindeki teknolojik ürünlerin ilgili pazarlardaki rekabet açısından öneminin göz önüne alınması gerekebilir. Kurul, söz konusu know-how'ın, birleşme veya devralma sonucunda el değiştirmesinin ilgili pazarlardaki rekabet üzerinde yaratacağı etkiye de bakacaktır. 97/1 sayılı Tebliğ'in kapsamına giren ve know-how devrini içeren bir birleşme veya devralmanın varlığı halinde, Kurul, bu Tebliğ'deki esaslar uyarınca bir değerlendirme yapacaktır.<sup>11</sup>

İlgili pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün sahip olduğu know-how'ı çeşitli şekillerde kötüye kullanması halinde, yine RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık doğabilir. Örneğin sahip olunan know-how'ın makul koşullarla üçüncü kişilere kullandırılması talebi, haklı bir sebep bulunmadığı hâlde geri çevrilebilir veya know-how lisansı sözleşmeleri yolu ile lisans alana haklı sebebi bulunmayan rekabeti kısıtlayıcı hükümler dayatılabilir.

### **B. Fikrî Mülkiyet Hakkı Sahipliği ve Kullanımı**

RK'de, RK'nin fikrî mülkiyet hukuku ile ilişkisini düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildir.<sup>12</sup> RK'nin 2'nci maddesinde, Kanun'un kapsamı belirlenirken, bu hususta herhangi bir istisna tanınmamıştır. Bu maddedeki "...her türlü hukukî işlem ve davranışlar...bu Kanun kapsamına girer." ifadesinden, fikrî mülkiyet düzenlemelerinden doğan haklara dayanılarak yapılacak hukukî işlem ve davranışların da doğrudan RK kapsamında değerlendirileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. RK'nin hiçbir maddesinde fikrî mülkiyet düzenlemelerinin uygulanmasına öncelik tanınacağına dair bir hüküm mevcut değildir. Bu durumda, RK'yi ihlâl ettiği iddia edilen bir teşebbüsün bizatihi fikrî mülkiyet düzenlemelerinden kaynaklanan mutlak hakkına dayanması kabul edilmeyebilir.

RK'de fikrî mülkiyet haklarına ilişkin hiçbir özel hüküm bulunmamasından iki sonuç çıkarılabilir. Ya kanun koyucu, bilerek fikrî mülkiyet haklarına hiçbir ayrıcalık tanınmamasını ve böylece bu hakların tamamıyla rekabet hukukuna tabi olmasını öngörmüştür veya RK'de bu konuda yapılması gereken düzenleme atlanmıştır ve bir boşluk doğmuştur. Bu sonuçlardan hangisi

<sup>11</sup> 97/1 sayılı Tebliğ'deki pazar payı ve ciro eşiklerinin altında kalan birleşme ve devralmaların dahi RK'nin 4'üncü maddesi uyarınca teşebbüslerarası bir anlaşma teşkil edebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>12</sup> Örneğin İsviçre Rekabet Kanunu'nun 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, İsviçre Rekabet Kanunu, rekabet üzerinde, münhasıran fikrî mülkiyeti düzenleyen hükümlerden doğan etkilere uygulanmaz. Aynı kanunun 6'ncı maddesinin ilk fıkrasının (d) bendinde fikrî mülkiyet hakları ile ilgili sözleşmeler, sağladıkları ekonomik verim dolayısıyla kanunun uygulamasından muaf tutulabilecek işlemler arasında sayılmıştır.

kabul edilirse edilsin, rekabet hukuku hükümlerine, fikrî mülkiyet haklarının tamamıyla bertaraf edilmesine -veya önemli ölçüde zedelenmesine- sebebiyet verecek ölçüde müdahale olanağı tanımak, fikrî mülkiyet hukukunun *ratio legis*'ine zarar verecektir. Dolayısıyla, fikrî mülkiyet düzenlemelerinde belirtilen “amaç” hükümlerinin, aynı zamanda, rekabet hukuku hükümlerinin müdahale sınırını oluşturduğunun kabulü gerekir. RK’de fikrî mülkiyet hakları ile ilgili işlem ve eylemlere nasıl ve hangi ölçüde müdahale edilebileceğine dair özel bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanan boşluk, RK’nin uygulanmasında gözetilen ATM kararları esas alınarak doldurulabilir.

Fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işlem ve eylemler açısından RK tarafından yasaklanan üç tip fiil arasında bir ayırım yapmak gerekir:

### **1. Fikrî Mülkiyet Haklarıyla İlgili Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar**

RK’nin 4’üncü maddesi uyarınca, “Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.” Bu madde uyarınca, Kurul, fikrî mülkiyet hakları ile bağlantılı bir anlaşmanın veya kararın rekabeti kısıtlayıcı, bozucu ya da engelleyici amaç taşıdığını tespit ederse, söz konusu anlaşmanın ilgili pazardaki/pazarlardaki rekabet üzerindeki etkilerini incelemeyen, bunların RK’ye aykırı olduğuna hükmeder. İlgili teşebbüs, soruşturma aşamasında amacının rekabeti kısıtlamak değil, fikrî mülkiyet haklarının kendisine tanıdığı olanakları etkin bir biçimde kullanmak olduğunu iddia edebilir. Kurulun olayın özelliklerine göre bu iddiayı değerlendirmesi yerinde olur. Zira böyle bir iddianın hiç dikkate alınmaması halinde, ilgili fikrî mülkiyet hakkının, tanınma amacına aykırı olarak zedelenmesi söz konusu olabilir.

Kurul, incelemesi sonucunda, ilgili teşebbüsün fiilinin rekabete aykırı amaç taşımamakla beraber, ilgili pazarda/pazarlarda böyle bir etki doğurduğunu belirlerse, fikrî mülkiyet hakkı sahibi teşebbüsün, fiilini fikrî mülkiyet hakkına dayanarak meşru gösterme olasılığı ortadan kalkacaktır. Bu durumda, RK’nin 5’inci maddesi uyarınca muafiyet tanınmasının mümkün olup olmadığı ele alınır.

RK’nin 5’inci maddesinin ilk fıkrası uyarınca, ilgili teşebbüslerin fiillerinin RK’nin 4’üncü maddesinin uygulanmasından muaf tutulabilmesi için: “a) Malların üretim ve dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin

ortadan kalkmaması, d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması” gerekir.

Yukarıda sıralanan koşullardan (a) ve (b)’de sayılanların, teknolojik ürünlere yönelik fikrî mülkiyet düzenlemelerinin *ratio legis*’iyle örtüştüğü dikkate alınmalıdır. (c) ve (d)’de öngörülen diğer iki koşul ise, fikrî mülkiyet düzenlemeleriyle tanınan tekel haklarına öncelik tanınmasının sınırını oluşturacaktır. Yani fikrî mülkiyet hakkıyla korunan bir teknolojik ürüne dair bir anlaşmanın ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırması veya rekabeti, teknik gelişme sağlanması için zorunlu olandan fazla sınırlaması halinde, bu anlaşmaya RK’nin 5’inci maddesi uyarınca muafiyet tanınmayacaktır. RK’ye uygun oldukları varsayılarak, uygunluk koşulları tebliğ ile düzenlenebilecek özel anlaşma kategorilerine de yer verilmemiştir.<sup>13</sup> Bunun yerine, RK’nin 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında, genel bir ifade ile; “Kurul birinci fıkroda gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.” denilmiştir.

Kurul, henüz teknolojik ürün lisansı sözleşmelerine yönelik herhangi bir tebliğ çıkarmamıştır. Tekelden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve Tekelden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde, bu anlaşmalar kapsamında öngörülebilecek lisans haklarına dair herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Sadece Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde, franchise kavramı tanımlanırken, franchise’ın diğer gayrimaddî unsurlar yanında “...faydalı modeller, tasarımlar, telif hakları, know-how veya patentlere ilişkin fikrî veya sınai mülkiyet haklarından oluşan bir sistemi ifade ettiği” belirtilmiştir. Franchise alana franchise verenin fikrî veya sınai mülkiyet haklarının aktarılması, franchise verenin franchise sözleşmesi çerçevesindeki temel edimlerinden biridir. Bunun karşılığında, tebliğde, franchise verenin fikrî ve sınai mülkiyet haklarını korumak için gerekli olmaları koşuluyla muafiyet kapsamına girecek bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Yalnız franchise sözleşmesi, kendine has özellikleri dolayısıyla lisans sözleşmesinden ayrılır. Bu nedenle, bu tebliğde hangi sözleşme hükümlerinin muafiyet kapsamına gireceği ve hangilerinin kapsam dışı kalacağı düzenlenmiş olması, lisans sözleşmelerindeki hükümler açısından yol gösterici nitelikte kabul edilemez. Dolayısıyla, teknolojik ürün lisansı sözleşmelerinin rekabet hukukumuzda nasıl ele alınacağı henüz ayrıca düzenlenmemiştir.

## 2. Fikrî Mülkiyet Haklarıyla İlgili Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri

<sup>13</sup> Karş.: İsviçre Rekabet Kanunu, madde 6 (1).

Bir veya birden fazla teşebbüsün ilgili pazarlardaki hakim durumlarını kötüye kullanmaları, RK'nin 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Fikrî mülkiyet hakkı sahipliğinin bu tür bir davranışı meşru kılıp kılamayacağı, yine olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Söz konusu bir piyasada ilgili bir teşebbüsün bizatihi fikrî mülkiyet hakkı sahipliğinden doğan hakim durumunu kullanması, "kötüye kullanma" olarak kabul edilemez. Ar-ge'ye yapılan yatırım sonucu geliştirilen yeni teknolojik ürünlerin ilgili pazarlarda ürün sahibi teşebbüse diğer teşebbüslere nazaran üstünlük sağlaması RK'ye aykırı değildir. Yalnız, özellikle fikrî mülkiyet hakkı sahipliğinden yararlanarak başka pazarlarda da menfaat ve/veya güç elde edilmeye çalışılması halinde, RK'nin 6'ncı maddesinin ihlâl edildiği sonucuna varılabilir. Bu maddenin ikinci fıkrasının (d) bendinde, "Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler." kötüye kullanma halleri arasında özellikle sayılmıştır.

Rekabet hukukumuzda elzem kaynaklar doktrininin kabul görüp görmeyeceği açık değildir. RK'nin 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde "ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler", kötüye kullanma halleri arasında öngörülmüştür. Bu hüküm, elzem kaynaklar doktrininin Türk rekabet hukukuna aktarılmasının hukukî dayanağını teşkil edebilir. Yalnız elzem kaynaklar doktrininin Türk rekabet hukukunda kabul edilmesi dahi, üzerinde fikrî mülkiyet hakkı bulunan teknolojik ürünlerin kullandırılmamaları halinde bu doktrinin uygulanabileceğinin kabulünü gerektirmez. Kanımızca, fikrî mülkiyet haklarıyla korunan teknolojik ürünlerin kullandırılmamasının RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil ettiğine hükmedilebilmesi için zaten elzem kaynaklar doktrinine başvurmaya gerek yoktur. Önce fikrî mülkiyet hakkı sahibinin ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığı belirlenmelidir. Daha sonra kullandırmamanın, "*belirlenen hakim durumun kötüye kullanılması*" teşkil edip etmediğine bakılmalıdır. Bu açıdan fikrî mülkiyet hakkı sahipliği, rekabet kurallarına tabi olmayı bertaraf edemez.

### 3. Fikrî Mülkiyet Haklarıyla İlgili Birleşme ve Devralmalar

RK'nin 7'nci maddesinde düzenlenen birleşme veya devralmalara ilişkin olarak, birleşen ve devralan teşebbüslerin sahip oldukları fikrî mülkiyet haklarının, bu teşebbüslerin söz konusu piyasalarda hakim durum yaratmalarında veya hakim durumlarını daha da güçlendirmelerinde ne kadar etkili olabileceği göz önünde bulundurulacaktır. Fikrî mülkiyet haklarını başkasına devretme hakkı,

hakkın kapsamı içerisinde düzenlenmiştir;<sup>14</sup> ancak buna rağmen RK'nin 7'nci maddesine aykırılık teşkil eden devirlere izin verilmeyebilir veya koşullu izin verilebilir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kurul, kendisine bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verme yetkisini haizdir<sup>15</sup>. Bu çerçevede, gerektiğinde bir takım fikrî mülkiyet haklarının üçüncü şahıslara devredilmesi veya bu haklar üzerinde lisans hakkı tanınması, birleşme veya devralmaya izin verilebilmesinin ön koşulu olarak ileri sürülebilecektir.

### VI. Gelecekteki Teknolojik Yeniliklerin Güvence Altına Alınması

Rekabet kurallarına dayanarak gelecekteki teknolojik yeniliklerin güvence altına alınması, iki halde gündeme gelebilir. Bir birleşme veya devralma gerçekleştiren teşebbüsler, bir takım teknolojik ürünlerin geliştirilmesine ilişkin rakip ar-ge faaliyetleri yürütmekte olabilirler. Bu durumda birleşme veya devralma, hem bu faaliyetleri hem de gelecekte pazara sürülebilecek teknolojik ürünleri etkileyecektir. Diğer yandan, rakip teşebbüsler, birleşme veya devralma niteliğinde işlemler gerçekleştirilmemekle birlikte, ar-ge sahasında işbirliğine girişebilirler. Bu tür girişimler de gelecekte birbirine rakip, yeni teknolojik ürünlerin geliştirilme olasılığını etkileyecektir.

1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin ilk fıkrasının (b) bendi uyarınca, Kurul, birleşme ve devralmalara ilişkin yapacağı değerlendirmelerde, diğer hususlarla birlikte, tüketiciye avantajlar sağlayan teknik ve ekonomik süreçteki gelişmeleri göz önünde tutar. Bu hüküm çerçevesinde, Kurulun, birleşmeye veya devralmaya taraf olan teşebbüslerin süregelen ar-ge faaliyetlerini ve genel olarak ar-ge kapasitesini de mutlaka dikkate alması gerekir.

Diğer yandan, Kurul'a bildirilen teşebbüsler arası anlaşmalardan özellikle ar-ge alanında işbirliğine yönelik olanların rekabet üzerinde doğuracakları etkinin hassasiyetle incelenmesi gerekir. Teşebbüslerin güçlerini birleştirerek çalıştıkları sahada gelecekteki teknoloji düzeyinin yükselmesini sağlayacak şekilde anlaşmaları engellenmemelidir; diğer yandan, ar-ge alanında işbirliği kisvesi altında yürütülebilecek danışıklılıklara da izin verilmemelidir.

Bu açıdan, RK'de öngörülen usul hükümleri, gerekli delillerin toplanması hususunda Kurul'a yeterli ölçüde yetki tanımaktadır. Kurul'un -fiyat belirleme veya pazar paylaşımı gibi *per se* rekabete aykırı kabul edilen anlaşmalar dışında- önüne gelen anlaşmalarda elde edebildiği tüm delilleri, ilgili pazara ilişkin elindeki

<sup>14</sup> FSEK, madde 19(3); PatKHK, madde 86; ETKHK, madde 39.

<sup>15</sup> 1997/1 sayılı Tebliğ, madde 6(b)(3).

tüm verileri ve rekabetin kısıtlanmasının haklı sebebi olarak kabul edilebilecek tüm halleri göz önünde bulundurması gerekir. UP’de, teşebbüsler arasındaki ar-ge alanındaki işbirliğine yönelik anlaşmalar hakkında, kısa vadede, ATA’nın 81(3)’üncü maddesinin Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları Kategorilerine Uygulanmasına yönelik 2659/2000 sayılı Komisyon Tüzüğü (“AGT”)’ne paralel bir grup muafiyeti tebliği çıkarılacağından bahsedilmektedir.<sup>16</sup> Türkiye’de henüz, bir grup muafiyeti tebliği çıkarılmasını gerektirecek yoğunlukta ar-ge işbirlikleri gerçekleştirilmemektedir. Ayrıca bu alanlardaki işbirliklerinin bildirim zorunluluğu kapsamının dışına çıkarılmayarak Kurul’un ilgili pazarlarda bu yoldaki faaliyetler hakkında bilgi sahibi olması önemlidir. Bu sahada bir grup muafiyeti çıkarılmak yerine, mevcut birel muafiyet sisteminin söz konusu anlaşmalara uygulanmaya devam edilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

### VII. Mevzuat Boşluğunun Doldurulması

UP’de, ATA’nın 85 (3). maddesinin Bazı Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Kategorilerine Uygulanmasına yönelik 240/96 sayılı, 31 Ocak 1996 tarihli Komisyon Tüzüğü (“TTT”)’ne ve AGT’ye paralel nitelikte bir grup muafiyeti tebliğinin çıkarılmasının Kurul’un kısa vadeli hedefleri arasında olduğu belirtilmektedir. Kanımızca, böyle bir düzenleme yapılması yerinde olmaz. Bu görüşümüzün temel dayanakları, (a) ulusalüstü tasarruf niteliğindeki AGT ve TTT’nin özü itibarıyla ulusal bir düzenlemeye esas alınmasının uygun bulunmaması, (b) Kurul’un sadece ortak ar-ge ve lisans sözleşmelerine dair grup muafiyeti tebliğleri yerine, tüm teknolojik ürünlere ilişkin işlem ve eylemleri kapsayan, yol gösterici, kılavuz niteliğinde bir genelge çıkarmasının daha yararlı sonuçlar doğurması olasılığı ve (c) bu konuda düzenleme yapılması için gerekli, Türkiye’deki ortak ar-ge ve lisans faaliyetlerine ilişkin birikimin henüz sağlanamamış olmasıdır.

TTT ve AGT’yi çıkaran Komisyon, ulusalüstü nitelikteki AT’nin bir organıdır. Dolayısıyla Komisyon tasarrufları, bu ulusalüstü yapıya uygun düzenlemelerdir. Teşebbüslerin davranışlarının AT rekabet hukukunun kapsamına girebilmesinin koşullarından biri, üye devletler arası ticaretin etkilenmesidir. İç hukukumuzda aktarılması olasılığı bulunan TTT ve AGT’nin de bu ölçüt ışığında hazırlandığını göz önünde bulundurmamız gerekir. Özellikle izin verilen bölgesel kısıtlamaların ve bu kısıtlamalara ilişkin olarak öngörülen sürelerin düzenlenmesinde bu ölçüt esas alınmıştır.<sup>17</sup> Ulusal sınırlar içerisinde böyle bir

<sup>16</sup> UP’de atıfta bulunulan, AGT’nin yürürlükten kalkmış bulunan metnidir.

<sup>17</sup> AB düzleminde, üye devletlerin tanıdığı ulusal nitelikteki fikrî mülkiyet haklarıyla AB’nin pazar entegrasyonu hedefi çatışmaktadır. Bu hedef, AB’nin rekabet politikasını da önemli ölçüde etkilemiştir. Ulusal fikrî mülkiyet hakları, her ülke tarafından ayrı ayrı tanındıkları ve ülkesel

ölçütün anlamı yoktur.<sup>18</sup> Örneğin, AB'ye üye devletlerden biri olan Almanya'nın rekabet mevzuatında TTT ve AGT'ye paralel nitelikte düzenlemeler bulunmamaktadır.

AT Rekabet Politikası, aynı zamanda ortak pazarın entegrasyonunu sağlamaya yönelik önemli bir araç olarak görülmektedir. Bu yaklaşım, TTT ve AGT dahil, rekabet hukuku ile ilgili Komisyon tasarruflarına da yansımaktadır. Halbuki bir ulus devletin rekabet düzenlemelerinin öncelikli amacı pazar entegrasyonu değildir. Komisyon personelinin azlığı ve özellikle uygulamayı bilen hukukçu ve iktisatçıların bu kadroda yer almayışı eleştirilmektedir. Rekabetten sorumlu Komisyon Dairesi (DGIV) Başkanı her üç yılda bir değiştiği hâlde, alt kadro, kemikleşmiş bir bürokratik yapı oluşturmaktadır.<sup>19</sup> Dolayısıyla gelişmelerin ve özellikle yeni ekonomik analiz tekniklerinin takip edilerek uygulanması tam sağlanamamaktadır. Blok muafiyeti tüzükleri gibi şekilci hukukî düzenlemelerin yapılmasının nedenlerinden biri de bu işgücü yetersizliğidir.<sup>20</sup> İlgili pazarlarda doğurdıkları etkilerin incelenmesi gereken lisans sözleşmeleri dahi,

---

etki doğurdıkları için, AB pazarını ülkesel kompartmanlara ayırdıkları sonucuna varılmıştır. AB'nin doğrudan ulusal fikrî mülkiyet haklarını düzenleme yetkisi olmayışı, bu alanda AT rekabet politikasının müdahaleci olması sonucunu doğurmuştur. TTT hükümlerine de, özellikle mutlak bölgesel korumaya ilişkin olarak, bu anlayış hakim olmuştur.

<sup>18</sup> 1992 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın Ali Cem Budak tarafından yapılan eleştirisinde, kanunumuzun Avrupa Topluluğu ve bir ölçüde de Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukuku mevzuatı örnek alınarak hazırlandığı belirtildikten sonra, "Avrupa Topluluğu rekabet hukukunun uygulandığı ekonomik ortam ile, Türk rekabet hukukunun uygulanacağı ekonomik ortam birbirinden farklıdır. İlk olarak, Avrupa Topluluğu rekabet hukuku, Ortak Pazar'a üye devletler arasındaki ticarete zarar veren rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle meşgul olur. (Benzer şekilde Amerika Birleşik Devletleri federal rekabet hukuku da, temel olarak eyaletler arasında ve yabancı devletlerle yapılan ticareti etkileyen rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerle meşguldür.) Türk rekabet mevzuatı ise üniter bir devlet ülkesi sınırları içinde uygulanacak milli nitelikli bir mevzuat olacaktır." denilmektedir. Bkz.: Ali Cem Budak, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı-Uluslararası Sempozyum, İstanbul, 1993, s. 134.

<sup>19</sup> AT rekabet uygulamalarını olumsuz etkileyen bir durum da şudur: Komisyon içerisinde AT rekabet politikası alanında uzmanlaşmış birim DGIV'dir. Buna rağmen, gerek birel kararlar gerek Blok Muafiyet Tüzükleri, tüm Komisyonerler tarafından kabul edilmektedir. Dolayısıyla Komisyonun rekabetin korunmasına ilişkin yasama ve yargı faaliyetlerinde politik etkilenme söz konusu olabilmektedir.

<sup>20</sup> Diğer yandan, Komisyonun hem ilgili vakayı soruşturan, ilgili faaliyet hakkındaki iddianameyi hazırlayan, hem de bu vakaya ilişkin karara varan organ olması, ATM'yi özellikle usule uygunluk konusunda son derece hassas davranmaya yöneltmiştir. Komisyon üzerindeki soruşturma usulüne yönelik yükümlülüklerin artması, karar alma sürecinin daha da uzamasına yol açmıştır. İşte blok muafiyeti tüzüklerinin kabulü, bu yükü hafifletmeye yönelik çözümlerdendir.



TTT’de öngörülen koşullara uydurularak Komisyon’un denetim kapsamının dışına çıkarılabilmektedir.<sup>21</sup>

Blok muafiyeti tüzüklerinin teşebbüslere sağladığı en önemli yararın hukukî kesinlik (öngörülebilirlik) olduğu söylenebilir. Yalnız, bu yararı gerçekleştirmenin başka yolları da bulunmaktadır. Kurul, dikey lisans sözleşmelerine belirli koşullarla grup muafiyeti tanımak yerine, genel olarak teknolojik ürünlere ilişkin işlem ve eylemleri rekabet hukuku açısından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutacağını açıklayan yol gösterici düzenlemeler yapabilir. Bu düzenlemelerin bağlayıcı nitelikte olmaması, hukukî öngörülebilirlik açısından grup muafiyeti tebliğleri ile önemli bir fark yaratmamaktadır. Zira grup muafiyeti tebliğinin kapsamına girecek şekilde hazırlanan bir sözleşmenin dahi, rekabete aykırı etki doğurması halinde incelemeye alınacağı, bizatihi ilgili tebliğde öngörülmektedir. Bu açıdan, Komisyon’un yatay işbirlikleri konusunda son çıkardığı düzenlemenin, bağlayıcılığı bulunmayan, ancak yol gösterici nitelikte bir kılavuz olduğunu da hatırlatmak gerekir.<sup>22</sup>

Türkiye’deki mal ve hizmet pazarlarındaki rekabeti etkileyebilecek teknolojik ürünlere ilişkin işlem ve eylemlerin Türk Rekabet Kurumu’nun bilgisi dahiline girmesi, arşivlenmesi ve nasıl uygulandıklarının takibi, pazarlardaki rekabetin denetimi açısından son derece önemlidir. Bu alanda acele ile bir grup muafiyeti tebliği çıkarılması, bu bilgi birikiminin ve denetim olanağının kaybına sebebiyet verecektir. TTT ve AGT benzeri grup muafiyeti tebliğlerinin bir diğer sakıncası da, bir lisans veya ar-ge sözleşmesinin bir bütün olarak rekabete olan etkisinin değerlendirilmesi yerine, tek tek sözleşmenin hükümleri üzerinde durulması ve bu hükümlerin tebliğ koşullarına uygunluğunun bir hukuka uygunluk gerekçesi olarak ileri sürülmesidir. Bu sözleşmeler dahil olmak üzere, teknolojik ürünlere ilişkin tüm işlem ve eylemler, açıkça rekabete aykırı hükümler içermemek koşulu ile, ekonomik analize tabi tutulmalıdır ve bunların ilgili pazardaki rekabete etkileri değerlendirilmelidir. Bizatihi Komisyon dahi, blok muafiyeti tüzüklerini ve notlarını, önüne gelen meseleleri incelerken vardığı sonuçlar ve ilgili ATM içtihatlarında ortaya konulan ilkeler ışığında hazırlamaktadır.

<sup>21</sup> Blok muafiyet tüzükleri, sözleşmeler hukukunun temelini oluşturan irade serbestisini de zedeleyebilmektedirler. Bu durum, tüzüklerin şekilci yapısından kaynaklanmaktadır. Uygulamada, bir sözleşme içerisinde birden çok Tüzüğün kapsamına giren hükümler yer alabilir. Bu hâlde tüzükten yararlanma olanağı ortadan kalkacağından, sözleşme bu yapıya uydurulmaya çalışılmaktadır.

<sup>22</sup> “AT Antlaşması’nın 81’inci maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, ATRG [6.1.2000] C 3/2.

TTT ve AGT örnek alınarak Kurul tarafından hazırlanacak ve yürürlüğe sokulacak grup muafiyeti tebliğlerinin, Türk ekonomisinde teknolojik yenilikleri teşvik eden bir yapının oluşturulmasına katkıda bulunamayacağı görüşündeyiz. Aksine, Türk endüstrisinin teknolojik düzeyinin, gereksinimlerinin ve bu konuya ilişkin hâlihazırdaki hukuk sistemimizin ortaya çıkardığı tablonun gerekli ön incelemesi yapılmadan böyle tebliğlerin kabulü, Türk teşebbüslerinin teknolojik yeniliklere yatırım yapmaya yönelmelerinin önüne dahi geçebilir.<sup>23</sup>

Kurulun yetkileri, RK'nin 27'inci maddesinde sayılmaktadır. Bu maddenin (f) bendi uyarınca, “*Bu Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak.*” Kurul'un görev ve yetkileri arasındadır. Dolayısıyla, Kurul'un bağlayıcı nitelikteki tebliğler çıkarma yetkisi ile beraber, RK'nin doğru uygulanması için gerekli ve uygun göreceği başka düzenlemeler yapma yetkisi de bulunmaktadır. Dolayısıyla özellikle teknolojik ürünlere ilişkin işlemlerin tabi olacağı rekabet hukuku rejimi konusunda, hukukî bağlayıcılığı bulunmayan, ancak bilgilendirici ve yönlendirici nitelikteki bir genelge yayınlaması pekâlâ mümkündür. Bu konuda ABD, Kanada ve Japonya'daki düzenlemeler örnek alınabilir,<sup>24</sup> ayrıca uygulama ışığında gerekli görülürse, TTT ve AGT hükümlerinden de yararlanılabilir. Yalnız her hâlde, böyle bir düzenleme dahi yapmadan önce, Kurul, yeterli sayıda anlaşma inceleyerek bu alandaki kısıtlamalar ve yükümlülüklerin ilgili pazarlardaki rekabete etkileri konusunda bir bilgi ve tecrübe birikimi edinmiş olmalıdır.

### **VIII. İlgili Pazarların Belirlenmesi**

Rekabete aykırı olduğu iddia edilen davranışları değerlendirirken bunların ilgili oldukları pazarın veya pazarların belirlenmesi, rekabet analizlerindeki ilk aşamadır. Teknolojik ürünlere ilişkin eylemler söz konusu olduğunda, bunların rekabete etkisini daha kesin ve doğru belirleyebilmek için, ilgili ürün pazarı açısından yeni tanımlamalara ve gruplandırmalara başvurulmaktadır. Bu konuda, Türk rekabet hukuku kapsamında yapılacak incelemelerde, ABDLG'de öngörülen üçlü pazar ayırımından yararlanılabileceği görüşündeyiz.<sup>25</sup> Aşağıda, ABDLG'de

<sup>23</sup> 1992 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı'nın Ali Cem Budak tarafından yapılan eleştirisinde, “...Avrupa Topluluğu ve Amerikan modelinin Türkiye'ye uygun düşmemesinin diğer bir sebebi, Türkiye'nin gelişmekte olan bir ülke olmasından kaynaklanan özellikleridir. Gelişmekte olan ülkelerin, rekabet hukuku uygulamaları bakımından, gelişmiş ülkelerinkinden farklı, kendilerine özgü sorunlarla karşılaştıkları bilinen bir gerçektir.” denilmektedir. Bkz.: Ali Cem Budak, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı-Uluslararası Sempozyum, İstanbul, 1993, s. 134

<sup>24</sup> Bkz.: yuk. dipnot 7.

<sup>25</sup> Bkz.: yuk. dipnot 7.

öngörülen pazar tiplerini, Türk rekabet hukukundaki “pazar” kavramı çerçevesinde değerlendireceğiz.

### A. İlgili Mal ve Hizmet Pazarları

RK'nin 1'inci maddesinde, kanunun amacının, “**mal ve hizmet piyasalarındaki**” rekabete aykırı davranışları önlemek olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine RK'nin 3'üncü maddesinde, rekabet, “Mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış.” şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla, teknolojik ürünlere ilişkin eylemleri RK açısından değerlendirirken, öncelikle, bu eylemlerin ilgili olduğu mal veya hizmet pazarları belirlenecektir. Söz konusu eylem, sadece tek bir mal veya hizmet pazarını etkilemeyebilir. Teknolojik ürünlerin üretim sürecinde haiz oldukları stratejik önem dolayısıyla, farklı mal ve hizmet pazarları, bu ürünlere ilişkin eylemlerden etkilenebilir. Bu pazarlar, hammadde pazarlarından yarı mamûl pazarlarına ve nihai mal pazarlarına kadar geniş bir pazar grubunu içerebilir.<sup>26</sup>

Söz konusu eylemlerin rekabet üzerindeki etkilerini belirlemek için, çoğu durumda, etkilenen mal veya hizmet pazarlarını dikkate almak yeterli olmaktadır. Sadece bu pazarların incelenmesinin yeterli olmadığı durumlarda ise, ilgili teknolojik ürün ve/veya teknolojik yenilik pazarlarının da saptanması ve eylemlerin bu pazarlardaki etkilerinin de değerlendirilmesi gerekebilir.

### B. İlgili Teknolojik Ürün Pazarları

Son yıllarda, yeni teknolojilerin kullanımının daha hızlı yaygınlaşmasını sağlayacak önemli bir olgu ortaya çıkmıştır. Teşebbüsler, sahip oldukları teknolojileri ayrıca pazarlayarak lisans gelirleri elde etmeye yönelmektedir. Diğer yandan, mal ve hizmet pazarlarında faaliyet göstermeyen ve bu pazarlarda kullanılmak üzere sadece yeni teknoloji üreten teşebbüslerin sayısı ve bunların üretimi de artmaktadır. Bu gelişmeler, “teknolojik ürün pazarları”nın oluşmasına yol açmıştır. Bu pazarlar sayesinde, yeni teknolojiler, bağımsız bir ürün niteliğinde, mal ve hizmet üreten teşebbüslere arz edilmektedir. Teşebbüslerin, yeni teknolojileri, bu pazarlardaki rekabet ortamı içerisinde oluşan fiyatlarla serbestçe edinmeleri mümkün olmaktadır.

<sup>26</sup> Japonya Rekabet Otoritesi tarafından çıkarılan **Guidelines for Patent and Know-how Licensing Agreements under the Antimonopoly Act-Antitekel Kanunu Kapsamında Patent ve Know-how Lisansı Anlaşmalarına Dair Kılavuz**'un ilk kısmının ikinci paragrafının ikinci bendinde, “pazar”ın bu çerçevede ayrıntılı tanımına yer verilmiştir. Bkz.: yuk. dipnot 7.

Günümüzde ancak, teknolojik altyapısı sağlam olan ve teknolojik üretimin yüksek olduğu ülkelerde bu pazarlardan bahsedilebilir. Henüz, yurt içinde, herhangi bir sahada, mal ve hizmet pazarlarından ayrı, bağımsız bir teknolojik ürün pazarı oluşturulamamıştır. Yalnız, teknoloji aktarımını kısıtlayıcı düzenlemelerin kaldırılmasıyla bu pazarların kapsamının genişleyeceği öngörülmelidir. Bu durumda, yurt dışından dahi, etkin rekabet ortamında oluşan fiyatlarla yeni teknoloji edinebilmek mümkün olabilir. Ayrıca iç pazarda etkin rekabet ortamının sağlanmasıyla, zaman içerisinde ülkesel teknoloji pazarları da gelişebilir.

RK'nin 3'üncü maddesinde, mal, 'ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya', hizmet ise 'bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetler' şeklinde ifade edilmiştir.

"Teknolojik ürün pazarı" teriminin kapsamını daha iyi belirleyebilmek açısından, teknolojik ürün dışındaki mal ve hizmet pazarları, "fiziki ürün pazarları" şeklinde de adlandırılabilir. Buna karşın teknolojik ürün pazarlarının konusu, fiziki varlığı bulunmayan, fikri ürün niteliğindeki teknolojik ürünlerdir.<sup>27</sup>

Teknolojik ürün pazarının bu tanımlar çerçevesinde RK kapsamına girip girmeyeceği tartışılabilir. Teknolojik ürün pazarında söz konusu olan ürün, halihazırda geliştirilmiş olan teknolojik üründür. Bu teknolojik ürünün parayla ifade edilen bir değeri vardır; dolayısıyla bizzat teknolojik ürün, 'ticarete konu olan eşya' şeklinde değerlendirilebilir ve ilgili teknolojik ürün pazarı, bir çeşit mal piyasası olarak kabul edilebilir.

### C. İlgili Teknolojik Yenilik Pazarları

Teknolojik yenilik pazarlarını RK çerçevesindeki tanımlar kapsamında değerlendirmek daha zordur. Bu kavramı Türk rekabet hukukuna aktarmak için, ABD hukukundaki **teknolojik yenilik pazarı** ile birlikte, AB doktrininde ortaya atılan, **geliştirilecek ürünlerin pazarı (future goods market)** teriminden yararlanılabilir. Ele alınan pazar, bir mal veya hizmet pazarıdır; ancak bu pazar henüz doğmamıştır. Söz konusu mal veya hizmet, yeni ürünlerin geliştirilmesine yönelik ar-ge faaliyetleri sonucu yaratılacaktır. Bu durumda, geliştirilecek ürünlerin pazarı da bir tür mal veya hizmet pazarı olarak kabul edilebilir. Burada sorun, ilgili pazarın konusunu teşkil eden ürünün henüz ortaya çıkmamış olmasıdır. Değerlendirme, geliştirilen ve/veya gelecekte geliştirilmesi olasılığı bulunan ürünlere göre yapılmaktadır. Yine de RK'de mal ve hizmet piyasalarına ilişkin, 'varolan mal ve hizmet piyasaları' şeklinde bir kısıtlamaya yer

<sup>27</sup> "Teknolojik ürün pazarları" terimi yerine, doğrudan "teknoloji pazarları" terimi de kullanılmaktadır. Örneğin ABDLG'de "teknoloji pazarları" terimi tercih edilmiştir.

verilmediğinden, teknolojik ürünlere dair eylemlere yönelik incelemelerde, teknolojik yenilik pazarı veya geliştirilecek ürünlerin pazarları kavramlarından yararlanılmasını engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca 97/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinde, Kurul'un birleşme ve devralmaları değerlendirirken "ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan teşebbüslerin fiilî ve **potansiyel rekabetini**" de göz önünde tutacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm uyarınca, geliştirilecek ürünlere ilişkin rekabet durumu, ilgili teknolojik yenilik pazarı kavramı çerçevesinde değilse bile, potansiyel rekabet kavramı kapsamında değerlendirilebilir.

Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüsler, henüz ar-ge çalışmalarına ağırlık vermemektedir. Teknolojik yenilik geliştirme kapasitesinin önemli bir rekabet unsuru teşkil etmediği bir ekonomik yapı mevcuttur. Yalnız, teknolojik ürün ve teknolojik yenilik pazarları kavramına hiç gerek duyulmayacağı düşünülmemelidir. Hem iç pazarda rekabetin artması hem de Türkiye pazarının gittikçe uluslararası rekabete açık hale gelmesi ile temel rekabet unsurlarının değişeceği ve fiyat rekabeti yanında teknolojik yenilik geliştirme gücünün önem kazanacağı göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>28</sup>

## IX. 4'üncü Madde

### A. Ar-ge Alanında İşbirliğine Yönelik Sözleşmeler

Yukarıda, rekabet kurallarıyla gelecekteki teknolojik yeniliklerin güvence altına alınmasını açıklarken değindiğimiz üzere, bu sözleşmelerin doğru değerlendirilmesi, teknolojik yeniliklerin teşviki açısından çok önemlidir. Ar-ge sözleşmeleri, rakipler arasındaki danışıklılığın bir vasıtası olarak kullanılabilir ve bu tür sözleşmelere izin verilmemelidir. Diğer yandan, rakipler arasındaki işbirliği, yeni ürünlerin daha kısa süre içerisinde ve daha üstün bir şekilde pazara sunulmasını sağlayabilir. Her sözleşmenin, Kurul tarafından ilgili pazarlarda doğuracağı etki açısından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmesi gerekir, bu alanda kısa vadede AGT'ye paralel bir grup muafiyeti çıkarılması doğru olmaz.<sup>29</sup>

*Batı Çimento v.d.-Ortak Girişim* kararı, grup muafiyeti çıkarılması halinde, şeklen bu muafiyetin koşullarına uydurularak RK'nin kapsamı dışında

<sup>28</sup> Bir grup patent hakkının devrine ilişkin *Cisco-IBM* kararında (00-16/160-82 sayılı, 02.05.2000 tarihli Kurul kararı), ürün pazarı olarak sadece ilgili mal pazarları tespit edilmiş ve incelenmiştir. İlgili teknolojik ürün pazarının tespitine gerek duyulmamıştır. Yalnız, ilgili mal pazarına giriş engelleri incelenirken, söz konusu teknolojiyi geliştirme olasılığı bulunan diğer teşebbüslerin varlığından bahsedilmiştir. Kararda, bu sahada yeni teknolojik ürün geliştirebilecek konumdaki teşebbüslerin belirtilmesi, ilgili geliştirilecek ürünlerin pazarındaki durumun dikkate alınması olarak yorumlanabilir.

<sup>29</sup> Bkz.: yuk. VII.

birakılacak sözleşmelere dair yerinde bir örnektir.<sup>30</sup> İncelenen anlaşma, bir grup Türk teşebbüsünün, ar-ge faaliyetlerinin yürütülmesine yönelik bir ortak girişim kurmalarına ilişkindir. Ortak girişimin tarafları, Ege Bölgesi'nde faaliyet gösteren dört çimento şirkettir. Şirketler, taraflardan her birinin gerçekleştirmekte olduğu ve gerçekleştirmesi gereken araştırma ve geliştirme faaliyetlerini ve belirli ülkelere yapılacak olan ihracat ve pazarlama faaliyetlerini kurulacak olan söz konusu ortak girişim şirketine devredeceklerdir. Karardan, ortak girişimin ağırlıklı amacının, güç birliği ederek Avrupa Birliği pazarına ihracat yapabilmek olduğu anlaşılmaktadır.

Ortak ihracat amacının aksine, ortaklaşa gerçekleştirilmesi amaçlanan ar-ge faaliyetlerinin türüne, kapsamına ve bu faaliyetler sonucu elde edilecek teknolojik ürünlerin kullanım şekline dair, Kurul'a hiçbir bilgi verilmediği görülmektedir. Kurul da, ortak girişimin ar-ge boyutunu ve ar-ge faaliyetlerinin birleştirilmesinin rekabete sağlayacağı olası yararları hiç incelememiştir. Kurul, koşulları gerçekleşmediğinden dolayı söz konusu ortak girişimin RK'nin 7'nci maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir ve ortak girişimi, RK'nin 4'üncü maddesi uyarınca incelemiştir. Ortak girişimin, kurucu firmalar arasında, üretim miktarları, depolama kapasiteleri ve hatta fiyatlar gibi konularda bilgi akışını sağlayabilecek ve tarafların rekabetçi davranışlarını koordine edebilecek nitelikte olduğu görülmüştür. Dolayısıyla ortak girişimin RK'nin 4'üncü maddesi kapsamında girdiğine ve menfi tespit belgesi verilemeyeceğine hükmedilmiştir. İşte bu aşamada ortak ar-ge faaliyetlerinin öngörülen ortak girişim açısından hakiki bir ağırlığı bulunsaydı, Kurul, herhâlde RK'nin 5'inci maddesi uyarınca bu anlaşmaya muafiyet tanınması olasılığını değerlendirecekti veya -öngörülen pazar payı ve ciro eşiklerinin aşılması koşulu ile- söz konusu ortak girişim, yoğunlaşmaya yönelik bir ortak girişim olarak, RK'nin 7'nci maddesi kapsamında incelenecekti.

### **B. Karşılıklı Lisans ve Patent Havuzları**

Karşılıklı lisans ve patent havuzları, rakip teşebbüsler arasında gerçekleştirilirler ve RK'nin 4'üncü maddesine tabidirler. Kurula bildirilmeleri gerekir. Kurul'un bu tür sözleşmelere birel muafiyet tanıyıp tanımayacağı her olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilir. Bu tür sözleşmelerin rakipler arasındaki fiyat tespitini veya pazar paylaşımını sağlamak amacıyla akdedilmiş olmaları durumunda, sözleşmeler, *per se* rekabete aykırılık teşkil edecektir. Diğer hâlde, sözleşmelerin muafiyet koşullarını gerçekleştirip gerçekleştirmediğine

<sup>30</sup> 00-19/188-100 sayılı 23.05.2000 tarihli Kurul kararı.

bakılacaktır. Kurul'un henüz karşılıklı lisans veya patent havuzu sözleşmelerine ilişkin bir kararı bulunmamaktadır.<sup>31</sup>

## C. Dikey Lisans Sözleşmeleri

### 1. Genel Olarak

Dikey lisans sözleşmeleri de RK'nin 4'üncü maddesi uyarınca değerlendirilir. AT içtihatları uyarınca, tek bir teşebbüsün dikey ilişki içerisinde olduğu teşebbüslerin, bu teşebbüsle yaptıkları tip sözleşme gereği bazı rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara girişmeleri halinde, bu uygulamalar hakim durumun kötüye kullanılması değil, teşebbüsler arası anlaşma kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>32</sup> Dolayısıyla söz konusu tek teşebbüs ilgili pazarda hakim durumda olmasa da, bu tarz uygulamalar rekabet kurallarının kapsamına girebilmektedir. Bu yaklaşım, kıyasen, Kurul tarafından, tek bir işletmenin birden fazla lisans alanla giriştiği, bir ağ oluşturan tip sözleşmelerde de benimsenebilir.<sup>33</sup>

Lisans verenin lisans alana lisanslı ürünlerin satış ve yeniden satış fiyatını dayatmasına ilişkin kısıtlamalar, *per se* rekabete aykırıdır.<sup>34</sup> Amacı açıkça ilgili mal veya hizmet piyasasında rekabeti engellemek olmayan diğer kısıtlama ve yükümlülüklerin rekabete etkisini, ilgili pazarın ekonomik analizini yaparak değerlendirmek gerekir. Kurul'un dikey lisans sözleşmelerindeki hükümlerin RK'ye uygunluk koşullarını belirleyen bir düzenleme yapmasının, hele hele bir grup muafiyeti tebliği çıkarmasının uygun olmadığı görüşündeyiz. Kurul henüz, Türk uygulamasındaki durumu belirleyecek ve uygun sonuçlara varacak sayıda ve çeşitte lisans sözleşmesi incelememiştir. Şu ana kadar Kurul tarafından incelenen

<sup>31</sup> Kurul, karşılıklı lisans veya patent havuzlarının rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesinde, ilgili ABD ve AB içtihatlarında kullanılan kriterlerden yararlanabilir.

<sup>32</sup> Örneğin bkz.: C-107-82, *AEG Telefunken v. Commission* [(1983) ECR, 3151].

<sup>33</sup> Bundan ayrı olarak, hakim durumdaki teşebbüslerin lisans alanlara bir takım kısıtlayıcı koşullar dayatmalarının her hâlde RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık doğurabileceği de göz önüne alınmalıdır.

<sup>34</sup> RK'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, teşebbüslerin aralarında mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatını tespit etmeleri, ayrıca aynı fıkranın (f) bendinde, arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi yasaklanmıştır. Yine 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 8(e) maddesinde, franchise alanın sözleşme konusu mal veya hizmetlerin satış fiyatlarını belirleme hakkının doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlanmasının sözleşmeye muafiyet uygulanmaması sonucunu doğuracağı düzenlenmiştir. Diğer yandan, RK'nin 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde, satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi, tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi de kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır.

tek bir dikey lisans sözleşmesinin karar metnine ulaşabilmiş olmamız da, Kurul'un uygulamadan sonuç çıkararak özel düzenleme yapması için henüz erken olduğunu teyit etmektedir. Söz konusu kararda, know-how kullanımını içeren bir fason üretim ve hizmet sözleşmesinin hükümleri, RK'nin 4'üncü ve 5'inci maddeleri kapsamında ele alınmıştır. Aşağıda bu karar, konumuzla doğrudan ilgili olması ve Kurulun lisans sözleşmelerine yaklaşımına ışık tutması açısından ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Bu inceleme de göz önünde bulundurularak Kurulun dikey lisans sözleşmelerine yaklaşımı hususunda genel bir değerlendirme yapılmıştır.

## 2. SKB-Fako Kararı

Karar, merkezi İngiltere'de bulunan SmithKline Beecham Plc. ("SKB") ile Fako İlaçları A.Ş. ve Turgut Holding A.Ş. ("FT") arasında yapılan "Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması"na ve RK'nin kapsamı dışında kalan iki diğer sözleşmeye ilişkindir ("SKB-Fako Kararı"). Fako İlaçları A.Ş., bu sözleşmelere menfi tespit belgesi veya muafiyet verilmesi amacıyla Kurula başvurmuştur.<sup>35</sup>

SKB, FT'ye, bir grup ilaç üzerinde, üretim ve satış yetkisini içeren bir know-how lisansı tanımıştır. Bir "Lisansın Feshi Anlaşması" ile bu lisansı geri almış ve sonra, bir "Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması" yaparak sadece üretim yetkisini içeren bir know-how lisansı tanımıştır. Aynı zamanda bir "Çalıştırmayı Bırakma Anlaşması" ile, FT'de satış sahasında istihdam edilenlerin, bundan böyle SKB'de istihdam edilmesinin koşulları düzenlenmiştir. Kurul, "Lisansın Feshi Anlaşması" ve Çalıştırmayı Bırakma Anlaşması'nda herhangi bir rekabeti engelleyici veya sınırlayıcı hükme rastlamamıştır. Bu nedenle söz konusu anlaşmalara menfi tespit belgesi vermiştir. Yalnız Fason Üretim ve Hizmet Anlaşması'nın ("Sözleşme") RK'nin kapsamına girdiğine hükmetmiş ve bu anlaşmaya, öngörülen değişikliklerin yapılması koşuluyla muafiyet tanınmasına karar vermiştir. Aşağıda, Sözleşme'de yer alan kısıtlamaları ve yükümlülükleri teker teker ele alacağız:

### a. FT'nin Yalnızca SKB'ye Ürün Tedarikiyle Yükümlü Tutulması

Sözleşme uyarınca FT, SKB'nin talimatları doğrultusunda ve onun sağladığı hammaddeyi ve know-how'ı kullanarak üretim yapacaktır.<sup>36</sup> FT, ilgili ürün pazarında faaliyet göstermeden, Sözleşme konusu ürünleri sadece SKB'ye tedarikle yükümlü olacaktır. Keza FT, kendi markalarını kullanmadan, SKB'nin

<sup>35</sup> 00-26/289-160 sayılı, 11.07.2000 tarihli Kurul kararı.

<sup>36</sup> Sözleşme'de, hammadde, yardımcı madde ve ambalajların SKB'nin mülkiyetinde olmaya devam edeceği düzenlenmiştir. Bu nedenle SKB'nin kendi mülkiyetinde olan söz konusu hammadde, yardımcı madde ve ambalajları anlaşma amaçları dışında kullanılmama hakkı bulunmaktadır.



markalarıyla üretim yapacaktır. Dolayısıyla burada tipik bir know-how lisansı sözleşmesinden söz edemeyiz; çünkü FT, artık, ilgili ürün pazarında faaliyet gösteren bağımsız bir teşebbüs değildir.<sup>37</sup> SKB, FT ile bir fason üretim sözleşmesi yapmıştır.<sup>38</sup>

Genel olarak üreticileri bu şekilde bir fason üretim sözleşmesi akdetmek durumunda bırakan temel neden, sözleşme konusu know-how'ın (ve bazen de hammaddelerin) başka bir şekilde elde edilmesinin çok zor veya olanaksız olmasıdır. Yalnız bu durum, söz konusu teknolojinin hakikaten ileri ve zor elde edilebilen nitelikte olmasından kaynaklanmalıdır. Yoksa pazar gücü yüksek bir teşebbüsün, bir takım genel nitelikteki bilgileri (ve diğer yerlerden temin edilebilecek hammaddeleri) sağlama karşılığında sözleşmenin karşı tarafını ilgili pazarda faaliyetten alıkoyması kabul edilemez. Böyle bir durumda söz konusu dayatma, hakim durumun kötüye kullanılması dahi olarak değerlendirilebilir.

Bir ilaç şirketi olan FT'nin ilgili ürün pazarında bağımsız olarak faaliyet göstermekten men edilmiş olması (sadece SKB'ye tedarikle yükümlü tutulması) önemli bir rekabet kısıtlamasıdır. Böyle bir kısıtlamanın RK'ye aykırı kabul edilmemesinin nedeni, SKB'nin FT'ye sağladığı teknik verilerin ekonomik değerini koruyabilmesini sağlamaktır. Burada FT, adeta SKB'nin bir üretim işletmesi gibi faaliyet göstermektedir. Dolayısıyla, FT'nin Sözleşme konusu know-how ve hammaddeleri sadece SKB'ya ürün tedariki amacıyla kullanmakla yükümlü tutulması RK'ye aykırı kabul edilmemiştir. Yalnız, aktarıldığı iddia edilen know-how'ın başka yerlerden kolayca temin edilebilecek veya sadece bir takım genel nitelikteki bilgilerden ibaret olması kabul edilemez.<sup>39</sup>

#### **b. FT'nin Gerçekleştirdiği Teknolojik Gelişmeleri SKB'ye Kullandırması**

FT, Sözleşme süresi içerisinde Sözleşme konusu ile ilgili bir gelişme sağlaması durumunda, SKB'ye bu gelişmeden yararlanma hakkı tanımakla (lisans vermekle) yükümlü tutulmuştur. Söz konusu gelişmenin SKB'nin teknolojisinden

<sup>37</sup> Yalnız "Lisansın Feshi Anlaşması" ile ilgili ifadelerden, SKB ile FT arasında daha önceden var olan ilişkinin bir lisans sözleşmesi olduğu izlenimi doğmaktadır. Zira FT'nin üretim ile birlikte satış yetkisini haiz olduğundan bahsedilmektedir. RK'nin yürürlükte olduğu süre içerisinde eğer bu sözleşme de yürürlükte idiyse, RK'nin 4'üncü maddesi kapsamında bir know-how lisansı sözleşmesi olarak incelenmesi gerekirdi.

<sup>38</sup> Bu konuyla ilgili olarak, Avrupa Komisyonu'nun çıkardığı "Bazı Taşeronluk Sözleşmelerinin AET Antlaşması'nın 85(1)'inci maddesi ile Bağlantılı Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Komisyon Notu"na atıf yapılmıştır. [ATRG, 3 Ocak 1979, C 1, s. 2-3] Notun ismi, yanlışlıkla "Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği" olarak çevrilmiştir.

<sup>39</sup> Bu kısıtlamayı dayatan teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olması halinde söz konusu dayatma, hakim durumun kötüye kullanılması dahi olarak değerlendirilebilir.

bağımsız olarak kullanılamayacağı hallerde ise, SKB'ye münhasır lisans tanınması öngörülmüştür. Sözleşme'de yanlış bir ifadeyle, FT'nin SKB lehine "ihtira beratı" (patent) düzenlemesinden bahsedilmektedir. Bu mümkün değildir. Öncelikle söz konusu gelişme açısından patent verilebilirlik koşullarının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir. Ayrıca söz konusu gelişme, patent verilebilir bir buluş olsa dahi, buluşun SKB adına patent olarak tescili, hem hakkaniyete hem de rekabet kurallarına aykırı olur. Burada kastedilen, bir kullandırma (lisans) hakkıdır. Kararda bu yanlışlık düzeltilmediği gibi, SKB lehine "münhasır olmayan" ve "münhasır bir patent" in düzenleneceğinden bahsedilmektedir.

Kararda, önce, "SKB lehine ihtira beratı düzenlenmesi" tarzındaki ifadenin "SKB lehine lisans hakkı tanınması" koşulu ile değiştirilmesi öngörülmeliydi. Diğer yandan tanınan lisans hakkının ücretsiz olması koşulu üzerinde durulmalıydı.<sup>40</sup> Ayrıca bu lisans hakkının geri alınmaz nitelikte (gayri kabili rücu) olması da dikkate alınmalıydı. Bu iki koşuldaki hiçbirisi, SKB'nin know-how'ının korunması ile ilgili kabul edilemez. Bu koşullar, FT'nin sağlayabileceği teknolojik gelişmeleri sektöre uğratabilir. FT'nin geliştirdiği teknoloji için patent alması durumunda SKB'ye münhasır lisans tanınması, FT'nin bu patent hakkından serbestçe yararlanmasını önemli ölçüde etkileyecektir. Münhasır lisans tanıma yükümlülüğü dolayısıyla, FT'nin ilgili ürün pazarında SKB'ye rakip olma olasılığı da azalmaktadır. Genel olarak, Türk şirketlerinin teknolojik altyapılarının zayıflığı dikkate alındığında, geliştirdikleri teknolojiler için know-how sahibine "münhasır" lisans tanımakla yükümlü tutulmalarının, Türk rekabet hukuku açısından mazur görülmemesi gerektiği söylenebilir. Kanımızca, ancak gerekli düzeltmenin yapılması ve iki koşulun Sözleşme'den çıkarılmaları halinde bu hükme cevaz verilmeliydi.

### **c. Know-how'ın Sözleşmenin Bitiminden Sonra Dahi Kullanılmaması**

Sözleşme'de, FT'nin Sözleşme sona erdikten sonraki 10 yıl boyunca SKB'nin know-how'ını izin almadan kullanması yasaklanmıştır.

Kararda kullanmama yükümlülüğüne ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. Know-how, gizliliğini koruduğu sürece, Sözleşme süresinin bitiminden sonrası için getirilen kullanma yasağı muteber kabul edilmelidir. Yalnız gizliliğin sona ermesi durumunda bu yasak da kalkmalıdır. Zira know-how'ın temel unsurlarından olan gizlilik ortadan kalktığı için artık korunacak bir know-how da mevcut değildir. Dolayısıyla FT'nin Sözleşme'nin bitiminden itibaren 10 yıl boyunca Sözleşme konusu know-how'ı kullanmaktan men edilmesi,

<sup>40</sup> Yine bir hata eseri olarak, Sözleşme'de İngilizce olarak yer aldığı tahmin ettiğimiz "royalty" sözcüğü, yani lisans ücreti, Türkçe'ye "imtiyaz hakkı" olarak çevrilmiştir.

rekabetin gereksiz yere kısıtlanmasıdır.<sup>41</sup> Bu yükümlülük karşılıklı olarak getirildiğinden, aynı durum, SKB açısından da söz konusudur. O da, FT'nin kendisine kullanma hakkı tanıdığı, Sözleşme konusu know-how'ı geliştiren bilgileri, bu bilgilerin gizliliğinin ortadan kalkmasından itibaren kullanabilmelidir.

Kararda önce “know-how'ı açıklamama” ve “know-how'ı kullanmama” yükümlülüğünden bahsedilmesine rağmen, bilâhare, sadece “açıklamama” yükümlülüğü üzerinde durulmuştur. Açıklamama yükümlülüğünün, Sözleşme konusu bilgiler anonim hale gelinceye (gizlilikleri ortadan kalkıncaya) kadar sürebileceği belirtilmiştir. Daha sonra ise, SKB ile FT'nin, gizli bilgilerin anlaşmanın bitiminden itibaren 10 yıl içinde anonim hale geleceğini öngördüklerinden bahsedilmiştir. Karara göre, bu öngörü çerçevesinde söz konusu açıklamama yükümlülüğü muteberdir. Halbuki, know-how'ın gizliliğinin ortadan kalkma süresi sözleşme ile kararlaştırılamaz. Zira bu, fiilî bir durumdur. Tarafların öngörülleri ile gerçek durum bağdaşmayabilir. Gerek açıklamama gerek kullanmama yükümlülüğü, know-how gizliliğini koruduğu sürece hüküm ifade edebilir.

Daha sonra, yine bir yanlış anlama sonucu, FT'nin geliştirdiği ve SKB'nin know-how'ından bağımsız olarak kullanabileceği teknolojiyen yararlanması, aynı hüküm ile SKB'nin iznine bağlı tutulduğu ileri sürülmüştür. Kurul'un değiştirilmesini öngördüğü hüküm de budur.<sup>42</sup> Halbuki hükümde, her iki tarafın, karşı tarafın sahip olduğu know-how'ı izinsiz ifşa etmemesinden ve kullanmamasından bahsedilmektedir.<sup>43</sup> Dolayısıyla bu hükmün, FT'nin geliştirdiği teknolojiyi kullanmasının engellenmesiyle bir ilgisi yoktur.

#### **d. Üçüncü Kişilerden Hammaddede Tedarikinin Yasaklanması**

Ayrıca FT'nin, Sözleşme konusu ürünün aktif maddelerini SKB dışındaki bir kaynaktan elde ederek üretim yapması da men edilmiştir. FT, Sözleşme

<sup>41</sup> Know-how alanın, know-how'ın gizliliğinin ortadan kalkmasına kast ya da ihmali neticesi sebebiyet vermiş olması halinde tazminat talep edilebilir; ancak know-how konusu bilgileri kullanmaktan men edilemez. Zaten Sözleşme'de, (Sözleşme süresi boyunca ve bitiminden itibaren 10 yıl süreyle) Sözleşme konusu know-how'ın herhangi bir üçüncü şahsa açıklanmayacağı ve ifşa edilmeyeceği öngörülmüştür.

<sup>42</sup> Kurul'un yapılmasını öngördüğü değişiklik, 10 yıllık kısıtlamanın, tarafların anlaşma dairesinde üstlendikleri işleri yaparken geliştirmiş oldukları ve sadece karşı tarafın know-how'ından bağımsız olarak kullanılamayan bilgilere özgü kılınmasıdır. Yukarıdaki açıklamalar ışığında böyle bir değişikliğin yerinde olmayacağı görülmektedir.

<sup>43</sup> Sözleşme'nin ilgili hükmünde, “Taraflar birbirlerinden almış oldukları Gizli Bilgileri veya tarafların işbu anlaşma dairesinde üstlendikleri işleri yaparken geliştirmiş oldukları bilgileri, önceden bilgiyi kendisine açıklayan tarafın yazılı iznini almadan kullanmayacak, herhangi bir üçüncü şahsa açıklamayacak ve ifşa etmeyeceklerdir.” denilmektedir.

konusu ürünlerin aktif maddelerini içeren ürünleri, Sözleşme süresi boyunca, kendi adına formüle etmek, üretmek ve satmaktan men edilmiştir. Yalnız FT'nin, bu aktif maddeleri içeren ürünleri üçüncü şahıslar için formüle etmesi, üretmesi ve hatta satması mümkün kılınmıştır. Kararda, bu kısıtlama ile ilgili olarak, FT'nin ilgili ürün pazarına girişinin engellenmesi üzerinde durulmaktadır. Bu saptama, çeşitli açılardan hatalıdır.

Öncelikle fason üretim sözleşmesinin temel özelliğinin, üreticinin Sözleşme konusu know-how'ı kendi adına kullanmaktan men edilmesi olduğunu görmüş bulunuyoruz. Eğer üretici bu know-how'dan yararlanmaya gerek duymasaydı, böyle bir Sözleşme'yi akdetmezdi. Sözleşme konusu ürünün aktif maddelerinden bu know-how'dan yararlanmadan farklı ürünlerin üretilebilmesi ihtimali düşüktür. Böyle bir kısıtlamanın öngörülmemesi halinde, FT, Sözleşme ile ilgili ürün pazarına girmekten men edilmiş olmasına rağmen, fiilen pazara girebilecektir. Bu noktada ilgili ürün pazarı analizinin yapılmamış (veya karara yansıtılmamış) olmasının sakıncası ortaya çıkmaktadır. FT'nin Sözleşme süresince kendi pazarlayacağı mamullerde bu aktif maddeleri kullanmaması hangi ürün pazarlarını etkileyecektir? Bu sorunun yanıtını bilmeden Sözleşme süresince rekabet etmeme hükmünün RK'ye aykırı olup olmadığına sağlıklı şekilde karar verilemez.

Ayrıca FT'nin üçüncü şahıslar için fason üretim yapması engellenmediği için, kendi know-how'ıyla pazara girmek isteyen diğer teşebbüslerin önü tıkanmamaktadır. Yine ilgili ürün pazarı belirtilmediği için, ne SKB'nın ne de FT'nin diğer teşebbüslere nazaran pazardaki durumları anlaşılamamaktadır.

Burada, özellikle FT'ye getirilen, kendi adına ürün formüle etme yasağı üzerinde durulması gerekir. Zira FT'nin söz konusu aktif maddeleri içeren ve Sözleşme konusu ürün dışında kalan yeni ürünleri formüle etmesinin engellenmesi önemli bir rekabet kısıtlamasıdır. Bu yasak, FT'nin yeni ürünler geliştirebilmesinin önünü tıkamaktadır. Dolayısıyla, bu yasağın Sözleşme'den çıkarılmasına hükmedilmeliydi.

#### **e. Diğer Kısıtlamalar**

Sözleşme ile aktarılan know-how'ı koruma gerekçesiyle, FT'nin bu know-how'ı Sözleşme konusu dışında kullanması yasaklanmıştır ve FT, know-how'ın gizliliğini korumakla yükümlü tutulmuştur. Diğer yandan, FT'nin, gerekli kalite kontrollerini yapması öngörülmüştür. Ayrıca Sözleşme'nin süresi sona erdiğinde, FT (ve bağlı ortaklıkları) know-how'ı kullanmayı sona erdirecektir. Kurul, bu kısıtlamaların RK'ye aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

Diğer kısıtlamalar kanımızca da RK'ye aykırı olmamalarına rağmen, "know-how'ı Sözleşme konusu dışında kullanmama" kısıtlaması üzerinde ayrıca durulması gerektiği görüşündeyiz. Böyle bir kısıtlama, söz konusu know-how'ın yeni ürünler ve/veya usuller geliştirilmekte kullanılması olasılığını ortadan kaldıracaktır. FT, zaten geliştirdiği teknolojiler üzerinde SKB'ye lisans hakkı tanımakla yükümlü tutulmuştur. Dolayısıyla bu gereksiz sınırlamaya izin verilmemesi gerekirdi.

#### f. Değerlendirme

Kurul, açıkça haklı sebep doktrinini kabul etmediği hâlde, Sözleşme'de öngörülen bağımsız üretim ve pazarlama yasağını meşru kılan bir neden bulunduğundan bahsetmektedir. Kararda da belirtildiği üzere Fason Üretim Sözleşmesi'nin temel özelliği, Sözleşme konusu ürünlerin Sözleşme süresi boyunca fason üretici tarafından bağımsız olarak piyasaya sürülmemesidir. Böyle bir sözleşmeyi haklı gösteren neden ise, üreticinin başka koşullarla edinemeyeceği know-how vs.'nin kendisine aktarılmış olmasıdır. Yine de şeklen, öngörülen kısıtlamanın RK'nin 5'inci maddesindeki muafiyet hükmü çerçevesinde değerlendirildiği beyan edilmektedir.<sup>44</sup>

Kararda, 1979 tarihli Altsözleşmelere İlişkin Komisyon Notu'ndaki bazı hükümlere değinilmiştir ve bu hükümler, karardaki bir takım değerlendirmelere esas teşkil etmiştir. Her ne kadar RK'nin mehazı AT rekabet mevzuatı olsa da, bu düzenlemelerden, Türkiye'nin koşullarına uygun oldukları ölçüde yararlanılması gerekir. Özellikle yerli teşebbüsün teknoloji geliştirme olanaklarını kısıtlayan anlaşmaların dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Genel olarak Türk şirketlerinin teknolojik altyapılarının zayıflığı dikkate alındığında, bunların geliştirdikleri teknolojiler için know-how sahibine veya taşeronluk sözleşmelerinde sipariş verene "münhasır" lisans tanımakla yükümlü tutulmaları ve know-how'ı sözleşme dışı kullanmalarının yasaklanması, Türk rekabet hukuku açısından mazur görülmeyebilir.

*SKB-Fako* kararına yansıyan bilgi eksiklikleri ve hatalar, Kurul'un lisans sözleşmelerinin değerlendirmek için gereken bilgi birikimi ve tecrübeye henüz ulaşmadığını göstermektedir. Bu aşamada öncelikle, Türkiye'de akdedilen lisans sözleşmelerinin, sözleşme konularının ilgili olduğu pazarlar, sözleşme taraflarının pazardaki konumları, ilgili pazarların yapısı ve pazara giriş engelleri açısından değerlendirilerek ortak özelliklerinin belirlenmesi gerekir. Bu sözleşmelerdeki

<sup>44</sup> Komisyon, çıkardığı notlarla belirli bazı sözleşme türlerine ve durumlara ilişkin yaklaşımını açıklamaktadır ve bu notlarda, bir takım rekabet kısıtlamalarının hangi gerekçelerle meşru kabul edilebileceğini belirtmektedir. Kurul, henüz bu tür yol gösterici düzenlemeler yapmamıştır.

kısıtlamaların ve yükümlülüklerin gerekçeleri, teknik gelişmeye ve ilgili pazardaki rekabete etkileri, Türkiye koşulları dikkate alınarak incelenmelidir. Ne zaman ki Kurul bu konuda yeterli bilgi ve tecrübe birikimine sahip olduğuna kanaat getirir, o zaman yol gösterici nitelikte düzenlemeler yapması uygun olur. O aşamaya kadar, RK'nin 5'inci maddesinde öngörülen koşulları esas alarak ve kesinlikle ilgili pazar analizini gerçekleştirerek birel değerlendirme yapması yerindedir.

#### **X. 6'ncı Madde**

Bir teşebbüsün teknolojik ürün sahibi olması ve/veya sahip olduğu teknolojik ürün üzerinde fikrî mülkiyet hakları edinmiş bulunması, o teşebbüsün hakim durumda bulunduğu kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu durum, fikrî mülkiyet hakkının söz konusu teknolojik ürün üzerinde mutlak hak sağlamasına rağmen, ilgili pazarda (pazarlarda) bu teknolojik ürünü ikame edebilecek ürünlerin varlığından kaynaklanır.

Ancak ilgili pazar analizi ve yapıldıktan ve hakim durum kriterleri uygulandıktan sonra teknolojik ürün sahibi bir teşebbüsün hakim durumda olduğu saptanırsa, bu teşebbüsün davranışlarının RK'nin 6'ncı maddesine aykırı bir kötüye kullanma teşkil edip etmediği değerlendirilebilir. Bu hallerde hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Kurul, her hâlde, teknolojik ürün sahibi bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını değerlendirirken, bu teşebbüsün pazardaki hakim konumunu nasıl elde ettiğini göz önünde bulundurmalıdır. Eğer teşebbüs bu konumunu, ar-ge sahasında yoğun yatırımlar, doğru iş kararları ve benzeri nitelikte meşru faaliyetler sonucu elde etmişse, diğer teşebbüsleri pazardan dışlayıcı davranışları, hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmeyebilir. Teknolojik ürün geliştirme sahasında meşru çabalarla pazar gücü elde edilmesiyle bu gücün rekabet kurallarına aykırı şekilde edinilmesi ve elde tutulması arasında ayırım yapılmalıdır.

Teknolojik ürünler ile bağlantılı olarak RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık, üç şekilde gündeme gelebilir. (i) İlgili pazarlarda halihazırda hakim durumda bulunan bir teşebbüs, diğer teşebbüslerin pazara girmesini veya pazarda faaliyetlerine devam etmelerini engelleyecek şekilde, üzerinde fikrî mülkiyet koruması bulunan veya bulunmayan bir takım teknolojik ürünleri ele geçirebilir. Teknolojik ürünlerin bu şekilde devralınması, yani devralma işleminin kendisi, RK'nin 7'nci maddesinin kapsamına da girebilir. (ii) Diğer yandan, bir pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs, diğer teşebbüslerle yaptığı lisans sözleşmelerinde, bu teşebbüslere rekabeti kısıtlayıcı nitelikte bazı sözleşme koşulları dayatabilir. Bu sözleşmeler, aynı zamanda RK'nin 4'üncü maddesinin

kapsamına girebilir. (iii) Son olarak, bir pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs, fiili veya potansiyel rakiplerinin, sahip olduğu teknolojik üründen yararlanma taleplerini geri çevirebilir. Kurul, henüz, hakim durumda bir teşebbüsün teknolojik ürünler edinmesine veya sahip olduğu teknolojik ürünlerin kullanımını koşullara bağlamasına veya kullandırmamasına ilişkin bir karar vermemiştir. Böyle bir meselenin gündeme gelmesi halinde, ilgili ATM ve ABD mahkemelerinin içtihatları ışığında karara varılabilir.

97/1 sayılı Tebliğ'in 4'üncü maddesinin ilk fıkrasında öngörülen pazar payı ve ciro eşikleri aşılmadığı hâlde, hakim durumda bir teşebbüsün kritik önemi haiz bazı teknolojik ürünleri devralması, RK'nin 6'ncı maddesi kapsamına girebilir. Bu davranış, özellikle RK'nin 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen, "ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması"nı teşkil edebilir. Ayrıca sonuçları itibarıyla, aynı fıkranın (e) bendinde öngörülen, "tüketicinin zararına olarak ... teknik gelişmenin kısıtlanması"na neden olabilir. Burada söz konusu devralmayı haklı gösteren bir neden bulunup bulunmadığına ve böyle bir nedenin varlığı halinde, devralmanın sadece bu nedeni gerçekleştirecek ölçüde rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığına bakılacaktır.

Hakim durumdaki teknolojik ürün sahibi teşebbüsün lisans verme konusunda teşebbüsler arasında ayrımcılık yapması, RK'nin 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin, keza böyle bir teşebbüsün lisans sözleşmelerinde kelepçeleme hükümlerine yer vermesi, aynı fıkranın (c) bendinin kapsamına girebilir. Bu tür davranışlara girişen hakim durumdaki bir teşebbüsün teknolojik ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet hakkı sahipliğini bir haklı sebep olarak ileri sürmesinin mümkün olamayacağı görüşündeyiz.

Kanımızca, Kurul, teknolojik ürün sahibi teşebbüsün, diğer teşebbüslerin kullanma taleplerini geri çevirmesinin veya karşılanamaz koşullar dayatmasının RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil ettiğine karar verirse, RK'nin 27'nci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi ve 9'uncu maddesinin ilk fıkrası uyarınca zorunlu lisansa hükmedebilmelidir.<sup>45</sup>

Kurul'un önüne şikayet yolu ile gelen bir meselede, ATAŞ Anadolu Tasfiyehanesi'nin akaryakıt dağıtım şirketlerine ürün arzını reddetmek suretiyle RK'yi ihlâl ettiği ileri sürülmüştür.<sup>46</sup> Kurul, yapılan önaraştırma sonucu aldığı kararda, ATAŞ'ta pay sahibi olan rafineri şirketlerinin ayrı ayrı ya da birlikte hakim durumda olmadıklarına, dolayısıyla RK'nin 6'ncı maddesinin kapsamı

<sup>45</sup> Bkz.: aş. XII, A, 4, b.

<sup>46</sup> Dosya Sayısı: D1/1/C.S.-99/2 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 00-35/384-214.

dışında kaldıklarına; öte yandan, ilgili teşebbüslerin biraraya gelerek RK'nin 4'üncü maddesi kapsamında rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğuracak herhangi bir karar ve/veya eylemde de bulunmadıklarına, bu nedenle soruşturma açılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Kararda, şikayet edilen (ATAŞ)'da pay sahibi olan rafineri şirketlerinin ilgili pazarda hakim durumda bulduklarına ve akaryakıt dağıtım şirketlerine akaryakıt temin etmeyerek bu durumlarını kötüye kullandıkları sonucuna varılmış olsaydı, rekabete aykırılık, ATAŞ'ın ürün teminine hükmedilerek giderilebilecekti. Böyle bir karar ise, "kullandırma yaptırımı" açısından dolaylı bir dayanak teşkil edebilecekti.

## **XI. 7'nci Madde**

### **A. Genel Değerlendirme**

Kurulun birleşme veya devralmalara ilişkin aldığı kararlarda, henüz, teknolojik ürün sahipliğinin el değiştirmesinin doğuracağı sonuçların ayrıntılı olarak irdelenmesine gerek duyulmadığı görülmektedir. Bu konuda incelediğimiz yabancı mevzuat ve uygulamalar ışığında, aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

1997/1 sayılı Tebliğ'de sadece ilgili mal ve hizmet pazarlarından bahsedilmektedir.<sup>47</sup> Birleşme ve devralma işlemlerinin taraflarının rakip teknolojik ürünlere sahip olmaları veya aynı sahada ar-ge faaliyetleri içerisinde bulunmaları durumunda, söz konusu işlemlerin ilgili teknolojik ürün ve teknolojik yenilik pazarlarındaki etkilerinin de değerlendirilmesi gerekebilir.

Birleşme veya devralma sonucunda, RK'nin 7'nci maddesinde öngörüldüğü şekilde hakim durum yaratılıp yaratılmadığının veya mevcut hakim durumun güçlendirilip güçlendirilmediğinin belirlenmesi için, (a) ilgili pazardaki yoğunlaşma derecesi, (b) pazara giriş koşulları,<sup>48</sup> (c) bu alandaki teknolojinin ilerleme hızı (d) rakip teşebbüslerin, sahip olunan fikrî mülkiyet hakları ve/veya know-how ile konulmuş görünen teknolojik çataları aşabilme olanakları dikkate alınmalıdır.

Genel olarak, ilgili pazarda faaliyet gösteren teşebbüs sayısı ne kadar çok ise, teşebbüslerin birleşme veya devralma yolu ile diğer teşebbüslerinden bağımsız olarak pazar güçlerini artırma veya pekiştirme olasılığının o kadar düşük olduğundan bahsedilebilir. Yalnız, ilgili pazardaki teşebbüslerin az, dolayısıyla yoğunlaşma derecesinin yüksek olması durumunda, birleşme veya devralmanın

<sup>47</sup> Halbuki teknolojik ürünlere dair eylemler söz konusu olduğunda ilgili teknolojik ürün ve ilgili teknolojik yenilik pazarlarının da dikkate alınması gerekebileceği hususunda bkz.: yuk. VIII.

<sup>48</sup> Bu değerlendirmede, ilgili ürün pazarı kapsamındaki ürünleri halihazırda pazara arzeden teşebbüslerle, pazardaki fiyatların artması sonucu bu pazara yönelerek makul ölçüde kısa bir süre içerisinde aşgari bir yatırımla pazara girme olasılığı bulunan teşebbüsler de dikkate alınmalıdır.



kesinlikle pazar gücü doğuracağı veya pazar gücünü artıracacağı sonucuna da varılamaz. Özellikle pazara giriş engellerinin düşük, teknolojik ilerleme hızının yüksek olduğu ve daha önceden önemli pazar payına sahip teşebbüslerin koyduğu teknolojik çıtalara aşabilecek kapasitedeki teşebbüslerin bulunduğu sektörlerde, mevcut rakiplerin azlığı, birleşme veya devralmanın kesinlikle rekabeti kısıtlayacağı sonucuna varılmasını gerektirmez.

Özellikle teknolojik ürünlere ilişkin eylemlerin etki edebileceği pazarlarda, genellikle pazardaki yoğunlaşma oranından çok, pazara giriş koşulları daha büyük önem arz etmektedir. Bunun sebebi, teknolojik varlığa sahip olmanın kritik önemi bulunduğu pazarlarda, uzmanlaşma ve özel bilgi birikimi gerektiren bu tür varlıkların edinilmesinin ve bu yolla pazara girişin daha zor olmasıdır.

Teşebbüsler arasında konusunu teknolojik ürünlerin oluşturduğu fikrî mülkiyet haklarının devrine yönelik bir sözleşmenin RK'nin 7'nci maddesi kapsamında incelendiği, metnini edinebildiğimiz tek Kurul kararı, *Cisco-IBM* kararıdır. Aşağıda bu kararı eleştirel gözle inceledik.

### **B. Cisco-IBM Kararı<sup>49</sup>**

Bu karar, IBM şirketinin (IBM) bazı veri ağı ürünlerine ilişkin fikrî mülkiyet haklarının Cisco Systems Inc. (Cisco) tarafından satın alınması işlemine izin verilmesi talebine dairdir. Söz konusu işlem, IBM'nin routing ve switching ürünleri üzerindeki 144 ABD patentini ve henüz beklemede olan 58 ABD patent başvurusunu kapsayan fikrî mülkiyet haklarının Cisco'ya devrini içermektedir.

Söz konusu sözleşmenin birleşme veya devralma sayılan hallerden hangisine girdiği, kararda belirtilmemiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2(b) maddesinde "herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün malvarlığını devralması"ndan bahsedilmektedir. "Fikrî mülkiyet hakları", teşebbüslerin gayrimaddi malvarlığına dahildirler. Dolayısıyla söz konusu devrin bu madde hükmü kapsamında kabul edildiğini öngörüyoruz.<sup>50</sup>

Devralma sonucunda Cisco'nun router piyasasındaki payı ve pazardaki yoğunlaşma oranı artacak olmasına rağmen, dört sebepten dolayı rekabetin önemli

<sup>49</sup> 00-16/160-82 sayılı, 02.05.2000 tarihli Kurul kararı.

<sup>50</sup> ABDLG'de de, fikrî mülkiyet hakların devralınmasına yönelik işlemlerin "Yatay Birleşmelere İlişkin Kılavuz"a göre değerlendirileceği ifade edilmiştir (Bkz.: yuk. dipnot 7). Böyle bir devralma, AT rekabet hukuku kapsamında, 4064/89 sayılı Tüzüğün 3(1)(b) maddesinde düzenlenen, bir teşebbüsün kısmen devralınması, yani bir "kısmi devralma" olarak değerlendirilir. Aynı Tüzüğün ilk maddesinde öngörülen ciro eşiklerinin değerlendirilmesinde, madde 5(2) uyarınca, sadece devralmaya konu olan kısma dair ciro dikkate alınır. Benzer düzenleme, 97/1 sayılı Tebliğ'in 2(1)(b) ve 4(3)'üncü maddelerinde öngörülmüştür.

ölçüde azalmayacağı kanaatine varılmıştır: Öncelikle bilgisayar ağı sektörünün her yıl ortalama % 30-40 oranında genişlediği ve paylaşılacak pastanın büyüdüğü, bu durumun da yeni girişleri teşvik ettiği saptanmıştır. Daha sonra sektörde kullanılan ürünlerin yüksek teknolojiye sahip olmasının da bir giriş engeli yaratmadığı belirtilmiştir. Bu hususta, söz konusu teknolojinin yüksek ve ileri nitelikte olmasına rağmen, geliştirilebilmesi için çok fazla yatırım gerektirmediği dikkate alınmıştır.<sup>51</sup> Diğer yandan, bu sektörde patent konusu yapılmamış bulunan standartların bulunduğu ve üreticilerin bu standartlara uyarak serbestçe üretim yapabildikleri vurgulanmıştır. Son olarak, geleneksel ses ekipmanı üreticisi olan şirketlerin ve telefon ekipmanı sağlayıcılarının, bilgisayar ağı teknolojisine hem dahili araştırma ve geliştirme yoluyla hem de devralma yoluyla büyük yatırımlar gerçekleştirdiği saptanmıştır. Bu teşebbüsler ister söz konusu ürünlerin alıcısı konumunda olsunlar, ister bizatihi üretici olarak faaliyet gösterebilirler, pazar güçlerinden dolayı, Cisco'nun router pazarında hakimiyet kurmasını (ve muhtemelen hakimiyetini kötüye kullanmasını) engelleyeceklerdir.

Kurul'un sayılan izin gerekçeleri şu nedenlerle eleştirilebilir: Kararda, bu gerekçelere dair herhangi bir somut veri sunulmamaktadır. Özellikle sektörde standartların bulunması dolayısıyla patent ve lisansların öneminin azaldığı yolundaki saptamanın dayanağı belli değildir.<sup>52</sup> Sözleşme konusu patentlerin ve patent başvurularının, ilgili pazarda önemli bir konum sağlayabilecek nitelikte olup olmadığı incelenmemiştir. Ayrıca bilgisayar ağı sektörünün genişlemesi ile router pazarının genişlemesi arasında doğrudan bir bağ kurulmasının yerindeliği de tartışmalıdır. Bilgisayar ağı sektöründeki gelişmeye bağlı olarak router pazarında yaşanan genişlemeye rağmen, bir teşebbüsün kritik bazı patentlere sahip olması halinde, pazar hakimiyeti bulunan teşebbüsün payı da en az genişleme oranında artabilir. Bizatihi pazar genişlemesi, piyasaya giriş engellerini ortadan kaldıran bir unsur olarak ileri sürülemez.<sup>53</sup>

Telefon (telekomünikasyon) ekipmanı sağlayıcısı olan şirketler, potansiyel rakip olarak sayılmıştır. Bu şirketlerin bilgisayar ağı teknolojisine hem dahili araştırma ve geliştirme yoluyla hem de devralma yoluyla büyük yatırımlar

<sup>51</sup> Kararda, sektördeki yeniliklerin (teknolojik yeniliklerin), çoğunlukla, esnek yapıda (bu ifade ile neyin kastedildiği belli değildir), belirli alanlarda yoğunlaşmış küçük oyuncular tarafından yapıldığına ilişkin saptamadan bu sonuca varıyoruz.

<sup>52</sup> Kararda, "Pazardaki alıcılar herşeyden önce aldıkları aktif ürünlerde belirli standart özellikler aramakta ve üreticiler de bu standartlara göre üretim yapmakta bu da pazara girişte patent ve lisansların önemini azaltmaktadır." denilmektedir. Böylece, aktif ürünlere ilişkin standartlar üzerinde patent hakları bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu durumda neden Cisco'nun IBM'nin patent haklarını devralma gereği duyduğu sorusu akla gelmektedir.

<sup>53</sup> Kararda "Hızla büyümekte olan sektör yeni teşebbüsleri bu alana çekmekte ve yeni oyuncular da bu pazarda kendilerine yer bulabilmektedir." denilmekle yetinilmiştir.

gerçekleştirdiği belirtilmektedir. Yalnız bu şirketlerin ne ölçüde bizzat ilgili ürün pazarında faaliyet gösterme ihtimalinin bulunduğu araştırılmamıştır. Bu şirketlerin ilgili ürün pazarındaki gelecekteki faaliyetleri açısından da kritik patentlere sahip olmanın önemi göz ardı edilmemelidir.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında Kurul'un etraflı bir pazar analizi yapmadığı, devralan teşebbüsün pazar gücünü, pazardaki rakiplerin rekabet olanağını ve devredilen patentlerin ilgili pazarlarda devralan teşebbüse ne ölçüde güç kattığını değerlendirmedeği görülmektedir. Bu yaklaşım, Kurulun önüne gelecek ve teknolojik ürün devrini içeren diğer sözleşmeler açısından sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Birleşme ve devralmaların yukarıda genel değerlendirme kısmında belirlediğimiz esaslar çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündeyiz.

## **XII. Aykırılığın Sonuçları**

Teşebbüslerin işlem veya eylemlerinin RK'deki yasaklayıcı hükümlere aykırılık teşkil etmesi halinde doğabilecek sonuçları, aşağıda, sırasıyla inceleyeceğiz. Bu işlem veya eylemlerin teknolojik ürünlerle ilgili bulunmaları, doğabilecek sonuçlar açısından bir değişiklik yaratmaz. Yalnız, ilgili meselenin Kurul tarafından ele alınması ile hukuk mahkemesince değerlendirilmesi arasında fark bulunmaktadır. Bu nedenle, RK'deki yasaklayıcı hükümlere aykırılığın sonuçlarını, Kurul ve hukuk mahkemeleri açısından ayrı ayrı inceledik.

### **A. İdari Yargı**

RK'nin 27'nci maddesinin (a) bendi, Kurul'a, RK'deki yasaklayıcı hükümlere aykırı davranan teşebbüslere yönelik geniş bir yaptırım yetkisi tanımıştır. RK hükümlerinin ihlâline son verilmesi için gerekli tedbirleri almak ve RK'nin 16'ncı ve 17'nci maddelerinde öngörülen hallerde idari para cezasına hükmetmek, bu yetki kapsamındadır. Kendisine bildirilen anlaşmalara menfi tespit belgesi verme veya muafiyet tanıma yetkisi, 27'nci maddenin (b) bendinde öngörülmüştür. Aynı zamanda, yine 27'nci maddenin (d) bendi uyarınca, Kurul, RK kapsamına giren birleşme ve devralmalara izin verme yetkisini haizdir. Aşağıda Kurul'un bu yetkileri kapsamında alabileceği kararları inceleyeceğiz.<sup>54</sup>

#### **1. Kesin Hükümsüzlük**

Teşebbüslerin RK'nin 4'üncü, 6'ncı veya 7'nci maddesine aykırılık teşkil eden hukukî işlemleri yasaktır. Bu durumda söz konusu hukukî işlemler bâtil, yani kesin olarak hükümsüz olacaktır. Her ne kadar bu tür işlemleri hükümsüz kılmak için bir dava açmaya veya beyana ihtiyaç yok ise de, ilgili işlemin RK'nin

<sup>54</sup> Kurul'un kararında, bu yaptırımlardan sadece birine yer verilebileceği gibi, aynı karar içerisinde birden fazla yaptırım öngörülebilir.

yukarıda sayılan maddelerine aykırılık teşkil edip etmediğinin saptanması gereklidir.

RK'nin 4'üncü maddesi hükmüne aykırı olarak, rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan işlem ve eylemler dışındaki tüm işlem ve eylemlere ilişkin olarak, rekabete aykırılık olgusunu belirleme yetkisinin Kurul'a ait olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu tür işlem ve eylemlerle ilgili olarak, hukuk mahkemelerine yapılan başvurularda dahi, rekabete aykırılık olgusunun önce Kurul tarafından belirlenmesi yerinde olacaktır. Şimdi RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılığın sonuçlarını irdeleyelim.

RK'nin 4'üncü, 6'ncı, 7'nci maddesinde öngörülen yasaklama ve RK'nin 56'ncı maddesindeki düzenleme ışığında, rekabete aykırılığı saptanan hukukî işlemlere yönelik olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımının RK'de açık olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.

RK'nin 56'ncı maddesinin ilk tümcesinde, “*Bu Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir.*” denilmektedir.<sup>55</sup> Bu ifade, medeni hukuk açısından hatalıdır. Zira geçersizliğin türü belirtilmemiştir. Mamafih RK'nin 4'üncü maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlama amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran veya doğurabilecek anlaşma ve teşebbüs birlikleri kararlarının **hukuka aykırı ve yasak** oldukları belirtilmiştir.<sup>56</sup> Bu durumda, Borçlar Kanunu'nun 19'uncü maddesi uyarınca, RK'nin 4'üncü maddesi hükmüne aykırı sözleşme ve kararlar, emredici hukuk kaidesine aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzdürler. 56'ncı maddede bu anlaşmalardan ve kararlardan doğan edimlerin ifasının istenemeyeceğinin ve daha önce yerine getirilmiş edimlerin Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre

<sup>55</sup> Bu madde, RK'nin, rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen Beşinci Kısımda yer almaktadır.

<sup>56</sup> GWB'de “Kartellerin Yasaklanması” başlıklı 1'inci madde hükmü şöyledir: “*Rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması amacını veya etkisini haiz rakip teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birlikleri kararları ve uyumlu eylemler yasaktır. (Kartellverbot-Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.)*”. “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 19'uncü maddenin ilk fıkrası hükmü ise şu şekildedir: “*Bir veya daha fazla teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaktır. (Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung- Die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.)*”. RK'nin 4'üncü, 6'ncı ve 7'nci maddelerinde yer alan “**hukuka aykırı ve yasaktır**” ifadeleri yerine, GWB'deki “**yasaktır**” ifadesinin tercihi uygun olurdu.

geri talep edilebileceğinin öngörölmüş olması, kesin hükümsüzlüğü teyid eder.<sup>57</sup> Bu nedenle, 56'ncı maddenin ilk tümcesinde, "Geçersizdir." ifadesi yerine, "Kesin hükümsüzdür." ifadesinin kullanılması gerekirdi.

Yine açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinin ikinci fıkrasında öngörölen ve sözleşmeler ile kararların kesin hükümsüz kısımlarının çıkarılmasından sonra geçerliliklerini sürdürmelerine olanak tanıyan hükmün, RK'nin 4'üncü maddesine aykırı sözleşme ve kararlar açısından uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.<sup>58</sup>

RK'nin 6'ncı maddesinde, bir veya birden fazla teşebbüsün, ilgili pazarlardaki hakim durumlarını, tek başına yahut **başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar** ile kötüye kullanmasının hukuka aykırı ve yasak olduğundan bahsedilmektedir. Halbuki 56'ncı maddedeki ifade, RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil eden hukukî işlemlere ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Örneğın bir lisans sözleşmesinde, lisans alanın lisans verene rakip olan teşebbüslerle rekabet etmesinin yasaklanması ve/veya diğeri rekabeti kısıtlayıcı hükümler öngörölmesi mümkündür. Bu hâlde, yorum yoluyla, RK'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil eden "anlaşmalar"ın, evleviyetle RK'nin 4'üncü maddesinde sayılan "anlaşmalar"ın kapsamına gireceğı kabul edilebilir. Dolayısıyla 56'ncı maddenin ilk tümcesi hükmü, RK'nin 6'ncı maddesine aykırı anlaşmalara da uygulanacaktır.

RK'nin 7'nci maddesi uyarınca, hakim durum yaratmaya veya hakim durumu güçlendirmeye yönelik ve ilgili pazarlarda rekabetin önemli ölçüde azalması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmalar, hukuka aykırı ve yasaktır. RK'nin 10'uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, RK'nin 7'nci maddesinin kapsamına giren birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi, Kurul'un açık veya zımni iznine bağılıdır.<sup>59</sup> Dolayısıyla Kurul'dan izin elde edilene kadar bu işlemler askıda hükümsüzdür. Kurul, söz konusu işlemlere izin vermezse, işlemler kesin olarak hükümsüzleşir.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Bkz.: Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, Cilt 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları-Olgaç Matbaası, 1983, s. 222.

<sup>58</sup> Bkz.: **ibid** s. 222; Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 144.

<sup>59</sup> RK'nin 7'nci maddesinin son fıkrasında, "*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukukî geçerlilik kazanabilmesi için Kurul'a bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*" denilmektedir.

<sup>60</sup> Oğuzman, **Medeni Hukuk Dersleri**, s. 147: "*Resmi bir makamın fiili ile tamamlanan hukukî muamelelerde, bu fiil gerçekleşinceye kadar muamele hüküm ifade etmez. Resmi makamın fiilinin gerçekleşmesinden sonra muamelenin başlangıçtan itibaren mi, resmi makamın fiilinden itibaren mi hüküm ifade edeceği her konu için ayrı olarak incelenmek gerekir. Resmi makamın fiilinin gerçekleşmeyeceğı anlaşılınca muamele kesin olarak hükümsüzleşir.*"

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, örneğin içerdiği rekabeti kısıtlayıcı hükümler dolayısıyla RK'nin 4'üncü ve/veya 6'ncı maddesine aykırılık teşkil eden bir lisans sözleşmesi kesin hükümsüzdür; meğer ki Kurul'un incelemesi sonucunda, rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin çıkarılması ile bu sözleşme için bir birel muafiyet öngörülmüş olsun. Keza, Kurul'un, RK'nin 7'nci maddesi hükmüne aykırılık teşkil ettiği sonucuna vararak izin vermediği, patent haklarının devrini içeren bir devralma sözleşmesi, kesin hükümsüz olacaktır.

RK'ye aykırı olduğu için kesin hükümsüz olması gereken bir hukukî işlem, başvuru üzerine, RK'nin 5'inci maddesi uyarınca, Kurul'un muafiyet tanınması halinde, geçerliliğini sürdürebilir.<sup>61</sup> Ayrıca, Kurul, RK'nin 8'inci maddesi uyarınca, yine başvuru üzerine menfi tespit belgesi vererek bir işlemin RK'ye aykırı olmadığını belirleyebilir. Hukukumuzda, muafiyet ve menfi tespit belgesi verme yetkisi, münhasır olarak Kurul'a tanınmıştır. Keza 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kurul, bildirim yapılan bir birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerle uyulması koşuluyla izin verebilir. Bu hükümler, bir hukukî işlemin ilgili pazarlardaki rekabet üzerindeki etkisinin belirlenmesi gereken her hâlde -yani rekabete aykırı amaçlı anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları dışında- rekabete aykırılık olgusunun Kurul tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

## **2. Birleşme ve Devralmaya İzin Verilmemesi**

Kurul'a bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralmalar, 1997/1 sayılı Tebliğ'de belirlenmiştir. Bu Tebliğ'in, 1998/2 no.lu Tebliğ ile değiştirilen 4'üncü maddesine göre, "...birleşmeyi veya devralmayı gerçekleştiren teşebbüslerin, ülkenin tamamında veya bir bölümünde, ilgili ürün piyasasında, toplam pazar paylarının piyasasının % 25'ini aşması halinde veya bu oranı aşmasa bile toplam cirolarının yirmibeş trilyon Türk Lirası'nı aşması halinde Rekabet Kurulu'ndan izin almaları zorunludur." Bu madde kapsamındaki birleşme veya devralmalar, Kurul'a bildirilseler de, bildirilmeseler de, Kurul'dan izin alınana kadar askıda hükümsüzdürler. Birleşme veya devralmaya izin verilmemesi halinde Kurul'un söz konusu işlemin doğurduğu hukukî sonuçları nasıl ortadan kaldıracığı, RK'nin 11'inci maddesinin (b) bendinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ele geçirilen

<sup>61</sup> Bu hüküm, sadece RK'nin 4'üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarına uygulanabilir. Yalnız, bir anlaşmanın RK'nin 6'ncı maddesi uyarınca değerlendirmeye tabi tutulduğu durumda, haklı sebep doktrini çerçevesinde, esas itibarıyla RK'nin 5'inci maddesinde sayılan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacağını da göz önünde bulundurmak gerekir.

her türlü pay veya mal varlığı, eğer mümkünse eski maliklerine iade edilir. Bu mümkün değilse, üçüncü kişilere temlik ve devredilir. Kurul, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesi ve işlemin sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dair kararı aldıktan itibaren, bu kararın icra edilmesine kadar geçen süre içerisinde, işleme dayanarak faaliyette bulunulmasını engellemek, adeta işlemi dondurmak için gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.

### 3. Koşullu İzin

Kurul, hukukî işlemlerin rekabete aykırı etkilerinin giderilmesi hususunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu kısımda, Kurul'un, rekabete aykırı işlemlerin taraflarının çeşitli yükümlülükleri yerine getirmesi koşuluyla bu işlemlere izin verdiği, **koşullu izin** mekanizmasını inceleyeceğiz.

Koşullu izin mekanizması, RK'nin 4'üncü maddesi kapsamına giren anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarıyla RK'nin 7'nci maddesi kapsamına giren birleşme ve devralmalar için işletilebilir. RK'nin 4'üncü maddesi kapsamındaki uyumlu eylemler ve RK'nin 6'ncı maddesi kapsamındaki eylemler için işletilemez; zira bu eylemler, Kurul'a bildirilerek Kurul'dan izin alınabilecek bir hukukî işlem niteliğinde değildirler.<sup>62</sup>

Anlaşma veya teşebbüs birliği kararı şeklindeki rekabete aykırı bir işlemin belirlenmesi durumunda iki olasılık söz konusudur. Kurul, bu işlemlerin RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılığını saptar ve aykırılığın herhangi bir şekilde giderilemeyeceği sonucuna varır. Bu durumda söz konusu işlemler, kesin hükümsüzdür. Diğer hâlde ise, Kurul, işlemlerin taraflarının çeşitli yükümlülükleri yerine getirmesi koşuluyla bu işlemlere izin verebilir.

RK'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, "*Muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir.*" denilmektedir. Dolayısıyla, RK'nin 4'üncü maddesine aykırı her anlaşma veya teşebbüs birliği kararı geçersizlik yaptırımıyla karşılaşmaz. Yalnız bu işlemlerin geçerliliğini sürdürebilmeleri için işlemin tarafları, Kurul'un öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar.

Keza, 1997 no'lu Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, "*Kurul, bildirilen birleşme veya devralmaya, gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınması ve bazı yükümlülüklerin uyulması koşuluyla izin verebilir.*" Böylece Kurul'a, birleşme veya devralmayı çeşitli koşullara bağlayarak söz konusu

<sup>62</sup> İstisnai olarak, Kurul, rekabete aykırı bir işlemin geçersizliğine hükmetmekle birlikte, bu yaptırımı yeterli görmeyerek, işlemin taraflarının bir takım yükümlülükleri yerine getirmesini de emredebilir. Bu durumda, koşullu izin mekanizmasından farklı olarak, ilgili teşebbüsler, Kurul'un öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar.

işlemin olası rekabete aykırı etkilerini ortadan kaldırma hususunda geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Birleşme veya devralmaya taraf olan teşebbüslerin ilgili işlemi geçerli kılabilmeleri için, Kurulun aldığı tedbirleri uygulamaları gerekir.

Koşullu izin mekanizması, sadece Kurul tarafından işletilebilir ve rekabete aykırı işlemin tarafı olan teşebbüsler açısından yaptırım benzeri bir niteliği haizdir. Koşullu izin, diğer yaptırımlardan, rekabete aykırı işlemin taraflarına seçimlik bir olanak tanınması açısından ayrılır. Tarafların Kurulun yerine getirilmesini istediği yükümlülükleri kabul ederek uygulamaları halinde söz konusu işlemler geçerlilik kazanır. Diğer yandan, bu yükümlülükleri yerine getirmemeyi tercih etmeleri durumunda söz konusu işlemler, kesin hükümsüz olacaktır.

#### 4. İlgili Pazarlarda Rekabetin Yeniden Tesisine Yönelik Kararlar

##### a. Genel Açıklama

Kurul'un, RK ihlallerine son vermeye yönelik olarak alabileceği kararların genel çerçevesi, RK'nin 9'uncu maddesinin ilk fıkrasında çizilmiştir. Bu konudaki önerilerimizi, RK'deki ilgili hükümlerin ve incelediğimiz diğer rekabet hukuku sistemlerinin ışığında ileri süreceğiz.

Kurul'da öngörülen idari para cezaları, teşebbüslere yönelik bir yaptırım niteliğindedir. Diğer yandan, RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılığı belirlenen hukukî işlemler, Borçlar Kanunu'nun 19'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kesin hükümsüzdür. Bu hükümlerin dışında Kurul'a tanınan bir başka yaptırım yetkisi bulunmaktadır. RK'nin 27'nci maddesinin (a) bendinde, Kurul'un, RK hükümlerinin ihlâl edildiğini belirlemesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Kurul'a böyle bir yetkinin tanınmasının amacı, pazarlardaki işleyebilir rekabet ortamının yeniden tesisi ve korunmasıdır.

Teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarının ilgili pazarlarda rekabeti kısıtlayıcı, bozucu, engelleyici etki doğurması halinde, bu etkinin giderilmesi gerekir. Bu tür yaptırımlar, RK'yi ihlâl eden teşebbüslere yöneltilmesine rağmen, öncelikli amaç bu teşebbüslerin cezalandırılması değil, "Rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması"dır. Bu nedenle Kurul'un bu amaçla öngörebileceği yaptırımların kapsamı son derece geniş tutulmuştur. RK'nin 9'uncu maddesinin ilk fıkrasında, Kurul'un nihai kararının, teşebbüsler tarafından, "**rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayacağı**" açık olarak düzenlenmiştir. Keza, RK'nin 52'nci maddesinin son fıkrası uyarınca, Kurul'un aldığı kararda, "*tarafalara yüklenen görevler ve tanınan haklar*" yazılmalıdır. Bu



ifadelerden de anlaşılacağı üzere, Kurul'un alabileceği kararların niteliğine ilişkin olarak herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir.

İncelediğimiz diğer rekabet hukuku düzenlemeleri ile karşılaştırıldığında, RK'nin bu konudaki en açık ve kesin ifadeleri içerdiği görülmektedir. Kurul'un alabileceği kararlar konusunda hiçbir kısıtlama öngörülmediği gibi, teşebbüslere, kaçınma yükümlülüğü yanında bir takım yapma yükümlülükleri getirilebileceği de kesin olarak belirtilmiştir.

Komisyon'un, ATA'nın 81'inci ve 82'nci maddelerinin ihlâl edilmesi halinde, ilgili teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bu ihlallerini sona erdirmelerine hükmetme yetkisi dahi RK'nin 9'uncu maddesinin birinci fıkrasındaki açıklıkla düzenlenmemiştir. Buna rağmen, Komisyon, 17 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 3'üncü maddesi hükmüne dayanarak, hem teşebbüslerin bir takım davranışlardan kaçınmalarına hem de bir takım yükümlülükleri yerine getirmelerine yönelik kararlar almaktadır. Bunlar, özellikle mal veya hizmet sağlamayı reddeden teşebbüslerin söz konusu mal veya hizmetleri sağlamalarına ve hatta fikrî mülkiyet haklarının üçüncü kişilere kullanılmasına ilişkin kararlardır.<sup>63</sup>

ABD'de de, mahkemeler, antitröst hükümlerine aykırılık söz konusu olduğunda, hak ve nısfet esasına göre hükmetmek kaydıyla, her türlü hukukî yaptırımı uygulayabilirler. ABD'de, mahkemelerin teşebbüslere yönelik olarak kaçınma yükümlülüğü öngörmesi ile yapma yükümlülüğü öngörmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Hatta ABD mahkemeleri tarafından, pazarı tekelleri altına alan veya tekelleşmeye yeltenen teşebbüslerin bölünmesine dahi hükmedilmektedir.

RK'nun 9'uncu maddesinin ilk fıkrasının açık hükmü ile AT ve ABD uygulaması ışığında, Kurul'un rekabetin yeniden tesisine yönelik olarak, ister kaçınma yükümlülüğü ister yapma yükümlülüğü içersin, RK'de öngörülen usule uyulmuş olmak kaydıyla her türlü yaptırımı öngörebileceğinin kabulü gerekir.

Kurul'un, böyle bir karar alabilmesi için, RK'nin Dördüncü kısmında düzenlenen usule uygun hareket etmiş olması gereklidir. Diğer yandan RK'nin 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası ile, Kurul'un nihai karar almadan önce, ilgili teşebbüslere ihlâlâ ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirmesi öngörülmüştür. Böylece, yükleyici veya yasaklayıcı nitelikte bir yaptırıma maruz kalma olasılığı bulunan teşebbüse, soruşturma safhası

<sup>63</sup> Bkz.: İ. Yılmaz Aslan, **Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No.: 264, 1992, s. 320-321; *RTE v. EC Commission*, C 241-242/91P, [1995] 1 ECR 743, [1995] 4 CMLR 718 (*Magill* kararı)

sonuçlanmadan gerekli hazırlıkları, ve/veya itirazları yapabilme veya Kurul'a teklif götürme olanağı tanınmıştır.

Ayrıca Kurul'un nihai kararlarına karşı, gerek esastan gerekse usule aykırılık sebebiyle yargı yoluna başvurulması mümkündür. RK'nin 55'inci maddesinde, Kurul'un nihai kararlarına karşı, kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştaya başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Esastan itiraz edilmesi halinde, Kurul'un kararının, RK'nin 9'uncu maddesinin ilk fıkrasında öngörüldüğü gibi "rekabetin tesisi ve ihlâlden önceki durumun korunması"na yönelik veya bu etkileri doğuracak nitelikte olmadığı ileri sürülecektir. Burada "ve" bağlacı kullanılarak, teşebbüse yükleneyecek edimin, hem ihlâlden önceki durumu koruyacak hem de söz konusu pazar veya pazarlarda rekabetin tesisini sağlayacak nitelikte olmasının arandığı görülmektedir. Dolayısıyla, Kurul'un, pazarlardaki teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlarını önlemekle kalmayıp aynı zamanda etkin rekabetin bulunmadığı pazarlarda rekabetin tesisine yönelik faaliyetlerde bulunma görevi olduğu da tasdik edilmektedir. Kendisine böyle bir aktif görev yüklenen Kurul'un, teşebbüslere çeşitli edimler yükleme yetkisini haiz olması da kurumsal işlevinin doğal bir sonucu olabilmektedir.

#### **b. Zorunlu Lisans Yaptırımının Uygulanabilirliği**

##### **ba. Genel Olarak**

Yukarıda açıklandığı üzere, Kurul, teşebbüslerin rekabete aykırı davranışlardan kaçınmalarına yönelik kararlar alabileceği gibi, bu teşebbüslerin çeşitli yükümlülükleri yerine getirmelerine dahi hükmedebilir. Teknolojik ürün sahipliğinin RK'ye aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılması durumunda, Kurul, ilgili teşebbüslerin sahip oldukları teknolojik ürünleri diğer teşebbüslere çeşitli koşullar altında kullandırmalarına da hükmedebilir. Kurul'un alabileceği bu türden kararlara **zorunlu lisans kararları** adını verebiliriz. Zorunlu lisans sayesinde rekabeti kısıtlayan teşebbüslere/teşebbüs birliklerine ait teknolojik ürünler, diğer teşebbüslere kullanılır.

Zorunlu lisans yaptırımı, RK'de açık olarak düzenlenmemiştir, ancak RK'nin 27'nci maddesinin (a) bendi, 9'uncu maddesinin ilk fıkrası ve 52'nci maddesinin son fıkrası uyarınca, Kurul'un zorunlu lisansa hükmedebileceğinde şüpheye mahal yoktur. Keza, RK'nin 11'inci maddesinin (b) bendi hükmü uyarınca, birleşme veya devralma sonucu ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının üçüncü kişilere temlikine ve devrine dahi karar verme yetkisi bulunan Kurul'un, evleviyetle zorunlu lisansa hükmedebileceğinin kabulü tabiidir.

Kurul'un fikrî mülkiyet haklarına ilişkin olarak zorunlu lisans yaptırımı uygulayabilmesi, fikrî mülkiyet düzenlemeleriyle de engellenmiş değildir. Aksine, örneğin PatKHK'nin 80'inci maddesinde, patent konusunun kullanımının, mevcut veya gelecekte kabul edilecek belirli veya belirsiz süreli kanunî yasaklamalara ve sınırlamalara bağlı olacağı açık şekilde belirtilmiştir. Patent hakkını haksız rekabete dair genel hükümlere aykırı şekilde kullanan patent sahibinin lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilmesini düzenleyen PatKHK'nin 93'üncü maddesinin mehzından ise, bu yaptırımın patent hakkının rekabeti koruyucu kurallara aykırı kullanımına özgülendiği anlaşılmaktadır. Kurul'un öngöreceği zorunlu lisans yaptırımı da, patent hakkının kullanımının RK'ye aykırılık dolayısıyla sınırlandırılmasından başka bir şey değildir.

FSEK'de, PatKHK'nin 80'inci maddesine karşılık gelen, genel nitelikte bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Yalnız FSEK'in, bilgisayar programlarından üçüncü kişilerin yararlanmasına ilişkin hükümlerinde, farklı bilgisayar programlarının ara işlerliğini gerçekleştirmek için üçüncü kişiler tarafından yürütülen bazı fiillerin, FSEK'de öngörülen eser sahipliği hakkının ihlâlini teşkil etmeyeceği öngörülmüştür.<sup>64</sup> Bu hüküm ışığında, kanun koyucunun, bilgisayar programlarına tanınan FSEK korumasının rekabeti kısıtlayarak teknolojik yenilikleri sekteye uğratacak şekilde kullanılmamasını amaçladığı ileri sürülebilir.

ETKHK de, endüstriyel tasarım hakkının kullanımına ilişkin genel bir sınırlama içermez. Yalnız, ETKHK'nin 10'uncu maddesinde, ürünün teknik işlevini gerçekleştirebilmesi için tasarımcıya seçenek özgürlüğü bırakmayan tasarımlar ve tasarlanan ürünleri birbirine monte edebilmek için ancak belirli biçimde üretilen tasarımlar (örneğin araç, makina vs. yedek parçaları) özellikle koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hüküm de, FSEK'in 38'inci maddesine benzer şekilde, endüstriyel tasarım hakkının rekabeti kısıtlayıcı ve teknolojik gelişmeyi engelleyici şekilde kullanımını engellemeye yöneliktir.<sup>65</sup>

Bu hükümlerden ayrı olarak, PatKHK, FSEK ve ETKHK'de, ilgili fikrî ürünün somutlaştığı malların, hak sahipleri tarafından veya onların onayı ile, Türkiye'de ilk defa pazara sürülmesinden sonra, hak sahiplerinin haklarının sona ereceği düzenlenmiştir. Her üç düzenlemede yer alan bu ortak hüküm, fikrî mülkiyet düzenlemelerinde dahi pazardaki rekabetin korunmasının gözetildiğinin bir göstergesidir. Dolayısıyla yine rekabetin korunması amacına yönelik olarak, fikrî mülkiyet haklarının Kurul tarafından zorunlu lisans yoluyla

<sup>64</sup> FSEK, madde 38(6).

<sup>65</sup> Bkz.: İ. Yılmaz Aslan, **a.g.m.**, b.a.

sınırlandırmasına fikrî mülkiyet düzenlemelerinin bir engel teşkil etmesi söz konusu olamaz.<sup>66</sup>

Kurul, henüz ilgili teşebbüs veya teşebbüslerin diğer bir teşebbüse veya teşebbüslere zorunlu lisans tanımalarını öngören bir karar almamıştır. Kurul'un böyle bir karar alması durumunda, teknolojik ürünü kullandırmanın koşulları da, olayın özelliklerine uygun olarak Kurul tarafından belirlenecektir. Kurul, üçüncü kişilere temin edilecek teknolojik ürünlerin kapsamını, teknolojik ürünün kullandırılması karşılığında bedel ödenip ödenmeyeceğini, kullandırmanın süresini, teknolojik ürün kullanılarak üretilen malların arz edilebileceği pazarlar açısından bir kısıtlama getirilip getirilmeyeceğini belirlemelidir.

#### **bb. PatKHK'nin 93'üncü Maddesi**

##### **Genel Değerlendirme**

PatKHK'nin "Rekabetin Kötüye Kullanımı" başlıklı 93'üncü maddesi şu şekildedir:

**"Bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebilir."**

Bu madde, patent hakkının kullanımının özel bir hâlde sınırlanmasını düzenlemektedir. Maddenin lafzına bakıldığında, bu hâl, patent sahibinin, patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmasıdır. Bu durumda, patent sahibine mahkemenin uygulayabileceği yaptırım, patent sahibinin lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilmesidir.

Bu maddenin mehzazı, İspanyol Patent Kanunu'nun aşağıda yer alan 80'inci maddesidir ve yorum hususunda bize bir hayli ışık tutmaktadır:

"Bir patent sahibinin, *Rekabeti Kısıtlayıcı Eylemlerin Engellenmesine İlişkin 110/1963 sayılı, 20 Temmuz 1963 tarihli Kanun*'un hükümlerini ciddi şekilde ihlâlden dolayı mahkum edilmesi durumunda, verilen mahkumiyet hükmü, söz konusu patenti, zorunlu olarak *re'sen (kendiliğinden)* lisans verme sistemi

<sup>66</sup> Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'na Ekli Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın patent hakları üzerinde zorunlu lisans tanınmasına ilişkin 31'inci maddesinde, zorunlu lisansın rekabete aykırı bir uygulamanın etkilerini gidermek için tanınması halinde, (a) teknolojik ürün sahibi ile önceden müzakere edilmesine, (b) lisans karşılığında makul bir bedel ödenmesine ve (c) lisanslı ürünlerin ihraç amacıyla üretilmeyeceğinin öngörülmesine dahi gerek olmadığı düzenlenmiştir.

kapsamına alabilir. Böyle durumlarda, patent sahibi tarafından ödenecek yıllık ücretlerin miktarı indirilmez.”<sup>67</sup>

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde, patent sahibinin “haksız rekabete ilişkin genel hükümlerine” aykırı faaliyetlerinin yaptırımla karşılaşacağı belirtilmiştir. Yalnız, bu ifade ile Türk mevzuatındaki hangi hükümlere atıfta bulunduğu açık değildir. 93'üncü maddenin mehzazını teşkil eden İspanyol Patent Kanunu'nun 80'inci maddesinde, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde, “Rekabeti Kısıtlayıcı Eylemlerin Engellenmesine İlişkin Kanun”a aykırı kullanımdan söz edilmiştir. Sadece mehzaz metin dikkate alındığında, bizde de, bu kanuna karşılık gelen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine atıfta bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Yalnız, PatKHK'nin 93'üncü maddesinin lafzı, açık bir şekilde İspanyol Patent Kanunu'nun 80'inci maddesinden ayrılmaktadır.

PatKHK hükümlerine dair gerekçelerin yetersizliği karşısında, mehzaz kanun maddesini ve kendi mevzuatımızın yapısını göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacağız.<sup>68</sup>

Haksız rekabete ilişkin hükümler, hukukumuzda, Borçlar Kanunu'nun 48'inci maddesinde ve Ticaret Kanunu'nun 56-65'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 48'inci maddesinde şöyle denilmektedir:

“Yanlış ilanlar yahut hüsünüyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.”

Bir patent veya patent başvurusu sahibinin, patent hakkını kullanarak, bu maddede tanımlandığı şekilde bir “haksız rekabet” fiilini işlemesine olanak bulunmadığı ortadadır. Bu madde kapsamındaki dürüstlük kuralına aykırı hareketler, (“hüsünüyet kaidelerine mugayir sair hareketler”), müşterilerde söz konusu mal veya hizmetlerin kaynağına dair karışıklığa yol açan veya kötüleme

<sup>67</sup> 1986 tarihli İspanyol Patent Kanunu'nun İngilizce metni için bkz.: <http://www.wipo.org/clea/en/index.html>.

<sup>68</sup> PatKHK'nin 93'üncü maddesinin gerekçesi, “Bu madde hükmü ile, haksız rekabet durumları için yeni bir çözüm öngörülmüştür. Buna göre bir patent sahibi patenti kullanırken haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunursa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebilir.” şeklindedir. (Bkz.: Osman Selim Kocahanoğlu, **Markalar ve Patent Mevzuatı**, İstanbul, Temel Yayınları, 1996, s. 147) Maalesef bu gerekçe, konumuz açısından aydınlatıcı değildir.

vs. yollarla müşteri kaybına sebebiyet veren fiillerdir. Dolayısıyla, PatKHK'nin 93'üncü maddesindeki "haksız rekabete ilişkin genel hükümler" ifadesiyle, Borçlar Kanunu'nun 48'inci maddesi kastedilmiş olamaz.

TTK'nin 56'ncı maddesi ise haksız rekabete ilişkin daha genel bir tanım içermektedir:

"Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsünüyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suiistimalidir."

TTK'nin 57'nci maddesinde, sınırlı sayı prensibine tabi olmamak kaydıyla, haksız rekabet teşkil eden bir takım hüsünüyet kaidelerine aykırı hareketler sayılmıştır. Her ne kadar bir patent veya patent başvurusu sahibinin bu hakkını kullanarak işleyebileceği haksız rekabet fiilleri, bu maddede sayılan hallerden hiçbirine girmese de, TTK'nin 56'ncı maddesindeki genel tanımın kapsamına girebilir. Dolayısıyla PatKHK'nin 93'üncü maddesinde atfı yapılan haksız rekabete ilişkin genel hükümler, TTK'nin 56'ncı maddesi olabilir.

TTK'nin 56'ncı maddesindeki, "iktisadi rekabetin her türlü suiistimali" ibaresi de haksız rekabet fiilini yanlış açıklamaktadır. Zira bizatihi "iktisadi rekabet", "suiistimal edilebilecek", yani kötüye kullanılacak bir olgu değildir. Söz konusu olan, bizatihi iktisadi sahadaki rekabet olgusunun değil "rekabet vasıtalarının veya olanaklarının" kötüye kullanılmasıdır. Fikrî mülkiyet düzenlemeleri ile tanınan mutlak haklar -bu çerçevede patentler- de birer rekabet vasıtası niteliğindedirler. Dolayısıyla bu hakların da, hak sahipleri veya bu hakları kullanmaya yetkili kılınan diğer kişiler tarafından haksız rekabet teşkil edecek şekilde "suiistimali", yani kötüye kullanılmaları söz konusu olabilir.

PatKHK'nin 93'üncü maddesinin kapsamına giren faaliyetlerin TTK'nin 56'ncı maddesi hükmü ışığında değerlendirileceği kabul edildiğinde, 56'ncı maddenin *ratio legis*'ini bir kere daha vurgulamak gerekir: Ticari hayatta rekabet esas olmakla beraber, rekabet gereği yapılan bir takım davranışlar, ticaret ahlâkına aykırı kabul edilerek, hukukî himaye görmemiştir. Bu tür davranışları yasaklayan kurallar, aslında piyasada faaliyet gösteren kişileri, karşılıklı olarak, birbirilerinin böyle ahlâka aykırı ve aşırı saldırgan davranışlarından korumak için getirilmiş, rakipler arasındaki rekabetin ticaret ahlâkına uygun şekilde cereyan etmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede, rakiplerin, sahip oldukları fikrî mülkiyet hakları dahil olmak üzere, çeşitli rekabet vasıtalarını, dürüst rekabetin gerektirdiği davranış normlarına aykırı şekilde kötüye kullanmaları himaye görmemiştir.

Haksız rekabete ilişkin hükümler, pazardaki rakipleri birbirilerine ve müşterileri bu rakiplere karşı korumayı amaçlamaktadır.<sup>69</sup>

Bu konuyla bağlantılı olarak açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer mesele, mal ve hizmet pazarlarında rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanmasını yasaklayan RK hükümlerinin de PatKHK'nin 93'üncü maddesinin atıfta bulunduğu hükümler arasında yer alıp almadığıdır. Hem mehzaz metinde açıkça rekabeti koruyan hükümlere atıf yapılması hem de söz konusu maddenin "rekabetin kötüye kullanılması" şeklinde adlandırılması karşısında bu olasılık göz ardı edilemez.

Madde, mehzaz metnin ve yukarıdaki değerlendirmelerin ışığında ele alındığında iki olasılık belirmektedir: Ya kanun koyucu, mehzaz metinde öngörüldüğü şekilde rekabetin korunmasına ilişkin hükümlere atıfta bulunmak isterken, hata ile, haksız rekabete ilişkin genel hükümlere atıfta bulunmuştur veya mehzaz metinden bilinçli şekilde ayrılmıştır.<sup>70</sup> Hataen farklı düzenleme yapılmış olsa dahi, hem açık lafız hem de aşağıda açıklayacağımız yorum şekli dikkate alınarak, kanun koyucunun kullandığı "haksız rekabete ilişkin genel hükümler" kavramının hem TTK'nin ilgili hükümlerini hem de rekabeti koruyucu kuralları kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği görüşündeyiz.<sup>71</sup>

Kanımızca, madde metninde "haksız rekabet" kavramına özellikle yer verilerek, ilgili yaptırımın, rekabeti kısıtlayıcı, engelleyici ve bozucu nitelikte olsun olmasın haksız rekabet sayılabilecek faaliyetlere uygulanması amaçlanmıştır. Söz konusu faaliyetler, RK'ye aykırılık teşkil edecek şekilde, ilgili piyasadaki rekabeti etkilemeye yönelik olmayabilir veya bu piyasadaki rekabeti engelleyecek ölçüde bir etki doğurmayabilir. Ancak, her hâlde, bu tür faaliyetlerden zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan rakiplerin ve çıkarları zedelenen alıcıların da dava hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, PatKHK'nin 93'üncü maddesinin uygulanabilmesi için, söz konusu fiilin aynı zamanda RK'ye aykırılığının tespiti, bir ön koşul olarak aranmamalıdır. "Kötüye kullanılma" olgusunu bu şekilde sınırlandırmak, getirilen yaptırım ile

<sup>69</sup> Bkz.: Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 216.

<sup>70</sup> PatKHK, 27 Temmuz 1995'te, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RK) ise (idari para cezalarına ilişkin 16 ve 17'inci maddeleri dışında) 13 Aralık 1994'te yürürlüğe girmiştir. Yani RK, PatKHK'den önce yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla, zaman itibarıyla, PatKHK'de RK hükümlerine atıf yapılmış olması mümkündür.

<sup>71</sup> *Tekinalp* de, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde gönderme yapılan hükümlerin hem RK'nin 4'üncü, 6'ncı ve hatta 7'nci hem de TTK'nin 56 ve devamı maddeleri olduğunu belirtmektedir. Bkz.: *Tekinalp*, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1999, s. 590.

önlenmek istenen bazı fiillerin maddenin kapsamı dışında bırakılması sonucunu doğurabilir.

Yalnız, patent sahibinin, patent hakkını RK'nin yasaklayıcı hükümlerini ihlâl edecek şekilde kullanması da olasıdır. Bu durumda da yetkili mercie, PatKHK'nin 93'üncü maddesi uyarınca, patent sahibini lisans verme teklifinde bulunmaya (zorunlu lisans tanımaya) mahkum etme olanağı tanındığı kabul edilmelidir.<sup>72</sup>

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde, "patentin kullanılması" sonucu doğan özel bir haksız rekabet hali düzenlenmektedir. Türk fikrî mülkiyet hukukunda bu nitelikte özel bir hüküm, sadece patent hakkının kötüye kullanılmasına dair öngörülmüştür. Bu da patent hakkının, pazardaki etkileri açısından, hak sahibine diğer tüm fikrî mülkiyet haklarından daha güçlü bir tekel tanınması olasılığından kaynaklanmaktadır.<sup>73</sup> Patent hakkının rekabetten korunma sağlama özelliğinden dolayı, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen haksız rekabet hali, behemehal rakiplerin rekabet olanaklarının ve/veya ilgili pazarlardaki rekabetin kısıtlanması ile ilintili olacaktır. İkinci olasılık itibarıyla bu haksız rekabet hali, rekabetin korunmasına ilişkin kurullarla ortak bir paydaya sahiptir. Söz konusu rekabet kısıtlanması, mal ve hizmet pazarlarına etki etmeye yönelik veya bu ölçüde olmasa da, PatKHK'nin 93'üncü maddesine aykırılık sonucu doğabilir.<sup>74</sup> Özellikle, patent hakkının sağladığı tekel gücünün patent kapsamı dışında başka menfaatler elde etmek için kullanılması halinde, bu durum söz konusudur. Dolayısıyla bu maddede öngörülen haksız rekabet halinin, işletmeler arasındaki rekabetin, patentin sağladığı tekelden yararlanarak haksız yere kısıtlanması şeklinde anlaşılması gerekir.

Yukarıda açıklandığı şekliyle PatKHK'nin 93'üncü maddesi, ABD'de geliştirilen "patentin kötüye kullanılması doktrini (*patent misuse doctrine*)" ile örtüşmektedir. Bu doktrine ilişkin ABD içtihatları, patent sahibinin PatKHK'nin

<sup>72</sup> Patent hakkının kullanımının bizatihi RK'ye aykırılık teşkil etmesi durumunda, rekabete aykırılığın varlığına hükmetmeye ve RK'nin 27'inci maddesi uyarınca yaptırım uygulamaya yetkili merci Kuruldur.

<sup>73</sup> İlgili pazarlarda, patent hakkının sağladığı tekele benzer düzeyde bir rekabetten korunma olanağı sağlayan fikrî mülkiyet hakları da kötüye kullanılabilir. Bu hallerde de, PatKHK'nin 93'üncü maddesi kıyasen uygulanabilmelidir. Örneğin, yeni geliştirilen bir bilgisayar programı üzerindeki eser sahipliğinin ilgili pazarda kötüye kullanılması durumunda, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırıma kıyasen hükmedilebilmelidir.

<sup>74</sup> Örneğin bir patent sahibi, patent konusu buluşunun kullanımını, bir takım kısıtlayıcı koşullara bağlayabilir. Bu faaliyet, patent sahibi patent konusu buluşun ilgili olduğu pazarda hakim olmadığı için, RK'nin 6'ncı maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemez; ancak yine de bu davranışın rakiplere zarar vermesi veya zarar verme olasılığının bulunması halinde, PatKHK'nin 93'üncü maddesine aykırılık doğabilir.



93'üncü maddesi kapsamındaki faaliyetlerinin belirlenmesinde göz önüne alınabilir.

### **PatKHK'nin 93'üncü Maddesinin Kapsamına Giren Faaliyetler:**

PatKHK'nin 93'üncü maddesine aykırılık teşkil edebilecek faaliyetler, üç başlık altında toplanabilir. Bunlar, patent konusu buluşun kullandırılmaması, kullandırma karşılığında çeşitli koşullar dayatılması ve patent hakkının dava yoluyla ileri sürülmesidir:

*Patent Konusu Buluşun Kullandırılmaması:* Patent konusu buluşun kullandırılmaması, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen "patentin kullanılması" kapsamında kabul edilebilir. Zira "patentin kullanılması" ile, aslında, patentin sağladığı tekelin, yani üçüncü kişilerin izinsiz yararlanamayacağı bir teknolojik hakimiyet alanının tanıdığı olanakların kullanılması ifade edilmektedir. Hak sahibinin üçüncü kişileri bu hakimiyet alanının dışında tutması, hakkını kullanmasının yollarından biridir.

Kullandırmama, söz konusu buluşun patent sahibi tarafından kullanılmamasından farklıdır. PatKHK'de, patentin kullanılmamasına dair ayrı bir düzenleme mevcuttur. Patent konusu buluşun kullanılmaması halinde, üçüncü kişiler zorunlu lisans talep edebilirler. Dolayısıyla patentin kullanılmamasını, PatKHK'nin 93. maddesi kapsamındaki fiiller arasında sayamayız.

Diğer yandan, acaba hak sahibinin, patent konusu buluşu kendisi veya yetkili kıldığı kişi kullandığı hâlde üçüncü kişilerin kullanma taleplerini geri çevirmesi, PatKHK'nin 93'üncü maddesi kapsamında bir haksız rekabet hali olarak kabul edilebilir mi? Bu hususta, PatKHK'de açık bir hüküm yoktur. Patent sahibinin patent konusu buluşu kullandırmamasının, patent hakkının aslı bir unsurunu teşkil ettiği ileri sürülebilir. Kullandırmama yetkisi, patentin sağladığı tekel hakkının kapsamında yer alır. Ancak, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırımın lisans verme teklifi olması, lisans talebinin makul bir gerekçe bulunmadan geri çevrilmesinin de bu madde kapsamında değerlendirilebileceğini düşündürmektedir. Yalnız, patent konusunun üçüncü kişilere kullandırılmamasının 93'üncü madde kapsamına girebilmesi için, patent sahibinin, kullanma talebini reddetmesinin haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırılık teşkil etmesi, yani patent hakkının sağladığı rekabetten korunma olanağının kötüye kullanıldığının kabulü gerekir. Kullandırmama halinde, RK'nin 4'üncü maddesinde öngörüldüğü şekilde patent konusu teknolojileri kullandırmama hususunda bir anlaşma veya RK'nin 6'ncı maddesinde düzenlendiği tarzda bir hakim durumun kötüye kullanma bulunmadıkça, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırımın uygulanma olasılığını düşük görüyoruz.

*Kullandırma Karşılığında Çeşitli Koşullar Dayatılması:* Bir patent hakkı sahibi, patent konusu buluşu kullandırmanın veya buluşun kullanıldığı ürünleri sağlamanın karşılığında, buluş konusuyla ilgili veya ilgisiz başka yükümlülüklerin üstlenilmesini şart koşabilir. Bu durum, diğer buluşların ve/veya ürünlerin patent sahibinden veya onun gösterdiği kişilerden sağlanması veya üçüncü kişilerle patent sahibinden bağımsız işlemlere girişilmesinin yasaklanması şeklinde tezahür edebilir. Bu hallerde, patent sahibinin, patent hakkının kendisine tanıdığı olanakları kötüye kullandığı kabul edilir.

Bu koşullar, patent sahibi tarafından, kendi rakiplerine veya rakipleri dışındaki diğer kişilere karşı dayatılabilir. Patent sahibinin rakipleri dışındaki kişilere karşı dayattığı hükümler dahi, patent sahibinin rakiplerine karşı haksız rekabet doğurabilir.<sup>75</sup>

Patent konusu buluşu kullandırmaya yönelik lisans sözleşmesinin veya buluşun somutlaştığı ürünlerin sağlanmasına yönelik sözleşmenin akdedilmiş olup olmaması, PatKHK'nin 93'üncü maddesinin uygulanması açısından önem taşımaz. Önemli olan, söz konusu dayatmaların, söz konusu sözleşmelerin akdedilmesinin ön koşulunu teşkil etmeleridir.<sup>76</sup>

*Patent Hakkının Dava Yoluyla İleri Sürülmesi:* Patent konusu buluşun kullandırılmadığı veya kullanımının yukarıda açıklandığı şekilde çeşitli koşullara bağlandığı hallerde, üçüncü kişiler, söz konusu patentin ihlâlini teşkil eden davranışlarda bulunabilirler. Patent sahibinin bu durumlarda patent hakkını dava yoluyla ileri sürmesi veya üçüncü kişileri ileri sürmekle tehdit etmesi dahi, PatKHK'nin 93'üncü maddesine aykırılık teşkil edebilir. Zira bu durumda, patent hakkının korunmasına yönelik davalar, patent sahibinin haksız rekabet amacıyla kullanılabilceği vasıtalara dönüşmüşlerdir.

Patent sahibinin patentine tecavüz edildiği iddiasıyla dava açması halinde, davalı, PatKHK'nin 93'üncü maddesine dayanarak, patent sahibinin hakkını bu

<sup>75</sup> Örneğin bir patent sahibi, yaptığı lisans sözleşmelerinde, lisans alanların, teknolojik ürünle ilgili olan ya da olmayan çeşitli mal ve hizmetleri üçüncü kişilerden edinmesini veya üçüncü kişilere sağlamanı yasaklayabilir. Bu durumda patent sahibi, patentini kullanarak, diğer tacirlerle kendisinden lisans alanlar arasındaki alışverişi engellemektedir.

<sup>76</sup> Bu tür dayatmalar, aynı zamanda RK'nin 4(f) maddesinde öngörülen rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları veya RK'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen hakim durumu kötüye kullanmayı teşkil edebilir. Yalnız PatKHK'nin 93'üncü maddesindeki yaptırımın uygulanması için RK'ye aykırılık aranmaz. Diğer bir deyişle, söz konusu dayatma, belirli bir mal veya hizmet piyasasında rekabete zarar verme amacını taşıyorsa, bu etkiyi doğurmasa veya patent hakkı sahibinin ilgili piyasalarda hakim durumda bulunmaması dolayısıyla, RK kapsamında hakim durumu kötüye kullanma şeklinde değerlendirilmese de, bir haksız rekabet hali olarak kabul edilebilir. Mahkeme, sadece patent sahibinin, patentten doğan haklarını, "dürüstlük kuralına (hüsnüniyet kaidelerine)" aykırı şekilde rekabet etmek için kullanıp kullanmadığını araştıracaktır.

şekilde ileri sürmesinin haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyet teşkil ettiğini bir karşılık dava olarak ileri sürebilmelidir.<sup>77</sup>

### **Yaptırım**

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırım, patent veya patent başvurusu sahibinin mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilmesidir. Kanunumuzun metni ile karşılaştırıldığında, lisans verme teklifi hususunda da PatKHK'nin mehzazının İspanyol Patent Kanunu olduğu görülmektedir.<sup>78</sup> Mehzaz metinde "lisans verme teklifi", "kendiliğinden veya re'sen lisans" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>79</sup>

Lisans verme teklifi, PatKHK'nin 94-95'inci maddelerinde, buluşunu kullanmayan patent sahibine tanınan bir olanaktır. PatKHK'nin 94'üncü maddesi uyarınca; "96'ncı madde hükmüne göre, patent sahibi, patent konusu buluşu kullanmıyorsa, Enstitü'ye yapacağı yazılı bir başvuru ile, patent konusu buluşu kullanmak isteyen herkese lisans vereceğini bildirebilir." Mehzadaki düzenlemeye göre, patentli buluşunu kullanmayan patent sahibinin, buluşunu üçüncü kişilerin kullanımına açmasını teşvik amacıyla, lisans verme teklifinde bulunan patent sahibinin ödeyeceği yıllık ücret miktarı indirilir. Halbuki, PatKHK'de böyle bir indirim öngörülmediği gibi, bu teklifin Patent Siciline kaydedilebilmesi için, ayrıca Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödenmesi gerekir.<sup>80</sup>

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde ise, lisans verme teklifi, patent sahibinin hakkını kötüye kullanmasına karşı, mahkeme tarafından hükmedilecek bir yaptırım şeklinde öngörülmüştür. Bizde lisans verme teklifi, İspanyol Patent Kanunu'ndan farklı düzenlendiği için, mehzaz maddedeki, lisans verme teklifinde bulunmaya mahkeme tarafından hükmedilmesi halinde patent sahibinin indirimden yararlanamayacağına dair hükme de yer verilmemiştir.

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde, lisans verme teklifinin bir yaptırım şeklinde nasıl uygulanacağı düzenlenmemiştir. Kanımızca, bu alandaki boşlukları doldurmak amacıyla zorunlu lisansa dair hükümlerden yararlanılabilir.

<sup>77</sup> Karşılık dava açma koşulları için bkz.: Baki Kuru, **Medeni Usul Hukuku:Ders Kitabı**, 4. Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 468-472.

<sup>78</sup> Bkz.: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Haz), **Patent Sistemleri ve Patent Ofis Organizasyonları Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Yayın No. 271, 1993, s. 147.

<sup>79</sup> Terimin İspanyolcası, "licencias de pleno derecho", İngilizcesi "*ex-officio* licenses"dır.

<sup>80</sup> Bkz.: PatKHKY, madde 36(3).

Mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilen patent sahibi, PatKHK'nin 94'üncü maddesinin ilk fıkrası uyarınca, Enstitü'ye yapacağı yazılı bir başvuru ile, patent konusu buluşu kullanmak isteyen herkese lisans vereceğini bildirecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, bu teklifin Enstitü tarafından Patent Sicili'ne kayıt ve ilan edileceği belirtilmektedir. Dördüncü fıkrada ise, bu ilan üzerine patent sahibine bir talep yapılmadığı sürece patent sahibinin teklifini her zaman geri alabileceği düzenlenmiştir. Lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilen patent sahibinin böyle bir hakkı olup olmadığı, eğer varsa ilandan itibaren hangi süre geçtikten sonra teklifini geri alabileceği belli değildir. Lisans verme teklifinin etkili bir yaptırım şeklinde uygulanabilmesi için, PatKHK'nin 93'üncü maddesi gereği teklifte bulunmuş olan patent sahibinin, teklifini, mahkeme tarafından öngörülecek makul bir süre boyunca geri alma hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.

Ayrıca 94'üncü maddenin beşinci fıkrasında, patent üzerinde inhisari lisans verilerek bunun Patent Sicili'ne kaydedilmiş olması halinde, patent sahibinin, başkalarına ayrıca lisans verme teklifi yapamayacağı belirtilmiştir. Patent sahibinin patenti üzerinde inhisari lisans tanımış olduğu hallerde dahi patent hakkını kötüye kullanması, dolayısıyla PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırımın uygulanması mümkündür.<sup>81</sup> Bu durumda, beşinci fıkrada getirilen sınırlamanın, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde düzenlenen hâlde uygulanamayacağının kabul edilmesi gerekir.

PatKHK'nin 95'inci maddesinin ikinci fıkrasında, tarafların lisans bedeli konusunda anlaşamamaları halinde, lisans bedelinin yetkili mahkeme tarafından tesbit edileceği belirtilmiştir. PatKHK'nin 93'üncü maddesine göre lisans verme teklifinde bulunulduğu hâlde ise, bedelin kim tarafından ve nasıl kararlaştırılacağı saptanmamıştır. Bu durumda bedelin tespiti kıstaslarının önceden yetkili merci tarafından belirlenmesi uygun düşer. Yetkili merci, zorunlu lisans halinde bedelin belirlenmesine ilişkin PatKHK'nin 114'üncü maddesini kıyasen uygulayabilir. Bu madde uyarınca, “Zorunlu lisans halinde patent sahibine ekonomik bakımdan makul sayılabilen bir bedel ödenir. Lisans bedeli, özellikle buluşun ekonomik önemi göz önüne alınarak belirlenir.”. Yetkili merci, patent sahibinin fiilinin ağırlığına göre, bedelsiz lisans verilmesine dahi hükmedebilmelidir.

---

<sup>81</sup> PatKHK'nin 88'inci maddesi uyarınca, “inhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve *hakkını açıkça saklı tutmadıkça*, kendisi de patent konusu buluşu kullanamaz”. Patent sahibinin, hakkı üzerinde inhisari lisans tanıdığı hâlde patentini (kötüye) kullanabilmesi, ancak sözleşmede kullanma hakkını açıkça saklı tutması halinde mümkündür. Diğer hâlde de, kendisine söz konusu patent üzerinde inhisari lisans tanınan kişinin, patenti kullanırken haksız rekabete dair genel hükümlere aykırı davranışları dolayısıyla, patent sahibine kıyasen, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırıma maruz kalabilir.

Yine PatKHK'nin 95'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, mahkeme tarafından bedelin belirlenmesinden itibaren en az bir yıl geçtikten sonra, patent sahibinin, yetersiz hale gelen lisans bedelinin değiştirilmesini mahkemeden talep edebileceği öngörülmüştür. Bu olanağın, PatKHK'nin 93'üncü maddesi uyarınca teklif veren patent sahibine tanınıp tanınmayacağı belli değildir. PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen düzenlemenin bir yaptırım niteliğinde olduğu göz önüne alınarak patent sahibinin böyle bir talepte bulunamaması gerekir. Burada da, PatKHK'nin 118'inci maddesinde öngörülen, zorunlu lisansla tarafların sözleşme şartlarında değişiklik talep edebilme koşullarını düzenleyen hükmün kıyasen uygulanması düşünülebilir.

Son olarak, PatKHK'nin 95'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, lisans alan, her üç ayın bitiminde patent sahibine buluşu kullandığına dair bilgi vermekle yükümlü tutulmuştur. PatKHK'nin 93'üncü maddesi uyarınca lisans verme teklifinde bulunulması üzerine lisans hakkı tanınan hallerde de lisans alanlar için bu yükümlülük devam eder. Yaptırımın amacının, lisans konusu buluşun üçüncü kişiler tarafından kullanımını sağlayarak patent sahibinin hakkını kötüye kullanmasının engellenmesi olduğu göz önüne alındığında, üçüncü kişinin lisans konusu buluşu gerçekten kullandığının tesbit edilmesinin taşıdığı önem artar. Aynı fıkranın son tümcesi uyarınca, üç aylık sürenin geçmesinden itibaren bir ay içinde bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen lisans alanın lisansı, mahkeme tarafından iptal edilir. Yalnız bu sona erme, patent sahibinin lisans verme teklifinin sona erdiği anlamına gelmez. Mahkeme tarafından öngörülen süre boyunca, patent sahibinin kendisinden lisans talep edenlere lisans hakkı tanıma yükümlülüğü devam eder.

### **Yetkili Mercı**

Mehaz İspanyol Patent Kanunu'nun 80'inci maddesinde, patent sahibinin rekabeti koruyan hükümleri ciddi şekilde ihlâl ettiğinin sabit olması halinde, buna dair kararın, aykırılığa alet olan patentin zorunlu olarak re'sen lisansa tabi tutulmasını da içerebileceği öngörülmüştür. Yani bu madde, patent sahibine yöneltilecek ayrı bir dava ihdas etmemektedir. Rekabete aykırılığı saptamaya yetkili mercie, patent konusu ile ilgili bir yaptırım öngörme olanağı tanımaktadır. Hatta, PatKHK'nin 93'üncü maddesinin aksine, madde metninde "mahkeme" sözcüğü hiç geçmemektedir.

Halbuki PatKHK'nin 93'üncü maddesinin ifadesinden, patent hakkını haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı kullanan patent sahibine karşı, patent sahibinin lisans verme teklifinde bulunmasına hükmedilmesinin talep edilebileceği ayrı bir dava türü öngörüldüğü anlamı çıkmaktadır. Maddede, patent sahibinin, "mahkeme tarafından" lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum

edilebileceği belirtilmektedir. Kanımızca, bu ifade geniş yorumlanmalıdır. PatKHK'nin 93'üncü maddesi kapsamına giren faaliyetlerin RK'nin yasaklayıcı hükümlerine de aykırılık teşkil edebileceği kabul edildiğinde, Kurulun da "mahkeme" kavramına dahil edilmesi gerekir.

Diğer yandan, RK'yi ihlâl etmediği hâlde haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunan patent sahibine karşı hangi mahkemede dava açılacağı sorusunun da yanıtlandırılması gerekir. Görev açısından, PatKHK'nin 146'ncı maddesi uyarınca, PatKHK'de öngörülen bütün davalarda, görevli mahkeme, Adalet Bakanlığı'nca kurulacak İhtisas Mahkemeleri'dir. Yetki açısından ise, PatKHK'nin 137'nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, üçüncü kişiler tarafından patent başvurusu veya patent sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir.<sup>82</sup>

Yetkili mahkemenin önüne, PatKHK'nin 93'üncü maddesi kapsamında, RK'ye aykırı bir takım faaliyetler dava konusu olarak gelebilir. Mahkeme, bu durumda re'sen hareket ederek, Kurul'u haberdar etmelidir. RK hükümleri uyarınca soruşturma başlatmak ve yaptırım uygulamak Kurul'un yetkisindedir. PatKHK'nin 93'üncü maddesi kapsamındaki bir faaliyetin aynı zamanda RK'ye aykırılık teşkil ettiği hallerde, PatKHK'nin 93'üncü maddesinden ayrı olarak hangi yaptırım(lar)ın uygulanacağını Kurul belirleyecektir. Yalnız bu madde kapsamında mahkeme meseleyi RK'ye aykırılık açısından değerlendirme durumunda olmadığından, bu hâlde RK'ye aykırılığın varlığının saptanması, mahkeme tarafından bir bekletici mesele yapılmamalıdır. Mahkeme, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyetleri ele alma hususunda Kurul'un kararıyla bağlı değildir.

### **Davanın Tarafları**

PatKHK'nin 93'üncü maddesi kapsamında davacı ve davalı sıfatını da ikiye ayırarak incelememiz gerekir.

Kurul, re'sen veya kendisine yapılan başvurular üzerine soruşturmaya başlayabilir.<sup>83</sup> Kurul, kendisine başvuruda bulunan kişilere, başvurunun akıbeti ile ilgili bildirimde bulunur.<sup>84</sup> Başvurunun reddi veya süresi içerisinde bildirimde bulunulmaması halinde, başvuru sahipleri, Kurul'un bu kararına karşı Danıştay'a

---

halinde, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı patent vekilinin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitü merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

<sup>83</sup> RK, madde 40(1).

<sup>84</sup> Patent başvurusu veya patent sahibinin (davalının) Türkiye'de ikamet etmemesi RK, madde 42(1).

başvurabilirler.<sup>85</sup> Yalnız, Kurul'un yürüttüğü yargılama faaliyeti içerisinde başvuruda bulunanlar, davacı taraf sıfatını haiz değildir.

Diğer yandan İhtisas Mahkemeleri'nde görülecek davalara açısından, PatKHK'nin 93'üncü maddesinde, kimlerin görevli ve yetkili mahkemede dava açabileceği belirtilmemiştir. Maddede haksız rekabete ilişkin genel hükümlere atıfta bulunulduğu için, TTK'nin 58'inci maddesinde sayılan kişi ve kurumların davacı olabilecekleri görüşünderiz. Ayrıca patent hakları kendilerine karşı haksız rekabet teşkil edecek şekilde ileri sürülen kişiler, PatKHK'nin 93'üncü maddesi uyarınca bir karşılık dava da açabilmelidir.

PatKHK'nin 93'üncü maddesinde, davalı, patent sahibi olarak gösterilmiştir. PatKHK'nin 82'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca patent sahiplerine tanınan koruma, patent başvurusu sahipleri için de tanınır. Patent başvurusu sahibinin de patent sahibi gibi PatKHK'nin 93'üncü maddesine aykırılık teşkil eden faaliyetlere girişmesi olası olduğundan, patent başvurusu sahiplerine de dava açılabilmesi kabul edilmelidir. Aynı zamanda münhasır lisans sahibine de patent sahibine kıyasen PatKHK'nin 93'üncü maddesinin uygulanabileceği düşünülebilir. RK kapsamında PatKHK'nin 93'üncü maddesinde öngörülen yaptırıma maruz kalabilecek davalılar, patent, patent başvurusu veya münhasır lisans sahibi teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri olabilir.

## 5. Para Cezaları

Bu yaptırım türünün öncelikli amacı, teşebbüsleri rekabete aykırı davranışlara girişmekten caydırmaktır. Kurul, bugüne kadar, rekabet ihlallerine ilişkin olarak aldığı çeşitli kararlarda idari para cezalarına hükmetmiştir. Kurul'un idari para cezaları öngörebileceği haller ve bu cezaların miktarları, RK'de ve Kurul'un çıkardığı tebliğlerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kurul'un alabileceği diğer kararlar gibi, idari para cezası öngördüğü kararlar aleyhine Danıştay'a başvurulabilir.

## B. Hukuk Yargısı

RK'nin "Rekabetin Sınırlanmasının Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları" başlıklı Beşinci Kısımında, hukuk mahkemelerinin RK'den kaynaklanan yetkileri düzenlenmiştir. Bu yetkileri iki başlık altında inceleyebiliriz.

### 1. Geçersiz İşlemlerden Doğan Edimlere Dair Talepler

---

<sup>85</sup> RK, madde 42(2).

RK'nin 56'ncı maddesinin ikinci tümcesi uyarınca, geçersiz işlemlerden doğan edimlerin ifası istenemez. Aynı maddenin üçüncü tümcesine göre ise, daha önce yerine getirilmiş edimler, Borçlar Kanunu'ndaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir. Bu iki durum, RK'nin 4'üncü maddesine veya RK'nin 4'üncü maddesi ile birlikte RK'nin 6'ncı maddesine aykırı ve kesin hükümsüz olan işlemler açısından söz konusu olabilir.

Kurul'a bildirilmesi zorunlu olduğu hâlde bildirilmeyen ve RK'nin 7'nci maddesine aykırı oldukları için Kurul'un izin vermediği birleşme ve devralmalar, RK'nin 11'inci maddesinin ilk fıkrasının (b) bendine tabidir. Bu hüküm uyarınca, Kurul, ilgili birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiilî durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde, ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine karar verir. Yalnız bu hükümden ayrı olarak, izin verilmeyen birleşme veya devralmanın taraflarının, halihazırda yerine getirilmiş bulunan edimlere ilişkin olarak, RK'nin 56'ncı maddesinin üçüncü tümcesinin hükmüne dayanarak talepte bulunabilmesi mümkündür.

## 2. Tazminat

RK'nin 57'nci maddesi ile, RK'ye aykırı hukukî işlem veya eylemlerden zarar görenlere, tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Bu işlem veya eylemleri gerçekleştirenler, zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur.

Zararın tazmini, RK'nin 58'inci maddesinde düzenlenmiştir. Tazminatın kapsamına ilişkin olarak, zarar gören müşteriler ve rekabetin sınırlanmasından etkilenen teşebbüsler açısından bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, müşteriler, rekabetin sınırlanması dolayısıyla ödemek durumunda kaldıkları bedel ile, rekabet sınırlanmasaydı ödeyecek oldukları bedel arasındaki farkı talep edebilirler. Teşebbüsler ise, bütün zararlarının tazminini talep edebilirler ve bu zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak hesaplanır.

Mahkeme, zarar görenlerin talebi üzerine, hesaplanacak olan zararın üç katı oranında tazminata hükmedebilir. Bunun koşulu, ortaya çıkan zararın tarafların anlaşması veya kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmasıdır.

Zarar, birden fazla kişinin davranışı sonucu doğmuş ise, bu davranışları gerçekleştirenler, zarardan müteselsilen sorumlu olur.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> RK, madde 57/son.



Bu başlık altında, RK'nin yasaklayıcı hükümlerini ihlâl edenlerin davranışlarından zarar görenlerin yararlanabileceğini düşündüğümüz bir dava olanağından bahsedeceğiz:

Kendisine kanun veya sözleşme hükümlerine aykırı davrandığı iddiasıyla dava açılan kişi, davacının RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırı davrandığı kanaatinde ise, RK'nin 57'inci maddesi hükmüne dayanarak bir karşılık dava açabilmelidir.<sup>87</sup> Bu olanak, kendisine dava açılan kişinin RK'den kaynaklanan haklarının korunması açısından çok önemlidir. Davacının bu kişiler aleyhine bir ilam elde etmesinden sonra bu kişilerin Kurul'a başvurması, herhangi bir sonuç sağlamayacaktır. Zira Kurul, RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılık söz konusu olması halinde dahi, bir mahkeme hükmünün mevcudiyeti halinde, bu mahkeme hükmünü bertaraf edecek nitelikte bir karar alamayacağını kesin olarak ifade etmiştir.<sup>88</sup>

Bu olanak, fikrî mülkiyet haklarının rakipleri baskı altına alarak rekabeti kısıtlamak amacıyla ve/veya böyle bir etkiyi doğuracak şekilde, dava yoluyla ileri

<sup>87</sup> Karşılık dava koşulları için bkz.: yuk. dipnot 77. Örneğin Japonya Rekabet Kanunu'nun 84'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, davalının, davacının rekabete aykırı davranışının verdiği zarardan kaynaklanan bir tazminat talebini karşılık dava şeklinde ileri sürmesi mümkündür.

<sup>88</sup> Bkz.: Kurul Önaraştırma Kararı, Dosya Sayısı: D3/1/Ş.YA.-00/1, Karar Sayısı: 00- RK, madde 57/son.

25/258-140, Karar Tarihi: 04.07.2000; Kendisine Kadırlı ilçe merkezi ve çevresinde bir takım meşrubatların münhasır dağıtım hakkı tanınan bir kişi, aynı bölgede, başka yollarla bu meşrubatları edinip satan kişilere karşı Kadırlı Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmıştır. Mahkeme, yetkili bayi dışındaki yerlerden alınan meşrubatların satışlarının durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Aleyhlerine tedbir kararı verilen satıcılar, münhasır dağıtıcıyı, bu kararı alarak RK'yi ihlâl ettiği iddiasıyla Kurul'a şikayet etmişlerdir. Kurul ise, kararında, "*Belirlenmiş bölgeler arası paralel ticaretin engellenmesi, 4054 sayılı Kanun'un yasak saydığı fiillerden olup, grup muafiyeti tebliğlerinin de izin verdiği rekabet sınırlamaları arasında bulunmamaktadır. Ancak, şikayet konusu olayda paralel ticaretin engellenmesine ilişkin rekabet kısıtlaması teşebbüsler arası bir anlaşma ya da uygulama ile değil, bizatihi mahkeme kararıyla olmaktadır....Şikayet konusu olayda; her ne kadar 4054 sayılı Kanun açısından çelişkili bir durum mevcut olsa da, rekabetin kısıtlanması sonucunu doğuran olayın yargı kararı doğrultusunda oluşmuş olmasından dolayı, şikayetle ilgili bir işlem yapılamamaktadır.*" demiştir. Aslında, bu davada bizzat mahkemenin, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini göz önüne alarak, davacının, üçüncü kişi konumundaki yeniden satıcılara karşı herhangi bir hak ileri süremeyeceğini kabul etmesi gerekirdi. Keza, bir teşebbüsün endüstriyel tasarım haklarını rakiplere karşı ileri sürmesinin RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü bir meselede, Kurul, bu konuda bir mahkeme kararının varlığı dolayısıyla, bu karara aykırı hüküm veremeyeceğini belirtmiştir: Bkz.: İ. Yılmaz Aslan, "Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması-Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler", **Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Yıl. 1, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2001, s. 19-42.

sürülmesi durumunda da önem arz etmektedir. Örneğin, kendisine karşı, fikrî mülkiyet haklarını ihlâl ettiği iddiasıyla dava açılan bir kişi, davacının fikrî mülkiyet haklarını RK'nin yasaklayıcı hükümlerine aykırılık teşkil edecek şekilde kullanarak kendisini zarara uğrattığı gerekçesiyle bir karşılık dava açabilir.

### **XIII. Sonuç**

Rekabet hukukunun teknolojik yeniliklerin teşvikindeki rolü ile ilgili vardığımız sonuçlara aşağıda yer verilmiştir:

**I.** Teknolojik yeniliklerin teşvikini sağlayan bir hukukî mekanizmanın oluşturulmasında rekabet hukuku temel rol oynar. Rekabeti koruyucu kurallar, pazardaki işleyebilir rekabet ortamını güvenceye alarak, teşebbüsleri, teknolojik yenilik geliştirerek ve mal ve hizmet üretiminde geliştirilen teknolojik ürünleri kullanarak birbirleriyle rekabet etmeye yönlendirir.

**II.** Teknolojik ürünlere ilişkin eylemler, teknolojik ürün sahipliğinin kamu yararına aykırı kullanımını engelleyecek şekilde, rekabeti koruyucu kurallar yolu ile denetlenir. Teşebbüslerin sahip olduğu teknolojik ürünleri, ilgili pazarlardaki rekabet ortamına zarar verecek şekilde kullanmaları, rekabeti koruyucu kurallarla önlenir. Rekabete aykırı kullanılan teknolojik ürünün bir fikrî mülkiyet hakkı ile korunuyor olması, ilgili teşebbüsün davranışını rekabeti koruyucu kuralların kapsamı dışına çıkarmaz.

**III.** Türkiye'deki mal ve hizmet pazarlarındaki rekabet ortamının korunmasına yönelik genel bir düzenleme -RK- mevcuttur. Yalnız, bu düzenleme içerisinde, fikrî mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun ilişkisine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. RK'de fikrî mülkiyet hakları ile ilgili hüküm bulunmaması, Kurul'un, bu hakların teknolojik yeniliklerin teşviki amacını göz önüne almadan, haklara serbestçe müdahale edebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kurul, fikrî mülkiyet haklarına ancak zorunlu hallerde müdahale etmelidir ve her hâlde hakkın koruduğu amacı zedelememelidir. Yalnız, şu da unutulmamalıdır ki, rekabet hukuku açısından, teşebbüslerin sahip oldukları diğer herhangi bir hakkı rekabete zarar verecek şekilde kullanmalarıyla fikrî mülkiyet haklarını bu şekilde kullanmaları arasında bir fark yoktur.

**IV.** RK'de ve Kurul'un çıkardığı tebliğlerde, teknolojik ürünlere ilişkin eylemlerin rekabetin korunmasına dair kurallar kapsamında hangi kriterler ışığında değerlendirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda Kurulun ilgili kararlarında da henüz tutarlı ve sürekli bir yaklaşım görülmemektedir. Henüz, teşebbüslerin davranışlarının teknolojik ilerlemeye katkıda bulunması olasılığı, Kurul kararlarında, sistematik şekilde, ayrı bir unsur olarak ele alınmamaktadır. Kurul, halihazırda, esas itibarıyla Türkiye'deki mal ve

hizmet pazarlarında işleyebilir rekabet ortamını sağlama aşamasındadır. Türkiye’de faaliyet gösteren teşebbüslerin ar-ge harcamalarının artması, fiyat rekabeti yanında teknolojik yeniliklerin de önemli bir rekabet unsuru haline gelmesi, ve teknolojik ürün pazarlarının gelişmesi, teknolojik yeniliklerin teşvikini, Türk rekabet hukuku uygulayıcılarının öncelikli meseleleri arasına sokacaktır.

Teknolojik ürünlerle ilgili eylemlerin fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi *per se* rekabete aykırı davranışlara kılıf teşkil etmeleri durumunda, bu eylemler de *per se* rekabete aykırı kabul edilmelidir. Bu haller dışında, Kurul, teknolojik ürünlere dair eylemleri değerlendirirken öncelikle pazar analizi yaparak eylemden etkilenen pazarları, bu pazarların yapısını, ilgili teşebbüslerin pazar güçlerini ve pazara giriş engellerini saptamalıdır. Daha sonra, eylemlerin ilgili pazarlardaki teknik ve ekonomik gelişmeye katkıları ile rekabete aykırı etkilerini birlikte değerlendirerek, bu eylemlere izin verip vermeyeceğini kararlaştırmalıdır.

V. Henüz, Kurul, teşebbüsler arasındaki işbirliği anlaşmalarındaki ve lisans sözleşmelerindeki izin verilen ve yasaklanan kısıtlama ve yükümlülükler dair herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Yeterli sayıda işbirliği anlaşması ve lisans sözleşmesi yetkili rekabet merciinin gündemine gelmeden ve gerekli bilgi ve tecrübe birikimi sağlanmadan bu sahalarda düzenleme yapılması hatalıdır. Bu nedenle, UP’de, henüz çok az sayıda ilgili anlaşmayı değerlendiren Kurul’un, kısa vadede TTT’ye ve AGT’ye paralel düzenlemeler yapacağından bahsedilmesi bir talihsizlik olmuştur. Türkiye’de bu sahalarda grup muafiyeti tebliği çıkarılması ihtiyacı daha doğmamıştır. Kaldı ki yapılacak düzenlemelerin bir grup muafiyeti şeklinde oluşturulması zorunlu değildir. Her hâlde yapılacak düzenlemelere TTT’nin ve AGT’nin esas alınmasının uygun olmayacağı görüşündeyiz. Bu aşamada, zaten az sayıda gündeme gelebilecek işbirliklerinin ve lisans sözleşmelerinin Kurula bildirilerek, RK’de öngörülen koşulların varlığı halinde birel muafiyetten yararlandırılmaları en uygun çözümdür. Dolayısıyla bu aşamada, söz konusu anlaşmalar kapsamındaki kısıtlamalara izin verilip verilemeyeceği, RK’nin 5’nci maddesinde öngörülen koşullar uyarınca incelenmelidir.

VI. Hakim durumda bir teşebbüsün sahip olduğu teknolojik ürünleri diğer teşebbüslere kullandırmaması, kullandırma karşılığında ayırıcı koşullar ve/veya kelepçeyici yükümlülükler dayatması, lisans sözleşmelerinde ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayıcı hükümler öngörmesi durumlarında, RK’nin 6’ncı maddesi uyarınca kötüye kullanmanın varlığına hükmedilebilir. Kurul, bu durumlarda önce pazar analizini yaparak söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığını saptamalıdır. Hakim durumun varlığı halinde, teşebbüsün davranışını haklı gösteren bir nedenin varlığını ve bu nedenin varlığı

halinde de, davranışın rekabeti gereğinden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığını incelemelidir.

**VII.** Teşebbüsler arasındaki birleşme ve devralmalarda, bazen birleşmenin veya devralmanın en önemli unsurunu, taraf olan teşebbüslerin sahip oldukları teknolojik ürünler ve/veya teknolojik ürün geliştirme kapasitesi teşkil edebilir. Bu durumda, birleşme veya devralma, hem ilgili mal ve hizmet pazarındaki hem de ileride geliştirilecek mal ve hizmetlere ilişkin pazardaki rekabeti etkileyebilir. Kurul, pazar payı ve ciro itibarıyla RK'nin 7'nci maddesi kapsamına giren bu türdeki birleşme ve devralmaların teknik gelişmeyi kısıtlayacağını öngördüğü durumlarda ya bu işlemlere izin vermemeli veya bu sakıncayı giderecek önlemlerin alınması koşuluyla izin vermelidir. Bu koşullar arasında, bazı teknolojik ürünlerin devir kapsamı dışında bırakılması ve/veya üçüncü kişilere makul koşullarla lisans tanınması sayılabilir. Pazar payı ve ciro itibarıyla RK'nin 7'nci maddesi kapsamına girmeyen bu tür birleşme ve devralmaların RK'nin 4'üncü maddesi uyarınca bir anlaşma şeklinde değerlendirilebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

**VIII.** Bir kişinin sahip olduğu teknolojik ürünü, başkalarına kullandırmasına hükmedilmesine “zorunlu lisans” adı verilir. Zorunlu lisans, teknolojik ürünlerin kamu yararına aykırı kullanımının engellenmesine yönelik etkili bir yaptırımdır. Rekabete aykırı davranışın ilgili pazarlarda doğurduğu etkilerin, söz konusu teknolojik ürünün diğer teşebbüslere kullandırılması ile giderebileceği hallerde ise yetkili rekabet mercileri zorunlu lisansa hükmedebilir.

Türk rekabet mevzuatında, teknolojik ürünler üzerinde zorunlu lisansa hükmedilebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak, Kurul'a, RK'nin ihlâl edildiğini tespit etmesi üzerine, bu ihlâllere son verilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır. Özellikle teknolojik ürünlere dair eylemler açısından, ilgili pazardaki rekabetin yeniden tesisi için Kurul'un kesinlikle zorunlu lisansa hükmedebilmesi gerekir.

PatKHK'nin 93'üncü maddesi mehzaz metin ışığında ele alındığında, patentler açısından bizzat ilgili fikrî mülkiyet düzenlemesinde bu yapıtıma cevaz verildiği görülür. 93'üncü maddede, patentin haksız rekabete ilişkin genel hükümlere aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılması halinde, patent sahibinin lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddeyi, hem fikrî mülkiyet hukuku hem rekabet hukuku kapsamında patent sahibini üçüncü kişilere lisans vermek zorunda bırakan bir hüküm şeklinde yorumluyoruz. Mehzaz metindeki düzenleme, rekabeti koruyan kuralların ihlâlinin yaptırımını olarak bu hükmü öngörmüştür. Halbuki bizdeki hükmün lafzı, açıkça haksız rekabet teşkil eden faaliyetlerden bahsetmektedir. Bu durumda, ABD

patent hukuku kapsamında geliştirilen patentin kötüye kullanılması doktrinine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Hem mehzaz düzenleme hem bizdeki hükmün lafzı birlikte ele alındığında, PatKHK'nin 93'üncü maddesi, patent hakkının kamu yararına aykırı kullanımına karşı geniş bir denetim olanağı sağlamaktadır. Bu hüküm, PatKHK'deki yollama uyarınca faydalı model belgesi sahiplerinin faaliyetlerine de uygulanır. FSEK'te ve ETKHK'de, PatKHK'nin 93'üncü maddesi ile kıyaslanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır; ancak bu durum, Kurul'un bu mevzuat kapsamına giren teknolojik ürünler üzerinde de zorunlu lisans tanıma olanağını ortadan kaldırmaz. Kurul, fikrî mülkiyet hakları ile korunan veya korunmayan tüm teknolojik ürünler üzerinde zorunlu lisansa hükmedebilmelidir. Kurul'un zorunlu lisansa hükmederken, olayın koşullarını dikkate alarak lisansın kimlere arz edileceğini, süresini ve bedelini de belirlemesi gerekir.