

2003/2 SAYILI GRUP MUAFİYETİ TEBLİĞİ IŞIĞINDA REKABET HUKUKUMUZDA AR-GE İŞBİRLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN*

GİRİŞ

Araştırma ve geliştirme (ar-ge) faaliyetleri, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından hazırlanan ve dünya ülkelerinin bu tür faaliyetlerini değerlendirmek için temel kaynak kabul edilen *Frascati Kılavuzu*'nda "insanoğluna, kültüre ve topluma ait bilgiler dahil olmak üzere bilgi birikimini artırmak için sistematik olarak yürütülen yaratıcı faaliyetler ve bu bilgi birikiminin yeni uygulamalar geliştirmek için kullanılması" şeklinde tanımlanmıştır.¹ Ar-ge'nin üç faaliyet türünü kapsadığı belirtilmektedir; bunlar sırasıyla, belirli bir uygulama veya kullanım amacı öngörülmeden yürütülen ve gözlemlenen olgu ve görünüşlerin temelindeki bilgiye ulaşma çabasını tanımlayan "temel araştırma faaliyetleri", belirli bir pratik amaca yönelik bilgiye ulaşma çabasını kapsayan "uygulamalı araştırma faaliyetleri" ve araştırma veya deneyim sonucu edinilen mevcut bilgiden yararlanarak yeni malzeme, ürün veya araçların üretilmesine, yeni süreç, sistem veya hizmetlerin kurulmasına veya hâlihazırda üretilmiş ve kurulmuş olanın esaslı surette geliştirilmesine yönelik sistematik çalışmaları içeren "deneysel geliştirme faaliyetleri"dir.²

Makalede incelediğimiz çerçevede ar-ge, sadece "deneysel geliştirme faaliyetleri"ni kapsamaktadır. Bu kapsamda ar-ge, serbest pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler için önemli bir rekabet aracıdır; çünkü teşebbüsler, ar-ge yoluyla yeni teknolojiler geliştirerek üretim süreçlerinde bu teknolojiler-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Dipnotlarda yer alan internet sitesi adreslerine en son 15 Mart 2005 itibarıyla erişilmiştir.

1 Frascati Manual, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development, OECD Publications, 2002, s. 30, <http://www1.oecd.org/publications/e-Book/9202081e.pdf>.

2 İbid.

den yararlanmayı amaçlarlar.³ Teşebbüsler ar-ge'yi tek başlarına yürütebilirler veya diğer teşebbüslerle işbirliğine gidebilirler. Ar-ge'de işbirliği, kaynak tasarrufu, kaynakların etkin kullanımı, daha iyi sonuçlara daha kısa sürede ulaşılabilmesi gibi önemli yararlar sağlayabilir. Teşebbüsler arasındaki diğer işbirlikleri gibi, ar-ge alanındaki işbirlikleri de rekabet hukukunun kapsamına girebilir. Rekabet otoritelerinin genel eğilimi, ar-ge alanındaki işbirliklerine hoşgörülü yaklaşma yönündedir. Bunun temel nedeni, yukarıda sayılan yararların elde edilmesini engellememektir. Bu alandaki işbirlikleri, birçok ülkede çeşitli düzenleme ve uygulamalarla teşvik edilmektedir.⁴ Buna rağmen, ar-ge işbirliklerinin rekabet kurallarını ihlâl etme olasılığı vardır. Bu nedenle, ar-ge işbirliklerinin tabi olacağı rekabet hukuku hükümlerinin saptanması gereklidir. Ülkemizde Rekabet Kurulu (Kurul) ar-ge anlaşmalarına ilişkin bir grup muafiyeti tebliği çıkarmıştır; bu tebliğ hem ar-ge alanında işbirliğine giren teşebbüslere Kurula bildirimde bulunmadan muafiyetten yararlanma olanağı tanımakta hem de Kurulun ar-ge işbirliklerini değerlendirirken uygulayacağı ölçütler konusunda yol göstermektedir. Bu makalede, ülkemizde ar-ge işbirliklerinin tabi olduğu rekabet hukuku düzeni, söz konusu tebliğ ışığında incelenecektir. İncelemede ilgili Avrupa Toplulukları (AT) mevzuatı göz önünde tutulacaktır.

I. GENEL DEĞERLENDİRME

Teşebbüsler arası işbirlikleri çeşitli amaçlarla ve çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Her işbirliğinin amacı rekabete aykırı değildir; ancak amacın rekabete aykırılığı saptanırsa bu tür işbirliklerinin yasaklanma olasılığı çok yüksektir.⁵ Diğer yandan, özel olarak rekabete aykırı amaç gütmeyeceği halde böyle bir etki doğuran işbirliklerinin dahi rekabet hukukunu ihlâl etmeleri olasıdır. Rekabet hukukunda bu tür işbirliklerine ilişkin günümüzde geçerli

³ Ar-ge sonucu geliştirilen teknolojilerin ticari amaçla sanayiye uygulanabilir hâle dönüştürülmesine "teknolojik yenilik (inovasyon)" denilmektedir. Açıklama için bkz.: Odman, Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü ("Odman"), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 29.

⁴ Örneğin, ABD'de Ulusal İşbirlikli Araştırma (Faaliyetleri) Yasası'nda ar-ge veya üretim alanındaki işbirliklerinin değerlendirilmesinde, özel olarak, hakime, ilgili pazarı usulüne uygun şekilde saptama ve haklı sebep kuralını uygulayarak inceleme yapma yükümlülüğü getirilmekte, işbirliğinin önceden yetkili makamlara bildirilmesi durumunda bu işbirliğinden zarar gördüğünü iddia edenlerin zararlarının üç katını değil ancak zarar miktarını talep edebilecekleri öngörülmektedir (15 Act, 15 U.S.C. §§ 4301-4305).

⁵ "Kriz kartelleri" gibi, rekabete aykırı amaç taşıdıkları halde istisnaen izin verilen teşebbüslerarası işbirlikleri söz konusu olabilir. Örneğin AT rekabet hukukunda bkz.: *Belasco Kararı* (1986, ATRG L 232/15).

yaklaşım, işbirliğine girişen teşebbüslerin faaliyetlerinin ilgili pazardaki olası etkilerinin ekonomik analizinin yapılması ve bu analizin sonuçları doğrultusunda hükme varılmasıdır.⁶ İşbirliklerinin teknik ve ekonomik gelişmeye katkı sağlama olasılığı dikkate alındığında, rekabet hukukunun yerinde ve ölçülü müdahalesinin önemi ortaya çıkar. Bu açıdan, teşebbüslerarası işbirliklerinin gerçek amacının doğru saptanması ve ilgili pazardaki rekabete etkilerinin olabildiğince doğru tahmin edilmesi gerekir.

Rekabet otoriteleri bu değerlendirmeleri yaparken öncelikle işbirliğinin yatay veya dikey olmasına, yani işbirliğine girişen teşebbüslerin rakip olup olmamalarına göre farklı kriterler uygulamaktadır. Bu çerçevede, ABD ve AT rekabet otoriteleri, bu farklı nitelikteki işbirliklerinin değerlendirilmesinde ortak ölçütleri saptayan ayrı düzenlemeler yapmışlardır.⁷ Bunun dışında, ilgili otoritenin belirlediği önceliklere bağlı olarak, farklı sektörlerdeki ve/veya farklı konulardaki işbirliklerinin ayrı ayrı ele alındığı düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerin şekline bakıldığında ise, iki farklı sistem ile karşılaşmaktadır. Bu iki hukuk çevresinden sadece AT'de rastlanan blok muafiyeti sistemi, ilgili düzenlemede öngörülen koşulların sağlanması durumunda, teşebbüslerin giriştiği işbirliklerini AT rekabet hukukunun uygulamasından muaf tutmaktadır.⁸ Böylece AT Komisyonu (Komisyon), teşebbüslerin bildirimde bulunma zorunluluğundan kurtulmaları için bir olanak tanımakta, ağır

⁶ Kayar, Rekabet Hukukunda Yatay İşbirliği Anlaşmaları: Ortak Girişimler Açısından Bir Değerlendirme, Ankara, 2003, s. 8, [http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ Mehmetakifkayar.doc](http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/Mehmetakifkayar.doc).

⁷ ABD'de Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu, Nisan 2000'de "Rakipler Arasındaki İşbirliklerine Dair Antitröst Kılavuzu"nu çıkarmıştır (<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>). AT'de ise AT Komisyonu, "AT Antlaşması'nın 81'inci Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Kılavuz"u yayınlamıştır (ATRG, 06.01.2001 C 3, s. 2-30). Dikey işbirlikleri açısından ABD'de özel bir düzenleme bulunmamaktadır; ancak AT Komisyonu, dikey işbirliklerinin değerlendirilmesine ilişkin bir blok muafiyeti tüzüğü ve dikey kısıtlamaların incelenme kriterlerini açıklayan bir kılavuz çıkarmıştır (2790/1999 sayılı, 22 Aralık 1999 tarihli, AT Antlaşması'nın 81 (3)üncü Maddesinin Dikey Anlaşma Kategorilerine ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü - ATRG L 336, 29.12.1999; s. 21-25; Komisyon Notu-Dikey Kısıtlamalara İlişkin Kılavuz - ATRG C 291, 13.10.2000, s. 1-44.) Ayrıca bkz.: Whish ("Whish"), Competition Law, 5. baskı, LexisNexis UK, 2003, s. 109.

⁸ Yalnız dikey anlaşmalar açısından, blok muafiyet kapsamındaki anlaşmanın AT'ye üye ülkelerin sınırları içerisinde rekabete aykırı etki doğurması durumunda, üye ülkenin yetkili rekabet otoritesinin anlaşmayı blok muafiyeti kapsamı dışına çıkarma yetkisi vardır: 2790/1999 sayılı, 22 Aralık 1999 tarihli, AT Antlaşması'nın 81 (3)üncü Maddesinin Dikey Anlaşma Kategorilerine ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü, m. 7.

iş yükünü hafifletmekte ve söz konusu işbirliği kapsamındaki rekabeti kısıtlayıcı koşulları değerlendirirken kullanacağı ölçütlere ilişkin uygulayıcılara bilgi vermektedir. Diğer sistem ise, kılavuz sistemidir. Kılavuzlarda, teşebbüsler arasındaki işbirliklerinin değerlendirilmesinde uygulanacak ölçütler, yol gösterici, bağlayıcı metinlere dönüştürülmüştür. Bu metinlerde, hem işbirliklerinin incelenmesine ilişkin ilkeler bütüncül bir yaklaşımla ele alınarak açıklanmakta hem de farklı işbirliği tiplerine ve senaryolara göre örnekler verilmektedir. Kanımca kılavuz sistemi, ilgili rekabet otoritesinin birikimini uygulayıcılara örneklerle en anlaşılır şekilde aktarması, otomatik muafiyet sağlamayarak teşebbüslere daha ciddi bir durum değerlendirmesi sorumluluğu yüklemesi ve rekabet otoritesinin her meseleyi kendi koşulları içinde ele alması olanağı sağladığı için tercihe şayandır. Yalnız kılavuzlarda ilgili otoritenin rekabet hukuku kapsamına giren işbirliklerinin her birini ayrı ayrı ekonomik analize tabi tutulması esası benimsendiği için, ilgili otoritenin iş yükü hafiflememektedir. Bu nedenle AT'de, Komisyonun ağır iş yükü ve ekonomik analiz yapacak uzman yetersizliği dolayısıyla başvurduğu blok muafiyeti sistemi hâlâ uygulanmaktadır; ancak bu uygulamanın yerindeliği tartışma konusudur.⁹

AT'nin yatay işbirliklerinin değerlendirilmesi konusunda açıklama ve örneklerle yol gösteren kılavuzun adı "AT Antlaşması'nın 81'inci Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Kılavuz" (AT kılavuzu)dur. AT kılavuzu, 1968 tarihli "Teşebbüsler Arasında İşbirliği Alanında Anlaşmalar, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarına Dair Komisyon Notu"¹⁰ ile 1993 tarihli "AET Antlaşması'nın 85inci Maddesi Uyarınca İşbirlikli Ortak Girişimlerin Değerlendirilmesine İlişkin Komisyon Notu"¹¹ yerine geçmiştir. Yatay işbirliklerinin tabi tutulacağı genel değerlendirme kriterleri konusunda yol göstericidir; dolayısıyla bu tür işbirlikleri hakkında menfi tespit veya bireysel muafiyet kararı verililmeyeceği bu kılavuzda öngörülen esaslara göre saptanacaktır.¹² Ayrıca ar-ge ve uzmanlaşma anlaşmalarına ilişkin blok muafiyeti tüzüklerini açıklayıcı ve tamamlayıcı niteliktedir.¹³ AT kılavuzunda, işbirliklerinin yararlı ve zararlı

⁹ Maher, "Competition Law & Intellectual Property Rights", Craig, de Burca (derleyenler), *The Evolution of EU Law*, 1999, Oxford University Press, New York, s. 605 vd..

¹⁰ ATRG C 75, 29 Temmuz 1968, s. 3 – Düzeltme: ATRG C 84, 28 Ağustos 1968, s. 14.

¹¹ ATRG C 39, 16 Şubat 1993, s. 2.

¹² AT kılavuzu 8. paragraf.

¹³ İbid.

etkilerinin birarada değerlendirilerek karara varılacağı öngörülmüştür.¹⁴ Komisyon, AT kılavuzunu kabul ederek ABD antitröst hukukundaki haklı sebep kuralına yaklaşmakta ve incelemelerde ekonomik analizin esas alınacağını vurgulamaktadır.¹⁵

Ekonomik analize dayalı yeni yaklaşım, Komisyonun son çıkardığı blok muafiyeti tüzüklerinde de etkisini göstermiştir: Daha önce bu tüzüklerde öngörüle gelen “izin verilen hükümler listesi” çıkarılarak yasaklanan hükümlerin düzenlenmesiyle yetinilmiştir.¹⁶ Yasaklanan hükümler, anlaşmada yer verilmeleri halinde muafiyetten yararlanmayı engelleyen rekabet kısıtlamalarıdır. Ayrıca blok muafiyetten yararlanmanın ön koşulları hükme bağlanmıştır. Ön koşullar, işbirliğinin tarafı olan teşebbüslerin muafiyetten yararlanabilmesi için sahip olabileceği azamî pazar payına ve/veya azamî ciroya ve/veya ilgili pazarda rekabetin kısıtlanmasını önlemek için yerine getirmeleri gereken asgarî önlemlere ilişkindir. Böylece Komisyonun anlaşmanın hükümlerine odaklanmaktan ve bunları sayarak “izin verilen” ve “izin verilmeyen” şeklinde sayarak sınıflandırmaktan ziyade, işbirliğinin pazardaki etkilerini esas almaya yöneldiği görülmektedir.¹⁷

AT rekabet hukukunun etkisi altındaki Türk rekabet hukukunda halen, blok muafiyeti sistemine paralel şekilde grup muafiyeti sistemi uygulanmaktadır. Türk rekabet hukuku sistemi açısından grup muafiyeti tebliğlerine gerek olup olmadığı tartışılabilir,¹⁸ ancak her halde Rekabet Kurulu (Kurul), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RK) m. 27 (f) ile kendisine tanınan yetkiye dayanarak Komisyonun çıkardığı tüzüklere paralel tebliğler çıkarmaya devam etmektedir. Bu kapsamda son çıkarılan grup muafiyeti tebliği, 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin

¹⁴ AT kılavuzu 4. paragraf.

¹⁵ Karş.: ABD Rakipler Arasındaki İşbirliklerine Dair Antitröst Kılavuzu (7. dipnot), 1. Kısım, 1.1, 3. paragraf.

¹⁶ Örneğin bkz.: 2790/1999 sayılı, 22 Aralık 1999 tarihli, AT Antlaşması'nın 81 (3)üncü Maddesinin Dikey Anlaşma Kategorilerine ve Uyumlu Eylemlere Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü (7. dipnot).

¹⁷ ATA m. 81 (3)'ün Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları Kategorilerine Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü'nün (20. dipnot) başlangıcının 7. paragrafında şöyle denilmektedir: “*Muaf tutulan (izin verilen) hükümleri sıralama yaklaşımından uzaklaşarak (anlaşma yapan teşebbüslerin sahip bulunduğu) belirli bir pazar gücüne kadar muaf tutulacak anlaşma kategorilerinin belirlenmesine ve bu anlaşmalarda yer almaması gereken kısıtlama veya hükümlerin saptanmasına ağırlık verilmesi uygun olacaktır. Bu (tür bir düzenleme) anlaşmaların ilgili pazardaki etkilerini değerlendiren ekonomi temelli yaklaşımla uyumludur.*”

¹⁸ Bkz.: Odman (3. dipnot), s. 359-362.

Grup Muafiyeti Tebliği (ar-ge tebliği)'dir.¹⁹ Kurul henüz ABD ve AT'dekine benzer şekilde, yatay işbirliklerine ilişkin ortak kriterler saptayan ve yatay nitelikli ar-ge işbirliklerine de uygulanabilecek bir kılavuz çıkarmış değildir. Dolayısıyla ar-ge tebliği, rekabet hukukumuzda ar-ge işbirlikleri alanındaki temel başvuru kaynağıdır. Ar-ge tebliğini incelerken öncelikle ar-ge tebliğine kaynaklık eden 2659/2000 sayılı, 29 Kasım 2000 tarihli, ATA m. 81 (3)'ün Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları Kategorilerine Uygulanmasına İlişkin Komisyon Tüzüğü (ar-ge tüzüğü)nde²⁰ yeralan hükümleri göz önünde bulunduracağız. Gerekli hallerde AT kılavuzundaki açıklama ve örneklere de atıfta bulunacağız.

II. TÜRK REKABET HUKUKUNDA AR-GE İŞBİRLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ar-ge işbirlikleri Kurul tarafından dört şekilde değerlendirilebilir: (i) RK m. 8 uyarınca RK'nın ihlâl edilmediğine dair bir menfi tespit belgesi verilebilir. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için süresi içinde Kurula başvurulması gerekir. (ii) RK'nın ihlâli halinde, RK m. 4 uyarınca bireysel muafiyetten yararlanma olanağının varlığı incelenir. Bu durumda da Kurula önceden başvurulması şarttır. Kurul koşulsuz muafiyet tanıyabileceği gibi, bireysel muafiyetten yararlanabilmek için teşebbüslerin belirli koşulları yerine getirmesini isteyebilir. (iii) Ar-ge işbirliği, ar-ge tebliğinin kapsamına girebilir. Bu halde önceden Kurula bildirimde bulunulması gerekmez ve işbirliğine taraf olan teşebbüsler grup muafiyetinden yararlanırlar. (iv) Ar-ge işbirliği birleşme veya devralma niteliğinde bir ortak girişim ise birleşme ve devralmaların değerlendirilmesi usulü uyarınca incelenir; izin, red veya koşullu izin kararlarından biri verilebilir. (v) Ar-ge işbirliğinin bir hakim durumun kötüye kullanılması hâli teşkil ettiğine hükmedilebilir.

A. Menfi Tespit

Ar-ge işbirliğine menfi tespit belgesi verilebilmesi için faaliyetin ilgili pazarda rekabeti kısıtlama amacını taşıması veya böyle bir etki doğurması gerekir. Bu hal iki şekilde gerçekleşebilir. Faaliyetin çapı ilgili pa-

¹⁹ Tebliğ tarihi: 14 Ağustos 2003, Resmi Gazete tarihi: 27 Ağustos 2003, Resmi Gazete sayısı: 25212.

²⁰ ATRG (5 Aralık 2000) L 304, s. 7-12. Komisyon tarafından çıkarılan ar-ge işbirliklerine ilişkin ilk blok muafiyet tüzüğü 1984 tarihli [ATA'nın 85 (3)'üncü maddesinin Bazı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmaları Kategorilerine Uygulanmasına yönelik 418/85 sayılı, 19 Aralık 1984 tarihli Komisyon tüzüğü, ATRG (1985) L 53, s. 51] ve 2000 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

zarda etki doğurmayacak düzeydedir; bu durumda herhangi bir ayrıntılı incelemeye girilmeden menfi tespit belgesi verilir. Diğer yandan, faaliyet ilgili pazardaki rekabet üzerinde etki doğurabilecek düzeyde olmasına karşın rekabeti kısıtlayıcı hiçbir yönü bulunmamaktadır. Bu düşük bir olasılıktır; ancak yine de gerçekleşebilir.

AT kılavuzunda ATA m. 81 (1) kapsamına girmeyen ar-ge anlaşmaları dört başlık altında sayılmıştır.²¹ Bunlar sırasıyla, sadece teorik düzeyde kalan ve belli bir teknik kullanıma amacına yönelik olmayan ar-ge işbirlikleri, fiili veya potansiyel rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalar, sadece ar-ge'ye yönelik kurumlarla yapılan taşeronluk anlaşmaları ve ar-ge işbirliği sonucu elde edilen bilginin veya teknolojinin ortak kullanımını içermeyen anlaşmalardır. Sonuncu halde, söz konusu anlaşmanın teknolojik yenilik geliştirme faaliyetlerindeki rekabeti önemli ölçüde azaltma tehlikesinin varlığı, istisnaen bu anlaşmayı ATA m. 81 (1)'in kapsamına sokabilir. Zaten sırf bu nedenle sadece ar-ge alanında işbirliğini öngören anlaşmalar da, ar-ge tüzüğünde, muafiyet kapsamındaki anlaşmalar arasında sayılmıştır. Kanımca AT kılavuzundaki bu sınıflandırma, RK m. 4 kapsamı dışında kalan anlaşmaları saptamak için de kullanılabilir.

B. Bireysel Muafiyet

İkinci halde Kurul, kendisine bildirilen ve ar-ge tebliğindeki grup muafiyeti koşullarını sağlamayan ar-ge işbirliğinin içerdiği rekabet kısıtlamalarını bireysel muafiyetin koşulları çerçevesinde inceleyecektir. Rekabet hukukumuzda, rakip teşebbüslerin giriştikleri işbirliklerine uygulanacak kurallar konusunda açıklayıcı bir düzenleme henüz yapılmamıştır;²² bu konuda herhangi bir Kurul kararına da rastlanmamıştır. Dolayısıyla RK m. 4 ve m. 5'in hükümlerinin ar-ge işbirliklerine nasıl uygulanacaklarının saptanması gereklidir. Aşağıda -AT kılavuzundaki ilgili açıklamaların ışığında- bu saptama ortaya konmaktadır:

Eğer Kurul söz konusu anlaşmanın asıl amacının ar-ge alanında işbirliği değil, rekabetin kısıtlanması olduğu sonucuna varırsa anlaşmaya bireysel muafiyet tanınması mümkün değildir. Bu durum, AT kılavuzunda, "*anlaşmanın gerçek amacı ar-ge yerine fiyat tespiti, arz kısıtlaması veya pazar*

²¹ AT kılavuzu 55-58. paragraf.

²² Karş. AT kılavuzu ve ABD-Rakipler Arasındaki İşbirliklerine Dair Antitröst Kılavuzu (yuk. 7 dipnot).

paylaşımına yönelik örtülü kartel yaratmaya yönelik ise anlaşma m. 81 (1) kapsamında” şeklinde ifade edilmiştir.²³

Bu şekilde bir amaç saptanamıyorsa ar-ge anlaşmasındaki rekabet kısıtlamalarının doğurduğu etkiye bakılması gerekir. AT kılavuzunda ar-ge işbirliklerin üç açıdan olumsuz etki doğurabileceğinden bahsedilmektedir; bu etkiler sırasıyla o alandaki teknolojik yenilik geliştirme faaliyetlerinin kısıtlanması, ilgili pazarlarda tarafların danışıklılığa girişmesi ve ar-ge sonuçlarından üçüncü kişilerin yararlanmasının engellenmesidir.²⁴

1. Haklı Sebep Kuralının Uygulanması

Genel olarak, kısıtlamalara izin verilip verilmeyeceği değerlendirilirken iki yoldan biri tercih edilebilir: Bunlara özel olarak odaklanmadan haklı sebep kuralına göre ekonomik analiz yoluyla, anlaşmanın bir bütün olarak ilgili pazardaki rekabet üzerindeki etkisine bakılır ve bu çerçevede bu kısıtlamalara izin verilip verilmeyeceğine karar verilir. Diğer halde, öncelikle ayrıntıya girmeden yapılan değerlendirmede anlaşmanın amacının rekabeti kısıtlamak olmadığına ve bir takım yararlı etkiler doğurabileceğine kanaat getirilirse bunların anlaşmanın uygulamasını sağlamaya yönelik tamamlayıcı nitelikte kısıtlamalar (*ancillary restraints*) olup olmadığı incelenir; diğer bir deyişle, nesnel bir bakışla bu kısıtlamanın meşru bir gerekçesi bulunup bulunmadığına bakılır. ABD’de ilk yol, AT’de ise ikinci yol tercih edilmektedir. Mamafih AT kılavuzunda öngörülen yatay işbirliklerine yönelik analiz ölçütleri, Komisyonun ABD’deki haklı sebep kuralı kapsamındaki inceleme yöntemine oldukça yaklaştığının habercisidir.²⁵ Dolayısıyla yukarıdaki değerlendirmeyi, esas itibarıyla Komisyonun bazı kararlarında ve blok muafiyeti tüzüklerinde yer alan ve tamamlayıcı kısıtlamaları (*ancillary restraints*) tanımlayan ifadeleri göz önüne alarak ortaya koyuyorum.²⁶ Rekabet hukukumuzda bu yaklaşımlardan hangisinin benimsendiği açık değildir; ancak tamamlayıcı kısıtlamaları tanımlamak üzere kullanılan “zorunlu (yan) sınır-

23 AT kılavuzu 59. paragraf; ar-ge tüzüğü başlangıç 17. paragraf. Ayrıca bakınız ar-ge tebliğ başlangıç 6. paragraf (70. dipnot).

24 AT kılavuzu 61. paragraf.

25 AT kılavuzu 7. ve 60. paragraflar. Yalnız bu iddiayı Avrupa Toplulukları İlk Derece Mahkemesi’nin Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın yaklaşımı açısından ileri sürmek mümkün görünmemektedir [bkz.: Whish (7. dipnot), s. 124-127].

26 Örneğin bkz.: ar-ge tüzüğü m. 1 (2). İlgili Komisyon kararları ve açıklama için bkz.: Whish (ibid.), s. 117-120.

lamalar” kavramına çeşitli Kurul kararlarında yer verildiği görülmektedir.²⁷ Kurulun sağlıklı ekonomik analiz yapabilmesi elde ettiği verilerin doğruluğuna, yeterliliğine ve bu verileri değerlendirecek uzmanların bilgi ve yeteneğine bağlıdır. Bu parametreler dikkate alınarak mümkün olduğu ölçüde AT kılavuzunda belirlenen yöntemin uygulanmasının, kısıtlamaların tamamlayıcı olup olmadığının saptanmasının tercih edilmesi halinde ise AT rekabet hukuku mevzuatı ve içtihatlarındaki ölçütlerden yararlanılmasının uygun olacağı görüşümdedir.²⁸

2. Üçlü Pazar Ayırımı

Diğer anlaşmalardan farklı olarak, bir ar-ge anlaşmasının rekabet üzerindeki etkisini saptamak için sadece mevcut mal ve hizmetlere dair ilgili ürün pazarına bakmak yeterli olmayabilir. Ar-ge sonucu geliştirilen teknolojinin ayrıca bir ürün olarak pazarlanması (üçüncü kişilere kullandırılması) söz konusu ise, ilgili teknoloji pazarının tanımlanıp ar-ge anlaşmasının bu pazardaki etkisinin de değerlendirilmesi gerekir.²⁹ Diğer yandan, ar-ge anlaşması sonucunda mevcut bir üründe bir iyileştirme sağlanacaksa mevcut ürünün pazarına bakmak yeterli olabilir; ancak yeni geliştirilecek ürün mevcut bir ürünün yerini alacak veya daha önceden pazarı bulunmayan yeni bir ürün geliştirilecek ise, söz konusu anlaşmanın bu alandaki ar-ge faaliyetlerindeki rekabete etkisine de bakmak gerekecektir.³⁰ Bu durumda ar-ge anlaşmaları

²⁷ Örneğin bkz.: *Yibitaş-Lafarge* kararı (bireysel muafiyet) Dosya No: D1/1/A.Ö.-99/6, Karar No: 99-21/173-92, Karar Tarihi: 28.04.1999; *Özata-Thrace* kararı (menfi tespit) Dosya Sayısı: 2004-1-70, Karar Sayısı: 04-69/986-241, Karar Tarihi: 27.10.2004.

²⁸ Bkz.: Odman, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Tamamlayıcı Kısıtlamaların Değerlendirilmesi”, Profesör Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan (Bilgi Toplumunda Hukuk), Cilt II, Beta Yayınevi, Eylül 2003, İstanbul, s. 47-71.

²⁹ İlgili teknoloji pazarındaki rekabet üzerindeki etki değerlendirilirken tarafların bu pazardaki mevcut pazar payının sadece bir başlangıç noktası olarak alınabileceği ve potansiyel rekabet kavramına önem verilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır; zira halihazırda teknolojilerini kullandırmayan teşebbüsler, pazarın oluşması durumunda teknolojilerini kullandırma yoluna giderek (yani ilgili teknoloji pazarına girerek) tarafların bu teknoloji için talep edecekleri fiyatı artırmalarını engelleyebilir. (AT kılavuzu 77. paragrafta ar-ge anlaşmasının ilgili teknoloji pazarı üzerindeki etkisini dikkate alan bir örnek olay yer almaktadır.)

³⁰ Bu durumda ar-ge sürecinin öngörülebilir olup olmadığına bakmak gerekir. Örneğin ilaç endüstrisinde ar-ge faaliyetlerinin yürütülüşü oldukça belirgin bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla belirli bir ürün veya teknolojiyi geliştirmek üzere yürütülen farklı ar-ge faaliyetlerini saptamak mümkündür ve bu faaliyetlere “ar-ge kutupları” adı verilir. Ar-ge anlaşmasından sonra dahi ilgili ürün veya teknolojiyi geliştirmeye çalışan farklı ar-ge kutuplarının mevcut olması anlaşmaya muafiyet tanınmasını sağlayabilir. Diğer yandan, bir endüstrideki ürün veya teknoloji geliştirmeye yönelik ar-ge faaliyetlerinin yapısını ve geli-

açısından (i) mevcut ürün pazarı (ii) teknoloji pazarı ve (iii) rakip ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetleri şeklinde bir üçlü pazar ayırımı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar rakip ar-ge geliştirme faaliyetleri açısından bir “pazar”dan söz etmek doğru olmasa da bu faaliyetler açısından da rekabet ortamının değerlendirilmesi gereği, “üçlü pazar ayırımı” nitelemesini haklı göstermektedir. AT kılavuzunda yapılan bu sınıflandırmanın Kurul tarafından benimsenerek uygulanmasının yararlı olacağı görüşündeyim.³¹ Bu sınıflandırma, aslında, bir anlaşmanın pazardaki etkisini bir bütün olarak ekonomik analiz yoluyla saptamaya dayalı haklı sebep kuralının ar-ge anlaşmaları açısından uygulanabilmesi için kullanılacak bir yöntemdir.

3. “Saf” ve Sonuçların Ortak Kullanıldığı Ar-ge Anlaşmaları

Bir ar-ge anlaşmasının etkisinin değerlendirilmesinde dikkate alınacak bir diğer husus, ar-ge sonuçlarının taraflarca ortak kullanımını³² öngörüp öngörmediğidir. Ar-ge anlaşmasının anlaşma sonucunda elde edilecek teknolojinin ortak kullanımını içermemesi durumunda anlaşmanın bireysel muafiyetten yararlanma olasılığı daha yüksektir. “Saf” ar-ge anlaşması” olarak da adlandırılan böyle bir anlaşmada, ar-ge programı süresince tarafların üçüncü bir kişiyle veya bağımsız olarak ar-ge yürütmemesi öngörülmüş olabilir.³³ Ar-ge programının süresini ve ortak ar-ge’ye girilen alanı aşmamak üzere getirilen bu tür rekabet etmeme yükümlülüklerine izin verilme olasılığı yüksektir. Diğer yandan, ar-ge anlaşmasında ortak ar-ge programının sonuçlarının birlikte kullanılacağı öngörülmüş olabilir. Sonuçların ortak kullanımının öngörülmüş olması bizatihi bireysel muafiyet tanınmasını engelleyici bir hal değildir. Ortak kullanım dolayısıyla fiyat, arz miktarı veya pazarlama bölgesine yönelik bir takım rekabet kısıtlamalarının öngörülmesi, doğrudan bir örtülü kartele hükmedilmesini gerektirmez. Hem bu tür kısıtlamaların hem de ar-ge anlaşmalarına özgü “bağımsız ar-ge yürütmeme”, “ar-ge çalışmalarının gizli tutulması” gibi çeşitli kısıtlamaların anlaşmaya bireysel muafiyet

şimini, dolayısıyla ar-ge kutuplarını saptamak mümkün olmayabilir. Bu durumda ar-ge anlaşmasının ar-ge faaliyetlerindeki rekabet üzerindeki etkisi de belirlenemeyecektir ve sadece anlaşmanın, konusu ile bağlantılı ilgili ürün ve/veya teknoloji pazarlarındaki rekabet üzerindeki etkisine bakılacaktır. (AT kılavuzu 75. ve 76. paragraflarda ar-ge kutuplarını göz önünde bulunduran iki örnek olay yer almaktadır.)

AT kılavuzu 43-54. paragraf.

³¹ AT kılavuzu 43-54. paragraf.

³² “Ortak kullanım”, anlaşma sonucu geliştirilen teknolojinin ortak mal ve hizmet üretimi için kullanılmasını, bu mal ve hizmetlerin ortak pazarlanmasını ve ayrıca geliştirilen teknolojinin üçüncü kişilere ortaklaşa kullanılmasını içerebilir. Bkz.: ar-ge tebliği m. 3 (h), ar-ge tüzüğü m. 2 (11).

³³ Bkz.: Whish (7. dipnot), s. 158.

verilmesini engelleyip engellemeyeceğine Kurul tarafından karar verilir. Kurul muhtemelen bu tür kısıtlamaların ar-ge anlaşması açısından “tamamlayıcı kısıtlama” teşkil edip etmediğine bakacaktır. Yalnız her halde ilgili anlaşmanın yukarıda saptanan pazarlardaki ve ar-ge faaliyetlerindeki rekabeti nasıl etkileyeceğinin araştırılması gerekir.

4. Olumlu ve Olumsuz Muafiyet Koşulları Açısından Ar-ge Anlaşmaları

Teşebbüsler arasındaki işbirliğinin Kurul tarafından bir ar-ge işbirliği şeklinde değerlendirilmesi, bu faaliyetin bireysel muafiyetten yararlanmasında önemli rol oynayabilir. Ar-ge işbirliklerinin RK m. 5 (1)'de öngörülen dört koşuldan özellikle (a) ve (b) bentlerinde düzenlenenleri sağlama olasılıkları yüksektir. Bu iki koşul, doktrinde “olumlu muafiyet koşulları” şeklinde adlandırılmaktadır: Faaliyet hem ekonominin gelişimine katkı hem de tüketici için yarar sağlamalıdır. Eğer ar-ge işbirliğinin bu sonuçları doğuracağı öngörülebiliyorsa işbirliğinin yaratabileceği rekabet kısıtlamalarına da daha hoşgörülü yaklaşılabilir.³⁴ Yalnız muafiyet tanınabilmesi için RK m. 5 (1)'in (c) ve (d) bentlerinde öngörülen “olumsuz muafiyet koşulları”nın da sağlanması gerekir. Yani söz konusu rekabet kısıtlamalarının ilgili pazardaki rekabeti hatırı sayılır ölçüde azaltmaması³⁵ ve rekabetin yararlı sonuçlarının sağlanması için gerekli olduğundan fazla sınırlanmaması gerekir.³⁶

Her hâlde, bir ar-ge işbirliğinin bireysel muafiyetten yararlanabilmesi için RK m. 10 uyarınca anlaşmanın yapılmasından itibaren bir ay içinde Kurula bildirimde bulunulmalıdır. Bildirim yapılmazsa muafiyet tanınmaz, süre geçirildikten sonra bildirim yapılırsa muafiyet ancak bildirim tarihinden itibaren geçerlidir.³⁷

34 Nitekim AT'de de Komisyon, ar-ge faaliyetlerinde ve sonuçlardan yararlanılmasında işbirliğinin genel olarak teknik ve ekonomik gelişmeye ivme kazandırdığı ve tüketicilerin de yeni veya daha gelişmiş ürünlerin pazara sürülmesi veya yeni usuller vasıtasıyla fiyatların düşürülmesi sayesinde bu gelişmeden yararlanacağı görüşündedir. Dolayısıyla, ar-ge anlaşmalarının kural olarak ATA'nın 81 (3)'üncü maddesindeki olumlu muafiyet koşullarını sağladığı kabul edilmektedir. Komisyonun bireysel muafiyet tanıdığı ar-ge anlaşmaları için bkz.: Whish (ibid.), [s. 558 (114. dipnot)]. Ayrıca bkz.: ar-ge tüzüğü başlangıç 17. paragraf; AT kılavuzu 68. paragraf.

35 AT kılavuzu 71. paragraf.

36 Anlaşmadaki rekabet kısıtlamalarının anlaşmanın yapılabilmesi için vazgeçilmez nitelikte olması gereğine ilişkin bkz.: AT kılavuzu 70. paragraf.

37 Bildirim, 1997/2 sayılı, 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik, Anlaşmaların, Uyumlu Eylemler ve Teşebbüs Birliği Kararlarının, Kanununun 10 uncu Maddesine Göre Bildiriminin Usul ve Esasları Hakkında Rekabet Kurulu Tebliği (Tebliğ tarihi: 1 Şubat

C. Grup Muafiyeti

Kurul, hem teşebbüslere yol göstermek hem de ar-ge işbirliklerine karşı Kurulun olumlu yaklaşımını ortaya koyarak teşebbüsleri teşvik etmek amacıyla 2003 yılında ar-ge tebliğini çıkarmıştır.³⁸ Ar-ge tebliği hem Kurulun ar-ge işbirliklerine yaklaşımı konusunda ipuçları vermektedir hem de grup muafiyetinden yararlanmanın koşullarını açıklığa kavuşturmuştur. Ar-ge tebliği hükümleri, aşağıda III. Bölümde, ar-ge tüzüğü ve AT kılavuzu ışığında ayrıntılı şekilde değerlendirilecektir.

D. Birleşme veya Devralma Niteliğindeki Ortak Girişim

Bir diğer halde, ar-ge işbirliğinin birleşme ve devralma kapsamına giren bir ortak girişim şeklinde yürütülmesi söz konusu olabilir.³⁹ Ortak girişimin birleşme veya devralma kapsamında değerlendirilebilmesi için "tam işlevli" olması gerekir. Bir ortak girişimin tam işlevli kabul edilebilmesi, şu üç koşulun bir arada gerçekleşmesine bağlıdır: Ortak girişimi kuran teşebbüslerin ortak girişim üzerinde ortak kontrole sahip olmaları, ortak girişimin bağımsız bir ekonomik varlık olarak ortaya çıkması ve uzun süreli kurulmuş olması gereklidir.⁴⁰ Tam işlevliliğin koşullarını sağlamayan ortak girişimler RK m. 4 kapsamında değerlendirileceklerinden RK m. 5 uyarınca bireysel muafiyetten veya ar-ge tebliği kapsamında iseler grup muafiyetinden yararlanabilirler.⁴¹

Ar-ge işbirliklerinin tam işlevli ortak girişim şeklinde yürütülmesi olasılığı yüksektir. Ar-ge faaliyeti yüksek yatırım maliyeti, uzun süreli ihtiyacı duyulması gibi nedenlerle teşebbüslerin öncelikle işbirliğine gitmek istedik-

1997, Resmi Gazete tarihi: 12 Ağustos 1997, Resmi Gazete sayısı: 23078)'nde öngörülen usul uyarınca yapılacaktır.

38

19. dipnot.

39

Eğer teknolojik yenilik geliştiren veya bu kapasiteye sahip teşebbüsler birleşirse veya bu tür teşebbüsler tamamen veya kısmen bu nitelikteki veya ilgili veya bağlantılı pazarlarda pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından devralınırlarsa bu haller de teknolojik gelişmeyi ve ar-ge (veya teknolojik yenilik geliştirme) alanındaki rekabeti olumsuz etkileyebilir; ancak burada teşebbüsler arasında ar-ge işbirliğinden söz edemeyeceğimiz için bu konu makede incelenmemektedir. Bu konuda yakın tarihli bir Kurul kararı bulunmaktadır: *Bayer-Pfizer* kararı (Devralma) Dosya Sayısı: 2003-1-134, Karar Sayısı: 03-78/954-395, Karar Tarihi: 11.12.2003

40

Kayar (yuk. 6. dipnot), s. 38-39. Ayrıca bkz.: *Sabancı-Du Pont* kararı (Ortak girişim) Dosya Sayısı: D3/1/Ş.Y.A.-99/6 (Ortak Girişim), Karar Sayısı: 99-51/556-349, Karar Tarihi: 09.11.1999; *Ericsson-Sony* kararı (Ortak Girişim), Dosya Sayısı: D2/1/M.B.-01/2, Karar Sayısı: 01-45/451-115, Karar Tarihi: 27.9.2001.

41

Bkz.: AT kılavuzu 75. paragraf (burada Komisyonun bireysel muafiyet tanımayacağı bir ortak girişime örnek verilmektedir.)

leri faaliyet sahalarındandır. Teşebbüslerin bu amaçla, bağımsız faaliyet yürütme olanağı tanıdıkları ve gerekli kaynakları sağlayarak üzerinde ortak kontrol kurdukları ortak girişimler yaratmalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Ortak girişim, tam işlevli kabul edilmesi durumunda RK m. 4 ve RK m. 5'ten ayrı, 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ⁴² uyarınca farklı bir inceleme usulüne tabi tutulacaktır. Bu tebliğ uyarınca, öncelikle öngörülen pazar payı ve ciro eşiklerinin aşılp aşılmadığına bakılacaktır. Tam işlevli bir ortak girişim bu eşiklerin altında kalıyorsa ortak girişime menfi tespit belgesi verilmesi istenebilir.⁴³ Eşiklerden en az birini aşan ortak girişimlerin ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurup doğurmadığına bakılacaktır. Ortak girişime taraf olan teşebbüslerin ilgili pazarda hakim duruma gelmesi veya mevcut hakim durumlarını güçlendirmesi, bu sonucun doğduğunun kabul edilmesinde etkili olacaktır. İlgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltıldığına hükmedilen ortak girişimlere izin verilmez veya belirli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla izin verilebilir.

Oluşturulan ortak girişimin yeni planlanan ar-ge faaliyetleri yürütecek ve/veya ana teşebbüslerin bağımsız ar-ge faaliyetlerini devralarak sürdüreceği olması durumunda, bu işlemin o alandaki ar-ge faaliyetlerini olumsuz etkileyip etkilemeyeceğinin de değerlendirilmesi gerekir. Henüz Kurul kararlarında bu unsurun dikkate alınmadığı görülmektedir.⁴⁴

E. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

İster önceden menfi tespit belgesi verilmiş, bireysel veya grup muafiyeti tanınmış ve hatta ister birleşme veya devralmaya önceden izin verilmiş ol-

⁴² 1997/1 sayılı, 1998/2, 1998/6 ve 2000/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (Tebliğ tarihi: 1 Ocak 1997, Resmi Gazete tarihi: 12 Ağustos 1997, Resmi Gazete sayısı: 23078); karşı. AT kılavuz, 2.1., 39. paragraf.

⁴³ Yalnız menfi tespit belgesi verilmesinden sonra dahi Kurulun görüşünden her zaman dönmesi mümkündür. Bu çerçevede bu ortak girişimin tam işlevlilik özelliğini kaybettiği saptanırsa, değerlendirme yine RK m. 4 ve 5 uyarınca yapılacaktır. Ayrıca ortak girişimin ar-ge tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağı da incelenebilecektir.

⁴⁴ Bkz.: *Sabancı-Du Pont* kararı (40. dipnot); Ericsson-Sony kararı (40. dipnot) Mamafih Ericsson-Sony kararında Kurul, ilgili ürün pazarını "oluşturulan ortak girişimin faaliyet konuları dikkate alınarak ... cep telefonu ve cep telefonu aksesuarları *geliştirme, tasarım, imalat, pazarlama ve dağıtım piyasası*" olarak belirlemiştir. Yalnız kararın devamında "geliştirme ve tasarım piyasası"nın ayrı bir piyasa olarak ele alınmadığı görülmektedir. Bu tür ortak girişimlerde dikkate alınması gereken unsurlarla ilgili bkz.: *Odman* (3. dipnot), s. 174, 224, 373-374.

sun, Kurul her zaman RK m. 6'nın ihlâl edilip edilmediğini inceleyebilir.⁴⁵ Eğer ar-ge işbirliği tarafların birinin veya daha fazlasının hakim durumunu kötüye kullanmasına yol açıyorsa Kurul bu işbirliğini yasaklayarak gerekli önlemleri alır ve uygun cezaları verir. Dolayısıyla ilgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüslerin böyle bir suçlamayla karşılaşmamaları için diğer teşebbüslerle giriştikleri ar-ge işbirliklerinde son derece dikkatli olmaları gerekir. Hakim durumdaki teşebbüslerin ilgili pazarda rakip teknoloji geliştirebilecek teşebbüslerle ar-ge işbirliğine girişmeleri, Kurul açısından dikkatle izlenmesi gereken bir olgudur. Zira böyle bir durumda RK m. 6 (2) (e)'de belirtilen "*tüketicinin zararına olarak ... teknik gelişmenin kısıtlanması*" olasılığı doğmaktadır. Böyle durumlarda hakim durumdaki teşebbüsün işbirliğine giriştiği teşebbüsün o ar-ge alanında ciddi bir teknolojik yenilik geliştirmek üzere olup olmadığı, ar-ge'nin hangi aşamaya ulaştığı ve işbirliği sonucu elde edilen ar-ge'nin kullanılıp kullanılmadığı üzerinde durulması gereken meselelerdir.

III. AR-GE TEBLİĞİ

Teşebbüsler, ar-ge tebliğinde öngörülen koşulları sağlamaları halinde Kurula bildirimde bulunmaya gerek duymadan ar-ge anlaşmalarını uygulabilirler. Ar-ge tebliği, ar-ge tüzüğü esas alınarak oluşturulmuştur ve grup muafiyetlerine ilişkin yeni anlayışı yansıtmaktadır.⁴⁶ Bu anlayışın temeli, "*teşebbüsler arası anlaşmaların ilgili pazarda yaratacağı iktisadi etkilerin değerlendirilmesine öncelik ve ağırlık verilmesi*"dir.⁴⁷ Bu çerçevede, sadece "*rekabet hukuku bakımından makul görülemeyecek sınırlamalar belirlenerek işbirliğine yönelik diğer düzenlemelerde teşebbüslere serbestlik tanınması*" tercih edilmiştir.⁴⁸ Teşebbüsleri yanlış yönlendirebilecek ve anlaşmalara gereksiz hükümlerin konulmasına yol açacak "izin verilen hükümlere (beyaz liste)" yer verilmesinden kaçınılmıştır. Sadece grup muafiyetinden yararlanabilmek için gerekli ön koşullar ve yasak hükümler (kara liste) düzenlenmiştir. Ar-ge tebliğinde, bu değişiklik sayesinde, teşebbüslerin -beyaz listedeki hükümleri muafiyetten yararlanabilmeleri için anlaşmalarında bulunması gerekli unsurlar zannederek- gereksiz yere bu tür yükümlülük-

45 Bkz.: Ar-ge tebliği m. 10, ar-ge tüzüğü başlangıç 22. paragraf, AT kılavuzu 16. paragraf.

46 17. dipnot.

47 Ar-ge tebliği başlangıç 9. paragraf.

48 İbid.

lere yer vermelerinin kısmen önlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.⁴⁹ Bu durumda, ar-ge anlaşmaları açısından “izin verilen rekabeti kısıtlayıcı hükümler” kategorisinden bahsetmek mümkün değildir. Ar-ge anlaşmalarında yer alan ve ar-ge tebliğinin açıkça yasaklamadığı rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin anlaşmayı ar-ge tebliği kapsamı dışına çıkarıp çıkarmadığını teşebbüslerin kendi başlarına değerlendirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bir ar-ge anlaşmasının taraflarının anlaşmanın grup muafiyeti kapsamına girdiğini düşünerek Kurula bildirimde bulunmamış olmaları Kurul tarafından geçerli bir mazeret kabul edilmeyeceğinden durumlarından emin olmayan teşebbüslerin menfi tespit/muafiyet bildirimini yapmalarında yarar vardır.

Aşağıda ar-ge tebliğinin hükümlerini sistematik bir şekilde ve ar-ge tüzüğüne ilişkin hükümleri ışığında ele alacağız.

A. Amaç

Ar-ge tebliğinin başlangıcındaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Kurul teşebbüsler arasındaki ar-ge anlaşmalarının yararlarını dikkate alarak bu anlaşmalardaki rekabet sınırlamalarını hoşgörme eğilimindedir.⁵⁰ Yalnız öyle bazı sınırlamalar vardır ki bunlara izin verilmesi mümkün değildir. İşte Kurul, ar-ge tebliğinde bu sınırlamaları saptamaktadır ve ayrıca teşebbüslerin muafiyetten yararlanabilmeleri için sahip olabilecekleri azamî pazar payını⁵¹ ve yerine getirmeleri gereken diğer koşulları belirlemektedir. Dolayısıyla ar-ge tebliğinin amacı, teşebbüslerin grup muafiyetinden yararlanabilmeleri için hangi koşulların sağlanması gerektiğini saptamak ve Kurulun ar-ge anlaşmalarına yaklaşımı konusunda yol göstermektir.

B. Tanımlar

Ar-ge tebliğinde kullanılan tanımların açıklanmasından önce ar-ge tebliğinin kapsamı düzenlenmiş ise de, kapsamı belirlerken kullanılan kavramların anlaşılabilmesi için önce tanımları irdelemek uygun olacaktır. Bu tanımların bir kısmı ar-ge anlaşmalarına özgüdür, diğer bir kısmı ise genel niteliktedir. Önce ar-ge anlaşmalarına özgü tanımları inceleyeceğiz:

Ar-ge tebliğinin başlangıcında, sınai uygulamayı kapsamayan ve yalnızca ar-ge alanında işbirliği öngören anlaşmalarla, ar-ge sonuçlarının kullanı-

49 Ibid.

50 Ar-ge tebliğ başlangıç 1. paragraf.

51 Belirli bir pazar payının altında kalan teşebbüslere grup muafiyetinden yararlanma olanağı tanınması, özellikle ar-ge'ye odaklanan küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin kaynaklarını birleştirerek işbirliğine girişmesinin yararlı olacağına ilişkin genel kabul gören yaklaşımla da uyumludur. (Karş., AT kılavuzu 41. paragraf).

mını da kapsayan anlaşmalar arasında açıkça bir ayırım yapabilmek amacıyla "araştırma ve geliştirme (ar-ge)" ile "sonuçların kullanımı" kavramlarının tanımlandığından bahsedilmektedir: Ar-ge tebliği m. 3 (b)'deki tanım uyarınca, ar-ge;

“teknik bilgilerin elde edilmesine, ürün veya üretim süreçlerinin testlere tabi tutulmasına, teorik analizlerin ve gözlemlerin yapılmasına, deneysel üretim de dahil olmak üzere deneylerin gerçekleştirilmesine, bu hususlar için gerekli tesislerin kurulmasına⁵² ve sonuçlarla ilgili fikrî hakların elde edilmesine yönelik süreci”

ifade eder.⁵³

Diğer yandan ar-ge tebliği kapsamında “sonuçların kullanımı”, ar-ge tebliği m. 3 (h)'de tanımlandığı şekliyle,

“anlaşma konusu ürünlerin üretimini veya üretimi ve dağıtımını ve/veya anlaşma konusu üretim tekniklerinin uygulanmasını ya da bu tür bir üretim veya uygulamanın üçüncü kişilerce gerçekleştirilebilmesini sağlamak amacıyla fikrî hakların söz

⁵² Ar-ge tebliğinin başlangıcının 4üncü paragrafında, ar-ge sürecinin hangi aşamasına kadar ar-ge'den, hangi aşamasından itibaren sonuçların kullanımından bahsedilebileceği açıklanmıştır. Buna göre, “AR-GE programının gelişimini tespit edebilmek amacıyla yapılan üretimler ve uygulamalar, bu tür uygulamalar sonucunda ortaya çıkan ürünler pazara sunulmadığı sürece, sonuçların kullanımı olarak değerlendirilemez. 'Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması' eki 'Sübvansiyonlar ve Telafi Edici Tedbirler Anlaşması'nda yer alan 'sınai araştırma' ve 'rekabet öncesi sınai geliştirme faaliyeti' kavramları bu Ar-ge tebliği anlamında sonuçların kullanımını içermediğinden, ar-ge tanımı kapsamında ele alınmaktadır.” Dolayısıyla sınai üretim aşamasına geçilene kadar yürütülen faaliyetler sonuçların kullanımı değil, ar-ge kabul edilecektir. Bu saptama önemlidir. Zira sonuçların ortak kullanımını içeren anlaşmalara uygulanan muafiyet süresi, sadece ortak ar-ge faaliyetine yönelik anlaşmalara uygulanan süreden farklıdır (bkz. ar-ge tebliği m. 4).

⁵³ Tanımdan da anlaşılacağı üzere ar-ge tebliği kapsamına giren ar-ge, yukarıda *Frascati Kılavuzu*'nda tanımlandığı belirtilen ar-ge faaliyetlerinden sadece deneysel geliştirme faaliyetlerini içermektedir. Yani ar-ge'nin sonucunda ticari amaçla kullanılacak yeni veya gelişmiş bir ürün veya üretim tekniğine ulaşılması hedeflenmelidir. *Frascati Kılavuzu*'nda tanımlandığı şekliyle temel araştırma faaliyetleri ve uygulama faaliyetleri niteliğindeki ar-ge faaliyetleri tamamıyla bu tanımın dışındadır ve rekabet hukukunun kapsamına girmez (2. dipnot).

*konusu üçüncü kişilere devredilmesini ve/veya yine aynı amaçla know-how'ın aktarılmasını*⁵⁴”

nı kapsar.

Ar-ge tebliğinde, “ar-ge” ve “sonuçların kullanımı” tanımlanmışken bu faaliyetlerin “ortak” yürütülmesinden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Halbuki ar-ge tüzüğünde, ar-ge faaliyetlerinin veya sonuçların kullanımının “ortak” gerçekleştirilmesinin, bu faaliyetlerin ortak bir takım, örgüt veya teşebbüs tarafından yürütülmesini, ortaklaşa bir üçüncü kişiye tevdi edilmesini veya araştırma, geliştirme, üretim veya dağıtımda uzmanlaşma yoluyla taraflar arasında tahsisini kapsayacağı öngörülmüştür.⁵⁵ Kanımca ar-ge tebliğinde de ar-ge tüzüğüne paralel açıklayıcı bir hükme yer verilmesi uygun olurdu.

Diğer yandan, “ar-ge” ve “sonuçların kullanımı” kavramları tanımlanırken kullanılan “teknik bilgi”, “anlaşma konusu ürünler” ve “fikirî haklar” terimleri ar-ge tebliğinde açıklanmıştır:

Ar-ge tebliğinin ilgili hükümleri uyarınca “teknik bilgi”, “*know-how* ya da fikirî haklarla korunan bilgiyi”⁵⁶, fikirî haklar, “sınai hakları, eser sahibinin haklarını ve komşu hakları”⁵⁷, “anlaşma konusu ürünler” ise “AR-GE' nin konusu olan ya da AR-GE' nin sonucunda ortaya çıkan mal ve/veya hizmetleri ya da anlaşma konusu üretim teknikleri”⁵⁸ ile sağlanan veya üretilen

54 Know-how veya fikri mülkiyet hakları üzerindeki tüm haklar üçüncü kişilere devredilebileceği gibi, bu haklar üzerinde münhasır veya münhasır olmayan kullanım hakkı (lisans) da tanınabilir. Bunlar devredilerek üçüncü kişilere aktarıldığı zaman tarafların söz konusu sonuçlar üzerinde hiçbir tasarruf hakkı kalmayacaktır; bu halde ortak kullanımdan da bahsedilemez. Bu nedenle ar-ge tebliğinde kullanılan “know-how veya fikri mülkiyet haklarının aktarılması”ndan bu sonuçların devri değil, kullandırılması anlaşılmalıdır. Bu çerçevede fikri mülkiyet haklarının tahsisinden (*assignment*), bunlar üzerinde lisans hakkı tanınmasından veya know-how'ın üçüncü kişilere iletilmesinden bahseden ar-ge tüzüğü m. 2 (8) hükümlü yol göstericidir. Ar-ge tüzüğünde know-how'ın kullandırılmasının lisans verme şeklinde ifade edilmediği görülmektedir; ancak know-how'ın iletilmesinden anlaşılması gereken, tarafların yararlanma hakkını saklı tuttuğu aktarımlardır. Ar-ge tebliğindeki yanıtıcı ifadenin düzeltilerek mehzaz metnin esas alınması uygun olur.

55 Ar-ge tüzüğü m. 2 (11).

56 Ar-ge tebliği m. 3 (f).

57 Ar-ge tebliği m. 3 (g). Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda kullanılan “komşu haklar” terimi değiştirilerek “bağlantılı haklar” terimi kabul edilmiştir. Ar-ge tebliğindeki tanımın buna uygun şekilde değiştirilmesi yerinde olur.

58 Anlaşma konusu ürünler tanımlanırken kullanılan “anlaşma konusu üretim teknikleri” kavramı da ar-ge tebliği m. 3 (c)'de, “AR-GE' nin konusu olan ya da AR-GE' nin sonucunda ortaya çıkan üretim süreçleri ve/veya teknolojiler” şeklinde açıklanmıştır.

mal ve/veya hizmetleri"⁵⁹ ifade eder. Ar-ge tebliğinde "teknik bilgi" kavramı açıklanırken know-how terimi kullanılmasına rağmen, know-how'ın tanımına yer verilmemiştir.⁶⁰ 2002/2 sayılı dikey antlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliğinde know-how'ın tanımlandığı dikkate alınarak buradaki tanımın ar-ge tebliği için de geçerli olacağı düşünülebilir.⁶¹ Ayrıca ar-ge tüzüğünde, ar-ge tebliğinden farklı olarak, "anlaşma konusu ürünler"den önce "ürün" kavramı tanımlanmıştır. İlgili hüküm uyarınca "ürün", "ara mal ve/veya nihai mal ve hizmetleri içerecek şekilde bir mal ve/veya hizmet"i kapsar.⁶² Ar-ge tebliği metni içerisinde "mal veya hizmet" tanımını yerine sadece "ürün" terimini kullanma olanağını sağlayacağı için paralel bir hükme ar-ge tebliğinde de yer verilmesi uygun olurdu. Ayrıca ar-ge tebliği m. 5, f. 3'te anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin ilgili pazardaki paylarının hesaplanmasında "hammadde"⁶³ veya ara malı niteliğindeki anlaşma konusu ürünler'in hesaplamada dikkate alınacağı belirtildiğinden, "ürün" kavramının önceden - ar-ge tüzüğüne paralel şekilde- tanımlanması gereği bir kere daha ortaya çıkmaktadır.

Genel nitelikteki tanımlar kapsamında "kanun", "taraf" ve "ilgili pazar" yer almaktadır. Ar-ge tebliği m. 3 (a) uyarınca "kanun", "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u", m. 3 (e) uyarınca "taraf", "anlaşmaya taraf olan teşebbüs veya teşebbüsleri", "ilgili pazar", "ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazardan oluşan pazarı" ifade eder.

Kanımcı "taraf" kavramına ilişkin tanım yetersizdir. Ar-ge tüzüğünde "taraf" tanımı ayrıntılı bir şekilde yapılmıştır. "Taraf"ın ar-ge anlaşmasına taraf olan teşebbüslerle bunların bağlı teşebbüslerini kapsadığı belirtilmiştir.⁶⁴ Ar-ge tüzüğü uyarınca "bağlı teşebbüs"; ar-ge anlaşmasına taraf olan bir teşebbüsün doğrudan veya dolaylı şekilde (i) oy haklarının yarısından fazlasını kullanma (ii) veya denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüs hukukun temsil yetkili organlarının yarısından fazlasını atama (iii) veya

59 Ar-ge tebliği m. 3 (d).

60 Karş.: Ar-ge tüzüğü m. 2 (10).

61 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu tebliğ ile değişik 2002/2 sayılı dikey antlaşmalara ilişkin grup muafiyeti tebliği (Tebliğ tarihi: 30 Mayıs 2002, Resmi Gazete tarihi: 27 Ağustos 2003, Resmi Gazete sayısı: 25212), m. 3 (f).

62 Ar-ge tüzüğü m. 2 (5).

63 Kanımcı anlaşma konusu ürünlerin ancak ar-ge sonucu elde edilen teknolojinin uygulanması ile üretilebileceği, yani her halde bir işlemde geçmeleri gereği dikkate alındığında, "hammadde" niteliği taşımaları mümkün değildir. Ar-ge tebliğinin ilgili hükmündeki ifade bu açıdan hatalıdır.

64 Ar-ge tüzüğü m. 2 (2).

teşebbüsün faaliyetlerini yönetme yetkisine sahip olduğu teşebbüslerdir. Ayrıca ar-ge anlaşmasına taraf olan bir teşebbüs üzerinde doğrudan veya dolaylı şekilde yukarıda (i), (ii) ve (iii)'de belirtilen yetkilere sahip olan teşebbüsler, bu teşebbüsler üzerinde doğrudan veya dolaylı şekilde yukarıda (i), (ii) ve (iii)'de belirtilen yetkilere sahip olan teşebbüsler, ar-ge anlaşmasına taraf olan bir teşebbüsün yukarıda tanımlanan diğer bağlı teşebbüslerin bir veya daha fazlasıyla veya bu diğer bağlı teşebbüslerin iki veya daha fazlasının birlikte, üzerinde doğrudan veya dolaylı şekilde yukarıda (i), (ii) ve (iii)'de belirtilen yetkilere sahip olduğu teşebbüsler, ar-ge anlaşmasına taraf olan teşebbüslerin birlikte veya yukarıda tanımlanan diğer bağlı teşebbüslerle birlikte veya ar-ge anlaşmasına taraf olan teşebbüslerden bir veya daha fazlasının veya yukarıda tanımlanan diğer bağlı teşebbüslerden bir veya daha fazlasının üçüncü bir kişiyle birlikte, üzerinde yukarıda (i), (ii) ve (iii)'de belirtilen yetkilere sahip olduğu teşebbüsler de bağlı teşebbüs sayılır.⁶⁵ Görüldüğü üzere ar-ge tüzüğünde taraf tanımı çok geniş kapsamlı ele alınmış ve kağıt üzerinde anlaşmaya taraf olarak görünmemekle birlikte, ar-ge'ye bizzat taraf olan teşebbüse yukarıda sayılan ölçütler uyarınca bağlı olduğu saptanabilen teşebbüslerin de taraf sayılacağı düzenlenmiştir. Bu haliyle, bağlı teşebbüsleri ar-ge tebliğindeki "taraf" tanımı kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Ar-ge tebliğinde bu yolda bir düzenlemenin yapılmamış olması ciddi bir eksikliktir ve bu eksikliğin en kısa sürede giderilmesi gerekir.

Ar-ge tebliğindeki "ilgili pazar" tanımı da ar-ge tüzüğündekinden farklıdır. Ar-ge tüzüğünde "ilgili pazar", "anlaşma konusu ürünlerin ait olduğu ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazar" şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁶ Ar-ge tebliğinde "ürün"ün ayrıca tanımının yapılmadığı da göz önüne alındığında, "ürün" kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmesi açısından, "anlaşma konusu ürünlerin ait olduğu" ifadesine ar-ge tebliğindeki tanımda da yer verilmesi uygun olurdu.

Ayrıca, ar-ge sahasında "rakip" kavramının özellik arzettiği göz önünde bulundurulduğunda, ar-ge tebliğinde "rakip teşebbüs"ün tanımının yer almaması da bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Rakip teşebbüs, ar-ge tüzüğünde "anlaşma konusu ürün tarafından geliştirilmeye veya ikame edilmeye müsait bir ürünü tedarik eden (fiili rakip) veya böyle bir ürünün fiyatındaki az ve sürekli bir artış durumunda bu ürünün tedariki için gerekli ek yatırımı veya diğer (teknolojiye) geçiş masraflarını yüklenebileceği makûl

65 Ar-ge tüzüğü m. 2 (3).

66 Ar-ge tüzüğü m. 2 (13).

olarak öngörülebilir (potansiyel rakip) teşebbüs” şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁷ Benzer bir tanıma ar-ge tebliğinde de yer verilmesi uygun olurdu.

C. Kapsam

Ar-ge tebliği kapsamındaki anlaşmalar üçe ayrılmaktadır: İlk grup anlaşmalar, hem ortak ar-ge hem de sonuçların ortak kullanımını öngören anlaşmalardır. İkinci grup anlaşmalar sadece ortak ar-ge'ye yöneliktir. Üçüncü grup anlaşmalar ise önceden yürütülmüş olan ar-ge işbirliğinin sonuçlarının ortak kullanımına ilişkindir.⁶⁸ Ar-ge tebliği m. 9 uyarınca, bu nitelikteki uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları da –uygun olduğu ölçüde (*mutatis mutandis*)- tebliğ kapsamındadır.

Sadece ortak ar-ge'ye yönelik, sınai uygulamayı kapsamayan anlaşmaların genellikle rekabet hukukuna aykırılık teşkil etmeyeceği hem Türk hem AT rekabet hukukunda kabul edilmiştir. Buna rağmen bu tür anlaşmaların muafiyet kapsamında değerlendirilecek anlaşmalar arasında sayılmasının nedeni ar-ge tüzüğünde şu şekilde açıklanmıştır: “*Tarafların aynı alanda başkaca ar-ge yürütmemeyi kararlaştırmaları ve böylece rekabet avantajı elde etme fırsatını tepmeleri gibi bazı hallerde bu tür anlaşmalar da ATA 81 (1)'in kapsamına girebilir ve bu nedenle ar-ge tüzüğüne kapsamına dahil edilmeleri gerekir.*”⁶⁹ Ar-ge tebliğinde bu yolda herhangi bir açıklama yer almamaktadır; ancak aynı gerekçe ile bu tür anlaşmaların da ar-ge tebliğinin kapsamına dahil edildiğini kabul etmek mümkündür.

Ar-ge tebliği m. 2 (2), rekabet hukuku uygulamamız açısından özel önemi haiz bir kurala yer vermektedir. Bir anlaşmanın ar-ge tebliği kapsamında değerlendirilebilmesi için, ortak ar-ge'nin anlaşmanın esas konusunu teşkil etmesi gerekir. Bu hüküm uyarınca, “*ortak üretim, yeniden satış, fikri hakların devri gibi başkaca bir temel amacı bulunan ve ortak Ar-Ge'ye ilişkin yalnızca tali hükümler içeren anlaşmalar bu Ar-ge tebliği ile düzenlenen muafiyet kapsamı dışındadır.*” Borçlar Hukuku kavramlarıyla ifade edilecek olursa, ortak ar-ge faaliyetinin yürütülmesi, ilgili anlaşmada tarafların asli borcunu oluşturmaldır. Böylece Kurulun ar-ge işbirliklerine hoşgörülü yaklaşımının teşebbüslerce kötüye kullanımı önlenmek istenmiştir. Sadece göstermelik şekilde ortak ar-ge içeren ve gerçek amacı danışıklılık olan anlaş-

⁶⁷ Ar-ge tüzüğü m. 2 (12).

⁶⁸ Bu halde ortak kullanılan sonuçların, aynı taraflar arasında önceden ortaklaşa yürütülmüş bulunan bir ar-ge faaliyetine ait olması gerekir.

⁶⁹ Bkz.: ar-ge tüzüğü başlangıç 3. paragraf, ayrıca karş.: AT kılavuzu 55. paragraf.

malar veya ortak ar-ge'nin sadece yan borç niteliğinde öngörüldüğü anlaşmalar ar-ge tebliğinin sağladığı muafiyetten yararlanamayacaktır.⁷⁰

Ar-ge tüzüğünde ar-ge anlaşmalarındaki tamamlayıcı kısıtlamaların (*ancillary restraints*) âkıbetini düzenleyen önemli bir hükme ar-ge tebliğinde yer verilmemiştir. Ar-ge tüzüğü m.1 (2) f.1 uyarınca, bu anlaşmaların öncelikli amacını teşkil etmemekle birlikte, uygulanmaları için gerekli ve doğrudan bağlantılı oldukları anlaşma hükümleri de muafiyetten yararlanır. Örneğin anlaşma süresince anlaşmanın ilgili olduğu alanda tarafların bağımsız veya bir üçüncü kişiyle ar-ge yürütmemesini öngören hükümler, yani "rekabet etmeme yükümlülüğü" içeren hükümler bu niteliktedir. Kanımca böyle bir hükme ar-ge tebliğinde yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Yukarıda bahsedildiği üzere yeni blok muafiyet (grup muafiyeti) sisteminde izin verilen hükümler (beyaz liste) öngörülmemektedir. Dolayısıyla açıkça yasaklanan hükümler dışında kalan rekabeti kısıtlayıcı hükümlerin yorumlanmasına ilişkin temel ölçütlere gerek vardır. İşte tüzük, m. 1 (2) f.1 hükmü, ar-ge anlaşmaları için bu önemli boşluğu doldurmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında hükmün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla kara listede yer alan kısıtlamalarla aynı amaca sahip kısıtlamaların muafiyetten yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu ar-ge tüzüğü hükmünün aynen ar-ge tebliğine alınması uygun olurdu. Hatta aynı hüküm içerisinde muafiyetin geri alınmasına ilişkin ar-ge tebliği m. 7'ye atıf yapılarak bu tür kısıtlamalar için tam ve açık bir rejim getirilebilirdi.

Son olarak, ar-ge tüzüğünde, sıralanan ar-ge anlaşması türlerinin "rekabeti kısıtlayıcı hükümler içerdikleri ölçüde" ar-ge tüzüğü kapsamında değerlendirilecekleri düzenlenmiştir.⁷¹ Halbuki ar-ge tebliğinde söz konusu anlaşmaların "rekabeti sınırlayıcı nitelikte" olanlarının ar-ge tebliği kapsamında yer alacağından bahsedilmektedir.⁷² Kanımca ar-ge tüzüğündeki ifade tercih edilmeliydi. Blok (grup) muafiyetinin temel anlayışı, kısıtlayıcı anlaşma hükümlerinin önceden saptanan hükümler arasında yer alıp almadığının belirlenmesi üzerine kurulmuştur. Halbuki örneğin ABD antitröst hukukunda haklı sebep kuralı (*rule of reason*) uyarınca, öncelikle anlaşmanın

⁷⁰ Bu konuda ar-ge tebliğinin başlangıcında, 6. paragrafta şu açıklamaya yer verilmektedir. "Taraflar arasındaki işbirliğinin AR-GE' ye yönelik yapılan anlaşmanın kapsamı dışına çıkması ihtimali dikkate alındığında, söz konusu anlaşmanın amaçlarının ve araştırma-geliştirme çalışmalarının gerçekleştirileceği alanın net bir şekilde tanımlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anlaşmanın kapsamının, amaçlarının ve çalışma alanlarının belirsiz olması halinde, söz konusu anlaşma grup muafiyeti dışına çıkacaktır."

⁷¹ Ar-ge tüzüğü, m. 1 (1) f. 2.

⁷² Ar-ge tebliğ, m. 2 (1).

hükümlerinin münferiden ele alınması yerine bir bütün olarak pazardaki etkisinin değerlendirilmesi yoluna gidilir. Ar-ge tebliğindeki ifade ABD antitröst hukukundaki bu yaklaşımı çağrıştırmaktadır ve kendi sistematığıne aykırıdır.

D. Yararlanmanın Ön Koşulları

Ar-ge işbirliğine girişen teşebbüslerin ar-ge tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilmeleri, bazı ön koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır.⁷³ Bu ön koşullar, pazar payı ölçütleri ve tarafların anlaşma kapsamında sağlamaları gereken koşullar olmak üzere ikiye ayrılabilir. Ar-ge tüzüğünde iki ayrı maddede düzenlenen pazar payı ölçütü ve muafiyet için sağlanması gerekli koşullar, ar-ge tebliğinde tek bir madde içerisinde düzenlenmiştir. Kanımca bu düzenleme yerinde değildir. Ar-ge tebliği m. 5'in ilk cümlesinde muafiyetten aşağıdaki koşulların sağlanması durumunda yararlanılacağından bahsedilmektedir. Halbuki azamî pazar payı, tek başlarına teşebbüslerin anlaşma çerçevesinde sağlayabilecekleri, gerçekleştirilmesi onların ihtiyarında olan bir koşul değildir. Bu nedenle madde başlığındaki "ön koşullar" ifadesi, sadece son beş koşul için kullanılmalıydı. Ayrıca sağlanması gereken başkaca koşullar olduğu izlenimini doğuran "ön koşul" tanımının kullanılması yerine sadece "koşul" denilmesi yeterli olurdu.

1. Pazar Payı Ölçütü

Ar-ge tebliğinde pazar payının ölçü alındığı iki farklı ön koşul sayılmaktadır. İlk ön koşul, anlaşmanın taraflarından en az ikisinin ilgili pazarda rakip olması⁷⁴ durumunda uygulanır.⁷⁵ Ar-ge anlaşmaları, tarafların ortak amaca yönelmeleri itibarıyla Borçlar Kanunu'nda öngörülen "adi şirket sözleşmesi" kapsamında değerlendirilebilir.⁷⁶ Dolayısıyla burada karşılıklı *iki* taraftan değil, ortak amaca yönelen *birden fazla* taraftan söz edilebilir. İşte bu tarafların en az ikisinin pazarda rakip olması, ilk ön koşulun uygulanmasını gerektirir. Anlaşmanın diğer taraflarının bu taraflara veya birbirlerine rakip olması, koşulun uygulanmasını engellemez. Diğer yandan, anlaşmanın tarafları rakip olsa dahi, eğer anlaşma sonuçların ortak kullanımını içermiyorsa bu ön koşul uygulanmaz. Bu durumda, sonuçların ortak kullanımını öngören ve tarafların en az ikisinin ilgili pazarda rakip olduğu anlaşmaların grup muafi-

⁷³ Ar-ge tebliğ, m. 5.

⁷⁴ Ar-ge tebliğindeki "rakip teşebbüs" tanımının yapılmamış bulunmasına ilişkin eleştiri ve ar-ge tüzüğündeki tanım için bkz.: yuk. III (B)-Tanımlar, sonuncu paragraf.

⁷⁵ Ar-ge tebliği, m. 5 (1) (a).

⁷⁶ Borçlar Kanunu, m. 520-540.

yetinden yararlanabilmesi için tüm tarafların ilgili pazardaki toplam payının en fazla % 40 olması gerekir. Rakip olmayan tarafların ilgili pazarda payları bulunamayacağından sadece rakip tarafların pazar payları toplanarak toplam pazar payı hesaplanır.

Bu oran ar-ge tüzüğünde % 25'tir ve rakip teşebbüsler açısından, ar-ge anlaşması sonuçların ortak kullanımını içermese dahi uygulanır.⁷⁷ Ayrıca, anlaşma yapıldığı sırada % 25'in altında olan pazar payı, % 30'un altında kalmak koşuluyla % 25 sınırını aşarsa, sınırın aşılmasını takip eden iki yıl boyunca muafiyet devam eder.⁷⁸ Eğer sonradan % 30 pazar payı aşılsa, % 30'un aşılmasını takip eden bir yıl boyunca muafiyet devam eder.⁷⁹ Yalnız, bu iki olanak, iki yıllık süre aşılacak şekilde birleştirilemez.⁸⁰ Ar-ge tebliğinde ise böyle kademeli bir düzenleme yerine daha yüksek bir pazar payı, ancak daha kısa ve kesin bir süre öngörülmüştür.⁸¹ Kanımca, ar-ge tebliği, ar-ge tüzüğüne nazaran daha açık bir düzenleme getirmiştir. Pazar payının ar-ge tüzüğündekinden yüksek öngörülmüş olmasını sakıncalı bulmuyorum; zira ar-ge işbirliğine girecek rakip teşebbüslerin yüklenecekleri yatırımın boyutları düşünüldüğünde ilgili pazarda hatırı sayılır bir paya sahip olmaları pekala makûldür. Ar-ge tebliğinde bu ölçütün rakip teşebbüslere uygulanabilmesinin sonuçların ortak kullanımını koşuluna bağlı tutulması muhtemelen üçlü pazar ayırımına gidilmemiş olmasındandır.⁸² Ar-ge kılavuzunda da belirtildiği üzere sonuçların ortak kullanımını içermeyen "saf" ar-ge anlaşmaları, esas itibarıyla mevcut ürünler ve ilgili teknoloji pazarlarında rekabete aykırı etki doğurmazlar; ancak muhtemelen ilgili sektörde, ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetlerindeki rekabeti olumsuz etkileyebilirler. Muhtemelen ar-ge tebliğinde bu üçlü pazar ayırımına yer verilmediğinden ve ar-

77 Ar-ge tüzüğü m. 4 (2). AT kılavuzunda, bir ar-ge anlaşmasının pazar gücü doğurduğu ve dolayısıyla ATA m. 81 (1) kapsamına girdiği sonucuna varılmasını gerektiren kesin bir pazar payı eşiği bulunmadığı saptanmıştır; ancak ar-ge tüzüğünde % 25'lik bir eşik öngörülmesinin gerekçesi belirtilmemiştir. (AT kılavuzu 62. paragraf)

78 Ar-ge tüzüğü m. 6 (2).

79 Ar-ge tüzüğü m. 6 (3).

80 Ar-ge tüzüğü m. 6 (4).

81 Ar-ge tebliği m. 5 (2): "Birinci fıkranın (a) ve (b) bendlerine mahsus olmak üzere, anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla, tarafların ilgili pazardaki toplam pazar paylarının bu bendlerde yer alan eşiklerin üstünde olması halinde grup muafiyetinden yararlanılamaz. Anlaşmanın yapıldığı tarih itibarıyla grup muafiyeti kapsamına giren ancak araştırma programı devam ederken söz konusu eşikleri aşan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar da, bu eşiklerin aşıldığı yılı takip eden yılın bitiminden itibaren bu Ar-ge tebliği kapsamı dışına çıkar."

82 Bkz.: yuk. II (B) (2) altındaki açıklamalar.

ge faaliyetlerindeki rekabet açısından pazar payı ölçütü uygulanamayacağından, "saf" ar-ge anlaşmaları doğrudan bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur.

Ar-ge tebliğinde pazar payının ölçü alındığı ikinci ön koşul, ar-ge sonucu elde edilen teknolojinin kullanıldığı ürünlerin dağıtım aşamasını da düzenleyen ar-ge anlaşmaları için getirilmiştir. Anlaşmada dağıtım hakkı, sadece taraflardan birine, taraflarca kontrol edilen bir teşebbüse veya taraflarca birlikte tayin edilen üçüncü bir teşebbüse verilmiş olabilir. Bu durumda grup muafiyetinden yararlanabilmek için tarafların tümünün ilgili pazardaki toplam pazar payları % 20'yi aşmamalıdır. Bu ön koşula ilişkin bir takım meselelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Madde metninden, koşulun uygulanacağı tarafların rakip olup olmamalarına göre bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Taraflar ilgili ürün pazarı veya coğrafi pazarda rakip değil iseler ilgili pazardaki toplam pazar paylarından bahsetmek zaten mümkün değildir. Acaba Kurul bu ar-ge tebliğini hazırlarken ilk ön koşul için olduğu gibi rakip teşebbüsleri mi göz önünde bulundurmıştır? Toplam pazar payından bahsedilmesi bu olasılığı akla getirmektedir. Bu durumda ikinci ön koşul açısından da anlaşmanın taraflarından en az ikisinin rakip olduğu hallerde % 20'lik ölçütün uygulanacağını açıkça belirtilmesi gerekirdi. Diğer yandan, sonuçların ortak kullanımını kapsamındaki faaliyetlerden sadece ortak dağıtıma özgü bir düzenleme yapılmış olması da yadırganacak bir husustur. Ar-ge tebliğinin başlangıcında veya diğer herhangi bir hükmünde böyle bir düzenlemenin makul gerekçesine ilişkin bir açıklama da yer almamaktadır. Ar-ge tüzüğünde böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Sadece rakip ve rakip olmayan teşebbüs ayırımı yapılarak rakip teşebbüsler açısından toplam pazar payı ölçütü getirilmiştir. Sonuçların ortak kullanımını içeren anlaşmalar için ise teşebbüslerin rakip olup olmamalarına bakmaksızın muafiyetin anlaşma konusu ürünlerin pazara ilk sürüldükleri tarihten itibaren yedi yıl süreyle devam edeceği öngörülmüştür. Kanımca ar-ge tüzüğündeki bu düzenleme makul ve tutarlıdır ve ar-ge tebliğinde de bu yolda düzenleme yapılması uygun olurdu. Eğer ar-ge tebliğinde rakip olmayan teşebbüsler açısından ortak dağıtımın öngörüldüğü ar-ge anlaşmalarına ilişkin bir pazar payı ölçütü getirilmek isteniyor idiyse bu ölçütün tarafların faaliyet gösterdikleri pazarda münferiden sahip olmaları gereken azamî pazar payı şeklinde belirlenmesi gerekirdi.⁸³

Pazar payının saptanması açısından ar-ge tebliğinde ilgili pazarın ar-ge odaklı şekilde tanımlanmamış olması da giderilmesi gereken bir eksikliktir.

⁸³ Örneğin karşılaştığımız tek.transfer blok muafiyet ar-ge ar-ge tüzüğü.

Tebliğ, m. 3 (i)'de ilgili pazarın, "ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazardan oluşan pazar" şeklinde tanımlanması ile yetinilmiştir. Halbuki ar-ge tüzüğünde pazar payı eşiği belirtilirken yapılan tanım, "sözleşme konusu ürünlerin mükemmelleştirebileceği veya ikame edebileceği ürünlerin pazarı" şeklindedir.⁸⁴ Ar-ge anlaşmalarının konusunu oluşturan ürünlerin pazarı henüz oluşmamış olabilir. Özellikle tamamıyla yeni geliştirilen ürünlerde durum böyledir. AT kılavuzunda, mevcut ürünlerin pazarı, teknoloji pazarı ve ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetlerindeki rekabet şeklinde üçlü bir ayırıma gidilmiştir.⁸⁵ Bu çerçevede ar-ge tüzüğündeki tanım dahi yetersiz olmakla birlikte gerekli açıklamalar AT kılavuzunda verilmiştir.⁸⁶ Bizde AT kılavuzuna benzer bir düzenleme olmadığından bu ayırımı ortaya kayan bir tanıma ve gerekli açıklamalara ar-ge tebliğinde yer verilmesi gerekirdi. Mevcut halde pazar payı ölçütüne uyup uymadıklarını saptamak isteyen teşebbüsler ve koşulu uygulamakla yükümlü merciler açısından en zorlu mesele % 40'lık ve % 20'lik eşikleri saptayacakları ilgili pazarın sınırlarını çizmektir. Özellikle henüz ilgili ürün pazarının oluşmadığı durumlarda, ar-ge'de birbirilerine rakip olabilecek kaynaklara ve/veya devam eden ar-ge programlarına sahip teşebbüslerin Kurula başvuruda bulunarak menfi tespit veya bireysel muafiyet talebinde bulunmaları uygun olur. Tabii eğer ar-ge anlaşması sonuçların ortak kullanımını içermiyorsa pazar payı ön koşulu öngörülmediğinden böyle bir başvuruya gerek yoktur; anlaşmada kara listedeki koşullara yer verilmemesi yeterlidir.

Pazar payının hesaplanmasında anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin bağlı teşebbüslerinin saptanması da önemlidir. Ar-ge tüzüğünde hangi teşebbüslerin anlaşmaya taraf olan teşebbüse "bağlı" kabul edilecekleri de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir; halbuki ar-ge tebliğinde bu konuda hiçbir açıklama yoktur. Söz konusu boşluğun ar-ge tüzüğündeki hüküm esas alınarak doldurulması uygun olur. Aksi halde pazar payının hesaplanmasında hataya düşülebilir.⁸⁷

Ar-ge tebliğinde pazar payının hesaplanmasına ilişkin getirilen tek ölçüt, anlaşma konusu ürünlerin hammadde veya aramal niteliğinde olmaları durumunda, tarafların pazar paylarının hesaplanmasında bu ürünlerin aslı unsu-

84 Tüzük, m. 4 (2).

85 Bkz.: AT kılavuzu 43. paragraf; Ayrıca yukarıda II (B) (2)'de yer alan açıklamalara bakınız. Karş. ABD Rakipler Arasındaki İşbirliklerine Dair Antitröst Kılavuzu s. 16-17 (yuk. 7. dipnot).

86 AT kılavuzu 53-54. paragraf.

87 Ar-ge tüzüğü m. 2 (3). Ayrıca yukarıda III (B)'deki açıklamalara bakınız.

runu teşkil ettiği nihai ürünün pazarındaki paylarının dikkate alınacağı yolumdaki düzenlemedir.⁸⁸ Halbuki ar-ge tüzüğünde bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır: “Pazar payı eşliğinin uygulanması” başlıklı m. 6’da pazar payının ürünün pazardaki satış değeri verilerine göre hesaplanacağı, bu veriler elde edilemezse ilgili teşebbüslerin pazar payının hesaplanmasında satış hacmi dahil diğer güvenilir pazar bilgilerine dayalı tahminlerin kullanılacağı belirtilmektedir. Aynı maddede hesaplamada önceki takvim yılına ait verilerin esas alınacağı öngörülmüş ve ar-ge tüzüğünde tanımlandığı şekliyle bağlı teşebbüslerin varlığı halinde bu teşebbüslerin pazar payının saptanmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.

2. Anlaşma Kapsamında Sağlanması Gereken Ön Koşullar

Bu koşullardan ilki ar-ge’nin kapsam ve amacının anlaşmada açıkça tanımlanmasını şart koşmaktadır. Kanımca ar-ge tüzüğünde yer verilmeyen bu koşulun ar-ge tebliğinde düzenlenmesi yerindedir. Ar-ge tebliğinin başlangıcında da özel olarak belirtildiği üzere, ar-ge’de işbirliğinin anlaşmanın asıl amacını teşkil edip etmediğinin saptanması önemli bir meseledir. Ar-ge anlaşması kisvesi altında teşebbüslerin danışıklılığa girip girmediğini belirlemek için ilkin ar-ge anlaşmasının amaç ve kapsamının taraflar açısından gerçekçi, konusu ve sınırları açıkça saptanmış ve ar-ge işbirliğine girmeyi gerektirecek nitelikte olup olmadığına bakmak gerekir. Özellikle teşebbüsler açısından ar-ge kültürünün henüz pek gelişmediği ülkemizde bu ön koşulun getirilmesi yerinde olmuştur.

Ar-ge tebliğinde yer alan diğer muafiyet koşulları ilk bakışta ar-ge tüzüğündeki koşullarla benzerlik gösterse de ar-ge tebliği hükümlerinde ciddi eksiklikler bulunmaktadır. Bu koşullar, ar-ge çalışmasının sonuçlarına ilişkindir ve dört bentte sayılmıştır.

Öncelikle anlaşmaya taraf tüm teşebbüslerin çalışma sonuçları konusunda bilgi edinmelerinin sağlanması öngörülmüştür. Burada “sonuçlar konusunda bilgi edinmenin sağlanması” ifadesi yerine, ar-ge tüzüğündeki “tarafların sonuçlara erişebilmesi” ifadesi tercih edilebilirdi. Zira burada taraflara sonuçlar konusunda birbirilerini bilgilendirmeye yönelik olumlu bir edim değil, birbirilerinin çalışma sonuçlarına erişebilmesini engellemelerine ilişkin olumsuz bir edimin öngörüldüğü kabul edilmelidir. Ayrıca ar-ge tüzüğünde çalışma sonuçlarından yararlanmanın hem doğrudan endüstriyel üretimde kullanılma hem de yeni ar-ge faaliyetlerine kaynaklık etme şeklinde iki yönlü olabileceğini açıklayan ifadeye de yer verilebilirdi. Yine ar-ge

⁸⁸ Bkz. ar-ge tebliği m. 5, f. 3.

tüzüğünde bu açıklamayla bağlantılı olarak, ar-ge tüzüğünde, sadece ticari ar-ge hizmeti sunan ve ortak ar-ge'nin sonuçlarından endüstriyel üretimde yararlanmayacak olan araştırma kurumlarının, akademik birimlerin veya teşebbüslerin, bu hakkı, sonuçlardan sonraki ar-ge faaliyetlerinde yararlanmaya özgüleyebilecekleri de öngörülmüştür. Ar-ge tebliğinde bu konuda herhangi bir hüküm yer almadığı için bu konuda bir boşluk olduğu kabul edilerek boşluğun ar-ge tüzüğündeki düzenlemeye uygun şekilde doldurulması uygun olur.

Aynı doğrultuda, anlaşmanın yalnızca ar-ge'ye yönelik olması halinde, tarafların teknik bilgileri ve ar-ge sonuçlarını birbirlerinden bağımsız kullanabilmelerinin engellenmemesi şart koşulmuştur. Sonuçların ortak kullanımını içeren anlaşmalar doğal olarak tarafların sonuçları bağımsız kullanmalarını engelleyeceğinden bu koşul, yalnızca ortak ar-ge'ye yönelik anlaşmalar için getirilmiştir. Buradaki "teknik bilgi" ifadesi açıklanmaya muhtaçtır. Kanımca burada teknik bilgi ile kastedilen, sadece ar-ge sonuçlarının kullanılmasını sağlayacak know-how niteliğindeki bilgilerdir ve kapsamında tarafların önceden edinmiş buldukları fikrî mülkiyet hakları yoktur. Ar-ge tüzüğündeki ifade de bu yorumu doğrulamaktadır. Eğer söz konusu fikrî mülkiyet haklarının da yararlandırma kapsamına girdiği kabul edilirse tarafların önceden sahip oldukları ve ar-ge sonuçlarına ulaşmak için yararlandıkları patent vb. üzerinde ar-ge sonuçlarından yararlanmaya yönelik olarak diğer taraf (lar) lisans hakkı vermekle yükümlü tutuldukları sonucuna varılacaktır. Tarafların muafiyetten yararlanabilmesi için ar-ge tebliği ile böyle ağır bir yükümlülük öngörülmesinin amaçlanmadığı kanısındayım. Dolayısıyla ar-ge tebliğindeki "teknik bilginin bağımsız kullanılabilmesi" ifadesinden, ar-ge tüzüğündeki düzenleme doğrultusunda "sonuçların kullanımı için gerekli önceden mevcut know-how'ın taraflarca kullanımının serbest olması gerektiği" anlaşılmalıdır. Ar-ge tüzüğünde, tarafların ar-ge anlaşması yapıldığı sırada rakip teşebbüsler olmamaları koşuluyla, sonuçları kullanma hakkını belirli teknik uygulama sahalarına özgüleyebilecekleri de öngörülmüştür. Taraflara böyle bir olanak tanınması, teşebbüsler arasındaki ar-ge işbirliklerinin artmasına katkı sağlayabilir. Ar-ge tebliğinde paralel bir düzenlemeye yer verilebilirdi; mevcut düzenlemede böyle bir hüküm yer almadığından anlaşma yapıldığı sırada rakip olmayan taraflar açısından böyle bir kısıtlama getirilmesi, muafiyetten yararlanmayı engelleyecektir.

Öngörülen diğer koşul sonuçların ortak kullanımını içeren ar-ge anlaşmaları için getirilmiştir: Ortak kullanım, ar-ge sonuçları ile sınırlı kalmalıdır ve bu sonuçlar anlaşma konusu ürünlerin üretiminde ya da anlaşma konusu üretim tekniklerinin uygulanmasında asli unsuru teşkil etmelidir. Bu hükümdede ortak kullanım için getirilen iki alt koşul birbiriyle çelişmektedir. Ortak

kullanım ar-ge sonuçları ile sınırlı kalmak zorunda ise sonuçların ortak üretimin veya uygulamanın asli unsurunu teşkil ettiği ortak kullanımlar kapsam dışı olacaktır. İlgili ar-ge tüzüğü hükmüne bakıldığında öngörülen iki alt koşulun ilkinin “ taraflarca ortaklaşa kullanılacak fikrî haklarla korunan veya know-how niteliğindeki sonuçların teknik veya ekonomik gelişmeye esaslı katkı sağlaması” olduğu görülmektedir. Yani ortaklaşa kullanılacak sonuç hem ancak ciddi bir ar-ge faaliyeti sonucu elde edilebilecek nitelikte bir bilgi olmalı⁸⁹ hem de üretimde somut bir gelişme sağladığı teyit edilebilmelidir. Bunlar dışında *ar-ge sonucu gibi gösterilecek* alelade bilgilerin üçüncü kişilere kullandırılması veya anlaşma konusu ürünlerin veya uygulamaların dışındaki ürün ve uygulamaların ortaklaşa üretimi ve/veya dağıtımını için bir gerekçe olarak gösterilmesi engellenmek istenmiştir. Dolayısıyla ar-ge tebliğindeki “ar-ge sonuçları ile sınırlı kalma” ifadesi ancak bu hüküm ışığında değerlendirildiğinde iki ön koşul arasındaki çelişki ortadan kalkmaktadır. Ar-ge tüzüğündeki “sonuçların teknik veya ekonomik gelişmeye esaslı katkı sağlaması” nitelendirmesi, ar-ge anlaşmalarına muafiyet tanınmasının *ratio legis*'i ile örtüşen ve ar-ge tebliğinde yer verilmesi gereken önemli bir nitelendirme değildir.

İkinci ön koşulda öngörülen “asli unsuru teşkil etme”den anlaşılan ortak üretilen ve/veya dağıtılan ürünlerin sadece anlaşma konusu ürünlerden oluşması veya anlaşma konusu ürünleri içermeyen üretilip dağıtılamayacak nitelikte ürünler olmalarıdır. Yani anlaşma konusu mal ve ürünler, başka bir mal veya hizmetin üretiminde kullanılan hammadde veya aramal niteliğinde de olabilir, yeter ki bu ürünler olmadan nihaî mal üretilip dağıtılamayacak olsun. Ar-ge tüzüğünde kullanılan ifade “ (ar-ge) sonuçlarının anlaşma konusu ürünlerin üretimi veya anlaşma konusu tekniklerin uygulanması için tayin edici nitelikte olması gerektiği” şeklindedir.

Ar-ge tebliği ile getirilen son koşul ise özel bir hale ilişkindir: İlgili hüküm uyarınca, taraflar arasındaki anlaşmada anlaşma konusu ürünlerin ortak dağıtımına karar verilmemiş ise, üretimi üstlenen teşebbüs veya teşebbüslerin, tarafların anlaşma konusu ürünlere ilişkin siparişlerini karşılamaları gerekir. Taraflar anlaşma konusu ürünlerin üretimini üçüncü bir teşebbüse bırakmış olabilirler. Bu durumda ortak kullanım, ortak üretim aşamasında sona ermektedir ve dağıtım aşamasında taraflar bağımsız hareket edebilmelidir. İşte tarafların dağıtım aşamasında bağımsız hareket edebilmesi üretimi üstlenen teşebbüsün bu taraflardan gelen siparişleri geri çevirmemesine bağlıdır. Diğer yandan, anlaşma konusu ürünlerin ortak dağıtımını öngörülmüş ise

⁸⁹ Tabii ki bu sonuç, ar-ge anlaşmasında önceden amaç ve kapsamı belirlenmiş ar-ge çalışması ile üretilen sonuç olmalıdır.

tarafların ayrıca bağımsız dağıtım yürütmek için üretimi üstlenen teşebbüs-
 ten ürün talep etmeleri haklı görülemeyeceğinden bu konuda bir istisna ta-
 nınmıştır.

E. Yasaklanan Kısıtlamalar

Ar-ge tebliği m. 6, anlaşmada öngörülmesi veya fiilen gerçekleşmesi du-
 rumunda anlaşmayı muafiyet kapsamı dışına çıkaran rekabet kısıtlamalarını
 saptamaktadır. Bu hükümler, pazar payı eşliğini aşmaları veya diğer ön ko-
 şulları sağlayamamaları dolayısıyla grup muafiyetinden yararlanamayan
 teşebbüslerin bireysel muafiyetten yararlanabilmeleri açısından da yol gösteri-
 cidir. İstisnaen, bu tür kısıtlamaların varlığı halinde dahi, RK m. 5'teki dört
 koşulun gerçekleştiği saptanabiliyorsa, bireysel muafiyet tanınacaktır; ancak
 bu düşük bir olasılıktır. Grup muafiyetinden yararlanabilmek için ise bu
 rekabet kısıtlamalarının hiçbirinin olmaması gerekir; bu konuda istisna ta-
 nınmamıştır.

Ar-ge tebliğinde, “anlaşmada öngörülmesi veya fiilen gerçekleşmesi”
 durumunda muafiyeti engelleyen rekabet kısıtlamalarının sayıldığı belirtil-
 mektedir. Halbuki Ar-ge tüzüğünde muafiyet kapsamı dışında kalan anlaş-
 maları tanımlarken tercih edilen ifade, “ tarafların kontrolü altındaki diğer
 faktörlerle bağlantılı veya bunlardan bağımsız şekilde, doğrudan veya dolay-
 lı aşağıda sayılan amaçlara sahip ar-ge anlaşmaları...”dır. Böylece ar-ge
 tebliği uyarınca anlaşmanın muafiyet kapsamı dışında kalması sayılan hü-
 kümlerin anlaşmada öngörülmesi veya öngörülen sonuçların doğmasına
 bağlı iken, tüzük, sadece ilgili hükümde sıraladığı amaçların varlığının sap-
 tanmasını, anlaşmayı muafiyet kapsamı dışında tutmak için yeterli saymış-
 tır.⁹⁰ Kanımca Rekabet Kurumu'nun sahip olduğu olanak ve birikimin düze-
 yi dikkate alınarak ar-ge tüzüğündekine benzer geniş takdir yetkisi tanıyan
 bir hükme yer verilmemesi yerinde olmuştur. Teşebbüslerin davranışlarının
 gerisindeki amacı saptamaya çalışmak yerine sonuçlara bakmak henüz “re-
 kabete aykırı amacı sezme yetisi”ni geliştirecek kadar çok ve çeşitli olay ile
 karşılaşmamış bulunan rekabet otoritemiz için daha güvenli bir yoldur.

Öngörülen rekabet kısıtlamalarının bir kısmı teşebbüslerin danışıklılığına
 delalet eder ve diğer grup muafiyeti tebliğlerinde de rastlanacak türdendir:
 Bunlar, sonuçların ortak kullanımını öngörülmüş olsun olmasın tüm ar-ge
 anlaşmalarında satış miktarının, fiyatının veya koşullarının bağımsız belir-

90 Bu açıdan ar-ge tebliği hükmü, anlaşmayı muafiyetin kapsamı dışına çıkaran hükümler
 açısından “teşebbüsler anlaşma, karar veya uyumlu eylem yoluyla aşağıda sayılanları
 gerçekleştirirlerse...” şeklinde bir ifadenin kullanıldığı 1984 tarihli eski ar-ge tüzüğü ile
 benzeşmektedir.

lenmemesine ve müşteri veya bölge paylaşımına yönelik kısıtlamaları içerir. Ayrıca, sonuçların ortak kullanımının öngörülmediği anlaşmalarda üretim miktarının bağımsız belirlenmemesine yönelik kısıtlamalar da bu kapsamdadır. Ar-ge tüzüğünde müşteri paylaşımı konusunda ar-ge tebliğinden farklı bir düzenleme öngörülmüştür ve anlaşma konusu ürünlerin ortak pazara ilk sunuldukları tarihten itibaren yedi yıl boyunca tarafların müşterileri paylaşmalarına izin verilmiştir. Bölge paylaşımı konusunda da ar-ge tüzüğü ile ar-ge tebliği hükümleri birbirinden ayrılmaktadır. Ar-ge tüzüğünde diğer blok muafiyeti tüzüklerinde de yer alan pasif satış/aktif satış kavramlarına yer verilerek pasif satışın yasaklanmasına izin verilmemiştir.⁹¹ Anlaşmanın diğer taraflarına özgülenen bölgelerde doğrudan satış yapılmasını veya aktif satış politikası izlenmesini yasaklayan hükümlere ise anlaşma konusu ürünlerin ortak pazara ilk sunuldukları tarihten itibaren yedi yıl boyunca izin verilmiştir. Ar-ge tüzüğünde ayrıca ar-ge tebliğinde öngörülmeyen iki istisna yer almaktadır: Ortak üretimin öngörüldüğü ar-ge anlaşmalarında birlikte üretim hedeflerinin saptanmasına izin verilmiştir. Ayrıca ortak dağıtımın öngörüldüğü ar-ge anlaşmalarında satış hedeflerinin ve doğrudan muhatap olunan müşterilerden talep edilecek fiyatların belirlenmesi de muafiyeti kaldırmaz. Kanımca ar-ge tebliğinde kesin bir ifade ile müşteri ve bölge paylaşımının yasaklanmış olması karşısında ar-ge tüzüğündeki düzenlemeleri yorum yoluyla dahi uygulamak mümkün değildir. Müşteri ve bölge paylaşımına ilişkin ar-ge tüzüğündeki esnek yaklaşımın ar-ge tebliğine yansıtılması anlaşılabilir. Ar-ge tüzüğünde, halen farklı ulusal pazarları kapsayan ortak pazarda ar-ge işbirliklerinin teşvikini amaçlandığından, belirli bir süre boyunca müşteri ve bölge paylaşımına hoşgörü ile yaklaşılırken ulusal mevzuat niteliğindeki ar-ge tebliğinde böyle bir hoşgörüye gerek duyulmamış olabilir.⁹² Yalnız ar-ge tüzüğünde öngörülen istisnaların ortak üretimi ve ortak dağıtımını içeren ar-ge anlaşmalarında sıklıkla karşılaşılabilecek kısıtlamaları içerdiği düşünüldüğünde, bu istisnalara ar-ge tebliğinde yer vermenin uygunluğu ortaya çıkacaktır.

Diğer tür kısıtlamalardan biri ise ar-ge anlaşmalarına özgüdür ve tarafların bağımsız ar-ge faaliyetlerini engellemeye yönelik faaliyetleri kapsamak-

⁹¹ Pasif satış, kendisine belli bir bölge tahsis edilen teşebbüsün, bölgesi dışından gelen talepleri karşılamasını ifade eder. Bu seçenekte söz konusu teşebbüs bölgesi dışında müşteri aramamakta, kendisine talep yöneltilmektedir, yani teşebbüs "pasif" durumdadır. Aktif satış durumunda ise, kendisine belli bir bölge tahsis edilen teşebbüs, bölgesi dışında müşteri aramaktadır.

⁹² 1984 tarihli eski ar-ge tüzüğünde müşteri paylaşımına yönelik hükümler doğrudan muafiyeti kaldırıcı nitelikte kabul edilmişti ve taraflara pazarı bölgelere ayırma olanağı tanıyan kısıtlayıcı hükümlerin üst süre sınırı beş yıl idi.

tadır. Bu tür kısıtlamaların yasaklanmasının temel nedeni, teknik ve ekonomik gelişmeye ciddi şekilde sekte vurabilecek nitelikte olmalarıdır. Bu kapsamda izin verilen tek kısıtlama şekli, ar-ge anlaşması süresince tarafların tek başlarına veya üçüncü kişilerle ar-ge anlaşmasının konusuyla ilgili veya bağlantılı alanlarda ar-ge faaliyeti yürütmelerinin yasaklanmasıdır. Dolayısıyla tarafların tek başına veya üçüncü kişilerle, anlaşma süresince ar-ge konusu ile bağlantılı olmayan alanlarda ve anlaşma sona erdikten sonra ise herhangi bir alanda ar-ge faaliyetleri yürütmesi engellenmemiş olmalıdır. Burada ar-ge anlaşması süresince bağımsız ar-ge'nin yasaklandığı alanların sınırlarının belirlenmesi önemlidir. Ar-ge tebliğinde “*ar-ge konusu ile bağlantılı olmayan*” alanlarda bağımsız ar-ge'nin sınırlanmaması gerektiği belirtilmiştir. Ar-ge tüzüğünde kullanılan ifade ise, “*ar-ge'nin ilgili olduğu alan ile bağlantısız olan*” alanlar şeklindedir. “Ar-ge konusu”, “ar-ge'nin ilgili olduğu alan”a göre daha dar kapsamlıdır; dolayısıyla ar-ge tüzüğünde taraflara daha geniş bir sınırlama olanağı tanınmaktadır. Kanımca ar-ge tebliğinde sınırlamanın kapsamının dar tutulması uygun olmuştur; “ar-ge'nin ilgili olduğu alan” tanımlaması yoruma muhtaçtır ve bağımsız ar-ge faaliyetini önlemek isteyen tarafça kötüye kullanılabilir.

Hem ar-ge hem de lisans anlaşmalarında rastlanabilecek bir diğer rekabet kısıtlaması ise, tarafların, ar-ge ile ilgili veya ar-ge sonuçlarını koruyan fikrî hakların hükümsüzlüğünü ileri sürmelerinin engellenmesidir. Ar-ge tebliği hükmü uyarınca, tarafların, ar-ge ile ilgili olan veya ar-ge sonuçlarının korunmasına yarayan fikrî hakların geçerliliğine, programın tamamlanmasından veya anlaşmanın sona ermesinden sonra itiraz etme hakları ortadan kaldırılmamış olmalıdır. Buradaki ifadeden, ortak ar-ge programının tamamlanmasından sonra ve fakat anlaşmanın sona ermesinden önce dahi ar-ge sonuçlarını koruyan fikrî hakların hükümsüzlüğünün engellenemeyeceği anlamı çıkmaktadır ki bu yanlıştır. Ortak ar-ge programının tamamlanmasına kadar, söz konusu ar-ge faaliyeti ile ilgili,⁹³ taraflara ait fikrî hakların hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin yasaklanması makuldür ve kabul edilmiştir. Henüz program tamamlanmadan ar-ge sonuçlarını koruyan fikrî haklardan bahsedilemeyeceğinden bu olasılık konu dışıdır. Programın tamamlanmasından sonra ise hem ar-ge ile ilgili hem de ar-ge sonuçlarının korunmasına yarayan fikrî hakların hükümsüzlüğü ileri sürülebilir. Dolayısı ile ar-ge tebliğindeki düzenlemeyi, tarafların ar-ge ile ilgili fikrî hakların geçer-

93 “Ar-ge ile ilgili” ifadesinden, söz konusu ar-ge programı kapsamında yeni ar-ge sonuçlarına ulaşmak için kullanılan veya en azından kullanıma sunulan fikri mülkiyet haklarını anlıyoruz. Bu ifadenin kapsamını daha da genişletmek ve söz konusu ar-ge ile aynı sahadaki tüm fikri mülkiyet haklarının hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin engellenemeyeceğini kabul etmek, amacını aşan, aşırı bir sınırlama teşkil edecektir.

liliğine programın tamamlanmasından sonra, ar-ge sonuçlarının korunmasına yarayan fikrî hakların geçerliliğine ise anlaşmanın sona ermesinden sonra itiraz etme haklarının ortadan kaldırılmamış olması şeklinde anlamak gerekir. Ayrıca ar-ge tüzüğünde, tarafların bu hakların hükümsüzlüğünü ileri sürmeleri halinde ar-ge anlaşmasına son verileceğine ilişkin düzenlemelere izin verilmiştir; ar-ge tebliğinde böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Türk hukukunda taraflara böyle bir olanak tanınmadığını mı kabul etmek gerekir? Kanımca ar-ge tebliğinde bu konuda düzenleme yapılmamış olması tarafların bu olanaktan mahrum bırakıldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Fikrî hakların hükümsüzlüğünün iddia edilmesi gibi tarafların karşılıklı güveninin zedeleneceği bir durumda, taraflara anlaşmayı sona erdirme olanağı tanınması makuldür. Dolayısıyla bu yolda hüküm içeren ar-ge anlaşmalarının da muafiyet kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir yorum, ar-ge tebliğinin fikrî hakların geçerliliğine itiraz etme hakkının ortadan kaldırılmasını yasaklayan lafzına da aykırı olmayacaktır. Zira anlaşmaya bu yolda hüküm konulması itiraz hakkını ortadan kaldırmaz.

Yine hem ar-ge hem lisans anlaşmalarına özgü bir diğer kısıtlama türü, üçüncü kişilere lisans verilmesinin yasaklanmasıdır.⁹⁴ Sonuçların ortak kullanımını içeren anlaşmalarda tarafların bağımsız hareket etmesi ortak kullanım amacına yönelik olarak kısıtlandığından böyle bir kısıtlamaya izin verilmiştir. Yalnız salt ar-ge anlaşmalarında veya anlaşma sonuçlarının ortak kullanımının öngörüldüğü, ancak fiilen tarafların sonuçları bağımsız kullandığı durumlarda lisans verme yasağı muafiyeti engeller.

Diğer kısıtlama türü herhangi bir anlaşma türüne özgü olmayıp genel olarak rastlanabilecek bir rekabeti bozucu davranıştır; ar-ge anlaşmalarıyla bağlantılı da gündeme gelebilir. Fikrî mülkiyet hukukundaki hakkın tükenmesi ilkesi rekabet hukukunda da karşılığını bulan ve fikrî hakların kapsamının gereğinden fazla genişletilmesini önleyen bir ilkedir. Bu ilke gereğince, fikrî hak sahibi tarafından veya onun rızasıyla pazara sunulan ve hakkın konusunun üzerinde cisimleştiği mal ve hizmetler üzerindeki tasarruflar söz konusu fikrî hakka dayanılarak engellenemez. Bu çerçevede, ar-ge anlaşmasına taraf teşebbüslerin fikrî haklarına dayanarak anlaşma konusu ürünlerin ticaretini engellemeleri de muafiyeti ortadan kaldıran bir durumdur. Örneğin ortak ar-ge sonucu geliştirilen teknoloji üzerinde (A) ülkesinde patent alan bir taraf, (B) ülkesinde aynı teknoloji için patent almış bulunan diğer tarafın lisans verdiği bir teşebbüsün ürettiği ürünlerin (A) ülkesine girmesini fikrî

⁹⁴ Lisans anlaşmalarında bu kısıtlama, daha çok lisans alanın yeni geliştirdiği teknoloji üzerinde lisans verene münhasır lisans tanımak zorunda bırakılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Daha nadiren de olsa aynı kısıtlama lisans veren için dahi getirilmiş olabilir.

haklarının tanıdığı hukuki olanakları kullanarak engelleyebilir. Bu durumda ar-ge anlaşmasına muafiyet verilmesiyle sağlanmak istenen sonuca ulaşılamayacaktır; yani tüketici gerçekleştirilen teknik gelişmeden gereğince yararlanamayacaktır. Taraflar, anlaşma konusu ürünlerin ticaretini, fikrî hakların kullanılması dışında başka yollarla da engelleyebilirler. Örneğin eğer bir coğrafi bölgede kontrolü altında tuttıkları bir dağıtım ağına sahip iseler, bu dağıtım ağının anlaşma konusu ürünlerin diğer taraflarca veya onların yetki-lendirdiği teşebbüslerce pazara sunulması için kullanılmasını engelleyebilirler. İşte bu hallerde ar-ge anlaşmasına muafiyet tanınması mümkün değildir; tanınmış ise dahi, bu muafiyet geri alınır.

F. Muafiyetin Süresi

Son olarak, muafiyetin süresine ilişkin ar-ge tebliği ve ar-ge tüzüğündeki hükümleri karşılaştırmakta yarar görüyorum. Ar-ge tebliğ m. 4 uyarınca,

“Yalnızca AR-GE içeren anlaşmalara bu Tebliğ ile tanınan muafiyet, anlaşma süresince geçerlidir. AR-GE sonuçlarının ortak kullanımının da söz konusu olması halinde, muafiyet, anlaşma konusu ürünlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde pazara ilk olarak sunulduğu tarihten başlamak üzere beş yıl için daha geçerli olur.”

Ar-ge tüzüğü uyarınca ise üçlü bir ayırma gidilmiştir: Taraflar rakip değilse muafiyet ar-ge programı süresince ve sonuçların ortak kullanımı halinde, anlaşma konusu ürünlerin ortak pazara ilk defa sürülmelerinden itibaren yedi yıl boyunca devam eder. Taraflardan ikisi veya daha fazlası rakip ise bu muafiyet –anlaşma yapıldığı sırada tarafların anlaşma konusu ürünlerce geliştirilme veya ikame edilme olanağı bulunan ürünlerin pazarındaki toplam paylarının % 25’i aşmaması koşuluyla- aynı süreler boyunca devam eder. Son olarak, yukarıda öngörülen muafiyet süresinin sonuna gelindiğinde dahi, tarafların anlaşma konusu ürünlerin pazarındaki toplam paylarının % 25’i aşmaması koşuluyla muafiyetten yararlanmaya devam edecekleri düzenlenmiştir.⁹⁵ Meğerki ar-ge tüzüğü m. 7 (e) uyarınca, ar-ge anlaşmasının varlığı belirli bir pazardaki etkin ar-ge rekabetini ortadan kaldırdığı için tanınan muafiyet Komisyon tarafından geri alınsın.

Ar-ge tebliğinde, ar-ge programı öncesinde ancak “anlaşma konusu ürünlerce geliştirilme veya ikame edilme olanağı bulunan ürünlerin pazarı”ndan bahsedilebileceği ve ancak ar-ge programı sonucu geliştirilen tekno-

⁹⁵ Ar-ge tüzüğü m. 4; AT kılavuzu 54. ve 74. paragraflar.

lojinin kullanılmaya başlanmasıyla “anlaşma konusu ürünlerin pazarı”ndan söz edilebileceği göz ardı edilmiştir. Bu ayırım yapılmadığından topyekun bir düzenlemeyle, sonuçların ortak kullanımının öngörüldüğü ve pazar payı ölçütüne uyan anlaşmaların beş yıllık muafiyetten yararlanabileceği düzenlenmiştir. Muafiyet süresinin bu şekilde düzenlenmesi uygun olmamıştır. Mevcut düzenleme uyarınca, taraflar pazar payı eşiğinin altında kalsalar dahi ar-ge tebliğ m. 4’te öngörülen sürenin sonunda grup muafiyetinden yararlanma olanağını kaybedeceklerdir. Düzenlemenin ar-ge tüzüğüne uygun şekilde yapılması yerinde olurdu.

Diğer yandan pazar payı ölçütü belirlenirken ar-ge tüzüğünde yer alan çok önemli bir hususa ar-ge tebliğinde yer verilmemesi, sonuçların ortak kullanımını öngören ar-ge anlaşmalarına tanınan beş yıllık sürenin uygulanabilirliğini de belirsiz hale getirmektedir. Ar-ge tüzüğünde öngörülen % 25’lik pazar payı ölçütüne uygunluk, sadece anlaşmanın yapıldığı anda aranmaktadır.⁹⁶ Yani sonuçların ortak kullanımının öngörüldüğü ar-ge anlaşmalarında anlaşma konusu ürünün pazara sürülmesi ile birlikte bu eşik aşılsa dahi teşebbüsler ar-ge tüzüğünde öngörülen yedi yıl boyunca muafiyetten yararlanmaya devam etmektedirler. Bu düzenlemenin gerekçesi, AT kılavuzunda, pazara yeni bir ürünle giren ve dolayısıyla yeni bir ürün pazarı yaratan teşebbüslerin bu pazarda ilk başta yüksek pazar payına sahip olmasının normal kabul edilmesi gerektiği şeklinde açıklanmıştır.⁹⁷ İşte ar-ge tebliğinin pazar payı ölçütünü saptayan 5 (a) ve 5 (b) maddelerinde “anlaşmanın yapıldığı anda” ibaresine yer verilmemesi, anlaşma konusu ürünlerin pazara ilk sürüldükleri tarihten itibaren uygulanacak beş yıllık sürenin, taraf teşebbüslerin bu süre içerisinde öngörülen pazar paylarını aşmaları durumunda uygulanamaması sonucunu doğurabilecektir. Bu çok önemli eksikliğin en kısa sürede giderilmesi gerekir. Ayrıca mevcut halde de, geniş yorum yoluyla ve aksine uygulamanın ar-ge tebliğ ile tanınan grup muafiyetinin *ratio legis*’ine aykırı bir sonuç doğuracağı dikkate alınarak ar-ge tebliğinde saptanan pazar payı ölçütlerinin “anlaşma yapıldığı anda” aranacak olduğu kabul edilebilir.

G. Muafiyetin Geri Alınması

Muafiyetin geri alınmasına ilişkin ar-ge tüzüğü ve ar-ge tebliği hükümleri karşılaştırıldığında tam örtüşmedikleri görülmektedir. Ar-ge tüzüğü uyarınca ar-ge anlaşmasının varlığının, o sektördeki sınırlı araştırma kapasitesi nedeniyle üçüncü kişilerin ar-ge faaliyetlerini esaslı surette sekteye uğratma-

⁹⁶ Ar-ge tüzüğü m. 4 (2).

⁹⁷ AT kılavuzu 73. paragraf.

sı veya belirli bir pazardaki ar-ge rekabetini ortadan kaldırması muafiyetin geri alınmasına yol açar. Bu olasılıklara ar-ge tebliğinde yer verilmemiştir.⁹⁸ Her ne kadar muafiyetin geri alınmasına yol açan haller ar-ge tebliğinde tahdîdî olarak sayılmamış olsa da ar-ge düzeyindeki rekabetin korunmasını amaçlayan bu hükümlere açıkça yer verilebilirdi. Böylece Rekabet Kurumu yapacağı değerlendirmelerde sadece ilgili mal ve hizmet pazarına odaklanmayacağını, yukarıda bahsedilen⁹⁹ ilgili teknoloji pazarını ve ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetlerindeki rekabeti de göz önünde tutacağını açıkça ifade etmiş olurdu.

SONUÇ

Mevcut rekabet hukuku düzenlemelerimiz arasına ar-ge tebliğinin katılmış olması, Kurulun ar-ge işbirliklerine yaklaşımını aydınlatması açısından yararlı görülebilir. Yalnız bu düzenlemenin Kurulun kendi deneyimlerinden çıkardığı sonuçları yansıtan bir kılavuz yerine ilgili AT mevzuatını örnek alan bir grup muafiyeti tebliğ şeklinde yapılmasının uygunluğu tartışılabilir. Unutulmamalıdır ki grup muafiyeti tebliğine konu olan anlaşmalar Kurula bildirilmeyeceklerinden Kurul, bu alanlarda menfi tespit ve bireysel muafiyet başvurularını değerlendirme yoluyla elde edeceği birikimden mahrum kalacaktır. Zaten sayısı Kurulu ağır iş yükü altına sokacak kadar fazla olmayan¹⁰⁰ ar-ge anlaşmalarının grup muafiyeti kapsamına alınmış olmasının yarar ve sakıncalarının bir kere daha gözden geçirilmesi gerekebilir.

Diğer yandan, ar-ge tebliğ kapsamı dışında kalan ve RK'daki yasaklayıcı hükümlere aykırılıkları hemen ilk bakışta saptanamayan (*per se* aykırılık teşkil etmeyen) ar-ge işbirliklerinin ekonomik analize tabi tutulması ve rekabete yararlı ve zararlı etkilerinin karşılaştırılarak bir sonuca varılması, en sağlıklı değerlendirme yöntemi olarak görülmektedir. Bu çerçevede, mevcut mal ve hizmetlere ilişkin ilgili ürün pazarı kavramı bu tür işbirliklerinin incelenmesi için yeterli olmayacaktır: Ayrıca "ilgili teknoloji pazarı"nın ve "ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetlerindeki rekabet" in göz önünde

⁹⁸ Bu olasılıklar 1984 tarihli eski ar-ge tüzüğünde öngörülmemişken 2000 tarihli yeni ar-ge tüzüğünde düzenlenmişlerdir. Bu durum, geçen zaman içerisinde Komisyonun ar-ge faaliyetlerindeki rekabeti ayrı bir rekabet platformu olarak değerlendirmeye başlamasının bir sonucudur.

⁹⁹ Bkz.: yuk. II (B) (2) altındaki açıklamalar.

¹⁰⁰ Türkiye'deki ar-ge faaliyetlerinin düzeyi hakkında bilgi için bkz.: http://traccess.tubitak.gov.tr/news/sunumlar/31_05_2004/faruk_arinc.PPT; <http://www.e-konomistdergi.com/makaleler/ozkurt.pdf>;

bulundurulması gerekecektir. Özellikle mevcut bir ürünün iyileştirmesinin değil de yeni bir ürün geliştirilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, “ar-ge (teknolojik yenilik) geliştirme faaliyetlerindeki rekabet” mutlaka değerlendirilmelidir. Mevcut rekabet hukuku mevzuatımızda ve Kurul kararlarında bu sınıflandırmanın uygulandığına dair henüz herhangi bir ipucuna rastlanmamıştır.

Ayrıca ar-ge tebliğinin ar-ge tüzüğü ışığında incelenmesi göstermektedir ki mehzaz metinden ayrılan noktalar hususunda esaslı bir değerlendirme yapılmamıştır. Ar-ge tüzüğündeki bazı önemli ve bir bütünlük gösteren hükümlere ar-ge tebliğinde yer verilmemiş olması ciddi boşluklar doğurmuştur. Bu boşlukların uygun düştüğü ölçüde yine ar-ge tüzüğü hükümleri dikkate alınarak doldurulması gerekir. Edindiğim izlenim odur ki ar-ge tüzüğündeki hükümlerin birbirini bütünlendiği ve değişik olasılıkları çözmediği anlaşılmasından gelişigüzel bir “sadeleştirme” yoluna başvurulmuştur. Halbuki bunun yerine ar-ge tüzüğündeki her hükmün *ratio legis*'i tartışılarak bu hükümlerin ar-ge tebliğinde öngörülmesinin uygun olup olmadığına karar verilmesi yerinde olurdu. Ar-ge tebliği hükümleri pekâla ar-ge tüzüğü hükümlerinden ayrılabilir; ancak farklı düzenlemenin gerekçesi, ar-ge işbirlikleri sahasında ülkemizdeki -AT'den farklılık gösteren- yapı ve uygulamaların gereklerini karşılamak olmalıdır. Ar-ge tebliğinin başlangıcında ve hükümlerinde, böyle bir değerlendirme yapıldığına dair bir ifadeye rastlanmamaktadır. Kurulun henüz bu tür bir değerlendirme yapacak birikime sahip olmadığı dikkate alındığında, bu aşamada mehzaz metne sadık kalmanın yerinde olduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle “bağlı teşebbüs” ve “rakip teşebbüs” kavramlarının tanımlanmayışı, pazar payının hesaplanmasına ilişkin ölçütlerin açık bir şekilde saptanmayışı, bu ölçütlerin “anlaşma yapıldığı anda” uygulanacak olduğunun belirtilmeyişi, ortak dağıtım durumunda % 20'lik ayrı bir azamî pazar payı ölçütü getirilişi, muafiyet süresi öngörülürken pazara ilk sürümün üzerinden beş yıl geçmesinden sonra da muafiyetin devamına olanak tanınmayışı, ticari faaliyetlerini sadece ar-ge'ye özgüleyen kurumların ar-ge sonuçlarını kullanmalarının sınırlandırabileceğinin öngörülmeysi, tarafların birbirilerine kullandırmak zorunda olacakları know-how ve fikrî mülkiyet haklarının kapsamı konusunda açık bir düzenleme yapılmayışı uygulamada aksaklıklara yol açabilecek niteliktedir.

Bu eleştirileri yaparken ar-ge tebliği taslağının Rekabet Kurumunun internet sitesinde yayınlanarak araştırmacıların görüşlerine açık tutulmuş bulunduğunu da gözardı etmiyorum. Kurulun bu uygulaması son derece yerindedir ve sanırım biz araştırmacılara düşen görev, eleştirilerimizi taslaklar nihai metne dönüşmeden yapmaktır; ancak Kurul, çıkardığı tebliğlerde her

zaman uygun gördüğü değişiklikleri yapabileceği için değerlendirme ve eleştirilerimin yararlı olacağı kanısı ve ümidiyle incelememe son veriyorum.

