

“FRAND” İlkeleri Çerçevesinde Lisanslanan “Standarda Esas Patentler”e Dair Mahkeme Emri Uygulamaları: AB Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirme*

Tuba YEŞİL**

Öz

Son yıllarda “standarda esas patent” (SEP) kavramının rekabet hukuku bağlamındaki birtakım sonuçları bakımından, yeni bir rekabetçi kaygı olarak ön plana çıktığı görülmektedir. Belirli bir standardın uygulanabilmesi için zaruri/vazgeçilmez nitelik taşıyan teknolojilere ilişkin patentleri ifade eden SEP²’ler özelinde gündeme gelebilecek rekabet karşıtı uygulamalar temel olarak; SEP sahibinin standardizasyon süreci sırasındaki “yanıltıcı uygulamaları”³ ve standardizasyon faaliyeti tamamlandıktan sonra (ex-post) gündeme gelebilen “SEP(ler)in stratejik kullanımı”⁴ şeklinde iki ana başlık altında toplanabilmektedir. Mevcut çalışmanın odaklandığı ikinci gruptaki stratejik uygulamalar, SEP sahibinin elindeki patentli teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını engellemek için kullanmak suretiyle diğer firmaları piyasadan dışlaması durumunda ortaya çıkabilen “dışlayıcı uygulamalar”⁵’dir. Anılan

* Mevcut makale, yazarın aynı konudaki tez çalışması özetlenmek suretiyle hazırlanmıştır. Söz konusu tez için bkz. YEŞİL, T. (2017), *FRAND Taahhüdü Çerçevesinde Lisanslanan Standarda Esas Patentlere İlişkin Mahkeme Emri Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, 2017.

** Rekabet Kurumu, Rekabet Uzmanı. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlayıcı değildir.

¹ *Standard essential patent*.

² BERA, R. K. (2015), “Standard-Essential Patents (SEPs) and ‘fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) licensing”, Acadinnet Education Services, India Pvt. Ltd., Bangalore 560037, India, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2557390, Erişim Tarihi: 02.02.2016, s.1.

³ *Deceptive conduct*.

⁴ *Strategic conduct of SEP’s*.

⁵ *Exclusionary conduct*.

uygulamalar ise “engelleme”⁶, “lisanslamanın reddi”⁷ ve “mahkeme emri uygulamaları” şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. SEP sahibinin girişebileceği söz konusu “fırsatçı uygulamalar”⁸ çözümlerini getirebilmek amacıyla Standart Belirleme Kuruluşları (SBK) genellikle katılımcılarının, ellerindeki SEP’leri “adil, makul ve ayrımcı olmayan koşullar (FRAND)”⁹ altında lisanslamalarını öngördüğü fikri mülkiyet politikaları hayata geçirmektedir.¹⁰

Diğer taraftan, günümüzde rekabet hukuku bağlamında anılan uygulamalar arasında en çok tartışılardan biri “mahkeme emri uygulamaları”dır. Atlantik’in her iki yakasındaki rekabet otoritelerinin güçlü rekabetçi endişeler dile getiregeldiği mahkeme emri enstrümanı,¹¹ özellikle “FRAND ilkeleri çerçevesinde lisanslanan SEP’ler” bağlamında kullanıldığında engellemeye imkan sağlayabilmesi ve standardizasyon faaliyetini olumsuz etkileyebilmesi yönüyle rekabet hukuku incelemesine tabi tutulmaktadır.

Çalışmanın temel olarak cevabını araştırdığı soru ise “FRAND ilkeleri çerçevesinde lisanslanan SEP’lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları” meselesinin mehz Avrupa Birliği (AB) rekabet hukuku kapsamında nasıl yönetildiği ve “olması gereken hukuk” noktasında nasıl yönetilmesi gerektiğidir. İlgili AB Adalet Divanı (ABAD) ve Komisyon kararları ile ortaya konan AB rekabet hukuku yaklaşımı ışığında Türk rekabet hukuku literatürüne katkı sunmanın hedeflendiği çalışmada, rekabet hukukunun genel uygulamasında benimsenecek en uygun yöntemin formüle edilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Standarda esas patent (SEP), FRAND ilkeleri, FRAND’e tabi SEP, mahkeme emri uygulamaları, engelleme, gönüllü lisans alan, güvenli liman

⁶ *Hold up*. Söz konusu terim literatürde “**vazgeçme**” (KÖKTÜRK, N. S. (2012), Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi: Sektörel Düzenleme ve Rekabet Hukuku, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, s. 11), “**yol kesme**” (ARİÖZ, A., ÖZBEK, Ö. C. (2010), “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, *Rekabet Dergisi*, Vol:11, No: 3, s.1-49, s. 18, “tutma” (Rekabet Bültenininin 52. sayısı [Mart 2015]) ve “**engelleme**” (BAYRAMOĞLU, S. N. (2012), *Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Toplu Yönetimi: Patent Havuzları ve Standart Belirleme*, Rekabet Kurumu, s. 55) olarak çevrilmiştir.

⁷ *Refusal to license*.

⁸ *Opportunistic conducts*. “Fırsatçı uygulamalar” tabiri, literatürde “yanıltıcı uygulamalar” ve “stratejik lisanslama davranışları”nı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

⁹ *Fair, reasonable and non-discriminatory terms*.

¹⁰ U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION (2011), “The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition”, www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/evolving-ip-marketplace-aligning-patent-notice-and-remedies-competition-report-federal-trade/110307patentreport.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2016, s. 192.

¹¹ PETROVIC, U. (2014), *Competition Law and Standard Essential Patents*, Kluwer Law International, the Netherlands, s.119.

Injunctions Regarding *FRAND* Encumbered “Standard Essential Patents”: An Analysis In Terms Of EU Competition Law

Tuba YEŞİL 

Abstract

Standard essential patents (SEPs), which are patents that are declared by their owner as being necessary to implement a technical standard, have been a novel competitive concern along with the traditional competitive concerns as “collusion” or “exclusionary conducts” in recent years. The anticompetitive practices arising in the SEP context can be divided into two fundemenatal categories as “SEP’s owner’s deceptice practices during the standardization process” and “the strategic licensing practices after the standard has been adopted”. The second category on which this study mainly focus contains three subtitles as “hold-up”, “refusal to license” and “injunction relief”.

*Injunction relief is one of the most controversial issues in the debate concerning SEPs among other types of strategic practices. Competition authorities on both sides of the Atlantic have expressed strong concerns with such practics, emphazsizing that requesting an injunction against an infringer of *FRAND*-encumberd patents could faciliate holdup, distort the licensing negotiations and enable the SEP owner to extract opportunistic licensing terms. In oder to address the risks mentioned above, standard setting organisations usually adopt intellectual property rights policies that require participants to disclose and license their SEP’s free of charge or on fair, reasonable and non-discriminatory (*FRAND*) terms.*

*The central question the present study adress is how “injunctions” in respect of “*FRAND*-encumbered SEPs” are treated by competition authorities using antitrust enforcement tools. In that respect, the study aims to contribute a practical discussion on the antitrust liability of SEP owners who use injunctions for *FRAND*-encumbered SEPs by analysing decisions of European Commission and European Court of Justice. By providing a detailed analysis of the application of European Union (EU) competition law, the ideal approach for the competition authorities is tried to be proposed.*

Keywords: *Standard essential patents (SEP), *FRAND* terms, *FRAND*-encumbered SEP, injunctions, hold up, willing licensee, safe harbour*

GİRİŞ

Standartlar ve standart belirleme kavramlarının barındırdığı “rakipler arası koordinasyon” veya “dışlama” gibi rekabet otoritelerinin üzerinde yıllardır durageldiği geleneksel rekabetçi endişeler varlığını ve önemini halen korusa da, son yıllarda “standarta esas patent” kavramının rekabet hukuku bağlamındaki birtakım sonuçları bakımından, yeni bir rekabetçi kaygı olarak ön plana çıktığı görülmektedir. Belirli bir standardın uygulanabilmesi için zaruri/vazgeçilmez nitelik taşıyan teknolojilere ilişkin patenti ifade eden SEP’ler (Bera 2015, 1), sunulan teknolojik yenilikten doğan hakların kullanımına ilişkin sahibinin münhasır yetkisini koruyan patent hakları ile ilgili pazarda söz konusu yeniliğin yaygın kullanımı amaçlayan standartlar arasındaki etkileşimden doğan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

SEP kavramı özelinde gündeme gelebilecek rekabet karşıtı uygulamalar temel olarak; SEP sahibinin standardizasyon süreci sırasındaki “yanıltıcı uygulamaları” ve “SEP’(ler)in stratejik kullanımı” şeklinde iki ana başlık altında toplanabilmektedir. Birinci kategoride yer alan “yanıltıcı uygulamalar”, ilgili teknolojiler henüz SBK’lar tarafından belli bir standart için kabul edilmeden önce (*ex ante*) gündeme gelmekteyken; ikinci kategorideki uygulamalar ise, söz konusu patentli teknoloji uygulama için “esaslı” hale geldikten sonra (*ex post*) ortaya çıkmaktadır (Petrovic 2014, 79, 103).

Mevcut çalışma, “SEP sahibinin tek taraflı davranışları”nı konu edinen stratejik uygulamalara odaklanmaktadır.¹² Anılan uygulamalar, SEP sahibinin elindeki patentli teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını engellemek için kullanmak suretiyle diğer firmaları piyasadan dışlaması durumunda ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu kategori kapsamında gündeme gelebilen rekabet karşıtı

¹² SEP sahibi teşebbüslerin “standart belirleme” sırasında rekabeti kısıtlayıcı görüşmeler yapmak suretiyle, ilgili pazarlarda fiyat rekabetini azaltarak ya da ortadan kaldırarak piyasada işbirlikçi sonucun oluşmasını kolaylaştırmalarına yarayan “yatay işbirliği anlaşmaları”, mevcut çalışma kapsamına dahil edilmemiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ifade edildiği üzere, *FRAND*’e tabi SEP’lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları, AB rekabet hukuku sisteminde “hakim durumun kötüye kullanılması” çerçevesinde ele alınmaktadır.

uygulamaları, mevcut çalışmada başlıklandırıldığı şekliyle; “engelleme”, “lisanslamanın reddi” ve “mahkeme emri/yargı emri uygulamaları” şeklinde gruplandırmak mümkündür. Başta “engelleme” olmak üzere, SEP sahibinin girişebileceği “fırsatçı uygulamalar” a çözüm getirebilmek amacıyla SBK’lar genellikle katılımcılarının, ellerindeki SEP’leri “adil, makul ve ayrımcı olmayan lisanslama ilkeleri (*FRAND* ilkeleri)” altında lisanslamalarını öngördüğü fikri mülkiyet politikaları hayata geçirmektedir (FTC¹³ 2011, 192). Bu bağlamda mevcut çalışmanın odağında da, rekabet hukuku perspektifinden SEP’lerin lisanslanmasına ilişkin ihtilaflara, adı geçen lisans koşullarının işaret ettiği “*FRAND* taahhüdü”¹⁴nün uygulanabilirliği meselesi ile “mahkeme emri uygulamaları” birlikte irdelenecektir.

Mevcut çalışma ile birlikte, esasen ülkemiz uygulaması için bugün ileri tartışma konusu arz eden SEP kavramı bakımından, mehz AB rekabet hukuku yaklaşımı ışığında, Türk rekabet hukuku literatürüne katkı sunulması amaçlanmaktadır.¹⁵ Çalışmanın birinci bölümü kapsamında öncelikle, temel hatlarıyla standart, standart belirleme ve SEP kavramlarına ilişkin teorik çerçeve sunulacak, daha sonra SEP’lerden kaynaklanan rekabet karşıtı endişelere detaylarıyla yer verilecektir. Akabinde muhtelif yargı ve rekabet otoriteleri kararları ışığında *FRAND* ilkelerinin içerik, amaç ve işlevleri üzerinde durulacaktır. İkinci bölüm kapsamında ise, mevcut çalışmanın merkezini teşkil eden “*FRAND* taahhüdü çerçevesinde lisanslanan standarda esas patentler¹⁶e ilişkin mahkeme emri uygulamaları” bakımından ABAD ve Avrupa Komisyonu (Komisyon) kararları ışığında AB

¹³ *Federal Trade Commission.*

¹⁴ *FRAND commitment.*

¹⁵ Konunun Amerika Birleşik Devletleri (ABD) rekabet hukuku boyutunun kapsam dışında tutulmasının nedeni, SEP ve *FRAND* kavramları ile fikri haklara dair lisanslama rejimi bakımından kaynak alınan modelin AB mevzuatı olmasıdır. ABD ve Türk rekabet hukuku boyutu bakımından değerlendirme için bkz. YEŞİL, 2017.

¹⁶ Kapsam açısından genel olarak “SEP” kavramından ziyade “*FRAND* taahhüdüne tabi SEP”ler özelinde bir sınırlamaya gidilmesinin nedeni, çalışmanın ikinci bölümünün genelinde de vurgulandığı üzere, *FRAND* taahhüdü altına girmenin SEP sahibi bakımından özel bir rekabet hukuku sorumluluğu getirdiği ve mahkeme emri uygulamalarının rekabet karşıtı sonuçları noktasında görece daha etkili olduğunun rekabet otoriteleri nezdinde kabul ediliyor olmasıdır.

rekabet hukuku yaklaşımı incelenecektir. Son bölümde ise, sunulan kararların karşılaştırmalı analizi temelinde, rekabet hukukunun genel uygulamasında benimsenecek en uygun yöntemin ne olabileceği, tespit ve değerlendirmelerle ortaya konacaktır.

1. “STANDARDA ESAS PATENT”, STRATEJİK LİSANSLAMA UYGULAMALARI ve “FRAND” İLKELERİ

1.1. Genel Olarak

Modern ekonominin temel motor güçlerinden biri olarak kabul edilen “standart”lar,¹⁷ “*mevcut veya gelecekteki ürünler, üretim süreçleri, hizmet veya yöntemlerin uyum içinde olabilecekleri teknik özelliklerin tarifedildiği belgeler*” olarak tanımlanabilmektedir.¹⁸ Standartların beraberinde getirdiği temel faydalar arasında; bir teknolojinin benimsenmesi, üretimde ölçek ekonomisinin yakalanması, firmaların yenilik ve yatırım yapma motivasyonlarının iyileştirilmesi, farklı üreticilere ait tamamlayıcı veya “birleşik ürün”¹⁹lerin eşleşmesi veya birlikte kullanımını sağlamak suretiyle tüketici tercihlerindeki çeşitliliğin artırılması ve böylelikle ürün fiyatlarının düşmesi sıralanabilmektedir.²⁰

“Standart belirleme” kavramı ise; bir ürün veya hizmete ilişkin ortak bir karakterler seti oluşturma sürecini ifade etmektedir.²¹ Standart belirleme faaliyeti genellikle, yatay seviyedeki rakip teşebbüsler arasında işbirliği imkanını/tehlikesini de ihtiva ettiğinden, söz

¹⁷ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2007), “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition”, <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 03.01.2016, s. 33.

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION (2011), “A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020”, <http://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/viq069b2jhzw>, Erişim Tarihi: 20.01.2016, s. 1.

¹⁹ *Component product*.

²⁰ MARASCO, A. A. (2002) “Standards-Setting Practices: Competition, Innovation and Consumer Welfare”, testimony before the Federal Trade Commission and Department of Justice, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020418marasco.pdf>, Erişim Tarihi: 04.01.2016, s. 3.

²¹ OECD (2010), “Policy roundtable on Standard Setting”, DAF/COMP(2010)33, <http://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf>, Erişim Tarihi: 07.01.2016, s. 10.

konusu faaliyet bu yönüyle geçmişten günümüze rekabet hukuku incelemesine tabi tutulmaktadır. Standart belirlemenin rekabetçi süreç üzerinde doğurabileceği potansiyel zararlar arasında; piyasadan dışlamanın kolaylaştırılması, üretim miktarına getirilen/getirilebilecek olan sınırlamalar, koordinasyonla belirlenen yüksek fiyatlara önyak olunması, toplumsal refahın maksimizasyonuna ket vuran tekeli karına yol açılması ve “patent tuzağı”²² bulunmaktadır (OECD 2010, 11-13).

Diğer taraftan, standart kavramının barındırdığı “rekabete aykırı işbirliği/koordinasyon” veya “dışlama” gibi, rekabet otoritelerinin üzerinde yıllardır durageldiği geleneksel rekabetçi endişeler varlığını ve önemini halen korusa da; son yıllarda SEP kavramının, ilgili standarda erişmeyi zorlaştırabilecek/önleyebilecek sonuçlara yol açabilme potansiyeli bakımından, yeni bir rekabetçi kaygı olarak ön plana çıktığı görülmektedir. Kavramsal olarak SEP, sahibi tarafından teknik bir standardın uygulanabilmesi için zaruri olduğu ilan edilen patenti ifade etmektedir (Bera 2015, 1). SEP kavramı esasen; bir teknolojik yeniliğin/buluşun piyasada münhasır olarak kullanılmasını sağlayan “fıkri mülkiyet hakları” (SEP özelinde ise “patent hakları”) ile, ilgili pazarda söz konusu yeniliğin yaygın kullanımını amaçlayan “standartlar” arasındaki etkileşimden doğan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

SEP özelinde gündeme gelebilecek rekabet karşıtı uygulamalar ise temelde; SEP sahibi teşebbüsün elindeki patentli teknolojiyi, ilgili standardın uygulanmasını zorlaştırmak veya önlemek için kullanmak suretiyle diğer firmaları piyasadan dışlaması durumunda ortaya çıkabilmektedir. *FRAND*- adil, makul ve ayrımcı olmayan lisanslama ilkeleri ise, tam da bu noktada, üreticilerin/standart uygulayıcılarının ilgili standarda erişmelerinde ortaya çıkabilecek tüm bu sorunlara çözüm getirmeyi amaçlayan bir taahhüt mekanizması olarak gündeme gelmektedir (FTC 2011, 192).

²² *Patent ambush*. Standardın SBK nezdinde belirlenmesi aşamasında var olan ve niteliği gereği söz konusu standardın uygulanabilmesi için gerekli olan patentin, sahibi tarafından kasıtlı olarak gizlenmesi davranışıdır.

1.2. Standarda Esas Patentler

Yukarıda da tanımlandığı üzere, belirli bir standardın uygulanabilmesi için zaruri/vazgeçilmez olarak ilan edilen tescilli/patentli teknoloji, SEP kavramına işaret etmektedir (Bera 2015, 1). Bu bağlamda, Komisyon’un da ifadesiyle “akıllı telefon veya tabletler gibi standarda tabi ürünlerin bir veya birden çok SEP tarafından kapsanan teknolojileri kullanmaksızın üretilmesi” mümkün değildir.²³

Diğer taraftan “SEP sahibinin rekabet hukuku sorumluluğu” hususunun, son yıllarda rekabet otoritelerinin gittikçe artan yoğunlukta ele aldığı bir mesele haline geldiğini söylemek mümkündür. SEP kavramı bağlamında ortaya çıkabilecek rekabet karşıtı uygulamalar doktrinde temel olarak; SEP sahibinin standardizasyon süreci sırasındaki “yanıltıcı uygulamaları” ve “SEP’(ler)in stratejik kullanımı” şeklinde iki kategoriye ayrılmaktadır (Petrovcic 2014, 79, 103).

Dışlayıcı karakter taşıyan ikinci gruptaki stratejik uygulamalar, ilgili standart resmi anlamda kesinleştikten sonra, yani uygulama safhasına geçilmesini takiben (*ex post*) ortaya çıkmaktadır. Söz konusu standardın kesinleşmesiyle birlikte o standardın kapsadığı patentli teknolojiler de nihai olarak kesinleşmiş olmakta ve ilgili patentler, mevcut standardın uygulanabilmesi bakımından “zorunlu/esaslı” hale gelmektedir. Dolayısıyla da SEP sahibi, standarda konu ürünün tüm üreticileri nazarında kaçınılmaz bir ticari muhatap konumunu almaktadır. Vazgeçilmezliği bir anlamda tescillenmiş olan ve aynı zamanda ilgili patente ve standarda erişim noktasında kontrol gücü elde eden SEP sahibi, örneğin elindeki fikri mülkiyet hakkına yönelik lisans vermeyi reddederek, halihazırda ilgili standarda “kilitlemiş”²⁴ durumda olan

²³ Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics - Frequently asked questions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

²⁴ “Lock-in effect”. Üreticiler genellikle ürünlerinin ilgili standarda uyumunu teminen “standarda özel yatırım (*standard specific investment*)” larda bulunmaktadır. Anılan standart bakımından uygulanma safhasına geçilmesi durumunda ise, üreticinin bir başka alternatif standarda geçiş yapmasının her zaman mümkün olamaması ve kendisini ilgili standarda “kilitli” halde bulması gündeme gelebilmektedir ki bu durum, SEP sahibinin söz konusu üreticiler aleyhine “engelleme” mekanizmasını kullanımını kolaylaştıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

ve “standarda özel yatırım” veya “batık yatırım”²⁵ hasreden üreticileri alt pazarın dışına itebilecek gücü elinde bulundurmaktadır.²⁶ Bunun yanı sıra; SEP’in, sahibine belli bir pazar gücü atfedebildiği hallerde, söz konusu gücün üreticiler aleyhine bir “engelleme” mekanizması olarak kullanılması ya da “fahiş lisans ücretleri” ve/veya rekabet etmeyi zorlaştırıcı başka lisans hükümleri (örneğin makul olmayan veya ayrımcı hükümler) dayatılması gündeme gelebilmektedir. Bu da anılan pazardaki ürün çeşitliliği, kalitesi, fiyatı ve yenilik motivasyonu üzerinde olumsuz etkilere yol açabilecektir.²⁷

SEP kaynaklı rekabet karşıtı uygulamalardan birinci kategoride yer alan “patent tuzağı”, SEP sahibinin *ex post* lisanslama davranışlarına odaklanan mevcut çalışma kapsamına dahil edilmemiştir. İkinci grup uygulamalar ise kendi içerisinde “lisanslamanın reddi”, “engelleme” ve “mahkeme emri uygulamaları” şeklinde alt başlıklar halinde ele alınacaktır.

1.3. Stratejik Lisanslama Uygulamaları

1.3.1. Lisanslamanın Reddi

AB rekabet hukuku²⁸ kapsamında, “fikri hakların lisanslanmasının reddi”, birtakım “özel şartlar”²⁹ın da varlığı ışığında, hakim durumun kötüye kullanımı teşkil edebilmektedir. Benzer şekilde, SEP’e ilişkin lisans vermeyi reddetme davranışı da, söz konusu SEP’i ürünlerinde uygulayan firmaların ilgili ürün pazarından dışlanmasına yol açabilmesi

²⁵ *Sunk investment*.

²⁶ FARRELL, J., HAYES, J., SHAPIRO ve SULLIVAN, T. (2007), “Standard Setting, Patents and Hold-up”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 3, s. 603–670

²⁷ OECD (2014a), “Intellectual Property and Standard Setting”, Background note by the Secretariat, DAF/COMP(2014)27, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)27&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)27&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 13.11.2015, s. 15.

²⁸ Bkz. Case C-241-242/91 P, RTE&ITP (**Magill**), [1995] E.C.R. I-743.; Case 418-01, **IMS Health v. NDC Health**, 2004 E.C.R. I-5039; COMP/C-3/37.792 **Microsoft C(2004) 900**; Case T-201/04, **Microsoft**, [2007], E.C.R. II-3601.

²⁹ Söz konusu özel şartlar, AB rekabet hukuku kapsamında fikri hakların lisanslanmasının reddi davranışları bakımından yapılan analizde “olağandışı şartlar (*exceptional circumstances*) olarak ifade edilmektedir.

yönüyle rekabet hukuku incelemesine tabi olabilmektedir. Ancak SEP’ler özelindeki lisanslamanın reddi davranışının -özellikle de bir FRAND taahhüdü söz konusu iken- fikri hakların lisanslanmasının reddine ilişkin değerlendirmede izlenen yöntemlerden farklı ele alındığı belirtilmelidir.

1.3.2. Engelleme

Literatürde engelleme mekanizması tarif edilirken genel olarak; en az bir bileşeni belli bir patent tarafından kapsanan nihai bir ürünü üreten, kullanan veya satan kullanıcı veya kullanıcıların oluşturduğu alt pazar ile üst pazarın arz ettiği dikey zincir yapılanmasına atıf yapılmaktadır.³⁰ Söz konusu dikey yapı çerçevesinde ilgili standardın uygulanmasına yönelik olarak bir takım yatırımlar yapmak zorunluluğu olduğu durumlarda, taraflardan birinin, anılan “standarda özel yatırımları” halihazırda gerçekleştirmiş olan bir diğerini engelleme riski gündeme gelebilmektedir.³¹ Zira, bir standart üzerine nihai olarak mutabakata varılması öncesinde (*ex ante* süreçte), mevcut standart tarafından kapsama hususunda birbiriyle rekabet eden birden çok alternatif patent söz konusu olabilmekteyken, *ex post* durumda, belli bir standart için seçilmiş olan teknolojinin artık alternatifi ile ikame edilmesi ve diğer bir standarda geçiş yapılabilmesi, standart uygulayıcıları/ üreticiler bakımından ikincil maliyetler anlamına gelecektir. Netice itibarıyla de, patent sahibinin fahiş lisans ücretleri talep edebildiği veya rekabet karşıtı lisans hükümlerini dayatabileceği bir gücü elinde bulundurmasından söz edilebilecektir.³²

Bunların yanı sıra, fikri mülkiyet hakkı sahibi şirketlerin ilgili ürünlerini “engelleme” korkusuyla geri çekmesi nedeniyle

³⁰ COTTER, T. F. (2009), “Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses”, *34 Journal of Corporate Law* 1151, Vol:34:4, s.101-158, s. 110.

³¹ BEKKERS, R. (2015) “Concerns And Evidence For Ex-Post Hold-Up With Essential Patents”, Eindhoven University of Technology, The Netherlands, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663939, Erişim Tarihi: 05.02.2016, s. 4.

³² U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2007), “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition”, <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 03.01.2016, s. 37-40.

karşılaşılabilecek “yenilik” oranında düşüş riski³³ ile potansiyel üreticilerin standartlı teknolojiye yatırım yapma hususunda çekimser kalmaları riski de, engelleme uygulamalarının barındırdığı rekabetçi kaygılar arasında yer almaktadır.³⁴

Diğer taraftan, patent sahibinin patent uygulayıcıları/üreticiler aleyhine “mahkeme emri” elde etmesi veya salt olarak “mahkeme emrine başvuracağına dair tehditte bulunması”nın da engelleme meselesiyle sıkı bir ilişki içinde olduğu kabul edilmektedir. Lemley ve Shapiro³⁵’ya göre:

“Patent sahibinin, alt pazarda faaliyet gösteren uygulayıcıları, [patente konu] ürünlerini pazardan çekmeye zorlayacak nitelikte mahkeme emri tehdidinde bulunması çok güçlü etkide olabilmektedir. Talebe konu mahkeme emrinin; karmaşık, kar edilebilir ve popüler nitelikteki bir nihai ürünün tek ve küçük bir bileşenine ilişkin olması halinde, söz konusu tehditler lisans müzakerelerini büyük oranda etkileyebilmektedir. [Zira], mahkeme emri tehditleri, [tehdide maruz] kalan davalının ihlal iddiasına konu ürünün tasarımı, üretimi, ticareti ve satışı adına halihazırda ağır yatırımlar yapmış olması halinde kuvvetli bir engelleme unsuru içermektedir.”

Yukarıda anılan rekabet karşıtı etkileri nedeniyle, Komisyon tarafından engelleme meselesine Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (ABİDA)’nın 101. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz³⁶ (AB Yatay Kılavuzu) kapsamında aşağıda yer verilen ifadelerle dikkat çekildiği görülmektedir:

“(...) standart belirleme özelinde, fikri mülkiyet hakkı sahibi anılan haklıdan dolayı ilgili standardın kullanımı üzerinde kontrol elde edebilir.

³³ SHAPIRO, C. (2001), “Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting”, in Jaffe A.B., Lerner J. and S. Stern (eds.), Innovation Policy and the Economy, Vol. 1, MIT Press, s. 119–150, s. 7.

³⁴ US DEPARTMENT OF JUSTICE and US PATENT AND TRADEMARK OFFICE Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments (2013), January, http://www.uspto.gov/about/offices/ogc/Final_DOJPTO_Policy_Statement_on_FRANDSEPs_1-8-13.pdf, Erişim Tarihi: 20.12.2015, s. 4.

³⁵ LEMLEY, M. ve SHAPIRO, C. (2007), ‘Patent Holdup and Royalty Stacking’, *Texas Law Review*, Vol. 85, s. 1990–2049, s. 1992-1993.

³⁶ Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, Official Journal C, 11, 14.1.2011, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal.html>, Erişim Tarihi: 24.01.2016.

*Standardın giriş engeli arz ettiği durumlarda, mevcut standardın ilgili olduğu ürün veya hizmet pazarı [fikri mülkiyet sahibi] şirketçe kontrol edilebilir. Söz konusu durum da şirketlerin rekabet karşısı davranışlarda bulunmasına imkan sağlayabilir. Örneğin, standardın kabul edilmesinden sonra ilgili fikri mülkiyet hakkı sahibi lisanslamayı reddetmek veya söz konusu standarda etkin erişimi önleyecek şekilde fahiş lisans ücreti uygulamak suretiyle standart kullanıcılarını engelleyebilir.*³⁷

1.3.3. Mahkeme Emri Uygulamaları

Mevcut çalışma özelinde rekabet hukuku bakımından incelenen mahkeme emri kavramı genel itibariyle; SEP sahibi teşebbüsün, söz konusu SEP’in ihlal edildiği gerekçesiyle yargıya başvurmak suretiyle elde ettiği; anılan ihlalin sonlandırılması yönünde davalıyı belli bir davranıştan kaçınmaya zorlayan yahut o davranışı sürdürmekten men eden ve ihlalden doğan zararların ortadan kalkmasını amaçlayan yargı kararına işaret etmektedir. Anılan emir genel itibariyle; patent hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün giderilmesi, patent hakkına tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere, bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara ve patente bağlı bir usulün kullanımını sağlayan araçlara el konulması, patent hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, el konulan ürünlerin ve araçların şekillerinin değiştirilmesi veya patent hakkına tecavüzün önlenmesi için -kaçınılmaz ise- imhası uygulamalarını kapsamaktadır. Mahkeme emri, ihtiyati tedbir³⁸ formunda “geçici veya

³⁷ AB Yatay Kılavuzu, para.289.

³⁸ İhtiyati tedbir müessesesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki “Geçici Hukuki Korumalar” başlıklı 10. kısım kapsamında düzenlenmektedir. Anılan Kanun’un 389. maddesinde ihtiyati tedbirin, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyumsuzluk konusu hakkında verilen karar olduğu ifade edilmektedir. Aynı Kanun’un 391. maddesinde ise ihtiyati tedbirin kapsam olarak, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediimine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü uygulamayı içerdiği belirtilmektedir.

ara karar”³⁹ olarak uygulanabildiği gibi, nihai yargı kararını ifade eden “kesin emir”⁴⁰ şeklinde de uygulanabilmektedir.⁴¹

Atlantik’in her iki yakasındaki rekabet otoritelerinin güçlü rekabetçi endişeler dile getiregeldiği mahkeme emri enstrümanı (Petrovcic 2014, 119), özellikle “FRAND’e tabi SEP’ler”⁴² bağlamında kullanıldığında engellemeye imkan sağlayabilmesi yönüyle rekabet hukuku incelemesine değer görülmektedir.⁴³ Zira SEP kavramı perspektifinden bakıldığında mahkeme emri mekanizması en uç noktada, ilgili SEP’in uygulandığı tüm ürünlerin piyasadan dışlanması sonucunu beraberinde getirebilecek ve bu nedenle de kayda değer mali kayıplara maruz kalan üreticileri, külfetli lisans hükümlerini kabul etmeye zorlayabilecek potansiyeldedir.

Bu bağlamda lisans müzakerelerini sarsarak SEP sahibi teşebbüsün stratejik lisanslama davranışlarına girişmesini kolaylaştırabilen mahkeme emri uygulamaları, son tahlilde standardizasyon faaliyetlerine ve söz konusu faaliyetlerden elde edilen pazar ve tüketici kazanımlarına zarar vererek, nihai düzeyde de rekabet düzeni için bir tehlike arz edebilecektir.

1.4. Standarda Esas Patent ve Pazar Gücü Etkileşimi

SEP kavramına yönelik sunulan teorik çerçeve ve SEP’ler özelinde ortaya çıkabilecek rekabetçi endişelere ilişkin açıklamaların akabinde, ister istemez SEP’in sahibine bir pazar gücü ithaf edip etmediği, eğer ediyorsa bunun bir hakim durum seviyesinde olup olamayacağı sorusu

³⁹ *Interim injunction*.

⁴⁰ *Permanent injunction*. “Kesin emir” tabiri için bkz. TOKGÖZ, E. (2015), Düşük Karbon Ekonomisine Geçiş ve Rekabet Politikası, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 37. Mevcut çalışma kapsamında mahkeme emri terimi, “kesin emir” ve “ihtiyati tedbir kararı”nı kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

⁴¹ COTTER, T.F. ve GOLDEN, J. M. (2015), “Empirical Studies Relating to Patents-Remedies”, Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 15-31, s. 1-2.

⁴² *FRAND encumbered SEP*. Mevcut çalışma kapsamında “FRAND yüklü/FRAND’e tabi” tabirleri, FRAND ilkeleri uyarınca lisanslanan SEP’leri ifade etmektedir.

⁴³ AB örneği için bkz. Press Release, Antitrust: Commission Open Proceedings Against Motorola, IP/12/345 (March, 4 2012), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-345_en.htm, Erişim Tarihi: 19.12.2015 ve ABD örneği için bkz. Complaint Motorola Mobility LLC, and Google Inc., File No. 121 0120, F.T.C. (June, 3 2013)

akla gelmektedir. Öncelikle belirtilmelidir ki, SEP sahibinin tek taraflı davranışlarının ele alındığı ilgili rekabet hukuku ve mahkeme kararlarına bakıldığında, pazar gücü ve SEP ilişkisinin değerlendirilmesine ilişkin yerleşik ve genelgeçer bir içtihattan bahsedebilmek mümkün görünmemektedir.

Diğer taraftan, AB rekabet hukuku sistemi kapsamında patent hakkı ve SEP’e sahip olmanın, tek başına pazar gücü sağlamaya yeterli olmayacağı ve söz konusu analizin her bir somut vaka özelinde yapılması gerektiği bir ilke olarak kabul edilmektedir.⁴⁴ Nitekim AB sisteminde, Komisyon tarafından açıkça belirtildiği üzere:

“Bir standart tarafından kapsanmak, fikri mülkiyet hakkı sahipleri bakımından pazar gücü yaratan veya mevcut konumu güçlendiren bir unsur olsa da (...) standart esaslı fikri mülkiyet hakkı sahibi olma veya söz konusu hakkı kullanmanın, pazar gücü (...) sahibi olmakla eşdeğer tutulacağına dair bir karine mevcut değildir.”⁴⁵

Bununla birlikte, SEP’lerin sahibine kayda değer bir pazar gücü bahsettiği yönünde kanaat bildirilen Komisyon kararları da mevcuttur. Örneğin *Google*⁴⁶ kararında Komisyon tarafından, her bir SEP’in müstakil olarak ilgili teknoloji pazarı teşkil ettiği kanaatine varılmıştır. Benzer şekilde *Motorola* kararında da⁴⁷ Komisyon tarafından *GPRS*⁴⁸ standardı için esaslı olan SEP’in lisanslaması hususunda adı geçen şirketin hakim durumda olduğu değerlendirilmiştir.⁴⁹ ⁵⁰ Dolayısıyla

⁴⁴ Patent hakkının bizatihi pazar gücü sağlamayacağına ilişkin AB içtihadı için bkz. Joined Cases C-241/91 p ve C-242/91 P Radio Telefís Eirann (RTE) ve Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities, ECR I-00743, at 46 (1995).

⁴⁵ AB Yatay Kılavuzu, para. 269

⁴⁶ Case No. COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility of 13 February 2012. Public decision http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf, Erişim Tarihi: 03.12.2015.

⁴⁷ Case No. COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility of 13 February 2012, Public decision, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2015.

⁴⁸ GPRS (*General Packet Radio Service*): Hücresel mobil telefon ve internet şebeke şebekelerine kablosuz erişimi büyük oranda basitleştiren ve geliştiren taşıyıcı servisedir.

⁴⁹ Komisyonun *Google* ve *Motorola* kararları, mahkeme emri uygulaması yönüyle “2.bölüm” kapsamında incelenmektedir.

⁵⁰ Söz konusu hakim durum tespiti ise iki ana faktör üzerine inşa edilmiştir: “Motorola’nın “Cudak” adlı SEP’inin GPRS standardı için vazgeçilmezliği faktörü” ve” söz konusu endüstrinin anılan standarda kilitlenmiş (*lock-in to standard*) olması.” Anılan tespit

hakim durum değerlendirmesi, mevcut çalışmanın ilgili kısmında değinilen engelleme meselesi ile sıkı sıkıya bir ilişki içerisinde bulunmaktadır.

Özetlemek gerekirse, Komisyon'un yukarıda örnek verilen kararları ile ilgili hukuki düzenlemeler bir bütün halinde dikkate alındığında, AB rekabet hukuku bakımından patentli teknolojinin mevcut standart tarafından kapsanması halinde, SEP sahibinin pazardaki konumunun bundan kesinlikle etkileneceği; ancak anılan durumun, mutlak olarak ilgili pazarda bir hakim konum veya tekel sonucuna götürmeyebileceğini söylemek mümkündür.

1.5. FRAND İlkeleri

1.5.1. Genel Olarak

“Adil, makul ve ayrımcı olmayan lisanslama koşulları”nın işaret ettiği *FRAND* ilkeleri temel anlamda, standardizasyon süreçlerinden kaynaklanabilecek potansiyel sorunların asgariye indirilmesini teminen bir yönetim ve çözüm mekanizması olarak gündeme gelmektedir.⁵¹ Bu bağlamda *FRAND* ilkelerinin bir fikri mülkiyet politikası olarak benimsenmesinde SBK'ların somut menfaati bulunmaktadır. Zira söz konusu rejim, ilgili standartlara erişimi *FRAND* ilkeleri çerçevesinde ve tüm üreticiler için mümkün kılmak suretiyle söz konusu standardı bir giriş engeli olmaktan çıkarmakta ve ayrıca, SBK'ların varlık

altında yatan gerekçe ise DOJ ve FTC tarafından (2007, 37-40) şöyle açıklanmıştır: Bir patent standart içine dahil edildiğinde, “eğer standart belirlendikten sonra başka bir teknolojiye geçiş yapmak standart kullanıcıları için maliyetli oluyor ise, patent sahibi bu konumunu kötüye kullanabilir.”

⁵¹ ANGELOV, M. (2013), The “Unexceptional Circumstances” Test: Implications for FRAND commitments from the Essential Facilities doctrine under Article 102 TFEU”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324072, Erişim Tarihi: 24.11.2015, s. 7.

Bu noktada fikri mülkiyet haklarının (rekabet otoriteleri dahil) kamu otoriteleri eliyle tek taraflı olarak “zorunlu lisanslanması” yönteminin, SBK çatısı altında ve sözleşme serbestisi çerçevesinde gerçekleştirilen FRAND temelli lisanslama rejiminden; başta işlemi yürüten merci olmak üzere, yöntem ve içerdiği hükümler bakımından farklılaştığı belirtilmelidir. Karşılaştırmalı bilgi için bkz. RAGAVAN, S., BRENDAN M. ve DAVE, R. (2015)† “Frاند v. Compulsory Licensing: the Lesser of the Two Evils”, *Duke Law & Technology Review*, Vol: 14, No:1, s. 83-120, s. 115-119.

sebebi olan standartların yaygın kullanımını sağlama işlevini de yerine getirmektedir. Nitekim uygulamada, çok sayıda SBK'nın katılımcılarından ellerindeki SEP'leri “ücretsiz olarak”⁵² veya *FRAND* ilkeleri uyarınca lisanslamalarını istediği görülmektedir.⁵³ Ancak anılan ilkeler halihazırda evrensel bir tanımlamaya kavuşturulmuş değildir.⁵⁴

Uygulamaya bakıldığında ise, AB rekabet hukuku bakımından Komisyon yahut üye devletler bünyesindeki ulusal rekabet mercilerinin, *FRAND* ilkelerinin yorumlanması noktasında bir tasarrufu olmadığını söylemek mümkündür. Zira Komisyon'un da ifadesiyle, lisans ücretinin makul olup olmadığının tespit edilmesine ilişkin en doğru adres mahkemeler yahut tahkim mercileridir.⁵⁵

⁵² *Royalty-free*.

⁵³ Üyelerinden *FRAND* ilkeleri uyarınca lisans taahhüdü vermelerini bekleyen SBK'lara örnek olarak verilebilecek Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü (*European Telecommunications Standards Institute-ETSI*), standart belirleme sürecine konu olan bir standart bakımından elinde SEP bulduran gerçek/tüzel kişilerin, bu patentlerini *FRAND* uyarınca lisanslamayı reddetmeleri halinde, ilgili SEP'e konu teknolojinin alternatifinin bulunup bulunmamasına ve anılan şahısların ETSI üyesi olup olmamalarına göre farklı politikalar izlemektedir. Bkz. Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of Gprs Standard Essential Patents, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf Erişim Tarihi: 03.12.2015, para. 53-73.

⁵⁴ MARINIELLO, M. (2011), “Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) terms: a challenge for competition authorities”, *Journal of Competition Law & Economics*, 7(3), pp. 523-541, s. 4.

⁵⁵ Bkz. European Commission Frequently Asked Questions (29 April 2014) on ‘Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics’, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm Erişim Tarihi: 20.12.2015. Ancak şu da belirtilmelidir ki, makul lisans ücretinin ne kadar olması gerektiği konusunda müdahil olmayan/olması da beklenemeyecek olan rekabet otoritelerinin, anılan ücreti; hakim durumun aşırı veya yıkıcı fiyatlama yoluyla kötüye kullanılması bağlamında incelemesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu paralelde; mobil iletişim hizmetlerine ilişkin çipsetlerin lisanslanması pazarında hakim durumda olan Qualcomm şirketinin, bu konumunu yıkıcı lisans fiyatlaması yoluyla kötüye kullandığına dair Komisyon kararı hakkındaki durumu için bkz: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-421_en.htm (Erişim Tarihi: 10.05.2018). Ayrıca, Hindistan ve Çin rekabet otoriteleri tarafından somut uyumsuzluk bağlamında ilgili SEP'lere ilişkin lisans ücretinin makul olmadığı yönünde verilen kararlar da mevcuttur. Hindistan rekabet otoritesinin Ericsson hakkındaki kararları için bkz. <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/261/762013.pdf>; ve <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/261/502013.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.01.2016). Çin Milli Kalkınma ve Reform Komisyonu (MOFCOM) tarafından InterDigital hakkında verilen karar için bkz. <http://www.law360.com/articles/534395/global-approaches-to-standard-essential-patents> Erişim Tarihi: 12.02.2016.

1.5.2. Makul Lisans Ücreti İlkesi

Yukarıda değinilen amaçlar doğrultusunda, *FRAND* ilkeleri çerçevesinde belirlenen lisans ücretinin, engelleme sorununu bertaraf edebilecek bir orana tekabül etmesi gerekliliği mevcuttur; aksi takdirde söz konusu mekanizmanın varlık sebebini ifa edememesi söz konusu olacaktır (Petrovic 2014, 13). Bununla birlikte, anılan ücretin aynı zamanda fikri mülkiyet sahibini, elindeki değerli hakları mevcut standardın katkısına iradi olarak sunduğu için ödüllendirecek düzeyde belirlenmesi gerekliliği de göz ardı edilmemelidir.⁵⁶

Bahsi geçen kayguların giderilebilmesi için, *FRAND* taahhüdü altına giren patent sahibi ile ilgili patentli teknolojiyi lisanslamak isteyen üreticiler/uygulayıcılar arasında lisans anlaşması akdedildiği an itibariyle, her iki taraf için de makul olarak nitelendirilebilecek bir ücret miktarına ulaşılması gerekmektedir.⁵⁷ Bu tespitlerden hareketle “makul olma” koşulunun değerlendirilmesinde, patent sahibi ile lisans alan arasında, standardın belirlenmesinden önce (*ex ante*) yapıldığı varsayılan müzakere şartlarından yola çıkılmaktadır.⁵⁸

Standart belirleme süreci bağlamında *ex ante* müzakere doktrininin rekabet otoriteleri tarafından da zamanla benimsendiği görülmektedir. Örneğin Komisyon tarafından ifade edildiği üzere, katılımcı firmaların ellerindeki teknolojilere ilişkin nihai lisans hükümlerini standardizasyon sırasında alenen paylaşması, SBK'lar için; ilgili standart tarafından kapsanacak teknolojilere dair kalite ve fiyat unsurlarının belirleyebilme kolaylığı sağlayacaktır.⁵⁹

⁵⁶ GINGSBURG, D. H., WONG-ERWIN, K. W. ve WRIGHT, J. D. (2015) “The Troubling Use of Antitrust To Regulate FRAND Licensing”, *CPI Antitrust Chronicle*, Vol: 10, No: 1, s. 2-8, s. 2-3

⁵⁷ BROOKS, R. G. ve GERADIN, D. 2010, “Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1645878, Erişim Tarihi: 20.01.2016, s. 2.

⁵⁸ WINSTON, T. (2006), “Innovation and Ex Ante Consideration of Licensing Terms in Standard Setting”, Economic Analysis Group Discussion Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015059, Erişim Tarihi: 21..01.2016, s. 4.

⁵⁹ AB Yatay Kılavuzu, para. 299.

Diğer taraftan, “makul ücret”in değerlendirilmesinde esas alınacak kriterler hususunda rekabet camiasında bir uzlaşma olmadığı ve konuya ilişkin literatürde iki yöntemin ön plana çıktığı görülmektedir:

- (1) Patentin mevcut standart nezdindeki değeri
- (2) Standardın lisans alanın ürünleri nezdindeki değeri (OECD 2014a, 19-20).

1.5.2.1. Patentin Standart Nezdindeki Değeri

SEP için rekabet eden alternatif teknolojilerin varlığı durumunda, lisans ücretinin anılan alternatiflere olan “son birim yararı” uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir.⁶⁰ Örneğin, standardın değerini önemli ölçüde azaltmayan farklı teknolojilerin rekabet halinde olması söz konusuysa, SEP ücreti görece daha düşük belirlenmelidir (Petrovcic 2014, 180). Patentli teknolojinin ilgili standardın seçildiği an itibariyle geçerli olan alternatiflere olan marjinal değerinin esas alınmasını öngören mevcut yöntem literatürde aynı zamanda “marjinal değer kuralı” olarak anılmaktadır.^{61 62}

1.5.2.2. Standardın, Lisans Alanın Ürünleri Nezdindeki Değeri

Farazi müzakerenin neticesinde rol oynayan faktörlerden bir diğeri de standardın lisans alanın ürünü nezdindeki değeridir. Zira, aynı standardın farklı uygulamalarda kullanılabilir olması nedeniyle, lisans alanların o standarda atfettikleri değer de doğal olarak farklılaşmaktadır. Örneğin, WiFi standardının oyun konsolları üreticisi için arz ettiği önem ile cep telefonu veya tablet üreticisi için arz ettiği önem aynı olmayabilecektir (OECDa 2014, 20).

⁶⁰ SIEBRASSE, N. V. ve COTTER, F. T. (2015) “The Value of the Standard,” <http://ssrn.com/abstract=2636445>, Erişim Tarihi: 02.01.2016, s. 30-35.

⁶¹ LAYNE-FARRAR, A. ve ERWIN, K. W.(2014), “Methodologies for Calculating FRAND Royalty Rates and Damages: An Analysis of Existing Case Law”, Law360, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2668623, Erişim Tarihi: 06.01.2016, s. 10.

⁶² Bu noktada ek bir bilgi olarak, ABD rekabet otoriteleri tarafından “marjinal değer kuralı” yönteminin benimsendiği belirtilebilir. Bkz. FTC (2011, 23).

1.5.2.3. Makul Lisans Ücretine İlişkin AB ve Türkiye Rekabet Modelleri

AB modeline bakıldığında, Komisyon'un, yukarıda bahsedilen "marjinal değer kuralı"ndan farklı bir yaklaşım benimsediği göze çarpmaktadır. AB Yatay Kılavuzu kapsamında, lisans hükümlerinin "adil" ve "makul" olup olmadığının değerlendirilmesinde, lisans ücretinin "fıkrî mülkiyet hakkının ekonomik değeriyle makul bir ilişki içinde olması"⁶³ bakımından incelenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

AB Yatay Kılavuzu çerçevesinde aynı zamanda, *FRAND*'e tabi lisans ücretlerinin adil ve makul olup olmadığının tespitinde hangi kriterlerin kullanılabileceğine yönelik yol gösterici öneriler, tahdidi olmayan bir liste halinde sunulmaktadır. Buna göre yapılacak ücret analizinde;

- Fıkrî mülkiyet hakkı sahibinin, piyasa ilgili standart ile kapatılmamışken geçerli olan rekabetçi ortamda belirlediği lisans ücreti ile (*ex ante*), piyasa kapatıldıktan sonraki şartlar altında belirlediği ücreti (*ex post*) karşılaştırılması,
- Fıkrî mülkiyet portföyünde yer alan ilgili standardın esaslılığı ve objektif merkezîyetçiliği⁶⁴ bakımından yapılacak bağımsız uzman değerlendirmesi,
- Somut ihtilafın elverdiği ölçüde, özel standart belirleme sürecinin söz konusu olduğu hallerde lisans hükümleri kapsamındaki *ex ante* beyan yükümlülüklerine atıf yapılması,
- İlgili fıkrî mülkiyet hakkıyla karşılaştırılabilir olan diğer hakların lisans ücretlerinin irdelenmesi

seçenekleri tercih edilebilecektir.⁶⁵

1.5.3. Lisans Ücretinde "Ayrım Gözetmeme" İlkesi

Ayrım gözetmeme ilkesine ilişkin standart ekonomik tanım, SEP sahibinin hiçbir koşulda ayrımcı davranmamasını ve tüm lisans alanlara aynı hükümleri öngörmesini şart koşmaktadır.⁶⁶ Ancak literatürde,

⁶³ AB Yatay Kılavuzu, para. 289.

⁶⁴ *Objective centrality*.

⁶⁵ AB Yatay Kılavuzu para., 289, 290.

⁶⁶ CARLTON, D. ve SHAMPINE, A. (2013), "An Economic Interpretation of FRAND", <http://ssrn.com/abstract=2256007>, Erişim Tarihi: 24.12.2016, s. 9.

anılan ilkenin bu şekilde katı yorumlanmasının, istenmeyen rekabet karşısı sonuçlara yol açabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.⁶⁷ Bu bağlamda, lisans hükümlerinin *FRAND* taahhüdü çerçevesinde farklılaşmasına izin verilebileceği ve hatta verilmesi de gerektiği, “ayırım gözetmeme” ilkesinin “benzer konumda olanlara benzer muamele” yaklaşımını öngördüğü yönündeki görüşün literatürde hakim olduğu belirtilmelidir⁶⁸ (Carlton ve Shampine 2013, 10).

Diğer taraftan, Carlton ve Shampine (2013, 10-11) benzer konumda olmaya ilişkin iki seçenek sunmuşlardır: İlk seçeneğe göre; “standarda dahil edilebilecek olan en yakın ikinci alternatifte kıyasen patentli teknolojiyenin aynı marjinal faydayı elde etme beklentisi içinde olan firmalar” benzer konumda addedilebilecektir. Bu doğrultuda, farklı piyasalarda faaliyet gösteren ve ilgili patentli teknolojiyenin farklı marjinal değer elde eden ürünler üreten firmalar, anılan yöntem uyarınca, farklı lisans ücretlerine tabi olabilecektir.

İkinci seçeneğe göre ise firmalar ilgili standarda, mevcut ürününün içerisindeki “aynı ortak bileşen”⁶⁹ için katılmaları halinde benzer konumda kabul edileceklerdir. Ancak, teoride bu seçeneğin de yukarıda değinilen ayrımcılık türlerini körükleyecek şekilde daha az etkinliğe yol açacağı ifade edilmektedir; zira patenti aynı içerikte uygulamasalar dahi şirketlerin ilgili teknolojiye atfettikleri değer farklılaşabilmektedir (Siebrasse ve Cotter 2015, 32-33).

Nihai olarak, “ücrette ayırım gözetmeme ilkesi”nin yorumunda hassas ve ılımlı bir dengenin gözetilmesi gerektiği unutulmamalıdır; zira söz konusu ilkeye dair aşırı dar bir yorum, iktisadi etkinlik ve standartların yaygın olarak benimsenmesi aleyhine olacak ölçüde ayrımcı uygulamaları kısıtlayabilecek iken; aşırı geniş bir yorum da rakiplere karşı dışlayıcı stratejik davranışlara imkan tanıyabilecektir.

⁶⁷ Anılan görüşler için bkz. OECD 2014a, 22-23; Sidak 2013, 996

⁶⁸ Ayrıca bkz. GILBERT, R. (2011), “Deal or No Deal? Licensing Negotiations in Standard-Setting Organizations”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 3, s. 855–888, s. 21-22 ve SIDAK, J. (2013), “The Meaning of FRAND, Part I: Royalties”, *Journal of Competition Law & Economics*, 9(4), s. 931–1055, s. 998.

⁶⁹ *Same common component.*

2. “FRAND’E TABİ OLAN STANDARDA ESAS PATENT” BAKIMINDAN MAHKEME EMRİ UYGULAMALARI

2.1. Genel Olarak

Belli başlı tüm yargı rejimlerinde, patent hakkı sahibinin patente konu buluşu ve/veya usulü kullanma, üretme, satma, satmayı önerme veya ithal etme konusunda münhasır hak ve yetkilerle donatıldığı ve ilgili patentin üçüncü kişilerce ihlal edilmesine karşı korunmasının temin edildiği fikri mülkiyet hukuku sistemleri yürürlükte. Bununla birlikte anılan korunmanın kapsamı ve içeriği, yargı rejimleri arasında farklılık göstermektedir.

Örneğin; ABD, Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya gibi içtihat hukuku kökenli ülkelerde mahkeme emri enstrümanı “hakkaniyete dayanan kanun yolu⁷⁰” olarak kabul edildiğinden, mahiyeti itibariyle mahkemelerin takdir yetkisini ilgilendirmektedir.⁷¹ Keza Çin modelinde de; yargı mercileri mahkeme emri talebini incelerken kamu yararı ve tarafların karşılıklı menfaatleri gibi kriterler çerçevesinde takdir yetkisi kullanabilmektedir.⁷² Buna karşılık; Almanya, Fransa, İsviçre, Hollanda, Avusturya vb. Kıta Avrupası ülkelerindeki hukuk sistemlerinde ise patent ihlali kanıtlandığı takdirde genellikle mahkeme emrine hükmedildiği, bir başka deyişle mahkemenin sınırlı istisnalar ve savunma argümanlarıyla törpülenmiş bir takdir yetkisini haiz olduğu modeller ağırlıktadır (Cotter 2013, 245-246, 305).

⁷⁰ *Equitable remedy*.

⁷¹ COTTER, T. F. (2013), “The Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties”, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-40, s. 179-182, SPRIGMAN, C. J. (2013) “Berne’s Vanishing Ban on Formalities,” 28 *Berkeley Technology Law Journal*, s. 1565-1582, s. 1572.

⁷² BIRD, R. (2013), “A Guide to Patent Litigation”, June 2013, [http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/A%20guide%20to%20patent%20litigation%20in%20Spain\(1\).pdf](http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/A%20guide%20to%20patent%20litigation%20in%20Spain(1).pdf), Erişim Tarihi: 18.01.2016, s. 14.

2.2. Mahkeme Emrinin “FRAND’e Tabi Olan Standarda Esas Patent”ler Hakkında Uygulanabilirliği Sorunu

2.2.1. Konuya İlişkin Görüşler

Yukarıda belirtildiği üzere, dünya genelindeki yargı modellerinin birbirinden farklılıklar içermesine rağmen evleviyetle bulunduğu ortak payda; mahkeme emri talep hakkının, fikri mülkiyet hakkı sahibine söz konusu haktan kaynaklanan ve bu nedenle de hukuken korunmaya değer olan meşru menfaatleri gereği tanınmış bir enstrüman olduğudur. Diğer taraftan; “FRAND’e tabi olan SEP’ler” söz konusu olduğunda mahkeme emri uygulamalarının farklı ele alınıp alınmaması gerektiği hususu ise literatürde yoğun olarak tartışılmaktadır.

Örneğin; Lemley ve Shapiro (2007, 1994-1995), Dolmans⁷³ ve Miller⁷⁴ tarafından, elindeki patenti gönüllü olarak *FRAND* taahhüdü altında lisanslamayı kabul eden SEP sahibi teşebbüsün, mahkeme emri talep etme hakkından zımnen vazgeçmiş olacağı, bu doğrultuda, lisans bedelinin tazminini sağlayan kanun yollarının yeterli sayılması gerektiği savunulmuştur. Söz konusu görüşü eleştiren Geradin ve Rato⁷⁵’ya göre ise; *FRAND* taahhüdünü mahkeme emri talep etmenin önünde kategorik bir yasak olarak addetmek, bir haktan feragat etmek için aleniyet şartı arayan pek çok yargı sistemindeki sözleşme hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Adı geçen yazarlar aynı zamanda, mahkeme emri talebinin standart uygulayıcılarını iyi niyetle pazarlık masasına getirmek adına önemli bir teşvik aracı olduğunu ileri sürmektedir.

Öte yandan, “FRAND’e tabi SEP’lere ilişkin mahkeme emri uygulamaları” bakımından “rekabet hukukunun uygulanabilirliği

⁷³ DOLMANS, M. (2002), “Standards for Standards”, *Fordham International Law Journal*, Vol: 26, s.163-208, s. 205

⁷⁴ MILLER, J. S. (2006), “Standard Setting, Patents and Access Lock-in: RAND Licensing and the Theory of the Firm”, *Lewis & Clark Law School Research Paper Series*, <http://www.ssrn.com/link/Lewis-Clark-LEG.html>, Erişim Tarihi: 14.01.2016, s. 23.

⁷⁵ GERADIN, D. ve RATO, M. (2006), “Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946792, Erişim Tarihi: 04.01.2016, s. 16.

ve/veya nasıl uygulanması gerektiği” sorusu da literatürde tartışılan önemli hususlarından. Zira patentin ihlal edilmesi halinde yürürlüğe konulacak olası bir mahkeme emri, standardın uygulandığı tüm ürünlerin raflardan kaldırılması ve üretiminin durdurulması gibi kritik neticelere yol açabilecek ve söz konusu emir, lisans müzakereleri üzerinde olumsuz etki doğurabilecektir. Keza, mesnetli bir “mahkeme emri tehdidi” de, *FRAND* ilkelerinin en aza indirgemek üzere ortaya çıktığı pazar gücü ve engelleme kaynaklı meseleleri beraberinde getirebilmektedir.⁷⁶

Vesterdorf⁷⁷ ve Jacob⁷⁸’ın aralarında bulunduğu bazı yazarlara göre ise, mahkeme emri mekanizmasına ilişkin rekabet hukuku müdahalesinin gerekliliği sorgulanmalıdır. Söz konusu yazarlara göre, mahkemeler anılan karara hükmederken zaten rekabet otoritesinin kaygı duyduğu hususları dikkate alma yetkisini haiz bulunmaktadır. Rekabet hukuku müdahalesinin gereksizliğine ilişkin gerekçeleri çeşitlendiren başka yazarlar ise mahkeme emrinin ve/veya sınır dışı emrinin⁷⁹ pratikte zaten ilgili SEP’in uygulandığı ürünlerin raflardan çekilmesi sonucuna yol açmadığını, dolayısıyla yargı emri talebinde bulunan SEP sahibinin, fahiş lisans ücreti talep etmek ve lisans müzakerelerini zora sokmak suretiyle rekabeti bozduğundan söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir.⁸⁰ Adı geçen yazarlara göre, rekabetin zarar görmediği böyle bir durumda rekabet kurallarına ihtiyaç duyulmaması da doğal olacaktır.

⁷⁶ Bkz. Decision and Order of US FTC, July 2013, In the Matter of Motorola Mobility LLC, and Google. Inc., Docket No. C-4410, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolacmpt.pdf>, Erişim Tarihi: 27.01.2016.

⁷⁷ VESTERDORF, B. (2014), “Antitrust Enforcement and Civil Rights: SEPs and FRAND commitments”, Competition Policy International Antitrust Chronicle, August 2014(1)

⁷⁸ JACOB, R. (2013), “Competition Authorities Support Grasshoppers: Competition Law as a threat to Innovation”, Competition Policy International, Vol. 9, No. 2, Autumn 2013

⁷⁹ Bkz. dn. 84.

⁸⁰ GINSBURG, D. H., OWINGS, M. O. ve WRIGHT, D. W. (2014), “Enjoining Injunctions: the Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions”, *The Antitrust Source*, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct14_ginsburg_10_21f.authcheckdam.pdf, Erişim tarihi: 15.02.2016, s. 3-5.

Diğer yandan, literatürde konuya ilişkin rekabet hukuku müdahalesini yalnızca gereksiz değil, aynı zamanda da rekabet ve tüketici için zararlı bulan bir görüş de seslendirilmektedir. Anılan görüşe göre; mahkeme emri talep eden *FRAND*'e tabi SEP sahibine, söz konusu *FRAND* yükümlülüklerinden kaçınarak emir talep ettiği için rekabet hukuku sorumluluğu atfetmek, bahse konu sorumluluğun dayandığı zarara ilişkin tazminat haklarını gündeme getirecektir ki bu da *FRAND* temelli lisans ücretlerinin çoğu zaman zor tespit edildiği gerçeği ışığında belirsizliklerle dolu rekabet davalarına vücut verecektir (Ginsburg, Owings ve Wright 2014, 6). Hukuki belirsizlikten ve tazminat sorumluluğu ile karşılaşma riskinden kaçınmak isteyen SEP sahibinin, mahkeme emri talep etme hakkından cayabileceği bu durum da, söz konusu yargısal korumadan yararlanamayacakları algısına kapılabilecek başka fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin yenilik yapma güdülerine ve nihai düzeyde de tüketiciler ile rekabete zarar verecektir.

Son olarak, rekabet otoritelerinin bahse konu alana girmesinin anayasal hakların ihlali niteliği taşıdığını savunan kalemlerin de varlığından bahsedilmelidir.⁸¹ Gerekçe olarak ise tarafların mahkemeye erişme haklarının ihlal edildiği iddiasına dayanılmaktadır.

İzleyen başlıklar kapsamında, bahsi geçen farklı görüşler de dikkate alınmak suretiyle öncelikle mahkeme emri enstrümanı bakımından **AB yargı uygulamasının** “*Orange Book* kararı”⁸² bağlamında aktarılmasında fayda görülmektedir. Ardından, *FRAND*'e tabi SEP'ler ile mahkeme emri ilişkisine yönelik ilgili ABAD ve Komisyon kararları sunularak konuya ilişkin **AB rekabet hukuku yaklaşımı** bir bütün halinde ortaya konacaktır. Son olarak ise, sunulan kararların karşılaştırmalı analizi ışığında “*FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin mahkeme emri meselesinin rekabet hukuku perspektifinden nasıl ele alınması gerektiği”ne ilişkin tespit ve değerlendirmeler aktarılacaktır.

⁸¹ Bkz. DILLICKRATH, T. ve EMANUELSON, D. (2013), “Injunctive Relief and the Noerr-Pennington Doctrine: The Search for Clarity on a Muddied Pitch”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, March 2013(1).

⁸² German Federal Supreme Court, May, 6, 2009, doc. no. KZR 39/06. Almanca'dan İngilizce'ye tercümesi için bkz. <http://www.ipeg.eu/blog/wp-content/uploads/EN-Translation-BGH-Orange-Book-Standard-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 02.02.2016.

2.3. AB Mahkemelerinin “FRAND’e Tabi Olan Standarda Esas Patent” Bakımından Mahkeme Emri Enstümanına Yaklaşımı

2.3.1. Genel Olarak Avrupa Yargı Modeli

Avrupa’da geçerli olan patent hukuku sistemi, AB genelinde uyumlaştırılan sınırlı sayıda istisna haricinde, üye devletlerin ülkesel düzeydeki egemenlik yetkileri çerçevesinde şekillenmektedir. Bu bağlamda patent ihlali davalarında mahkeme emri mekanizmasının mevcudiyeti ve uygulanma koşullarının her bir üye devlet özelinde farklılık göstermesi söz konusudur. Yakın tarihe değin özellikle *FRAND*’e tabi SEP’ler ile mahkeme emri ilişkisini ele alan az sayıda mahkeme kararı bulunmakla birlikte, AB uygulamasında bir dönüm noktası olduğu düşünülen ve rekabet hukuku bağlamında da gündeme gelen *Orange Book* kararına mevcut bölüm kapsamında yer verilmesi faydalı olacaktır. Söz konusu karar her ne kadar niteliği gereği bir mahkeme kararı olsa da, rekabet hukuku bakımından da büyük önem arz etmesi nedeniyle, esasen rekabet otoriteleri yaklaşımlarını ele alan mevcut çalışmada incelenmesi gereken bir karardır.⁸³

2.3.2. Almanya Örneği ve *Orange Book* Kararı

Daha önce de değinildiği üzere, Almanya Mahkemelerinin genel kural gereği patent ihlali ihtilaflarında davalı aleyhine mahkeme emri tanıyıp tanımamaya ilişkin takdir yetkisi söz konusu değildir. Zira Alman patent hukukuna göre, mahkemece patent ihlali tespiti yapıldıktan sonra, ihlal isnat edilen tarafın “*FRAND* temelli bir savunma”⁸⁴yla mahkeme emrine tabi olmaktan kaçınma imkanı bulunmamaktadır.⁸⁵ Diğer taraftan, uygulanabilir rekabet hukukuna dayanan *FRAND* temelli savunmanın

⁸³ *Orange Book* kararı, Komisyon’un *Samsung* kararı ile olan bağlantısı nedeniyle çalışmanın üçüncü bölümünde değerlendirilmektedir.

⁸⁴ *FRAND based defense*. Hakkında mahkeme emri talep edilen davalının, ihtilafa konu patentin lisanslanması hakkında davacının vermiş olduğu bir *FRAND* taahhüdü bulunduğu ve bu taahhüdün mahkeme emri talep etmeye engel teşkil ettiği yönündeki savunmadır.

⁸⁵ DAY, J. (2013), “White Paper: Standards-Essential Patents and Injunctive Relief”, http://www.jonesday.com/standards-essential_patents, Erişim Tarihi: 21.12.2015, s. 4.

bir türüne ilk kez Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından *Orange Book* kararıyla izin verildiği görülmektedir. 2009 tarihli söz konusu karar, Philips’in elindeki kompakt disk yazıcılarına ilişkin olan ve bir “*de facto*” standart (bir SBK çatısı altında belirlenmemiş olan, piyasadaki yaygın kullanımı dolayısıyla kabul görmüş olan standart)⁸⁶ için esaslı nitelik taşıyan patentleri konu edinmektedir. Esasen “iyi niyet prensibi”ne dayanan ve rekabet hukuku kökenli olan söz konusu savunma argümanı kapsamında⁸⁷ patent kullanıcısının mahkeme emrinden kurtulabilmesine imkan tanınabilecek şartlar şu şekilde sıralanmaktadır:

- (1) Mahkeme emri talebinde bulunan davacı hakim durumda olmalı,
- (2) Davalı, “kabul edilebilir” hükümler altında lisans anlaşması yapma teklifinde bulunmuş olmalı,
- (3) Davalı, kendi bakış açısından teklifinin kabul edildiği varsayımıyla hareket etmeli.

İkinci ve üçüncü koşullara göre, davalıdan (müstakbel/potansiyel lisans alandan); ilgili teknolojiyi lisanslamak için sektördeki genel geçer teamülleri yansıtan hüküm ve şartlar altında teklif vermesi ve uygulanabilir lisans bedelini ya doğrudan davacıya ya da Alman mahkemesi nezdindeki emanet banka hesabına ödemesi beklenmektedir.⁸⁸

İkinci şart kapsamında ayrıca; lisans teklifinin herhangi bir koşula bağitlanmaksızın sunulması gerekmektedir.⁸⁹ Dolayısıyla mahkemenin patent ihlali tespiti yapmamasına bağlı olarak ileri sürülecek lisans teklifi, “koşullu teklif” olarak görülecek ve geçerli olmayacaktır. Diğer taraftan, lisans alan tarafından ilgili patentin hukuken geçerli olup olmadığının mahkeme nezdinde sorgulanmasının, “koşulsuzluk” kriterinin ihlali

Bu anlamda *de facto* standart, SBK çatısı altında belirlenmiş ve resmi olarak ilan edilmiş olan teknik standartların karşısı olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁸⁷ AIPPI Special Committee On Patents and Standards (Q222) (2014), “Availability of injunctive relief for FRAND-committed standard essential patents, incl. FRAND-defence in patent infringement proceedings” Report -Work Plan Item #5, <http://aippi.org/download/committees/222/Report222AIPPI+report+on+the+availability+of+injunctive+relief+for+FRAND+committed+standard+essential+patentsEnglish.pdf>, Erişim Tarihi: 14.12.2015, s.10.

⁸⁸ Adı geçen karar/kaynak (A.g.k), s. 17.

⁸⁹ A.g.k., s. 14.

olup olmadığı hususunda şöyle bir durum söz konusudur: *Orange Book* kararında, buna ilişkin net bir ifade yer almamaktadır. Ancak söz konusu kararı uygulayan alt derece mahkemeleri, “geçerlilik sorgulaması”nın koşulsuz lisans teklifi kriterine hanel getireceğine hükmetmiştir.⁹⁰ Zira bu durumda da, lisans alanın sunduğu lisans teklifinin, ilgili patentin hukukten geçerli nitelik taşıdığına kanıtlanması şartına bağlı yapıldığı kabul edilmektedir.

Üçüncü şarta bakıldığında ise, ilgili patenti lisanssız şekilde kullanmakta olan davalının, ortada bir lisans anlaşması varmış gibi davranması aranmaktadır. Buna göre, eğer davalı, ihtilafa konu patenti halihazırda lisanssız olarak kullanmakta ise, en başında bir lisans anlaşması teklifi götürecekti olsaydı bu teklifin kendisine yükleyeceği görev ve yükümlülükleri geriye ve geleceğe dönük üstleneceğini göstermesi gerekmektedir. Anılan yükümlülükler, davalının hem lisans anlaşması gündemde değilken gerçekleştirdiği patent kullanımı için, hem de mevcut kullanımına yönelik tüm geçmiş ve güncel yükümlülükleri içermelidir.⁹¹

Sonuç itibariyle, *Orange Book* kararı her ne kadar hakkında *FRAND* taahhüdü bulunmayan bir *de facto* standarda ilişkin verilmiş olsa da, anılan kararın ortaya koyduğu koşulların, SBK çatısı altında belirlenen standartlar ve *FRAND* ilkelerine tabi olan patentler için de uygulanabileceği yerleşik bir içtihat halini almıştır⁹² (AIPPI 2014, 12). Söz konusu karar ayrıca, AB ve Alman rekabet hukuku kapsamında mahkeme emri talebi karşısında “rekabet hukukuna dayanan *FRAND* temelli savunma” yapabilmeye ilişkin hukuki bir çerçeve çizmesi yönüyle de önem arz etmektedir.

⁹⁰ Landgericht Mannheim, MitttdtPatA 2012, 120, 124 – *Kartellrechtlicher Zwangslizenzewand*.

⁹¹ OECD (2014b) “Intellectual Property And Standard Setting”, Note by Germany, DAF/COMP/WD(2014)113, [http://www.oecd.org/officialdocuments/public_display_documentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)113&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/public_display_documentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)113&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 18.01.2016, s. 5-7.

⁹² Bkz. *Landgericht Mannheim*, InstGE 13, 65 – *UMTS-fähiges Mobiltelefon II*; *Landgericht Düsseldorf*, openJur 2012, 86155 – *UMTS-Mobilstation*.

2.4. AB Rekabet Hukukunun Mahkeme Emri Enstrümanına “FRAND’e Tabi Olan Standarda Esas Patentler” Bakımından Yaklaşımı

Özel hukukta *FRAND*'e tabi SEP'ler hakkındaki yargı emri talebinin mahkemelerce nasıl yönetildiğinden bağımsız olarak, rekabet otoritelerinin meseleyi rekabet araçları marifetiyle nasıl ele alacağı sorusu ayrı bir tartışma konusu teşkil etmektedir. Bu bağlamda mevcut bölümün amacı, çalışmanın kapsamını teşkil eden AB rekabet hukuku sistemi bakımından, ABAD ve Komisyon'un ilgili kararları ışığında konuya ilişkin AB rekabet hukuku modelini ortaya koymaktır. Komisyon'un *FRAND*'e tabi SEP'lere yönelik mahkeme emri uygulamalarını nasıl ele aldığı meselesi bakımından ise ABİDA'nın 102. maddesinde düzenlenen “hakim durumun kötüye kullanılması” doktrini karşımıza çıkmaktadır.

2.4.1. Komisyon Kararları Bağlamında AB Uygulaması

2.4.1.1. Google Kararı⁹³

FRAND'e tabi SEP'lerin kötüye kullanımına ilişkin Komisyon yaklaşımının ilk ortaya konduğu karar, Motorola'nın Google tarafından devralınmasının incelendiği *Google* kararıdır. Anılan karar Komisyon tarafından, *FRAND* taahhüdünün söz konusu olduğu hallerde yargı emrinin sadece mahkemece bahşedilmesi ve filen uygulanmasının değil, “**emir talep etmeye yönelik tehditte bulunma**”nın da 102. madde ihlali arz edebileceğini söylemesi bakımından dikkat çekicidir. Bahsi geçen tespit şu şekilde aktarılmıştır:

*“İyi niyetli potansiyel lisans alana karşı öne sürülen mahkeme emri tehdidi, talebi veya uygulaması; söz konusu lisans alanı normalde kabul etmeyeceği lisans hükümlerini kabule zorlamak suretiyle etkin rekabeti engelleyebilir.”*⁹⁴

⁹³ Case No. COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility of 13 February 2012. Public decision http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf, Erişim Tarihi: 03.12.2015.

⁹⁴ A.g.k., para. 107.

Diğer taraftan, Komisyon aynı karar kapsamında şu şerhi düşmeyi de ihmal etmemiştir:

“SEP’ler temelinde mahkeme emri talep etmek veya uygulamak bizatihi rekabet karşıtı değildir. Bilhassa ve mevcut şartlar da elverişliyse, FRAND hükümleri üzerine iyi niyetli olarak müzakere etmeye ilişkin gönüllü olmayan potansiyel lisans alana karşı mahkeme emri talep etmek hukuka uygun da olabilir.”⁹⁵

Bu bağlamda; lisans müzakereleri başarısızlığa uğradığında SEP sahibi teşebbüs, karşı tarafı dava edebilecek ve ihlalin sonlandırılmasına yönelik olarak mahkemeden kesin emir talebinde bulunabilecektir.⁹⁶

2.4.1.2. Motorola Kararı⁹⁷

Nisan 2014’te Komisyon tarafından; Motorola’nın Alman mahkemeleri huzurunda *FRAND*’e tabi olan akıllı telefon SEP’lerine yönelik Apple aleyhine yargı emri talep etmesinin, “söz konusu emrin belirli kullanım şartları göz önünde bulundurularak,”⁹⁸ hakim durumun kötüye kullanımı teşkil ettiğine karar verilmiştir. *GPRS* standardı için “esaslı” olan SEP’lerin Motorola’ya ilgili pazarlarda hakim durum sağladığı tespitine⁹⁹ yer verilen kararda özellikle, Apple’ın ilgili SEP’leri Almanya’da kullanabilmek için *FRAND* çerçevesinde lisans anlaşması akdetme hususunda **gönüllü olduğu** tespiti öne çıkmaktadır.¹⁰⁰ Apple’ın gönüllü olduğuna ilişkin kanaate gerekçe olarak ise, **Apple’ın lisans almayı ve ilgili Alman mahkemesi tarafından belirlenecek *FRAND* hükümleriyle bağlı olmayı kabul etmesi** gösterilmiştir.

Komisyon, bahse konu kararı kapsamında; SEP’e ilişkin mahkeme emrine başvurmanın hangi hallerde rekabete aykırılık teşkil edeceği hususuna dair şu ifadeleri kullanmıştır:

⁹⁵ A.g.k., para. 126.

⁹⁶ A.g.k., para. 106.

⁹⁷ Case At.39985 - Motorola - Enforcement Of Gprs Standard Essential Patents

⁹⁸ Antitrust: Commission finds that Motorola Mobility infringed EU competition rules by misusing standard essential patents, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

⁹⁹ A.g.k., para. 227-236. Karardaki hakim durum tespitine ilişkin ilave açıklama için bkz “1.4. numaralı Başlık”.

¹⁰⁰ A.g.k., para. 433.

“Bir standardizasyon kapsamında SEP sahibi teşebbüs, elindeki SEP’i FRAND çerçevesinde lisanslamayı, lisans alan taraf da FRAND ilkeleri uyarınca lisans anlaşmasına girmeyi kabul etmektedir. Bu koşullar altında, mahkeme emri mekanizmasını gündeme getirmek, lisans müzakerelerine zarar verebilecek ve lisans hükümlerinin, tüketici tercihleri ile fiyatlar üzerine negatif yansımaya yol açabilecektir.”¹⁰¹

Komisyon tarafından ayrıca;

“Söz konusu kararın FRAND kapsamında lisans almaya gönüllü olan standart uygulayıcıları için ‘güvenli liman’¹⁰² teşkil edeceği; bu bağlamda, mahkeme veya karşılıklı bağlayıcı olan tahkim kararıyla öngörülen FRAND hükümleri çerçevesinde lisans almaya razı olduklarını kanıtlayan üreticilerin, yargı emri uygulamalarından korunabilecekleri” dile getirilmiştir.¹⁰³

Gönüllü olmaya ilişkin değerlendirmenin yanı sıra, Komisyon mevcut kararında mahkeme emri mekanizmasını işletmenin uygun olacağı koşulları da sıralamaktadır. Buna göre potansiyel lisans alan:

- (1) Mali sıkıntı içindeyse veya ödeme güçlüğü çekiyorsa,
- (2) Yeterli tazminat yaptırımlarıyla karşılaşılabileceği bir yargı sistemine tabi değilse,¹⁰⁴

anılan emrin işletilmesi gündeme gelebilecektir.

2.4.1.3. Samsung Kararı¹⁰⁵

Komisyon tarafından Samsung hakkında Ocak 2012’de başlatılan soruşturma kapsamında Aralık 2012’de Samsung’a gönderilen ve Komisyon’un öngörüsünü içeren bildiriye, Samsung’un cep telefonunu kapsayan FRAND temelli SEP’lerine yönelik Apple aleyhine çeşitli AB üyesi ülkelerde **mahkeme emri talep etmesinin hakim durumun kötüye kullanımı teşkil ettiği** belirtilmiştir.¹⁰⁶

¹⁰¹ Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics - Frequently asked questions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

¹⁰² *Safe harbour.*

¹⁰³ Adı geçen bildiri.

¹⁰⁴ A.g.k., para. 427.

¹⁰⁵ Case At.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS Standard Essential Patents http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf Erişim Tarihi: 03.12.2015

¹⁰⁶ Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Samsung on potential misuse of mobile phone standard-essential patents, http://europa.eu/rapid/press-release_

Yukarıda değinilen Motorola konulu ihtilafa ilişkin nihai kararını verdiği aynı gün Komisyon, Samsung'tan gelen ve ilgili Komisyon endişelerini gidermeyi öngören taahhüdü kabul ettiğini duyurmuştur.¹⁰⁷ Adı geçen taahhütnamede Samsung; “**önceden belirlenmiş lisans anlaşması taslağı**”na kaydolan ve akıllı telefon ile tabletlerini kapsayan **FRAND** temelli SEP’leri uygulayan (gönüllü) lisans alanlar aleyhinde AB genelinde mahkeme emri yoluna başvurmamayı kabul etmiştir.¹⁰⁸ Bahse konu lisans anlaşması taslağı:

- (1) On iki aya kadar müzakere süreci,
- (2) Bu süreçte **FRAND** hükümleri üzerinde anlaşmaya varılmaması durumunda ise; iki tarafın da ortaklaşa yetkili kıldığı tarafsız üçüncü merciin söz konusu hükümlere karar vermesi

maddelerini içermektedir.

Mevcut taahhütnamenin kamuoyu duyurusunda Komisyon tarafından, şu hususların altı çizilmiştir:

“Anılan Samsung taahhütleri, Motorola kararında getirilen güvenli liman konseptine tekabül etmek suretiyle ilgili Samsung SEP’lerini kullanacak olan tüm potansiyel lisans alanlar için bir güvence teşkil etmekte ve bahsi geçen taslağı tabi olmayı kabul eden potansiyel lisans alanları, olası yargı emri uygulamalarından korumaktadır.”¹⁰⁹

Sonuç itibariyle, sunulan taahhüt ışığında Komisyon, AB rekabet kurallarının gerçekte ihlal edip edilmediğine dair herhangi bir karar vermek zorunda kalmamıştır.

2.4.2. **Huawei-ZTE Davası¹¹⁰ ve ABAD’ın Nihai Kararı**

Öncelikle belirtilmesinde fayda görülmektedir ki, *Huawei-ZTE* davası, Komisyon tarafından görülmekte olan bir ihtilaf niteliği taşımayıp;

IP-12-1448_en.htm, Erişim Tarihi, 11.01.2016

¹⁰⁷ Antitrust: Commission accepts legally binding commitments by Samsung Electronics on standard essential patent injunctions, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

¹⁰⁸ Adı geçen bildiri.

¹⁰⁹ Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics - Frequently asked questions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

¹¹⁰ Düsseldorf Higher Regional Court, Order of 21 March 2013, file no 4b O 104/12, GRUR Int. 2013, 547.

Komisyon’un yukarıda aktarılan *Samsung* kararı ile olan bağlantısı nedeniyle mevcut bölümde incelenmektedir.

Samsung taahhütnamesinin Komisyon tarafından kabul edildiğinin duyurulduğu basın bildirisinde¹¹¹ yukarıda da aktarıldığı üzere, *Samsung* tarafından ihtilafa konu *FRAND*’e tabi SEP’lere ilişkin detaylı bir lisans anlaşması taslağı öngörüldüğü ve söz konusu taslağı uymayı kabul eden potansiyel lisans alanlara karşı mahkeme emri talebinde bulunulmayacağı ifade edilmektedir.

Diğer yandan *Samsung* kararının, mahkeme emri talep etmeye dair şartlar bakımından *Orange Book* kararıyla çatıştığı, dolayısıyla hangi kararın üstün tutulması gerektiğiyle ilgili kritik soru, Düsseldorf mahkemesinin gördüğü *Huawei-ZTE* davası kapsamında gündeme gelmiştir. Huawei ve ZTE, Çin menşeli telekomünikasyon yazılım şirketleridir. Aynı zamanda mobil telefon standardı olan *Long Term Evolution (LTE)*¹¹² standardı için esaslı nitelik taşıyan bir patentin de sahibi olan Huawei, söz konusu SEP’i ETSI bünyesinde *FRAND* ilkeleri uyarınca lisanslamayı taahhüt etmiştir. Tarafların lisans hükümlerinde uzlaşamaması üzerine çıkan uyuşmazlıkta Huawei, lisans anlaşması olmaksızın LTE teknolojisini ürünlerinde kullanan ZTE aleyhine mahkeme emri talep etmiştir. İlgili mahkeme tarafından mevcut dava askıya alınmış ve AB sınırları içerisinde ABİDA’nın 102. maddesinin, *FRAND*’e tabi SEP’ler bakımından nasıl uygulanacağına ilişkin ABAD’a bir dizi soru yöneltilmiştir.

İletilen sorular kapsamında yerel mahkeme tarafından; Komisyon’un *Samsung* kararında izlediği yaklaşımın *Huawei-ZTE* davası özelinde benimsenmesi durumunda, ZTE’nin müzakere yapma hususunda gönüllü addedilebileceği ve böylelikle ZTE’nin ileri sürdüğü “rekabet hukuku temelli savunma”¹¹³’ün kabul edilebileceği belirtilmektedir (OECDb 2014, 6). Ne var ki *Orange Book* kriterlerine göre ise, ZTE

¹¹¹ Antitrust: Commission accepts legally binding commitments by Samsung Electronics on standard essential patent injunctions http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

¹¹² 4,5G olarak da bilinen LTE standardı, ağ teknolojilerine dayalı yüksek hızlı kablosuz veri aktarıma verilen teknolojiye ilişkin standarttır.

¹¹³ *Defense based on competition law*. “Rekabet hukuku temelli savunma”, ihtilafa konu ihlal iddiası ve mahkeme emri talebine karşı davacının dayandığı ve anılan iddia ve talebin

tarafından sunulan lisans teklifinin “koşulsuz” olmaması nedeniyle, söz konusu savunmanın reddedilmesi gerekmektedir (OECDb 2014, 6-7). ZTE ayrıca, geçmişte ilgili patenti kullandığı süre için ödeme yapmamak suretiyle, akdedilmesi muhtemel lisans anlaşmasına uymamış (bir başka deyişle lisans teklifinin kabul edildiği algısıyla hareket etmemiş), buna ilaveten, anılan geçmiş kullanımları için geriye dönük ödemeleri koyabileceği bir banka hesabı açmayı da önermemiştir.

Yerel mahkemenin temel anlamda emin olmak istediği iki husus mevcuttur. Buna göre:

(1) Patent ihlali isnat edilen tarafın (davalının) lisans anlaşması için müzakere yapmak hususunda gönüllü olduğu durumlarda, davalı aleyhine mahkeme emri talep eden SEP sahibi teşebbüs, hakim durumunu kötüye kullanmış sayılacak mıdır? (Cevap sayılacağı yönünde olursa, ABAD tarafından Komisyon’un Samsung kararı yaklaşımı benimsenmiş olacaktır.)

(2) Davalının, SEP sahibinin rekabet kurallarını ihlal etmeksizin reddetmeyeceği şekilde, “kabul edilebilir” hükümler altında ve “koşulsuz” lisans anlaşması teklifinde bulunmuş olması ve anılan teklifin kabul edildiği varsayımı altında geçmiş patent kullanımları için söz konusu olan sözleşmesel yükümlülüklerini ifa etmiş olması halinde, mahkeme emri talep etmek kötüye kullanma sayılacak mıdır? (Cevap yine sayılacağı yönünde ise, bu kez *Orange Book* kriterlerinin tercih edildiği söylenebilecektir.)

ABAD’a yöneltilmiş olan mevcut sorulara cevap mahiyetinde Hukuk Sözcüsü¹¹⁴ tarafından 14 Kasım 2014’te görüş sunulmuştur.¹¹⁵ Hukuken bağlayıcı nitelik taşımayan anılan görüşte öncelikle, patent sahibinin SBK’lar nezdinde yürütülen standart belirleme süreçlerinin bir parçası olduğu; bu nedenle de ortaya çıkan standartta etkili olduğu belirtilmiştir. Ardından, lisanslama bakımından hakkında *FRAND* taahhüdü verilen SEP’ler ile hakkında *FRAND* taahhüdü verilmeyen *de facto* standartlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini vurgulanmıştır. Bahse konu görüşte, *de facto* standarda konu patentlerin lisanslanmasına ilişkin *FRAND* taahhüdü vermemiş olan (*de facto* standardın niteliği

rekabet hukuku kapsamında ihlal olduğunun ileri sürüldüğü savunma argümanlarını ifade etmektedir.

¹¹⁴ *Advocate General*.

¹¹⁵ *Advocate General’s Opinion*, C-170/13, Huawei-ZTE <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159827&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=50>, Erişim Tarihi: 07.12.2015.

gereği de veremeyecek olan ve vermesi de gerekmeyen) patent sahibinin, elindeki patent için *FRAND* taahhüdünde bulunmuş olan patent sahibinden farklı konumda olduğu ileri sürülmektedir. Zira, bir SBK nezdinde *FRAND* taahhüdü vermeyi kabul eden patent sahibi, patentten doğan münhasır haklarını rızaen kısıtlamayı tercih etmiş bulunmaktadır.¹¹⁶ Dolayısıyla müzakere gücü bağlamında *de facto* standart durumundaki patent sahibinden görece daha güçsüz bir pozisyonda bulunmaktadır.¹¹⁷ Bu bağlamda, bir *de facto* standardı konu edinen *Orange Book* kararı kriterlerinin, *FRAND* taahhüdüne tabi SEP’leri konu edinen *Huawei-ZTE* davasına uygulanamayacağı değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, standart uygulayıcısının/patent kullanıcısının müzakere yapma hususunda sergilediği “gönüllülük” durumunun bağlayıcılıktan uzak ve belirsiz nitelik taşıdığı, bu nedenle de gönüllük kavramı üzerine rekabet hukuku temelli savunmanın inşa edilemeyeceğinin de altı çizilmektedir.

ABAD’ın konuya ilişkin bağlayıcı kararı ise 16 Temmuz 2015 tarihinde yayınlanmıştır.¹¹⁸ Fikri mülkiyet hakkı sahibi ile lisans alan arasındaki adil dengeyi gözetmek suretiyle rekabet otoriteleri ve ulusal mahkemeler açısından kılavuz işlevi göreceği düşünülen söz konusu kararda aşağıdaki hususlara dikkat çekilmektedir.

- (1) SEP sahibi mahkeme emri talep etmeden önce, ilgili SEP’in kendisi tarafından ihlal edildiği ve mevcut ihlalin içeriği hakkında, söz konusu SEP halihazırda kullanılıyor olsa dahi davalıya/ihlal isnat edilen tarafa uyarıda bulunmalıdır.¹¹⁹
- (2) İhlal isnat edilen taraf, *FRAND* hükümleri uyarınca lisans anlaşması yapma hususunda gönüllü olduğunu açıkladığı takdirde, SEP sahibi tarafından lisans ücretinin ve hesaplanacağı yöntemin belirtildiği *FRAND* temelli lisans anlaşması teklifi sunulmalıdır.¹²⁰
- (3) İhlal isnat edilen taraf anılan lisans teklifine, erteleme taktiklerine başvurmaksızın karşılık verme hususunda özenli davranmalıdır. Ceva-

¹¹⁶ Adı geçen görüş, para. 86.

¹¹⁷ Adı geçen görüş, para. 48.

¹¹⁸ European Court of Justice, Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp., Case C-170/13, (July, 16, 2015).

¹¹⁹ A.g.k., para. 60-62.

¹²⁰ A.g.k., para. 63.

bının olumsuz olması halinde ise ivedilikle *FRAND* hükümleri çerçevesinde hazırladığı karşı teklifi sunmalıdır.¹²¹

(4) İlgili SEP bir lisans anlaşmasına taraf olmaksızın kullanılıyorsa ve sunulan karşı teklif de reddedilmişse, anılan geçmiş kullanımlara ilişkin banka garantisi, emanet hesabı vb. gibi bir güvence temin edilmelidir.¹²²

(5) *FRAND* hükümleri üzerinde uzlaşmaya varılamamış ise, karşılıklı anlaşma doğrultusunda lisans ücretinin tayini hususu bağımsız “üçüncü taraf”ın inisiyatifine bırakılabilecektir.¹²³

(6) İhlal isnat edilen tarafın her zaman için ve lisans müzakeresinin sonucundan bağımsız şekilde, ilgili SEP’in geçerliliği ve esaslılığını sorgulama hakkı saklı bulunmaktadır.¹²⁴

ABAD tarafından yukarıda getirilen kriterler, *FRAND*’e tabi SEP’ler bakımından ABİDA’nın 102. maddesinin nasıl yorumlanacağı sorusuna böylelikle son noktayı koymuş olmaktadır. Buna göre, söz konusu kriterlerin yerine getirilmesi halinde “*ABİDA’nın 102. maddesi, standart belirleme kuruluşunca belirlenen bir standarda ilişkin esaslı olan patent (SEP)*¹²⁵ sahibinin (...) yargı emri talep etmesinin, hakim durumun kötüye kullanımı arz etmeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır.”¹²⁶ Bu bağlamda ABAD, güvenli liman kurumunun içini doldurmak ve patente ilişkin esaslılık veya geçerlilik iddialarının sorgulanabileceğini öngörmek suretiyle, kanaatimizce *Orange Book* kararına kıyasen *Samsung* kararına daha yakın bir yaklaşım izlemiştir. Ayrıca Hukuk Sözcüsü tarafından, lisans müzakerelerindeki pazarlık gücü bağlamında işaret edilen “*de facto* standart-SBK nezdinde belirlenen standart” arasındaki ayrım da benimsenmiş görünmektedir.

¹²¹ A.g.k., para. 65.

¹²² A.g.k., para. 67.

¹²³ A.g.k., para. 68.

¹²⁴ A.g.k., para. 69.

¹²⁵ Vurgu yazara aittir.

¹²⁶ A.g.k., para. 77.

3. AB Rekabet Hukuku Yaklaşımının Değerlendirilmesi

3.1. Komisyon Yaklaşımına İlişkin Genel Tespit ve Çıkarımlar

Çalışma kapsamında incelenen Komisyon kararları bir bütün olarak ele alındığında öncelikle, *FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin yargıya başvurma hakkı kapsamında mahkeme emri talep etmenin *per-se* ihlal olmadığı, anılan mekanizmanın şartlar elverdiği ölçüde SEP sahibi için hukuki bir başvuru aracı teşkil ettiği hususunun Komisyon tarafından bir ilke olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda aynı zamanda, *FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin yargı emri uygulamalarına rekabet hukukunun müdahale edip edemeyeceği meselesi bakımından, söz konusu müdahaleyi mahkemeye erişim hakkının engellenmesiyle eşdeğer tutan veya topyekün gereksiz ya da zararlı addeden görüşlerin Komisyon nezdinde geçerli olmadığı söylenebilecektir. Zira sunulan kararlardan da görüleceği üzere, bu emre başvurmak bazı durumlarda “hakim durumun kötüye kullanılması” ihlallerini ve dolayısıyla da rekabet hukuku müdahalesini kanuni bir gereklilik olarak gündeme getirebilmektedir.

Bunun yanı sıra, Komisyon kararlarında öne çıkan bir diğer husus, SEP sahibinin mahkeme emri talep hakkını rekabet açısından bir engelleme mekanizması şeklinde kullanmasının önlenmesine yönelik bir yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Nitekim sunulan kararlarda defaten altı çizilen nokta, rekabetçi kurallar gözetilmeksizin uygulanacak yargı emrinin, lisans müzakerelerinin sıhhatini sarsarak yüksek fiyatlar halinde tüketicilere yansıyan lisans ücretlerine yol açacağı, bunun da ilgili standardın yaygın kullanımının ve yenilik sunma teşvikinin amaçlandığı standardizasyon faaliyetine zarar vereceğidir. Bir yerde, rekabete aykırı lisans hükümlerinin ayıklanarak, rekabetin tesis edilmesi hedefi doğrultusunda aktif bir misyon üstlenildiği ve üstlenileceği mesajı verilmektedir.

Diğer taraftan, Komisyon'un *FRAND*'e tabi SEP'ler hakkındaki mahkeme emri taleplerini değerlendirmede “gönüllü lisans alan” kriterine ayrı bir önem atfettiği gözlemlenmektedir. Örneğin *Motorola* ve *Samsung* kararlarında Komisyon tarafından ihtilafa konu *FRAND*'e

tabi SEP'lere ilişkin lisans anlaşması yapmaya gönüllü olan davalıya karşı yargı emri talep etmenin rekabete aykırı olabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca mahkeme emri enstrümanına “son çare”¹²⁷ olarak başvurulması gerektiği hususu da Komisyon içtihadında vurgulanmaktadır. Zira kararlar kapsamında getirilen şartların, niteliği gereği anılan enstrümanın gündeme gelmesinden önce tüketilmesi gerekmektedir. Son olarak, lisans koşullarının tayini noktasında “tarafsız üçüncü merci” Komisyon’un gösterdiği adres olarak karşımıza çıkmaktadır.

“Gönüllü olmaya ilişkin ispat külfeti” bakımından incelendiğinde ise, Komisyon’un söz konusu külfetten davalı tarafı sorumlu tuttuğu ve davalı tarafın lisans anlaşması yapmaya gönüllü olduğunu kanıtlamasını istediği görülmektedir. Gönüllülük kavramı ise lisans anlaşması yapmayı ve ilgili mahkemece belirlenecek *FRAND* hükümleri ile bağlı olmayı kabul etmek şeklinde tanımlanmıştır.

3.2. Komisyon’un *Google, Samsung* ve *Motorola* Kararlarının Değerlendirilmesi

Öncelikle, Komisyon’un *FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin yargı emri meselesine yönelik yaklaşımının ilk kez ortaya konduğu *Google* kararını, *Samsung* ve *Motorola* kararlarından ayırmak gerekmektedir. Bahse konu karar her şeyden önce sadece mahkeme emrine başvurmanın değil, “başvurma tehdidinde bulunma”nın da “bazı hallerde” rekabete aykırı olabileceğini söylemesi bakımından diğer kararlara kıyasen daha sınırlayıcı karakter taşımaktadır. Bununla birlikte *Google* kararı, SEP sahibini yargı emrine başvurmaktan tümüyle alıkoymamakta ve tarafların “iyi niyetle” müzakere masasına oturmasını beklemektedir. Bu bağlamda, müzakerelerin sonuç vermemesi halinde SEP sahibinin anılan yola başvurma hakkı doğacaktır. İkinci olarak, söz konusu kararında Komisyon, lisans anlaşması yapma hususunda “iyi niyetli müzakerede bulunmaya ilişkin gönüllü olma” tabirini kullanmak suretiyle “iyi niyet” kriterini ortaya atmış; ancak anılan kavram, takip eden *Motorola* ve *Samsung* kararları ile “gönüllü olma” kriterine evrilmiştir.

Motorola ve *Samsung* kararlarının kamuoyunu ilgilendiren boyutu da dikkate alınarak, adı geçen kararların üzerinde birkaç yönden ayrıca durulması yerinde olacaktır. Söz konusu kararlardan daha eski tarihli olan *Motorola* kararında, *Motorola*’nın yargı emrine başvurmak ve bu emri uygulamak suretiyle hakim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı ve ayrıca elindeki SEP’lere ilişkin uyguladığı lisans hükümlerinin ABİDA’nın 102. maddesi kapsamında haksız olup olmadığı incelenmiştir. Anılan kararda, *Motorola* ile *FRAND* çerçevesinde lisans anlaşması yapmayı ve ilgili mahkemece belirlenecek lisans ücretine bağlı olmayı kabul eden *Apple*, “gönüllü lisans veren”¹²⁸ olarak değerlendirilmiştir. Mevcut karar ayrıca, patente ilişkin “geçerlilik”, “esaslılık” ve “ihlal” iddialarında bulunmanın gönüllü olmaya engel teşkil etmeyeceğinin onaylanması bakımından da önem arz etmektedir.¹²⁹

Haklarında mahkeme emri talep edilen standart uygulayıcıları açısından Komisyon’un -kendi tabiriyle- “güvenli liman” teşkil eden *Motorola* kararına göre,¹³⁰ ortada “*FRAND*” taahhüdü ve “gönüllü lisans alan” unsurları var ise, mahkeme emri talep etmek rekabete aykırı olacaktır. Bu bağlamda, söz konusu talebe maruz kalan standart uygulayıcıları bakımından, “gönüllülük” kriterini yerine getirdikleri müddetçe anılan emre tabi olmaktan kaçınmayı sağlayan bir kurtuluş karinesi getirildiği söylenebilecektir. Ancak niteliği itibariyle adi karine olan mevcut karinenin aksi, her zaman için SEP sahibi tarafından kanıtlanabilecektir. Yargı emri mekanizmasına başvurmanın rekabet hukuku bakımından meşru kabul edileceği şartlara da açıklık getiren karar, “SEP- mahkeme emri enstrümanı- rekabet hukuku sorumluluğu” üçgeni bakımından teorik planda hem piyasa oyuncuları ve SBK’lar,

¹²⁸ *Willing licensee*.

¹²⁹ Press Release, Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to *Motorola* Mobility on Potential Misuse of Mobile Phone Standard-Essential Patents-Questions and Answers, (May 6, 2013), http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm, Erişim Tarihi: 15.02.2016.

¹³⁰ Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - *Motorola* Mobility and *Samsung* Electronics - Frequently asked questions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

hem de yargı mercileri ve rekabet otoriteleri için bir emsal ve önemli bir rehber teşkil etmektedir.

Komisyon'un *Samsung* kararı ise *Motorola* kararıyla getirilen "güvenli liman" konseptinin somut vaka özelinde uygulandığı ilk ihtilaf olma özelliği taşımaktadır. Anılan konseptin detaylandırıldığı *Samsung* kararı, *Motorola* kararı ile birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce Komisyon, fikri mülkiyet hakları ve rekabet hukuku etkileşiminde dengeleyici bir yaklaşımı tercih etmiş görünmektedir. Buna göre, bir taraftan mahkeme emri mekanizması SEP sahibinin fikri mülkiyet hukukundan doğan hak ve yetkilerini etkin kullanabilmesi bakımından tanınmış bir kanun yolu iken, diğer taraftan, bu hak ve yetkilerin piyasada rekabeti engelleyecek şekilde kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Bu doğrultuda Komisyon, bir yandan tüketici refahı ve rekabetin tesisi doğrultusunda FRAND taahhüdünün işletilmesi bakımından rekabet hukuku denetiminin olmazsa olmazlığını vurgulamakta, diğer taraftan da SEP sahibi teşebbüsün elindeki değer üzerinden layıkıyla ödüllendirilmesini gözetmektedir. Aktarılan yönleri ışığında bahse konu iki karar, *FRAND*'e tabi SEP'lerin rol aldığı tüm sektörler için -yeterli seviyede olmasa da- belli oranda hukuki belirlilik sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda AB rekabet hukuku kurallarının konu bakımından nasıl yorumlanacağı meselesine de kısmen çare olmaktadır. Komisyon ayrıca anılan kararları için; Bilgi ve İletişim Teknolojileri sektöründe "patent sulhu"na giden yolun temin edildiği ifadesini kullanmıştır.¹³¹

Rekabet camiasında pek çok açıdan olumlu karşılanan *Motorola* ve *Samsung* kararlarının kanımızca eleştirilecek yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle, Komisyon her ne kadar *Motorola* kararı kapsamında getirdiği güvenli liman kurumunu, lisans müzakerelerine ilişkin on iki aylık azami süre öngördüğü *Samsung* kararında detaylandırmış olsa da, müzakere süreci içerisinde izlenecek takvim hakkında sessiz kalmıştır. Örneğin, hakkında yargı emri talep edilen tarafın hangi süreye kadar *güvenli liman* karinesinden yararlanabileceği belirlenmiş

¹³¹ European Commission, Competition Policy Brief, (June, 2014) http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf, Erişim Tarihi: 15.03.2016.

değildir. Zira, anılan karineye dayanabilmeye ilişkin süre; ne SEP sahibinin, lisans ücretlerini fahiş seviyelere çekmesine neden olacak şekilde kısa tutulmalı, ne de karşı tarafın ilgili SEP’in değerinden çok daha az lisans bedeli ödemesine yarayacak oranda uzatılmalıdır. İkincisi, *güvenli limanın* uygulama kapsamı hususunda da bir netlikten bahsedilememektedir. Buna göre, müzakereler ihlal iddiasına konu tek bir patent üzerinde mi, yoksa çok sayıda patentten oluşan bir patent portföyü üzerinde mi yapılacaktır? Eğer cevap patent portföyünden yana olarsa, bu durumda ilgili patentlere dair ihlal, esaslılık ve hukuki geçerlilik iddiaları ve süreçleri nasıl ilerleyecektir? Dahası, müzakerede bulunmaya ilişkin “gönüllü olma” faktörünün gösterilmesinin de tek başına yeterli olmadığı düşünülmektedir. Zira, müzakere yapmaya gönüllü olma, her zaman için farklı yorumlara açık olma özelliği taşımaktadır. Kaldı ki, potansiyel lisans alanın müzakere hususunda gönüllü olduğunu bildirmesi, ancak her an bu beyanını geri çekmesi de mümkündür.

Son olarak, her iki kararda da öngörüldüğü üzere, mahkeme veya tahkimce belirlenecek *FRAND* ücreti nasıl hesaplanacaktır? Örneğin, söz konusu hesaplamada baz alınacak kriter, çalışma kapsamında tartışıldığı üzere, standardın patent nezdindeki değeri mi, yoksa standardın lisans alana ait ürünler nezdindeki değeri mi olacaktır, ya da AB Yatay Kılavuzunda belirtildiği üzere ‘fikri mülkiyet hakkının ekonomik değeriyle makul bir ilişki içinde olma’ mı göz önüne alınacaktır? Çoğaltılması mümkün olan tüm bu cevap bekleyen soruların, güvenli liman kurumunun sağladığı hukuki belirliliğe gölge düşürdüğü ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı topyekun çözmek yerine bir başka boyuta taşıdığı düşünülmektedir.

3.3. Samsung Kararının Orange Book Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi

Samsung kararının *Orange Book* kararı ile karşılaştırılmasına gelinecek olursa, yargı emri değerlendirmesi noktasında Komisyon’un, *Samsung* kararında (*Orange Book* kararına kıyasen) potansiyel lisans alan/davalı lehine bir yaklaşım tercih ettiği düşünülmektedir. Zira *Samsung* kararı kapsamında, davalının mahkeme emri uygulamasından kaçınmak

için yapması gereken, *FRAND* temelli lisans anlaşması akdetmek hususunda gönüllü olduğunu göstermesinden ibarettir. Söz konusu emirden kaçınmaya ilişkin daha ağır şartların varlığını arayan *Orange Book* kararının ise, bu yönüyle SEP sahibi teşebbüse daha yakın durduğu düşünülmektedir.

Orange Book kararının, aradığı şartlara ilişkin daha fazla detay vermesi noktasında ise, hukuki belirlilik ilkesini karşılamada *Samsung* kararına kıyasen daha başarılı olduğu söylenebilecektir. Ancak kanaatimizce, *Orange Book* kararının “koşulsuz lisans teklifi sunma” şartı açısından eleştirilmesi gerekmektedir. Zira söz koşulsuzluk şartının katı uygulanması halinde, potansiyel lisans alanın, ilgili patentin hukuki geçerliliği şartına bağlı lisans teklifi yapması engellenmiş olacaktır. Bu durum da, ilgili SEP’lerin geçerli olup olmadığının topyekün sorgulanamaz hale gelebilmesi sonucuna yol açabilecektir.

3.4. ABAD Kararının Değerlendirilmesi

Motorola ve Samsung kararları bağlamında yukarıda değinilen hususlar açısından eleştirilen Komisyon yaklaşımının, *Huawei-ZTE* davası kapsamında ABAD’ın verdiği nihai karar ile pek çok açıdan iyileştirildiği düşünülmektedir. Öncelikle Komisyon’un, lisans müzakerelerinde tarafların izleyeceği adımlar ve bu adımların silsilesi hakkında bıraktığı boşlukların ABAD tarafından mevcut dava kapsamında doldurulduğu görülmektedir. Buna göre hem SEP sahibinin yargı emri yoluna başvurmadan önce yerine getirmesi gereken yükümlülükler ve anılan yükümlülüklerin içeriği, hem de söz konusu yükümlülükler karşısında karşı tarafın izleyeceği adımlar, bu adımların içeriği ve zamanlaması netliğe kavuşturulmuştur. Örneğin, SEP sahibinin lisans teklifi sunma yükümlülüğü, karşı tarafın *FRAND* uyarınca lisans anlaşması yapmaya gönüllü olduğunu alenen beyan etmesiyle başlayacak; diğer yandan, karşı tarafın anılan teklife (olumlu veya olumsuz) ivedilikle dönüş yapması gerekecektir. Ayrıca, ilk adımı atması gereken tarafın SEP sahibi teşebbüs olarak belirlenmesi de kanımızca isabetlidir; zira ilgili SEP’e dair diğer üreticilerle akdettiği ve kamuoyu erişimine- doğal olarak açık olmayan lisans anlaşmalarını değerlendirecek olan ve ayrımcı olmayan hükümler altında teklif sunabilecek konumda olan taraf, SEP

sahibinin kendisidir. Diğer yandan, SEP sahibi için öngörülen, mevcut ihlal hakkında karşı tarafı uyarma yükümlülüğünün de yerinde olduğu düşünülmektedir; zira yüksek teknoloji standartlarına ilişkin yüzlerce, hatta binlerce patent barındırabilen Bilgi ve İletişim Teknolojileri gibi sektörler söz konusu olduğunda, bir firmanın farkında dahi olmaksızın patent ihlalinde bulunabilmesi mümkün olabilmektedir.

Bununla birlikte ABAD’ın bahse konu kararında birtakım noktalar bakımından, kanaatimizce bir politika tercihi olarak kasten boşluklar bıraktığı görülmektedir. Öncelikle, taraflar arasında anlaşma olmaması halinde üçüncü taraf kararına bırakılabileceği öngörülen *FRAND* ücretinin nasıl hesaplanacağı sorusu halen açıklığa kavuşturulmamıştır. Bununla birlikte, ücrete ilişkin kararın mahkeme veya tahkim mercilerinin teşkil edeceği “bağımsız üçüncü taraf”a bırakılması iki açıdan uygun olmuştur: Birincisi; *FRAND* ücreti tayini, esasen bir sözleşme hukuku meselesidir ve bu anlamda ulusal mahkemeler yahut tahkim heyetleri, konuya dair içtihat geliştirebilecek doğru adreslerdir. İkincisi ise ABAD’ın muhatap olarak kendisini göstermemesi de isabetli olmuştur; zira aksi durumda, ABAD’ın müzakere taraflarının irade serbestisine “yetkisini aşan bir müdahalede bulunması” gündeme gelecektir. Göze çarpan diğer bir boşluk ise, SEP sahibinin hakim durumda bulunmak zorunda olup olmamasına ilişkindir. Düsseldorf mahkemesince yöneltilen soruların “kötüye kullanma” üzerinde yoğunlaşmasına istinaden, ABAD kararında “hakim konum ve SEP ilişkisi” üzerine bir değerlendirme yapılmamıştır.¹³² Bu bağlamda, ilgili soruya dair en güncel yaklaşım Komisyon’unki kabul edilmelidir. Hatırlanacağı üzere *Motorola* kararında Komisyon tarafından, SEP sahibi olmanın tek başına hakim durum sağlamayacağı ve hakim durum değerlendirmesi için ilave koşulların olması gerektiği ifade edilmiştir.¹³³

Yukarıda izah edilen artıları ve eksileri ile bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ABAD’ın bahse konu kararı kanaatimizce, hakim durumun kötüye kullanımını yasaklayan ABİDA’nın 102. maddesi ile fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan münhasır hak ve

¹³² A.g.k., para. 42-43.

¹³³ European Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, Case No COMP/M.6381 – *Google/Motorola Mobility*, para. 227-236.

yetkiler arasında bir denge gözetmekte ve rekabet otoriteleri ile ulusal mahkemelere, anılan maddenin yorumlanmasına ilişkin önemli bir kılavuz sunmaktadır. Mevcut kararın *FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin mahkeme emri uygulamalarına rekabet hukuku perspektifinden nasıl yaklaşılması gerektiğine ilişkin-işaret edilen boşluk ve eleştiriler saklı kalmak kaydıyla- rekabet otoriteleri ve yargı mercileri açısından benimsenebilecek en optimal çözüm olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ

FRAND'e tabi SEP'ler hakkındaki mahkeme emri uygulamalarının rekabet otoriteleri tarafından nasıl ele alınacağı sorusu, son yıllarda önemi gittikçe artan bir tartışma konusu haline gelmiştir. Öncelikle belirtmelidir ki, rekabet hukukunun konuya müdahil olabilirliliğini sorgulayan mevcut görüşler bir yana, uygulamada Komisyon'un, hakim durumun kötüye kullanılması veya başka rekabet hukuku ihlallerine yol açabilecek olması bakımından *FRAND*'e tabi SEP'ler hakkındaki yargı emri talepleri karşısında aktif bir tavır sergilediği görülmektedir. Mevaz AB rekabet hukuku temeli üzerine inşa edilen mevcut çalışmada bu bağlamda, ABAD ve Komisyon'un konuya dair yaklaşımları incelenmiştir.

Bu noktada ilk olarak, *FRAND*'e tabi SEP'lere ilişkin yargı emri talep etmenin *per-se* ihlal olmadığı, söz konusu emrin şartlar elverdiği ölçüde SEP sahibi için hukuki bir başvuru aracı teşkil ettiği hususunun Komisyon tarafından tartışmasız benimsendiği belirtmelidir. Diğer taraftan, mahkeme emri enstrümanına “son çare” olarak başvurulması gerektiği kuralı ile lisans koşullarının tayini noktasında “tarafsız üçüncü merci”in gidilecek adres olduğu tespiti de Komisyon yaklaşımında öne çıkan diğer önemli hususlardandır. Bunların yanı sıra, *FRAND*'e tabi SEP'ler hakkındaki yargı emri taleplerini değerlendirmede “gönüllü lisans alan” kriterinin Komisyon kararlarında önemli bir değerlendirme kriteri olarak gündeme geldiği görülmektedir.

Komisyon'un gönüllülük kavramını yorumladığı “*Motorola*” ve “*Samsung*” kararlarına göre; ortada “*FRAND*” taahhüdü ve “gönüllü lisans alan” unsurları var ise, mahkeme emri talep etmek

rekabete aykırı olacaktır. Buna göre, “lisans anlaşması yapmayı ve ilgili mahkemece belirlenecek *FRAND* hükümleri ile bağı olmayı kabul etmek” gönüllü olma kavramına ilişkin tanım olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁴ Bununla birlikte, *FRAND*’e tabi SEP’ler bakımından AB rekabet hukuku kurallarının nasıl yorumlanacağı meselesine kısmen çare olması yönüyle rekabet camiasınca olumlu karşılanırsa da, anılan kararların kanımızca eleştirilecek yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle, müzakerede bulunmaya ilişkin “gönüllü olma” faktörünün gösterilmesinin tek başına yeterli olmadığı düşünülmektedir. Zira, müzakere yapmaya gönüllü olma, her zaman için farklı yorumlara açık olma özelliği taşımaktadır. Ayrıca hangi süreye kadar “güvenli liman” karinesinden yararlanabileceği, müzakere süreci içerisinde izlenecek takvimin ve lisans teklifinin içeriği, ihlale konu bir patent portföyü olduğunda müzakerelerin kapsamının nasıl belirleneceği, *FRAND* ilkeleri uyarınca makul ve ayrımcı olmayan ücretin nasıl hesaplanacağı... vb. gibi çoğaltılması mümkün pek çok soru, güvenli liman kurumunun sağladığı ifade edilen hukuki belirliliğe kanımızca gölge düşürmektedir.

Diğer taraftan, *Motorola* ve *Samsung* kararlarıyla ön plana çıkan Komisyon yaklaşımının, *Huawei-ZTE* davası kapsamında ABAD’ın verdiği nihai karar ile pek çok açıdan iyileştirildiği düşünülmektedir. Söz konusu ABAD kararı incelendiğinde Komisyon’un lisans müzakerelerinde tarafların izleyeceği adımlar ve bu adımların silsilesi hakkında bıraktığı boşlukların- kısmen de olsa- doldurulmuş olduğu görülmektedir.

Sonuç itibarıyla, ABAD’ın ilgili kararı kanaatimizce, hakim durumun kötüye kullanımını yasaklayan ABİDA’nın 102. maddesi ile fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan münhasır hak ve yetkiler arasında bir denge gözetmekte ve rekabet otoriteleri ile ulusal mahkemelere anılan maddenin yorumlanmasına ilişkin önemli bir kılavuz sunmaktadır. Söz konusu kararın *FRAND*’e tabi SEP’lere ilişkin yargı emri uygulamalarına rekabet hukuku perspektifinden

¹³⁴ Tanım için bkz. Case No. COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility of 13 February 2012, Public decision http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf, Erişim Tarihi: 03.12.2015.

nasıl yaklaşılması gerektiğine ilişkin -işaret edilen boşluk ve eleştiriler saklı kalmak kaydıyla- rekabet otoriteleri ve yargı mercileri açısından benimsenebilecek en optimal çözüm olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- AIPPI Special Committee On Patents and Standards (Q222) (2014), “Availability of injunctive relief for FRAND-committed standard essential patents, incl. FRAND-defence in patent infringement proceedings” Report -Work Plan Item #5, <http://aippi.org/download/committees/222/Report222AIPPI+report+on+the+availability+of+injunctive+relief+for+FRANDcommitted+standard+essential+patentsEnglish.pdf>, Erişim Tarihi: 14.12.2015.
- ANGELOV, M. (2013), The “Unexceptional Circumstances” Test: Implications for FRAND commitments from the Essential Facilities doctrine under Article 102 TFEU”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2324072, Erişim Tarihi: 24.11.2015.
- ARIÖZ, A., ÖZBEK, Ö. C. (2010), “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, *Rekabet Dergisi*, Vol:11, No: 3, s.1-49
- ARMSTRONG, A., MUELLER, J. ve SYRETT, T. (2014), ‘The Smartphone Royalty Stack: Surveying Royalty Demands for the Components Within Modern Smartphones’, <http://ssrn.com/abstract=2443848>
- BAYRAMOĞLU, S. N. (2012), Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Toplu Yönetimi: Patent Havuzları ve Standart Belirleme, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- BEKKERS, R. (2015) “Concerns And Evidence For Ex-Post Hold-Up With Essential Patents”, Eindhoven University of Technology, The Netherlands, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2663939, Erişim Tarihi: 05.02.2016.
- BERA, R. K. (2015), “Standard-Essential Patents (SEPs) and ‘fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) licensing””, Acadinnet Education Services, India Pvt. Ltd., Bangalore 560037, India, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2557390, Erişim Tarihi: 02.02.2016
- BIRD, R. (2013), “A Guide to Patent Litigation”, June 2013, [http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/A%20guide%20to%20patent%20litigation%20in%20Spain\(1\).pdf](http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/A%20guide%20to%20patent%20litigation%20in%20Spain(1).pdf), Erişim Tarihi: 18.01.2016.
- BROOKS, R. G. ve GERADIN, D. 2010, “Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1645878, Erişim Tarihi: 20.01.2016.
- CARLTON, D. ve SHAMPINE, A. (2013), “An Economic Interpretation of FRAND”, <http://ssrn.com/abstract=2256007>, Erişim Tarihi: 24.12.2016.

- COTTER, T. F. (2009), "Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses", *34 Journal of Corporate Law* 1151, Vol:34:4, s.101-158
- COTTER, T. F. (2013), "The Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties", *Texas Intellectual Property Law Journal*, Forthcoming; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-40
- COTTER, T.F. ve GOLDEN, J. M. (2015), "Empirical Studies Relating to Patents-Remedies", Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 15-31
- DAY, J. (2013), "White Paper: Standards-Essential Patents and Injunctive Relief", http://www.jonesday.com/standards-essential_patents, Erişim Tarihi: 21.12.2015.
- DILLICKRATH, T. ve EMANUELSON, D. (2013), "Injunctive Relief and the Noerr-Pennington Doctrine: The Search for Clarity on a Muddied Pitch", *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, March 2013(1)
- DOLMANS, M. (2002), "Standards for Standards", *Fordham International Law Journal*, Vol: 26, s.163-208
- EUROPEAN COMMISSION (2011), "A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020", <http://www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/viq069b2jhzw>, Erişim Tarihi: 20.01.2016.
- FARRELL, J., HAYES, J., SHAPIRO ve SULLIVAN, T. (2007), "Standard Setting, Patents and Hold-up", *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 3, s. 603-670
- GERADIN, D. ve RATO, M. (2006), "Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946792, Erişim Tarihi: 04.01.2016.
- GILBERT, R. (2011), "Deal or No Deal? Licensing Negotiations in Standard-Setting Organizations", *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 3, s. 855-888
- GINSBURG, D. H., OWINGS, M. O. ve WRIGHT, D. W. (2014), "Enjoining Injunctions: the Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions", *The Antitrust Source*, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/oct14_ginsburg_10_21f.authcheckdam.pdf, Erişim tarihi: 15.02.2016.
- GOLDEN, J. M. (2012), "Injunctions as More (or Less) Than 'Off Switches': Patent-Infringement Injunctions' Scope," *90 Texas Law Review*, s.1399-1472

- JACOB, R. (2013), "Competition Authorities Support Grasshoppers: Competition Law as a threat to Innovation", *Competition Policy International*, Vol. 9, No. 2, Autumn 2013
- JONES, A. (2014), "Standard-essential patents: FRAND commitments, injunctions and the smartphone wars", King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series, <http://ssrn.com/abstract=2394495>
- KÖKTÜRK, N. S. (2012), *Telekomünikasyon Sektöründe Dikey Bütünleşik Firma Davranışlarının Düzenlenmesi: Sektörel Düzenleme ve Rekabet Hukuku*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- LAYNE-FARRAR, A. ve ERWIN, K. W.(2014), "Methodologies for Calculating FRAND Royalty Rates and Damages: An Analysis of Existing Case Law", *Law360*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2668623, Erişim Tarihi: 06.01.2016.
- LEMLEY, M., SHAPIRO, C. (2007), 'Patent Holdup and Royalty Stacking', *Texas Law Review*, Vol. 85, s. 1990–2049
- MARASCO, A. A. (2002) "Standards-Setting Practices: Competition, Innovation and Consumer Welfare", testimony before the Federal Trade Commission and Department of Justice, <http://www.ftc.gov/opp/intellect/020418marasco.pdf>, Erişim Tarihi: 04.01.2016
- MARINIELLO, M. (2011), 'Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) terms: a challenge for competition authorities', *Journal of Competition Law & Economics*, 7(3), pp. 523–541
- MILLER, J. S. (2006), "Standard Setting, Patents and Access Lock-in: RAND Licensing and the Theory of the Firm", Lewis & Clark Law School Research Paper Series, <http://www.ssrn.com/link/Lewis-Clark-LEG.html>, Erişim Tarihi: 14.01.2016.
- OECD (2002) "STANDARD SETTING", DAF/COMP(2010)33, <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/47381304.pdf>
- OECD (2010), "Policy roundtable on Standard Setting", DAF/COMP(2010)33, <http://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf>, Erişim Tarihi: 07.01.2016.
- OECD (2014a), "Intellectual Property and Standard Setting", Background note by the Secretariat, DAF/COMP(2014)27, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)27&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)27&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 13.11.2015.

- OECD (2014b)“ Intellectual Property And Standard Setting”, Note by Germany, DAF/COMP/WD(2014)113, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2014\)113&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2014)113&docLanguage=En), Erişim Tarihi: 18.01.2016.
- PETROVIC, U. (2014), *Competition Law and Standard Essential Patents*, Kluwer Law International, the Netherlands
- RAGAVAN, S., BRENDAN M. ve DAVE, R. (2015)† “Frاند v. Compulsory Licensing: the Lesser of the Two Evils”, *Duke Law & Technology Review*, Vol: 14, No:1, s. 83-120
- SHAPIRO, C. (2001), “Navigating the patent thicket: Cross licenses, patent pools, and standard setting”, in Jaffe A.B., Lerner J. and S. Stern (eds.), *Innovation Policy and the Economy*, Vol. 1, MIT Press, s. 119–150
- SIDAK, J. (2013), “The Meaning of FRAND, Part I: Royalties”, *Journal of Competition Law & Economics*, 9(4), s. 931–1055
- SIEBRASSE, N. V. ve COTTER, F. T. (2015) “The Value of the Standard,” <http://ssrn.com/abstract=2636445>, Erişim Tarihi: 02.01.2016.
- SPRIGMAN, C. J. (2013) “Berne’s Vanishing Ban on Formalities,” 28 *Berkeley Technology Law Journal*, s. 1565-1582
- SRIVASTAVA, S. (2013) “Standard Essential Patents And Competition Law”, Competition Commission Of India New Delhi
- TOKGÖZ, E. (2015), *Düşük Karbon Ekonomisine Geçiş ve Rekabet Politikası*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2007), “Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition”, <http://www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 03.01.2016
- U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION (2011), “The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition”, www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/evolving-ip-marketplace-aligning-patent-notice-and-remedies-competition-report-federal-trade/110307patentreport.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2016.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE AND US PATENT AND TRADEMARK OFFICE Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments (Jan 8, 2013), http://www.uspto.gov/about/offices/ogc/Final_DOJPTO_Policy_Statement_on_FRANDSEPs_1-8-13.pdf, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

- VESTERDORF, B. (2014), “Antitrust Enforcement and Civil Rights: SEPs and FRAND commitments”, Competition Policy International Antitrust Chronicle, August 2014(1)
- WINSTON, T. (2006), “Innovation and Ex Ante Consideration of Licensing Terms in Standard Setting”, Economic Analysis Group Discussion Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015059, Erişim Tarihi: 21..01.2016.
- WONG-ERWIN, K. W. (2014): “Standard-Essential Patents: “The International Landscape” http://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/standard-essential_patents_the_intl_landscape.pdf.
- YEŞİL, T. (2017), *FRAND* Taahhüdü Çerçevesinde Lisanslanan Standarda Esas Patentlere İlişkin Mahkeme Emri Uygulamalarının Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara

AB Ulusal Mahkeme Kararları

- German Federal Supreme Court, May, 6, 2009, doc. no. KZR 39/06, <http://www.ipeg.eu/blog/wp-content/uploads/EN-Translation-BGH-Orange-Book-Standard-eng.pdf>, Erişim Tarihi: 02.02.2016.
- Düsseldorf Higher Regional Court, Order of 21 March 2013, file no 4b O 104/12, GRUR Int. (2013, 547)
- Landgericht Düsseldorf, InstGE 10, 66, 73 – *Videosignal-Encoding III*
- Landgericht Mannheim, InstGE 13, 65 – *UMTS-fähiges Mobiltelefon II*; Landgericht Düsseldorf, openJur 2012, 86155 – *UMTS-Mobilstation*
- Landgericht Mannheim, MitttdtPatA 2012, 120, 124 – *Kartellrechtlicher Zwangslizenz einwand*
- Oberlandesgericht Karlsruhe, GRUR-RR 2007, 177 – *Orange Book Standard*

AB Genel Mahkeme Kararları

- Case 418-01, IMS Health v. NDC Health, 2004 E.C.R. I-5039.; COMP/C-3/37.792 Microsoft C(2004) 900
- Case C-241-242/91 P, RTE&ITP (Magill), [1995] E.C.R. I-743.
- Case T-201/04, Microsoft, [2007], E.C.R. II-3601
- Düsseldorf Higher Regional Court, Order of 21 March 2013, file no 4b O 104/12, GRUR Int. 2013, 547.

Joined Cases C-241/91 p ve C-242/91 P Radio Telefis Eirann (RTE) ve Independent Television Publications Ltd (ITP) v. Commission of the European Communities, ECR /-00743, at 46 (1995)

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

ECJ Case 53/87, CICRA v. Renault, 1988 E.C.R. 6039, ¶ 15.

European Court of Justice, *AB Volvo v Erik Veng* (Case 238/87), [1988]

European Court of Justice, Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp., Case C-170/13, (July, 16, 2015)

Komisyon Kararları

Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of Gprs Standard Essential Patents, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf Erişim Tarihi: 03.12.2015

Case AT.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS Standard Essential Patents http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf Erişim Tarihi: 03.12.2015

Case No. COMP/M.6381 Google/Motorola Mobility of 13 February 2012, Public decision http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6381_20120213_20310_2277480_EN.pdf, Erişim Tarihi: 03.12.2015

Diğer Kaynaklar

Advocate General's Opinion, C-170/13, Huawei/ZTE, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159827&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=50>, Erişim Tarihi: 07.12.2015.

Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics - Frequently asked questions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm, Erişim Tarihi: 20.12.2015.

Antitrust: Commission accepts legally binding commitments by Samsung Electronics on standard essential patent injunctions, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm?locale=en, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

Antitrust: Commission finds that Motorola Mobility infringed EU competition rules by misusing standard essential patents, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm, Erişim Tarihi: 10.01.2016.

- Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Samsung on potential misuse of mobile phone standard-essential patents http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_en.htm, Erişim Tarihi: 11.01.2016.
- Communication from the Commission - Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements, Official Journal C, 11, 14.1.2011. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/horizontal.html>, Erişim Tarihi: 24.01.2016.
- Complaint Motorola Mobility LLC, and Google Inc., File No. 121 0120, F.T.C. (June, 3 2013)
- Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, Erişim Tarihi: 4.11.2015
- Çin Milli Kalkınma ve Reform Komisyonu (MOFCOM) tarafından InterDigital hakkında verilen karar <http://www.law360.com/articles/534395/global-approaches-to-standard-essential-patents> Erişim Tarihi: 12.02.2016
- Decision and Order, In the Matter of Motorola Mobility LLC, a limited liability company and Google Inc., a corporation Docket No. C-4410, Decision and Order, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolado.pdf>, Erişim Tarihi: 03.12.2015
- European Commission, Competition Policy Brief, (June, 2014) http://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2014/008_en.pdf, Erişim Tarihi: 15.03.2016. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf, Erişim Tarihi: 10.12.2015.
- Hindistan rekabet otoritesinin Ericsson hakkındaki kararları <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/261/762013.pdf> ve <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/261/502013.pdf>, Erişim Tarihi: 10.01.2016.
- Press Release, Antitrust: Commission Open Proceedings Against Motorola, IP/12/345 (March, 4, 2012), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-345_en.htm, Erişim Tarihi: 19.12.2015
- Press Release, Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to Motorola Mobility on Potential Misuse of Mobile Phone Standart-Essential Patents-Questions and Answers, (May 6, 2013), http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-403_en.htm, Erişim Tarihi: 15.02.2016.