

**HÂKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASININ
SONUCU OLARAK ZORUNLU LİSANSLAMA:
DEĞERLENDİRME KRİTERLERİ VE
UYGULANAN STANDARTLAR**

*COMPULSORY LICENSING AS A CONSEQUENCE OF
ABUSE OF DOMINANT POSITION: THE CRITERIA FOR
EVALUATION AND THE STANDARTS APPLIED*

Ali ARIÖZ*
Özgür Can ÖZBEK**

Öz

Fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi de dahil olmak üzere bütün alt kategorileriyle birlikte sözleşme yapılmasının reddi davaları rekabet hukukunun en tartışmalı alanlarından biridir. Bütün liberal ekonomik düşünce sistemleri sözleşme özgürlüğünü gerçek ve tüzel kişiler için en temel iktisadi özgürlüklerinden biri olarak gördükleri için zorunlu arz ya da lisanslama gerekliliği çok dikkatli bir değerlendirme gerektirir.

*Bu çalışmanın amacı şu soruyu cevaplamaktır: Türk Rekabet Hukuku uygulamasında lisanslamanın reddi vakaları için herhangi bir kriter uygulanmakta mıdır ve eğer uygulanmaktaysa bu kriterlere yönelik standartlar açık ve belirli midir? Avrupa Birliği (AB) uygulamasında sözleşmenin reddi davalarının değerlendirilmesinde dönüşmekte olan bir kriterler seti oluşmuş gibi görünmekle beraber, özellikle Microsoft davasının ardından standartların gevşediği hissedilmektedir***. Diğer taraftan Türkiye’de, sözleşmenin reddi davalarında kullanılan kriterler açık olmamakla beraber davaların net bir sınıflandırmaya tabi tutuldukları da söylenememektedir. Lisanslamanın reddi bakımından ise uygulayıcılar bir politika oluşturmaya yetecek kadar davayı önlerinde bulmamışlardır. Bu alandaki önemli davalardan olan birisi olan Bilsa*

* Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamaz.

** Rekabet Uzman Yardımcısı, Rekabet Kurumu. Bu çalışmada ifade edilen görüşler yazarın şahsi görüşleri olup, Rekabet Kurumu’nu bağlamaz.

*** Bu çalışmada sık sık ifade edilecek olan “kriterler” ile, bir ihlalin varlığına ya da yokluğuna hükmedilebilmesi için kullanılan ve yeknesak bir yoruma imkan tanıyan değerlendirme ölçütleri, “standartlar” ile kriterlerin gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken göz önünde tutulan eşikler kastedilmektedir.

da zorunlu lisanslamanın değerlendirmesi için gerekli kriterler bakımından zayıf bir ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Lisanslama, Fikri Mülkiyet Hakları, Zorunluluk Kriteri, Güdülerin Dengelenmesi Testi, 82. Madde Uygulama Öncelikleri

Abstract

Refusal to deal cases -with all its sub-divisions including refusal to license intellectual property right cases- are one the most controversial subjects of competition law. Since every liberal economic thought accepts that the right to contract is one of the very basic economic liberties of (legal and natural) persons, an obligation for compulsory supply or licensing needs careful assesment.

This paper seeks to answer the following question: Are there any criteria for refusal to licence cases and, if answered affirmatively, are the standarts clear and concise in the application of Turkish Competition Law? While it seems that there has been an evolving criteria set for the assesment for refusal to deal and licence cases in the European Union practice, the strictness of the standarts seems to be getting looser, especially after the Microsoft case. In Turkey, on the other hand, the criteria used for the assesment of the refusal to deal cases are not clear, besides there is not a clear classification of the cases. As for the refusal to license, the enforcers have not met enough cases to design a policy, notwithstanding, one of the important cases, Bilsa, is still shedding a glimmer light about the assesment criteria of compulsory licensing.

Keywords: Compulsory Licensing, Intellectual Property Rights, Indispensability Criterion, Incentive-Balancing Test, Article 82 Enforcement Priorities

GİRİŞ*

Sözleşme yapmanın reddedilmesi rekabet hukukunda üzerinde çokça tartışılan konulardan biridir. Antitröst kanunları firmalar arası rekabetin tüketicilere faydalı olduğu kabulüne dayalıyken anlaşma zorunluluğu doktrininin bu

* Bu çalışmada yer verilen kararlarda ve metinlerde geçen yargı mercilerinin isimleri ile hukuki metinlerin isim ve hükümlerine ilişkin numaralar, kararların alındığı veya o hukuki metinlere atıf yapılan tarihlerdeki isim ve numaraları ile yer alacaktır. Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'nın (AT Antlaşması-Roma Antlaşması) maddeleri ilk olarak 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile, daha sonra da 2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile yeniden numaralandırılmıştır. Mevcut durumda AT Antlaşmasının rekabete ilişkin hükümleri "rekabet kuralları" başlığı altında 101 ila 109. maddeler olarak sıralanmıştır. Lizbon Antlaşması ile aynı zamanda, Avrupa Toplulukları Komisyonu Avrupa Komisyonu, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Adalet Divanı, İlk Derece Mahkemesi ise Genel Mahkeme olarak yeniden isimlendirilmiştir.

rekabeti açıkça sınırlıyor olması doktrinin doğrudan bir gerilim yaratmasına yol açmaktadır¹. Konu, mevcut sözleşme ilişkisinin sona ermesi, ilk defa sözleşme yapma talebinin reddi, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi, birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddi, tek taraflı ya da uyumlu ret halleri gibi pek çok alt kategoriye de ayrılmakta ve bu alt kategoriler için ortaya konacak değerlendirme kriterleri ve ilgili kriterleri değerlendirmek için getirilecek standartlar görüş ayrılıklarına yol açmaktadır². Bu çalışmada genel olarak sözleşme yapmanın reddedilmesi kavramına yalnızca bağlam gereği değinilecek, esasen fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddi³ üzerinde durulacaktır. Buna göre, ilk bölümde fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, iki hukuk dalının amaçları bakımından incelenerek yazarlarca “asıl sorun” olarak görülen husus ve bu kapsamda rekabet hukukunun nasıl bir işlev görebileceği tartışılacaktır. İkinci bölümde ise Türk ve AB rekabet hukukundaki öncül kararlar ele alınacaktır. Türkiye uygulaması bakımından fikri mülkiyet hakkının kullanılması talebinin reddine ilişkin bir vaka bulunmadığından ve kanaatimizce bu vakalarda sözleşme yapılması reddi davalarından farklı bir kriter setine ihtiyaç duyulmadığından (konunun bir alt kolu olduğu) sözleşme yapmanın reddedilmesi davaları yalnızca inceleme konusu edilen kriterler ve bu kriterlere yönelik standartlar bakımından tartışılacaktır. Bu kısımda Bilsa davasına çalışma kapsamında taşıdığı önem sebebiyle daha geniş yer ayrılacaktır. AB uygulaması kapsamında ise zorunlu lisanslama davaları hakkında genel bir bilgi sunulacaktır. Daha sonraki bölümde ilk olarak AB hukukunda konuyla ilgili en son ve belirleyici dava olma özelliğini taşıyan Microsoft davasına ilişkin Avrupa Toplulukları Komisyonu (Komisyon) ve İlk Derece Mahkemesi (İDM) kararları, daha sonra ise Komisyon tarafından 2008 yılı içinde çıkarılan AT Antlaşması’nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon’un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuzu incelenerek, fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasının reddinin konu edildiği davalar bakımından Komisyon’un öncelikleri tartışılarak, kılavuz üzerinde Microsoft kararının etkileri değerlendirilecektir. Bu bölümde kılavuzla ilgili değerlendirmenin sadece sözleşme yapmanın reddi davaları ile ilgili kısımlarının değil öncelikle bir bütün olarak getirdiği yeni yaklaşımın ele alınması tercih edilmiş, çalışmanın özüne

¹ CARLTON, D. (2001), “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal- Why Aspen and Kodak are Misguided?”, NBER Working Paper 8105, <http://www.nber.org/papers/w8105.pdf>, erişim tarihi: 21.03.2010, s.2.

² Sözleşme yapmanın reddi ve bu eylemin değerlendirilmesinde kullanılacak standartlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. DEMİRÖZ, A. (2009), “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VII*, Rekabet Kurumu Yayınları.

³ Birlikte işlerlik bilgilerinin verilmesinin reddini de içerecek şekilde.

ilişkin kısım daha detaylıca ele alınmıştır. Son bölümde ise, AB ve Türkiye uygulamalarından ortaya çıkan tablo değerlendirilerek henüz bu tip davalarla tanışmamış ülkemiz için bir değerlendirme yöntemi önerilecektir.

1. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU VE REKABET HUKUKU İLİŞKİSİ: ESASEN BİR SORUN VAR MI?

Rekabet hukukunun üzerinde fikir birliği sağlanamamış konularından biri olan sözleşme yapılmasının reddi vakaları, AB hukukunda az sayıda sözleşme yapma yükümlülüğüne hükmedilen davanın varlığına rağmen çok ciddi tartışmaları gündeme getirmektedir. Bu durum fikri mülkiyet haklarının söz konusu olduğu vakalarda daha da belirgin bir hal kazanmaktadır. AB içtihatlarında genel olarak sözleşme yapmanın reddedilmesi davaları söz konusu olduğunda kronolojik olarak Commercial Solvents⁴, Telemarketing⁵, Volvo⁶, Magill⁷, Ladbroke⁸, Bronner⁹, IMS¹⁰ ve Microsoft¹¹ kararlarından oluşan bir silsile karşımıza çıkmaktadır. Bu silsilenin kendi içinde bir “sözleşme yapılmasının reddi” çizgisi ve “zorunlu unsur” çizgisi dâhilinde sınıflandırmaya tabi tutulması yönünde fikirler bulunsa¹² da bu çalışmanın kapsamı bakımından¹³ bütün davaların bir devamlılık arz ettiği kabul edilecektir. Bu devamlılığın ortaya koyduğu tablonun temel özellikleri i) sözleşme yapma özgürlüğünün hâkim durumdaki firmalar için dahi esas kabul edilmesi ii) bununla beraber bazı “olağandışı koşulların” varlığı halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği iii) sözleşme konusu hak ya da varlığın ilgili ürün pazarı için “vazgeçilmez” olması gerekliliği iv) sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün bu davranışı için haklı görülebilecek gerekçeler sunabileceği olduğu hususlarının genel kabul görmesi

⁴ Case 6/73& 7/73, Commercial Solvents, [1974], E.C.R. 223.

⁵ Case 311/84, Telemarketing, [1985], E.C.R. 3261.

⁶ Case 238/87, Volvo, [1988], E.C.R. 6211.

⁷ Case C-241-242/91 P, RTE&ITP (Magill), [1995] E.C.R. I-743.

⁸ Case T-504/93, Ladbroke, [1997] E.C.R. II-923.

⁹ Case C-7/97, Bronner, [1998] E.C.R. I-7791.

¹⁰ Case 418-01, IMS Health v. NDC Health, 2004 E.C.R. I-5039.

¹¹ COMP/C-3/37.792 Microsoft C(2004) 900; Case T-201/04, Microsoft, [2007], E.C.R. II-3601.

¹² Bu tartışma hakkında geniş kapsamlı bir değerlendirme için bkz. RITTER, C. (2005), “Refusal to Deal and ‘Essential Facilities’: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”, *World Competition*, Volume 28 Issue 3. Yazara göre iki “çizgi” arasında a) piyasa gücünün aktarılması şeklindeki rekabet sınırlamalarının yasaklanması b) yapısal problemlerin giderilerek rekabetin bizzat yaratılması durumu arasındaki ayrım söz konusudur.

¹³ Ve söz konusu tartışma dâhilinde yazarların görüşüne uygun şekilde. Bununla birlikte iki çizgi arasında çok net bir ayrım olduğunu iddia eden bir çalışma için bkz. NAGY, C.I., “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework”, *European Law Review*, 32(5), 664-685.

olarak özetlenebilir. Fikri mülkiyet haklarının konu edildiği davalarda ise zorunlu lisanslamaya hükmetmek bakımından daha sıkı standartlar uygulanmakta, yine de konuyla ilgili tüm tarafları tatmin edecek bir hukuki çerçeve oluşmuş görünmemektedir.

Hak sahibi haricindekilerin, bir gayri-maddi varlıktan yararlanmalarını engelleyen haklar olarak tanımlanabilecek olan fikri mülkiyet hakları, temel olarak patent, telif hakkı ve marka hakkından oluşmaktadır. Herhangi bir zaman anında yalnızca tek bir yerde olabilen (tek bir yeri kaplayabilen) fiziksel şeylerden (metallardan) oluşan maddi varlıklara sahiplik zorunlu olarak dışlayıcıdır¹⁴ ve birisi o varlığa sahipse diğeri sahip olamamaktadır. Fikirler ise dışlayıcılık özelliği taşımamakta, herhangi birisinin herhangi bir konudaki fikrini bir başkasına açıklaması halinde, o fikrin sahibi ile beraber kendisine fikir açıklanan da artık o fikre sahip olmaktadır. İşte bir fikre sahipliğin dışlayıcı ve birbirine rakip olmama özelliği fikri mülkiyet hakları anlayışının temelini oluşturmaktadır; herhangi bir fikrin pazara sunumu- satılması, halinde bu fikir dış dünyaya ifşa edilmiş olmakta ve kamu malı haline gelmekte, bu fikirden yararlanan -bu fikre sahip olan- herkesin bunun bedelini ödeyip ödemediğini tespit etmek güçleşmektedir¹⁵. Bu nedenle, herhangi bir fikrin ortaya çıkarılması -fikrin üretimi- konusunda üreticiler/mucitler üzerinde, fikir eserlerinin bahsedilen özellikleri nedeni ile oluşacak isteksizliğin bertarafını sağlamak (daha doğru bir ifade ile kişilerin fikri eser ortaya çıkarmalarını teşvik etmek) üzere, bu tür fikri eser sahiplerinin kendi eserlerinin kullanımı ve dağıtımını konusunda kontrol sahibi olmalarına ve diğerlerini bu eserleri kullanmaktan belirli bir süre dışlamalarına olanak tanıyan fikri mülkiyet hakları oluşturulmuştur¹⁶. Dolayısıyla, geleneksel anlamda fikri mülkiyet hakkı, sahibine kendisi dışında o hakkın kullanımını dışlayan münhasır bir hak vererek hak sahibinin belirli bir süre tekel getirisi elde etmesini sağlamaktadır. Fikri mülkiyet hakkının, hak sahibinin başvurması ile birlikte ilgili idari birimde tescillenecek, yayınlanacak ve bu hakla korunan fikirlere erişilerek araştırmaların başkaları tarafından devam ettirilecek olması nedeniyle, bu hakka verilen münhasırlık aslında hak konusu fikrin yayınlanmasının da bir bedeli olmaktadır¹⁷. Belirli bir süre o hak konusu mal ya da hizmetin tekeli fiyatlaması nedeniyle ortaya çıkan refah kaybı ise yeniliği (icadı) elde etmenin (ortaya çıkarabilmenin) ve aynı zamanda o yenilik hakkındaki bilgilerin

¹⁴ HOVENKAMP, H., M.D. JANIS, ve M. A. LEMLEY (2005), *IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Aspen Publishers, USA, s.1-2.

¹⁵ Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

¹⁶ Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

¹⁷ KORAH, V. (2005), "The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries", *SCRIPT-ed*, Volume 2 Issue 4, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf>, Erişim Tarihi: 16.03.2010, s. 430.

açıklanmasının fiyatı olarak addedilmektedir¹⁸. Bazı yazarlara göre, verilen dışlama hakkının amacı fikri eserler hakkında yapılan yatırımları garanti altına almayı da sağlama yoluyla hak sahiplerinin çalışmalarını ödüllendirmek iken¹⁹ Hovenkamp, fikri mülkiyet haklarının dışlayıcı niteliğinin temel ekonomik meşruiyetinin, hak konusu fikirlerin yaratıcılarının ve bu yaratıcılar dışındakilerin faaliyetlerini teşvik etmekten kaynaklandığını belirtmektedir²⁰. Her iki ara amaçla aslında ulaşılmak istenen, fikri mülkiyet hakları vesilesiyle yaratılacak teşvik sayesinde teknolojik yeniliklerin devamını sağlayarak tüketici refahının artışına yol açmaktır.

Aslen tali olarak nitelendirilebileceğimiz diğer amaçlarının yanında²¹, temel amacı üretimde ve dağılımda etkinlik ile dinamik etkinliği artırmak olan rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasında, uzun vadede yenilik vesilesiyle dinamik rekabeti hedefliyor olmaları nedeniyle, aslında amaca özgü bir farklılaşma veya çekişme bulunmamaktadır. İki hukuk alanı arasındaki gerilim, amaçlanana ulaşmak için kullanılacak yöntemlerin farklılığından kaynaklanmaktadır²². Rekabet hukuku etkinliği en üst seviyeye çıkarmak için rekabete aykırı (antirekabetçi) eylemleri ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını (ABD uygulamasında tekelleşmeyi) yasaklarken, fikri mülkiyet hukuku, her vakada olmasa da, tekel hakkını makul görür ve bazı durumlarda teşvik ederek yenilik için gerekli güdüyü yaratmaya çalışır²³. Aynı amaca varmak için kullanılan yöntemlerdeki bu farklılık, özellikle yirminci yüzyılın başlarında bir çekişme olarak algılanmış ve gereğinden fazla önemsenmiştir²⁴. Bu dönemde patent hakkı mutlak tekel hakkı ile özdeşleştirilmiş ve patent hakkı verilmesi rekabet hukukunun sıkı sınırlamalarına maruz kalmış, 1970'lerden itibaren ise hem Avrupa'da hem de ABD'de fikri mülkiyet haklarının ekonomik faydalarının daha da önemsenmesi nedeniyle fikri mülkiyet haklarının doğrudan tekel veya pazar gücü sağladığı yaklaşımından uzaklaşmıştır. Bu uzaklaşma, önce ABD'de, daha sonra AB'de, idari kurumların ve yargı organlarının

¹⁸ ANDERMAN, S. D. ed. (2007), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK, s.19.

¹⁹ Bkz. Örneğin O'DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, First Edition, Hart Publishing, Oxford, UK, s. 415; RITTER, C. (2005), "Refusal to Deal and 'Essential Facilities': Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?", *World Competition* 28(3), s. 292.

²⁰ Hovenkamp vd. 2005, s.1-5.

²¹ Rekabet hukukunun diğer amaçları için bkz. JONES, A. ve B. SUFFRIN, *EC Competition Law* (2008), Third Edition, Oxford University Press, USA, s. 16 ve devamı.

²² SCHMIDT C. ve W. KERBER (2008), "Microsoft, Refusal to License Intellectual property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission",

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297939, Erişim Tarihi: 10.04.2010, s. 17.

²³ Hovenkamp vd. 2005, s.1-13.

²⁴ Anderman 2007, s. 7.

Chicago Okulunun iktisadi analizini kabullenmeleri ile olmuştur. Chicago yaklaşımının fikri mülkiyet hakkının doğrudan pazar gücü sağladığı öngörüsünü reddeden görüşü daha sonra yerini tüm fikri mülkiyet hakları olmasa da bazılarının tekel hakkı yarattığını kabul eden ve Chicago sonrası yaklaşım olarak adlandırılan görüşe terk etmiştir.

Dolayısıyla, rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun aslen çelişmemekte, bilakis aynı amaca hizmet etmekte olduğu görüşü kabul görmekte ve Anderman'a göre, bu iki hukuk dalı, en az beş açıdan birbirleri ile bağlantılı olarak işlemektedir. İlk olarak, hem ABD'de hem AB'de rekabet hukuku Ar-Ge yatırımları ve fikri mülkiyet hakları yoluyla iktisadi tekel yaratılmasını meşru saymaktadır. İkincisi, her iki hukuk düzeninde de bu hakların fiyatlanmasının ödül ve teşviki de kapsayan yeterli bir getiriyi yansıtması gerektiği kabul edilmektedir. Üçüncü olarak, çoğu vakada hak sahiplerinin bu hakların kopyalanmasını engelleme yetkisini haiz olduğu, bu yetki veya hakkın kullanımı rakiplerin pazara erişimini engellese de, kabul edilmektedir. Dördüncü olarak, her iki sistemde de rekabet hukuku, fikri mülkiyet hakkının varlığının artık doğrudan bir tekel hakkının varlığına delalet ettiğini varsaymamaktadır. Son olarak, rekabet hukuku perspektifinden fikri mülkiyet haklarının analizinde, iki hukuk düzeni de bu tür bir hak verilmesinin genel anlamda olumlu rekabetçi etkilerinin olduğunu kabul etmektedir²⁵.

Bu iki hukuk dalı arasındaki asıl sorun, tüm fikri mülkiyet haklarının fazlasıyla genel kurallara göre verilmesi ve bu haklar arasında süre, kapsam ve verilen bu hakları takip edecek spesifik bir dizi diğer hakların tanımlanması bakımından farklılık bulunmamasıdır. Fikri mülkiyet haklarının iktisadi ve hukuki mantığı bu hakların süre ve kapsam gibi koşullarının -refah artışının maksimum olmasını temin edebilmek üzere sektörlere, teknolojik duruma ve diğer tüm koşullara bağlı olarak- farklılık göstermesini gerektirmektedir. Teknik ve idari kapasite yetersizlikleri nedeni ile bu hakların koşullarında farklılık sağlanamaması, diğer bir ifadeyle bu hakların koşullarının optimum derecede belirlenememesi, bu haklar ile yaratılması düşünülen yeniliklerin ve dinamik etkinliğin optimum derecede gerçekleşememesine; koşulları çok dar tanımlanman bazı hakların bu hak sahiplerini yenilik yapmaya teşvik edememesine, koşulları çok geniş tanımlananların ise diğer firmalarının yenilik yaratma faaliyetlerini engellemesine sebebiyet vermektedir. Hovenkamp vd.'ye göre de fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslanmasına yol açan durumlar genellikle bir fikri mülkiyet sahibinin sahip olduğu hakkın kapsamını fikri

²⁵ Anderman 2007, s. 6.

mülkiyet yasalarının sağladığından daha fazla genişletmeye çalışmasıyla ortaya çıkmaktadır²⁶.

Özellikle Ar-Ge yatırımlarının önemli olduğu sektörlerde birçok ve birbiri ile örtüşen patentlerin varlığı, yeni teknolojilerin gelişimini engelleyebilen “*patent çalılıklarının*”²⁷ (*patent kümelerinin*) oluşmasına yol açmakta ve bu durum iki tür problemin varlığına yol açmaktadır.

*Tamamlayıcı mallar*²⁸ problemi olarak adlandırılabilir ilk problemde, bir firma kendi ürününü üretebilmek için birçok farklı patent sahibinden lisans almak durumunda kalmakta, dolayısıyla o ürünü üretmek için katlanılan maliyet yalnızca tek bir firmadan patent lisansı alınması halinde katlanılacak maliyete göre yüksek olmaktadır²⁹. Shapiro bu durumun, Cournot tarafından 1838 yılında öne sürülen klasik tamamlayıcı mallar problemi ile aynı olduğunu, ortaya çıkacak ürünün fiyatının -Cournot örneğinde olduğu haliyle, bakır ve çinko kullanarak üretilen pirinç fiyatının- iki ayrı patentle korunan ara malından oluşacağı ve her iki ara malına da lisans bedeli verileceği için patente tabi iki ara malın sahipliğinin tek elde olması durumuna göre oluşacak nihai fiyattan daha yüksek olacağını ifade etmektedir³⁰. *Tamamlayıcı mallar* problemi, sadece iktisadi bir bedel elde etmek üzere değil, diğer firmalarının pazara girişlerini zorlaştırmak veya engellemek üzere bir giriş engeli olarak da kullanılabilmektedir³¹.

*Yol kesme*³² problemi olarak adlandırılabilir diğer problem ise, mevcut patent çalılığında hangi ürünün patentli olduğunun hangisinin ise olmadığına bilinmesinin zorluğu nedeniyle, firmanın herhangi bir ürün üretmeyi planlaması halinde bir başka patent hakkını ihlal etme olasılığının

²⁶ HOVENKAMP, H., JANIS, M.D. ve LEMLEY, M.A., “Unilateral Refusals to License in the US”, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No: 303, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703161, Erişim tarihi: 12.04.2010, s.18.

²⁷ “Patent thicket”.

²⁸ “Problem of complements”.

²⁹ Schmidt ve Kerber 2008, s. 19.

³⁰ SHAPIRO, C (2001), “Navigating the Patent Thicket: Cross Licences, Patent Pools and Standart Setting”, A. B. JAFFE (der.) *Innovation Policy and Economy I* içinde, www.haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf, Erişim Tarihi: 14.03.2010, s. 123

³¹ Nitekim Komisyon, 2009 yılında tamamladığı ilaç sektörüne ilişkin araştırmanın ön raporunda, patent çalılığı oluşturmanın firmaların kendi yeniliklerinin ticari gelişimini güvence altına almayı amaçlamamaları halinde, patent sistemi oluşturmanın temel amaçlarıyla uyumlu olmayacağını ve rekabete aykırı kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. KJÖLBYE, L (2009), “Article 82 EC as a Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?”, *World Competition*, Volume 32 Issue 2, s. 180.

³² “Hold-Up Problem”.

yüksek olmasına ve kendisini maliyetli bir hukuki süreç içerisinde bulabilmesine yol açmaktadır.

Fikri hakların söz konusu edildiği ve şebeke etkileri ile bir takım standartlaşmaların mevcut olduğu pazarlarda da, alt pazarlarda faaliyet gösteren diğer firmaların teknoloji standardı haline gelen uygulamalara erişimlerinin sağlanması kritik önem taşımakta ve aynı zamanda geniş belirlenmiş olan fikri mülkiyet haklarının sınırlandırılması için bir dayanak oluşturmaktadır³³.

Yukarıda kısaca değinilen, fikri mülkiyet hakları sistemindeki bu tür kusurların rekabet hukukunca düzeltilmesinin gerekliliği (veya gereksizliği) literatürde sıkça tartışılmıştır. Ritter, rekabet hukukunun bu alanda gereksizliğine ilişkin argümanları rekabet hukukunun fikri mülkiyet haklarındaki hataları düzeltmek üzere kullanılmaması gerektiği; zorunlu unsur doktrininin fikri mülkiyet haklarına uygulanmasının fikri mülkiyet hukukuna aykırılık oluşturacağı; zorunlu unsur doktrininin, fikri mülkiyet hukukunun pazar ekonomisinde temel uygulama aracı olan ve yenilik yaratma teşvikini korumak için gerekli bulunan münhasırlığa uygulanmasının tutarsız olacağı; halihazırda fikri mülkiyet yaratımı için çok az dürtü varken, rekabet hukukunun, eylemin fikri mülkiyet sahiplerinin getirilerini düşüreceği hallerde özellikle ihtiyatlı olması gerektiği; rekabet hukukunca fikri mülkiyet haklarına ilişkin vaka sonrası (ex-post) düzeltici bir mekanizmanın gerekli olabileceği, fakat bu mekanizmanın rekabet otoritelerince değil patent ofislerince kullanılmasının daha az maliyetli ve daha etkin olacağı; fikri mülkiyet haklarıncı yaratılan sorunları çözmek için tasarlanmamış olmaları nedeniyle, rekabet otoritelerinin çözdüklerinden daha fazla problem yaratabilecekleri ve zorunlu unsur doktrininin belirsiz sınırlarına güvenmek yerine fikri mülkiyet hukuku doktrininin tadilinin yerinde olabileceği şeklinde özetleyip, yine de vaka sonrası düzeltme mekanizmasının -vaka sonrası, fikri hakların tanındığı andaki mevcut veri ve bilgilere göre elde daha fazla veri ve bilgi olacağı gerekçesiyle- üstün olacağı ve rekabet hukuku uygulayıcılarının *fikri hakların yılmaz savunucularına* nazaran lobicilerden ve birtakım çıkar gruplarından daha az etkileneceği gerekçeleriyle fikri haklar ve rekabet hukuku arasındaki denge bozulduğunda, rekabet hukukunun devreye girmekten çekinmemesi gerektiğini ifade etmektedir³⁴.

Ritter, yukarıda da ifade edilen *denge* bozulduğunda fikri mülkiyet haklarına rekabet hukuku enstrümanlarıncı müdahale edilmesinin yerindeliğini savunduktan sonra, aşağıda yer verilen dört sebep nedeniyle de bu tür

³³ Nitekim bu husus (şebeke etkisi nedeniyle fikri hak konusu bir ürünün endüstri standardı haline gelmesi) IMS ve Microsoft kararlarında da sıkça söz konusu edilmektedir.

³⁴ Ritter 2005, s. 286 ve dipnot 15.

gayri-maddi haklara ilişkin hukuki analizlerde maddi haklara nazaran *özel bir ihtimama* ihtiyaç bulunmadığını savunmaktadır³⁵:

- Bu tür bir ihtimamın yasal bir temelinin olmaması,
- Herhangi bir özel ihtimamın maddi varlık sahiplerinin bu varlıklara fikri mülkiyet konusu birtakım eklenti yapmalarına yol açabilme riskini barındırması,
- Fikri hak konusu varlıklar kamu malı niteliğini haiz olduğu için aslında bunların erişime açılmasının dışlayıcı bir nitelik arz etmeyecek (aynı anda bir başkasının veya başkalarının da aynı varlıktan yararlanabilecek) olması,
- Zorunlu lisanslama yoluyla fikri hak kapsamının sınırlandırılmasının yeniliğe yatırım dürtüsünü sınırlandırmayacak olması.

Sonuç olarak, fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukuku arasında, aynı nihai amaca özgülenmiş olunması nedeniyle bir çatışma bulunmamakta, yalnızca kullanılan araçlar farklılık göstermekte, rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukukunca korunan alanlara müdahalesi -literatürde sıkça tartışılmakla birlikte- genel olarak kabul görmektedir. Nitekim AB rekabet hukuku sistemi de, Komisyon uygulamaları ve Birlik yargı organlarının artık içtihat haline geldiğini söyleyebileceğimiz birtakım kararlarıyla, fikri mülkiyet haklarına rekabet hukukunca müdahale edilebileceğini kabul etmektedir.

2. TÜRK VE AB REKABET HUKUKUNDA ÖNCÜL KARARLAR

2.1. Sözleşme Yapmanın Reddi Türkiye Uygulaması

Türk Rekabet Hukuku uygulamaları incelendiğinde sözleşme yapmayı reddetme konusunda yedi Rekabet Kurulu kararı öne çıkmaktadır. Bu kararlardan üçünde (Ulusal Dolaşım³⁶, ÇEAŞ³⁷ ve Türk Telekom/TİSSAD³⁸) zorunlu unsur doktrininden³⁹ yararlanılmış, birisinde (Solmaz Mercan⁴⁰) var olan bir tedarik ilişkisinin kesilmesi konu alınmış, bir diğerinde (Kablo TV⁴¹) ilk defa gelen bir

³⁵ Ritter 2005, s. 291. Ritter'in fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslanmasının hak sahibinin yatırım güdüsünü sınırlandırmayacağı hakkındaki görüşleri için bkz. a.g.e., s. 295.

³⁶ 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

³⁷ 08.02.2007 tarih ve 07-13/101-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

³⁸ 05.01.2006 tarih ve 06-02/47-8 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

³⁹ Muller, doktrini başta altyapılar ve ağlar olmak üzere tekeli tarafından sahip olunan tesislerin üst veya alt piyasada rekabeti mümkün kılabilmek için rakiplerle paylaşılması fikri olarak tanımlamaktadır.

⁴⁰ 26.08.2009 tarih ve 09-39/949-236 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

⁴¹ 10.02.2005 tarih ve 05-10/81-30 sayılı Rekabet Kurulu kararı.

talebin reddi ele alınmış ve nihayet Bilsa⁴² kararında fikri mülkiyet haklarına dayalı bir husus Karara konu olmuştur⁴³.

Zorunlu unsur kavramından yararlanan **Ulusal Dolaşım** kararında Kurul kanaatimizce doğru bir sistematik takip etmiştir. Kararda öncelikle sözleşme serbestine atıf yapılmış daha sonra bu hürriyet kapsamında “özel bir uygulama alanı” olarak zorunlu unsur doktrinine değinilmiştir. Bu girişi takiben zorunlu unsur kavramının belirleyici özellikleri sayılmış ve ihlal için gerekli hususlar sıralanmıştır⁴⁴:

Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temel olarak, unsura sahip firmanın ilgili pazarda hâkim durumda olması; bu unsurun benzerinin ‘makul şartlarda’ yapılamaması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için ise; bir reddetme eyleminin bulunması ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması hususları incelenmelidir.

Ayrıca rekabet hukukunda, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesi için, beş koşulun karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar aşağıda sunulmuştur:

- *Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi.*
- *Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması.*
- *Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması.*
- *Erişim talep eden teşebbüsün makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması.*
- *Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.*

⁴² 21.03.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı Rekabet Kurulu kararı. Kararın incelemesi bir sonraki bölümde yapılacaktır.

⁴³ Bu kararların dışında da sözleşme yapmanın reddi konusunun bir şekilde tartışıldığı ya da fiyat sıkıştırması gibi bu başlık altında ayrı bir kategorinin değerlendirildiği kararlar da bulunmakla beraber bu çalışmanın amacı dışında kaldıkları için kapsam dışında bırakılmışlardır.

⁴⁴ Ulusal Dolaşım kararı, s.42-43.

Kararda ihlalin varlığı için gerekli görülen şartlar, Komisyon'un Erişim Tebliği'nde⁴⁵ de zikredilmiş olan şartlardır⁴⁶. Zorunluluk (vazgeçilmezlik) kriteri için kullanılan standart, unsurun benzerinin makul şartlarda yapılamaması olarak tespit edilmiş, makul şartlar ile neyin kastedildiğine yönelik bir açıklama getirilmemiştir.

ÇEAŞ kararında ise, zorunlu unsurun tanımı yapıldıktan sonra bu unsurun talepte bulunan teşebbüslere geçerli bir teknik ya da ticari objektif gerekçe göstermeksizin kullandırılmamasının hâkim durumun kötüye kullanılmasını teşkil etmekte olduğu ifade edilmektedir. Kararda zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek ve bir ihlalin varlığını belirleyebilmek için iki ayrı koşul seti sıralanmıştır⁴⁷:

Bu çerçevede, zorunlu unsur doktrinini uygulayabilmek için;

- *Zorunlu unsurun tekel ya da hâkim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından kontrolü,*
- *Zorunlu unsurun başka bir teşebbüsçe yeniden tesisinin ya da üretiminin makul şartlar altında mümkün olmaması,*

Bir kötüye kullanma halinin varlığını belirleyebilmek için ise,

- *Hâkim durumdaki teşebbüsün zorunlu unsuru kullandırmayı reddetmesi ya da kullanımı engellemesi,*
- *İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması, bir başka deyişle, söz konusu reddetme eyleminin objektif gerekçelere dayanmıyor olması*

koşullarının mevcut olması gerekmektedir.

Zorunluluk kriteri için yine makul şartlar altında yeniden üretileneme standardı takip edilirken kanaatimizce ihlalin varlığı için gerekli sayılan şartlar arasında rekabetin kısıtlanmasına yönelik herhangi bir koşulun ortaya konulmaması bir eksiklik niteliğindedir.

Kablo TV kararı, Kurul'un değerlendirmesinde takip ettiği yol bakımından farklılık gösteren bir karardır. Yapılan değerlendirmede sözleşme yapmanın reddi gibi bir sınıflandırmaya gitmeksizin incelemeye konu eylemin dışlayıcı nitelik arz edip etmediği tartışılmıştır. Benzeri şekilde zorunlu unsur doktrininden açıkça bahsedilmemiş, rakipler tarafından kullanımı zorunlu bir

⁴⁵ Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector, [1998] OJ C265/02.

⁴⁶ Demiröz 2009, s. 371.

⁴⁷ ÇEAŞ kararı, s. 68.

varlığın kullanımının engellenmesi halinde -ve bu varlık sahibinin emek ve başarısı dışında edinildiğinde- sorumluluğun doğabileceği belirtilmiştir⁴⁸.

Bu çerçevede faydalandırmanın reddinin incelendiği bir olayda eyleme konu varlığın kamu kaynakları ile yaratılmış olduğu veya rakiplerin benzeri bir varlığı oluşturmalarının önünde yasal sınırlamaların bulunduğu hallerin, bunun söz konusu olmadığı durumlara nazaran özellikli bir hali bulunmaktadır. Bu özellikli hal, kamu kaynaklarının kullanımı ya da yasal sınırlamaların söz konusu olduğu hallerde pazarda rekabet için zorunlu bir unsur oluşturan varlığın, bir müteşebbisin kendi emek, çalışma azmi ve ticari kararları almadaki başarısı sonucunda oluşmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bu özellikli hal, 6. madde uygulamasında rakipler ile işbirliği yapılmaması eyleminin dışlayıcı karaktere sahip olması koşulunun varlığı halinde teşebbüs tarafında bir sorumluluğun doğabileceği hallerin en önemli örneğini oluşturmaktadır.

Yapılan analizin takip eden bölümünde faydalandırmaya konu yapının pazarda rekabetin var olabilmesi için zorunluluk arz etmesinin başkaca herhangi bir inceleme yapılmaksızın, sırf faydalandırmanın reddi halinde rekabetin varlığından söz edilemeyeceğinden bahisle eylemin dışlayıcı olarak nitelendirilmesine dayanak gösterilmemesi gerektiği belirtilerek “Tüketicinin Zararına Olarak Üretimin, Pazarlamanın ya da Teknik Gelişmenin Kısıtlanması” ve “Geniş Bant Hizmetlerde Tekel Konumunun Korunması ve Geleceğe Taşınması” başlıkları altında eylemlerin piyasa üzerindeki etkileri değerlendirilmiştir. Daha sonra ise kullandırmama eyleminin ekonomik ve ticari açıdan anlamı olup olmadığının analizi yapılmıştır. Sonuç olarak karar bir bütün olarak ele alındığında, açıkça bu metodolojiyi takip etmese de- Kurul’un i) zorunluluk (vazgeçilmezlik) ii) rekabetin ortadan kalkması iii) objektif bir gerekçenin olmaması koşullarından oluşan üç maddelik bir analiz yaptığı söylenebilecektir.

Türk Telekom/ Tissad kararı ise 6. madde bağlamında ihlal sayılan konulardan bir diğeri olan fiyat sıkıştırması açısından da incelenmeye değer yönleri olan bir karar olmakla birlikte, bu çalışma kapsamında yalnızca kararda yapılan zorunlu unsur değerlendirmesi ile bu değerlendirmeden kaynaklanan anlaşma yapma yükümlülüğü incelenecektir. Kararda şu açıklamaya yer verilmiştir⁴⁹:

Zorunlu unsur doktrininin uygulama esasları olarak dört koşullu sistematik bir test yapılması yerinde olacaktır. Bu koşullar;

⁴⁸ Kablo TV kararı, s. 24-25.

⁴⁹ Türk Telekom/Tissad kararı, s. 28-29.

- Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü,
- (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesis/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkânsız olması,
- Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,
- İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması şeklinde sıralanabilir.

Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit edebilmek için bu şartların tamamının değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki koşul zorunlu kabul edilen bir unsura ilişkin olarak zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır.

Kararda sıralanan koşullara bakıldığında vazgeçilmezlik kriterinin ilgili unsurun kurulması ya da üretilmesi bakımından imkânsız olması gibi yüksek bir standarda bağlandığı görülmektedir. Bu standart Ulusal Dolaşım ve ÇEAŞ kararlarından farklılık göstermektedir. Bunun yanı sıra “*ilgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dâhilinde olması*” kriterinin herhangi bir objektif gerekçelendirmenin olmaması/yokluğu şeklinde de değerlendirilebileceği söylenebilir. Ne var ki, kararda belirtilen koşullar arasında alt pazardaki rekabetin sınırlandırılmasına yönelik hiçbir ifadeye rastlanmaması ÇEAŞ kararında olduğu gibi önemli bir eksikliklerdir.

Solmaz Mercan kararında süregelen bir arz ilişkisinin kesilmesi konu alınmaktadır. Kararda bu durumun kötüye kullanma sayılması için gerekli şartlar şu şekilde sıralanmıştır⁵⁰:

- *Mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda olması,*
- *“(Mal vermeyi) reddetme” davranışının olması,*
- *Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması,*
- *Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması.*

Kararda sıralanan unsurlar arasında vazgeçilmezlik ya da zorunluluk kriterine yönelik bir kıstas olmadığı görülmektedir. Kurul yaptığı değerlendirmede ilk üç unsurun sabit olduğuna hükmetmiş, rekabetin kısıtlanması hususunda ise daha tereddütlü bir yaklaşım sergilemiştir. Buna göre Kurul, Anadolu Cam’ın mal arzını ciddi boyutta azaltmasının ardından alternatif

⁵⁰ Solmaz Mercan kararı, s. 8.

bir kaynak tarafından sağlanan ürünlerin kalite bakımından endişe doğurduğunu ifade etmiş ve bu alternatif kaynağa rağmen Solmaz Mercan'ın durumdan olumsuz etkilendiğini belirtmiştir.

CNR/NTSR kararında sözleşme yapmanın reddine ilişkin olarak sadece “*Mal vermeyi reddetme eyleminin hâkim durumu kötüye kullanma sayılıp rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için makul bir gerekçeye dayanmaması gerekmektedir.*”⁵¹ ifadesi geçmektedir. Bu haliyle hem vazgeçilmezlik hem de rekabeti kısıtlayıcı etki kriterlerine kararda yer verilmemiş olduğu değerlendirilebilecekse de vazgeçilmezlik unsurunun esasen kapsamlıca yapılan hâkim durum analizinde ele alındığını söylemek mümkündür.

Rekabet Kurulu'nun önüne gelen vakalar arasında fikri mülkiyet konusu hakların lisanslamasının reddi kapsamında değerlendirilebilecek nitelikleri bulunan en önemli vaka olan **Bilsa** kararında Kurul açıkça bu yönde bir değerlendirme yapmayı tercih etmemiştir. Söz konusu karar, Bilsa Yazılım AŞ'nin, okul yazılım hizmetleri pazarında, okullara yazılım programı hizmeti sunmak isteyen diğer teşebbüslerin, bu teşebbüslerce kullanılmak zorunda olan bilgilere erişimlerini, bu bilgileri şifrelemek suretiyle engellediği iddiasını incelemektedir.

Okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin şikâyeti üzerine yapılan soruşturma sonucunda verilen kararda Rekabet Kurulu, Bilsa'nın okul yazılım hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğuna, kendi hizmet sunduğu okullar ve bu okullarda öğrenim gören öğrenciler hakkındaki verileri, diğer teşebbüslerin erişimine açmadığına ve bu suretle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

İlgili şikâyette teşebbüsler, Bilsa ile aynı pazarda faaliyet gösterdiklerini, Bilsa tarafından hizmet verilen okullara kendilerinin hizmet sunmak üzere sözleşme akdetmeleri durumunda, ilgili yazılım programında kullanılması gerekli olan, öğrencilere ait verilere erişimlerinin Bilsa tarafından söz konusu verilere şifreleme uygulanması suretiyle engellendiğini, bunun sonucunda ilgili pazara girişlerinin fiilen imkansızlaştığını ve okulların okul otomasyonu alanındaki yeniliklerden yararlanamadıklarını iddia etmişlerdir.

Kurul kararda sözleşme yapmayı reddetme, zorunlu unsur ya da fikri mülkiyet hakkının zorunlu lisanslamasından açıkça bahsetmemiş, bunun yanında, Bilsa'nın ilgili verileri daha önce temin ediyor olması ile -bu verilerin okul yazılım hizmetleri pazarında faaliyet için gerekli olduğu iddiası nedeniyle- “okul yazılım hizmetleri pazarı” ile üst pazar niteliğinde “okul ve öğrenci

⁵¹ CNR/NTSR kararı, s. 30.

verileri pazarı” gibi iki ayrı pazarın varlığına -veya bu şekilde iki ayrı pazarın varlığının gerekliliğine- ilişkin hususlara değinmemiştir. Bununla birlikte Kurul, hâkim durumdaki firmanın rakiplerinin müşterilerine erişimi engelleyerek pazarı kapatabileceğinden ve davranışın verimlilik artışına dönük olmayıp rakiplerin faaliyetlerini ya da piyasaya girişlerini zorlaştırması halinde kötüye kullanım sayılacağından, verimlilik artışının tüketicilere nihai faydasının rekabetin engellenmesinin zararından fazla olması halinde veya başka sebeplerle bu varsayımın çürütülebileceğinden bahsetmiştir⁵². Bu yaklaşımla Kurul, pazarda hâkim durumdaki teşebbüsün herhangi bir eyleminin ihlal sayılabilmesi için kapama etkisinin yeterli olmayacağını, aynı zamanda tüketici refahına zarar veriliyor olması gerektiğini zımnen kabul etmiş olmaktadır⁵³.

Kurul, Bilsa'nın okullara ait verilerin okula hizmet verecek teşebbüs veya okullar tarafından birkaç haftalık bir sürede elle de aktarılabilceği şeklindeki açıklamalarına⁵⁴, bu tür bir veri aktarım yönteminin maliyetli ve zor olacağı gerekçesi ile olumlu yaklaşmamış ve teşebbüsler arası veri aktarımının bilgisayar üzerinden sağlanmasının rekabetçi yapının oluşturulması için zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Karar bu yönüyle ilgili verilerin pazarda faaliyet göstermek için vazgeçilemez bir unsur olduğunu kabul etmiştir. Okul ve öğrencilere ilişkin verilere Bilsa'nın şifrelemeyi kaldırması yoluyla (iş bu çalışma kapsamında) erişimin daha az maliyetli ve daha kolay olması nedeniyle zorunlu olduğunun kabulü, kanaatimizce, Microsoft kararı ile Komisyon tarafından oluşturulan ve daha sonra İDM tarafından da kabul gören *ekonomik zorunluluk* çerçevesi ile aynı doğrultudadır. Fakat Karar'da ekonomik zorunluluğun hangi nedenlerle gerekli olduğuna ilişkin net bir değerlendirme yapılmamıştır.

Karara konu vakanın fikri mülkiyet hukuku ile kesişmesi, Bilsa'nın oluşturulan veri tabanının fikri mülkiyet konusu olduğu ve -karar tarihinde yürürlükteki haliyle- 5101 sayılı Kanun ile değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nca (FSEK) eser olarak telakki edilen veri tabanı üzerindeki tasarruf hakkının Bilsa'da olduğu şeklindeki savunmasına ilişkin değerlendirme ile gerçekleşmektedir. Savunmanın değerlendirilmesinde Kurul, FSEK'nin ek 8. maddesi ile getirilen ve Bilsa'ya tanındığı iddia edilen tasarruf hakkının kapsamının yazılımın kaynak kodlarını koruma amaçlı şifrelemenin ötesine geçmediğini ve -aynı Kanun'un 11. maddesi ile getirilen tasarruf hakkının veri tabanının içinde bulunan veri ve materyal için genişletilemeyeceği hükmünden

⁵² Bilsa kararı, s. 8.

⁵³ Fakat Kurul hangi durumlarda tüketici zararının ortaya çıkabileceğine ilişkin bir açıklama yapmamaktadır.

⁵⁴ Bilsa kararı, s. 9. Söz konusu yaklaşım Kurul tarafından kararın savunmalar kısmında değerlendirilmemiş olup, Kanun'un 6. maddesine ilişkin kısımda değerlendirilmiştir.

de anlaşılacağı üzere- eser olarak kabul edilemeyecek olan verilerin FSEK kapsamına korumadan/münhasırlıktan yararlanamayacağını ifade ederek yerinde bulunmamıştır.

Bilsa kararında Kurul öncelikle FSEK ile kapsamı zaten net bir şekilde belirlendiği düşünülen koruma hakkına ilişkin -ve aslında kanun hükmünün de açıkça belirlediği- sınırın doğru olduğunu teyit etmektedir. Fakat, FSEK'nin 11. maddesi hükmünün mevcut olmaması -diğer bir ifadeyle FSEK'nin ek 8. maddesi ile fikri hak sahibine tanınan tasarruf hakkının veri tabanının içinde bulunan *verileri de* kapsadığının kabulü- halinde Kurul tarafından, münhasırlığın geniş tanımlandığına ve rekabet hukukunca müdahaleye tabi olunacağına dair herhangi bir değerlendirme mevcut değildir.

Dolayısıyla karar, fikri mülkiyet hakkı konusu varlığın zorunlu lisanslanmasının gerektiği hallerden net olarak bahsetmediği gibi, verilerin FSEK kapsamında korunmadığını ve dolayısıyla vakanın fikri mülkiyet hakkı kapsamının olması gerekenden geniş tanımlandığını da açıkça ifade etmemektedir. Fikri mülkiyete konu olmayan okul verilerinin rakip teşebbüslerin programlarına aktarımının reddedilmesi halinin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olacak şartları da net bir şekilde saymayan Kurul, sadece hâkim durumda bulunan Bilsa'nın okul verilerini vermeyerek okul yazılı piyasasında rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğu bahsetmekte, sözleşme yapmayı reddetme eylemlerinde doktrinde ve AB kararlarında zikredilen, ilgili unsurun alt pazarda rekabet için gerekli olması, ret eylemi sonucunda rakibin dışlanarak rekabetin ortadan kalkması gibi birtakım kriterlerden bahsetmemekte, aslında verilerin aktarımının alternatif -fakat daha maliyetli- yollarının bulunduğu kabul ederek sadece rakiplerin faaliyetlerin zorlaştırılmasını, ret eyleminin ihlal olarak kabul edilmesi için yeterli görmektedir. Karar'da iki Kurul Üyesi, eylem sonucunda piyasa dışına çıkan herhangi bir aktör olmamasını, karar sonucu verilecek cezanın takdirine katılmadıklarını (takdir edilen idari para cezasının daha düşük olması gerektiğini) ifade ettikleri karşı oy yazılarında zikretmektedirler. Fakat karar, eylemin ihlal olarak kabul edilmesi bakımından oy birliği ile alınmıştır. Dolayısıyla Kurul'un herhangi bir ret eyleminin ihlal olarak sayılabilmesi için, rakiplerin pazar dışına itilmesi şeklinde bir kriteri dikkate almadığı söylenebilir.

Türkiye uygulamasına ilişkin kararlar incelendiğinde, vakaların açık bir sınıflandırmaya tabi tutulmadıkları, kararların bir kısmında zorunlu unsur doktrininden bahsedildiği, bir kısmında ise sözleşme yapmanın reddi kavramı bağlamında ilgili hiçbir kavrama yer verilmediği görülmektedir. Bize göre ilgili davaların sözleşme yapmanın reddi disiplini içinde değerlendirildikleri hususu kararlarda açıkça yer almalı ve hukuki belirlilik açısından bu temel

oluşturulmalıdır. Kararlar, ihlalin varlığı için gerekli koşullar açısından bir tutarlılık olup olmadığı açısından değerlendirildiğinde de benzeri şekilde bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Bazı kararlarda rekabetin ortadan kalkması, bazılarında ise zorunluluk kriterlerine yapılan değerlendirmelerde yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Son olarak, belirlenen koşullarla ilgili gözetilen standartlar ele alınmalıdır. Bu kapsamda zorunluluk kriterinin bazı kararlarda diğerlerine nazaran daha yüksek bir standarda tabi tutulduğu görülmekle beraber bu durumun esasen dosya konusu eylemin kendine has özellikleriyle ilgili olabileceği düşünülmektedir.

2.2. AB Hukukunda Zorunlu Lisanslama Kararları

Fikri mülkiyet konusu bir hakkın lisanslanmasına ilişkin ilk kararlardan olan *Volvo Kararında* Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), kendisine yöneltilen “kendi otomobil modelleri için yedek parçalara ilişkin münhasır tasarım hakkını (fikri mülkiyet hakkını) elinde bulunduran otomobil üreticileri, bu hakları bağımsız tamir servislerine lisanslamayı reddederek kendi markalarına ilişkin otomobil tamir pazarını kendilerine ayırabilirler mi” sorusunu cevaplamıştır. Mahkeme öncelikle 1982 tarihli bir kararına atıf yaparak⁵⁵, tasarım ve modellerin korunmasına ilişkin usul ve esasların, Birlik standardizasyonu veya uyumlaştırması mevcut bulunmadığı için, milli hukuk meselesi olduğunu ifade etmiş, fikri hak sahibinin diğerlerini bu hakkı kullanmaktan dışlamasının fikri mülkiyet hakkının temeli olduğunu, bununla birlikte yedek parçaların bağımsız tamircilere arzının keyfi bir biçimde reddedilmesi⁵⁶ halinin 86. madde uyarınca yasaklanabileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda mahkemenin Volvo'nun fikri mülkiyet ile korunan münhasır hakkına bağımlı bir “ardıl” pazarda⁵⁷ Volvo marka otomobillere servis hizmeti veren bağımsız bakım firmaları da dahil olmak üzere kendi bakım servisinin dışındaki taraflara da arza devam etmek gibi bir yükümlülüğü olduğunu belirtmesi önemlidir⁵⁸. Bu karar ile ATAD, fikri mülkiyet hakkının münhasır kullanımını meşrulaştırmakta, bu kullanımının 86. maddeye aykırılık teşkil ettiği durumlarda ise yasaklanabileceğini açıkça belirtmektedir⁵⁹.

Sözleşme yapmayı reddetme eylemi ile fikri mülkiyet haklarının kesişimine ilişkin en bilinen karar olan *Magill Kararında*, üç TV yayıncısının (RTE, ITV, BBC) yayın akış bilgilerini kullanarak, bu üç televizyonun program

⁵⁵ Case 144/81, Keurkoop v Nancy Kean Gifts [1982] ECR 2853.

⁵⁶ Mahkeme bu hal ile birlikte, fikri hak kullanımının yasaklanabileceği iki ayrı hal daha zikretmektedir (para. 9).

⁵⁷ Bu vakada Volvo araçları için bakım pazarı

⁵⁸ Anderman 2004, s. 10.

⁵⁹ ATAD'ın benzer yündeki bir diğer kararı için bkz. Cicra and Maxicar v. Renault [1988] ECR 6039.

yayın bilgilerini içeren, yeni ve kapsamlı bir yayın akış rehberi hazırlamak isteyen dergi yayıncısı Magill'in bu girişimi karşısında, TV yayıncılarının milli telif yasalarını gerekçe göstererek TV yayın akış bilgilerini vermeyi reddetmeleri konu alınmıştır. Ret eylemi sonucunda Komisyon TV yayıncılarından ilgili eylemi sona erdirmelerini istemiş, İDM'nin Komisyon'un kararını onaması üzerine de TV yayıncıları ATAD'a başvurmuşlardır.

ATAD kararında fikri mülkiyet hakkının varlığının ve bu hakkın tanıdığı dışlama yetkisinin, olağandışı durumlar haricinde başlı başına hâkim durumun kötüye kullanması olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş, istisnai halleri ise, Magill'in yayınlamayı planladığı haftalık TV dergisinin mevcut ya da potansiyel bir ikamesinin/alternatifinin olmaması; TV yayın bilgilerinin bu derginin çıkarılması için vazgeçilemez hammadde niteliğinde olması; yayıncıların ret eylemi ile ikincil pazar olan haftalık TV rehberi pazarını kendilerine münhasır kılarak bu pazarda rekabeti ortadan kaldırmış olmaları, ret eyleminin objektif bir gerekçesinin bulunmaması ve böylelikle kendisine mevcut ya da potansiyel talep olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi şeklinde sıralamıştır. Karar bazı yorumlarca telif hakkı sahiplerinin bu haklarını lisanslamak zorunda bırakılarak daha önceki içtihattan bir sapma olarak yorumlanmıştır⁶⁰.

Fransa'da yapılan at yarışlarını organize eden ve bu yarışların yayın haklarını Almanya ve Avusturya'ya pazarlayan Societes de Courses'un, bahis şirketi Tierce Ladbroke'un, bu yarışların yayınlarının Belçika'da da gösterilmek üzere yayın hakkının verilmesi talebini reddetmesi üzerine verilen Komisyon Kararı'nın (*Tierce Ladbroke*) temyiz incelemesinde İDM, Ladbroke'un talebinin reddini ihlal olarak kabul etmemiştir. Karar iki yönüyle önem taşımaktadır. Öncelikle, İDM, Ladbroke'un faaliyet gösterdiği Belçika at yarışları bahis pazarında Societes de Courses faaliyet göstermediği için, teşebbüsün fikri mülkiyet haklarını bu pazarda kötüye kullanılması halinin yokluğu nedeniyle, ret eyleminin Belçika bahis pazarında rekabeti engellemeyeceğini, bunun yanında Ladbroke'un bu eyleminin yeni bir ürünün ortaya çıkışını engellediğini, ya da lisansı verilmeyen yayın haklarının bahis pazarı için vazgeçilmez olduğunu ispat edemediğini belirtmiştir⁶¹. Gürzumar, İDM'nin bu yaklaşımı ile "*talep muhatabı teşebbüs ile talep sahibi teşebbüs arasında talep konusu unsur kullanılmak suretiyle mal veya hizmet üretilecek, satılacak veya sunulacak olan pazarda rekabet ilişkisi bulunmasının, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunun*

⁶⁰ TREACY, P. (1998), "Essential Facilities- Is the Tide Turning?", *European Competition Law Review*, 8, s. 503.

⁶¹ Tierce Ladbroke kararı, para. 130.

doğması için olmazsa olmaz bir koşul teşkil ettiğini açıkça belirtmiş” olduğunu ifade etmektedir⁶².

Kararın ikinci önemli yönü, Magill Kararı ile belirlenmiş bulunan ve bir ret eyleminin 82. madde kapsamında ihlal olarak kabul edilebilmesi için gerekli bulunan koşullardan, arzı (ya da lisanslanması) reddedilen ürünün alt pazar için zorunlu olması şartı ile, ret sonucunda alt pazarda, kendisine belirli, daimi ve sürekli bir talep olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasının engellenmesi koşullarını beraber aramamasıdır⁶³. Karara göre bu iki koşuldan birisini varlığı halinde, diğer koşulların da mevcut bulunması koşulu ile, ret eylemi ihlal olarak kabul edilebilecektir.

Almanya’da ilaç ve medikal ürün satışlarına ilişkin verileri toplayan ve derleyen IMS ve NDC firmaları arasındaki anlaşmazlığa ilişkin vaka hakkında alınan *IMS Kararında*⁶⁴ ATAD, Magill kararında kullandığı kriterleri kullanmış -ve ihlal tespiti için bu kriterlerin tamamının birlikte var olması gerektiğini belirtmiş- olmakla birlikte, değişik açılardan bu kriterlerden sapmıştır. Gerekli şartlara değinmeden önce ATAD’ın Magill kararından “böylesi olağan dışı koşulların mevcut olduğu bir dava” olarak bahsetmesi ve kararın 38. paragrafında açık bir dille “içtihat hukukundan anlaşıldığı kadarıyla ihlal niteliği taşıyan bir lisanslamanın reddine işaret edebilmek için üç Magill kriterinin karşılanması yeterlidir” ifadesini kullanarak bu üç koşulun gerekli olduğunu ifade etmekten kaçındığı hususlarının da altının çizilmesi gereklidir⁶⁵.

IMS kararında ATAD, telif hakkı sahibi bir teşebbüsün, belirli bir işin yapılması için zorunlu/vazgeçilmez olan mal ya da hizmete erişimi engellemesinin ihlal olarak kabul edilebilmesi için gereken üç kümülatif şartı⁶⁶

⁶² GÜRZUMAR, O. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrininine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 197.

⁶³ Tierce Ladbroke kararı, para. 131.

⁶⁴ ATAD kararında, Alman mahkemesinin Ön Karar talebine binaen, Almanya’da ilaç ve medikal ürün satışlarına ilişkin olarak IMS tarafından tasarlanmış ve telif konusu olan 1860 yapı taşı oluşumu adlı veri tabanına erişimin NDC’ye (ve AzyX Geopharma’ya) açılmamasının (telif hakkının lisanslanmamasının) 82. maddeyi ihlal edip etmediği hususunu değerlendirmiştir.

⁶⁵ Bu konuda daha kapsamlı bir tartışma için bkz. ANDERMAN, S. (2004), “Does the Microsoft Case offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, *The Competition Law Review*, Volume 1 Issue 2, s. 13.

⁶⁶ ATAD böylece, Magill ve Bronner kararlarında zikredilen şartlar kümülatif mi olmalı (tüm şartlar beraber mi gerçekleşmeli) tartışmalarını sonlandırmıştır. Anderman’a göre ise, IMS kararında uygulanan kriterlerin kümülatif olup olmadığı hususu ile, objektif gerekçelerin tam olarak ne olduğu gibi kimi bazı alanlar net değildir (Anderman 2004, s. 13). Bunun yanında, ATAD eylemin ihlal olarak nitelendirilebilmesi için gerekli gördüğünü belirttiği bu kriterlerin vakada mevcut olup olmadığının tespitini Alman mahkemesine bıraktığını da kararında belirtmektedir.

i) eylemin potansiyel talebi olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemesi, ii) objektif gerekçesinin bulunmaması ve iii) alt pazarda rekabeti engellemesi olarak sıralamıştır⁶⁷.

Magill kararında kullanılan kriterlerden sapmalar ise şu hususlarda olmuştur; öncelikle, NDC lisansını talep ettiği 1860 yapı taşı oluşumunu kullanarak yeni bir ürün ortaya koyacak değildir. Bununla birlikte, ATAD, ilgili telif hakkının lisansını elde edecek teşebbüsün (NDC'nin), ikincil pazarda halihazırda telif sahibi teşebbüs (IMS) tarafından sunulan ürünün aynısını üretmeyi değil, pazarda telif sahibi tarafından sunulmayan ve potansiyel müşteri talebi bulunan bir ürün üretmeye *niyetli* olması halinde yeni ürün şartının gerçekleşeceğini kabul etmektedir⁶⁸. Yeni ürün şartında ortaya konan bu yumuşama eleştirilmektedir. Drexl, Magill kararından farklı olarak, IMS vakasında 1860 yapı taşı oluşumu kullanılarak oluşturulacak bölgesel satış raporlarının tüketicilerinin/müşterilerinin; bu veri tabanı oluşumuna kendileri de katkıda buldukları ve endüstri standardı haline gelmiş⁶⁹ bu ürüne halihazırda kilitlendikleri için yeni bir ürün talebinin söz konusu olmadığını, lisans alınması halinde aynı yapı taşı oluşumunu kullanan daha fazla sayıda firmanın pazarda faaliyet göstermesine ve fiyat üzerinden rekabet etmelerine olanak sağlanacağını ifade etmektedir⁷⁰. Karar ayrıca, istisnai durumların tespiti için gerekli olan *yeni ürün* kriterinin muğlâklığı⁷¹, daha doğru bir ifadeyle lisanslanmasını talep edilen ürünün kullanılacağı noktaya kadar (lisanslanacak ürünün gerekli olduğu kısım ile o kısmın oluşturulmasına bağlı olan kısımlar hariç) olan aşamaların üretilip üretilmediği hususunun belirsizliği nedeniyle de eleştiri konusu olmuştur⁷².

Magill kararında kullanılan kriterlerden ikinci sapma ise lisansı verilmeyen ürüne ait ayrı bir pazarın ve bu ürünün girdi olarak kullanılacağı ayrı bir ikincil (alt) pazarın mevcut olup olmama meselesi ile ilgilidir. ATAD bu meseleye de, lisansa konu ürünün belirli bir işin yapılması için vazgeçilmez

⁶⁷ IMS kararı, para. 38. ve para. 52. Mahkeme, 52. paragrafta kriterleri daha net bir şekilde açıklamakta ve rekabetin engellenmesi şartını, eylem sonucunda alt pazarda rekabetin sadece fikri hak sahibine münhasır kılınması ve (dolayısıyla) alt pazarda tüm rekabetin ortadan kalkması olarak ifade etmektedir.

⁶⁸ IMS kararı, para. 48-51.

⁶⁹ ATAD, 1860 yapı taşı oluşumunun bir endüstri standardı haline geldiğinin Komisyon tarafından zikredildiğini söylemekle birlikte (para. 12), endüstri standardı haline gelmesinin o ürünün vazgeçilmezliğine bir etkisinin olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapmamaktadır.

⁷⁰ DREXL, J. (2004), "Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases", *IIC*, 2004, 7, s. 788 vd., GÜRZUMAR 2006, s. 212-213 içinde.

⁷¹ Hovenkamp vd. 2005, s. 45-65.

⁷² Anderman 2004, s. 13.

olması ve o işi yapacak teşebbüsler tarafından bu ürüne bir talebin varlığı halinde potansiyel ve hatta hipotetik pazar tanımlaması yapılabileceğini belirtmiştir. Bu yaklaşım da belirsizlik yaratması ve lisans almak isteyenlere lisansı verilmeyen ürün ile bağlantılı olabilecek geniş bir alan bırakması nedeniyle eleştirilirken⁷³, bazı yazarlarca, şebeke endüstrilerinin serbestleştirilmesi sürecinde, şebekelere bağımlı birtakım hizmetlerin ilk defa pazara sunulacağı durumlar için yerinde bulunmaktadır⁷⁴.

Sonuç olarak, AB uygulamasında kararlar arasında açıkça bir bağ kurularak sözleşme yapılmasının reddedilmesi çatısı altında bir devamlılık sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Sınıflandırma ve incelemede kullanılan kriterler bakımından bir belirliliğin oluşmakta olduğu söylenebilecekse de AB uygulaması da kriterlerin tabi tutulduğu standartlar bakımından tam anlamıyla bir istikrar olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Nitekim bir sonraki bölümde incelenen Microsoft kararı bu açıdan öne çıkmaktadır.

3. MICROSOFT KARARI VE KARARIN AT ANTLAŞMASI'NIN 82. MADDESİNİN TEŞEBBÜSLERİN HÂKİM DURUMLARINI DIŞLAYICI KÖTÜYE KULLANMALARINDA KOMİSYON'UN UYGULAMA ÖNCELİKLERİ HAKKINDA KILAVUZ'A YANSIMALARI

3.1. Microsoft Kararı

AB Komisyonu 24.3.2004 tarihinde aldığı kararla Microsoft'un çalışma grubu sunucu işletim sistemlerine ilişkin bazı arayüz bilgilerini rakibi Sun Microsystems'a lisanslamayı reddettiği gerekçesiyle kullanıcı PC işletim sistemleri pazarındaki hakim durumunu kötüye kullandığına hükmetmiştir. Yayınlanışından itibaren ciddi tartışmalara yol açan karar İDM tarafından 17 Eylül 2007'de onanmıştır. Mahkemenin kararı "Komisyonun hâkim durumdaki firmaların dışlayıcı davranışlarına yönelik tutumu için yüksek profilli

⁷³ Hovenkamp vd. 2005, s. 45-65.

⁷⁴ SCHWEITZER, H. (2007), "Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead? The Transatlantic Search for a New Approach", *EUI Working Papers*, 2007/31, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1093243, Erişim Tarihi: 26.02.2010, s. 14. Schweitzer, IMS kararı ile getirilen yeni ürün yaklaşımını şebeke endüstrileri için yerinde bulmakla birlikte, hakim durumdaki teşebbüsün daha önce verirken/lisanslarken, verdiği/lisansladığı ürünlerin kullanılacağı ikincil bir pazar oluştuğu için ve o ikincil pazarda güç kazanmak üzere mal vermeyi/lisanslamayı kesmesi halinde "hipotetik" pazar yaklaşımını kullanmasının, rekabet hukukunda uzun vadede rekabetçi düzeni korumak yerine düzenleyicilik yapmak arzusuna yol açacağını savunmaktadır (s. 15).

bir zafer”⁷⁵ olarak nitelenmekte, bazı yorumculara göre ise “hazırlanması üç yıldan fazla süren, zengin ancak tüketildiğinde tatmin edici olmaktan uzak hukuki bir yemek”⁷⁶ olmaktan öte bir anlam ifade etmemektedir.

Kararlara konu olan şikâyet, Komisyon’a 1998 yılı Aralık ayında intikal etmiştir. Sun Microsystems, çalışma grubu sunucu işletim sistemi adı verilen bazı yazılım ürünleri için gerekli bilgileri kendine saklayarak Microsoft’un hâkim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir⁷⁷. Fikri mülkiyet hakları ile korunan bir varlığın lisanslanmasının reddiyle ilgili olan davanın kararı açıklanmadan önce geçen dönemde bilhassa Magill ve IMS kararlarıyla oluşan içtihadın bir kez daha teyit edilerek fikri mülkiyet haklarının varlığı halinde sözleşme yapmayı reddetme vakalarının değerlendirilmesi bakımından standartların oluşması için Komisyon ve Mahkemelerin net bir tavır alması beklentisi yaygınlaşmıştır. Ancak ortaya çıkan karar metinleri bazı açılardan gerekli hukuki testleri oluşturamadıkları, bazı açılardan ise iktisadi bakımdan doğru olmayan eğilimlere yol açtıkları gerekçesiyle eleştiri konusu olmuşlardır.

ATAD tarafından Magill davasında oluşturulan ve Komisyon’un Microsoft kararında uygulaması beklenen hukuki test, fikri mülkiyet hakkı ile korunan bir unsurun kullanımı için lisans verilmesinin reddinin “olağan dışı koşulların” varlığı halinde 82. maddeyi ihlal edebileceğini kabul etmekte ve bu olağan dışı koşulları reddetme eyleminin lisans talep eden teşebbüsün potansiyel tüketici talebi bulunan yeni bir ürünü arz etmesine engel olması, bu sebeple hâkim teşebbüsün alt piyasada kendine fiili bir tekel ayırması ve reddetme eyleminin objektif bir gerekçelendirilmesinin olmaması olarak sıralamaktadır. Ancak Komisyon kararında sözleşme yapmanın reddini değerlendirirken göz önüne alması gerekebilecek istisnai diğer durumları ihmal etmesine sebep olacak tahdidi bir listenin varlığını savunan bir yaklaşım eğilimini açıkça reddetmiş⁷⁸ ve verili olayı çevreleyen koşulların tamamını inceleyerek kararını böyle kapsamlı bir değerlendirmenin sonuçlarına dayandırması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁹.

Bir bakıma bu kimsenin itiraz edemeyeceği bir değerlendirmedir-Komisyon vakasının bütün koşullarını dikkate almalı ve kararını böylesi kapsamlı

⁷⁵ ANDREANGELLI, A. (2009), “Interoperability as an ‘Essential Facility’ in the Microsoft Case-Encouraging Competition or Stifling Innovation”, *European Law Review* 34(4), s. 584-611.

⁷⁶ EAGLES, I. ve L. LONGDIN (2008), “Microsoft’s Refusal to Disclose Software Interoperability Information and The Court of First Instance”, *European Intellectual Property Review*, 30(5), s. 205-208.

⁷⁷ LEVEQUE, F. (2005), “Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case”, *World Competition*, Vol. 28, s.72.

⁷⁸ Microsoft, Komisyon kararı, para. 555.

⁷⁹ Microsoft, Komisyon kararı, para. 558.

bir analize dayanarak almalıdır. Ancak bu yaklaşım bazı yazarlarca aynı zamanda hâkim durumdaki firmaların eylemlerini değerlendirmelerini sağlayacak ve haklarını lisanslamak durumunda olup olmadıklarına karar vermelerine olanak tanıyacak bir test ortaya koymaması sebebiyle sıkıntı verici bulunmaktadır⁸⁰.

Komisyon kararında vakaya ilişkin koşulların tamamını değerlendireceğini belirtmekle beraber organize olmayan bir şekilde de olsa⁸¹ Magill kriterlerini tek tek ele almıştır. Ancak kriterlerin varlığına ya da yokluğuna ilişkin tespitlerde kullanılan standartlar ciddi eleştirilere konu olmuştur. En temel eleştiri noktalarından biri “yeni ürün” kriterinin yeterince incelenmemesi olarak öne çıkmaktadır⁸². Magill kararında hâkim firmanın reddetme eylemi ile üretimi imkânsız hale gelen yeni ürünü (bütün TV kanallarının programlarından oluşan haftalık TV rehberi) ortaya koymak mümkün iken Komisyon bu kez kararında Microsoft’un birlikte işlerlik bilgisini açmayı reddetmesinin rakiplerin henüz kesinleşmemiş gelecek yeni ürünleri geliştirmesini engelleyeceğini belirtmekle yetinmiştir⁸³. Mahkeme Komisyon’un bu tavrını kabul ederken, lisanslamanın reddinin ihlal sayılması için gerekli şartların yalnızca Magill ve IMS kararlarında sayılanlardan oluşmadığına, lisanslamanın reddinin -yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellemesinden ayrı olarak- teknik gelişmeyi sınırlandırması halinde de ihlal olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir⁸⁴.

Komisyon’un rekabetin ortadan kalkmasına yönelik olarak yaklaşımı ise bu bağlamda bir riskin bulunup bulunmadığını değerlendirmek şeklinde olmuştur. Ancak daha önceki kararlarda reddetme eyleminin rekabeti tamamen ortadan kaldırma ihtimali analize konu edilmiştir. Bu değerlendirme⁸⁵ Mahkeme tarafından da, rekabetin ortadan kalkması riski ve rekabeti bertaraf etmenin farklı olmadığı, ortada rekabet kalmadığında 82. maddeyi uygulama imkânının kalmayacağı, Komisyon’un pazardan rakiplerin çıkmasını beklemesinin 82. maddenin amacına⁸⁶ aykırı olacağı, aynı zamanda rakiplerin pazarın belirli kesimlerinde marjinal varlık göstermelerinin rekabetin varlığını göstermeyeceği

⁸⁰ KILLICK, J. (2004), “IMS and Microsoft Judged in the Cold Light of IMS”, *The Competition Law Review*, Volume 1 Issue 2, s. 36.

⁸¹ GERADIN, D. (2005), “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can EU Learn from the US Supreme Court’s Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?”, *Common Market Law Review*, December 2005, s. 17.

⁸² Geradin 2005, s.16.

⁸³ Geradin 2005, s.17.

⁸⁴ Microsoft, İDM kararı, para. 665.

⁸⁵ Reddetme eyleminin ikincil bir pazardaki tüm rekabeti ortadan kaldırması kriterine ilişkin değerlendirme.

⁸⁶ Ortak pazarda rekabeti muhafaza etmek; özellikle ilgili pazarda mevcut olan rekabeti korumak

şeklinde bir yaklaşımla kabul görmüştür⁸⁷. Bu kabul Kyølbye'ye göre ürünün vazgeçilmez olması halinde, ret eyleminin pazarda rekabeti doğrudan (başka bir şart aramaksızın) bertaraf etmesi anlamına gelmesine yol açacaktır⁸⁸. Aradaki fark sözcük seçiminden ibaret görünebilecek olsa da ciddidir. Magill'de ret teşebbüsün dergisinin ikinci sayısının çıkmasına engel olmuş, bir başka deyişle haftalık yayın bir sayıdan sonra ölmüştür. IMS kararında verilen tedbir kararı NDC'nin tüketicilerin istediği formatta veri sunmasına mani olmuştur. Buna karşılık Microsoft kararında böyle ani bir etki söz konusu değildir. Reddetme eyleminden sonra Linux pazara girmiş ve pazar payını önemli derecede arttırmıştır⁸⁹. Bu veriler, Microsoft kararında Magill'de önerilen ve IMS'te tekrarlanan testten daha gevşek bir test uygulandığını göstermektedir⁹⁰.

Olağandışı koşullar testinin üçüncü aşaması objektif gerekçelendirilmez. Magill davasında ATAD (yalnızca) fikri mülkiyet hakkı sahibi olmanın ikincil piyasalarda lisanslamayı ret eylemi için objektif bir gerekçe ya da bağımsızlık sağlamadığını ifade etmiştir⁹¹. ABD'de de Windows 98 ile ilgili lisanslama uygulamaları için benzeri bir argüman geliştirilmiş ancak Federal Bölge Mahkemesi bu savunmayı ağır bir dille "ciddiyetsizliğin sınırında" şeklinde nitelemiş ve fikri mülkiyet haklarının antitröst yasalarını çiğneme gibi bir ayrıcalık tanımadığını belirtmiştir⁹². Mahkemenin fikri mülkiyet haklarının bir firmayı antitröst sorumluluğundan muaf tuttuğu iddiasının beysbol sopası gibi kişisel bir mülkün darp sorumluluğuna yol açamayacağı önermesinden daha doğru olmadığı şeklindeki renkli değerlendirmesi de dikkat çekicidir⁹³. Mevcut davada ise Microsoft lisans vermeyişini iki sebeple gerekçelendirmiştir. Microsoft ilk olarak lisanslamamanın kendi yenilik güdülerini azaltacağını, ikinci olarak da Sun firmasına arayüz bilgisi sağlamanın Windows işletim sistemi ailesindeki yeni özellikleri klonlamayı rakipleri için göreceli olarak kolaylaştıracağını iddia etmiştir⁹⁴. Buna karşılık Komisyon bir dengeleme testi geliştirerek (zorunlu lisansın) Microsoft'un yenilik güdüsü üzerindeki muhtemel olumsuz etkisinin tüm endüstrinin (Microsoft da dâhil olmak üzere) yenilik düzeyi üzerindeki muhtemel olumlu etkiden daha ağır basmadığına, bu sebeple de Microsoft'un yenilik güdüsünü koruma ihtiyacının tarif edilen olağandışı koşulları bertaraf

⁸⁷ Microsoft, İDM kararı, para. 561.

⁸⁸ Kjøbye 2009, s. 175.

⁸⁹ Killick 2004, s. 40.

⁹⁰ Killick 2004, s. 40.

⁹¹ Magill, para 55.

⁹² United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) 62-63.

⁹³ SHELANSKI, H.A. (2009), "Unilateral Refusals To Deal in Intellectual and Other Property", *Antitrust Law Journal*, Volume 76, Issue:2, s. 379.

⁹⁴ Microsoft, İDM kararı, para 709-713.

etmeye yetmeyeceğine hükmetmiştir⁹⁵. Bu durum bilişim sektöründe teknik ilerlemenin en iyi şekilde bir yerine birçok firma tarafından sağlanabileceğine ilişkin görüşün bir kabulü olarak görülebilir⁹⁶. Diğer taraftan bu analiz biçimi hukuki belirliliği önemli derecede azalttığı ve fikri mülkiyet sisteminde zaten içkin olan *kısa ve uzun vadeli yenilik güdüsü dengelenmesi* çabasını ihmal ettiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁹⁷. Bize göre de fikri mülkiyet haklarının varlığı tek başına bir objektif gerekçe sayılarak rekabet kurallarından muafiyet sağlamamalıdır. Killick tarafından ortaya konan hukuki belirlilik endişesi makul olmakla beraber lisansa konu hakkın endüstri üzerindeki etkisinin olaydan olaya değişebileceği⁹⁸ göz önüne alındığında mutlak bir hukuki belirliliğin doğası gereği bu tip bir vakada söz konusu olamayacağı düşünülmektedir.

Magill testinde açıkça belirtilmemiş olmakla beraber herhangi bir sözleşme yapmanın reddedilmesi vakasının temel unsurlarından biri sözleşmeye konu mal ya da hizmetin vazgeçilmez olup olmadığının tespit edilmesidir. Öyle ki, vazgeçilmezlik kriteri pek çok çalışmada dört kriter testinin bir parçası olarak sayılmaktadır. Bronner ve IMS vakalarında Mahkeme, bir ürün ya da hizmetin, ancak lisansı talep eden rakipler için uygun başka bir alternatif olmaması halinde vazgeçilmez kabul edilebileceğini açıklamıştır. Ayrıca Bronner kararında belirleyici olanın aynı kaliteyi ya da fiyatı sağlamadan bağımsız olarak rakip yaşayabildiği sürece alternatif seçeneklerin varlığı olduğu da net bir şekilde ortaya konmuştur⁹⁹.

Komisyon kararının temyizine ilişkin davada, Microsoft rakiplerin bir Windows kullanıcı PC'si ya da bir sunucu işletim sistemi ile yasal olarak iletişim kurabilecekleri beş yol olduğuna işaret ederek birlikte işlerlik yollarını vurgulamıştır¹⁰⁰. Ancak İDM tarafından bu itiraz geri çevrilmiştir. İDM'ye göre belirleyici olan birlikte işlerliğin derecesidir. Microsoft ürünleri fiili olarak standart haline geldiği için, diğer rakiplerin işletim sistemlerinin Microsoft ürünleri ile aynı işlerliği kazanması gereklidir. Dolayısıyla, Mahkeme Komisyon'un belirli bir seviye birlikte işlerliğin halihazırda mevcut olduğu ancak bu seviyenin rakiplerin piyasada canlı bir şekilde kalmalarına imkan

⁹⁵ Microsoft, İDM kararı, para 763.

⁹⁶ Anderman 2004, s. 20.

⁹⁷ Killick 2005, s. 44.

⁹⁸ Bu noktada hakkın yanı sıra hak sahibi teşebbüsün de endüstri içindeki yeri önem kazanabilir. Nitekim söz konusu Microsoft vakasında teşebbüsün süper hâkim durum diye tabir edilen bir durumda olmasının karar açısından belirleyici olduğunun düşünen yorumcular vardır.

⁹⁹ Schmidt vd. (2008), s. 11,12.

¹⁰⁰ Bu metotların işe yaradığına örnek olarak da Linux gösterilmiş, Linux'un arayüz bilgisine ulaşımı olmamasına rağmen iş grubu sunucu işletim sistemi pazarında artan bir pazar payı olduğu aktarılmıştır.

vermediği tespitine katılmaktadır¹⁰¹. Komisyon ve Mahkeme'nin Microsoft kararlarında uyguladıkları vazgeçilmezlik standardının Bronner ve IMS kararlarına göre düşük olduğunu söylemek mümkündür. Bu kararlara göre alternatif çözümler rakipleri Windows ürünleriyle eşit duruma getirecek kadar gelir yaratmadığı sürece bu seçenekler talep edilen arayüz bilgisine uygun bir alternatif oluşturmuyor kabul edileceklerdir¹⁰². Böylelikle, Microsoft öncesi vakalarda objektif ve teknik olarak vazgeçilemezlik şeklinde ifade bulan zorunluluk kriteri, "ekonomik olarak" vazgeçilmezliği de kapsayacak şekilde genişlemiş olmaktadır¹⁰³.

İDM tarafından verilen kararlar ilgili temel bir eleştiri mahkemenin Commercial Solvents ile mevcut vaka arasındaki benzerlikten fazlasıyla etkilenmiş olduğudur¹⁰⁴. Bu çerçevede belirleyici olan nokta iki olayda da davalının uzun süreli müşterileri için zorunlu olduğu düşünülen bir girdinin devam etmekte olan arzını durdurmuş olmasıdır. Ancak bu yaklaşım esasen ham madde arzının kesintiye uğraması durumları için geliştirilmiş bir standardın ileri teknoloji içeren piyasalar için uygun bir çözüm olmadığı gerekçesiyle tartışılmaktadır¹⁰⁵. Bu noktada kanaatimizce var olan durum yalnızca bir öncelik meselesidir; mevcut bir arz anlaşmasının yeni bir sözleşme yapma talebinin reddine göre ihlal olarak değerlendirilebilmesi daha kolay olacaktır¹⁰⁶. Bu durumun temel sebebi ise ihlal için sayılan kriterlerden objektif gerekçelendirmenin devam etmekte olan bir arz ilişkisi için daha zor yapılmasıdır. Hâkim durumdaki firmanın bir başka tarafa arza devam ederken üçüncü bir tarafa arzı kesmesi halinde, iki alıcıyla yapılan sözleşmelerin benzer olduğu varsayımıyla, 82. madde kapsamında hâkim durumdaki firmanın ayrımcılık yapmama yükümlülüğüyle karşı karşıya olması bir diğer örnek olarak verilebilir¹⁰⁷.

Sonuç olarak Komisyon ve İDM'nin kararları neticesinde bazı görüşlere göre genel olarak rekabet otoritelerinin ve özel olarak Komisyon'un yetkilerinin

¹⁰¹ Microsoft, İDM kararı, para. 220-221.

¹⁰² Schmidt ve Kerber 2008 s. 11,12.

¹⁰³ VESTERDORF, B. (2010), "Article 82 EC: Where Do We Stand After the Microsoft Judgement.", <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/Vesterdorf.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2010, s. 10.

¹⁰⁴ Andreangeli 2009, s. 12.

¹⁰⁵ Andreangeli 2009, s. 13.

¹⁰⁶ Nitekim, ilerleyen bölümde de açıklanacağı üzere, Komisyon tarafından 2008 yılında çıkarılan 82. Madde Kılavuzu'nda var olan bir arz anlaşmasının sona erdirilmesinin yeni bir sözleşmenin reddine göre ihlal olarak değerlendirilmeye daha yakın olduğu ifade edilmiştir.

¹⁰⁷ SUBIOTTO, R. ve O'DONOGHUE, R. 2003, "Defining the Scope of the Dominant Firms to Deal with Existing Customers Under Article 82 EC", *European Competition Law Review*, 24 (12), 683-694.

güçlendirildiği bir tablo oluşmuştur¹⁰⁸. Bu görüşe göre vazgeçilmezlik ekonomik açıdan yaşamsallığı sürdürebilmeyi de içerecek şekilde genişletilmiş, yeni ürün kriteri teknik gelişmeyi de kapsar hale getirilmiş ve bu durum otoritelerin takdir yetkisini arttırmıştır. Yine de söz konusu kararların dünya çapında çok büyük pazar payına sahip bir teşebbüse ilişkin çok özel koşulları konu ettiği hususunun unutulmaması gereklidir¹⁰⁹.

3.2. AT Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz ve Microsoft Kararı'nın Kılavuz'a Yansımaları

1990'lardan beri, Komisyon AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin hükümlerinin ekonomik kuramlara daha fazla rol vererek yorumlanmasına ve uygulanmasına yönelik bir yaklaşım sergilemektedir. Bu daha fazla *ekonomik yaklaşım*, Avrupa Bakanlar Konseyi'nin Yoğunlaşma Tüzüğü¹¹⁰, Komisyon'un, yatay ve yatay olmayan yoğunlaşmalara ilişkin kılavuzları¹¹¹ ve Komisyon'un AT Antlaşması'nın 81(3). maddesinin uygulanmasına yönelik Kılavuz'u¹¹² ile vücut bulmuş; bununla birlikte Antlaşmanın 82. maddesinin uygulanmasına yönelik açıklayıcı bir doküman çıkarılması gecikmiştir. Nihayetinde 2005 yılında Komisyon 82. maddenin Dışlayıcı İhlallere Uygulanmasına Yönelik Tartışma Metnini¹¹³, Aralık 2008'de de Komisyon'un AT Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz'u (Kılavuz)¹¹⁴ yayınlamıştır.

¹⁰⁸ Vesterdorf 2010, s. 13.

¹⁰⁹ Konuyu bu açıdan tartışan bir çalışma için bkz. APPELDOORN, J. (2005), "He who spareth his rod, hateth his son? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC", *European Competition Law Review*, 26(12), s. 653, 658. Ayrıca Vesterdorf da "Safi bir akademik görüş açısıyla konunun ATAD'a temyiz için taşınmaması dolayısıyla Avrupa'nın en yüksek Mahkemesinin konudaki son sözü söyleyememiş olması"ni talihsizlik olarak nitelendirmektedir.

¹¹⁰ Regulation 139/2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Merger Regulation), [2004] OJ L24/1.

¹¹¹ Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2004] OJ C31/5; Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2008] OJ C265/6.

¹¹² Guidelines on the Application of Article 81(3) of the EC Treaty, [2004] OJ C101/08.

¹¹³ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of The Treaty to Exclusionary Abuses - Public Consultation, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2010.

¹¹⁴ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, Aralık 2008, [2009] OJ C45/02.

Dört bölümden oluşan Kılavuz'un, varlık nedenini açıklayan ilk iki bölümde, amacın dışlayıcı davranışlara ilişkin Komisyon'un uygulayacağı yöntem hakkında açıklık ve öngörülebilirlik sağlamak olduğu, Kılavuz'un hukuki bir bağlayıcılığının bulunmadığı ve ATAD veya İDM'nin 82. madde yorumlarına hâle getirmede ifade edilmekte¹¹⁵, Komisyon'un, sadece rakiplerin değil, etkin rekabetçi sürecin korunmasının asıl olduğunun farkında olduğu ve tüketiciye en çok zararı dokunacak durumlara yoğunlaşacağı, dolayısıyla tüketiciye fiyat, çeşit, kalite ve yenilik anlamında daha azını sunan rakiplerin pazardan dışlanacakları¹¹⁶ belirtilmektedir¹¹⁷.

Bir bütün olarak okunduğunda, Komisyon'un 82. madde uygulamalarında eskiye nazaran daha az agresif olacağına anlaşıldığı iddia edilen¹¹⁸ Kılavuz'un üçüncü bölümü, Komisyon'un hâkim durum kavramına yaklaşımı, genel uygulama standartları ve etkinlik savunmasının ana hatları hakkında bilgi vermekte, dördüncü bölümü ise, bir önceki bölümde açıklanan çerçevenin birtakım ihlal kategorilerine uygulanmasına ilişkin bilgiler içermektedir.

Kılavuz'da, Komisyon'un fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde önemli bir süre tutabilen ve yeterli derecede etkin rekabetçi baskı ile karşılaşmayan teşebbüsü hâkim durumda kabul edeceği, "*fiyatları rekabetçi fiyat seviyesinin üzerinde tutabilme*"nin fiyat, çıktı, yenilik, mal ve hizmetlerin çeşitliliği ve kalitesi gibi rekabet parametrelerinin hâkim durumdaki teşebbüsün avantajına ve tüketicilerin zararına etkilenebilmesinin yerine kısa bir ifade olarak kullanıldığı belirtilmektedir¹¹⁹. Bu tanımlama ile Komisyon, dışlayıcı

¹¹⁵ Kılavuz, para. 3.

¹¹⁶ Ve zımnen Komisyonun böyle durumlarda harekete geçmeyeceği.

¹¹⁷ Kılavuz, para. 6. Bununla birlikte, Kılavuz'un fiyatlama yoluyla dışlayıcı davranışlara ilişkin kısmının 24. paragrafında, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylemin pazarda, o hâkim durumdaki operatör kadar etkin olan rakipleri dışlaması halinde müdahalede bulunulacağı, fakat, bazı durumlarda daha az etkin rakibin de rekabetçi baskı yaratacağı -dolayısıyla bu rakibin dışlanması halinde de müdahalede bulunabileceği- ifade edilmektedir. Bu durum bazı yazarlar tarafından, eşit etkinlikteki rakip testinden sapma, dolayısıyla hakim durumdaki teşebbüsler açısından belirsizlik yaratacağı nedeniyle eleştirilirken (Geradin 2010, s. 10); bazı yazarlar tarafından ise, eşit etkinlik testinin uygulanmayacağı durumun, hakim durumdaki teşebbüsün de etkin olmadığı durumlarla sınırlı olması, ve etkin olmayan rakipler faaliyetleri ile hakim durumdaki teşebbüsün de etkinliğini artırmasını zorlayacakları için - Kılavuz'un bu hususta belirsizlik yarattığını kabul etmekle birlikte- doğru bir yaklaşım olarak yorumlanmıştır (PETIT, N. (2009), "From Formalism to Effects: The Commission's Guidance on Article 82 EC", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476082, Erişim Tarihi: 23.03.2010, s. 3.

¹¹⁸ MONTI, G. (2010), "Article 82 EC: What Future for the Effect-Based Approach?", *Journal of Competition Law and Practice*, No: 1(1), s.4.

¹¹⁹ Kılavuz, para. 11.

davranışlara 82. maddenin uygulanmasında, tüketici refahını merkeze oturttuğunu göstermektedir.

Hâkim durum analizinde, teşebbüsün pazar payının yanında özellikle rakiplerin pazardaki konumu, pazarın genişlemesi ve pazara yeni giriş durumları ile karşı alım gücünün de dikkate alınacağı belirtilen Kılavuz ile bu analize ilişkin getirilen temel değişimler, Monti'ye göre, AKZO kararı ile getirilen “teşebbüsün pazar payının % 50'nin üzerinde olması hâkim duruma delalet eder” yaklaşımına atıfta bulunulmaması, pazar payının % 40'ın altında olduğu durumların ise teşebbüsün hâkim durumda olmadığına işaret edeceğini belirtmesi, fiyatları rekabetçi seviyenin üzerinde önemli bir süre tutma kriterinde bahsi geçen önemli bir süre ile ilgili olarak, ürüne ve pazarın durumuna bağlı olmakla birlikte, genellikle iki yılın yeterli olacağını belirtmesi ve pazar gücünü belirlemek için Yoğunlaşma Kılavuzu'nda¹²⁰ kullanılanlar ile aynı eksende iktisadi faktörleri kullanmasıdır¹²¹.

Komisyon Kılavuz'da mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına ya da pazara erişimlerinin engellenmesi veya kısıtlanmasını ve bu vesileyle hâkim durumdaki teşebbüslerin tüketicilerin zararına, kârlı bir şekilde fiyatlarını yükseltebilmelerini rekabete aykırı (antirekabetçi) kapama olarak tanımlamakta¹²² ve bu tanım ile iki aşamalı bir test öngörmektedir. Bu teste göre öncelikle pazarı kapama eylemi olmalı, daha sonra da, bu kapama eylemi nedeniyle tüketici zararı ortaya çıkmalıdır. Kılavuz daha sonra antirekabetçi kapamanın gerçekleşmesi için dikkate alınabilecek faktörleri zikretmektedir¹²³. Fakat bu faktörlerin hiçbirisi tüketici zararının varlığının tespitiyle doğrudan ilgili görünmemektedir. Nitekim bu husus, Komisyon'un tüketici zararı konusunda sessiz kaldığı¹²⁴; bu faktörlerin çoğunun pazarın yapısı ile ilgili olup tüketici refahı ile ilgili olmadığı, dolayısıyla Kılavuz ile antirekabetçi kapama eylemi tanımında tüketici zararına yapılan vurgu dikkate alındığında sürpriz olduğu, bunun yanında faktörlerin hepsinin pazarın yapısı ile ilgili olması nedeniyle Komisyon'un Ordoliberal yaklaşımdan¹²⁵ uzaklaşma girişimi ile

¹²⁰ Guidelines on The Assessment of Non-Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, [2008] OJ C265/07.

¹²¹ Monti 2010, s. 3.

¹²² Kılavuz, para. 19.

¹²³ Bu faktörler: hakim durumun derecesi, pazara giriş ve çıkışların durumu, rakiplerin durumu, müşterilerin durumu, ihlale yol açan eylemin boyutu, mevcut kapama eyleminin kanıtı ve dışlayıcı stratejinin doğrudan kanıtı olarak sıralanmıştır (Kılavuz, para 20).

¹²⁴ Monti 2010, s. 3

¹²⁵ 1930'larda Almanya'da Freiburg Üniversitesinde gelişen Ordoliberal yaklaşım, politik özgürlük için ekonomik özgürlüğün şart olduğu varsayımından hareketle, rekabet politikası alanında rekabetin/rekabetçi düzenin değil, etkinlik üzerindeki etkilerine bakılmaksızın, rakipler ile küçük-orta ölçekli işletmelerin korunması gerektiğini savunmaktadır (Whish, s. 35). Bu

çeliştiği¹²⁶; sayılan bu kriterlerden hangisinin pazarı kapama, hangisinin tüketici zararı ile ilgili olduğunun belirtilmemesinin Komisyon'a önemli bir esneklik verdiği¹²⁷; Kılavuz'un, temel hedefinin tüketici refahı olduğunu belirtirken tüketici zararının analizine ilişkin hükümlerin belirsiz kalması ve pazarı kapama ile hâkim durumdaki teşebbüsün eylemi arasında sebep-sonuç ilişkisine dair kanıt arayıp mantıksız bir biçimde aynı şekilde bir sebep-sonuç ilişkisine dair kanıtı pazarı kapama ile tüketici zararı arasında aramaması nedeniyle sorunlu olduğu¹²⁸ şeklinde birtakım eleştirilere maruz kalmaktadır.

Pazar kapama etkisi yaratan bir eylemin, hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, o eylem sonucunda net bir tüketici zararı çıkmayacağını gösterecek şekilde, etkinlik gerekçesiyle meşrulaştırılabileceğini ifade eden Kılavuz, etkinlik savunmasının kabul görmesi için aşağıda sayılan tüm şartların toplu bir şekilde sağlanmasını beklemektedir:

- Üretim ya da dağıtımda maliyet düşüşü, ya da ürün kalitesinde artış gibi, eylem sonucunda ortaya bir etkinlik çıkması,
- Eylemin bu tür etkinliklerin çıkabilmesi için mutlak gerekli olması, diğer bir ifadeyle bu tür etkinliklerin ortaya çıkabilmesi için rekabeti daha az bozan alternatiflerin bulunmaması,
- Eylem nedeniyle ortaya çıkabilecek etkinliklerin, aynı eylem nedeniyle rekabet ve tüketici refahında yaratacağı olumsuz etkilerden ağır basması,
- Eylemin mevcut ya da potansiyel rekabetin kaynaklarını yok ederek etkin rekabeti ortadan kaldırmaması.

Sözleşme yapmayı reddetme vakalarına ilişkin olarak, Komisyon daha önce bu konuda almış olduğu kararlara atıfta bulunarak temel olarak teşebbüslerin sözleşme serbestilerinin esas olduğunu kabul ettiğini belirtmekte, bir şekilde sözleşme yapma yükümlülüğü getirilecekse buna ilişkin analizin çok

düşünce, dolayısıyla, hakim durumdaki teşebbüslerin özel sorumluluklarının bulunduğu ve bu teşebbüsler üzerinde birtakım kısıtlamaların gerekli olduğu kanısını ordoliberaler arasında yaygınlaştırmış ve, Wish'e göre, aynı zamanda AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin maddelerinin, özellikle de 86. maddesinin, dizaynında etkili olmuştur (Whish, s. 43).

¹²⁶ GERADIN, D. (2010), "Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TEFU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502, Erişim Tarihi: 05.04.2010, s. 5.

¹²⁷ GUTERMUTH, A. (2009), "Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice", *The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, Release 1,

<http://www.competitionpolicyinternational.com/article-82-guidance-a-closer-look-at-the-analytical-framework-and-the-papers-likely-impact-on-european-enforcement-practice>,

Erişim Tarihi: 19.03.2010, s. 5.

¹²⁸ Petit 2009, s. 13.

dikkatli bir şekilde yapılmasının gerektiğini, adil bir ödeme yapılırsa dahi sözleşme yapma yükümlülüğünün hem yükümlülük getirilen teşebbüsün yatırım yapma güdüsünü köstekleyeceğini, hem de rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüsün yatırımlarından yararlanarak bir nevi bedavacılık yapmalarına yol açacağını ve her iki halin de uzun dönemde tüketicilerin yararına olmayacağını savunmaktadır¹²⁹. Hâkim durumdaki teşebbüsün, kendisiyle sözleşme yapmak isteyen teşebbüsle aynı zamanda alt pazarda rakip olması halinde rekabet problemlerinin çıkacağını ifade eden Kılavuz, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin mevcut ya da yeni teşebbüslerle sözleşme yapmayı reddetme, ara yüz bilgilerinin sağlanması için gerekli olanlar dahil fikri mülkiyet hakkının lisansının verilmesinin reddedilmesi veya zorunlu unsura ya da şebekeye erişiminin reddedilmesi gibi eylemleri kapsayacağını belirtmekte, sözleşme yapmayı reddetme yoluyla arzı reddedilen ürünün halihazırda ticaretinin olmamasının önemli olmadığını, potansiyel alıcıların o ürüne talebinden veya o ürün için potansiyel bir pazarın varlığından söz edilebilmesinin yeterli olduğunun altını çizmektedir¹³⁰. Böylelikle, Komisyon'un mahkeme kararları ile artık yerleştiği kabul edilebilecek olan *hipotetik pazar* yaklaşımını Kılavuz'a dercettiği söylenebilir. Bununla birlikte, hipotetik pazar yaklaşımının, mevcut ana kadar yalnızca fikri mülkiyet haklarının lisanslanmasına ilişkin kararlarda zikredilmiş olması, kanaatimizce, teşebbüslerin maddi mal taleplerine ilişkin sözleşme yapmayı reddetme vakaları karşısında mahkeme tutumunun ne olacağı konusunda belirginlik yaratmayacaktır.

Komisyon tarafından, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin kendisi tarafından uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler ise şu şekilde sıralanmıştır¹³¹:

1. Ret eylemi, alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için zorunlu/ vazgeçilmez olmalı.

Zorunluluk kriteri olarak adlandırılacak ilk kritere ilişkin olarak, sözleşme yapmama eylemine konu olan girdinin (verilmeyen mal ya da hizmetin) alt pazarda faal rakiplerin -en azından uzun vadede- ret eyleminin olumsuz sonuçlarını karşılayabilmelerine olanak sağlayabilecek şekilde mevcut ya da potansiyel ikamesinin olmaması durumunda, zorunlu addedileceği belirtilmektedir¹³². Kılavuz zorunluluk kriterinin, girdinin temin edilememesi durumunda rakiplerin pazara girememeleri veya pazarda kalamamaları anlamına gelmediğini açıkça ifade ederek -ve Microsoft kararına da atıfta bulunarak-

¹²⁹ Kılavuz, para. 75.

¹³⁰ Kılavuz, para. 79.

¹³¹ Kılavuz, para. 81.

¹³² Kılavuz, para. 83.

Microsoft kararı ile zorunluluk testine getirilen ekonomik zorunluluğu da kapsayan yumuşama eğilimini sürdürmüştür.

2. Ret eylemi alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracabilecek nitelikte olmalı.

Kılavuz, ilk kriterin (zorunluluk kriterinin) sağlanması halinde, hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi eyleminin hemen ya da zaman içerisinde alt pazarda etkin rekabeti bertaraf edebileceğini; pazarda etkin rekabetin bertaraf edilme ihtimalinin hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payı yükseldikçe arttığını; hâkim durumdaki teşebbüsün alt pazardaki rakiplerine nazaran daha az kapasite kısıtıyla karşı karşıya olduğu ve ürününün alt pazardaki rakip ürünlerle daha yakın ikame olduğu durumlarda, alt pazardaki rakiplerinin daha büyük kısmının etkileneceklerini ve bu rakiplerin ürünlerine olan talebin hâkim durumdaki teşebbüse kayma ihtimalinin yüksek olacağını ifade etmektedir¹³³.

Kılavuz, rekabetin hemen ya da zaman içinde ortadan kalkması şeklinde iki ayrı durumdan bahsederek, Microsoft kararı ile öne sürdüğü “*rekabetin ortadan kalkması riski*”nin mevcut olduğu durumlarda da müdahale edeceğinin sinyalini vermektedir.

3. Ret eylemi tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olmalı.

Tüketici zararına ilişkin olarak Kılavuz, Komisyon’un ret eyleminin tüketiciler için muhtemel olumsuz etkilerinin, sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi halinde meydana gelecek olumsuz etkilerden ağır gelip gelmediğinin irdeleneceğini, ağır gelmesi halinde vakayı ele alacağını; hâkim durumdaki teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetmesi ve sonucunda pazarı (rekabete) kapaması halinde pazara yenilikçi mal ve hizmetlerin girişi engellenecekse ve/veya takip eden yenilik tıkanacaksa tüketici zararının ortaya çıkabileceğini; bu tür bir durumun özellikle rakibin hâkim durumdaki teşebbüsten ilgili ürünü alıp sadece aynı nitelikte bir ürün vermeyi düşünmemesi, yeni veya geliştirilmiş mal ve hizmet sunmayı planlaması halinde ortaya çıkacağını belirtmektedir¹³⁴.

Dolayısıyla, ret eyleminin uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için ortaya konan kriterler incelendiğinde, bunların Komisyon’un Microsoft kararında kullandığı ve İDM tarafından da teyit edilen, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin ihlal olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler ile aynı olduğu görülmektedir.

Komisyon tarafından uygulanan eski ihlal analiz yöntemlerini terk etmese de, tüketici zararına ilişkin Komisyon pratiğini ekonomik teori ve

¹³³ Kılavuz, para. 85.

¹³⁴ Kılavuz, para. 86, 87.

uluslararası uygulamalar ile aynı çizgiye getirmeye çalışan bir belge olarak nitelendirilen Kılavuz, Gutermuth'a göre, AB üyesi milli rekabet otoritelerinin ekonomi temelli bir yaklaşımı tamamen benimsememiş olmaları, bazı milli otoritelerin de daha sıkı bir uygulama benimsemeleri nedeniyle AB içerisinde uygulamalarda farklılık yaratabilecektir¹³⁵. Bunun yanında 1/2003 sayılı Bakanlar Konseyi Tüzüğü'nün¹³⁶ 11(6). maddesi¹³⁷ ile Komisyon'a verilen, üye devlet rekabet otoritesince yürütülen bir incelemenin Komisyon'un uhdesine bırakılması yetkisi, uygulama farklılıklarını bazı yönlerden kaldıracak olsa da, Komisyonun milli mahkemeler karşısında bu tür bir yetkisinin bulunmaması, mutlak anlamda uygulama birliği oluşturulmasının mümkün olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla, Kılavuz'un tam bir açıklık sağlayamayacağı, çokuluslu şirketlerin dünya çapında ticari politika geliştiremeyecekleri, şikâyetçi firmaların da forum alışverişi¹³⁸ yoluyla, uygulamada karşılaşılacak belirsizliklerden faydalanmaya çalışacakları ifade edilmektedir¹³⁹.

Aynı şekilde, AT Antlaşması'nın 81(3). maddesinde sayılan etkinlik savunmalarına benzer bir yaklaşımın, bu Kılavuzla da getirilmiş¹⁴⁰ olması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, Geradin (2010), hâkim durumdaki bir teşebbüsün, bu teşebbüse rekabet hukuku kapsamında birtakım özel sorumlulukların yüklendiği dikkate alındığında, bu tür bir *etkinlik savunması* testini geçip geçemeyeceğinin şüpheli olduğunu iddia etmektedir^{141,142}.

Özet olarak, Microsoft vakası ile Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin kriterlere getirdiği yorumların ve yumuşamanın yansımaları net bir şekilde görülebilen Kılavuz, teşebbüslerin faaliyetlerinde dikkate almaları ile Komisyon'un hâkim durumdaki teşebbüslerin dışlayıcı davranışlarındaki yaklaşımı konusunda görece açıklık ve belirginlik getirmesi ve uygulama önceliğinde tüketici refahını merkeze oturtması bakımından olumlu bulunsa da, eski uygulamalarında dayanak olan davranış-temelli (şekilci) yaklaşımdan etki-

¹³⁵ Gutermuth 2009, s. 7.

¹³⁶ Council Regulation (EC) No 1/2003 On the Implementation of the Rules on Competition Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L1/1.

¹³⁷ İlgili maddeye göre, Komisyon'un bir işlem başlatması halinde, milli rekabet otoritelerinin işlem konusu o vakaya 81 ve 82. madde uygulama yetkileri kalmamaktadır.

¹³⁸ "Forum Shopping". Forum alışverişi, herhangi bir vakaya ilişkin olarak tarafların, kendi lehlerine karar verebileceğini umdukları merciye başvurma/merciyi tercih etme girişimleri olarak tanımlanabilir.

¹³⁹ Gutermuth 2009, s. 14.

¹⁴⁰ Kılavuz, para. 30.

¹⁴¹ Geradin 2010, s. 7.

¹⁴² Kılavuz'da ayrıca, tekel derecesine yaklaşırcasına pazar gücü yaratan veya bu gücü artıran bir eylemin, etkinlik yarattığı gerekçesi ile, normal şartlarda meşrulaştırılmayacağına Komisyon tarafından düşünüldüğü ifade edilmektedir.

temelli yaklaşıma tam olarak geçişi sağlayamaması, Komisyon'a uygulamalarında inisiyatif bırakmaya devam etmesi, istisnai birtakım durumlara ilişkin yaklaşımların¹⁴³ sınırlarının belirgin olmaması nedenleriyle, hâkim durumun kötüye kullanılmasının analizine ilişkin en iyi yaklaşımı vermemekte, daha çok gelecekte bu konuda yaşanacak tartışmalar için iyi bir referans ve temel teşkil edecek nitelikte görünmektedir.

SONUÇ

Sözleşme yapılmasının reddinin konu edildiği davalarda sözleşme özgürlüğünün hâkim durumdaki firmalar için dahi esas kabul edilmesi, bununla beraber bazı olağandışı koşulların varlığı halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün getirilebileceği bugün geline nokta genel kabul gören hususlardır. Fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasının da bu kabule dahil olduğu söylenebilir. Fikri mülkiyet hakları, sahibine münhasır bir hak vererek, hakkın ortaya çıkarılması için yapılan sabit maliyetin karşılanmasına olanak vermekte ve yeniliğe yatırım güdüsünü teşvik etmektedir. Aynı amaca ulaşmak için kullanılacak yöntemlerin farklılığından ötürü, uygulamaya ilişkin olarak aralarında bir gerilim olduğundan bahsedilen fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukuku arasındaki asıl sorun, tüm fikri mülkiyet haklarının fazlasıyla genel kurallara göre verilmesi ve bu haklar arasında süre, kapsam gibi konular bakımından farklılık bulunmamasıdır. Bu durum koşulları çok dar tanımlanan bazı hakların bu hak sahiplerini yenilik yapmaya teşvik edememesine, koşulları çok geniş tanımlananların ise diğer firmaların yenilik yaratma faaliyetlerini engellemesine yol açmaktadır. Rekabet hukukunun bu tür kusurları düzeltmede oynayacağı rol literatürde sıkça tartışılmakla birlikte, kapsamı geniş tutulan fikri mülkiyet haklarına ilişkin sorunlarda -çok dikkatli bir biçimde uygulanması şartıyla- çözüm üretebileceği kabul görmektedir.

AT Antlaşması'nın rekabete ilişkin hükümlerinin ekonomik kuramlara daha fazla yer verilerek yorumlanması yönündeki beklentilere yönelik tartışmalar neticesinde Aralık 2008'de yayınlanan "Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82. maddesinin Teşebbüslerin Hâkim Durumlarını Dışlayıcı Kötüye Kullanmalarında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Kılavuz"da, sözleşme yapmayı reddetme eyleminin uygulama önceliği olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler, ret eyleminin alt pazarda etkin bir şekilde rekabet etmek için zorunlu olması, ret eyleminin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldıracak ve tüketici zararına yol açabilecek nitelikte olması şeklinde belirlenmiştir. Bu kriterlerin, Komisyon'un Microsoft kararında kullandığı kriterler olduğu değerlendirilmekte ve Kılavuz'un gelecekte

¹⁴³ Örneğin, eş etkinlikte rakip testinin uygulanmayacağı fiyatlandırmaya dayalı ihlaller.

yaşanacak tartışmalar bakımından iyi bir referans teşkil edeceği düşünülmektedir. İlk Derece Mahkemesi'nin, Komisyon'un Microsoft hakkında verdiği kararı onaylamasıyla bu durum akademik düzeyde önemli tartışmaları gündeme getirmiştir. Komisyon kararında, sözleşme yapmanın reddini değerlendirirken göz önüne alması gereken tüm unsurları sıralayan tahdidi bir listenin varlığını reddederek verili olay kapsamındaki tüm koşulları değerlendireceğini bildirmiştir. Mahkeme de, Komisyon'un sözleşme yapmanın reddine ilişkin yaptığı analizi kabul ederek, Magill testinin koşullarından biri olan vazgeçilmezlik unsurunu ekonomik açıdan yaşamsallığı sürdürülebilmeyi de içerecek şekilde genişlemesine, yeni ürün kriterinin de teknik gelişmeyi kapsar hale gelmesine olanak sağlamıştır.

Fikri mülkiyet haklarının kullanımının rekabet hukuku -ve özel olarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi- kapsamında değerlendirilebileceği bir karar olan Bilsa kararında, fikri mülkiyet haklarının lisanslanması konusunda gerekli şartlar sayılmamakta ve veri aktarımının zorlaştırılması yoluyla rakip faaliyetlerin zorlaştırılmasının eylemin ihlal olarak değerlendirilmesi için yeterli olduğuna hükmedilmektedir. Karar fikri mülkiyet hakları ile tanınan münhasır uygulamalara rekabet hukuku yoluyla müdahale edilebileceğini göstermesi bakımından önem arz etmekte, bununla birlikte, genel olarak sözleşme yapma yükümlülüğü ve özel olarak fikri hakların zorunlu lisanslamasının hangi koşullarda gerekli olduğu konusunda açıklayıcı ve net bir yaklaşım sergilememektedir.

Genel olarak sözleşme yapılmasının reddedilmesinin Türkiye uygulamasında ise, bir sınıflandırma sorunu olduğu göze çarpmaktadır. Benzer şikâyetlerin konu edildiği kararlarda yapılan incelemenin sözleşme yapmanın reddedilmesi kapsamında olduğu istikrarlı bir şekilde yer almamakta, ihlalin varlığı için gerekli kriterler ve bu kriterlerin değerlendirmeye tabi tutulduğu standartlar bakımından da bir devamlılık bulunmamaktadır. Kanaatimizce rekabet hukukunun uygulanmasının asli sorumlusu durumundaki Rekabet Kurulu fikri mülkiyet hakkının lisanslanmasının reddi de dahil olmak üzere sözleşme yapmanın reddi vakalarında, öncelikle vaka konusunun -doktrininde yer aldığı şekli ile- sözleşme yapmanın reddi vakası olduğunu net bir şekilde belirtmeli, ret eyleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi için dikkate alınması gereken kriterlere ve standartlara ilişkin olarak da daha açıklayıcı bir tutum benimsemelidir.

KAYNAKÇA

- ANDERMAN, S. (2004), “Does the Microsoft Case Offer a New Paradigm for the ‘Exceptional Circumstances’ Test and Compulsory Copyright Licenses under EC Competition Law?”, *The Competition Law Review*, Vol. 1, 7-22.
- ANDERMAN, S.D. (2007) , *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press, UK.
- ANDREANGELLI, A. (2009), “Interoperability as an ‘Essential Facility’ in the Microsoft Case- Encouraging Competition or Stifling Innovation?” *European Law Review*, 34(4), 584-611.
- APPELDORN, J. (2005), “He Who Spareth His Rod, Hateth His Son? Microsoft, Super-Dominance and Article 82 EC”, *ECLR*, 26(12), 653-658.
- CARLTON, D.W. (2001), “A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal- Why Aspen and Kodak are Misguided?”, NBER Working Paper 8105, <http://www.nber.org/papers/w8105.pdf>, Erişim Tarihi: 21.03.2010.
- DEMİRÖZ, A. (2009) “Sözleşme Yapmayı Reddetme Bağlamında Hakim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu- VII* içinde s. 317-395.
- DREXL, J. (2004), “Intellectual Property and Antitrust Law - IMS Health and Trinko - Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *IIC*, 2004, 7
- EAGLES, I. ve L. LONGDIN (2008), “Microsoft’s Refusal to Disclose Interoperability Information and the Court of First Instance”, *European Intellectual Property Review*.
- GERADIN, D. (2008), “Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can EU Learn from the US Supreme Court’s Judgement in Trinko in the Wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom?”, *Common Market Law Review*, December 2005.
- GERADIN, D. (2010), “Is the Guidance Paper on the Commisision’s Enforcement Priorities in Applying Article 102 TEFU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?”, s. 5, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1569502, Erişim Tarihi: 11.04.2010.
- GUTERMUTH, A. (2009), “Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Papaer’s Likely Impact on European Enforcement Practice”, *The Online Magazine for Global Competition Policy*, February 2009, Release 1, s. 5.

<http://www.competitionpolicyinternational.com/article-82-guidance-a-closer-look-at-the-analytical-framework-and-the-papers-likely-impact-on-european-enforcement-practice>, Erişim Tarihi: 19.03.2010.

GÜRZUMAR, O. B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

HOVENKAMP, H., M.D. JANIS ve M.A. LEMLEY (2005), “Unilateral Refusals to License in the US”, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, Working Paper No: 303.

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=703161, Erişim Tarihi: 12.04.2010

HOVENKAMP, H., M.D. JANIS ve M. A. LEMLEY (2005), *IP and Antitrust, An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*, Apsen Publishers, USA.

HUMPE, C. ve C. RITTER (2005), “Refusal to Deal”, (GCLC Research Papers on Article 82 EC- July 2005 içinde), Temmuz 2005, <http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>

JONES, A. ve B. SUFFRIN (2008), *EC Competition Law*, Third Edition, Oxford University Press, USA.

KJØLBYE, L. (2009), “Article 82 EC as a Remedy to Patent System Imperfections: Fighting Fire with Fire?”, *World Competition*, Volume 32, Issue 2.

KORAH, V. (2005), *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition in Developed Countries*, SCRIPT-ed, Volume 2 Issue 4, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/SCRIPT-ed/vol2-4/korah.pdf>, Erişim Tarihi: 16.03.2010.

LEVEQUE, F. (2005), “Innovation, Leveraging and Essential Facilities: Interoperability Licensing in the EU Microsoft Case”, *World Competition*, Vol. 28, 71-91.

MONTI, G. (2010), “Article 82 EC: What Future for the Effect-Based Approach?”, *Journal of Competition Law and Practice*, No: 1(1)

MULLER, U. (2008), “The Rise and Fall of Essential Facility Doctrine”, *European Competition Law Review*, 29(5), 310-329.

NAGY, C.I. (2007), “Refusal to Deal and the Doctrine of Essential Facilities in US and EC Competition Law: A Comparative Perspective and a Proposal for a Workable Analytical Framework”, *European Law Review*, 32(5), 664-685.

O’DONOGHUE, R. ve A. J. PADILLA (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, First Edition, Hart Publishing, Oxford, UK.

PETIT, N. (2009), *From Formalism to Effects: The Commission’s Guidance on Article 82 EC*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1476082, Erişim Tarihi: 23.03.2010.

RITTER, C. (2005), “Refusal to Deal and ‘Essential Facilities’: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?”, *World Competition* 28(3).

SCHMIDT, C. ve W. KERBER (2008), “Microsoft, Refusal to License Intellectual property Rights, and the Incentives Balance Test of the EU Commission”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297939, Erişim Tarihi: 10.04.2010.

SCHWEITZER, H. (2007), “Controlling the Unilateral Exercise of Intellectual Property Rights: A Multitude of Approaches but No Way Ahead? The Transatlantic Search for a New Approach”, *EUI Working Papers*, 2007/31. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1093243, Erişim Tarihi: 26.02.2010.

SHAPIRO, C. (2001), “Navigating the Patent Thicket: Cross Licences, Patent Pools and Standart Setting”, A. B. JAFFE (der.) *Innovation Policy and Economy* içinde. <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf>, Erişim Tarihi: 14.03.2010.

SHELANSKI, H.A. (2009), “Unilateral Refusals To Deal in Intellectual and Other Property”, *Antitrust Law Journal* 2009, Volume 76, Issue:2, 369-395.

SUBIOTTO, R. ve R. O’DONOGHUE (2003), “Defining the Scope of the Dominant Firms to Deal with Existing Customers Under Article 82 EC”, *European Competition Law Review*, 24(12), 683-694.

TREACY, P. (1998), “Essential Facilities- Is the Tide Turning?”, *European Competition Law Review*, 8, 501-505.

VESTERDORF, B. (2010), “Article 82 EC: Where Do We Stand After the Microsoft Judgement.”, <http://www.icc.qmul.ac.uk/GAR/Vesterdorf.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2010.

WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, USA.