

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 18

Sayı/Number: 1

Haziran/June 2017

ISSN 1302-552X

 **REKABET
KURUMU**

ISSN 1302 -552X

REKABET DERGİSİ
COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume:18 • Sayı/No:1 • Haziran/June 2017

Altı ayda bir yayımlanan hakemli dergi
Refereed journal published semi-annually

REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY
Prof. Dr. Ömer TORLAK

SORUMLU MÜDÜR / MANAGING DIRECTOR
Abdullah KÜTÜK

EDİTÖRLER / EDITORS

Ümit GÖRGÜLÜ
Ebru ÖZTÜRK
Recep GÜNDÜZ

YAYIN KOMİSYONU / EDITORIAL BOARD

Kürşat ÜNLÜSOY
Abdulgani GÜNGÖRDÜ
Ali ARIÖZ
Zeynep MADAN
Ümit GÖRGÜLÜ
Ebru ÖZTÜRK
Recep GÜNDÜZ

YAYIN SEKRETERİ / PUBLISHING SECRETARY

Özlem ERDOĞAN

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. İzak ATİYAS
Prof. Dr. Mehmet BARCA
Prof. Dr. Lale DAVUT
Prof. Dr. Ercüment ERDEM
Prof. Dr. Celal GÖLE
Prof. Dr. Nihat IŞIK
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. Fuat OĞUZ
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Turgut TAN
Prof. Dr. Erol TAYMAZ
Prof. Dr. Metin TOPRAK
Prof. Dr. Ünal ZENGİNOBUZ
Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI
Yrd. Doç. Dr. Fatih Cemil ÖZBUĞDAY
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR
Yrd. Doç. Dr. Murat ŞAHİN

YÖNETİM YERİ / MANAGING OFFICE:

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address:

<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Rekabet-Dergileri-Listesi>

Basım Tarihi / Publication Date: Haziran / June 2018

Tasarım / Design: Uluslararası Piri Reis Kültür Ajansı

Kazım Özalp Mah. Rabat Sok. No: 27/2 (0312) 446 21 56

Baskı / Print: MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri (0312) 354 54 57

Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenen Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadi alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

Competition Journal is a refereed journal published semi-annually by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

Rekabet Dergisi, EBSCO, Tübitak Ulakbim ve Asos Index veri tabanlarında dizinlenmektedir.
Competition Journal is indexed in the EBSCO, Tubitak Ulakbim and Asos Index databases.

İÇİNDEKİLER

Türk Rekabet Hukukunda Münhasırlık Uygulamalarına İlişkin Tutarlı Bir Yaklaşım Arayışı

Seeking a Consistent Approach to Exclusivity Practices in Turkish Competition Law

Şahin YAVUZ / 4

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

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

Tuba YEŞİL / 32

Relevant Product Market Definition In Two-Sided Markets Under EU Competition Law

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Çift Taraflı Pazarlarda İlgili Ürün Pazarının Tanımlanması

Erdem AKTEKİN / 84

Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları / 134

Publication Policy And Notes For Contributors / 138

Türk Rekabet Hukukunda Münhasırlık Uygulamalarına İlişkin Tutarlı Bir Yaklaşım Arayışı

Şahin YAVUZ*

Öz

Dağıtım ağı içerisinde yer alan alıcı konumundaki teşebbüslere sağlayıcıları tarafından sıklıkla rakiple çalışma yasağı şartı getirilmektedir. Bu şart kimi durumda açık bir sözleşme hükmüne dayanırken kimi durumlarda alıcıya verilen indirim ve diğer teşvik uygulamalarıyla sağlanmakta ve aynı pazarda faaliyet gösteren rakip sağlayıcıların pazara erişimlerini (aynı alıcılar ile çalışabilmelerini) kısıtladığı ölçüde rekabet hukukunun radarına girmektedir. İşin esası ve pazardaki etkisi değişmiyor olsa da Rekabet Kurumu tarafından yapılan incelemelerde uygulamanın rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya mı yoksa hakim durumun kötüye kullanılmasına mı karşılık geldiğine göre somut olayda benimsenen yaklaşım ve ihlal standardı farklılaşabilmektedir. Çalışmada, mehz AB içtihadı da gözetilerek bu farklı yaklaşımların bir eleştirisi yapılmakta ve münhasırlığa yönelik gerek düzenleyici veya açıklayıcı metinlerde gerekse uygulamada daha tutarlı ve net bir değerlendirme standardı önerisi tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Münhasırlık, Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Rakiple Çalışma Yasağı, Anlaşma ile Tek Taraflı Davranış Ayrımı, Pazar Kapama Oranı.

Seeking a Consistent Approach to Exclusivity Practices in Turkish Competition Law

Şahin YAVUZ 

Abstract

Limiting ability of buyers operating in a distribution chain to deal with competitors is a frequent restriction imposed by the suppliers. This may be brought by explicit contractual terms in some cases while ensured through discounts or other incentive mechanisms in other cases and on the radar screen of competition law in cases where market access (ability to work with the same buyers) of competing suppliers is restricted. Although the substance and market impact remain unchanged, the approach and the standard of proof may differ depending on whether the practice in question is said to correspond to a restrictive agreement or an abuse of dominant position in proceedings of the Competition Authority. In this paper, the different approaches are criticized by taking the EU case law into account and a policy proposal to enhance consistent and clear standard of assessment is discussed in respect to the exclusivity in practice as well as under soft laws and guidelines.

Keywords: *Exclusive Dealing, Non-Compete Obligation, Restriction to Work with Competitors, Distinction between Agreement and Unilateral Action, Foreclosure Rate.*

GİRİŞ

Rakiple çalışmama şartı, tek markalılık veya rekabet etmeme yükümlülüğü olarak da adlandırılan münhasırlık, bir alıcının belirli bir ürün veya ürün grubuna ilişkin talebinin tamamını veya önemli bir kısmını¹ belirli bir sağlayıcıdan karşılaması koşulunu içeren anlaşmalar veya alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük² olarak tanımlanmaktadır.³ Tanımdan hareketle münhasırlık, pazarın dikey yapılanmasında farklı aşamalarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında görece alt konumda bulunan teşebbüs (alıcı) üzerine getirilen bir kısıtlama niteliğindedir.

Rekabet Kurulu (Kurul) uygulamalarında da karşılık bulan ancak, Kurulca çıkarılmış Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'da⁴ (Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz) açık biçimde zikredildiği üzere münhasırlık konusunda yapılan yazılı veya sözlü veyahut fiili (*de facto*) bir anlaşma ya da uygulama 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (Kanun) 4. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ya da (sağlayıcı teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda olmasına bağlı olarak) 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmektedir.⁵

¹ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ) bakımından %80 ve üzeri, 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği bakımından ise satış sonrası pazarda %30 ve üzeri.

² Bkz. 2002/2 sayılı Tebliğ, m.3(d).

³ Kimi durumda alıcı teşebbüse münhasır bir bölge tahsisi içeren anlaşmalar (tek elden dağıtım şartı) da "münhasırlık" olarak addedilmekte ise de bu sözleşme ve bu nitelendirme işbu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

⁴ 29.01.2014 tarihli ve 14-05/97-RM (1) sayılı Rekabet Kurulu kararı ile kabul edilmiştir.

⁵ Para.64. Esasen benzer bir düplikasyon yatay anlaşmalar için de söz konusudur. Zira; Kanun'un 6. maddesi hakim durumun başkaları ile anlaşma yapmak suretiyle kötüye kullanılmasını da yasaklanmakta iken, rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar Kanun'un 4. maddesi altında, üstelik de hakim durum şartı aranmaksızın zaten yasaklanmaktadır. Başkaları ile yapılacak anlaşma ile kötüye kullanma sayılacak bir davranışın aynı zamanda rekabeti kısıtlayıcı olmadığı bir örnek bulabilmek teorik düzeyde dahi güctür.

Rekabet hukuku ihlallerini pazar koşullarının dikkate alınmasını (etki analizi yapılmasını) gerektiren ihlaller ve pazar koşullarının dikkate alınmasının zorunlu olmadığı (amaçları bakımından yasaklanan) ihlaller şeklinde iki temel kategoriye ayırmak mümkündür. Yukarıda anılan Kanun maddelerinden ilkinde rekabeti kısıtlama “*amacı*” veya “*etkisi*” yeterli görülürken, ikincisinde öncelikle tanım gereği hakim pazar gücünün, sonrasında eylemin etkilerinin araştırılması gerekliliği bulunmaktadır.⁶ Bu durumda münhasırlığın Kanun’un hem 4. hem de 6. maddesi kapsamında incelenebildiği dikkate alındığında sırf hangi Kanun maddesinin işletildiğine bağlı olarak yapılacak rekabet analizinin ve ihlal standardının farklılaşabilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir.

Çalışmada öncelikle münhasırlığın bir anlaşmaya mı yoksa tek taraflı davranışa mı karşılık geldiği irdelendikten sonra Kurul uygulamalarında münhasırlığın değerlendirilmesinde ortaya çıkan tutarsızlıklar, mehz Avrupa Birliği (AB) uygulamaları da gözetilmek suretiyle değerlendirilecektir. Daha sonra münhasırlığa dayalı rekabet sorununun hangi hallerde ortaya çıkabileceği tartışıldıktan sonra ulaşılan sonuçlara son bölümde yer verilecektir.

1. MÜNHASIRLIĞIN ANLAŞMA VEYA TEK TARAFLI DAVRANIŞ OLARAK ELE ALINMASI

Münhasırlık uygulamada açık biçimde rekabet etmeme yükümlülüğü içeren dikey bir anlaşmanın unsuru ya da alımların belirli bir teşebbüse yönlendirilmesini teşvik eden (örneğin bağlılık indirimleri⁷ gibi)

⁶ Diğer yandan Kanun’un 6(a) maddesinde “[...] *rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*” kötüye kullanma haline örnek olarak sayılmıştır. Ancak burada sırf lafza bağlı kalınarak “*amaçlayan*” ibaresi ile eylemlerin etkilerinin araştırılmasına gerek olmadığını söylemek yanlıştır. Yasa koyucunun düzenlemedeki gayesine uygun olarak eylemlerin rakipleri dışlama potansiyeline (kapasitesine) sahip olup olmadığının araştırılması, yani etki analizi yapılması gerekecektir. Aksi yaklaşım hakim durumdaki teşebbüsün rekabete karşılık verdiği eylemlerin de yasaklama kapsamına alınması riskini doğuracaktır.

⁷ Belirli bir referans dönem boyunca alıcının ihtiyaçlarının önemli bir kısmının indirim veren teşebbüsten sağlanması karşılığında verilen indirimler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. OECD (2002) Policy Roundtables, *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>, Erişim Tarihi: 15.07.2017, s.19.

satış uygulamaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle taraflar arası karşılıklı uygun iradeyi içeren bir anlaşmaya dayalı olarak uygulanabileceği gibi diğer tarafın rızasına veya iradesine ihtiyaç duymaksızın tek taraflı bir iradenin ürünü olarak da ortaya çıkabilmektedir. Bu durum münhasırlığın hangi durumlarda anlaşma ya da tek taraflı davranış olarak kabul edilmesi gerektiği, buna bağlı olarak benzer etkilere sahip olsa da Kanun'un hangi maddesine göre inceleneceği, daha önemlisi farklı ihlal standardı eşikleri belirlenmesinin mümkün olup olmadığı tartışmasını tetiklemektedir.

Kurul, gerek Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz'da gerekse uygulamada münhasırlığın anlaşma veya tek taraflı davranış olarak incelenebileceğini belirtmekte ancak, bu konuda etiketlenmenin nasıl yapılacağı konusunda bir işaret vermeyerek keyfiyeti kendinde saklı tutmaktadır. Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz'un "*Münhasırlık/Tek Marka Anlaşmaları*" başlıklı 5.4. maddesinde yer verilen

"Söz konusu sözleşmeler, sağlayıcının hâkim durumda olması halinde Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir"⁸

açıklaması aynı Kılavuz'un 17. dipnotunda yer verilen

"Münhasırlık anlaşmaları Kanun'un 4. maddesi kapsamında da ele alınabilmektedir"

açıklaması ile birlikte ele alındığında sanki münhasırlık anlaşmasına taraf olan firma hakim durumda ise kötüye kullanma, değilse rekabeti sınırlayıcı anlaşma halinin oluşacağı şeklinde bir anlayış ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışa göre eylemin Kanun'un hangi maddesi altında inceleneceğini belirleyen kıstas eylemin niteliği (müşterek veya tek taraflı davranış olup olmaması) değil; eylemi gerçekleştiren teşebbüsün pazar gücünün derecesi olmaktadır. Eylemin niteliği aynı olsa da değerlendirmenin Kanun'un 4. maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma veyahut hakim durumda bulunma koşuluna bağlı olarak 6. maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak yapılabilmesi mümkün görünmektedir.

⁸ Para.64. Benzer bir açıklamaya mehzaz düzenlemede yer verilmemiştir (bkz. Communication from the Commission - *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, OJEU C 45/7, 24.2.2009).

Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz'da yer alan yukarıdaki açıklamaların hukuki belirsizliği gidermede yetersiz, hatta kafa karıştırıcı olmasının yanı sıra uygulamada alınan kararlarda da belirsizlik giderilmemiş, Kılavuz'daki anlayış yinelenmiştir.⁹ Kurulun yakın zaman aralıklarıyla aldığı *Frito Lay*,¹⁰ *Mey İçki I* ve *II*¹¹ ve *Coca-Cola*¹² kararlarında neredeyse birebir aynı nitelikteki eylemler (nihai satış noktalarına münhasırlık karşılığı indirim vb. teşvikler verilmesi) incelenmesine karşın bu kararlardan ilkinde rekabeti kısıtlayıcı anlaşma olarak Kanun'un 4. maddesi, ikincisinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak Kanun'un 6. maddesi ve nihayet son kararda ise Kanun'un her iki maddesi açısından değerlendirme yapılmıştır.

Esasen yukarıdakine benzer bir ikilemin mehz AB uygulamasında da mevcut olduğu söylenebilecektir. Nitekim Rousseva (2005) tek taraflı olduğu konusunda şüphe duyulmayan örneğin yıkıcı fiyat veya mal vermeyi/anlaşma yapmayı reddetme vakıaları hariç, münhasırlığa bağlı rekabetçi endişelere yönelik olarak AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın¹³ (ABİDA) 101. veya 102. maddesinin¹⁴ işletilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.¹⁵ Bu anlayış çerçevesinde pazar gücünün derecesi, diğer bir deyişle hakim pazar gücünün bulunup bulunmadığı, incelemenin 101. ve 102. maddelerden hangisine göre yapılacağı konusunda belirleyici olmaktadır. AB Komisyonu tarafından uygulamada muhtemelen hakim durumdaki teşebbüslere yönelik kabul

⁹ Örneğin Kurulun 05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı, para.44: “[k]onunun her iki Kanun maddesi [4. ve 6. madde] çerçevesinde de ele alınması mümkün olmakla birlikte...”

¹⁰ Kurulun 29.08.2013 tarihli, 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı.

¹¹ Kurulun sırasıyla 12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I* ve 16.02.2017 tarihli ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki II* kararı

¹² Kurulun 05.03.2015 tarihli, 15-10/148-65 sayılı *Coca-Cola* kararı.

¹³ The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Official Journal of the European Union (OJEU), C 326/47, 26.10.2012.

¹⁴ ABİDA 81. ve 82. madde numaraları, 1 Aralık 2009 tarihli Lizbon Antlaşması ile sırasıyla 101 ve 102 olarak değiştirilmiştir.

¹⁵ ROUSSEVA, E. (2005), “Modernizing by Eradicating: How the Commission's New Approach to Article 81 EC Dispenses with the Need to Apply Article 82 EC to Vertical Restraints”, 42 CMLRev, Issue 3, s.588. Aynı yönde bkz. JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, s.424.

edilen özel sorumluluk¹⁶ kuralının da etkisiyle, münhasırlık anlaşmaları da dahil hakim durumdaki sağlayıcılar tarafından uygulanan indirim ve diğer teşvik uygulamaları -Kurul uygulamaları aksine- istikrarlı biçimde kötüye kullanma hali olarak 102. madde kapsamında ele alınmıştır.¹⁷

AB Adalet Divanı¹⁸ (ABAD) ise *Compagnie Maritime Belge* kararında¹⁹ ABİDA 101. ve 102. maddelerinin lafzının aynı ihlale her iki maddenin de eşanlı uygulanabilmesine imkan verdiğini, bununla birlikte 101. madde ilgili teşebbüsün pazar konumundan bağımsız uygulanırken 102. maddenin ekonomik gücü esas aldığını belirtmiştir.²⁰ Rouseva bu tutumu haklı olarak eleştirmekte ve mahkemenin yorumu ışığında sözleşmesel uygulamalar bakımından iki madde arasında hakim durumun varlığı dışında bir fark olmadığını, buna karşın 102. maddenin uygulanması bakımından geçmiş içtihadın hakim duruma özgü kavramlar olan tek taraflı çıkar ilişkisini veya ekonomik baskıyı aramadığını, bunların aranmadığı bir ortamda da hakim duruma veya ekonomik güce göndermede bulunmanın da anlamsız olacağını ifade etmektedir.²¹ Bu kapsamda münhasırlık konusunda tarafların açık irade beyanını içeren bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda, münhasırlık karşılığı verilen veya münhasırlığa yol açan indirim, prim ve diğer teşvik uygulamalarının bir anlaşmaya karşılık gelip gelmeyeceği irdelenmelidir.

Mehaz uygulama (ve onu büyük ölçüde takip eden Türk rekabet hukuku) bakımından anlaşma kavramı geniş yorumlanmakta ve ilgili taraflar arasında irade uyuşmasını (*concurrency of wills*) gösterir herhangi bir delil anlaşmanın varlığı için yeterli sayılmaktadır. Örneğin AB'deki

¹⁶ Bkz. Communication from the Commission - *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 2009/C 45/02, para.1. Ayrıca örnek dava için bkz. C-322/81 - *Michelin v. Commission* (1983), <http://curia.europa.eu/>, para.57.

¹⁷ Bu konuda genel açıklamalar için bkz. Jones ve Sufriin 2011, s.425.

¹⁸ *Court of Justice of the European Union*.

¹⁹ Case C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission* [2000], <http://curia.europa.eu>

²⁰ Para.33-34.

²¹ Rouseva 2005, s.623.

Sandoz kararında²² Sandoz'un yeniden satıcılarına kestiği faturalarda yer verdiği "ihraç edilemez" notu ABAD tarafından eylemin tekdüze ve sistematik tekrarlanan nitelikte olması ve alıcının da uygulamayı protesto etmeksizin alımlarına devam etmesinin uygulamaya dair zımni kabulünü gösterdiği gerekçesiyle anlaşmanın varlığı için yeterli sayılmıştır. Bu yaklaşıma göre alıcının menfaatine ters düşen bir uygulamanın da anlaşma kabulünü engellemediğinin altı çizilmelidir. Bununla birlikte AB Genel Mahkemesi²³ ABAD tarafından da onanan *Bayer* kararında²⁴ Komisyonun bakış açısına sınırlama getirmiştir. Kararda, paralel ithalat yapan toptancılara sağlayıcı Bayer tarafından satış miktarının düşürülmesi ve böylece söz konusu toptancıların paralel ithalat imkanlarının kısıtlanmış olması Komisyonun değerlendirmesi aksine anlaşma olarak kabul edilmemiştir; zira somut olayda Bayer'in tek taraflı uygulamasına dair toptancıların açık veya zımni muvafakatini veya icazetini gösteren bir delil bulunmamaktadır.²⁵ ABAD da Genel Mahkemenin bu değerlendirmesine katılarak,

"anlaşma' taraflardan birinin [...] tek taraflı bir politikasının dışı vuruşuna dayanamaz"²⁶

²² C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission* (1990), para.7-12 (Jones ve Sufirin 2011 içinde s.149).

²³ *General Court*. Eski adıyla *Court of First Instance*

²⁴ T-41/96, *Bayer AG v. Commission* (2000), <http://curia.europa.eu/>

²⁵ Para.73vd. Aynı yönde 2003 tarihli *Volkswagen* kararında, sağlayıcı tarafından distribütörleri etkilemek üzere yapılan tek taraflı çağrılarının tek başına bir anlaşmaya karşılık gelmediği ve taraflar arasında hukuka uygun yazılı bir anlaşmanın mevcudiyetinin de salt bu nedenle distribütörlerin Volkswagen'in eylemi konusunda zımni onayının olduğu anlamına gelmediği kabul edilmiştir. Bkz. T-208/01, *Volkswagen v. Commission* (2003), para.59, <http://curia.europa.eu/>.

²⁶ Joined Cases C-2/01 ve C-3/01 P, *BAI and Commission v Bayer AG* (2004), para.101, <http://curia.europa.eu/>). Diğer yandan 2008 tarihli *AC-Treuhand* kararında Genel Mahkeme tarafından anlaşma deyiminin en az iki bağımsız teşebbüsün pazarda belirli bir şekilde davranacaklarına dair müşterek niyetlerini ifade ettikten sonra katıldıkları rekabeti kısıtlayıcı koordineli/uyumlu davranışın veya daha geniş perspektiften bir kartelin diğer bir ifadesi olduğu kabul edilmiştir (bkz. Case T99/04, *AC-Treuhand v Commission*, 2008, para.118). Mahkeme ayrıca 2006 tarihli *Volkswagen* kararına (bkz. Case C-74/04 P *Commission v Volkswagen*, 2006, para.37) atıf yaparak, görünüşte tek taraflı olsa da, en az iki tarafın ortak iradesinin ifadesi olan bir davranışın anlaşma sayılması için yeterli olacağı, bu konudaki muvafakatin şeklinin belirleyici olmadığını belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre bu geniş bakış açısı ABİDA m.101(1)'deki yasaklamanın teşebbüsler arasında anlaşmaya karşılık gelmeyen bir koordinasyon şekli olan uyumlu davranışları da kapsaması ile desteklenmektedir.

demek suretiyle bir anlaşmadan bahsedebilmek için iki veya daha fazla tarafın benimsediği müşterek bir politikanın varlığının gerekli olduğunu vurgulamıştır.²⁷ Bu anlayış çerçevesinde münhasırlık doğuran indirim, prim ve diğer teşvik uygulamaları tek taraflı bir politikanın ürünü müdür yoksa bu uygulamaların alıcının zımnen de olsa kabulünü içerdiği düşünülebilir mi sorusu akla gelmektedir.

Kurulca yakın tarihli *Brisa* kararında,²⁸ bir teşebbüsün tek taraflı eylemi ile anlaşma arasındaki ayrıma dikkat çekilerek;

“BRISA ve bazı bayileriyle yapılan görüşmeler ile dosyadaki bilgilerden, rakipler arası bir anlaşmanın var olmadığı, buna karşın BRISA'nın son satış noktalarına Energizer markalı akü için birtakım satış teşvik edici öneride bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda hem bayinin hem de BRISA'nın irade beyanını ortaya koyan ve satış ve prim miktarı belirli bayi anlaşmalarından ziyade, söz konusu satışın gerçekleştirilmesi halinde ne kadarlık bir primin verileceğini belirten BRISA'nın tek taraflı beyanatının varlığından bahsedilmesi mümkündür. Bu açıdan uygulamanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girmediği [...]”²⁹

şeklinde sağlayıcının belirli bir satışın gerçekleşmesi halinde ne kadarlık bir prim vereceğini açıklamasının tek taraflı bir davranış olduğu kabul edilmiştir. Buna karşın 2002/2 sayılı Tebliğ'de anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar arasında alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi sayıldıktan sonra bu durumun istisnasında

“ taraflardan herhangi birinin [...] teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi”³⁰

²⁷ Rousseva (2005, s.621) AB uygulamasında anlaşmanın kimin yararına olduğu ya da bir tarafın isteyerek imzalayıp imzalamadığı konusunun ABİDA 101. veya 102. maddesinin uygulanmasında bir kriter olmadığını, bu konunun ancak sorumluluğun belirlenmesinde kriter olarak alınabileceğini belirtmektedir. Yazar, 101. maddenin modernizasyonu sonrasında iki madde arasında kalan yegane farkın 102. maddenin hakim durumun varlığını ararken 101. maddenin belirli bir pazar gücünü aramadığını ve pazar gücünün hakim durum eşliğinin üzerinde olduğu kadar altında olduğu durumlarda da uygulanabileceğini belirlemektedir. Bu halde yazara göre iki madde arasındaki fark kantitatif olup o da gerekli pazar gücü derecesidir.

²⁸ Kurulun 27.09.2013 tarihli, 13-55/767-326 sayılı *Brisa* kararı.

²⁹ Para. 9

³⁰ 2002/2 sayılı Tebliğ, madde 4(a). Aynı yönde düzenlemeye AB Komisyonunun dikey anlaşmalara ilişkin gerek eski 2790/1999 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüğünde, gerekse 330/2010 sayılı yeni Tüzüğünde de yer verilmiştir (sırasıyla bkz. *Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty*

koşulu aranmıştır. Diğer bir deyişle teşvik uygulaması anlaşma olarak kabul edilmiştir. Keza konuya açıklama getirilen Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da³¹ da

“alıcıya tavsiye edilen fiyatlara uyduğu oranda kendisine ilave indirimler uygulanması”³²

yeniden satış fiyatının dolaylı yoldan belirlenmesine, diğer bir deyişle rekabeti sınırlayıcı anlaşmaya örnek olarak sayılmıştır. Buna göre rekabeti kısıtlayıcı bir uygulamanın, örneğin yeniden satış fiyatının belirlenmesinin, fiili uygulamalar ile teşvik edilmesi de anlaşma olarak değerlendirilebilmektedir. Esasen bu anlayış münhasırlık bağlamında aynı Kılavuz'da

“Anlaşmalarda tek marka satılmasına yol açacak herhangi bir hüküm açıkça yer almasa dahi, sağlayıcının uyguladığı sadakat indirimi, hedef indirimi gibi birtakım teşvik edici unsurlar varsa, anlaşma yine bu kapsamda değerlendirilir”³³

şeklinde açık biçimde kabul edilmiştir.

Yine Kurulca İşbir kararında³⁴ bayilerin yeniden satış fiyatlarını belirleme serbestilerine engel olunup olunmadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede bu amaçla herhangi bir teşvik ya da baskının bulunup bulunmadığı dikkate alınmıştır. Buna karşılık temelde tek taraflı uygulamaları konu alan Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz'da fiili (*de facto*) münhasırlık yaratabilecek davranışların yanı sıra bu amaçla yapılan yazılı veya sözlü anlaşmalar (müşterek uygulamalar) da kötüye kullanma sayılabilmektedir.³⁵ Bu anlayış çerçevesinde münhasırlık anlaşmaları (hakim durumun varlığına bağlı olarak) kötüye kullanma *eylemi* olarak Kanun'un 6. maddesi kapsamında

to categories of vertical agreements and concerted practices (2790/1999 sayılı Tüzük), OJEU 29.12.1999 L 336/21, madde 4(a); *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices* (330/2010 sayılı Tüzük), OJEU 23.4.2010 L 102/1, madde 4(a).

³¹ Kurulun 3.6.2009 tarihli ve 09-26/567-M sayılı kararı ile kabul edilmiştir.

³² Para.18.

³³ Para.113.

³⁴ Kurulun 16.06.2011 tarihli ve 11-37/784-247 sayılı İşbir kararı.

³⁵ Para.64

incelenebilir iken münhasırlık doğuran teşvik ve benzeri uygulamalar da 4. maddesi kapsamında *anlaşma* olarak ele alınabilmektedir.

2. MÜNHASIRLIĞIN İNCELEMESİNDE SEBEPLERİN YARIŞMASI

Yukarıdaki bölümde değinilen hukuki belirsizlik ortamındaki uygulamanın da tutarlı olmasını beklemek iyimser bir yaklaşım olacaktır. İşin ilginç yanı bu tutarsızlığın, hatta Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz'daki hakim durumda olma kriterinin dahi takip edilmediğinin bizzat Kurul tarafından

“Kurul içtihadına bakıldığında; münhasırlık uygulamalarının hakim durumdaki teşebbüs tarafından gerçekleştirildiği durumda dahi 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında değerlendirildiği kararların yanında, 6. maddesi kapsamında değerlendirildiği ve hatta aynı uygulamanın 4054 sayılı Kanun’un hem 4. hem de 6. maddesini ihlal ettiğinin tespit edildiği karar örneklerinin olduğu görülmektedir”

şeklinde açıklıkla ifade edilmiş olmasıdır.³⁶ Esasen Kanun’un gerek 4. maddesi gerekse 6. maddesi rekabetin bozulmamasını amaçladığından aynı nitelikteki bir eyleme dönük analiz yöntemlerinin ve ihlal standardının birbiriyle uyumlu olması, salt (aynı amaca dönük olsa da) farklı Kanun maddesine dayanarak farklı çözümler önerilmemesi gerekir. Bu manada Kurulun *Turkcell YTSN II* kararındaki³⁷

“[...] Kanun’un 5. maddesi anlamında yapılan bir değerlendirmenin Kanun’un 6. maddesi anlamında yapılan değerlendirme ile tutarlı olması gerekmektedir”³⁸

değerlendirmesinin yerindeliği belirtilmelidir. AB’nin köşe taşı davalarından 1979 tarihli *Hoffmann-La Roche* davasında³⁹ ABAD tarafından 102. maddenin sınırlarına dair

“hakim durumda bulunan ve alıcılarını –kendi istekleri üzerine dahi olsa– alımlarının tamamını veya büyük bir kısmını münhasıran kendisinden yapmak üzere bir yükümlülük veya taahhüt yoluyla kendisine bağlayan bir teşebbüs, söz konusu yükümlülüğün bir teşvik veya indirim karşılığında olup olmadığına bakılmaksızın, [102]. madde kapsamında hakim durumunu kötüye kullanmış olur. Aynı kural, bahse konu teşeb-

³⁶ Kurulun 12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki* kararı, para.43.

³⁷ Kurulun 14.06.2012 tarihli, 12-33/922-281 sayılı *Turkcell* kararı.

³⁸ Para.191.

³⁹ C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission* (1979).

büsin bunu formal bir yükümlülük şeklinde değil ve fakat bir sözleşme altında veya tek taraflı olarak sadakat programı –yani alımların tamamının veya büyük bir kısmının –alım miktarının büyük veya küçük olduğuna bakılmaksızın– hakim durumdaki bir teşebbüsten yapılması karşılığında verilen indirimler– yoluyla yaptığında da geçerlidir”

tespiti yapıldıktan sonra ABİDA 101(3). maddesini karşılayan istisnai haller dışında münhasırlığın ister yazılı anlaşmaya isterse fiili bir uygulamaya dayansın rekabetçi analizin değişmediği, hakim durumdaki bir teşebbüs taraf olduğunda rekabeti bozma ve ekonomik fayda sağlamama yanında alıcının tedarik kaynağını belirleme serbestisinin elinden alınarak rakip sağlayıcıların pazara erişimine engel olduğu değerlendirilmiştir.⁴⁰

Keza AB Genel Mahkemesi tarafından *Piau* kararında⁴¹ bir uygulamanın 101(3). madde uyarınca muafiyet kapsamında sayılmasının 102. madde anlamında bir ihlal bulunmadığı sonucuna götüreceği kabul edilmiştir.⁴² Yine AB Komisyonu tarafından 2010 yılında çıkarılan Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da⁴³ her ne kadar yerleşik içtihadı göre ABİDA 101(3). maddenin uygulanması 102. maddenin uygulanmasını dışlamasa da, 101 ve 102. maddelerin her ikisi de pazarda etkin rekabetin sağlanmasını amaçladığından, tutarlılık gereği kötüye kullanma sayılan kısıtlayıcı bir anlaşmaya 101(3). maddenin uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁴⁴ İşin şeklini değil esasını temel alan bu yaklaşım rekabet hukuku mantığına uygun düşmektedir. Buna göre inceleme konusu münhasırlığın Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınıp da 5. maddedeki muafiyet koşullarını karşıladığı değerlendiriliyorsa artık aynı eylem dolayısıyla Kanun'un 6. maddesi işletilmemeli ya da tersinden Kanun'un 6. madde kapsamında incelenip kötüye kullanma olmadığı değerlendirilen bir münhasırlık eyleminin artık Kanun'un 5. maddesindeki koşullarla bağdaşmaz

⁴⁰ Para.89-90

⁴¹ T-193/02, *Piau v. Commission* (2005).

⁴² Para.119.

⁴³ EC Guidelines on Vertical Restraints, 2010/C 130/1.

⁴⁴ Para.127

etkileri olduğu ileri sürülememelidir. Aslında Kurul da 2011 tarihli *Turkcell YTSN* kararında⁴⁵

“[soruşturulan] uygulamaların Kanun’un 5. maddesinde sıralanan [muafiyet] şartlarını sağlamadığı tespit edilmiştir”

dedikten hemen sonra

“[soruşturulan] Turkcell uygulamaları Kanun’un 6. maddesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, Turkcell’in fiili uygulamalar ve bireysel muafiyet kapsamına girmeyen dikey anlaşmalar vasıtasıyla [...]alt bayi kanalının fiilen münhasırlaştırmasına çaba göstermek suretiyle rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırdığı, dolayısıyla [...]hakim durumunu kötüye kullandığı ve Kanun’un 6(a) maddesinde örneklenen ihlalin gerçekleştiği tespit edilmiştir”

değerlendirmeleriyle⁴⁶ muafiyet ve kötüye kullanma analizlerini birbirlerini ikame eder şekilde kullanmıştır. Buna karşın 2002/2 sayılı Tebliğ’in 8. maddesindeki

“Bu Tebliğ hükümlerine göre tanınmış muafiyet, Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasını engellemez”

hükmü uygulamada kafa karışıklığı ve hukuki belirsizlik yaratmaktadır. Oysa Tebliğ’in %40’ın altında pazar payına sahip teşebbüsler arası anlaşmaları kapsama aldığı dikkate alındığında, bir anlaşmanın eş anlı olarak muafiyet koşullarını taşıması ve kötüye kullanma hali teşkil edebilmesi bir yana, %40’ın altında pazar payına sahip bir teşebbüsün hakim durumda bulunma önkoşulunu dahi sağlaması son derece düşük bir olasılıktır.⁴⁷ Kaldı ki 2002/2 sayılı Tebliğ’in grup muafiyetinden yararlanabilmek için pazar payı eşiği öngörmediği dönemde de hakim durumdaki teşebbüslerin taraf olduğu münhasırlık anlaşmaları dolayısıyla yapılan çok sayıdaki incelemede Kanun’un 6. maddesi işletilmemiş, bunun yerine muafiyetin geri alınması adı altında bir inceleme yapılmıştır.⁴⁸ Bu manada işlevsiz olması yanında uygulamadaki

⁴⁵ Kurulun 06.06.2011 tarihli, 11-34/742-230 sayılı *Turkcell YTSN* kararı.

⁴⁶ 1806-18 arası satırlar.

⁴⁷ Nitekim Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz’da “*aksini gösterecek bir durum söz konusu değilse, Kurul’un yerleşik uygulamasında %40’ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hakim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmekte[dir]*” (para.12) açıklamasına yer verilmiştir.

⁴⁸ Örneğin bkz. Kurulun 15.05.2008 tarihli, 08-33/421-147 sayılı *Algida* kararı, 10.09.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı *Coca-Cola* kararı; 10.09.2007 tarihli, 07-70/863-326 sayılı *Mey İçki* kararı.

belirsizliği artıran Tebliğ'in yukarıdaki hükmüne (mehazdaki gelişmeye de paralel olarak⁴⁹) son verilmesi yerinde olacaktır.

3. MÜNHASIRLIĞIN AMACINA VEYA ETKİSİNE BAKILMASI

İster anlaşmaya dayalı olarak ister tek taraflı davranışın bir ürünü olarak ortaya çıkmış olsun münhasırlığın, amaç yönüyle, diğer bir deyişle hemen her durumda (*per se*) yasaklanması gereken davranışlardan olmadığı genel kabul görmektedir.⁵⁰ Jones ve Sufrin ABAD'ın 1991 tarihli *Delimitis* kararının⁵¹ mutlak bölgesel korumanın veya yeniden satış fiyatı tespitinin bulunmadığı bir durumda tek marka (münhasırlık) anlaşmalarının piyasa üzerindeki etkisinin dikkatle incelenmesini aradığını belirtmektedir.⁵²

Konuya ilişkin Kurul yaklaşımının da genel olarak mehazdaki anlayışa paralel olduğu söylenebilecektir. Kurulun ilk uygulamalarından 2004 tarihli *Digitürk* kararında⁵³

“... özellikle dikey anlaşmalarda yer verilen münhasırlık gibi hükümleri içerdiği için incelemeye alınan anlaşmaların bu kategorilerden ikincisine [rule of reason] girdiği konusunda bir tereddüt bulunmamakta ve bu nitelikteki bir sınırlamanın ilgili pazarlardaki koşullardan bağımsız ele alınmaması gerekmektedir”⁵⁴

şeklinde bu yaklaşım ortaya konulduktan sonra aynı yıl içinde alınan *Frito Lay* kararında⁵⁵

⁴⁹ 2002/2 sayılı Tebliğ'e kaynaklık eden eski 2790/1999 sayılı Tüzük'te benzer bir düzenlemeye (bkz. Dibace, para.16) yer verilmiş iken sonraki 330/2010 sayılı Tüzük'te bu düzenleme kaldırılmıştır.

⁵⁰ Münhasırlık anlaşmalarının haklı sebep kuralı (*rule of reason*) altında ele alınacağına dair örneğin bkz. NORRIS, L. N. (2013) “Exclusive Dealing: An Antitrust Analysis”, http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/exclusive_dealing_an_antitrust_analysis.html, Erişim Tarihi: 17.07.2017.

⁵¹ C234/89, *Delimitis v. Henninger Brau*, 1991.

⁵² Jones ve Sufrin 2011, s.664. Hatta Wish'e göre mutlak bölgesel korumaya ilişkin ilave unsurlar olmadığı durumda münhasırlık anlaşmaları TFEU 101(1). maddesini ihlal etmemektedir. Bkz. WISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, s.629.

⁵³ Kurulun 12.08.2004 tarihli, 04-52/699-180 sayılı *Digitürk* kararı.

⁵⁴ s.7

⁵⁵ Kurulun 04.05.2004 tarihli, 04-32/377-95 sayılı *Frito Lay* kararı.

“... *hâkim durumdaki teşebbüslerin bu özel sorumlulukları çerçevesinde nihai satış noktaları ile hiçbir şekilde yazılı veya sözlü münhasır anlaşma yapamayacağını ileri sürmek ve yaptığı belirli sayıdaki münhasır anlaşmayı bu satış noktalarından rakiplerin çıkartılması sonucunu doğurması gereğiyle ‘per se’ bir yaklaşımla kötüye kullanma olarak değerlendirmek zaten sınırlı olan hareket alanını daha fazla sınırlandırma anlamına gelmektedir*”⁵⁶

görüşü ifade edilerek münhasırlığa yönelik *per se* yaklaşımın sakıncaları ortaya konulmuştur. Zaman içinde aynı içtihat 2012 tarihli *Turkcell* kararında⁵⁷

“*Tarihsel süreçte hâkim durumdaki firmaların münhasırlığa yönelik uygulamalarına ilişkin yaklaşım incelendiğinde, modern ekonominin artık hâkim durumdaki firma tarafından da uygulansa münhasırlığın per se hukuk dışı sayılmasını desteklemediği görülmektedir. Münhasırlık, kimi etkinliklere ulaşmak için yapılabileceği gibi, anti rekabetçi amaçlarla da uygulanabilecek bir stratejidir*”⁵⁸

şeklinde belirtilmiştir. Keza münhasırlığa yönelik *per se* yaklaşımın uygun olmadığı anlayışı *Kötüye Kullanmaya İlişkin Kılavuz*’da

“*Münhasırlık hükmü içeren sözleşmelerin rekabet üzerinde olumlu etkileri bulunabilmektedir*”⁵⁹

açıklaması ile yinelenmiş, değerlendirmenin Kanun’un 4. maddesi çerçevesinde yapıldığı *Biletix* kararında⁶⁰ da

“*Münhasır anlaşmalar bir taraftan bazı olumlu etkiler yaratırken, diğer taraftan da pazarı kapama etkisi nedeniyle rekabeti kısıtlayıcı sonuç doğurabilmektedir*”⁶¹

⁵⁶ 3120vd. satırlar. Aynı yönde bkz. 14.10.2009 tarihli ve 09-47/1160-294 sayılı *Türk Telekom* kararı, 308 vd. satırlar.

⁵⁷ Kurulun 14.06.2012 tarihli, 12-33/922-281 sayılı *Turkcell* kararı.

⁵⁸ Para.192. Diğer yandan şayet münhasırlık amaçtan yasaklanabilecek bir davranış olsa idi örneğin 2002/2 sayılı Tebliğ’de izin verilmeyen sınırlamalar arasında sayılması veya bu tip uygulamaların bireysel muafiyete de konu edilmemeleri beklenirdi. Oysa Kurul 2011 tarihli *Turkcell YTSN* kararında dağıtım sisteminde fiili münhasırlığa yol açan eylemleri kötüye kullanma sayarak para cezası uygulamış olmasına rağmen kararından yalnızca bir yıl sonra yasaklanan eylemlerin belirli alıcılarla sözleşmeye konu edilmesine bu kez muafiyet tanımıştır (bkz. sırasıyla Kurulun 06.06.2011 tarihli, 11-34/742-230 sayılı *Turkcell YTSN* ve 14.06.2012 tarihli, 12-33/922-281 sayılı *Turkcell* kararları).

⁵⁹ Para.65.

⁶⁰ Kurulun 05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı.

⁶¹ Para.42.

şeklinde ifade edilmiştir. O halde münhasırlık uygulamaları ister Kanun'un 4. maddesi isterse 6. maddesi altında incelenen ihlal standardı değişmeyecek, eylemin pazardaki etkilerine bakılması gerekecektir. Gerçekten de aynı nitelikte eylemlerin Kanun'un (6. maddesinin yanı sıra) 4. maddesi altında incelenebiliyor ve bu maddenin amaçtan yasaklama imkanı tanıyan olması dolayısıyla farklı ihlal standardı geliştirmenin makul bir yaklaşım olmayacağı açıktır. Aksi takdirde bir dosyada etki analizi yapılırken diğer dosyada (kestirme bir yaklaşımla) münhasırlığın amaçtan yasaklanabilmesi keyfi biçimde olanaklı hale gelecek ve hukuki belirlilik ilkesi zedelenecektir. Galarza vd (2012, s.4-5) de münhasır dağıtım konusunda AB Komisyonunun etki bazlı son yaklaşım tarzının benimsenmesi durumunda 101. veya 102. maddenin uygulanmasına bağlı olarak analizin yönünün değişmeyeceğini, odak noktanın eylemin dışlama etkilerinde olduğunu ve ister 101. ister 102. madde uygulansın sonucun aynı olacağını belirtmektedir.⁶²

Kurulun yukarıdaki yerleşik anlayışına 2009 tarihli *Turkcell Mobil Pazarlama* ve 2013 tarihli *Frito Lay* kararları⁶³ önemli istisna teşkil etmektedir. Kurul bu dosyalardan ilkinde hakim durumdaki operatör Turkcell'in kontör/dakika hediye ettiği kampanyalarda reklam veren firmalarla fiilen münhasır çalışmaya yönelik uygulamalarını incelemiş ve uygulamaların rakip operatörler ve piyasa üzerindeki etkilerinden ziyade haklı bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını sorgulayarak belge odaklı bir değerlendirme yapmıştır.⁶⁴ İkinci kararında ise –muhtemelen

⁶² GALARZA, A.F., E. L. DZIADYKIEWICZ ve P. FIGUEROA (2012), "Exclusive Distribution: An Overview of EU and National Case Law", *Antitrust Case Laws e-Bulletin*, No: 41235, <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/GalarzaDziadykiewicz-ExclusiveDistribution.pdf>, Erişim Tarihi: 25.07.2017, s.4-5.

⁶³ Sırasıyla Kurulun 23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı *Turkcell Mobil Pazarlama* ve 29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı.

⁶⁴ Kurul "[...]hem mobil pazarlama ajansları hem de kampanya düzenleyen firmalar nezdinde Turkcell'in kendi hedef ve istekleri doğrultusunda kampanya kurgularına müdahale etmesi, bu kampanyalara kimlerin katılabileceğine karar vermesi piyasa aktörleri bakımından kanıksanmış bir davranış şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Varoluş sebebi gelir elde etme olan ekonomik bir birimin hizmetlerine talep olan müşterilerine rakiplerinden hizmet alınmaması koşulunu getirmesinin objektif bir gerekçesi görülememektedir. Buna karşın bu uygulamanın ticari hayatın teamüllerine uymayan sıra dışı, haksız ve rakipleri pazar dışına iten bir uygulama olduğu kanaatine varılmıştır" (1145 vd. satırlar) şeklinde bir değerlendirme yaptıktan sonra devamında "[...]Turkcell'in hedeflediği bu amaca ulaşmak için

aynı konuda daha önce 2004 yılında yaptığı incelemenin⁶⁵ etkisiyle– salt hakim durumdaki bir teşebbüsün münhasırlığa yönelik teşvik uygulamalarını Kanun’un 4. maddesinin ihlali için yeterli saymış, uygulamanın pazardaki etkilerini, diğer bir deyişle rakiplerin piyasadan dışlandığı veya dışlanma potansiyeli bulunduğu konusunda inceleme yapma ihtiyacı hissetmemiştir. Oysa bu kararından yalnızca bir yıl sonra birebir aynı iddiaların –bu kez Kanun’un 6. maddesi açısından– incelendiği *Mey İçki* kararında⁶⁶ eylemlerin piyasa kapatma etkisinin bulunup bulunmadığı ve bu manada önem teşkil eden örneğin bulunurluk oranları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmıştır.⁶⁷ Üstelik Kurulun burada konuyu 6. madde açısından ele almış olmasının incelemede bir farklılığa neden olmadığı kararın içeriğinde net biçimde belirtilmiştir.⁶⁸ Yine gerek *Frito Lay*’in gerekse *Mey İçki*’nin soruşturma konusu eylemlerinin geçmişte muafiyet analizine tabi tutulmuş olduğu⁶⁹ dikkate alındığında incelemeler arasındaki farklılığa bu açıdan da bir gerekçe bulabilmek güçtür.

benimsemiş olduğu yöntem ise, etkinlik, ticari yetenek ya da akıl vb. haklı bir gerekçeye dayanmamaktadır. Turkkcell markalara ve mobil pazarlama ajanslarına uyguladığı baskı yoluyla rakiplerinin iş yapmalarını engellemektedir [... zira] firmalar %(....)’a varabilecek bir indirimden yararlanmakla üç operatör kampanya düzenlememek (münhasıran Turkkcell’le çalışmak) arasında bir tercihe zorlanmaktadır” (1479 vd. satırlar ile 1582 vd. satırlar) değerlendirmesinde bulunmuştur.

⁶⁵ Kurulun 04.05.2004 tarihli ve 04-32/377-95 sayılı *Frito Lay* kararı.

⁶⁶ Kurulun 12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I* kararı.

⁶⁷ Para.279 vd. Bu yaklaşımın aynı teşebbüs hakkında benzer iddiaların soruşturma konusu yapıldığı 2017 tarihli kararda da aynen korunduğu görünmektedir (bkz. Kurulun 16.02.2017 tarihli ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki II* kararı). Keza etki analizi bakımından bulunurluk oranlarının önemi Kurulun *Algida* (2012) kararında “[...] bulunurluk oranları incelendiğinde, *Algida* ürününün bulunurluğunun düşmesi karşısında rakibin bulunurluk oranının artış gösterdiği; bunun da rakip aksiyonları, pazarın büyüyen bir pazar olması ve rakip markaların birlikte satıldığı noktaların artışından kaynaklandığı, bu durumun ise *Algida* ile *Golf* arasındaki rekabetin yoğun bir biçimde sürdüğünü gösterdiği” şeklinde altı çizilmiştir (bkz. Kurulun 28.08.2012 tarihli, 12-42/1258-410 sayılı *Algida* kararı, para.34).

⁶⁸ Para.44.

⁶⁹ Bkz. sırasıyla Kurulun 04.05.2004 tarihli ve 04-32/377-95 sayılı *Frito Lay* kararı; 10.09.2007 tarihli ve 07-70/863-326 sayılı *Mey İçki* kararı.

Kurulun 2013 tarihli *Frito Lay* kararındaki yaklaşımı daha sonraki 2015 tarihli *Coca-Cola* kararında⁷⁰ da takip edilmemiştir.⁷¹ Coca-Cola'nın son satış noktaları ile gerek sözleşmesel gerekse fiili (indirim, teşvik vb. yollarla yapacağı) münhasırlık uygulamalarının muafiyet koşullarını taşımadığı 2007 yılında tespit edildikten⁷² sonra 2015 tarihinde yapılan incelemede çok sayıda nokta ile yapılmış açık münhasırlık hükmü taşıyan sözleşmelerin varlığına⁷³ rağmen ihlal tespitine ve yaptırım uygulanmasına gerek duyulmamıştır. Zira Kurul bu incelemesinde ihlal eşliğini “*fiili münhasırlığa yönelik sistematik ve organize uygulamalarının tespiti*” olarak belirlemiştir⁷⁴ ve münhasırlık anlaşması yapılan noktaların Coca-Cola'nın gazlı içecek cirosu içindeki payına ve bu payların yıllar içindeki seyrine, ilgili sözleşmelerin ve Coca-Cola tarafından noktalara uygulanan teşviklerin (başta pazar payı ve bulunurluk oranları olmak üzere) piyasa etkilerine bakmak suretiyle bir inceleme yapmıştır.⁷⁵ Keza Kurulun 2014 ve 2017 yıllarında benzer iddialara ilişkin aldığı *Mey İçki I ve II* kararlarında⁷⁶

⁷⁰ Kurulun 05.03.2015 tarihli, 15-10/148-65 sayılı *Coca-Cola* kararı.

⁷¹ Frito Lay kararı ile aynı yıl (2013) içinde aldığı *Turkcell Araç Takip Hizmetleri* kararında da Kurul belge (niyet araştırması) odaklı yaklaşımını sürdürmüş olsa da soruşturma konusu uygulamaların etkilerini de araştırma ihtiyacı hissetmiştir. Nitekim ilgili piyasada hakim durumda kabul edilen Turkcell'in araç takip hizmeti sunan firmalar (ATF) ile münhasır iş ilişkisi kurduğu iddialarının araştırıldığı kararda, iddia konusu eylemlerin rakip operatörlerin satışları üzerindeki etkileri değerlendirmek üzere Turkcell'in iş ortağı ATF'lerin araç takip hizmetleri alanındaki pazar payları ile Turkcell'in bu firmalar üzerinde rakip operatörlerin kampanyasına katılmama yükümlülüğü getirdiği bir kampanya dönemindeki satışların aynı dönemde pazardaki toplam kampanyalı satışlar içindeki oranına bakılmıştır (bkz. Kurulun 19.12.2013 tarihli ve 13-71/988-414 sayılı *Turkcell Araç Takip Hizmetleri* kararı, para.134-139).

⁷² Bkz. Kurulun 10.09.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı *Coca-Cola* kararı.

⁷³ Kararda münhasırlık sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eden toplam 4.475 adet noktadan 2.471'i ile 01.07.2008 tarihinden bu yana bir ticari ilişki kurulmadığı ifade edilmiştir (para.138 vd.). Buna göre 2.000'nin üzerinde nokta ile münhasırlık içeren sözleşmenin aktif olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁷⁴ Para.170.

⁷⁵ Kurul esnek bir bakış açısıyla Coca-Cola'nın 2009 yılında ev kanalında 100 nokta içinde 30 noktada rakipleriyle birlikte yer alırken 2013 yılında bu sayının 15'e düşmüş olmasını veya Coca-Cola'nın yıllar itibarıyla ev ve yerinde tüketim noktalarında uyguladığı tavizlerin ciroya oranlarının artmış olmasını olumsuz bir etkinin göstergesi olarak yorumlamamıştır (para.190, 217-249).

⁷⁶ Bkz. sırasıyla Kurulun 12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I ve II* ve 16.02.2017 tarihli ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki II* kararları

da pazar payı ve bulunurluk oranlarına dayalı etki analize yer verdiği görülmektedir. Kurulun yakın aralıklarla aldığı kararların birinde eylemlerin piyasadaki etkisini ve bulunurluk oranlarının seyrini kararın temel gerekçesi yaparken, diğerinde dikkate almaması, hatta

“Rakiplerin pazar payının ya da bulunurluk oranlarının artmasının hakim durumda bulunan teşebbüsün dosya konusu eylemlerde bulunmadığının kanıtı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir”⁷⁷

şeklinde görüş belirtmesi bir değerlendirme standardı eksikliğine işaret etmektedir.

4. MÜNHAŞIRLIĞA BAĞLI REKABET ENDİŞESİNİN ORTAYA ÇIKMASI

Münhasırlık-hakim durumdaki teşebbüslerce de yapılmış olsa- amaçtan yasaklanabilecek bir eylem olmadığına göre münhasırlığa dayalı rekabet endişelerinin hangi durumda ortaya çıkacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu konuda Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da

“Tek marka anlaşmalarının rekabet üzerinde esas olarak dört olumsuz etkisi bulunmaktadır:

(i) Pazar kapama etkisi: Diğer sağlayıcılar pazardaki belirli alıcılara mal satamazlar, bu pazarın kapatılmasına yol açabilir.

(ii) Koordinasyon etkisi: Bu anlaşmalar pazar paylarında katılığa neden olur, birkaç sağlayıcı tarafından uygulanırsa işbirliğine yardımcı olur.

(iii) Mağaza içi rekabeti önleme etkisi: Nihai ürünlerin dağıtımının söz konusu olduğu hallerde, belirli perakendeciler sadece tek bir markayı satacaklar ve bu nedenle bu perakendecilerin mağazalarında markalar arası rekabet olmayacaktır.

(iv) Pahalılık etkisi: Bağlama anlaşmalarında, alıcı bağlama anlaşmaları olmaksızın ürünleri farklı sağlayıcılardan alabileceği duruma göre bağlanan ürünü pahalı alabilecektir. Tüm bu etkiler markalar arası rekabette azalmaya yol açmaktadır.”⁷⁸

açıklamasına yer verilmişse de Kurulun uygulamada ilk olumsuz etki olan pazar kapama etkisine yoğunlaştığı görülmektedir. Nitekim *Mey İçki* kararında⁷⁹

⁷⁷ Kurulun 29.08.2013 tarihli ve 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı, para.125.

⁷⁸ Para.114.

⁷⁹ Kurulun 12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I* kararı.

“[fiili münhasırlık uygulamalarına yönelik] 4. madde ya da 6. madde kapsamında yapılacak değerlendirme bakımından farklılık bulunmamasında, her iki durumda da teşebbüsün uygulamalarının rakiplerin pazarın önemli bir kısmına erişimini kısıtlayıp kısıtlamadığı incelenmektedir.”⁸⁰

denilmiş, aynı konuda *Coca-Cola* kararında⁸¹ ise

“Münhasır anlaşmalara ilişkin temel rekabetçi endişe ilgili pazarın tamamının ya da önemli bir kısmının rakiplere kapanması ve rakiplerin ilgili pazarın önemli bir bölümünden dışlanması”⁸²

durumunda ortaya çıktığı belirtilmiştir.⁸³ Bishop da münhasırlık anlaşmalarından kaynaklanan temel rekabet probleminin rakiplerin belirli satış noktalarına erişimlerinin engellenerek pazardan dışlanması ve rekabetin zarar görmesi riski olduğunu belirtmektedir.⁸⁴ Ancak pazarın önemli bir kısmından veya rekabetçi endişeyi tetikleyecek düzeyde kapanmasından ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı net değildir.

2009 yılında *Mey İçki* kararında⁸⁵ teşvik uygulamasına konu alıcıların toplam pazar içindeki paylarının dikkate alınması gerektiği kabul edilmişse de ilgili oranlar

“Bu paylara bakıldığında açık ve kapalı satış noktaları için sırasıyla %(...) ve %(...) rakamlarına ulaşılmaktadır ki, bu veriler uygulanan indirim oranıyla birlikte dikkate alındığında pazardan dışlamayı sağlayabilecek büyüklükte değildir”⁸⁶

şeklinde gerekçeli kararda gizlendiğinden dışlama etkisi ortaya çıkaracak ölçünün ne olduğu konusunda bir fikir edinilememektedir.

⁸⁰ Para.44.

⁸¹ Kurulun 05.03.2015 tarihli, 15-10/148-65 sayılı *Coca-Cola* kararı.

⁸² Para.169.

⁸³ Aynı yönde ayrıca bkz. Kurulun 05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı, para.45: “Münhasır anlaşmaların pazarı kapatıp kapatmadığının ortaya konulması için ilk olarak bu anlaşmaların mevcut velveya potansiyel rakipleri dışlama kabiliyetine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu bakımdan; ...münhasırlığa konu uygulamanın piyasanın ne kadarlık bölümünü kapsadığına ilişkin pazar kapama oranı; dışlama olgusunu destekleyecek somut delillerin varlığı gibi hususların incelenmesi gerekmektedir.”

⁸⁴ BISHOP, S. (2003) “Pro-competitive Exclusive Supply Agreements: How Refreshing”, *ECLR*, 24(5), s.230.

⁸⁵ Kurulun 11.06.2009 tarihli, 09-27/575-135 sayılı *Mey İçki* kararı.

⁸⁶ 280vd. Satılar.

Buna karşın Kurul 2013 tarihli *Biletix* kararında⁸⁷ oran vermekten kaçınmamış ve

“*BİLETİX’in ilgili pazardaki karar ve uygulamaları neticesinde kapama oranları 2010 yılında %58, 2011 yılında %46, 2012 yılında %65 olarak gerçekleşmiştir*”⁸⁸

bilgilerine yer vermiştir. Kararda belirtilen görece yüksek (%50’yi aşan) kapanma oranlarına rağmen Kurulun rekabetçi bir endişe görmemiş olması şaşırtıcıdır.⁸⁹

Klein (2002, s.126), münhasırlığın Amerikan anti-tröst hukuku kapsamında ekonomik analiz ile tutarlı olarak sorumluluk doğurabilmesi için pazarın önemli kısmını kapsamaması gerektiği görüşündedir. Yazarın bu görüşü için atıfta bulunduğu Yüksek Mahkemenin (*Supreme Court*) eski tarihli *Standard Fashion*⁹⁰ ve *Standard Stations*⁹¹ kararlarında sırasıyla %40 ve %49’luk oranların pazarın önemli kısmını temsil ettiği kabul edilmiştir.⁹² *İçtihat zaman içinde evrilmekle birlikte Jacobson’a göre* 1982 tarihli *Belton Electronics Corp.* kararı⁹³ ertesindeki kararlarda rutin biçimde kapama oranının %40 ve daha az olduğu durumlarda

⁸⁷ Kurulun 05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı.

⁸⁸ Para.59.

⁸⁹ Kurul, “[...]pazara giriş engelleri açısından değerlendirme yapıldığında; pazarın büyüyen ve gelişen bir pazar olduğu, yeni girişlerin bulunduğu, yatırım maliyetinin yüksek olmadığı, batık maliyetlerin düşük olduğu, dolayısıyla finansal veya hukuki anlamda önemli giriş engellerinin bulunmadığı” (para.116) değerlendirmesiyle teşebbüsün savunmaları ve önerileri çerçevesinde bu aşamada pazar kapamanın olmadığına ve 4. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Buna rağmen *Biletix*’in tüm etkinlikler için akdettiği sözleşmelerin süresinin azami iki yıl ile sınırlandırılmasına karar verildiği, ayrıca *Biletix*’ten beş yıllık süre zarfında gelirinin en az %50’sine tekabül eden anlaşmalarının her yıl rekabete açılacağı yönünde taahhüt alındığı anlaşılmaktadır. Söz konusu taahhüdün detayı, nasıl uygulanacağı, bağlayıcı olup olmadığı (nitekim kararın sonuç/hüküm kısmında taahhüde değinilmemiştir), uyulmaması halinde ne yaptırım uygulanacağı gibi soruların karşılığının kararda bulunmuyor olması bir yana, rekabet ihlali bulunmayan bir dosyada rekabetin tesisine dair tedbir öngörülmesi veya rekabetçi endişeleri gidermeye dönük taahhüt alınması kanunun sistematığına uygun değildir.

⁹⁰ *Standard Fashion v. Magrane-Houston Co.*, 258 U.S. 346 (1922).

⁹¹ *Standard Oil Co. of Cal. v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

⁹² *Standard Oil* kararında, Standard’ın münhasır anlaşma yaptığı akaryakıt istasyonlarının ilgili coğrafi pazardaki oranı %6,7 olmasına karşın rakiplerin benzer anlaşmalar ile bağladığı oran (%42,5) da analizde dikkate alınmıştır.

⁹³ *Belton Electronics Corp.*, 100 F.T.C. 68 (1982).

münhasırlığın hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.⁹⁴ Bu içtihat doğrultusunda %40 oranı (çok yüksek ölçek ekonomisinin gerektiği istisnai durumlar haricinde ve bu oranın üzerinde rekabet karşıtı etkilerin otomatik doğacağı kabul edildiğini göstermemek üzere) kullanışlı bir elek veya güvenli liman işlevi görebilecektir (Klein 2002, s.126).

Buna karşın mehazdaki uygulamanın daha katı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim AB Genel Mahkemesi 2003 tarihli *Van den Bergh Foods* kararında⁹⁵ hakim durumda bulunan bir teşebbüsün ilgili pazardaki noktaların -kendi isteği doğrultusunda dahi olmuş olsa-%40'lık bölümünü fiili olarak münhasır bağlaması durumunda 102. madde kapsamında kötüye kullanma davranışının oluşacağını kabul etmiştir. Bunun yanı sıra Komisyonun 2012 tarihli *Tomra* kararında⁹⁶ ortaya koyduğu (AB mahkemeleri kararlarıyla⁹⁷ da onanan) görüşüne göre soruşturma konusu pazarların beş yıllık dönem boyunca ortalama %39'unun, diğer bir deyişle beşte ikisinin bağlanmış olması pazarın önemli bir kısmının kapanmasına, dolayısıyla kötüye kullanma davranışının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Komisyonun *Tomra* kararındaki yaklaşımı Ridyard tarafından eleştirilerek ilgili pazarın %32'lik kısmının tamamen rakiplere kapandığı bir durumda dahi neden rekabete açık kısmın (%68) *Tomra*'nın pozisyonu ile rekabet edebilmek için pazarda tutunmaya yeterli olmayacağı sorusunun sorulması gerektiğini belirtmektedir.⁹⁸

Esasen rekabet karşıtı kapama etkisi için pazarın bağlı kısmının oranı kadar giriş engellerinin varlığı da önem taşımaktadır. Nitekim Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da "*rakip sağlayıcılar bakımından*

⁹⁴ JACOBSON, J. M. (2002), "Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm", *Antitrust Law Journal*, Vol.70, s.324.

⁹⁵ T-65/98, *Van den Bergh Foods (formerly HB Ice Cream) v Commission*, 23 October 2003, para.160.

⁹⁶ Commission Decision, Case COMP/E-1/38.113, Prokent-Tomra.

⁹⁷ T-155/06, *Tomra and Others v. Commission* [2010], para.243 ve C-549/10 P, *Tomra and Others v. Commission* [2012], para.44-45.

⁹⁸ RIDYARD, D. (2008) "Exclusive Contracts and Article 82 Enforcement: an Effect Based Perspective", *European Competition Journal*, Vol.4, No.2, s.586.

yeni alıcılar yaratılması veya alternatif alıcılar bulunması görece kolay ise pazarın kapanması[nın] söz konusu olmayacağı”⁹⁹ belirtilmiştir.¹⁰⁰

Diğer yandan 2002/2 sayılı Tebliğ’in genel mantığı kanaatimce bu konuda yol gösterici niteliktedir. Zira Tebliğ, pazar payı %40’ı aşmayan teşebbüslerin (belirsiz süreli veya beş yıldan uzun olmaması koşuluyla¹⁰¹) münhasırlık hükmü içeren anlaşmalarını grup muafiyeti kapsamında değerlendirmektedir. Bu anlayışın doğal bir sonucu örneğin pazar payı %40 olan bir sağlayıcı teşebbüsün anlaşma ile alıcılarına rakiple çalışmama (münhasırlık) şartı getirmesi, rekabetçi bir endişe doğurmayacağı öngörüsüyle “güvenli liman” içinde değerlendirilmektedir. Bu anlayış çerçevesinde pazar payı %40’ın üzerinde, hatta hakim pazar gücüne sahip teşebbüslerin ilgili pazardaki alıcıların %40 veya daha azı ile münhasırlık anlaşması yapmalarının neden aynı bakış açısıyla güvenli liman içinde sayılmadığı iktisadi açıdan tartışmaya değerdir.¹⁰² Elbette pazardaki diğer rakip sağlayıcıların benzer anlaşmalar yapması ve böylece pazarın daha yüksek bir oranının yeni girişlere kapanması ihtimal dahilindedir. Ancak bu ihtimalde dahi pazarın toplam bağlı kısmının %50’in altında kaldığı durumda rekabet endişeleri asgari seviyede kalacaktır. Nitekim Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’da yer alan “[p]azarın bağlı kısmının oranının %50’nin altında olduğu hallerde ciddi bir birikimli etkinin görünmesi olası değildir”¹⁰³ açıklaması bu anlayışı desteklemektedir. Keza 2/2002 sayılı Tebliğ’in 2)6). maddesi uyarınca Kurulun benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağların ilgili pazarın ancak %50’sinden fazlasını kapsadığı durumda müdahil olabilmesi ve ancak o koşulda ilgili dikey

⁹⁹ Para.122.

¹⁰⁰ Ayrıca bkz. EC Guidelines on Vertical Restraints, OJEU 19.5.2010, C 130/1, para.136, “Entry barriers are important to establish whether there is anticompetitive foreclosure. Wherever it is relatively easy for competing suppliers to create new buyers or find alternative buyers for their product, foreclosure is unlikely to be a real problem”

¹⁰¹ Bkz. Tebliğ madde 5(a).

¹⁰² Burada kastedilen hakim durumdaki bir teşebbüsün fiili veya sözleşmesel münhasırlık eyleminin pazarın kısıtlı bir bölümünü veya alıcısını hedefliyor olmasıdır. Yoksa aynı teşebbüsün pazarın (henüz an itibarıyla küçük bir yüzdesini bağlamış olsa da) geneline yönelik duyurduğu münhasırlık uygulamaları değildir. Zira ikinci durumda eylemin potansiyel etkilerinin rakiplerin faaliyetini zorlaştırabileceği ileri sürülebilecektir.

¹⁰³ Para.124

anlaşmaları grup muafiyetinin dışına çıkarabilmesi aynı bakış açısının ürünüdür.

SONUÇ

Münhasırlığa dayalı rekabet sorunları halihazırda Kurulun mesaisinin önemli bir kısmını meşgul etmektedir. Dahası, gerek uygulama yaygınlığına gerekse net etkilerinin araştırılması için yapılacak analizlerin derinleştirilmesine bağlı olarak gelecekte bu mesainin payının artması kuvvetle muhtemeldir. Buna rağmen uygulamaya dair tutarlı ve makul bir yaklaşımın geliştirildiğinden bahsedebilmek güçtür.

Teşvik uygulamaları başta olmak üzere ister tek taraflı ister anlaşmaya dayalı olsun münhasırlığın rekabet üzerinde olumlu etkileri olabileceğini akıldan çıkarmamak üzere muhakkak etki analizine yönelinmelidir. Aksine bir yaklaşım kanun koyucunun amacına hizmet etmeyeceği gibi rekabetçi saiklerle tüketiciler lehine yapılacak uygulamalara da ket vuracaktır.

KAYNAKÇA

- BISHOP, S. (2003) “Pro-competitive Exclusive Supply Agreements: How Refreshing”, *ECLR*, 24(5), s.229-232.
- GALARZA, A.F., E. L. DZIADYKIEWICZ ve P. FIGUEROA (2012), “Exclusive Distribution: An Overview of EU and National Case Law”, *Antitrust Case Laws e-Bulletin*, No: 41235, <http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/GalarzaDziadykiewicz-ExclusiveDistribution.pdf>, Erişim Tarihi: 25.07.2017
- JACOBSON, J. M. (2002), “Exclusive Dealing, Foreclosure, and Consumer Harm”, *Antitrust Law Journal*, Vol.70, s.311-369.
- JONES, A. ve B. SUFRIN (2011), *EU Competition Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, New York.
- KELIN, B. (2002), “Exclusive Dealing as Competition for Distribution on the Merits”, *George Mason Law Rev.*, Vol. 12:1, s.119-162.
- NORRIS, L. N. (2013) “Exclusive Dealing: An Antitrust Analysis”, http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/exclusive_dealing_an_antitrust_analysis.html<http://www.americanbar.org/>; Erişim Tarihi: 17.07.2017.
- OECD (2002), Policy Roundtables, Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates, <http://www.oecd.org/competition/abuse/2493106.pdf>, Erişim Tarihi: 15.07.2017
- RIDYARD, D. (2008) “Exclusive Contracts and Article 82 Enforcement: an Effect Based Perspective”, *European Competition Journal*, Vol.4, No.2, s.579-594.
- ROUSSEVA, E. (2005), “Modernizing by eradicating: How the Commission’s new approach to Article 81 EC dispenses with the need to apply Article 82 EC to vertical restraints”, 42 *CMLRev*, Issue 3, s.587-638.
- SALOP, S. C. (2001), “Analysis of Foreclosure in the EC Guidelines on Vertical Restraints”, *Fordham Corporate Law Institute*, (Barry E. Hawk ed.), s.177-200.
- WISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York.

Rekabet Kurulu Kararları

- 04.05.2004 tarihli, 04-32/377-95 sayılı *Frito Lay* kararı
12.08.2004 tarihli, 04-52/699-180 sayılı *Digitürk* kararı
10.09.2007 tarihli ve 07-70/863-326 sayılı *Mey İçki* kararı
10.09.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı *Coca-Cola* kararı
15.05.2008 tarihli, 08-33/421-147 sayılı *Algida* kararı
11.06.2009 tarihli, 09-27/575-135 sayılı *Mey İçki* kararı
14.10.2009 tarihli ve 09-47/1160-294 sayılı *Türk Telekom* kararı
23.12.2009 tarihli ve 09-60/1490-379 sayılı *Turkcell Mobil Pazarlama*
06.06.2011 tarihli, 11-34/742-230 sayılı *Turkcell YTSN* kararı
16.06.2011 tarihli ve 11-37/784-247 sayılı *İşbir* kararı
14.06.2012 tarihli, 12-33/922-281 sayılı *Turkcell* kararı
28.08.2012 tarihli, 12-42/1258-410 sayılı *Algida* kararı
29.08.2013 tarihli, 13-49/711-300 sayılı *Frito Lay* kararı
27.09.2013 tarihli, 13-55/767-326 sayılı *Brisa* kararı
05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı
19.12.2013 tarihli ve 13-71/988-414 sayılı *Turkcell Araç Takip Hizmetleri* kararı
12.06.2014 tarihli, 14-21/410-178 sayılı *Mey İçki I* kararı
05.03.2015 tarihli, 15-10/148-65 sayılı *Coca-Cola* kararı.
16.02.2017 tarihli ve 17-07/84-34 sayılı *Mey İçki II* kararı

AB Komisyonu Kararı

COMP/E-1/38.113, Prokent-Tomra (2012)

AB Mahkemeleri Kararları

- C-322/81, *Michelin v. Commission* (1983)
C-277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission* (1990)
C-234/89, *Delimitis v. Henninger Brau* (1991)
C-395/96P, *Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission* (2000)
T-41/96, *Bayer AG v. Commission* (2000)

T-208/01, *Volkswagen v. Commission* (2003)

T-65/98, *Van den Bergh Foods (formerly HB Ice Cream) v Commission* (2003)

C-2/01 ve C-3/01 P, *BAI and Commission v Bayer AG* (2004)

T-193/02, *Piau v. Commission* (2005)

C-74/04, P *Commission v Volkswagen* (2006)

T99/04, *AC-Treuhand v Commission* (2008)

T-155/06, *Tomra and Others v. Commission* (2010)

C-549/10 P, *Tomra and Others v. Commission* (2012)

ABD Mahkemeleri Kararları

Standard Fashion v. Magrane-Houston Co., 258 U.S. 346 (1922)

Standard Oil Co. of Cal. v. United States, 337 U.S. 293 (1949)

Belton Electronics Corp., 100 F.T.C. 68 (1982)

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

Tuba YEŞİL**

Öz

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

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

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

¹ *Standard essential patent.*

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

³ *Deceptive conduct.*

⁴ *Strategic conduct of SEP’s.*

⁵ *Exclusionary conduct.*

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

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

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

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

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

⁷ *Refusal to license*.

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

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

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

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

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

Tuba YEŞİL 

Abstract

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

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

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

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

GİRİŞ

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

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

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

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

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

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

¹³ *Federal Trade Commission.*

¹⁴ *FRAND commitment.*

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

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

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

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

1.1. Genel Olarak

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

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

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

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

¹⁹ *Component product*.

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

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

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

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

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

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

1.2. Standarda Esas Patentler

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

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

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

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

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

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

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

1.3. Stratejik Lisanslama Uygulamaları

1.3.1. Lisanslamanın Reddi

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

²⁵ *Sunk investment*.

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

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

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

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

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

1.3.2. Engelleme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3.3. Mahkeme Emri Uygulamaları

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

³⁷ AB Yatay Kılavuzu, para.289.

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

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

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

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

1.4. Standarda Esas Patent ve Pazar Gücü Etkileşimi

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

³⁹ *Interim injunction*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ AB Yatay Kılavuzu, para. 269

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

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

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

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

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

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

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

1.5. FRAND İlkeleri

1.5.1. Genel Olarak

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

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

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

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

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

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

⁵² *Royalty-free*.

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

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

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

1.5.2. Makul Lisans Ücreti İlkesi

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ AB Yatay Kılavuzu, para. 299.

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

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

1.5.2.1. Patentın Standart Nezdindeki Değeri

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

1.5.2.2. Standardın, Lisans Alanın Ürünleri Nezdindeki Değeri

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

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

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

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

1.5.2.3. Makul Lisans Ücretine İlişkin AB ve Türkiye Rekabet Modelleri

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

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

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

seçenekleri tercih edilebilecektir.⁶⁵

1.5.3. Lisans Ücretinde "Ayrım Gözetmeme" İlkesi

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

⁶³ AB Yatay Kılavuzu, para. 289.

⁶⁴ *Objective centrality*.

⁶⁵ AB Yatay Kılavuzu para., 289, 290.

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁹ *Same common component.*

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

2.1. Genel Olarak

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

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

⁷⁰ *Equitable remedy*.

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

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

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

2.2.1. Konuya İlişkin Görüşler

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁹ Bkz. dn. 84.

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

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

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

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

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

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

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

2.3.1. Genel Olarak Avrupa Yargı Modeli

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

2.3.2. Almanya Örneği ve *Orange Book* Kararı

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁹ A.g.k., s. 14.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4.1. Komisyon Kararları Bağlamında AB Uygulaması

2.4.1.1. Google Kararı⁹³

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

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

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

⁹⁴ A.g.k., para. 107.

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

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

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

2.4.1.2. Motorola Kararı⁹⁷

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

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

⁹⁵ A.g.k., para. 126.

⁹⁶ A.g.k., para. 106.

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

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

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

¹⁰⁰ A.g.k., para. 433.

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

Komisyon tarafından ayrıca;

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

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

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

anılan emrin işletilmesi gündeme gelebilecektir.

2.4.1.3. Samsung Kararı¹⁰⁵

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

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

¹⁰² *Safe harbour.*

¹⁰³ Adı geçen bildiri.

¹⁰⁴ A.g.k., para. 427.

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

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

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

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

maddelerini içermektedir.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ Adı geçen bildiri.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁴ *Advocate General*.

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

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

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

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

¹¹⁶ Adı geçen görüş, para. 86.

¹¹⁷ Adı geçen görüş, para. 48.

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

¹¹⁹ A.g.k., para. 60-62.

¹²⁰ A.g.k., para. 63.

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

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

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

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

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

¹²¹ A.g.k., para. 65.

¹²² A.g.k., para. 67.

¹²³ A.g.k., para. 68.

¹²⁴ A.g.k., para. 69.

¹²⁵ Vurgu yazara aittir.

¹²⁶ A.g.k., para. 77.

3. AB Rekabet Hukuku Yaklaşımının Değerlendirilmesi

3.1. Komisyon Yaklaşımına İlişkin Genel Tespit ve Çıkarımlar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁸ *Willing licensee*.

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Samsung Kararının Orange Book Kararı Bağlamında Değerlendirilmesi

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

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

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

3.4. ABAD Kararının Değerlendirilmesi

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

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

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

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

¹³² A.g.k., para. 42-43.

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

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

SONUÇ

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

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

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

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

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

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

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

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

KAYNAKÇA

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

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

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

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

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

AB Ulusal Mahkeme Kararları

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

AB Genel Mahkeme Kararları

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

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

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

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

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

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

Komisyon Kararları

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

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

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

Diğer Kaynaklar

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

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

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

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

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

Relevant Product Market Definition In Two-Sided Markets Under EU Competition Law

 Erdem AKTEKİN*

Abstract

Market delineation process and market definition is at the core of application of EU Competition Law, especially when it comes to the cases dealing with Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. Defining markets help practitioners set the stage by narrowing down the analysis on a set of products and economic interactions. The task has to be done in precision because boundaries of the market define the area where the competitive effects are assessed.

However, caution must be taken when the process involves products in two-sided markets as these may pose a threat to the integrity of this process if unique characteristics of these markets such as interlinked demands and price-cost interactions are left unconsidered.

In this respect, the aim of this article is to assess to what extent the conceptual and economical tools which are readily applied are applicable to two-sided products and to identify the required modifications needed. As a rule of thumb, existing modes of analysis shall not be applied to two-sided markets without carefully assessing whether the underlying assumptions are applicable. Otherwise, one-sided approach could exclude one side of the market out of consideration, a common issue mostly encountered in cases with advertisement-supported media, leaving the assessment short of analysis of competitive effects of one side or the effects that one side has over the demand of the other side.

Keywords: *Two-sided markets, market definition, EU Competition Law, indirect network effects, platform markets.*

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda ift Tarafly Pazarlarda İlgili rn Pazarının Tanımlanması

Erdem AKTEKİN

z

Avrupa Birliği (AB) Rekabet Hukuku uygulamasında ilgili ürün pazarının tanımlanması süreci, özellikle AB'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 102. maddesi ve 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolüne İlişkin Konsey Tüzüğü kapsamında yapılacak incelemeler açısından kilit bir role sahiptir. Bu tip incelemeler açısından ilgili ürün pazarının belirlenmesi, rekabetçi analiz yapılacalı erveyi çizmekte ve ekonomik analiz temelini oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, ilgili ürün pazarının tanımlanması süreci; titizlikle uygulanacak, incelemeye konu ürünlere ve bu ürünlerin yer aldığı pazarın dinamiklerine bağlı esnek bir forma ihtiyaç duymaktadır.

AB Rekabet Hukuku uygulamasının geçmiş son on yılı göstermiştir ki, teknolojik gelişime bağlı olarak sayıları artan "yeni ekonomi" pazarları ile birlikte kapsamı daha da genişleyen "ift-tarafly ürün"leri konu alan incelemeler kapsamında gerçekleştirilecek ilgili ürün pazarı tanımlamalarında; alışılagelmiş araçların kullanımı hatalı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu pazarlarda gözlemlenen birbirine bağlı talep fonksiyonları, farklı fiyat-maliyet ilişkileri gibi ekonomik karakteristiklerinin analize doğru bir biçimde yansıtılması gerekmektedir.

Bu kapsamda, çalışmanın amacını, çift tarafly ürünler açısından, ilgili ürün pazarının tanımlanmasında kullanılan kavramsal ve ekonomik araçların uygulanabilirliğinin test edilmesi ve ortaya çıkan sonuçlar doğrultusunda yapılması gereken uyarlamaların tespit edilmesi oluşturmaktadır.

Pratikte dikkat edilmesi gereken ilk husus, geleneksel pazarlarda kullanılan yöntemlerin, ancak bu yöntemlerin dayandıkları varsayımların ele alınan çift tarafly pazar açısından geçerli olduğunun dikkatli bir şekilde tespit edilmesinden sonra uygulanmalarıdır. Aksi halde tek tarafly pazarlar için geliştirilen bu yaklaşımlar, reklam destekli medya pazarlarına ilişkin analizlerde grlebildiği üzere, pazarın bir tarafının diğer tarafı üzerindeki etkilerinin gzden kaırılmasına ve analiz eksik kalmasına neden olabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: AB Rekabet Hukuku, ift tarafly pazarlar, ilgili ürün pazarının tanımlanması, dolayly ağ etkileri, platform endstrileri.

INTRODUCTION

Two-sided (or multi-sided) markets can simply be defined as markets in which firms serve two distinct but connected consumer groups whose demands are interlinked so that the demand by one customer on one side is affected positively (or in rare cases negatively) from the participation of the customers on the other side.¹ The product offered in these markets usually acts as a platform where the customers get the chance to internalize these positive valuations they have over the participation of the other group.

This interlinked structure of demand differs from the one faced by firms in traditional markets and has a significant effect on the way the platform operator makes economic decisions including the prices it charges.² In some occasions the pricing decisions can create particular price structures where one of the customer groups charged a zero or even a negative price. This further contradicts with the understanding of traditional markets where the main economic theories rest in the assumption that there always is a positive price.³

These unique economic fundamentals of two-sided markets, as expected, were the reasons behind the creation of a new area of discussion led by both the academics and the competition authorities on the proper application of competition law in these markets. The debate drew much attention since its emerge, as understanding and finding an answer to this discussion became more and more valuable with the increasing growth of the internet and e-commerce and as a result, expansion and development of many new markets with two-sided demand. At the current state, it appears a consensus has been reached that a different approach should be taken when analyzing two-sided markets especially when dealing with the core issues such as defining relevant markets, measuring market power, analyzing

¹ EVANS, D.S. (2003b), "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", *20 Yale Journal on Regulation* 325, p. 331.

² EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2007), "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms", *3 Competition Policy International* 151.

³ NEWMAN, J.M. (2014), "John M Newman, 'Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations'", <http://ssrn.com/abstract=2474874>, accessed 22.02.2018.

the effects of vertical restraints, etc.⁴ Within this context, the aim of this article is to add to this discussion and to provide practitioners of competition law with an introductory framework in one of the mentioned core topic areas: defining the relevant product market in two-sided markets within the framework of EU Competition Law.

It is clear for everyone involved with competition law that the market definition is the first step in handling competition cases of any kind. The process of defining relevant markets, establishes the area of effective competition relevant to the case, identifies active economic agents, and exposes competitive constraints at effect. By accomplishing these, market delineation sets the stage for the tools and models of analysis to be applied, and thus it has a decisive role for the remainder of the assessment process. An error committed in this stage may lead to a blocking of a welfare-enhancing merger, or in a regulatory environment may cause one undertaking to be found mistakenly dominant and imposed conditions more than necessary, disrupting the efficient market mechanism. The mentioned ability to drastically alter the conclusions of a case is the reason why in appeal cases, a mistake found in the definition of relevant market would usually be enough for a judge to dismiss the whole case.⁵

For two-sided markets where there are two linked customer groups whose demand affects each other and a pricing mechanism in place to balance this effect, defining relevant markets becomes a more demanding task. The way of thinking needs to be adjusted to understand how demands work and quantitative tools derived from the demand in one-sided markets needed to be modified with reference to unique pricing mechanisms. Though demanding, failing to notice these effects and not being able to delineate the relevant market successfully is not

⁴EVANS, D.S. (2013a), "Attention to Rivalry among Online Platforms and Its Implications for Antitrust Analysis", Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 627, https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/68/, accessed 22.08.2018.

⁵FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN, E. van DAMME and P. AFFELDT (2014), "Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice", *10 Journal of Competition Law and Economics* 293, p. 294.

an option for competition authorities as they will risk a higher chance to commit Type I or Type II errors⁶ like the ones mentioned above.⁷

None would dispute that in order to accomplish a successful market delineation process; the starting point should be to try to fully understand the general working dynamics of the market. Following a similar trail here, in the following part the focus also will be on distinguishing two-sided markets. The basic economics of two-sided markets and main types that are commonly observed will be presented while underlining the unique pricing mechanisms and demand interactions that make these markets differ from their one-sided counterparts. The possible shortcomings of the application of the standard analysis or techniques used in defining one-sided markets will be examined in the second part. The section will work both as a ground for development for the following part and as well as a 'things to avoid' list. Third part will be devoted to the recommendations on the way to approach market definition in main types of two-sided markets and also on required changes to quantitative techniques identified in the previous sections. The article will be finalized with a suggestions and conclusions part.

1. THE ECONOMICS OF TWO-SIDED MARKETS

Market delineation processes start with the products that are supplied by the firms under inspection and continue by the addition of close substitutes⁸ to this mix until reaching a market where a hypothetical monopolist can profitably increase price. Thus, it is critical for practitioners to understand the economics and characteristics of the products that they are dealing with possess, as this initial understanding will determine the path that will be taken. Accordingly, in this part,

⁶Type I error, in this context, would mean defining relevant markets larger than they are and a Type II error would mean finding an undertaking is dominant while it is not.

⁷ EVANS, D.S., M. D. NOEL (2008), "The Analysis of Mergers That Involve Multi-Sided Platform Businesses", *4 Journal of Competition Law and Economics* 663, p. 667.

⁸ Commission refers to demand-side substitutability, supply-side substitutability and potential competition as the primary sources manifesting the disciplinary force on the suppliers or a given product or service. European Commission (1997), *Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law* (Notice on Relevant Market), para. 13.

conceptual and economic basics of two-sided businesses and their effect on strategies regarding pricing/output decisions will be presented. The information provided will assist in understanding; the nature of two-sided products, how firms supplying these products behave and the reasons behind all these.

1.1. Definition of Two-Sided Markets

The most acclaimed definition of two-sided markets is given by Evans,⁹ who defines a two-sided market as a market where a firm, by selling two different products to two different customer groups and thus acting as a platform, is able to internalize indirect network effects that exists between the demands of the two customer groups. As the definition demands, two-sided market exists under the condition that the customer groups are not in a position to internalize these indirect network effects on their own.¹⁰ This definition is an expanded definition of two-sided markets given by Rochet and Tirole in their seminal paper,¹¹ where under their terms, a two-sided market is a market in which it is possible for the firm to alter the quantity demanded by each side by changing its price structure (ratio of prices charged to each side) while keeping the price level (the sum of two prices) constant.

There are numerous two-sided markets examples both from what can be regarded as 'old' industries as well as new-economy industries including internet-based businesses. Payment systems where sellers and consumers interact through cards or other means, auction platforms, video game consoles, stock exchanges, on-demand video streamers like Youtube, online intermediaries such as Amazon or eBay and search websites are few of the prominent examples.

Turning back to definitions, it is safe to infer that the two main features of two-sided markets are the existence of indirect network effects between customer groups and the platforms' ability to create

⁹ Evans 2003b, p.331.

¹⁰ This also implies that the customers cannot pass through price differences they face. ROCHET J.C. and J. TIROLE (2006), "Two-Sided Markets: A Progress Report", 37 *The RAND Journal of Economics* 645.

¹¹ *ibid*, s. 664.

a value by making it possible for the groups to benefit from these externalities. Indirect network effects are deemed to be present when a customer group values the platform more and more as the number of customers on the other side increases.¹² This effect can also emerge as a result of the demand being affected not only from size but also from parameters such as quality or the special characteristics of the other group that the other group finds valuable.¹³ Therefore, most critical component of competition in two-sided markets is the ability of accumulate participants on each side as this will increase the overall demand for the product.

In other words the existence of indirect network effects and the platforms' task to overcome transaction costs are two main aspects that are separating two-sided markets from traditional ones.¹⁴ It is these aforementioned features that constrain two-sided market definition to only a limited number of markets even though at first glance all markets can look like they are 'two-sided'.¹⁵ Traditional markets also cater two different sides: buying from the suppliers and selling downstream. However, in traditional markets, the moment when the firms buy the product from upstream supplier, the risk passes on and the supplier is no longer affected by the number of customers that the intermediary firm faces. Also after the transaction, the upstream firm does no longer require the services of the intermediary.¹⁶ In two-sided markets, though, the sides benefit as long as the platform serve to harmonize their demands.¹⁷ In other words, in two-sided markets

¹² THÈPOT, F. (2013), "Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets", *36 World Competition* 195, p. 197.

¹³ EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2013), "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses", <http://ssrn.com/abstract=2185373>, accessed 22.02.2018, p. 9.

¹⁴ BUDZINSKI O. and J.F.H. LARSEN (2012), "The Morgan Stanley/Visa Saga: How does Economics help Address Double-Sided Markets?", *3 Journal of European Competition Law and Practice* 212, p. 213.

¹⁵ FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN and E. van DAMME (2012), "Identifying Two-Sided Markets", TILEC Discussion Paper No 2012-008, <http://ssrn.com/abstract=2008661>, accessed 08.03.2018, p. 2.

¹⁶ HAGIU, A. (2006), "Merchant or Two-Sided Platform?", Harvard NOM Working Paper No 950100, <http://ssrn.com/abstract=950100>, accessed 08.03.2018.

¹⁷ Budzinski and Larsen 2012, p. 213.

the valuation of the product for one side depends on its performance attracting the other¹⁸ and the product's existence depends on two sides' continuous participation.

Since most two-sided markets are dominated by positive indirect network effects, firms need to serve both sides of the market at once as the participation of one side rests on the condition that the other is populated to a certain degree and vice a versa.¹⁹ This requirement may create an obstacle for new firms. Failure to reach a certain threshold of users on one side may cause the other side deciding not to join and thus further reducing the value of the platform. This downward spiral will end where no users on each side remain and the firm eventually exits from the market.²⁰ In this fashion, a competition for the market environment can emerge unless one or two sides multi-home, i.e. participates in more than one platform.²¹

Although the presence of indirect network effects is essential for a product market to be labeled as two-sided, their effect on demand do not need to be always positive. In some cases the demand of one of the customer groups may fall as a result of the number of customers on the other side, signaling negative indirect network effects.²² There may be also some markets, such as job-matching agencies or exchanges with physical grounds on one side, where members on one side may get negatively affected by congestion on their side while at the same time positively ranking the number of participants on the other side.²³ Finally, in certain settings, unlike standard inter-group effects, both

¹⁸ RYSMAN, M. (2009), "The Economics of Two-Sided Markets", *23 Journal of Economic Perspectives* 125, p. 126.

¹⁹ CAILLAUD, B. and B. JULLIEN (2003), "Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers", *34 The RAND Journal of Economics* 309.

²⁰ EVANS, D. S. and R. SCHMALENSEE (2010), "Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses", <http://ssrn.com/abstract=1353502>, accessed 08.03.2018, p. 1.

²¹ EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2008), "Markets with Two-Sided Platforms", <http://ssrn.com/abstract=1094820>, accessed 08.03.2018, p. 678.

²² Filistrucchi, Geradin and van Damme 2012, p. 4.

²³ BARDEY, D., H. CREMER and J.M. LOZACHMEUR (2014), "Competition in Two-Sided Markets with Common Network Externalities", *44 Review of Industrial Organization* 327, p. 329.

sides may benefit from an increase in the participation on one side and a decrease on the other.²⁴

1.2. Classification of Two-Sided Markets

Two-sided markets can have different roles in facilitating the realization of the network effects and creating value for the participants. Depending on these roles, firms in these markets choose distinct pricing and product plans to be able to serve the two-sides as well as balancing their interests in the most profitable way.²⁵ Thus, understanding the main role the platform carries is crucial because as mentioned this has an effect on the way how the platform generates revenues and sets its prices.²⁶

Evans identifies three main types of two-sided markets according to their role in customers' interactions.²⁷ These are market-makers, audience-makers and demand coordinators. According to this definition, the products under market-makers reduce searching or transaction costs in general by making it easier for participants at each side to find each other such as Ebay.²⁸ Audience-makers, on the other hand, gather customers on one side for advertisers to reach them effectively. Newspapers, magazines, and internet content providers which are mostly funded by advertisement revenue fall under this category.

Unlike the first two, Evans' categorization under third type is vaguer as it includes payment card systems as well as software platforms.²⁹ Software platforms or video game consoles seem to fit this category as

²⁴ *ibid.*

²⁵ EVANS, D. S. (2002), "The Antitrust Economics of Two-Sided Markets", <http://ssrn.com/abstract=332022>, accessed 08.03.2018, p. 43.

²⁶ EVANS, D. S. (2003a), "Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries", 2/3 Review of Network Economics, <http://ssrn.com/abstract=447981>, accessed 08.03.2018, p. 194.

²⁷ *ibid.*, p. 193-195.

²⁸ CARRIER, M.A. (2013), "Google and Antitrust: Five Approaches to an Evolving Issue", Harvard Journal of Law and Technology Occasional Paper Series, <http://ssrn.com/abstract=2304211>, accessed 08.03.2018, p. 4.

²⁹ Evans 2003a, p. 193-195.

they coordinate two similar demands for the platform, both of which increase with the participation of the opposing side. Payment card systems on the other hand, are used for concluding a transaction of any kind irrespective of the venue or the platform where the transaction is taking place. In this way, their role is more on the side of finalizing an already matched demand rather than bringing together two sides through a platform.

Another attempt to classify two-sided markets is made by Filistrucchi et al. who roughly divides two-sided markets into two as `non-transaction` and `transaction` markets depending on whether a transaction between the two sides is concluded over the platform.³⁰ The first group consists of mainly media markets such as newspapers, broadcasters, internet content providers, etc. where even an interaction between sides is concluded, it is near impossible for third parties such as the platform owner, to observe this. For the other group, the meaning of transaction seems to involve a broad interpretation of the word, since in addition to payment systems, virtual marketplaces or exchanges; it also includes platforms such as operating systems and video game consoles.³¹ Although this diversification gives a rough distinction between two-sided markets where it is possible for the firm to price the concluded transactions or not, it overextends by including platform systems where this is not possible, unless combined with an online marketplace.

One point is worth mentioning here. Although listed in both classifications and considered as two-sided in many works done in the area, advertisement-supported markets diverge from other two-sided markets as the indirect network effects usually run in only one direction from advertisers to consumers.³² This creates a contradiction to the definitions proposed by many scholars³³, all of which involves an element of interdependence of each side for a two-sided market to

³⁰ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014, p. 298.

³¹ *ibid.*

³² ZINGALES, N. (2013), "Product Market Definition in Online Search and Advertising", *9 The Competition Law Review* 29, p. 34.

³³ See Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014; Filistrucchi, Geradin, van Damme 2012; Evans 2002; Rysman 2009; Zingales 2013; WRIGHT, J. (2003), "One-

exist in the first place. However, unlike payment card systems, online intermediaries or operating systems; many advertisement-supported markets can and do exist with only one side, i.e. with the consumers in the absence of advertisers, as the indirect network effects generally³⁴ flow only in one direction.³⁵

For example, Varian gives the example of Google, an advertisement-supported search engine, as a 'two-sided matching mechanism' while the numbers that are presented tell a different story. According to his findings, a 'good' estimation of the percentage of users that click advertisers is three and among these consumers, again a roughly three percent actually makes a purchase from the website they have been directed.³⁶ It is clear from these statistics that only a very small fraction of users actually find advertisements worth clicking.³⁷ These numbers indicate how small of an area that the number and quality of advertisers occupy in the overall valuation of customers, showing a lack of indirect network effect in this case. It can also be induced that the 'matching' and the existence of interlinked two-sided demand arguments made for the advertisement-supported media will be undermined further in the more traditional types of such markets like newspapers or broadcasting. In these markets the link between sides is weakened further as the customer does not have a chance to engage with the

Sided Logic in Two-Sided Markets", AEI-Brookings Joint Center Working Paper No 03-10, <http://ssrn.com/abstract=459362>, accessed 08.03.2018.

³⁴ Some readers may have a positive valuation for advertisements of a specific kind in certain cases, like local advertisements in local papers. See KLEIN, B., V.A. LERNER, K.M. MURPHY and L.L. PLACHE (2006), "Competition in Two-Sided Markets: The Antitrust Economics of Payment Card Interchange Fees", *73 Antitrust Law Journal* 571, p. 579. Also Rysman shows that an important friction of consumers who use yellow pages positively value the advertisements. RYSMAN, M. (2004), "Competition Between Networks: A Study of the Market for Yellow Pages", *71 The Review of Economic Studies* 483.

³⁵ LUCHETTA, G. (2013), "Is the Google Platform a Two-Sided Market?", *10 Journal of Competition Law and Economics* 185, p. 185.

³⁶ VARIAN, H. R. (2006), "The Economics of Internet Search", *Rivista Di Politica Economica* 177, p. 178.

³⁷ Although Zingales argues that 'some' consumers will be pleased with advertisements, he does not provide a definite statistics. Zingales 2013.

advertiser immediately, reducing the chance that any interaction will happen at all.

Along these lines, it is thus proposed to limit the term `two-sided markets` to situations where a transaction or an interaction is concluded by or over the platform and eventually to situations where there are inter-related indirect network effects on both sides. This identification will leave advertisement-supported markets separated from the definition of two-sided markets. However, this does not mean the proposal extends to the point where it can be argued that advertisement-supported media markets should be treated like one-sided markets. Strategic decisions, especially on pricing, are still highly divergent from the case in one-sided markets as a result of the magnitude of the single indirect network effects stemming from the advertisers' side. Also the funding from advertisers in these markets can create business models where the consumers pay nothing at all, a situation not observed in one-sided markets. The suggested separation will be practical when the article deals with defining relevant markets later on.

1.3. Platform Differentiation and Multi-Homing in Two-Sided Markets

It has been mentioned that the presence of network effects may cause some platforms to tip at the early times of the market, creating a monopoly. However, product differentiation and multi-homing of participants on sides can create a balancing effect to this tipping effect.³⁸ Hence, it can be inferred that the competitive dynamics and the structure of two-sided markets depend on the number of platforms that customers can use on each side.³⁹ Thus, for our own purposes

³⁸ The term `multi-homing` is derived from telecommunications where it is used to define a facility connected to a switching center by two or more lines. `Multi-homing` is used to specify that customers on one side of the market join more than one platform, while `single-homing` means they join only one.

³⁹ EVANS, D.S. (2013b), "Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms", <http://ssrn.com/abstract=2195778>, accessed 29 July 2015, p. 6.

existence of multi-homing may point out the perceived competitors for the consumers in a market.

Platforms can undertake vertical or horizontal product differentiation depending on the consumers they want to reach. In vertical differentiation platforms choose quality levels to attract consumers with different levels of income and different demand for quality. A payment card with premium features versus standard cards is such an example. Horizontal differentiation, on the other hand, involves platforms which implement certain features to capture certain customer groups.⁴⁰ Examples include newspapers or magazines published for certain interest such as fishing, camping, gaming, etc.

Depending on the differentiation levels, demand structures, network effects and cost structures three different situations can be encountered: only one platform may serve both sides, all platforms may serve both sides (multi-homing on both sides) or there may form a market where one side multi-homes while the other chooses to single-home.⁴¹ Internet content providers are good examples where there is global multi-homing as advertisers affiliate themselves with several platforms while consumers also access competing providers. Video game consoles; however, have only multi-homing on one side. While game producers publish games for different platforms, users usually prefer to stick with one platform similar to the situation observed in markets for operating systems.⁴²

1.4. Pricing in Two-Sided Markets

Like any other market, the pricing strategy is fundamental for the success of the platform in two-sided markets. However, because of the interlinked demand structure and the necessity to attract both sides at the same time, the pricing policy is more complex than it is in one-sided markets.⁴³ A wrong direction taken in forming the price structure

⁴⁰ Evans and Schmalensee 2008, p. 680.

⁴¹ Caillaud and Jullien 2003, p. 310.

⁴² Evans and Schmalensee 2007, p. 166.

⁴³ ALEXANDROV, A., G. DELTAS and D. F. SPULBER (2011), "Antitrust and Competition in Two-Sided Markets", 7 *Journal of Competition Law and Economics* 775, p. 779.

may mean the end of the platform without reaching the critical mass mentioned above.

Recalling from the start of this part, according to Rochet and Tirole, the recognition that firms in these markets determine prices in a different way is the fundamental reason behind what makes these markets unique.⁴⁴ Firms in two-sided markets need to, not just determine the price level but also the price structure.⁴⁵ The indicated divergence in fundamentals of pricing is also one of the key reasons behind the idea that competition policy should approach these markets in an alternative way.⁴⁶

To put it basically, the interlinked structure of demands on two sides by indirect network externalities also cause the prices to be linked to each other. Therefore, price on one side depends both on demand and cost of that side and its effect on the participation and revenue of the other side.⁴⁷

To illustrate the difference between one-sided markets and two-sided markets, comparing the reactions after a price increase in each market can be beneficial. For this purpose, let's suppose a firm operating in one-sided market raises the price of its product A. With the increase in price, demand for the product falls and fewer units are sold. Switching to the two-sided example, now let's suppose for example a video game console producer, Sony, increases the price of the games it charges to consumers.⁴⁸ An increase in price will mean fewer consumers will demand the platform similar to the case in a one-sided market. However, this time, as the demand of developers for the platform is linked to the number of consumers, their demand will also fall. This will create a further fall in demand from the consumers' side as their valuation of the platform has a strong positive correlation to the number of games produced, i.e. the number of active game

⁴⁴ Rochet and Tirole 2006.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Filistrucchi, Geradin and van Damme 2012, p. 6.

⁴⁷ Rysman 2009, p. 129.

⁴⁸ Although on paper Sony does not determine the price of games directly, it can be argued that Sony alters them through the royalties it obtains from developers.

developers. This feedback will continue until the demands on both sides settle at a newer lower level under the new price. Depending on the magnitude of network effects Sony can even lose on both sides of the market even though it does not change the price level but only changes the price structure (lowering the price for developers while increasing for consumers).

If there are competing platforms in the market, the effect of a price change is even further strengthened. Returning to the previous example, now suppose some consumers switch to the competing platform of Microsoft after the initial price increase. On top of the value degradation of the platform for the developers after a price increase in the consumers' side, now there is also an increase in valuation of the competing platform by the developers as the relative number of consumers on that platform increases. Following a switch from some developers to Microsoft, the platform's value for the consumers' side also increases. The result is a larger decrease in demand on both sides for the platform that introduces a price increase, in this case Sony's platform.

Considering that the price charged can have a big impact on the demand of the other side through cross-platform and even further through cross-side cross-platform indirect network externalities, the price also loses its strong link to marginal cost as it has with single-side demand.⁴⁹ The total cost of serving the marginal consumer becomes lower than the marginal cost on that side because incremental participation of consumers creates a better perception of the platform for the opposite side.⁵⁰ Thus, the profit maximizing equations on each side becomes;

Marginal Revenue = Marginal Cost – Marginal network effects on other side.⁵¹

⁴⁹ Evans 2002, p. 59.

⁵⁰ ROSON, R. (2005), "Two-Sided Markets: A Tentative Survey", 4/2 Review of Network Economics, http://www.researchgate.net/publication/24049716_Two-Sided_Markets_A_Tentative_Survey, accessed 08.03.2018, p. 145.

⁵¹ Klein, Lerner, Murphy and Plache 2006, p. 578.

These phenomena results in a skewed pricing structure where the high beneficiary of the effects are charged a higher price while the source side of these effects end up paying a lower price.⁵² Depending on the effect, skewness can be higher and create a structure where one-side paying way above the marginal cost where the other is charged below marginal cost or nothing at all. Thus, a free good offered on its own can be taken as evidence that the good in question is a part of a two-sided market setting.⁵³ In certain instances, one of the sides can even pay a negative price. This could be achieved by the use of tying⁵⁴ in markets where there is a risk that consumers can abuse the negative price by over-consumption, like it has been done in magazines market by tying free gifts or in payments card systems by giving monetary returns on completed transactions.

The mentioned point about free goods deserves further elaboration. A price of zero does not always mean that consumers do not pay anything. For example, although nowadays most advertisement-supported products are free of a monetary charge (free video streaming like YouTube, free search like Google, free television broadcasts or local newspapers given away for free), consumers in these markets pay for these products by being exposed to advertisements. In other words consumers incur an `attention cost` in order to consume these products.⁵⁵ A real life example can be given from a study conducted on radio station mergers in U.S. which revealed that an increase in market power on broadcasters' side of the market resulted in higher advertisement minutes, i.e. an increase in price just like it is expected to occur as a result of an increase in market power.⁵⁶ The result shows

⁵²SCHIFF, A. (2007), "Basic Pricing Principles in Two-Sided Markets: Some Simple Models", <http://ssrn.com/abstract=1010553>, accessed 08.03.2018, p. 21.

⁵³EVANS, D.S. (2011), "Antitrust Economics of Free", <http://ssrn.com/abstract=1813193>, accessed 08.03.2018, p. 23.

⁵⁴ CHOI, J. P. (2010), "Tying In Two-Sided Markets with Multi-Homing", 58 *The Journal of Industrial Economics* 607, p. 609.

⁵⁵ Newman 2014, p. 8.

⁵⁶ JEZIORSKI, P. (2013), "Effects of Mergers in Two-sided Markets: Examination of the U.S. Radio Industry" <http://faculty.haas.berkeley.edu/przemekj/2sided.pdf>, accessed 08.03.2018, p. 2.

that firms are well aware of the fact that they charge consumers a price in the form of advertisements.

Product differentiation and multi-homing decisions of the actors in certain cases can also have an effect on the pricing decisions, especially on the price structure applied. Single-homing on one side and multi-homing on the other would mean that platforms that can gather higher number of participants from the single-homing side can charge a higher price for the other side.⁵⁷ However, this effect is not observable in markets where consumers do not have a preference towards product variety even though they single-home such as operating software markets.⁵⁸ The structure in this market is also consistent with the results that suggest markets with captive consumers tend to have a pricing structure in favor of non-captive side.⁵⁹

Based on the analysis presented above, the main points about economics of pricing in two-sided markets can be summarized as follows:

- Irrespective of its market position or market power two-sided markets need to form their pricing strategy to create optimal demand on both sides.⁶⁰
- Prices on one side not only depends on marginal cost and demand elasticity on that side but also the indirect network effects that the side creates, i.e. how much and how strongly it effects the demand of the opposing side.⁶¹
- Accordingly, firms do not always perceive price on one side as a direct component of their revenue. They can use prices to

⁵⁷ RYSMAN, M. (2007), "The Empirics of Antitrust in Two-Sided Markets", 3 *Competition Policy International* 197, p. 198.

⁵⁸ HAGIU, A. (2009), "Two-Sided Platforms: Product Variety and Pricing Structures", 18 *Journal of Economics and Management Strategy* 1011, p. 1023.

⁵⁹ROCHET, J. C. and J. TIROLE (2002), "Platform Competition in Two-Sided Markets" <https://ideas.repec.org/p/ide/wpaper/654.html>, accessed 08.03.2018, p. 30.

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ EVANS, D. S. and M. D. NOEL (2005b), "Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms", 3 *Columbia Business Law Review* 667, p. 681.

`coordinate` consumers which explains the zero or negative prices in certain markets.⁶²

2. SHORTCOMINGS OF THE CURRENT APPROACH IF USED IN DEFINING MARKETS IN TWO-SIDED MARKETS

When dealing with a competition case like an alleged abuse of dominance or a merger, defining the relevant product and geographic markets is one of the first elements that the European Commission considers.

The Commission defines relevant product market as, `A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use`.⁶³ The focus of the definition is the consumer, and the market is comprised of goods that apply competitive constraint to a firm while it tries to maximize the number of customers to whom it sells its products.

According to the Commission, a firm faces competitive constraints from three main sources: demand substitutability, supply substitutability and potential competition.⁶⁴ Though the Commission does not include the potential competition aspect in the process of defining relevant product market but rather takes it into consideration in the competitive assessment part. This leaves the assessment of demand and supply substitutability as the initial starting point for the Commission's analysis for defining relevant markets.⁶⁵

The task of measuring substitutability relies on the reaction of consumers in the case of demand substitutability and competitors

⁶² WHITE, A. and E.G. WEYL (2012), "Insulated Platform Competition", <http://ssrn.com/abstract=1694317>, accessed 08.03.2018, p. 31.

⁶³ Notice on Relevant Market, para 7.

⁶⁴ *ibid*, para. 13.

⁶⁵ Similar to the case with potential competition, considering again, the Commission mentions that it *may* consider supply substitutability when for the products and sector under consideration it displays an effect equal or close to demand-side substitutability effects. Notice on Relevant Market, para 20.

in the case of supply substitutability, against a change in price. The Commission usually starts with the initial set of products under investigation and expands the market using the so-called SSNIP (small but significant and non-transitory increase in price) test.⁶⁶ SSNIP test examines whether a hypothetical monopolist would profitably and permanently increase prices by 5-10% in a given candidate market. If it cannot, further substitute products are added to the candidate market and the test is repeated unless the price increase becomes profitable. The SSNIP test can be seen as the empirical application of the basic intuition behind market definition, i.e. which products consumers regard as interchangeable depending on their price, characteristics and intended use captured in own-price and cross-price elasticity of demand.⁶⁷

As seen in the previous part, in two-sided markets demand interactions and pricing strategies differs in some degree that of those in one-sided markets. The demands of consumers are affected as a result of indirect network externalities, firms set prices considering its effect on the participations of both sides and consequently for each single side, marginal cost-price relationship is loose. Consequently, market analysis in two-sided markets becomes more complex with three or more sides interacting with each other.⁶⁸

Under this setting, several authors argued that the application of traditional tools and approaches derived and used in dealing with one-sided markets, may lead to faulty conclusions. For example, according to Evans, authorities failing to recognize one side of the market can end up with market definitions that are too narrow.⁶⁹ Numerous views on quantitative techniques used in market definition process have emerged, suggesting modification of SSNIP and critical loss analysis before their application in two-sided market setting.

⁶⁶ Notice on Relevant Market, para. 16-17.

⁶⁷ VOIGT, S. and A. SCHMIDT (2005), *Making European Merger Policy More Predictable*, First Edition, Springer, US, p. 27

⁶⁸ HESSE, R. B. (2007), "Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework", *3 Competition Policy International* 191, p. 192.

⁶⁹ Evans 2003b, p. 358.

With this background, possible qualitative and quantitative shortcomings of the application of traditional tools will be presented while referring to the case-law where necessary. The practice should reveal the common mistakes and also simultaneously the points where improvements can be made.

2.1. Overlooking Consumers

As some scholars⁷⁰ rightly point out there are several cases at the UK and EU level that one side of the market have been ignored, especially in cases concerning advertisement-supported media.

While we agree with most of the views, recalling from the previous part, in our opinion these markets tend to differ from other two-sided markets by the existence of a single-way indirect network effect. The demand of the consumers for the media products do not depend on the number or quality of advertisers. Thus the planned exercise of picking up cases, in which some part of the story could be missing about the two-sided markets, will be accomplished from this point of view.

The first case to be analyzed is the *Archant/Independent News and Media* where the UK Competition Commission⁷¹ (CC) reviewed the acquisition of London Regionals Division of Independent News & Media PLC by Archant Limited.⁷² It involved the acquisition of local newspapers by a bigger group.

The CC had an extensive analysis on the relevant market issue; however focused almost solely to advertisers' side.⁷³ The approach taken by the CC resulted in a market definition encompassing only

⁷⁰ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014; WOTTON, J. (2007), "Are Media Markets Analyzed as Two-Sided Markets?", *3 Competition Policy International* 237; Filistrucchi, Geradin and van Damme 2012.

⁷¹ The Competition Commission closed on 1 April 2014. Its functions have transferred to the newly established Competition and Markets Authority.

⁷² Competition Commission (2004a), "A Report on the Acquisition by Archant Limited of the London Newspapers of Independent News and Media Limited", http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2004/fulltext/491.pdf, accessed 08.03.2018.

⁷³ Competition Commission (2004b), "Appendix E Product Market and Competition", <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition->

the advertisers' side⁷⁴ and a very limited analysis of the effects of the merger on consumers if not none as argued by Wotton.⁷⁵ For example in East London area, one of the geographic markets investigated by the CC, the combined share of the parties rose to 81.1% with a remaining single competitor other than the parties.⁷⁶ This could have resulted in an increase in the consumers' exposure to advertisement as a result of increase in the market power of the parties. Although the CC analyzed other type competitive constraints for the market of advertisement and concluded that the transaction did not pose a threat to competition on that side; parties' post-merger ability to increase advertisement space in the newspapers remained unexamined.

Around the same time frame as the *Archant/Independent News and Media* concluded, the CC applied a similar approach to a merger between Carlton Communications Plc (Carlton) and Granada plc (Granada)⁷⁷, a merger which resulted in creation of one of the leading commercial broadcasters in Europe. Even though the CC seemed to be aware that consumers' side did exist as it considered the effects of the merger with regarding issues like media pluralism⁷⁸ and discussed differences in audience profiles; once again the market is defined solely from advertisers' perspective.⁷⁹ Consequently, as it is the case with the *Archant/Independent News and Media*, the effect of merger on consumers did not have a chance to be assessed.

Zooming out to the EU level, in *Google/DoubleClick* merger, where two intermediaries, which connect websites and advertisers, has agreed to merge, the European Commission acknowledged the two-sided nature of the market and narrowed its focus to an initial market of

commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2004/fulltext/491ae.pdf, accessed 08.03.2018.

⁷⁴ Competition Commission 2004a, para. 4.34.

⁷⁵ Wotton 2007, p. 242.

⁷⁶ Competition Commission 2004a, para. 5.15.

⁷⁷ Competition Commission (2003), "Carlton Communications Plc/Granada Plc: A report on the Proposed Merger", http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202195250/http://competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2003/482carlton.htm#full, accessed 08.03.2018.

⁷⁸ *ibid*, para. 1.4.

⁷⁹ *ibid*, para. 5.132.

online advertising intermediation services.⁸⁰ The Commission included two similar but different business models, ‘media agencies’ and ‘ad exchange providers’, as platforms in this initial definition.⁸¹

However, similar to the cases in the UK, the Commission did not include in its analysis Google’s interactions with the consumer side in the markets where it acts as a content provider. The extension of the analysis to this aspect could have added another depth to the investigation. For example it may have been argued that by acquiring more advertisement connections and data as a result of the merger, Google’s tendency to behave more competitively on the sides it reaches consumers would also increase, as a high consumer base would further increase its appeal to its acquired advertiser base. Although it was not critical for the outcome of the case, mentioned approach would have linked the effects of the merger to consumers and also would have signaled that consumers are not left behind in the assessments conducted on two-sided markets with free products.

Another similar example is found in the merger between Microsoft’s and Yahoo’s search businesses. The Commission, citing the *Google/DoubleClick* case, defined the market as online search advertising and again ignored the consumers’ side of the market.⁸²

The traces of the Commission’s reasoning in *Google/DoubleClick* and *Microsoft/Yahoo!*, although from a different perspective, can be found in *Antena 3/La Sexta*⁸³ and *Newscorp/Premiere*⁸⁴ cases, both of which involves concentration of parties active in the Pay TV sector. In *Antena 3/La Sexta*, the Commission, sticking to its precedents, defined Free TV and Pay TV as two different relevant product markets because of the difference in the way firms in these markets finance their operations.⁸⁵ The parties’ suggestion of relevant market as “all relevant media competing for advertisement” is also

⁸⁰ European Commission (2008a), *Google/Doubleclick* (CASE COMP/M.4731), para. 20.

⁸¹ *ibid*, para. 21-22.

⁸² European Commission (2010a), *Microsoft/Yahoo!* (CASE COMP/M.5727), para. 87.

⁸³ European Commission (2012), *Antena 3/La Sexta* (CASE COMP/M.6547).

⁸⁴ European Commission (2008b), *News Corp/Premiere* (CASE COMP/M.5121).

⁸⁵ European Commission 2012, para. 16.

rejected by the Commission on the grounds that it conflicts with its precedents.⁸⁶

Filistrucchi et al. rightly points out the irrationality in defining markets on the basis of the way that firms finance their operations.⁸⁷ All TV operators whether supported by advertisements or subscription fees actually compete for the same audience in a geographic market. Bania also criticizes the Commission's narrow approach of considering an existence of trade only in cases a monetary exchange happens in media markets by referencing a report prepared by Europe Economics as part of an assignment for the Media Unit of DG Competition.⁸⁸

This approach of the Commission also conflicts with the supply-substitutability as Pay TV operators can switch very easily to operate in Free TV markets by raising funds from advertisements. Furthermore the approach seems to break down under the existence of Pay TV operators who also broadcasts advertisements.

The aforementioned cases are some of the examples of a common approach in advertisement-supported media cases where the authorities ignore one side of the market, the consumers' side and focus solely on the effects of the merger on the advertisers' side.

Some of these results seem to be appearing as a result of a misconception. An example of this misconception can clearly be seen in the judgment by the Court for the Northern District of California in *KinderStart v. Google* where the court declared that a service given away for free cannot constitute a relevant market for the purposes of antitrust law.⁸⁹ Just like it is in the process of defining markets, the practitioners dealing with antitrust issues are accustomed to use almost solely the price as a tool of measure to answer questions like whether a merger would increase prices or whether a firm has market power

⁸⁶ *ibid*, para. 17.

⁸⁷ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014, p. 326.

⁸⁸ BANIA, K. (2013), "European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?", 9 *The Competition Law Review* 49, p. 56.

⁸⁹ *KinderStart v. Google*, No C06-2057 (2007) WL 831806 (ND Cal Mar 16 2007).

to increase prices above competitive level.⁹⁰ This overcommitment sometimes results in ignoring the consumers' side as shown.

However, as briefly discussed in the previous part it does not mean consumers do not incur any cost when a product is given away without a monetary payment. Consumers have to watch advertisements to enjoy free TV or watching a video through an online streamer such as Youtube. They have to divide their attention between the organic results generated by a search engine and the advertisement that pop-up throughout the screen. They have to wander around the advertisement in a magazine or newspaper to reach content they find relevant.

Failing to notice these aspects of the competition when dealing with the relevant market definition, the practitioners are also losing their chance to see the competitive effects of the issue at hand on consumers. For example, a merger by two free online video streamers may be expected not to cause too much of a problem in the advertisement side. The advertisers probably would have other options whether it is video streaming platform, search engine or another content providing website.⁹¹ On the other hand, merging parties may gather market power against consumers whose preference is towards devoting their limited attention time to video streaming services and such group of consumers may be harmed as a result of the transaction.⁹² Even though consumers do not pay to use these web services, merging parties can increase the time consumers have to watch advertisements to view particular content. This can be done by either increasing the duration of advertisements or by increasing their frequency.

Following this section, the next part will focus on the possible shortcomings of the application of quantitative techniques in two-sided markets: SSNIP test and critical loss analysis.

⁹⁰ Newman 2014, p. 3.

⁹¹ The Commission does not distinguish between search and non-search online advertising. See *Google/DoubleClick*, para. 334.

⁹² Evans 2013a, p.13.

2.2. Shortcomings of the SSNIP Test in Two-Sided Markets

The Commission employs the so-called SSNIP test⁹³ to trace the products that exert competitive constraints on to the product under scrutiny and accordingly to reach a definition of the relevant product market. The test starts with a single product or a set of products, usually the main concern of the case, and asks if a hypothetical monopolist can profitably increase the price by a small but significant amount (5%-10%) in a non-transitory period. If the answer is yes, the test concludes and the set of products are considered to form the relevant product market. If the answer is no, the test is repeated by adding a substitute product to the mix at a time until the increase in price becomes profitable. Although the SSNIP test, due to data requirements and cost, is hard or unnecessary to employ in every case in practice, it still provides an understanding on the basic reasoning behind the act of defining markets.

Several commentators are on the view that SSNIP test in its current form will produce incorrect results and thus is not applicable in cases involving two-sided markets.⁹⁴ Three major issues causing this inapplicability seem to come on top.

First problem identified⁹⁵ is that the current form of the SSNIP test cannot account for indirect network effects when assessing

⁹³ Notice on Relevant Market, para. 17.

⁹⁴ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014; Evans and Noel 2008; FILISTRUCCHI, L., T. J. KLEIN and T. O. MICHELESEN (2012), "Assessing Unilateral Merger Effects in a Two-Sided Market: An Application to the Dutch Daily Newspaper Market", 8 *Journal of Competition Law and Economics* 297; VERHAERT, J. (2014), "The challenges involved with the application of Article 102 TFEU to the new economy: A Case Study of Google", 35 *European Competition Law Review* 265; EVANS, D. S. (2009), "Two-Sided Market Definition", <http://ssrn.com/abstract=1396751>, accessed 08.03.2018; Evans and Schmalensee 2013; KERSTING, C. and S. DWORSCHAK (2014), "Does Google Hold a Dominant Market Position? – Addressing the (minor) Significance of High Online User Shares", <http://ssrn.com/abstract=2495300>, accessed 08.03.2018; Evans and Noel 2005b; EMCH, E. and T. S. THOMPSON (2005), "Market Definition and Market Power in Payment Card Networks", <https://ideas.repec.org/p/doj/eagpap/200609.html>, accessed 08.03.2018.

⁹⁵ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014; Evans and Noel 2008; Filistrucchi, Klein and Michielsen 2012; Evans 2009; Kersting and Dworschak 2014; Emch and Thompson 2005.

profitability of a price increase. As explained before the test looks to find whether there are substitutes available for consumers following a price increase through an assessment of the profitability of the hypothetical monopolist. However, the existence of indirect network effects and revenue generation from two-sides of the market makes the profitability assessment of two-sided market monopolist different from that of its one-sided counterpart. In the same respect, application of the test the way it is conducted in one-sided markets differ too, so raising the price of one of the sides may result in over-estimation of the profitability depending on the magnitude of the indirect network effects.

To better illustrate this, consider a two-sided market where there are positive indirect network effects working both ways. The firms will determine a price structure taking into account these effects and their total marginal cost. Now suppose that in an attempt to define the market, a set of products are chosen on side A and their price is raised by 5% while overlooking the economics mentioned above. This approach will risk the market to be narrowly defined than it is. It may seem by from one-side a monopolist can raise the price profitability as no consideration given for feedback effects that will occur. First, as the demand will fall for the side whose price is increased, this will cause a fall in demand on the other side. Since the effects are working both ways, this will lead a further fall in demand on the first side. Depending on the magnitude of these effects, the hypothetical monopolist can be in a worse situation after the price increase.

It is easy to figure out the outcome of the indirect negative network effects on one side: the results will be reversed. The market will be defined broader than it actually is if the SSNIP test applied to that side only. The increase on demand on the other side and its positive effect on the overall profits of the monopolist will be ignored. As a result, the conclusion of a non-profitable price increase may be reached, followed by the need to add more products to the mix and thus resulting in an expansion of the market.

Secondly, as there are two sides and two prices in two-sided markets, the question, which price should be taken as a starting point, comes

up.⁹⁶ The SSNIP test looks for the profitability of the firm after an increase in price of the product. However, in two-sided markets the product has two consumer groups and thus two different prices. The dual pricing makes the SSNIP test in its current form inapplicable.

Finally, the third problem appears in the context of zero-price markets.⁹⁷ Since the product on one side is given without a monetary payment, trying to increase the price by 5%-10% would not be possible. Suggesting a lump sum increase would also be meaningless. The business model in such markets suggests that the operation of several zero-price competitors and a change of a non-zero price would mean the loss of the platform's entire consumer base. This is due to the fact that, as mentioned above, in these markets users accustomed to pay by being subjected to advertisements rather than with money.

2.3. Shortcomings of the Application of Critical Loss Analysis in Two-Sided Markets

Critical loss analysis, which was presented first by Harris and Simmons,⁹⁸ is commonly used to apply the SSNIP test. Critical loss analysis calculates the percentage drop in sales that would make a price increase by a hypothetical monopolist unprofitable. To accomplish this, first the percentage of sales that will be lost after an X% price increase, the critical loss, is calculated.⁹⁹ Later, the actual loss that would occur in the market following the same price increase is obtained.¹⁰⁰ If the actual loss is greater than the critical loss, this would mean the price increase

⁹⁶ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014; Kersting and Dworschak 2014; Emch and Thompson 2005; ten KATE, A. and G. NIELS (2008), "The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition", 5 *Journal of Competition Law and Economics* 297.

⁹⁷ Zingales 2013; Newman 2014; Verhaert 2014; Evans 2011; SALINGER, M. A. and R. J. LEVINSON (2015), "Economics and the FTC's Google Investigation", 46 *Review of Industrial Organization* 25.

⁹⁸ HARRIS, B. C. and J. J. SIMMONS (1991), "Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?", 21 *Journal of Reprints of Antitrust Law and Economics* 151.

⁹⁹ The formula for critical loss is; $CL=X/(X+PCM)$ where PCM is the price-cost margin.

¹⁰⁰ The formula for actual loss is; $AL=X(\epsilon_{own} - \epsilon_{cross})$, where ϵ_{own} and ϵ_{cross} denotes own and cross-price elasticity of demand, respectively.

will not be profitable for the monopolist and so the products under analysis should be expanded to reach the relevant product market.

Since it is an application of the SSNIP test, the critical loss analysis also suffers from similar shortcomings if it is used in two-sided markets without modification.

First of all, price-cost markup is primarily used for the calculation of critical loss. However, as it was explained, a firm operating in a two-sided market does not set prices according to the marginal cost on that side but sets them by considering indirect network effects and total marginal cost. Thus using markups on each side separately can result in faulty calculations of critical loss. The extreme case is encountered in the zero-price markets where there is no price and consequently no price-cost margin.

Evans and Noel discusses another possible problem occurring as a result of using single-sided markups without taking into account the indirect network effects.¹⁰¹ The authors show that the actual loss will be overestimated and the markets will be defined broader if the Lerner Index Formula is used to estimate own-price elasticity of demand resulting in what they call a 'Lerner bias'.¹⁰² Because of the indirect network effects, to sustain the observed mark-up, the actual short-run elasticity of demand should be smaller than the one calculated using the Index.¹⁰³ To put in other words, because with the feedback effects, a price increase will decrease the demand more in the two-sided case, the own price elasticity must be lower than of a one-sided case in order to sustain the same amount of mark-up.

Lastly, similar to the case with the SSNIP test, ignoring the network effects will also disturb the results of the critical loss analysis. Ignoring a positive indirect network effect would mean that the actual loss that is being calculated is lower than it should be. In this case, the opposite of *Lerner Bias* will be observed and the market will be defined too

¹⁰¹ Evans and Noel 2008.

¹⁰² *ibid.*, p. 677.

¹⁰³ *ibid.*

narrow. Stronger the indirect network effects, stronger the bias will be.¹⁰⁴ Evans and Noel name this fallacy as 'estimation bias'.¹⁰⁵

3. RECOMMENDATIONS

Thus far, the characteristics of two-sided markets and some issues that did and can arise from disregarding these characteristics in the market definition process have been discussed. These two parts displayed the basics of understanding two-sided markets and commonly experienced shortcomings in market definition process. The aim of this third part, on the other hand, is to present an introductory and applicable introduction for practitioners to use when dealing with cases covering most types of two-sided markets. The part will stick to a similar structure used in the previous section starting with qualitative analysis and then moving on to presenting possible solutions to issues regarding quantitative techniques while benefiting from the case law whenever possible.

To begin with, when dealing with a market supposedly two-sided, the starting point of market delineation process should be to question whether there are indirect network effects in the market. The biggest issues would rise as a result of ignoring these effects or one-side of the market by not noticing the interactions between sides. These effects, if they exist, have to be accounted in the analysis of market definition to successfully comprehend the competitive effects at work¹⁰⁶. The study to be conducted should also try to figure out the signs and magnitude of these effects even though the latter could be hard to achieve without further quantitative work¹⁰⁷. In this respect, surveys could be employed to understand the importance attached by the sides to each other. Only after that the interactions and dynamics of the sector would be accessible to the practitioner.

¹⁰⁴ EVANS, D. S. and M. D. NOEL (2005a), "Analysing Market Definition and Power in Multi-Sided Platform Markets", <http://ssrn.com/abstract=835504>, accessed 08.03.2018, p. 39.

¹⁰⁵ Evans and Noel 2008, p. 673.

¹⁰⁶ Evans and Schmalensee 2013, p.18.

¹⁰⁷ Filistrucchi, Geradin and van Damme 2012, p.11.

After reaching to a conclusion about the network effects the focus should shift to roughly identifying the type of the market. Recalling from part one, according to our definition, two-sided markets can be grouped into roughly three categories: products which create demand by matching the two sides; like operating systems; exchanges which provide a platform for two-sides to make transactions and payment systems where a transaction is concluded by the use of the platform. A distinction has also been made between two-sided markets and advertisement-supported markets for which the indirect network effects are working in one direction or the magnitude of the consumers' side is very weak. Conclusions about the market definition and most importantly the answer to the question whether to define one single platform market or two interrelated markets will be influenced by this distinction, discussed below.

3.1. Two-Sided Markets

In this part relevant case law and literature will be critically assessed to reach some conclusions regarding market definition under the two-sided market notion presented in part one which excludes advertisement-supported media.

Starting with the definition of market in exchanges or transaction mediums, *Travelport/Worldspan*¹⁰⁸ merger decision of the Commission is a good example to see a proper analysis of two-sided markets. The parties to the merger are two firms active in the provision of Global Distribution System (GDS) Services which involves aggregating content from airlines, hotels, car rental companies, etc (Travel service providers - TSPs) and providing this to travel agents (TAs). GDS acts as a technological platform where two sides meet to complete bookings (transactions). The Commission fully notices the two-sided nature of the market and the indirect network effects at work by underlining the fact that if one side is absent the other's demand for the service will be zero.¹⁰⁹ It then defines the 'GDS Platforms' as a starting product for

¹⁰⁸ European Commission (2007), *Travelport/Worldspan* (CASE COMP/M.4523).

¹⁰⁹ *ibid*, para. 4-6.

its market definition¹¹⁰ and continues on to compare the competitive restraints available from similar two-sided platforms.¹¹¹ It considers a new alternative emerging GDS platform and other online exchange platforms.

The Commission also discusses the possibility of including `direct links` formed between individual TSPs and TAs. However, a direct transaction between parties is not a product and thus should not be taken into consideration while defining the relevant market, a situation discussed again further below. In fact, while making the suggestion, the Commission itself also realizes the requirement of a platform for this service and argues that `direct links` can be a substitute unless a TA concludes them with multiple TSPs fulfilled over an accompanying software, or in other words: unless they create their own GDS Platform.¹¹²

Switching to the Commission's stance in the payment card systems market, two time frames can be identified. First period begins with the *Visa International Service Association* negative clearance decision¹¹³ where the Commission handles the relevant market as a single system (platform) market and goes into discussing if other payment systems such as cheques could be substitutes. It ultimately reaches the conclusion that `card payment systems market` is the relevant market.¹¹⁴

It goes further on to identify two types of competition which is similar to inter-brand and intra-brand¹¹⁵ competition notions which

¹¹⁰ Although the Commission acknowledges the two-sided market and the platform, it continues to refer the two sides of the platform as `upstream market` and `downstream market` and puts the case like GDS providers offer `different` products in these markets. *ibid* para 11. In our opinion this does not match with the way the market and the product is identified. It would be faulty to identify different components of the platform as different products offered to the participants. It would be illogical to think that two-different sides use the platform in the same way because this would have eradicated the two-sidedness of the market. There is one market, one product and these two can exist unless the platform is used by both sides even though by different means.

¹¹¹ European Commission 2007, para. 6-12.

¹¹² *ibid*, para. 9.

¹¹³- European Commission (2001), *Visa International Service Association*, (Case COMP/29.373).

¹¹⁴ *Ibid*, para. 42.

¹¹⁵ Inter-brand competition is used to define competition between different brands/producers of the same product while intra-brand competition is used for competition

in time becomes the base of diversion for the Commission. According to the Commission the inter-system competition occurs between different payments systems¹¹⁶ to acquire banks (network/upstream market) and the intra-system competition occurs between banks to acquire consumers and merchants (intra-system/downstream market).¹¹⁷

The whole approach summarized above is preserved in *Visa International MIF* decision, taken one year later in 2002.¹¹⁸

After 5 years, however, the Commission changes its approach in *MasterCard* decision¹¹⁹. The Commission shifts its primary focus from inter-system competition where payments systems compete to intra-system competition where financial institutions compete. It then goes even further and separates the market into two separate markets at the intra-system competition level.¹²⁰ It defines two markets one `issuing market` (or acquiring payment cards) where banks compete for consumers to make them accept their cards and one `acquiring market` (or acquiring payment card transactions) where banks compete this time for merchants to convince them to install their terminals.¹²¹

In the following *Visa MIF* Case in 2010, the Commission preserves its new approach.¹²²

The Commission's understanding of the market observed in the abovementioned cases that there are two levels of competition looks like the right approach to take. In this context the Commission's objection to

between retailers for a specific brand of a product.

¹¹⁶ This level of market exists in what is called `five-party card scheme` where the financial institution (issuer) contracting with the consumers may be different from the financial institution (acquirer) contracting with the merchants. Issuers and acquirers also make contracts further with another third party; the payment card institution. Thus, there can be five different parties: consumer, merchant, issuer, acquirer and the payment card institution such as Visa or Mastercard. The other example is the `three-party scheme` such as the American Express where the issuer, acquirer and payment card institution are the same firm.

¹¹⁷ European Commission 2001, para. 34.

¹¹⁸ European Commission (2002), *Visa International MIF* (Case COMP/29.373).

¹¹⁹ European Commission (2009), *Mastercard*, (Case COMP/34.579), http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1889_2.pdf, accessed 08.03.2018.

¹²⁰ *ibid*, para. 279.

¹²¹ *ibid*, para. 307-316.

¹²² European Commission (2010b), *Visa MIF* (CASE COMP/39.398).

the competitive analysis suggested by the parties' expert in MasterCard that the analysis should see scheme owners, issuing and acquiring banks as a unit offering consumers and merchants a system, also seems relevant.¹²³ Commission rightly distinguishes that the MasterCard is not jointly offered to the consumers and banks but it is a platform run by MasterCard and a 'vehicle for issuers and acquirers to offer distinct services to two groups of customers'.¹²⁴

On the other hand the practice of splitting the card payments market into two as in the mentioned decisions is quite contestable. The Commission defends its stance by referencing its decisions in advertisement-supported media markets where it defined two separate markets.¹²⁵ It has been stated that these markets differ from two-sided markets because the network effects are flowing from one-side, implying the product can exist even the advertisement side is missing, such as advertisement-free Pay TVs. In this case of payment cards; however, the demands are interlinked and ignoring one side in market definition may mean ignoring all these effects in the analysis¹²⁶. With this divided market definition it is also impossible to analyze the competitive constraints brought by three-party systems which do not require intermediaries like financial institutions such as American Express.¹²⁷

¹²³ European Commission 2009, para. 260.

¹²⁴ *ibid*, para. 261

¹²⁵ *ibid*, para. 267.

¹²⁶ It is a fact that the definition of relevant market can depend on the market level under investigation. *Notice on Relevant Market*, para. 33. Different card payment systems or other payment systems might be in competition for capturing banks and financial institutions because at this point of time it is the most common way of reaching consumers and merchants. The Commission's desire to define a market at this level is understandable because the way of competition at this level differs from the one downstream. It can be argued that there are no two-sided effects because there is only one type of consumer: the financial institution. However, it will be wrong to consider the market completely disconnected from the market downstream. The system operators by its fees and prices charged to financial institutions affect their price level, the interchange fee, and ultimately the prices charged to consumers and merchants. *See* European Commission 2001, para. 35. On the other hand, this is a business model choice; a choice over the model used by American Express, and can change. It should be recalled from part one that giving much weight to the analysis of business models in defining markets could be problematic.

¹²⁷ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014, p. 313.

Filistrucchi et al. joined by Evans and Noel¹²⁸ similarly suggests that for markets such as card payment systems firms have to be on both sides of the market as required by the product's characteristics.¹²⁹ A card system, which does not have merchants using it, i.e. a system producing a card that you cannot shop with it in any shop, is useless. Same is true with a card system where all the merchants have installed machines but no bank distributes the card to the consumers. They suggest that in these markets a single market definition comprising the two-sides should be defined.¹³⁰ The proposal also extended to the exchanges markets where similar to payment systems, the service given is in fact what enables the transaction to happen.¹³¹ This approach seems in line with the opinion of the European Court of Justice (ECJ) put forward in its *Groupement des Cartes Bancaires* judgement.¹³² ECJ, through paragraphs 73-75, stated that the General Court erred in law by not taking into account the interactions between two sides of a payment system while conducting its analysis about a restriction brought by the banks.¹³³

Although the main proposal can be supported, the writers' suggestion is that non-intermediary transactions such as cash, PayPal or direct rental should be taken as substitutes as well as other platforms brings a contradiction to it.¹³⁴

First of all, cash and direct rental should not be considered as products or services that are supplied by any firm since they are not 'products'. The relevant market tries to define all the products that are part of an economic activity. This approach would suggest consumers doing an activity by themselves such as mowing their lawn is in competition with the firm supplying a similar service.

¹²⁸ Evans and Noel 2008.

¹²⁹ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014, p. 301.

¹³⁰ *ibid*, p. 302.

¹³¹ *ibid*.

¹³² European Court of Justice (2014), *Groupement des Cartes Bancaires*, Case C-67-13 P.

¹³³ Although the ECJ did not comment directly on the market definition made by the Commission and upheld by the General Court, it is still a good demonstration of the possible problems that can be caused by an incomplete market definition and deficient analysis it may bring.

¹³⁴ Filistrucchi, Geradin, van Damme and Affeldt 2014, p. 303.

Even when they are considered as products, there are no indirect network effects that each side can benefit by `using` those products. The consumers have to search through multiple house owners if they want to increase their chance for a perfect match but they will have to bear all the transaction cost associated with this process. Thus, the suggestion would still contradict with the main idea behind the proposal; that the product or service is unique in itself that it enables the two sides to benefit from these externalities and so the market should be defined accordingly.¹³⁵

Also the PayPal example does not fit the market. PayPal's business model depends on usage of the payment card systems to offer its services. Thus it is a complementary product which oversees that the transactions through the web are concluded safely. Same is true with Apple Pay application which relies on card systems as well. However, in the future these products can evolve and may decide to move the intermediary cards out of the platform to conclude transactions by using their own clearance systems. Bitcoin, which is an electronic peer to peer payment system, may be one such example. Again, these products or ideas may not be at a position to be accepted in the relevant market today but this can change as a result of the evolution of the market ending with a definition compromising of `all payment systems` whether done by using card, an application or a virtual network through the web.

So as it has been put forward, the main idea behind the authors' proposal and the Commission's approach in *Travelport/Worldspan*, *Visa International Service Association*, and *Visa International MIF* is that for the products where each side has to be on board for them to exist, market definition should include both sides should be supported. However, the use of the product and the way it internalizes network effects and generates value should be carefully assessed and only products with similar ways of internalization should be regarded as substitutes.

Platforms through which no direct transactions are concluded between parties but are indispensable for two sides to coordinate their

¹³⁵ Assessed further below, the suggestion may be acceptable in markets such as advertisement-supported media where the effect is on one side only where the platform compete with products that show no network effects.

demands, like operating systems or gaming platforms can be handled within the same group with exchanges and platforms that conclude transactions. However, markets such as mentioned are in constant evolving process and this creates platforms serving multiple sides. For example Android, a mobile operating system by Google, serves to handset manufacturers, application developers and consumers.¹³⁶ All these actors do not necessarily need to have network effects flowing from each other. Depending on the case and issues at hand, a two-sided platform (a video game console) may be in competition with platforms with more than one side (mobile operating system). It is important to identify all sides and then choose the ones that are relevant to reach a starting point for the market definition.¹³⁷ Lastly, in the last few years we see a trend that these platforms are transforming into structures involving exchanges on themselves thus monitoring and concluding transactions between the two sides, mostly consumers and developers. Thus, it can be said that some of these platforms are also getting closer to the transaction-types.

3.2. Advertisement-Supported Products

In part one, markets which is commonly regarded as two-sided was set aside: advertisement-supported markets.

As it has been identified in the first section the main problem about the cases regarding advertisement-supported products is the tendency to ignore the consumers' side. In these markets the indirect network effects usually run from the advertisers' side and it is rather a business model than a necessity for the product to exist. Unlike for example a video game console, the absence of one side, i.e. the advertisers, does not drop the products' value for consumers to zero. This is perhaps the reason behind why the authorities had the luxury to ignore one-side of the market and define markets focusing on one side.

There are vast numbers of products such as newspapers, magazines, TVs, online search engines, video streaming sites, almost all internet

¹³⁶ Evans and Schmalensee 2013, p .17.

¹³⁷ *ibid*, p. 21.

content providers, etc that use a business model which involves financing solely by advertisements. The degree of financing through advertisements is also a business decision, as stressed out in part one. In today's world the balance seems to shift to the point where the product is usually provided for free or at a negative price and revenues are earned from advertisers. This phenomena provides a little hint to practitioners such as observing a `zero` price product would mean there is probably another side where demand is positively influenced by the number of consumers.

All these products can be regarded as products that seek to gather as many consumers as they can in order to create a valuable base for advertisers. Evans names this process as `attention competition` in his work where focusing online advertisement-supported products.¹³⁸ He studies usage statistics of web-pages and argues that most online businesses compete with each other to catch the limited amount of attention a consumer each day can give.¹³⁹ The fierce competition is to capture this limited amount of time.

So it is required to define one relevant market for the side that products compete for consumers. The question to ask would be how the consumer divides his/her time between different types of `attention seekers` and to what degree these are interchangeable. This is also required in order to be able to assess the competitive effects on the side of consumers. For example, it is mentioned that sometimes quality features such as advertisement time, relevancy of search results, quality of content can factor as the `price` in zero price markets as firms can adjust these to alter the cost of the platform on that side.¹⁴⁰ It may also come as costs by exposing the consumer to give more data with less

¹³⁸ Evans 2013a.

¹³⁹ *ibid*, p.12. Mobile applications also compete for the limited attention time that consumers have.

¹⁴⁰ As the price is zero in monetary terms the demand of the consumer depends on the utility he gains minus any attention costs he has to incur.

privacy¹⁴¹. For example as stated before, a decrease in advertising time by 10% increases the audience size of a broadcasting network by 25%.¹⁴²

Any change in consumers' demand given to an increase in advertisement time/frequency or decrease in quality of content, i.e. an increase in 'price', thus can be analyzed by qualitative surveys.¹⁴³ Dutch Competition Authority (NMA) conducted a survey of that kind when it was assessing a merger between flower auction houses which it regarded as a two-sided market.¹⁴⁴ It was not a case of a zero-price market; however the NMA set to assess the importance of quality factors such as clearing times on sellers' demand and discussed the implications extensively in its assessment of market definition.¹⁴⁵ Similar studies can be employed to pinpoint the products that consumers may switch in the case of an increase in advertisement time or reduction in quality of a free product.

Similarly, advertisers also regard many sources as substitutes to reach consumers.¹⁴⁶ Thus a second market should be defined for the products' side that reaches advertisers. The authorities are quite experienced defining this side of the market as put forward by the case law. For example the Commission accustomed to successfully evaluate all possible products which advertisers compete for when dealing with market definition as found in cases previously mentioned.¹⁴⁷

3.3. Supply Substitution

In part two product differentiation and the ability to multi-home are given as the explanations for why two-sided markets do not tip to a monopoly and why there can be different platforms competing in a market.¹⁴⁸ These could be important for an analysis conducted under

¹⁴¹ Newman 2014, p. 35.

¹⁴² WILBUR, K. C. (2007), "A Two-Sided, Empirical Model of Television Advertising and Viewing Markets", <http://ssrn.com/abstract=885465>, accessed 08.03.2018.

¹⁴³ Verhaert 2014, p. 269.

¹⁴⁴ Filistrucch, Geradin and van Damme 2012, p. 16.

¹⁴⁵ *ibid.*

¹⁴⁶ Evans 2013a, p. 3.

¹⁴⁷ For an example, see *Google/DoubleClick*.

¹⁴⁸ Evans 2013a, p. 15.

the supply-substitution heading though it is rarely used.¹⁴⁹ Especially in internet based-businesses switching or starting a similar platform can be relatively less costly. The ability of multi-homing in two-sides thus can affect the viability of this supply-side substitution effect and subsequently should not be left out of consideration.

3.4. Modifications on SSNIP Test and Critical Loss Analysis

An alternative SSNIP test in two-sided markets is discussed by Emch and Thompson in the context of payment card market.¹⁵⁰ The work dealt mainly with the question of which price should be taken on the test's application and suggested that the price would be the sum of two prices charged by the company to the each side of the market.¹⁵¹

However, the market and the way it is presented has received criticism, especially from the Commission who found the work 'too simplistic'.¹⁵² The Commission criticizes that the paper deals with five-party card systems like they are three-party systems ignoring the banks that operate between card schemes and consumers.¹⁵³ Given that most payment systems are now operating through financial institutions, Commission may have a right to dismiss the request by the parties to conduct a SSNIP test based on this work in its *Mastercard* decision. Besides, the Commission seems to be in favor of avoiding the application of SSNIP test in this market.¹⁵⁴

However, applying the SSNIP test on the sum of charges seem to be the right way given that total price level and the way it is structured among sides are critical for a two-sided firm rather than a price charged on one side. Applying SSNIP test to the prices on each side separately

¹⁴⁹ ELIZADE, J. (2012), "A theoretical approach to market definition analysis", 34 *European European Journal of Law and Economics* 449, p. 450.

¹⁵⁰ Emch and Thompson 2005.

¹⁵¹ *ibid.*

¹⁵² European Commission 2009, para. 276.

¹⁵³ *ibid.*, para. 276.

¹⁵⁴ *ibid.*, para. 286-287.

will produce a similar mistake identified above, overlooking three-sided platforms like American Express who charge a price only on one-side.¹⁵⁵

Alexandrov et al. also supports this view in a different way in their work where they propose a two-sided market model for exchanges and matchmakers.¹⁵⁶ They suggest that the SSNIP test should be applied to the bid-ask spread in the case of exchanges and sum of two prices in the case of matchmakers similar to the case in payment card systems.¹⁵⁷

Filistruchhi contends that although the main reasoning behind is true for all two-sided markets, he argues for a non-transaction platform such as advertisement-supported media one should increase price on one side then on the other.¹⁵⁸ He suggests that after the price increase, the hypothetical monopoly should be allowed to adjust price structure since the firms in a two-sided market would do so in order to extract the maximum gain from network effects.¹⁵⁹

Recalling from part one, a problem identified was the issue regarding using one-sided Lerner Indexes in two-sided markets. Several attempts have been made to provide alternative formulas in this respect. Rochet and Tirole considers pricing models in markets similar to credit card networks and comes up with Lerner Indexes for these markets again considering the price as the sum of two prices charged to each side.¹⁶⁰ Armstrong conducts a similar work in a market where only one platform operates.¹⁶¹ Finally, Weyl derives a general two-sided

¹⁵⁵ HESSE, R. B. and J. H. SOVEN (2005), “Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases”, *73 Antitrust Law Journal* 709, p. 729. The authors are also supporting that the SSNIP test should be applied to the summation of prices, see p. 728.

¹⁵⁶ Alexandrov, Deltas and Spulber 2011.

¹⁵⁷ *ibid*, p. 807.

¹⁵⁸ FILISTRUCCHI, L. (2008), “A SSNIP test for two-sided markets: The Case of Media” <http://ssrn.com/abstract=1287442>, accessed 08.03.2018, p. 11.

¹⁵⁹ *ibid*, p. 11.

¹⁶⁰ Rochet and Tirole 2002, p. 11.

¹⁶¹ ARMSTRONG, M. (2002), “Competition in Two-Sided Markets”, <https://ideas.repec.org/p/wpa/wuwpio/0505009.html>, accessed 08.03.2018, p. 6.

Lerner Index by developing the suggested two models which are only applicable in certain two-sided markets.¹⁶²

It is shown that critical loss analysis also suffers similar problems like the SSNIP test. Regarding this issue, Evans and Noel extends the one-sided critical loss and actual loss formulas for two-sided markets.¹⁶³ The work also covers advertisement supported markets as well as ways to detect the bias that may occur if one-sided formulas are used.¹⁶⁴

The results of the works supplied above can be summarized as follows. Although criticized by the Commission, Emch and Thompson's model, which is highly acclaimed in literature and also compatible with our proposal brought for the market definition in payment systems, can be set as the starting point for the SSNIP test in payment card markets. For exchanges and matchmakers, proposal to use the bid-ask spread in the case of exchanges and sum of two prices in the case of matchmakers as the price can be employed as suggested by Alexandrov et al.¹⁶⁵ By putting the price level to its core, this suggestion also goes hand in hand with the market definition compromising both sides. Finally the work done by Evans and Noel is suitable to use in advertisement-supported media which requires definition of two markets one for advertisers' side and one for consumers.¹⁶⁶ When the product is given for free, for the consumers' side change in exposure time to advertisements, frequency of advertisements or quality can be used in place of change in price with the help of questionnaires as suggested.

On the other hand, the SSNIP test (or the critical loss analysis) may not be always applied by the competition authorities because of the data requirements and resulting costs associated with it. Even though there are derived SSNIP tests or critical loss analysis for two-sided markets, the application of these is even more demanding than the one-sided

¹⁶² WEYL, E. G. (2010), "A Price Theory of Multi-Sided Platforms", *100 American Economic Review* 1642.

¹⁶³ Evans and Noel 2005.

¹⁶⁴ *ibid.*

¹⁶⁵ Alexandrov, Deltas and Spulber 2011.

¹⁶⁶ Evans and Noel 2005.

forms because the matrixes for network effects need to be constructed on top of the ones for own and cross-price demand functions.¹⁶⁷

However, this does not mean SSNIP test should be ignored at all. The formulas derived, even when they are not applied econometrically, still would be very valuable for the practitioners. Sometimes it would be equally beneficial to ask the question theoretically to see what will be the customers' reaction to a price increase to get an overall understanding about the market and shape a loose market definition. These formulas help to visualize these questions and to understand the interactions. Being able to identify correctly the competitive constraints in the market and setting the stage as right as possible will always be the vital part. OFT with a similar mindset decided to use the conceptual framework provided by the SSNIP test rather than directly applying it in its BskyB/ITV decision.¹⁶⁸

Finally, if the existence and magnitude of indirect network effects has been established, one-sided formulas can be used to get a projection about whether the issue at hand would create a problem or not. For example let us assume that there is a merger application in a two-sided market. As stated in part one using one-sided formulas will give a narrower market definition under positive indirect network effects. These could be used to assess whether the merger would impede effective competition or not. If it does not, it would also mean that there will not be a problem under the much wider, correct market definition. Similar approaches can be employed for other cases depending on the sign and magnitude of network effects identified.

¹⁶⁷ Filistrucchi 2008, p.1.

¹⁶⁸ Competition Commission (2007), "Acquisition By British Sky Broadcasting Group Plc Of 17.9 Per Cent Of The Shares In Itv Plc", http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2007/fulltext/535.pdf, accessed 09.03.2018, p. 3.

CONCLUSION

Market delineation process and market definition is the core of all competition cases, helping practitioners set the stage by narrowing down the analysis on a set of products and economic interactions. The task has to be done in precision because boundaries of the market define the area where the competitive effects are assessed.

Products in two-sided markets may pose a threat to the integrity of this process if unique characteristics of these markets such as interlinked demands and price-cost interactions are left unconsidered.

As a rule of thumb, existing modes of analysis shall not be applied to two-sided markets without carefully assessing whether the underlying assumptions are applicable. Otherwise, one-sided approach could exclude one side of the market out of consideration, a common issue mostly encountered in cases with advertisement-supported media, leaving the assessment short of analysis of competitive effects of one side or the effects that one side has over the demand of the other side.

Furthermore, in the models obtained from one-sided market experience, marginal cost acts as the basis for price setting mechanism. The competitive assessments are also heavily based on this and practitioners tend to measure competitive effects by observing changes in price. However, because of the presence of joint costs and indirect network effects, the prices lose its strong link to marginal cost in cases involving two-sided markets. This principle affects the assumptions of main models of analysis and should be recognized while analyzing a two-sided product. The unique price setting mechanism of two-sided markets can also produce skewed price structures where in some cases one party ends up paying a zero or negative price. Under such cases the assessment of competitive effects shall not ignore the side not paying a monetary price but rather focus on features such as quality or exposure to advertisement in order to capture any anti-competitive effects.

Quantitative techniques such as SSNIP test and critical loss analysis used in market definition are also affected as a result of the demand interactions and the responses of the two sides to price changes. Depending on the sign and magnitude indirect network effects, these

test may end up defining markets too broadly or too narrowly if not modified to fit the two-sided dynamics.

In order to avoid listed pitfalls, authorities shall be ready to fully identify the sign and magnitude of indirect network effects when they exist. The practice will open the way to understand the interactions between sides and the pricing mechanism at work. Later on, for two-sided products, identified as products where to exist two sides must interact and there should be indirect network effects, the relevant market should be defined to include both sides of the market. Even though there may be products available to one of the sides, breaking the market into two may cloud the competitive effects analysis. In markets of advertisement-supported products, on the other hand, two separate markets need to be defined: the advertisers' side and the consumers' side. The authorities are well experienced defining advertisers' side, a practice which shall question the competitive pressures brought by different advertisers as well as different forms of advertising. The consumers' side of the market also should be defined in every case whether the product is paid for or not. Only then, the picture will be complete.

BIBLIOGRAPHY

- ALEXANDROV, A., G. DELTAS and D. F. SPULBER (2011), “Antitrust and Competition in Two-Sided Markets”, *7 Journal of Competition Law and Economics*, p. 775 – 812.
- ARMSTRONG, M. (2002), “Competition in Two-Sided Markets”, <https://ideas.repec.org/p/wpa/wuwpio/0505009.html>, accessed 08.03.2018.
- BANIA, K. (2013), “European merger control in the broadcasting sector: Does media pluralism fit?”, *9 The Competition Law Review*, p. 49 – 80.
- BARDEY, D., H. CREMER and J.M. LOZACHMEUR (2014), “Competition in Two-Sided Markets with Common Network Externalities”, *44 Review of Industrial Organization*, p. 327 – 359.
- BUDZINSKI O. and J.F.H. LARSEN (2012), “The Morgan Stanley/Visa Saga: How does Economics help Address Double-Sided Markets?”, *3 Journal of European Competition Law and Practice*, p. 212 – 216.
- CAILLAUD, B. and B. JULLIEN (2003), “Chicken & Egg: Competition among Intermediation Service Providers”, *34 The RAND Journal of Economics*, p. 309 – 328.
- CARRIER, M.A. (2013), “Google and Antitrust: Five Approaches to an Evolving Issue”, Harvard Journal of Law and Technology Occasional Paper Series, <http://ssrn.com/abstract=2304211>, accessed 08.03.2018.
- CHOI, J. P. (2010), “Tying In Two-Sided Markets with Multi-Homing”, *58 The Journal of Industrial Economics*, p. 607 – 626.
- Competition Commission (2003), “Carlton Communications Plc/Granada Plc: A report on the Proposed Merger”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20111202195250/http://competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2003/482carlton.htm#full, accessed 08.03.2018.
- Competition Commission (2004a), “A Report on the Acquisition by Archant Limited of the London Newspapers of Independent News and Media Limited”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2004/fulltext/491.pdf, accessed 08.03.2018.
- Competition Commission (2004b), “Appendix E Product Market and Competition”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2004/fulltext/491ae.pdf, accessed 08.03.2018.

- Competition Commission (2007), “Acquisition By British Sky Broadcasting Group Plc Of 17.9 Per Cent Of The Shares In Itv Plc”, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2007/fulltext/535.pdf, accessed 09.03.2018.
- ELIZADE, J. (2012), “A theoretical approach to market definition analysis”, *34 European Journal of Law and Economics*, p. 449 – 475.
- EMCH, E. and T. S. THOMPSON (2005), “Market Definition and Market Power in Payment Card Networks”, <https://ideas.repec.org/p/doj/eagpap/200609.html>, accessed 08.03.2018.
- European Commission (1997), Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, [1997] OJ C 372/5.
- European Commission (2001), *Visa International Service Association*, (Case COMP/29.373).
- European Commission (2002), *Visa International MIF* (Case COMP/29.373).
- European Commission (2007), *Travelport/Worldspan* (CASE COMP/M.4523).
- European Commission (2008a), *Google/DoubleClick* (CASE COMP/M.4731).
- European Commission (2008b), *News Corp/Premiere* (CASE COMP/M.5121).
- European Commission (2009), *Mastercard*, (Case COMP/34.579).
- European Commission (2010a), *Microsoft/Yahoo!* (CASE COMP/M.5727).
- European Commission (2010b), *Visa MIF* (CASE COMP/39.398).
- European Commission (2012), *Antena 3/La Sexta* (CASE COMP/M.6547).
- European Court of Justice (2014), *Groupement des Cartes Bancaires*, Case C-67-13 P.
- EVANS, D. S. (2002), “The Antitrust Economics of Two-Sided Markets”, <http://ssrn.com/abstract=332022>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D. S. (2003a), “Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries”, 2/3 Review of Network Economics, <http://ssrn.com/abstract=447981>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D.S. (2003b), “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, *20 Yale Journal on Regulation*, p. 325 - 381.
- EVANS, D. S. (2009), “Two-Sided Market Definition”, <http://ssrn.com/abstract=1396751>, accessed 08.03.2018.

- EVANS, D.S. (2011), “Antitrust Economics of Free”, <http://ssrn.com/abstract=1813193>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D.S. (2013a), “Attention to Rivalry among Online Platforms and Its Implications for Antitrust Analysis”, Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 627, https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/68/, accessed 22.02.2018.
- EVANS, D.S. (2013b), “Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms”, <http://ssrn.com/abstract=2195778>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D. S. and M. D. NOEL (2005a), “Analysing Market Definition and Power in Multi-Sided Platform Markets”, <http://ssrn.com/abstract=835504>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D. S. and M. D. NOEL (2005b), “Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms”, *3 Columbia Business Law Review*, p. 667 – 702.
- EVANS, D.S. , M. D. NOEL (2008), “The Analysis of Mergers That Involve Multi-Sided Platform Businesses”, *4 Journal of Competition Law and Economics*, p. 663 – 695.
- EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2007), “The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms”, *3 Competition Policy International*, p. 151 – 179.
- EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2008), “Markets with Two-Sided Platforms”, <http://ssrn.com/abstract=1094820>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D. S. and R. SCHMALENSEE (2010), “Failure to Launch: Critical Mass in Platform Businesses”, <http://ssrn.com/abstract=1353502>, accessed 08.03.2018.
- EVANS, D.S. and R. SCHMALENSEE (2013), “The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses”, <http://ssrn.com/abstract=2185373>, accessed 22.02.2018.
- FILISTRUCCHI, L. (2008), “A SSNIP test for two-sided markets: The Case of Media” <http://ssrn.com/abstract=1287442>, accessed 08.03.2018.
- FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN and E. van DAMME (2012), “Identifying Two-Sided Markets”, TILEC Discussion Paper No 2012-008, <http://ssrn.com/abstract=2008661>, accessed 08.03.2018.
- FILISTRUCCHI, L., D. GERADIN, E. van DAMME and P. AFFELDT (2014), “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, *10 Journal of Competition Law and Economics*, p. 293 - 339.

- FILISTRUCCHI, L., T. J. KLEIN and T. O. MICHELSEN (2012), “Assessing Unilateral Merger Effects in a Two-Sided Market: An Application to the Dutch Daily Newspaper Market”, *8 Journal of Competition Law and Economics*, p. 297 – 329.
- HAGIU, A. (2006), “Merchant or Two-Sided Platform?”, Harvard NOM Working Paper No 950100, <http://ssrn.com/abstract=950100>, accessed 08.03.2018.
- HAGIU, A. (2009), “Two-Sided Platforms: Product Variety and Pricing Structures”, *18 Journal of Economics and Management Strategy*, p. 1011 – 1043.
- HARRIS, B. C. and J. J. SIMMONS (1991), “Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary?”, *21 Journal of Reprints of Antitrust Law and Economics*, p.151.
- HESSE, R. B. (2007), “Two-Sided Platform Markets and the Application of the Traditional Antitrust Analytical Framework”, *3 Competition Policy International*, p. 191 – 195.
- HESSE, R. B. and J. H. SOVEN (2005), “Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases”, *73 Antitrust Law Journal*, p. 709 – 738.
- JEZIORSKI, P. (2013), “Effects of Mergers in Two-sided Markets: Examination of the U.S. Radio Industry” <http://faculty.haas.berkeley.edu/przemekj/2sided.pdf>, accessed 08.03.2018.
- KERSTING, C. and S. DWORSCHAK (2014), “Does Google Hold a Dominant Market Position? – Addressing the (minor) Significance of High Online User Shares”, <http://ssrn.com/abstract=2495300>, accessed 08.03.2018.
- KinderStart v. Google, No C06-2057 (2007) WL 831806 (ND Cal Mar 16 2007).
- KLEIN, B., V.A. LERNER, K.M. MURPHY and L.L. PLACHE (2006), “Competition in Two-Sided Markets: The Antitrust Economics of Payment Card Interchange Fees”, *73 Antitrust Law Journal*, p. 571 – 626.
- LUCHETTA, G. (2013), “Is the Google Platform a Two-Sided Market?”, *10 Journal of Competition Law and Economics*, p. 185 – 207.
- NEWMAN, J.M. (2014), “John M Newman, ‘Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations’”, <http://ssrn.com/abstract=2474874>, accessed 22.02.2018.
- ROCHET, J. C. and J. TIROLE (2002), “Platform Competition in Two-Sided Markets” <https://ideas.repec.org/p/ide/wpaper/654.html>, accessed 08.03.2018.

- ROCHET J.C. and J. TIROLE (2006), "Two-Sided Markets: A Progress Report", 37 *The RAND Journal of Economics*, p. 645 – 667.
- ROSON, R. (2005), "Two-Sided Markets: A Tentative Survey", 4/2 Review of Network Economics, http://www.researchgate.net/publication/24049716_Two-Sided_Markets_A_Tentative_Survey, accessed 08.03.2018.
- RYSMAN, M. (2004), "Competition Between Networks: A Study of the Market for Yellow Pages", 71 *The Review of Economic Studies*, p. 483 – 512.
- RYSMAN, M. (2007), "The Empirics of Antitrust in Two-Sided Markets", 3 *Competition Policy International*, p. 197 – 209.
- RYSMAN, M. (2009), "The Economics of Two-Sided Markets", 23 *Journal of Economic Perspectives*, p. 125 – 143.
- SALINGER, M. A. and R. J. LEVINSON (2015), "Economics and the FTC's Google Investigation", 46 *Review of Industrial Organization*, p.25 – 57.
- SCHIFF, A. (2007), "Basic Pricing Principles in Two-Sided Markets: Some Simple Models", <http://ssrn.com/abstract=1010553>, accessed 08.03.2018.
- ten KATE, A. and G. NIELS (2008), "The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition", 5 *Journal of Competition Law and Economics*, p. 297 – 333.
- THÈPOT, F. (2013), "Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets", 36 *World Competition*, p. 195 – 221.
- VARIAN, H. R. (2006), "The Economics of Internet Search", *Rivista Di Politica Economica*, p. 177 – 191.
- VERHAERT, J. (2014), "The challenges involved with the application of Article 102 TFEU to the new economy: A Case Study of Google", 35 *European Competition Law Review*, p. 265.
- VOIGT, S. and A. SCHMIDT (2005), *Making European Merger Policy More Predictable*, First Edition, Springer, US.
- WEYL, E. G. (2010), "A Price Theory of Multi-Sided Platforms", 100 *American Economic Review*, p. 1642 – 1672.
- WHITE, A. and E.G. WEYL (2012), "Insulated Platform Competition", <http://ssrn.com/abstract=1694317>, accessed 08.03.2018.
- WILBUR, K. C. (2007), "A Two-Sided, Empirical Model of Television Advertising and Viewing Markets", <http://ssrn.com/abstract=885465>, accessed 08.03.2018.
- WOTTON, J. (2007), "Are Media Markets Analyzed as Two-Sided Markets?", 3 *Competition Policy International*, p.237 – 247.

WRIGHT, J. (2003), “One-Sided Logic in Two-Sided Markets”, AEI-Brookings Joint Center Working Paper No 03-10, <http://ssrn.com/abstract=459362>, accessed 08.03.2018.

ZINGALES, N. (2013), “Product Market Definition in Online Search and Advertising”, 9 *The Competition Law Review*, p. 29 – 47.

YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI

1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergide, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere *rekabetdergisi@rekabet.gov.tr* adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, Editörler tarafından, içerik ve “Makale Yazım Kuralları” başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek, konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

3. Rekabet Kurumu, Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına, telif ücreti olarak, **net 750 TL** öder. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

a) Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),

b) Yazarın adı ve çalıştığı kuruluş (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın

sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın çalıştığı kuruluş ile unvanı belirtilmelidir),

c) 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,

d) Türkçe ve İngilizce olarak beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere, harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Kaynaklara göndermeler dipnotlarla yapılmalıdır. Dipnotlar ise numara sırasıyla sayfa altlarında yer almalıdır. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar, Kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa, bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna “a”, “b”, “c” gibi harfler eklenmelidir. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

a) Tek Yazarlı Kitap:

Metin içindeki ilk göndermede: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, s.72

Diğer göndermelerde: Whish 2009, s.173.

Kaynakçada: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) Tek Yazarlı Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No: 28(2), s.117.

Diğer göndermelerde: Wils 2005, s.130.

Kaynakçada: WILS, W.P.J. (2005), “Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?”, *World Competition*, No:28(2), s.117-159.

c) İki Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, s.819-820.

Diğer göndermelerde: Jones ve Sufrin 2004, s.130.

Kaynakçada: JONES, A. ve B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) Üç ve Üçten Fazla Yazarlı Eser:

Metin içindeki ilk göndermede: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, s.61.

Diğer göndermelerde: Neven vd. 1998, s.61.

Kaynakçada: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS ve P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) Derleme İçinde Makale:

Metin içindeki ilk göndermede: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.),

Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy içinde, s.773.

Diğer göndermelerde: Guerrin ve Kyriazis 1992, s.813.

Kaynakçada: GUERRIN, M. ve G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (der.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, s.773-843.

f) Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:

Metin içindeki ilk göndermede: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, s.24.

Diğer göndermelerde: OECD 2005, s.42.

Kaynakçada: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) İnternette Alınan Kaynaklar:

Metin içindeki ilk göndermede: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009, s.5.

Diğer göndermelerde: Hammond 2006, s.8.

Kaynakçada: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Erişim Tarihi: 08.01.2009.

h) Tezler:

Metin içindeki ilk göndermede: KAYIHAN, L. (1999), An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, s.12.

Diğer göndermelerde: Kayihan 1999, s.15.

Kaynakçada: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published semi-annually by the Turkish Competition Authority. The journal publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization.

2. Articles submitted to the rekabetdergisi@rekabet.gov.tr address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by Editors for their compliance with the rules stated under the heading “Publication Policy and Notes for Contributors”. Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

3. Turkish Competition Authority shall pay net **TL 750** as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article should include the following information:

a) Title of the article in Turkish and English (With bold and all caps fonts),

b) Name of the author and the organization s/he works in (Name of the author should be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk should be inserted after the surname. The relevant footnote should indicate where the author works and his/her title),

c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,

d) Five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, should be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables should use 10 point fonts. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures should be numbered; their titles should be indicated over the figure/table and the sources should be indicated below.

3. For its first instance, an abbreviated name should be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text should be in italics.

5. Headings, with the exception of “Introduction” and “Conclusion”, should be arranged without letters or Roman numerals as follows:

1. BOLD AND ALL CAPS

1.1. Bold and Only First Letters in Caps

1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. References to sources should be done in footnotes. Footnotes should be included in numerical order at the bottom of each page. All sources to be referenced in the text should be indicated under the heading Bibliography. Bibliography should be arranged in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, recent titles should be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” should be appended to the date of publication. Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

a) For Books with one Author:

For the first reference in the text: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US, p.72.

For other references: Whish 2009, p.173.

In the bibliography: WHISH, R. (2009), *Competition Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, New York, US.

b) For Articles with one Author:

For the first reference in the text: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117.

For other references: Wils 2005, p.130.

In the bibliography: WILS, W.P.J. (2005), "Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?", *World Competition*, No:28(2), p.117-159.

c) For Books and Articles with Two Authors:

For the first reference in the text: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US, p.819-820.

For other references: Jones and Sufrin 2004, p.130.

In the bibliography: JONES, A. and B. SUFRIN (2004), *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*, Second Edition, Oxford University Press, New York, US.

d) For Books and Articles with Three or More Than Three Authors:

For the first reference in the text: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition Policy and Agreements Between Firms*, Centre for Economic Policy Research, Great Britain, p.61.

For other references: Neven et al. 1998, p.61.

In the bibliography: NEVEN, D., P. PAPANDROPOULOS and P. SEABRIGHT (1998), *Trawling for Minnows European Competition*

Policy and Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research, Great Britain.

e) For Articles in Edited Publications:

For the first reference in the text: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773.

For other references: Guerrin and Kyriazis 1992, p.813.

In the bibliography: GUERRIN, M. and G. KYRIAZIS (1992), “Cartels: Proof and Procedural Issues”, B.E. Hawk (ed.), in *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy*, p.773-843.

f) For Publications, Reports, etc. without an Author:

For the first reference in the text: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris, p.24.

For other references: OECD 2005, p.42.

In the bibliography: OECD (2005), *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

g) For Sources from the Internet:

For the first reference in the text: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>, Date Accessed: 08.01.2009, p.5.

For other references: Hammond 2006, p.8.

In the bibliography: HAMMOND, S.D. (2006), “The U.S. Model of Negotiated Plea Agreements: A Good Deal With Benefits For All”, OECD Competition Committee Working Party No.3, Paris, France, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/219332.pdf>,

Date Accessed: 08.01.2009.

h) For Thesis:

For the first reference in the text: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven, p.12.

For other references: Kayihan 1999, p.15.

In the bibliography: KAYIHAN, L. (1999), *An Analysis of Vertical Restraints and Green Paper Implications*, Unpublished Graduate Thesis, Katholike Üniversiteit Leuven, Leuven.

REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 18 Sayı/Number: 1 Haziran/June 2017

Türk Rekabet Hukukunda Münhasırlık Uygulamalarına İlişkin Tutarlı Bir Yaklaşım Arayışı

Seeking a Consistent Approach to Exclusivity Practices in Turkish Competition Law

Şahin YAVUZ

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

Injunctions Regarding Frand-Encumberd “Standard Essential Patents”: An Analysis In Terms Of EU Competition Law

Tuba YEŞİL

Relevant Product Market Definition In Two-Sided Markets Under EU Competition Law

Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Çift Taraflı Pazarlarda İlgili Ürün Pazarının Tanımlanması

Erdem AKTEKİN

Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları

Publication Policy And Notes For Contributors



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent/ANKARA
www.rekabet.gov.tr

ISSN 1302-552X



9 771302 552009 >