

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1
TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ ve
İLGİLİ REKABET İNCELEMESİNİN
EKONOMİK ve HUKUKİ UNSURLARI

1.1. TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ.....	
1.1.1. Teknoloji Transferi Sözleşmesinin Tanımı.....	
1.1.2. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Türleri.....	
1.1.2.1. Patent Lisansı Sözleşmeleri.....	
1.1.2.2. Know-How Lisansı Sözleşmeleri.....	
1.1.2.3. Yazılım Copyrightı Lisans Sözleşmeleri.....	
1.1.3. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Rekabet Üzerindeki Etkileri.....	
1.2. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YOĞUN OLDUĞU PAZARLARIN GENEL EKONOMİK ÖZELLİKLERİ.....	
1.2.1. Pazar Gücü.....	
1.2.2. Yoğunlaşma.....	
1.2.3. Maliyet Yapısı ve Fiyat Politikası.....	
1.3. İLGİLİ REKABET İNCELEMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ.....	
1.3.1. Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku.....	
1.3.2. İlgili Hukuki Düzenlemeler.....	
1.3.2.1. Türkiye: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun.....	
1.3.2.2. Avrupa Birliği: Roma Antlaşması ve 772/2004 Sayılı Komisyon Tüzüğü.....	
1.3.2.3. Amerika Birleşik Devletleri: Sherman Yasası ve Fikri Mülkiyet Lisansları Hakkında Rehber.....	
1.3.3. Rekabet İncelemesinde Ele Alınan Temel Konular.....	
1.3.3.1. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Etkilediği Pazarlar.....	
1.3.3.2. Rakipler ve Rakip Olmayanlar.....	
1.3.3.3. Yatay ve Dikey Anlaşma Ayrımı.....	

Bölüm 2
SÖZLEŞME KONUSU HAKKIN KULLANIMINI
KISITLAYAN HÜKÜMLER

2.1. MÜNHASIRLIK; İNHISARI LİSANS, BÖLGESEL SINIRLAMALAR ve MÜŞTERİ KISITLAMALARI	
2.2. KULLANIM ALANI ve MİKTARI SINIRLAMALARI	
2.2.1. Kullanım Alanı Sınırlamaları	
2.2.2. Kullanım Miktarı Sınırlamaları.....	

Bölüm 3
REKABETİ KISITLAYICI DİĞER HÜKÜM ve
UYGULAMALAR

3.1. LİSANS ÜCRETLERİNE DAYANAN KISITLAYICI HÜKÜMLER	43
3.1.1. Toplam Satış Geliri Üzerinden Lisans Ücreti Alınması.....	43
3.1.2. Lisans Konusu Hakkın Sona Ermesinden Sonra Lisans Ücretinin Talep Edilmesi.....	45
3.2. YENİDEN SATIŞ FİYATI SINIRLAMALARI.....	46
3.3. REKABET ETME YASAĞI	48
3.4. BAĞLAMA ve PAKET LİSANS UYGULAMALARI.....	51
3.5. GERİYE LİSANS VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	53

Bölüm 4
İŞBİRLİĞİNE YÖNELİK
LİSANS ANLAŞMALARINDAKİ REKABETİ
KISITLAYICI HÜKÜMLER

4.1. ÇAPRAZ LİSANS VE HAVUZ ANLAŞMALARININ ÖRTAYA ÇIKIŞI ve ETKİLERİ	58
4.2. ÇAPRAZ LİSANS ANLAŞMALARINDAKİ KISITLAYICI HÜKÜMLER	60
4.3. HAVUZ ANLAŞMALARINDAKİ KISITLAYICI HÜKÜMLER	62
SONUÇ	68
ABSTRACT	71
KAYNAKÇA	72

Fatma GÖZLÜKAYA

SUNUŞ

Üretimde verimlilik ve teknik gelişmeyi teşvik ederek piyasalarda etkinliği arttıran rekabet süreci, ekonomik gelişmenin en önemli unsurlarından biridir. Rekabet Hukuku ise sağlıklı bir rekabet ortamının oluşumunu temin ederek toplumsal refah artışına katkıda bulunmaktadır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile kendisine rekabet ortamının sağlanması ve korunması görevi verilen Rekabet Kurumu, kuruluşundan bu yana üstlendiği önemli sorumluluğun bilinciyle görevlerini yerine getirmektedir.

Rekabet sürecini sağlama ve koruma amacıyla yürütülen incelemelerin yanı sıra, Rekabet Kurumu'nun üzerinde önemle durduğu bir diğer görevi, Rekabet Hukuku'nun tanıtılması ve toplumda rekabet bilincinin artırılmasıdır. Kurum, Rekabet Savunuculuğu görevini yerine getirirken staj, eğitim, panel, konferans gibi çeşitli araçlarla Rekabet Hukuku ve uygulamaları konusunda iş dünyası, akademik çevreler ve konuyla ilgili diğer kimseleri bilgilendirmeyi amaçlamakta ayrıca rekabetin faydaları konusunda toplumu bilinçlendirmeyi hedeflemektedir.

Rekabet Kurumu meslek personelinin uzman yardımcılığından uzmanlığa geçiş aşamasında hazırlamış oldukları tezlerin yayımlanması da Kurumun Rekabet Savunuculuğu görevinin bir parçasını oluşturmaktadır. Rekabet Hukuku'nun devamlı gelişen bir hukuk dalı olması sebebiyle meslek personeli, gerek yetkinliklerini arttırmak gerekse güncel gelişmeleri takip edebilmek amacıyla sürekli bir eğitim süreci içerisinde bulunmaktadır. Bu bağlamda uzmanlık tezleri, rekabet uzman yardımcılarının uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtmaları bakımından hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Kurumun ilk yıllarında hazırlanan tezler, Rekabet Hukuku'nun temel kavramları üzerine yoğunlaşırken ilerleyen dönemlerdeki uzmanlık tezlerinde, daha ayrıntılı ve tartışmalı alanlar ile çeşitli sektörlerdeki rekabet süreçleri ele alınarak ilgililere yeni bakış açıları ve tartışma alanları sunulmuştur. Bu çerçevede, meslek personeli tezlerinin, güncel konulara ışık tutarak Türk Rekabet Hukuku literatürüne önemli katkıda bulunacağına inanıyoruz.

Üç yıllık uygulama deneyiminin ardından titiz bir akademik araştırma süreci sonucunda hazırlanan Rekabet Uzmanlığı'na yükselme tezleri, meslek personelimizin geniş bilgi birikimi ve yoğun emeğinin ürünüdür. Bu çalışmaları, Rekabet Hukuku alanındaki yerli eserlerin halen yeterli düzeyde olmamasından kaynaklanan boşluğu dolduracaklarını ve tüm ilgililere faydalı olacaklarını ümit ederek kamuoyuna sunuyoruz.

Mustafa PARLAK

Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AR-GE	: Araştırma ve Geliştirme
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
dn.	: dipnot
DOJ	: Department of Justice
ECR	: European Courts Reports
ECRL	: European Competition Law Review
EndKHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
FTC	: Federal Trade Commission
m.	: madde
MarkaKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
No.	: Numara
OECD	: Organization for Economic Cooperation and Development
OJ	: Official Journal
parag.	: paragraf
PatentKHK	: Patentın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RA	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
s.	: sayfa
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

GİRİŞ

Toplumsal kalkınmanın temel bir ögesi ve yüksek teknoloji endüstrileri başta olmak üzere, küreselleşen rekabetçi pazar ekonomisinde şirketlerin büyüklüğünü ve rekabet gücünü belirleyen bir faktör haline gelen teknolojik yeniliklerin yaratılması ve yaygınlaştırılmasının desteklenmesi gerekmektedir. Teknoloji transferi sözleşmeleri, bir taraftan teknolojik yeniliğin (ve özünü oluşturan bilgi ve fikrin) haksız kullanımlara karşı daha etkin korunmasını, diğer taraftan AR-GE çalışmalarının teşvik edilmesi ve sonuç olarak ortaya çıkarılan yeniliğin etkin bir şekilde yayılmasını sağlayarak bu amaca hizmet etmektedir.

Teknoloji transferi sözleşmelerinin bu etkinlikleri ilgili piyasalardaki rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratırken, bazı hüküm ve uygulamaları pazara giriş engeli yaratılması, rakip faaliyetlerin zorlaştırılması, fiyat anlaşması ve pazar paylaşımı gibi rekabet ihlallerine yol açabilmektedir.

Konu edindikleri fikri hak ve teknolojik yenilik kavramları ile ilgili oldukları pazarların dinamik yapısının teknoloji transferi sözleşmelerine verdiği özellikler, bu sözleşmelere mevcut rekabet kurallarının geleneksel bir anlayışla uygulanması halinde, kaynakların verimli kullanımı ve toplumsal refah artışı gibi rekabet uygulamasından beklenen sonuçların elde edilememesi olasılığını gündeme getirmektedir. Bu sebeple, özellikle Türkiye gibi teknoloji transferinin yeterince yaygınlaşmadığı ekonomiler için, bu sözleşmelere ilişkin olarak benimsenecek rekabet politikasının önemi artmaktadır.

Çalışma, rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilen teknoloji transferi sözleşmeleri hakkında yapılacak rekabet incelemesinin esaslarını, öğretilerdeki tartışmalar, AB ve ABD'deki ilgili hukuki düzenlemeler, mahkeme ve otorite kararlarının karşılaştırmalı bir analizi çerçevesinde ortaya koyarak, yapılacak çıkarımlar sonucunda Türk rekabet hukuku uygulaması için genel bir perspektif verebilmeyi amaçlamaktadır.

Tez çalışması, teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin rekabet incelemesini, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un hukuka aykırı anlaşmalar hakkındaki 4. maddesi kapsamında ele almaktadır. Sözleşmelerin belirli koşullarda hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirmesi mümkün olmakla birlikte, çalışmada 6. madde kapsamındaki bu değerlendirmeye yer verilmeyerek, olası bir pazar gücünün rekabet üzerindeki etkileri farklılaştırabileceği vurgulanmakla yetinilmektedir.

Bu çerçevede ilk bölümde, teknoloji transferi sözleşmelerinin tanımı, türleri ve rekabet üzerindeki olası etkilerine yer verildikten sonra, sözleşmelerin

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

İlgili olduğu fikri mülkiyet yoğun pazarların yapısı bazı temel ekonomik özellikleri vurgulanmak suretiyle açıklanmaktadır. Ayrıca bölümde, bu sözleşmelerin asıl unsurunu oluşturan fikri mülkiyet ve rekabet hukuku ilişkisi, değerlendirmelere kaynaklık edecek Türkiye, AT, ABD'nin mevcut ilgili hukuki düzenlemeleri ve bu düzenlemelerde yer alan ilgili rekabet incelemesinin temel unsurları ortaya konulmaktadır.

İkinci bölümde, sözleşmelere konu hakların kullanımını sınırlandırmaya yönelik hükümlerin sebep olabilecekleri rekabet kısıtlamaları, özellikle fikri mülkiyet haklarının hak sahibine verdiği yetkiler karşısında rekabet kurallarının durumu irdelenerek incelenmekte, AT, ABD ve Türkiye'deki mevcut düzenleme ve ilgili kararlar çerçevesinde Türkiye için çıkarımlar yapılmaktadır.

Üçüncü bölümde, lisans ücreti, yeniden satış fiyatı, rekabet etme yasağına ilişkin kayıtlar, geriye lisans verme yükümlülüğü ile bağlama ve paket lisans uygulamalarının rekabet üzerindeki etkileri tartışılmakta, olası bir rekabet incelemesinde esas alınmak üzere AT, ABD ve Türkiye'deki ilgili düzenleme ve kararlar ortaya konulmaktadır. Gizlilik, alt lisans vermeme, *no-challenge clause*, *best effort clause* gibi teknoloji transferi sözleşmelerinde yer alan diğer bazı yükümlülükler, kapsamı daha fazla genişletmemek amacıyla çalışmada incelenmemektedir.

Dördüncü bölümde, uluslararası teknoloji transferi uygulamasında sıkça kullanılan çapraz lisans ve havuz anlaşmalarının, gerek oluşumları gerekse içerdikleri sözleşme hükümleriyle yol açabildikleri rekabet ihlalleri açıklanarak, Türkiye'de henüz örnekleriyle pek karşılaşılmayan bu organizasyonlara ilişkin genel bir çerçeve çizilmeye çalışılmaktadır.

BÖLÜM 1

TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ ve İLGİLİ REKABET İNCELEMESİNİN EKONOMİK ve HUKUKİ UNSURLARI

1.1. TEKNOLOJİ TRANSFERİ SÖZLEŞMELERİ

Teknoloji transferi sözleşmeleri, teknolojik yeniliklerin üçüncü kişilerin kullanımına sunulduğu lisans sözleşmeleridir.

1.1.1. Teknoloji Transferi Sözleşmesinin Tanımı

Özü itibariyle bir lisans sözleşmesi olan teknoloji transferi sözleşmesini tanımlamak için öncelikle öğretilen lisans anlaşmalarının ne şekilde tanımlanmış olduğuna bakmak uygun olacaktır. Gürzumar (1995, 91) lisans anlaşmasını, en genel anlamıyla, kanunlarca özel olarak veya genel hukuk normlarıyla korunan gayri maddi bir mal ile fiili tekel durumundan, belirli bir bedel karşılığında, başkalarının yararlandırılması hakkındaki sözleşme olarak tanımlamaktadır. Özdemir (2002, 32) ise, sınai haklara¹ ilişkin lisans sözleşmelerini, “ekonomik ve ticari değeri olan bir sınai hakkı münhasıran kullanma hakkına sahip olan kişinin (lisans veren) sahip olduğu bu hakkın kullanımını –kural olarak- lisans bedeli karşılığında kısmen veya tamamen başkasına (lisans alana) devrettiği sözleşme” olarak açıklamaktadır.

Avrupa Birliği (AB) hukukunda teknoloji transferi sözleşmeleri, AB Komisyonu'nun bu sözleşmelerin hangi koşullarda Roma Antlaşması'nın 81.

¹ Tekinalp, fikri mülkiyet, fikri ve sınai mülkiyet ya da fikri, sınai ve ticari mülkiyet olarak isimlendirilen kavramların, İngilizce'deki “*intellectual property*” kavramının karşılığı olduğunu, aralarında herhangi bir fark bulunmadığını belirtmektedir. Fikri mülkiyetin, bilgisayar programları ile veri tabanlarını da içeren fikir ve sanat eserlerini, patentleri, markaları, faydalı modelleri, tasarımları, coğrafi adlar ve işaretleri, yarı iletkenlerin topoğrafyası veya entegre devrelerin yerleşim düzeni olarak bilinen çipleri ve dijital iletişimleri içermekte olduğunu ifade etmektedir (2002, 1).

maddesinden muaf tutulacağını düzenleyen 772/2004 sayılı Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde² (AB Tüzüğü) tanımlanmaktadır. Buna göre, teknoloji transferi anlaşması, ürünlerin satılması ya da satın alınmasına ilişkin patent lisansı anlaşması, know-how lisansı anlaşması, yazılım *copyright* lisans anlaşması veya karışık bir patent, know-how, yazılım *copyright* lisans anlaşması, teknolojinin kullanılmasına bağlı riskin bir bölümünün devredende kaldığı patent, know-how, yazılım *copyright* ya da bunların bir bileşenin devrini ifade etmektedir³. Aynı maddede, anlaşmanın birincil konusu olmamak ve doğrudan sözleşme konusu ürünlerin üretimi ile ilgili olmaları koşuluyla diğer fikri mülkiyet haklarının lisans olarak verilmesi ya da devredilmesine ilişkin hükümler içerenler lisanslar da teknoloji transferi sözleşmesi olarak tanımlanmaktadır.

1.1.2. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Türleri

Yukarıdaki tanımdan anlaşıldığı üzere teknoloji transferi sözleşmesi üç tür hakkın; patent, know-how ve yazılım *copyright*, kullanımının devrini öngören bir lisans sözleşmesidir⁴.

1.1.2.1. Patent Lisansı Sözleşmeleri

Patent, sahibine belirli bir süre için hakkın üçüncü kişilerce kullanılmasına engel olma yetkisini de içeren mutlak bir hak vermektedir. Bu hak lisans yoluyla başkalarına kullanılabilir.

AB Tüzüğü kapsamında patent kavramı ile patent, patent uygulamaları, faydalı modeller, tasarımlar, yarı iletken topoğrafyalar, tıbbi/tedavi edici ürünler ve alabilecek diğer ürünler için tamamlayıcı koruma sertifikaları, bitki yetiştirme sertifikaları ifade edilmektedir⁵.

Türk fikri mülkiyet hukukunda bu kavramlar ayrı düzenlemelere tabi fikri haklardır. 551 sayılı Patentin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁶ (PatentKHK) ile düzenlenen patent, “yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan” buluşlara⁷ verilen bir koruma

² Bkz. Bölüm 1.3.2.2, dn. 51.

³ AB Tüzüğü m. 1/1, b.

⁴ Marka lisansları bu kapsamda bulunmamaktadır. Marka lisansı sözleşmeleri, lisansın doğrudan malların ve hizmetlerin kullanımı, satışı ya da yeniden satışına ilişkin olmaları ve anlaşmanın birincil konusunu oluşturmadıkları takdirde, dikey anlaşmalar hakkındaki 2790/1999 sayılı Komisyon Tüzüğü kapsamında değerlendirilmeye devam edeceklerdir (AB Tüzüğü Rehberi m. 53).

⁵ AB Tüzüğü m. 1/1, h.

⁶ RG 27.7.1995, 22326 (Değişiklik, 22.6.2004 tarih 5194 sayılı Kanun, RG 26.6.2004, 25504).

⁷ Buluş, bir beşeri gereksinim olarak ortaya çıkan soruna teknik alana giren, uygulanabilir bir öğretisi ile çözüm getiren, fikri bir üründür (Tekinalp 2002, 451). Cornish'e (1996, 6) göre, büyük

Fatma GÖZLÜKAYA

belgesidir⁸. Faydalı model ise, basit formül ve ilkelere dayanan teknik çözümlerdir ve sadece ürünlere ilişkin olarak verilir (Tekinalp 2002, 14). Faydalı model, PatentKHK’ında yer alan özel hükümlerle korunmaktadır⁹.

Endüstriyel tasarım, bir ürünün tamamı veya bir kısmı üstündeki süslemenin, çizgilerin, özel şekillerin, ürünün renk ve biçiminin, ürünü oluşturan malzemenin görme ve dokunma duyularıyla algılanabilen görünümüdür (Tekinalp 2002, 15). Endüstriyel tasarımlar, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye¹⁰ (EndKHK) tabidir.

Entegre devre ve topoğrafyaları, 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun¹¹ (5147 sayılı Kanun) ile düzenlenmektedir. Kanun’da entegre devreler, elektronik veya bunun gibi diğer işlevleri yerine getirmek üzere tasarlanmış, en az bir aktif elemanı olan ve ara bağlantılarından bir kısmının ya da tümünün bir parça malzeme içerisinde ve/veya üzerinde bir araya getirilmiş ara veya son formdaki ürünü, entegre devre topoğrafyası ise, entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren görünüm olarak tanımlanmaktadır¹².

Türkiye’de bitki türleri, 15.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren “Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun” ile korunmaktadır.

Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, AB Tüzüğü ile uyumlu olarak, patent kavramı Türk hukukundaki anlamının yanı sıra, yeri geldikçe, yukarıda bahsi geçen tüm fikri hakları içerecek şekilde kullanılacaktır.

1.1.2.2. Know-How Lisansı Sözleşmeleri

Know-how, işletmelerin ekonomik faaliyetlerinde (malların üretiminde, satımında, hizmetlerin sunulmasında, organizasyon ve idare gibi işletmeye ilişkin faaliyetlerde) kullanılan teknik, ticari, idari, mali veya başka bir alana ait bilgidir (Baş 2000, 33).

Türk fikri mülkiyet mevzuatında know-how tanımına rastlanmamaktadır. Bununla beraber, Rekabet Kurulu’nun 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği’nde¹³ (2002/2 sayılı Tebliğ) know-

ya da küçük çapta da olsa bilinen buluşları aşan teknolojik gelişme niteliğindeki buluşlara da patent verilebilmesi mümkündür.

⁸ PatentKHK m. 5.

⁹ PatentKHK m. 154 vd.

¹⁰ RG 27.7.1995, 22326. (Değişiklik, 22.6.2004 tarih 5194 sayılı Kanun, RG 26.6.2004, 25504).

¹¹ RG 30.4.2004, 25448.

¹² 5147 sayılı Kanun m. 2/a, b.

¹³ RG 14.7.2002, 24815.

how, fikri haklardan ayrı bir kavram olarak ele alınmış ve tanımlanmıştır. Bu tanım ve özellikler, AB Tüzüğü ve Topluluk hukukunun diğer ilgili düzenlemelerindekilerle aynıdır. Buna göre know-how, tecrübe, deneme sonucu elde edilen, patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli (*secret*), esaslı (*substantial*) ve belirlenmiş (*identified*) bilgi paketi anlamına gelmektedir¹⁴.

Know-how'ın, teknik ve ticari anlamda değerli bir bilgi olmasına karşılık patent belgesi alınmayan ya da alınamayan¹⁵ teknik buluşların sahiplerini korumaya yönelik olarak uygulamada ortaya çıkan bir kavram olması, fikri hak niteliği ve lisans sözleşmesine konu edilebilirliği hakkındaki tartışmalara sebep olmuştur. Know-how'ın fikri mülkiyet hakkı olmadığı¹⁶ (Jones ve Sufrin 2001, 559), fiili bir durumu karşıladığı öğretide baskın olan görüştür¹⁷. Nitekim hakkında özel bir hukuki düzenleme bulunmadığı için mutlak hak sayılmayan know-how'ın lisans sözleşmelerine konu edilemeyeceği de söylenmektedir¹⁸.

Kanımızca, Borçlar Kanunu (BK) m. 41 vd. ile TTK m 56 vd. düzenlenen haksız fiil ve haksız rekabet hükümleri ile korunan know-how, sır niteliği taşımasa bile¹⁹ sahibine rakipleri karşısında avantaj sağladığı, fiilen de olsa tekel niteliğinde bir kullanım olanağı verdiği için malvarlığına ilişkin bir hak olarak kabul edilmeli ve lisans sözleşmesine konu edilebilmelidir (Özdemir 2002, 47).

1.1.2.3. Yazılım Copyrightı Lisans Sözleşmeleri

Yazılım, bilgisayar programlarının yanı sıra, akış planları, yapı programları, programı tanımlayan diğer geliştirme dokümantasyonları ve programı anlamak için kullanıcıya teslim edilen malzemeyi kapsamaktadır (Eroğlu 2000, 1). İşletim sistemleri, internet tarayıcıları (*web browser*), özel

¹⁴ Her iki tanımda ortak olan gizli, esaslı ve belirlenmiş olma unsurları ilgili düzenlemelerde açıklanmakla birlikte bunlar uygulamada ortaya çıkan belirsizlik ve karmaşayı bertaraf etmekten uzaktır (Bkz. AB Tüzüğü Rehberi parag. 47 ve 2002/2 sayılı Tebliğ m. 3/1, f).

¹⁵ Patent alma yeterliliği taşıyan bazı buluşlar için bazen yaratıcının bilgiyi kamuya açmama, gizli tutma isteği sebebiyle patent belgesi alınmamaktadır (Jones ve Sufrin 2001, 559).

¹⁶ Aksi yönde, Tekinalp 2002, s. 19.

¹⁷ İsviçre ve Türk öğretisindeki ilgili görüşler için bkz. Özdemir 2002, s. 45.

¹⁸ Bkz. Özdemir 2002, s. 42.

¹⁹ Genel kabul gören görüş, know-how lisansına konu olabilecek bilgilerin mutlaka ticari sır niteliği taşıması gerektiği, bu nitelikte olmayan ancak alıcının durumuna göre emek, zaman ve para harcanmaksızın erişilemeyecek bilgilerin de, subjektif ve nispi sır nitelikleri gereği, lisans olarak verilebilecekleri yönündedir (Özdemir 2002, 44 ve 123). Rekabet Kurulu'nun 2002/2 sayılı Tebliği'nde yer verilen know-how'ın gizlilik unsuruna ilişkin tanımda da, bilginin mutlak ticari sır olma niteliği aranmamaktadır. Gürzumar (1995, 101) ise, gizli olmayan know-how aktarımına ilişkin sözleşmelerin vekalet sözleşmesinin bir alt türü sayılması gerektiği görüşündedir.

Fatma GÖZLÜKAYA

amaçlı kullanımlara yönelik örneğin istatistik, muhasebe, tasarım yazılımları buna örnek olarak verilebilir.

Son teknolojik gelişmelere bağlı olarak (dijital teknoloji), yazılımların değer kaybı olmaksızın kopyalanabilmeleri oldukça kolaylaştığından yazılımlara yönelik hukuki korumanın önemi artmış ve mevcut düzenlemelerden daha uygun koruma yolları tartışılmaya başlanmıştır²⁰.

Yazılım üzerinde yaratıcısının manevi ve mali hak ve yetkileri bulunmaktadır. Çoğaltma²¹, ayırıştırma, yayma, işleme gibi hakları içeren mali haklar eserden ekonomik yönden yararlanma ve üçüncü kişilerin bundan yararlanmalarına engel olma yetkisi veren mutlak haklardır (Eroğlu 2000, 80). Bahsi geçen mali hakların lisans sözleşmelerine konu edilebilmesi mümkündür.

1.1.3. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Rekabet Üzerindeki Etkileri

Teknoloji transferi sözleşmeleri, bir yönden sözleşme taraflarının menfaatlerinin en yüksek seviyede korunmasına, diğer yönden yeni teknoloji, yeni ürün ve hizmetlerin piyasada etkin bir şekilde yayılması ve dağılmasına hizmet ederek, genellikle, rekabeti olumlu yönde etkilemektedir.

Özellikle hak sahiplerinin sınırlı pazar gücüne sahip oldukları ve piyasada bu hakkı talep eden büyük ve yerleşik başka sağlayıcıların bulunduğu hallerde hakların kullanılabilmesi, bizzat kullanmaya göre fikri hak sahipleri için daha büyük bir kazanç dönüşebilmektedir (Biester 2002, 2). Bu durum uzun dönemde, lisans veren teşebbüsleri; yeni teknoloji yaratmak üzere AR-GE faaliyetinde bulunan kişileri daha büyük yatırımlar yapmaya teşvik etmektedir (Farrell ve Shapiro 2004, 20). Bu sözleşmeler teknolojik varlıklarla lisans alanın üretim varlıklarını (üretim tesisleri, dağıtım bağlantıları, iş gücü ve diğer tamamlayıcı ya da engelleyici fikri mülkiyet hakları gibi) etkin bir şekilde

²⁰ Yazılımlar, Türkiye de dahil olmak üzere, genellikle fikir ve sanat eserlerini koruyan kanunlarla korunmaktadır. Bazı yargı çevrelerinde ise, yazılımla ilgili buluşların patentle korunmaları için hukuki düzenlemeler yapıldığı ve patentli yazılım sayısının hızla arttığı gözlemlenmektedir. Yazılımların patent alabilme yeterlilikleri ve düşük kaliteli yazılım patentlerinin elektronik ticaret sektörü üzerindeki olası olumsuz etkileri de bu paralelde tartışılmaya devam etmektedir (OECD 2004, 24 ve FTC 1996, 17-21). Landes ve Posner (2003, 391), yazılımın *copyright* ile korunmasının bile antitröst hukuku bakımından gereğinden fazla bir koruma getirerek sakıncalı olabileceğini belirterek, endüstri standardı haline gelmiş kodların yazılmasındaki zorluklar sebebiyle, yazılım maliyetlerinin karşılanması için gerekenden çok daha yüksek tekeli fiyatlarla sebep olabileceğini söylemektedirler.

²¹ Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun'da (FSEK) çoğaltma kavramı, yazılımın geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanmasını kapsayacak şekilde, Kanun'un diğer maddelerinde olduğundan daha geniş olarak tanımlanmıştır.

birleştirek yeniliklerin ortaya çıkması için gerekli olan kapsam ve ölçek ekonomilerini ortaya çıkarmakta ve lisans alanlar için önemli bir etkinlik yaratmaktadır (Peeperkorn 2003, 529). Tüketiciler bu sözleşmelerden maliyetlerin ve buna bağılı olarak fiyatların düşmesi, yeni ürünlerin piyasaya sunulması sonuçlarını doğurdıkları için dolaylı olarak yararlanmaktadır (Biester 2002, 2).

Teknoloji transferi sözleşmeleri ayrıca AR-GE çalışmalarında düplikasyonu azaltarak, teknolojik yeniliklerin kullanımı ve yaygınlaşması için fırsat yaratarak, ürün pazarında rekabeti artırıcı etkilerin doğmasını sağlayarak çeşitli ekonomik verimlilikler de yaratmaktadır.

Bu ve benzeri çok sayıdaki olumlu etkilerine karşın teknoloji transferi sözleşmeleri, tarafların üzerinde anlaştıkları ya da özellikle lisans veren taraftan dayatılan kimi hükümleri veya konu edildikleri uygulamalar sebebiyle, belirli pazar koşullarında, rekabeti kısıtlayıcı sonuçlar da doğurabilmektedir (Dolmans ve Piilola 2003, 543). Bu etkiler ve ilgili rekabet hukuku uygulaması takip eden bölümlerde incelenmektedir.

1.2. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ YOĞUN OLDUĞU PAZARLARIN GENEL EKONOMİK ÖZELLİKLERİ

Fikri mülkiyet haklarının teşebbüs faaliyetlerinin asıl unsurlarından biri olduğu yüksek teknoloji ve yenilik piyasalarının, birbirinden farklı özelliklerinin yanı sıra, bu piyasalara genel karakterini kazandıran ortak bazı ekonomik özellikleri bulunmaktadır. Teknoloji transferinin sıklıkla görüldüğü bu pazarların ekonomik özellikleri, rekabeti kısıtlama riski taşıyan kimi teknoloji transferi sözleşmelerinin ya da sözleşme hükümlerinin yöneldikleri amaç ve piyasadaki olası etkilerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

Söz konusu piyasaların rekabet hukukunu ilgilendiren en belirgin ortak ekonomik özellikleri, çok yüksek seviyede yenilik, hızlı teknolojik değişim, pazara hızlı ve sık giriş çıkışlar, bununla beraber pazardaki güçlü şebeke dışsallıkları²² (ve buna bağılı olarak tüketici üzerindeki geçiş maliyeti) sebebiyle ortaya çıkan yüksek yoğunlaşma, bilginin taşma etkisi (*spillover effect*) sebebiyle teşebbüsler arası işbirliğine yatkınlık, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin acil uyumluluk²³ (*instant scalability*) yeteneğine sahip olmaları ve

²² Şebeke etkileri, tüketimde ölçek ekonomisi olarak da ifade edilmektedir. Yüksek teknoloji endüstrilerinde olduğu kadar hatta daha fazla fikri mülkiyet içeriği olan ancak şebeke etkilerinin görülmediği çok sayıda endüstri de bulunmaktadır (Leary 2001, 2).

²³ Bir firmanın marjinal maliyetinde artış olmaksızın bir ürünün üretimini çok hızlı olarak artırabilme yeteneği anlamında kullanılmaktadır.

Fatma GÖZLÜKAYA

sınırlı sermaye ihtiyacı²⁴, değişken üretim maliyetlerine bağlı AR-GE çalışmalarının yüksek sabit maliyeti ve geniş kapsamda çıktılar üzerinden azalan ortalama maliyet olarak ifade edilebilir (Landes ve Posner 2003, 390, Gilbert ve Tom 2001, 5, Posner 2000, 1). Aşağıda bu özellikler, aralarındaki ilişki ve pazar üzerindeki etkileri, pazar gücü, yoğunlaşma ve maliyet-fiyat politikası başlıkları altında kısaca açıklanmaktadır.

1.2.1. Pazar Gücü

Fikri hak odaklı pazarların temel özelliklerinden biri faaliyet gösteren teşebbüslerin yenilik yapma güdüsünün oldukça güçlü olmasıdır (Pitofsky 2001, 5). Bunun sonucunda ortaya çıkan hızlı teknolojik değişim beraberinde, teşebbüslerin pazardaki pozisyonlarının birden bire ve kritik bir şekilde değişmesi ve hakim durumdaki teşebbüsün alanındaki teknik gelişmeler sonucunda marjinal boyutlara gerilemesini getirebilmektedir (Gilbert ve Tom 2001, 5). Dolayısıyla bu piyasaların temel unsurlarından biri olan fikri mülkiyet hakları üzerindeki hukuki koruma ve şebeke dışsallıkları, ilk bakışta tekel ve hakim durum yaratmaya yönelik etkiler gösterse de bu durum genellikle süreklilik arz etmemektedir. Bununla birlikte, bu tür pazarlarda hakim durumda bulunan teşebbüsün sahip olduğu teknolojinin *de facto* bir endüstri standardı haline gelerek pazar gücünü kalıcı hale getirmesi de mümkündür.

Pitofsky (2001, 5), ampirik verilerin eksikliğine rağmen, fikri mülkiyet pazarlarının yüksek oranda yenilik içermesi, pazara görece kolay giriş olanağı ve kalıcı pazar paylarının yokluğunun, bu pazarlarda kartele yönelik oluşumların ve tekel gücünün kısa ömürlü olmasını sağladığı görüşündedir.

Pazarın bu dinamik yapısı, pazar paylarının değişkenliği pazarda faaliyet gösteren ya da pazara giriş yapmayı planlayan teşebbüsler için olduğu kadar pazarı rekabet açısından gözlemek, incelemek ve gerektiğinde müdahale etmek durumundaki uygulamacılar için de pazarın gelişim yönü hakkında doğru öngörüler yapılabilmesini güçleştirmektedir.

1.2.2 Yoğunlaşma

Söz konusu pazarlarda görülen şebeke dışsallıkları ve bilginin taşma etkisi, teşebbüsleri işbirlikleri, birleşme ve devralmalara yönlendirerek yoğunlaşmış bir pazar yapısının ortaya çıkmasını sağlamaktadır.

²⁴ Küresel sermaye piyasalarındaki teşebbüsler için yakın döneme kadar geçerlidir (Landes ve Posner 2003, 390).

Şebeke dışsallıkları²⁵ doğrudan ya da dolaylı olarak ortaya çıkabilmektedir. Şebekeye ya da ürüne verilen değer, kullanıcılarının sayısına göre değiştiği hallerde doğrudan şebeke dışsallığı ortaya çıkmaktadır. Birbirini tamamlayıcı nitelikteki ürünlere bağlı olarak ortaya çıkan şebeke dışsallıklarının dolaylı oldukları kabul edilmektedir. Örneğin, bir bilgisayar işletim sistemi üzerinden çalıştırılabilen program ve uygulamaların sayısı ve bunlara tüketici tarafından verilen değer, bilgisayar işletim sisteminin kullanıcı sayısına bağlı olarak artabilecektir. Belirli bir ürüne (teknolojiye) yönelik yoğun talep beklentisi pazarın bir yöne eğilmesine (*tipping*) ve hakim durum oluşmasına neden olabilmektedir (Rubinfeld ve Hoven 2001, 80). Diğer taraftan şebeke dışsallıkları, piyasanın aynı ya da farklı seviyelerindeki teşebbüsler arası işbirliklerinin artmasına sebep olmakta, bu durum standartlaşmaya yol açabilmektedir.

Carlton ve Gertner (2002, 6), şebeke dışsallıklarının tek başına teknolojinin yoğunlaşmasına öncülük edebilecek ve küçük rekabetçi teknolojilerin varlıklarını sürdürmesini güçleştirecek seviyeye gelebileceğini ifade etmektedir. Özellikle, şebeke dışsallıklarının uyumsuz şebekeler arası geçiş maliyeti (*switching cost*) ile birleştiği pazarlarda, rakip şebekelerin pazara girişi önünde yüksek engellerin oluşması mümkündür (Shapiro 1999b).

Bilginin taşma etkisi, fikri mülkiyet yoğun pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin yeniliğe ulaşmak için yapmak zorunda oldukları AR-GE çalışmaları sonucunda genellikle kendileri dışındaki, rakipleri dahil, kişiler için de yararlı bilgiye ulaşmalarından kaynaklanmaktadır. Üçüncü kişilerin bilgiye erişimindeki kolaylık göz önüne alındığında, mutlak koruma altındaki fikri mülkiyet haklarının varlığı halinde bile sahibinin bilgisinden en yüksek seviyede yararlanabilmesi zorlaşabilmektedir. Bu durumda, hak sahibi yeniliğinden en geniş şekilde iki yolla yararlanabilmektedir: Büyük üretim kapasitesine sahip olarak ya da bedeli karşılığında bilgiyi paylaşmaya yönelik işbirlikleri kurarak. Bunun sonucunda geleneksel rekabet politikalarının şüpheyle yaklaşacağı yoğunlaşmış pazar yapıları ve artan sayıda rakipler arası işbirliği ile karşılaşılabilir. Ne var ki yenilik pazarlarında bu durum, tüketicinin yararına olabileceğinden geleneksel rekabet politikaları ile konuya yaklaşılması uygun olacaktır (Gilbert ve Tom 2001, 5).

²⁵ Olumlu geri dönüşüm etkilerinin (*positive feedback effects*) de, kimi zaman doktrinde aynı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Olumlu geri bildirim etkisi, malların tamamlayıcı nitelikte oldukları hallerde, bir ürünün kullanımındaki artışın diğer ürünleri kullanıcıları için daha değerli hale getirmesi olarak tanımlanmaktadır (Encaoua ve Hollander 2002, 4). Olumlu geri bildirim, özellikle bilgi tabanlı endüstrilerde yaygın olarak görülmektedir.

1.2.3. Maliyet Yapısı ve Fiyat Politikası

AR-GE çalışmaları ihtiyaç gösterdikleri tesis, uzman insan kaynağı, zaman gibi unsurlara bağlı olarak yenilik pazarları için, üretim miktarından büyük oranda bağımsız, yüksek bir başlangıç maliyetinin oluşmasına sebep olmaktadır (Encaoua ve Hollander 2002, 3). Yüksek başlangıç maliyetine katlandıktan sonra üretilen her yeni ürün için katlanılan marjinal maliyet ise sifıra yakın olmaktadır. Bir kere yaratılan bir fikrin ve üretilen ürünün kopyalanması ve kullanılmasının maliyeti neredeyse yoktur²⁶.

AR-GE çalışmaları sonucunda elde edilen buluşun, yapılan teknolojik yeniliğin karlı olabilmesi için fiyatın marjinal maliyetin üzerinde oluşması gerektiğinden, bu endüstrilerdeki firmaların marjinal üretim maliyetine yakın bir fiyatla varlıklarına devam etmeleri mümkün olamamaktadır (Encaoua ve Hollander 2002, 3). Oluşan ürün fiyatının marjinal üretim maliyetine eşit olması halinde, çoğu yüksek teknoloji firmasının başlangıçtaki ürün yaratma ve geliştirme maliyetine katlanması olanaksızlaşır. Diğer bir ifadeyle, marjinal maliyetin üzerinde fiyat belirleme kabiliyeti anlamına gelen pazar gücü, pek çok yüksek teknoloji firmasının varlığını devam ettirebilmesi için zorunludur (Shapiro 1999a, 3). Dolayısıyla, klasik antitröst analizlerinde esas alınan tam rekabet modelinin pek çok yüksek teknoloji pazarında uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu piyasaların yüksek sabit maliyet ve düşük marjinal maliyet özellikleri geleneksel rekabet politikasının kabul edemeyeceği bazı uygulamaların etkinlik yaratmasına sebep olabilmektedir. Örneğin, farklı kullanıcılara farklı fiyat uygulanması etkinliğin yanı sıra ürün satışında artışa da sebep olabilmektedir. Bazı hallerde bağlama uygulaması ve münhasır bölgesel lisanslar da aynı etkiyi doğurabilmektedir. Lisans verenin bu kısıtlamalar ile lisans vermesi yasaklansa, lisans bedelinin bölgenin kabul edebileceğinin üstüne çıkması ve bölgede lisanslı ürünün yararlarından vazgeçilmesi sonucu doğabilecektir (Tom 1998, 24).

1.3. İLGİLİ REKABET İNCELEMESİNİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Teknoloji transferi sözleşmelerinin asıl unsurunu oluşturan fikri mülkiyet haklarının sahibine verdiği tekel hakkı ve mutlak koruma yetkisi, rekabet hukukunun bu haklarla ilgili eylem ve anlaşmalar karşısındaki sınırlarının

²⁶ Bunun sonucunda, her bir bağımsız çıktının yeniden üretimi daha düşük bir maliyet (değişken maliyet) yaratır ve böylece ortalama toplam maliyet düşer (Encaoua ve Hollander 2002, 3). Örneğin bilgisayar programının üretilmesi ve bunun daha sonra kopyalanması arasındaki maliyet farkı karşılaştırılamayacak kadar fazladır.

belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu bölümde öncelikle, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku ilişkisi üzerinde durulduktan sonra, AB ve ABD yargı çevrelerinin teknoloji transferi sözleşmeleri hakkındaki ilgili rekabet hukuku düzenlemelerine ve bu düzenlemelerde benimsenen rekabet hukuku uygulamasının temel prensiplerine yer verilecektir.

1.3.1. Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku

Teknoloji transferi sözleşmelerinin türlerinin incelendiği bölümde ifade edildiği üzere, bu sözleşmelerin konusunu oluşturan patent ve yazılım *copyright*'ı birer fikri haklardır. Fikri haklar sahiplerine, birbirinden farklı kapsamda mutlak nitelikli bir koruma tanırlar. Farklı kapsamlı bu korumaların ortak noktası, hak sahibine, kendi izni olmaksızın, üçüncü kişilerin hak konusu ürünü ya da yöntemi üretmeleri, satmaları, kullanmaları ve ithal etmelerini yasaklamaya yönelik inhisari bir yetki vermesidir (Tekinalp 2002, 7). Sözleşmelerin diğer konusu olan know-how'ın ise, fiilen ortaya çıkan bir durum olduğu, bu sebeple sahibine mutlak nitelikli fikri bir hak vermediği yukarıda belirtilmişti. Buna karşın know-how'ın da sahibine, bahsi geçen inhisari yetki benzeri bir koruma sağladığı açıktır²⁷.

Her ne kadar öğreti ve içtihat hukukunda,²⁸ artık fikri mülkiyet haklarının sahibine kendiliğinden tekel hakkı vermediği ya da hakim durum yaratmadığına ilişkin genel bir kanı bulunsa da (Tritton 1996, 627, Leveque ve Meniere 2004, 3), tarihsel süreçte fikri mülkiyet korumasının sağladığı tekel hakkının, rekabet üzerinde fiili veya potansiyel olumsuz bir etki doğurduğu ya da bu amaçla kullanıldığı hallerde rekabet hukukuyla çatışma içine girdiği kabul edilmiş (Odman Boztosun 2002b, 75) ve rekabet hukukunun bu alana müdahalesinin sınırlarının ne olacağı sorusu gündeme gelmiştir.

Son dönemde öğreti, her iki hukuk dalının birbiriyle çatışan yönleri bulunmasına karşın paylaştıkları ortak hedef sebebiyle, birbirlerini tamamlayıcı özelliklerinin ön plana çıktığı (Ullrich 2001, 371-374) ve rekabet kurallarının ekonomik faaliyetler içinde önemli bir yere sahip bulunan fikri haklarla ilgili eylemlere de uygulanabileceğinden kuşku duyulamayacağı konusunda uzlaşmış görünmektedir (Kaya 2001, 45).

²⁷ Fikri haklara sağlanan bu koruma, toplum refahı üzerinde yarattıkları olumlu etki göz önüne alınarak düşünsel, sanatsal, bilimsel faaliyetlerin ve esasen yaratıcılığın teşvik edilmesi amacı taşımaktadır. Aksi halde, taklit, izinsiz kopyalama eylemleri yasaklanmamış olacak, mucit ve yatırımcıların yenilik ve yeniliğe yatırım yapma güdüsü ortadan kalkabilecektir (Tom 1998, 23).

²⁸ Deutche Gramophon GmbH v. Metro-SB-Grossmarkte GmbH (78/80) 8 June 1971, [1971]ECR 487, [1971] CMLR 631, CMR 8106.

Fatma GÖZLÜKAYA

Bu ortak hedef, “yeniliklerin, endüstrinin ve rekabetin desteklenmesi” olarak ifade edilmektedir²⁹. Fikri mülkiyet yoğun çoğu yüksek teknoloji pazarında, fiyat, arz miktarı, hizmet çeşitleri ve ürün kalitesi gibi tüketiciye yönelik geleneksel doğrudan rekabet unsurlarının yanı sıra teknolojik yenilikler, bu unsurları etkileyebilecek dolaylı bir rekabet unsuru olarak karşımıza çıkmakta, kimi hallerde en önemli rekabet unsuru haline gelmektedir (Odman Boztosun 2002a, 173)³⁰. Bu durum, bu piyasalar için bahsi geçen ortak hedefin yeniliğin desteklenmesi yönünü ön plana çıkarmaktadır.

Fikri haklara ilişkin anlaşma ve eylemlere müdahale edebileceği kabul edilen rekabet hukukunun bu müdahalesinin sınırları henüz kesinlik kazanmamıştır. Avrupa Topluluğu (AT) hukukunda bu sınırlar, hakkın varlığı (*existence*) ve hakkın kullanımı (*exercise*) kavramları ile belirlenmeye çalışılmaktadır. Buna göre, ulusal hukuklar tarafından tanımlanacak ve koruma sınırları belirlenecek olan fikri hakların varlığı rekabet yasaklamasına konu olamamaktadır³¹. Ancak hakların kullanımı, Topluluk içindeki serbest ticareti etkilediği ve kısıtladığı ölçüde Topluluk hukukunun ve dolayısıyla rekabet hukukunun müdahalesine açık bir alan haline gelmektedir³². Bununla birlikte ATAD’ın, Topluluk’un yargı yetkisinin hakkın varlığını da kapsadığı yönünde kararlar³³ almakta olduğu görülmektedir. Öğretide bu kavramsal ayırım, belirsiz ve anlaşılabilir olması, uygulamada çözüm yaratmaktan uzak olması sebebiyle eleştirilmekte ve ATAD’ın sonraki tarihli kararlarında³⁴ söz konusu ayırma yer veremeyerek bu yaklaşımdan ayrıldığına işaret edilmektedir (Özcan 1999, 113, dn. 28-29).

Topluluk hukukunda, yukarıdaki kavramları tamamlamak üzere, hakkın spesifik konusu ya da hakkın özü olarak ifade edilen üçüncü bir doktrin daha geliştirilmiştir. ATAD, bu kavramın kesin bir tanımını yapmamakta ve her

²⁹ Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 897 F. 2d 1572, 1576 (Fed. Cir. 1990). ABD Rehberi’nde bu ortak amaç, yeniliğin desteklenmesi ve tüketici refahının artırılması olarak ifade edilmektedir (m. 1.0).

³⁰ Bu bakımdan yenilik ve teknolojik değişim, rekabet otoritelerinin rekabet incelemelerinde içinde bir ihlal gerekçesi olarak önceki dönemlere göre daha fazla önem kazanmaya ve yer bulmaya başlamışsa da, özellikle ABD’de, bu incelemelerde henüz “kral” olmayı başaramamıştır (Gilbert ve Tom 2001, 3, Carlton ve Gertner 2002, 3).

³¹ RA m. 295.

³² RA m. 28-30. Consten & Grundig v Commission, 58/64 (1965), ECR 385. Bkz. Arı 2003, s. 9.

³³ Warner Brothers Inc. v Christiansen, 158/86 (1988), ECR 2605, CICRA v Renault, 53/87 (1988), ECR 6039 ve Volvo v Veng UK, 238/87 (1988), ECR 6211.

³⁴ Radio Telefis Eirann v Commission, T-69/89 (1991), ECR II-485, British Broadcasting Cooperation v Commission, T-70/89 (1991), ECR II-535, Independent Television Publication Ltd v Commission, T-76/89 (1991), ECR II-575, RTE and ITP v Commission, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P (1995), ECR I-743 (Magill kararı), ITH Internatiöle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH, 9/93 (1994), ECR I-2789 (İdeal Standart kararı).

somut olayda inceleme konusu hakkın özünü ayrıca belirlemektedir³⁵. Kavramın tanımındaki ve tanımı yapacak makam (ATAD veya ulusal mahkemeler) konusundaki belirsizlik bu doktrinin de eleştirilmesine sebep olmaktadır (Tekinalp ve Tekinalp 2000, 694).

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaç³⁶ ve kapsam³⁷ maddeleri ile ilgili diğer hükümleri incelendiğinde, Kanun'da özel olarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği³⁸ ve bu sebeple Kanun'un fikri mülkiyet haklarına dayanan hukuki işlem ve eylemlere doğrudan uygulanması önünde bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır (Odman Boztosun 2002a, 188, Özdemir 2002, 200)

Bununla beraber, öğretide fikri hakkın niteliğinden kaynaklanan ve fonksiyonlarını icra etmesini sağlayan yetkilerin kullanılmasının, rekabet hukukunun ve dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un yasaklayıcı hükümlerine tabi tutulamayacağı, ancak bu istisnanın rekabet düzeninin korunmasındaki menfaatin gözetilebilmesi için kısıtlayıcı bir anlayışla uygulanması gerektiği görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu çerçevede Özdemir (2002, 201), fikri mülkiyet haklarından kaynaklanan bir eylemin rekabet hukuku açısından değerlendirilebilmesi için öncelikle fikri hakkın koruma alanın, hakkın üçüncü kişilerce ihlalini yasaklamayı da kapsayıp kapsamaması bakımından belirlenmesi ve eğer bu fonksiyon dışında kalan bir oluşum varsa rekabet hukukunun uygulanması gerektiğini söylemektedir.

Boztosun (2002a, 188) ise, 4054 sayılı Kanun'un hiçbir maddesinde, fikri mülkiyet düzenlemelerinin uygulanmasına öncelik tanınacağına dair bir hüküm bulunmadığından bu Kanun'u ihlal ettiği iddia edilen teşebbüsün, bizatihi fikri mülkiyet düzenlemelerinden kaynaklanan mutlak hakkına dayanmasının haklı bir gerekçe olarak kabul edilmeyebileceği görüşündedir. Yazar, rekabet hukukunun fikri hakların tümüyle bertaraf edilmesine sebep olmayacak şekilde uygulanması gerektiği ve fikri mülkiyet düzenlemelerinde

³⁵ Kimi kararlarda hakkın spesifik konusu, hakkın temel işlevi de göz önüne alınarak belirlenmiştir. Centrafarm v Sterling Drug davasında patent hakkının spesifik konusu, patente konu olan buluşun sahibinin yaratıcı çabalarını ödüllendirmek olarak tanımlanmaktadır (Centrafarm v Sterling Drug, 15/74 (1974), ECR 1147).

³⁶ RKHK m. 1.

³⁷ RKHK m. 2.

³⁸ İsviçre Kartel Kanunu'nun 3. maddesinde Kanun'un münhasıran fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan etkilere uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Kartel Kanunu'nun getirdiği sınırlamaların fikri mülkiyet kaynaklı işlem ve eylemlere uygulanabilmesi için, uygulamanın fikri mülkiyeti ilgilendirmesi, ancak münhasıran fikri mülkiyeti düzenleyen kanunların bir uygulaması olmaması ve rekabet üzerinde etki yaratmış olması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir (Özdemir 2002, 188).

Fatma GÖZLÜKAYA

belirtilen amaç hükümlerinin rekabet hukukunun sınırlarını oluşturması gerektiğini ifade etmektedir.

Kanımızca, EndKHK'nın amaçlarından birini rekabet ortamının oluşturulması olarak açıklayan hükmü³⁹, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁴⁰ (MarkaKHK), lisans sözleşmelerinde konuya ilişkin diğer kanun, tüzük, yönetmelik ve tebliğlere aykırı hükümler bulunamayacağı ve bu tür düzenlemeler lisans tarihinden sonra yapılsa dahi lisans sözleşmelerindeki aykırı hükümlerin geçersiz sayılacağı yönündeki maddesi⁴¹ ve PatentKHK'nın, mahkemelere patent hakkının haksız kullanımı halinde zorunlu patente karar verme yetkisi veren hükmü⁴² ve 5147 sayılı Kanun'un hak sahibi veya lisans hakkı sahibince gerçekleştirilen kullanım şeklinin rekabeti ortadan kaldıracı nitelikte olduğunun adli ya da idari makamlarca tespiti üzerine zorunlu lisansa karar verilebileceğine ilişkin hükmü⁴³, Türk hukuku bakımından bir taraftan rekabet hukukunun fikri mülkiyet haklarına müdahalesi için uygun hukuki ortamı sağlarken, diğer taraftan bunun sınırlarını belirlemede de yön gösterici olarak görülebilecektir.

1.3.2. İlgili Hukuki Düzenlemeler

Çalışmamızda teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin rekabet hukuku incelemesi, AB ve ABD yargı çevrelerindeki uygulamalar karşılaştırılarak ve Türkiye'deki mevcut durum belirtilerek yapıldığı, sonuç olarak da Türk hukukunda benimsenmesinin uygun olacağı düşünülen genel bir yaklaşım verilmeye çalışıldığından, söz konusu uygulamaların dayanağını oluşturan ilgili hukuki düzenlemelere aşağıda yer verilmektedir.

1.3.2.1. Türkiye: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK)

Daha önceki bölümde değinildiği üzere, 4054 sayılı Kanun'un fikri mülkiyet haklarına dayanan hukuki işlem ve eylemlere doğrudan uygulanması mümkündür⁴⁴.

³⁹ EndKHK m. 1.

⁴⁰ RG 27.6.1995, 22326 (Değişiklik 22.6.2004 tarih, 5194 sayılı Kanun, RG 26.6.2004, 25504).

⁴¹ MarkaKHK m. 21. Baş, 4054 sayılı Kanun hükümlerinin diğer sözleşmeler gibi lisans sözleşmeleri için de emredici nitelikte olduğunu ve bu tür sözleşmelerde bu Kanuna aykırıları bulunmaması gerektiği görüşündedir (2001, 81).

⁴² PatentKHK m. 93.

⁴³ 5147 sayılı Kanun m. 37/1, b.

⁴⁴ Bkz. yukarıda Bölüm 1.3.1.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

4054 sayılı Kanun çerçevesinde, fikri mülkiyet haklarına ve dolayısıyla çalışma özelinde teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin rekabet incelemesi, Kanun'un genel hükümlerini düzenleyen 4 ve 6. maddelerine göre yapılmaktadır. Türk rekabet mevzuatında halihazırda teknoloji transferi sözleşmelerinin hangi koşullarla Kanun'un 4. maddesi uygulamasından muaf tutulacağını belirleyen grup muafiyeti tebliği ya da benzeri bir hukuki düzenleme bulunmadığından ilgili muafiyet değerlendirmesi 5. madde kapsamında yapılmaktadır.

1.3.2.2. Avrupa Birliği: Roma Antlaşması ve 772/2004 Sayılı Komisyon Tüzüğü

Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşması'nın (Roma Antlaşması-RA) 28-30 ve 81-82. maddelerinde Topluluk rekabet hukukunun dayandığı, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi ile serbest dolaşımı kısıtlayan ve rekabeti sınırlayan anlaşmaların ve uyumlu eylemlerin engellenmesi hakkındaki temel düzenlemeler yer almaktadır.

Anlaşma'nın 30. maddesinde düzenlenen malların serbest dolaşımı ilkesinin istisnalarından biri, üye devletlere verilen sınai ve ticari mülkiyetin korunması yetkisidir. Serbest dolaşım ilkesine getirilebilecek bu tür sınırlamalar Roma Antlaşması'nın 81 ve 82. maddelerinin harekete geçirilmesini gerektirebilmektedir.

Bu çerçevede teknoloji transferi sözleşmeleri de, RA'nın 81. maddesi ve 82. maddesi düzenlemelerine tabidir. Antlaşma'nın 81. maddesinin üçüncü fıkrasında anlaşma, karar veya uyumlu eylemlerin hangi koşullarla hükmün uygulamasından muaf tutulacağı düzenlenmiştir. AB Komisyonu, RA'dan aldığı⁴⁵ yetkiye dayanarak ilk Teknoloji Transferi Sözleşmeleri Hakkındaki Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü⁴⁶ (240/96 sayılı Tüzük) yayımlanmıştır. Söz konusu Tüzük, eski Patent Lisansı Sözleşmeleri Hakkındaki Grup Muafiyeti Tüzüğü⁴⁷ ve Know-How Lisansı Sözleşmeleri Hakkındaki Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü⁴⁸ ortadan kaldırarak bunların yerine geçmiştir.

⁴⁵ RA m. 83/2, b.

⁴⁶ Commission Regulation 240/96 Block Exemption for Technology Transfer Agreements [1996] OJ L31/2.

⁴⁷ Commission Regulation 2349/84 Block Exemption for Patent Licensing Agreements [1984] OJ L219/15.

⁴⁸ Commission Regulation 556/89 Block Exemption for Know-How Agreements [1989] OJ L61/1.

Fatma GÖZLÜKAYA

Rekabet hukuku alanındaki reform çalışmaları kapsamında, 1.5.2004 tarihinde yürürlüğe giren 1/2003 sayılı Konsey Tüzüğü⁴⁹, anlaşmaların bildirim mükellefiyetini ortadan kaldırarak, RA m. 81/1 ve m. 81/3'ün bir arada uygulanması usulünü getirmiştir. Topluluk rekabet hukukunda yaşanan bu gelişme, teşebbüslerin anlaşmalar hakkındaki değerlendirmelerini ön plana çıkarmakta ve buna bağlı olarak grup muafiyeti düzenlemelerinin önemini artırmaktadır.

Bu çerçevede AB Komisyonu, 240/96 sayılı Tüzüğü gözden geçirerek⁵⁰, 1.5.2004'te yürürlüğe giren 27.4.2004 tarih, 772/2004 sayılı Roma Antlaşması'nın m. 81/3 hükmünün teknoloji transferi sözleşmelerine uygulanması hakkındaki Komisyon Tüzüğü'nü yayımlamıştır⁵¹.

Tüzük, Önsöz dışında on bir maddeden oluşmaktadır. Önsözde, rekabet bakımından Komisyon'un teknoloji transferi sözleşmeleri için benimsediği temel prensipler ve söz konusu sözleşmeler incelenirken izlenecek yöntem ve bunun unsurları açıklanmaktadır. Tüzük'ün esasa ilişkin hükümlerini 2 ila 5. maddeler oluşturmaktadır⁵². "Muafiyet" başlıklı 2. maddede tanınacak muafiyetin kapsamı belirlerken, 3. maddede muafiyetin verilebileceği sözleşme taraflarına ilişkin pazar payı eşiklerine yer verilmektedir. Tüzük'ün lisans sözleşmelerini tümüyle muafiyet dışına çıkaracak nitelikteki kısıtlamaları gösteren "kara listesi" 4. maddede ele alınmaktadır. Beşinci madde ise, sözleşmelerde bulunması yasak kısıtlamaları belirlemektedir.

Önsözün 7. paragrafında belirtildiği üzere, Tüzük sadece, mal ve hizmetlerin üretiminde kullanılmak üzere, lisans verenin lisanslı teknolojiyi lisans alanın kullanmasına izin verdiği anlaşmaları kapsamaktadır. Tüzük kapsamına sadece iki taraflı anlaşmalar girmektedir. Daha fazla taraflı bir anlaşma bireysel olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte, Tüzük kapsamındaki iki taraflı anlaşmalar ile aynı nitelikteki çok taraflı anlaşmalara, kıyas yoluyla Tüzük'te yer alan prensip ve kurallar uygulanabilir⁵³.

⁴⁹ 17 sayılı 6.2.1962 tarihli Konsey Tarafından Çıkarılan Antlaşma'nın 81 ve 82. Maddelerinin Yürütülmesine İlişkin Birinci Topluluk Tüzüğü'nün yerine geçerek (OJ 13, 21.2.1962, 204; Özel Bası 1959-62, 87).

⁵⁰ 240/96 sayılı Tüzük ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Commission Evaluation Report (2001). 772/2004 sayılı Tüzük ile olan farklılıkları için bkz. Freshfields Bruckhaus Deringer 2004.

⁵¹ OJ 27.4.2004, L123/11. 27.4.2004 tarih, 2004/C101/02 sayılı "Teknoloji Transferi Sözleşmelerine Roma Antlaşması'nın 81. maddesinin Uygulanması Hakkındaki Rehber" başlıklı Komisyon Duyurusu, Tüzük uygulamasına ışık tutmakta ve koruma bölgesi dışında kalan anlaşmalara RA m. 81'in uygulanma esaslarını göstermektedir.

⁵² Tüzük'ün son maddelerinde, muafiyetin geri alınması ve uygulanmasına ilişkin çeşitli hükümlere yer verilmektedir.

⁵³ AB Tüzüğü Rehberi parag. 40.

Muafiyet, lisanslı teknolojideki fikri mülkiyet hakkı sona erinceye, kullanılmaz hale gelinceye (*lapse*) veya geçersizliği ilan edilinceye kadar anlaşmaların geçerli kabul edilmesini sağlar⁵⁴. Lisanslı teknolojinin konusunun know-how olması halinde ise, anlaşma muafiyetten know-how'ın gizliliğini koruduğu süre boyunca yararlanacaktır. Know-how lisans alanın bir davranışı sonucu aleniyet kazanırsa (kamu tarafından bilinir hale gelirse) bu takdirde muafiyet sadece anlaşma süresince uygulanacaktır.

Mevcut Tüzük muafiyet değerlendirmesini eskisine göre daha basit, net ve esnek bir yaklaşıma dayandırmaktadır⁵⁵.

Tüzük, öncelikle muafiyetin uygulanabileceği anlaşmanın tarafları için belirli bir pazar payı kriteri öngörmektedir⁵⁶. Buna göre, rakip olmayan taraflar arasındaki bir anlaşma grup muafiyetinden her bir tarafın ilgili teknoloji ve ürün pazarındaki payının %30'u; rakipler arasındaki bir anlaşma ise, ancak tarafların ilgili teknoloji ve ürün pazarındaki toplam paylarının %20'yi aşmadığı hallerde yararlanabilecektir. Bununla beraber, Tüzük'ün bu maddesi, yer verilen pazar payı sınırlarını aşan taraflar arasındaki anlaşmaların doğrudan 81/1. madde kapsamına girecekleri ya da m. 81/1 kapsamına girseler bile bile muafiyet koşullarını sağlayamayacakları anlamına gelmemektedir⁵⁷.

Anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi için getirilen ikinci kriter, "kara liste" (*hardcore restrictions*) olarak tanımlanan kısıtlamalardan herhangi birini içermemesidir⁵⁸. Kara listenin içerdiği kısıtlamalar, pazar payı kriterinde olduğu üzere, tarafların sözleşme tarihinde rakip olup olmamaları esasına göre farklılaşmaktadır. Kara listedeki herhangi bir hüküm anlaşmada yer almakta ise, tüm anlaşma muafiyet kapsamı dışına çıkmaktadır. İstisnai haller haricinde, kara listedeki kısıtlamaların m. 81/3 çerçevesinde bireysel muafiyetten yararlanması da mümkün değildir⁵⁹.

Yukarıdaki iki madde birlikte değerlendirildiğinde, AB Tüzük'ünün, aşağıda değinilecek olan ABD Rehberi'nde yer verilen "güvenli bölge" benzeri

⁵⁴ AB Tüzüğü m. 2/2.

⁵⁵ Korah (2004, 24), AB Tüzüğü'nün bu haliyle, ABD Rehberi'ndeki prensipleri paylaştığını ancak detaylı uygulamada ABD'nin daha liberal ve pek çok konuda daha belirli olduğunu ifade etmektedir. Dolmans ve Piilola (2003, 563) ise, yeni Tüzük'ün eskisine göre daha fazla serbestlik tanıyan hükümlerinin yanı sıra, eski Tüzük'ten daha sınırlayıcı hükümlerinin de bulunduğu görüşündedirler. Örneğin, pazar payı tavanları, rakipler arasındaki sözleşmelerde bölgesel sınırlamaların muafiyetten yararlanamaması gibi bazı maddeler eskisine göre daha kısıtlayıcıdır.

⁵⁶ AB Tüzüğü m. 3.

⁵⁷ AB Tüzüğü Önsözü parag. 12. Rehber IV. Bölüm altında, Tüzük kapsamı dışında kalıp, bireysel olarak m. 81/1 ve m. 81/3 değerlendirmesine tabi tutulacak teknoloji transferi sözleşmeleri hakkındaki incelemenin esaslarını düzenlemektedir.

⁵⁸ AB Tüzüğü m. 4.

⁵⁹ AB Tüzüğü Önsözü parag. 18.

Fatma GÖZLÜKAYA

bir koruma öngördüğünü söylemek mümkündür. Buna göre, pazar payı eşiklerinin altında kalan ve kara listedeki sınırlamaları içermeyen teknoloji transferi sözleşmeleri grup muafiyetinden yararlanmaktadır.

AB Tüzüğü'nün getirdiği son kriter, anlaşmanın Tüzük'ün 5. maddesinde yer alan kısıtlamalardan (*excluded restrictions*) birini içermesi halinde sözleşmenin geriye kalan kısmının geçerliliği devam ederken bu hükümler için ayrıca bir rekabet incelemesi yapılması gerektiğidir.

1.3.2.3. Amerika Birleşik Devletleri: Sherman Yasası ve Fikri Mülkiyet Lisansları Hakkında Rehber

ABD'de rekabet hukukunun temel kaynağı Sherman Yasası'nın birinci bölümünde, eyaletler arası ve yabancı devletler ile olan ticareti engelleyici anlaşmalar yasaklanmaktadır. Bu kapsamdaki teknoloji transferi anlaşmaları da hukuka aykırı ve yasaktır.

İçtihat hukukunun uygulanmakta olduğu ABD'de teknoloji transferi sözleşmeleri ve rekabet hukuku uygulamalarına ilişkin düzenleme, Birleşik Devletler Adalet Bakanlığı (DOJ) ile Federal Ticaret Komisyonu'nun (FTC) ortaklaşa yayımladıkları 6 Nisan 1995 tarihli "*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*" (ABD Rehberi) isimli düzenlemedir.

ABD Rehberi, patent, copyright, ticari sır ile korunan fikri mülkiyet hakları ile know-how'ın lisans olarak verilmesi ile ilgili düzenlemeleri içermektedir⁶⁰.

Rehber altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, DOJ ve FTC'nin fikri mülkiyet hukukunun sağladığı koruma ve rekabet hukuku ile ortak amaçları hakkındaki görüşleri yer almaktadır. İkinci bölümde, Rehber'deki fikri mülkiyet hukuku ve antitröst yaklaşımının temel prensipleri belirlenmektedir. Üçüncü bölümde, lisans anlaşmaları rekabet perspektifinden incelenirken göz önüne alınması gereken ilgili pazarlar, sözleşmelerdeki yatay-dikey ilişkiler gibi konular irdelenmekte ve anlaşmalardaki kısıtlamaların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir çerçeve (*rule of reason*) sunulmaktadır⁶¹. Dördüncü bölümde ise, bir önceki bölümde lisans sözleşmeleri

⁶⁰ ABD Rehberi'nin 1 numaralı dipnotunda, marka gibi ürün farklılaştırmasıyla ilgili konuların kapsam dışında olduğu belirtilmektedir.

⁶¹ Lisans sözleşmelerinden kaynaklanan kısıtlamaların *rule of reason* analizi altında incelenmesi, bahsi geçen sınırlamaların olası rekabeti kısıtlayıcı etkilerinin tespit edilmesi, eğer varsa bu kısıtlamaların aynı zamanda olumsuz etkiyi telafi edecek rekabetçi yararlar doğması için gerekli olup olmadığının irdelenmesidir. Lisans anlaşmasındaki bir kısıtlamanın *per se* rekabet ihlali mi sayılacağı, yoksa *rule of reason* analizine mi tabi tutulacağını belirlerken söz konusu kısıtlamanın ekonomik faaliyette etkinlik artırıcı bir bütünleşmeye sebep olma olasılığı esas alınmalıdır (m. 3.4).

hakkındaki incelemelerde kullanılması öngörülen *rule of reason* analizinin genel kuralları ortaya konulmaktadır. Beşinci bölümde, genel kuralları dördüncü bölümde açıklanan *rule of reason* analizinin, lisans sözleşmelerinde yer alan ya da bunlar yoluyla ortaya çıkan özel bazı rekabet sınırlamalarına nasıl uygulanması gerektiği anlatılmaktadır. Son olarak altıncı bölümde, geçersiz fikri mülkiyet haklarının ileri sürülmesinin ne şekilde değerlendirileceği açıklanmaktadır.

ABD Rehberi'nin benimsediği temel prensipler, fikri mülkiyet haklarına diğer mülkiyet konularına uygulanan antitröst kurallarının uygulanması gerekliliği, fikri mülkiyet haklarının sahibine tek başına doğrudan bir pazar gücü bahşetmediği ve fikri mülkiyet hakları hakkındaki lisansların üretimin tamamlayıcı unsurlarının bir araya getirilmesine imkan vermesi ve rekabetçi etkiler doğurması olarak açıklanmaktadır⁶².

Rehber'de lisans anlaşmaları için öngörülen rekabet analizinin iki aşamadan oluştuğu söylenebilir. Bu çerçevede, ilk aşamada lisans anlaşmasının "güvenli bölge"ye (*safety zone*) giren bir anlaşma olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁶³.

Güvenli bölge, genellikle yeniliği teşvik ettiği ve rekabeti desteklediği varsayılan lisans anlaşmalarının tarafları için bir belirlilik getirmek ve bu anlaşmaları teşvik etmek amacıyla öngörülmuş bir mekanizmadır. Buna göre, olağanüstü koşulların yokluğunda, sınırlamanın açıkça rekabete aykırı olmadığı ve lisans veren ile alanın her bir ilgili ürün pazarındaki toplam pazar paylarının %20'den fazla olmadığı hallerde rekabet kısıtı hakkında herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmamaktadır⁶⁴.

Lisans sözleşmelerinin güvenli bölgeye girememeleri durumunda doğrudan rekabete aykırı kabul edilmeleri mümkün değildir. Bu durumda ikinci aşama olan ve Rehber'in 3 ila 5. bölümlerinde ele alınan *rule of reason* analizinin yapılması gerekmektedir.

⁶² ABD Rehberi m. 2.

⁶³ ABD Rehberi m. 4.3.

⁶⁴ Bununla beraber, söz konusu kısıtlamanın rekabet üzerindeki etkisinin belirlenebilmesi teknoloji ya da yenilik pazarında da inceleme yapılmasını gerektiriyorsa başka kriterler uygulanacaktır. Teknoloji pazarına ilişkin olarak, kısıtlamanın açık bir rekabet ihlali oluşturmaması ve lisans anlaşması taraflarınca kontrol edilen lisans konusu teknolojilere ilave olarak kullanıcı için yarattığı maliyet açısından kıyaslanabilir nitelikte olan ikame dört ya da daha fazla sayıda bağımsız kontrol edilen teknolojinin bulunması gerekmektedir. Yenilik pazarı için kriter, kısıtlamanın açık bir rekabet ihlali oluşturmaması ve sözleşme taraflarının sahip olduğu özel varlık veya niteliklere ilave olarak dört ya da daha fazla sayıda bağımsız kontrol edilen teşebbüs ve tarafların AR-GE çalışmalarına yakın ikame AR-GE çalışmaları yapma amacı bulunmasıdır.

1.3.3. Rekabet İncelemesinde Ele Alınan Temel Konular

Teknoloji transferi sözleşmelerinin bazı özellikleri ve etkiledikleri pazarlar, bu sözleşmeler hakkında yapılacak rekabet incelemesinde kullanılması gereken bir takım unsurların ilgili AB ve ABD düzenlemelerinde ayrıca açıklanmasına sebep olmuştur. Bu bölümde, sözleşmelerin ilgili olduğu pazarlar ve rekabet hukukunun sözleşmelere yaklaşımını etkileyen rakip ve rakip olmayan teşebbüs ile yatay ve dikey anlaşma kavramları genel olarak açıklanmaktadır.

1.3.3.1. Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Etkilediği Pazarlar

Pazar tanımları ve analizleri, rekabet hukuku uygulamasında anahtar rol oynamaktadır. Hızlı teknolojik değişimlere bağlı olarak dinamik bir pazar yapısı gösteren fikri hak yoğun pazarlar için bu analizler, geleneksel pazarlara göre daha karmaşık olmaktadır.

İlgili pazar tanımları açısından AB ve ABD düzenlemelerine bakıldığında, her ikisinde de klasik piyasalar için yapılan pazar tanımlarından farklı yeni tanımlara yer verildiği görülmektedir. AB Tüzüğü'nde muafiyet değerlendirmesi, ilgili ürün pazarı ve teknoloji pazarı olmak üzere iki⁶⁵, ABD Rehberi'nde ise rekabet incelemesi, her olaya göre değişmekle beraber, mal (ve hizmet⁶⁶) pazarı, teknoloji pazarı ve yenilik pazarından oluşan üç pazar bakımından ele alınmaktadır⁶⁷.

AB Tüzüğü'nün bahsi geçen maddesinde ilgili ürün pazarının, alıcılar tarafından sözleşme konusu ürünler için ürünlerin nitelikleri, fiyatları ve öngörülen kullanım alanları sebebiyle ikame kabul edilen mallardan oluştuğu ifade edilmektedir.

ABD Rehberi'nde ilgili mal pazarının tanımı yapılmaksızın, sadece bir sözleşmenin, fikri hakkın kullanılarak üretildiği nihai ya da ara mal pazarı ya da fikri hakla birlikte girdi olarak kullanılan mal pazarını etkileyebileceği söylenmektedir. İlgili mal pazarının belirlenmesi ve pazar paylarının ölçülmesinde Yatay Birleşmeler Rehberi'nde⁶⁸ yer alan yöntemin uygulanacağı ifade edilmektedir⁶⁹.

⁶⁵ AB Tüzüğü m. 1/1, j.

⁶⁶ ABD Rehberi'nin 16 numaralı dipnotunda "mallar" teriminin hizmetleri de kapsadığı belirtilmektedir.

⁶⁷ ABD Rehberi m. 3.2.

⁶⁸ 2.4.1992, U.S. DOJ and FTC Horizontal Merger Guidelines.

⁶⁹ ABD Rehberi m. 3.2.1.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Yukarıda bahsedildiği üzere, teknolojik yenilik kavramının gittikçe artan önemi ve oluşturduğu yeni pazarlar bizatihi teknolojilerin kendisinin pazarlanmasını gündeme getirmiştir. Buna bağlı olarak, kendisi mal veya hizmet pazarında faaliyet göstermeyen ancak bu pazarlarda kullanılmak üzere yeni teknoloji üreten teşebbüsler gün geçtikçe artmaktadır (Odman Boztosun 2002a, 197). Fikri hakların üretiminde kullanıldıkları maldan ayrı olarak pazarlanabildikleri durumlarda lisans anlaşmasının rekabet üzerindeki etkilerinin tespit edilmesi gereken pazar, teknoloji pazarıdır⁷⁰.

AB Tüzüğü'nde teknoloji pazarı, lisans alanlar tarafından alınan teknoloji ile, teknolojilerin nitelikleri, lisans bedelleri ve öngörülen kullanım alanlarına göre birbirleri ile değiştirilebilir ya da ikame edilebilir diğer teknolojilerin oluşturduğu pazar olarak tanımlanmaktadır.

ABD Rehberi'nin ilgili hükmüne göre⁷¹, lisanslı teknoloji ile bunun yakın ikameleri; lisanslı teknolojiden kaynaklanan pazar gücünün uygulamasını önemli ölçüde kısıtlayabilecek derecede yakın ikamesi olan teknoloji ve mallar, ilgili teknoloji pazarını oluşturmaktadır. Bir teknoloji pazarında fikri mülkiyet, üretiminde kullanılan malın rakibi diğer malların üretiminde kullanılan teknolojiler ile rekabet etmektedir (Gutterman 1997, 244).

Türkiye'de teknoloji üretimi ve yurt dışından teknoloji ithalinin henüz tek başına bir pazar oluşturacak seviyeye ulaşmadığı görülmektedir (Odman Boztosun 2002a, 197). Buna karşın, 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan mal tanımının, "ticarete konu eşya" niteliğini içermesi sebebiyle, Türk rekabet hukuku teknoloji pazarı olarak bir pazar belirlemek için yeterli düzenlemeye sahiptir (Odman Boztosun 2002a, 198).

Bir lisans anlaşması, yenilik üzerinde, mal ya da teknoloji pazarlarındaki analiz sonucu tespit edilemeyecek rekabetçi etkiler de yaratabilmektedir. Örneğin, anlaşma henüz var olmayan malların ya da ilgili mal pazarında fiili veya potansiyel rekabetin olmadığı coğrafi pazarlardaki yeni veya geliştirilmiş mal ve yöntemlerin geliştirilmesini etkileyebilir⁷². Bu gibi durumlarda, diğer bir ifadeyle lisans anlaşmasının yeni ve geliştirilmiş ürün ve yöntemlerin yaratılmasına yönelik rekabeti etkilediği hallerde, bu etkinin ya ilgili mal veya teknoloji pazarındaki ayrı bir rekabetçi etki ya da yenilik pazarındaki ayrı bir

⁷⁰ Çoğu olayda, mal piyasalarından ayrı olarak teknoloji pazarındaki rekabetçi etkilerin incelenmeye çalışılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu durum teknolojinin ve onun ikamesi yöntemlerin gerçek fiyatlarını belirlemenin zor olduğu hallerde doğrudur (ABD Rehberi m. 3.2.2).

⁷¹ ABD Rehberi m. 3.2.2.

⁷² Sullivan (2000, 26), FTC'nin bu teoriyi özellikle anlaşmanın yapılmasından sonra ürünün yıllarca pazarlanamayacağı ve ayrıca yaratılan ürünlerin yeni bir pazar oluşturacağı hallerde potansiyel rekabeti belirlemek amacıyla kullandığını ifade etmektedir.

Fatma GÖZLÜKAYA

etki olarak incelenmesi gerekecektir⁷³. Söz konusu yenilik pazarı, yeni ve geliştirilmiş ürün veya yöntemlerin yaratılmasına yönelik AR-GE çalışmaları ile bu AR-GE çalışmalarının yakın ikamelerinden oluşmaktadır.

Bu pazar sadece ilgili mal veya teknoloji pazarlarında mevcut firmaları değil, henüz pazarda aktif olarak faaliyet göstermemekle birlikte, belirli bir süre sonra faaliyete geçmesini sağlayacak nitelikte varlığı elinde bulunduran firmaları da kapsamaktadır (Gutterman 1997, 245)⁷⁴. Yenilik pazarında rekabet, bağımsız bir değer taşıyabildiği için, ABD Rehberi bu pazarların ilgili mal ve teknoloji piyasalarındaki rekabetçi etkilerin belirlenmesinde tek başına kullanılabilceğini belirtmektedir⁷⁵.

Türk rekabet hukuku açısından bakıldığında, 4054 sayılı Kanun'un ilgili mal ve hizmet piyasalarının belirlenmesinde "varolan mal ve hizmet piyasaları" gibi bir sınırlandırma içermediği ve aksine 1997/1 sayılı Tebliğ'in 6. maddesinde birleşme/devralma incelemesinde "teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti"nin de dikkate alınacağını belirtildiği göz önüne alındığında, yenilik pazarı için yeterli hukuki dayanağın bulunduğu düşünülebilecektir (Odman Boztosun 2002a, 198-199).

1.3.3.2. Rakipler ve Rakip Olmayanlar

AB Tüzüğü, teknoloji transferi sözleşmeleri için getirmiş olduğu pazar payına dayalı koruma limanını sözleşme taraflarının rakip olup olmamaları esasına dayandırmakta, birbirlerine fiilen ya da potansiyel olarak rakip olanlar ile rakip olmayan teşebbüsler için farklı ölçüler belirlemektedir. Dolayısıyla, doğrudan güvenli bölgeden yararlanacak ya da haklarında muafiyet değerlendirilmesi yapılacak anlaşmaların tarafı olan teşebbüslerin rakip olup olmamaları hususunun belirlenmesi öncelik taşımaktadır.

AB Tüzüğü Rehberi'nde⁷⁶, taraflar arasındaki rekabet ilişkisinin belirlenmesi için bunların, anlaşmanın yokluğunda fiili ya da potansiyel rakip olup olamayacaklarının incelenmesi gerektiği, anlaşmanın yokluğunda anlaşmanın etkilediği herhangi bir pazarda fiili ya da potansiyel rakip

⁷³ ABD Rehberi m. 3.2.3.

⁷⁴ Bu konu hakkında daha fazla bilgi için Bkz. Gutterman 1997, s. 245 vd.

⁷⁵ Rehber'de yenilik pazarında tarafların pazar payının, yeniliğin dayandığı tanımlanabilir varlık ve niteliklerdeki payları, AR-GE harcamalarındaki payları veya ilgili üründeki paylarına göre belirleneceği ifade edilmektedir (m. 3.2.3). Hamilton (2002, 26), AR-GE harcamalarındaki payın dikkate alınmasının doğru bir yaklaşım olmadığı görüşündedir. Yazara göre, "daha fazla AR-GE çalışması daha az AR-GE çalışmasından mutlaka daha iyi olacaktır" varsayımı doğru değildir ve pazar aşamasında AR-GE harcamasının seviyesi ile yenilik seviyesi arasında doğru bir orantı bulunmamaktadır.

⁷⁶ AB Tüzüğü Rehber parag. 27.

olmayacaklarsa, tarafların rakip olmadıklarının varsayılması gerektiği belirtilmektedir. Tüzük'ün ilgili maddesinde ise⁷⁷, ilgili teknoloji ve ürün pazarlarında rakip teşebbüslerin ne anlama geldikleri ayrı ayrı açıklanmaktadır.

Buna göre, ilgili ürün ve teknoloji pazarında, ilgili coğrafi pazarda faaliyet göstererek rakip ürün ve teknolojileri birbirlerinin haklarını ihlal etmeksizin satabilen veya lisans olarak verebilen teşebbüsler, fiili rakiptir⁷⁸.

AB Tüzüğü Rehberi'nde teknoloji pazarı için sadece fiili rekabet düzenlenmekte iken⁷⁹, ilgili ürün pazarı için potansiyel rekabet de tanımlanmaktadır. Gerçekçi koşullarda, ürün fiyatlarındaki küçük ve kalıcı bir artışa karşılık olarak, ilgili ürün ve coğrafi pazara, diğerlerinin fikri mülkiyet haklarını ihlal etmeksizin, zamanında giriş yapabilmelerine⁸⁰ imkan verecek gerekli ilave yatırımları ya da diğer gerekli geçiş maliyetini (*switching cost*) karşılayabilecek teşebbüsler potansiyel rakip kabul edilmektedir⁸¹.

Birbirini tek yönlü ya da çift yönlü olarak tamamlayan teknoloji sahipleri ilgili teknoloji pazarında rakip kabul edilmemektedir⁸². Ayrıca, lisans sözleşmesi tarafları rakip mallar üretmelerine rağmen, lisanslı teknolojinin lisans alanın kendi teknolojisini kullanılmaz ve rekabet edemez hale getirecek derece gelişmiş ve ileri bir teknoloji olduğu durumda, taraflar ilgili ürün ve teknoloji pazarında rakip sayılmazlar⁸³.

ABD Rehberi'nde rakip tanımı yapılmamıştır ancak m. 5.1'de yatay ilişki içerisindeki taraflar arasındaki lisans anlaşmalarında yer alan kısıtlamaların anlaşmayı doğrudan rekabete aykırı hale getirmeyeceği ifade edilmektedir. Ölçek ekonomisi, tamamlayıcı AR-GE çalışmaları, üretim ve pazarlama yeteneklerinin birleştirilmesinin yaratacağı etkinlikler sebebiyle, rakipler arasındaki işbirlikleri ya da lisans anlaşmaları rekabeti azaltmaktan çok destekleyici etki doğuracaklardır. ABD uygulamasında, tarafların rakip olup olmadıkları ve pazar güçleri, daha sonraki gelişmelerden bağımsız olarak, sözleşme tarihi itibarıyla belirlenmektedir (Korah 2002, s. 22).

⁷⁷ AB Tüzüğü m. 1/1, j.

⁷⁸ AB Tüzüğü Rehberi parag. 66. Ayrıca bkz. parag. 28.

⁷⁹ Nitekim, Tüzük Rehberinde teknoloji pazarlarında sadece fiilen rakip durumda olan teşebbüslerin pazar payı eşiği veya kara liste uygulamaları bakımından dikkate alınacakları ifade edilmektedir.

⁸⁰ Tüzük Rehberi'nin 29. paragrafında rekabetçi bir etki doğuracak girişin kısa bir zamanda yapılması gerektiği ve münferit durumlarda daha uzun olabilmekle birlikte, normal şartlarda bir ya da iki yıllık bir sürenin uygun olduğu ifade edilmektedir.

⁸¹ Gallini ve Trebilcock (1998, 332), yenilik pazarındaki rakiplerin ürün pazarında rakip olmamaları halinde potansiyel rekabet analizinin yapılmasının uygun olacağı ve ilgili pazarın da teknoloji pazarı kabul edilmesi gerektiği görüşündedirler.

⁸² AB Tüzüğü Rehberi parag. 32.

⁸³ AB Tüzüğü Rehberi parag. 33.

Fatma GÖZLÜKAYA

AB Tüzüğü muafiyet değerlendirmesinde, rakipler ve rakip olmayanlar kriterinin yanı sıra, karşılıklı (*reciprocal*) ve karşılıklı olmayan (*non-reciprocal*) lisans anlaşması ayrımı üzerine de odaklanmaktadır. Karşılıklı lisans anlaşması, iki teşebbüsün birbirine rakip olan ya da birbirine rakip ürünlerin üretiminde kullanılan teknolojiler için çift yönlü olarak lisans verdikleri çapraz lisans⁸⁴ anlaşmasıdır⁸⁵.

Karşılıklı olmayan lisans sözleşmesi ise, taraflardan sadece birinin diğerine lisans verdiği ya da her iki tarafın da birbirine lisans verdiği ancak bu lisansların birbirine rakip olmayan ya da rakip ürünlerin üretiminde kullanılmayan teknolojileri içerdiği anlaşmadır⁸⁶. Tüzük, karşılıklı olmayan lisans anlaşmasının diğerine göre rekabeti daha sınırlı olarak kısıtlayacağı prensibini benimsemektedir.

1.3.3.3. Yatay ve Dikey Anlaşma Ayrımı

Birbirine rakip olan veya olmayan teşebbüslerin yaptıkları teknoloji transferi sözleşmesi ile kurulan ilişkinin niteliği, sözleşmedeki kısıtlamaların rekabet üzerindeki olası etkilerini farklılaştırmaktadır. Bu sebeple, taraflar arasındaki ilişkinin yatay, dikey ya da her iki nitelikte birden olmasına göre uygun antitröst analizi belirlenmelidir⁸⁷.

Fikri hak lisanslarının, birbirini tamamlayıcı girdileri bir araya getirme özelliği, genellikle lisans sözleşmesi taraflarının piyasanın üretim ve dağıtım zincirinin farklı halkalarında faaliyet gösteren (buluş sahipleri ile üreticiler gibi) ya da faaliyet konuları birbirini tamamlayıcı girdileri içeren teşebbüslerden oluşmasını sağlamakta ve bu anlaşmalar genellikle dikey nitelikli olmaktadır (Tom 1998, 25, Gutterman 1997, 246).

Lisans sözleşmeleri kimi zaman, sözleşmenin yokluğunda ilgili ürün pazarında fiili ya da potansiyel rakip olan taraflarca yapılabilen ve bu durumda anlaşma yatay nitelik kazanmaktadır. ABD Rehberi'nde, tarafların fiilen ya da potansiyel rakip oldukları belirli mal pazarlarındaki anlaşmaların doğal olarak yatay şekilde analiz edileceği vurgulanmaktadır⁸⁸. Teknoloji

⁸⁴ İngilizce'deki *cross license* teriminin, öğretilde genellikle karşılıklı lisans olarak tercüme edilmesine karşın, *reciprocal* kavramından ayırtılabilmesini sağlamak amacıyla bu çalışmada, "çapraz lisans" olarak kullanılması uygun görülmüştür.

⁸⁵ AB Tüzüğü m. 1/1, c.

⁸⁶ AB Tüzüğü m. 1/1, d

⁸⁷ ABD Rehberi m. 3.3.

⁸⁸ Gordon, bu durumun tespitinin özellikle tarafların lisans anlaşmasını ihlal davasına bir alternatif olarak kullandıkları hallerde zor olacağını belirterek, şu üç soruya olumlu cevap verilebilmesi halinde ilişkinin yatay kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir: i. Lisans anlaşması olmaksızın lisans alan ilgili pazara girebilecek yeterliliğe/kaynaklara sahip midir?, ii. Lisans anlaşmasının

pazarlarına ilişkin olarak ise, anlaşma lisans alanın sahip olduğu ya da kontrol ettiği teknolojiler için ekonomik ikame olan teknolojileri almalarını içeriyorsa, taraflar arasındaki ilişkinin yatay nitelikli olduğu kabul edilmektedir (Gutterman 1997, 246).

AB Tüzüğü Rehberi'ne göre, lisans veren ile alan arasındaki yatay ilişki, sözleşmeyi tek başına rekabeti kısıtlayıcı hale getirmeyeceği gibi, dikey nitelik de bu anlaşmaların hiçbir şekilde rekabeti kısıtlayıcı olamayacakları anlamına gelmemektedir. Piyasa koşullarına bağlı olarak dikey anlaşmaların da, rekabet üzerinde olumsuz etkiler göstermesi olasıdır. Örneğin, lisans verenin faaliyet gösterdiği pazarın yüksek derecede yoğunlaşmış olması, pazarda lisans alan teşebbüslerin önemli bir çoğunluğunun lisans sözleşmelerinde yer verilen benzer kısıtlamalara tabi olması, pazara giriş engelini varlığı dikey nitelikli anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilme olasılığını ortaya çıkarmaktadır (Anderman 1998, 28).

Bununla beraber, dikey nitelikli lisans anlaşmaları yatay nitelikli olanlara göre rekabet açısından genellikle önemli derecede daha az riskli kabul edilmektedirler. Anderman'a (1998, 28-29) göre, bunun dört temel sebebi bulunmaktadır:

- Dikey anlaşmalarda her iki taraf da mevcut yeteneklerini geliştirmek istemektedir. Lisans veren, lisans alanın üretim olanaklarından; lisans alan ise lisans verenin AR-GE faaliyetlerinin sonuçlarından yararlanmak istemektedir.
- Dikey anlaşmalar pazara yeni bir oyuncunun girmesini ve lisanslı ürün ya da yöntemin ekonomiye yayılmasını sağlar.
- Lisans alanın lisanslı teknolojiyi geliştirmesini, buna bağlı olarak üretim ve dağıtım etkinliklerinin artmasını ve daha etkin rekabet edilmesini sağlar.
- Markalar arası sıkı bir rekabetin yaşandığı ürün pazarında, marka içi rekabetin artmasını sağlar.

Gerçekten, genel olarak yatay işbirlikleri, rekabeti sınırlandırıcı eylemler için uygun bir ortam oluşturur ve bu işbirlikleri rakipler arasında fiyat belirleme ve pazar paylaşımı kartellerinin oluşturulmasına imkan yaratır (OECD 1989, 100). Dolayısıyla, çapraz lisans ve teknoloji havuzu anlaşmaları gibi yatay anlaşmalardaki kısıtlamalar rekabet otoritelerinin yakın incelemesine tabi olmalıdır. Buna karşın, AR-GE ortak girişimleri gibi yatay lisans anlaşmaları, rekabeti artırıcı etki de gösterebilmektedir (Anderman 1998, 28).

Az sayıdaki istisna dışında (yeniden satış fiyatının belirlenmesi gibi), dikey anlaşmaların hemen hemen hepsi *rule of reason* analizine göre değerlendirilmelidir (Gordon 2002, 4). Yatay anlaşmaların belirli türdeki

yokluğunda bile lisans alanın pazara girme niyeti olduğuna dair bir delil/işaret bulunmakta mıdır?,
iii. Lisans verenin fikri hakkı ile lisans alanın ilgili pazara girişi engellenebilir mi? (2002, 4.).

Fatma GÖZLÜKAYA

kısıtlamaları (fiyat tespiti, müşteri ve pazar paylaşımı gibi) *per se* rekabet ihlali kabul edilmeye devam edilmeli, diğerleri *rule of reason* analizine tabi olmalıdır (Guterman 1997, 246).

BÖLÜM 2

SÖZLEŞME KONUSU HAKKIN KULLANIMINI KISITLAYAN HÜKÜMLER

Teknoloji transferi sözleşmelerinde yer verilen kimi hükümler ile lisansa konu teknolojilerin kullanımına bir takım sınırlamalar getirilebilmektedir. Yenilik sahiplerinin (ve yaratıcılarının) varlıklarından mümkün olan en yüksek faydayı elde edebilmeleri için gerekli görülebilen, kullanım hakkının belirli bir alıcı, bölge, müşteri grubu, ürün çeşidi ve ürün miktarına özgülenmesi gibi sınırlandırmalar, lisansa konu teknolojinin ilgili olduğu ürün, teknoloji ve yenilik pazarlarında rekabetin kısıtlanması etkisini doğurabilmektedir.

Bu bölümde, teknoloji transferi sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan münhasırlığa ilişkin kısıtlamalar (*territorial restrictions*) ile kullanım alanı ve miktarı kısıtlamaları ve sebep olabilecekleri rekabet ihlalleri, ilgili ABD ve AB hukuku düzenlemeleri ve kararlarının karşılıklı analizi ile incelenmekte ve Türkiye uygulaması için çıkarımlarda bulunmaktadır.

2.1. MÜNHASIRLIK: İNHİSARİ LİSANS, BÖLGESEL SINIRLAMALAR ve MÜŞTERİ KISITLAMALARI

İnhisari lisans sözleşmesinde, anlaşmaya konu fikri mülkiyet hakkı sadece lisans alanın kullanımına açılmakta, lisans sahibi üçüncü kişilere lisans vermeyeceği yükümlülüğü altına girerken kendi kullanım hakkından da vazgeçmektedir.

İnhisari lisans, inhisari olmayan lisanslara göre yüksek maliyetli olmasına karşın (ödenen lisans bedeli bakımından), lisans alanın AR-GE çalışmalarından ve pazara ilk giren avantajından büyük ölçüde yararlanmasını sağlayacak ve lisanslı teknolojiyi kullanmak için yapılacak yatırımın dönüşünü önemli ölçüde garanti edeceğinden tercih edilebilmektedir (Gutterman 1997, 267).

Fatma GÖZLÜKAYA

İnhisari lisans, lisans alan dışındaki teşebbüslere aynı içerikte bir lisans verilmesini engelleyerek lisans alanın rekabet gücünü kuvvetlendirmektedir (Baş 2000, 83). Rekabeti kısıtlayıcı bu özellik, münhasırlığın belirli bir süre için verilmesi ile azaltılabilmektedir. Süre iki-üç yıl gibi kesin olarak belirlenebileceği gibi, lisans verenin yaptığı AR-GE yatırımının tamamı ya da belirli bir bölümünü geri kazanmasına da bağlanabilmektedir.

Münhasırlığın belirli bir coğrafi bölge, müşteri ya da ürün grubu ile sınırlandırılmasının da olası olumsuz etkileri azaltılabileceği kabul edilmektedir. Münhasırlığın belirli bir bölge ile sınırlandırılmasına oldukça sık rastlanılmakta ve hatta inhisari lisansların uygulamada daima bir bölgeyle bağlantılı tanımlandıkları için doğal olarak bölgesel oldukları da söylenmektedir (Joliet, R. 1984, "Territorial and Exclusive Trademark Licensing Under the ECC Law of Competition", *IIC*, Vol. 15, No. 1, Arı 2003, 20'den aktarma)⁸⁹. Öğreti ve içtihat hukuku da aynı şekilde, belirli bir bölge ile sınırlı olarak verilen inhisari lisans anlaşmalarına odaklanmış bulunmaktadır. Öyle ki bu durum uygulamada, inhisari lisansların, bölgesel münhasırlık veya münhasır bölgesel lisans olarak tanımlanmalarına neden olmaktadır (Arı 2003, 20). Örneğin, AB Rehberi'nde inhisari lisans (*exclusive licence*), belirli bir bölgede lisanslı teknolojiyi kullanarak üretim yapma izninin tek bir lisans alana verildiği lisans türü olarak tanımlanmaktadır.

Münhasır bölgede, lisans veren teknolojisini kullanmaktan ve üçüncü kişilere vermekten vazgeçerken⁹⁰, lisans alan da sadece bu bölge ile sınırlı olarak lisanslı teknolojiyi üretimde kullanabilmekte, ürünlerin tanıtımını ve satışını yapabilmektedir.

ABD'de, fikri hak sahipleri belirli kullanım sınırlamaları ile lisans verebilmektedir ve bölgesel inhisari lisans anlaşmaları da bu kapsamda görülmektedir (Shapiro 2002a, 19). Zira, lisans bir teknolojiyi kullanmanın en karlı yolu değildir ve hak sahibi tüm talep edenlere aynı koşullarla teknoloji lisansını vermek zorunda bırakılamaz. Buna karşın, lisans alanın lisans olmaksızın rekabet edebilmesi veya etkin bir rakip olabilmesi mümkün olmadığına göre, teknolojinin kullanım hakkının sınırlı olarak verilmesi makul görülmelidir (Gilbert 2004, 7). ABD'deki yaklaşım, özellikle yeni teknolojiler için getirilen bölgesel sınırlamaların rekabete zarar vermeyeceği yönündedir.

⁸⁹ Baş (2000, 79), teknik bilgilerin (know-how) patent gibi özel bir kanun ile korunmamış olması sebebiyle bölgesel sınırlamaların bu tür lisans sözleşmelerinde genellikle görüldüğünü ifade etmektedir.

⁹⁰ Belirlenen bölgede lisans veren lisans alan dışındaki üçüncü kişilere lisans vermeme yükümlülüğü altına giriyor ancak bu bölgede kendi kullanım hakkını saklı tutuyorsa, bu tür lisans sözleşmeleri "tek lisans" (*sole license*) sözleşmeleri olarak adlandırılırlar. (Whish 2003, 736).

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

ABD Rehberi, lisans anlaşmasının yatay ve dikey olmasına göre konuyu ele almaktadır. Bölgesel sınırlamalar içeren dikey lisans anlaşmalarına daha esnek ve hoşgörüyü yaklaşmaktadır. Buna göre, inhisari bölgelere bölme, müşteri sınırlaması gibi kayıtlar lisans verene hakkından daha etkin biçimde yararlanma imkanı tanıdığı, lisans alanın da hem lisans veren hem de diğer lisans alanların rekabetinden korunmasını sağlayarak teknolojiye yapacağı yatırımların dönüşünü kolaylaştırdığından kabul edilebilmektedir. Böylece anlaşma, her iki taraf için yenilik yapma ve yeni teknolojiye yatırım yapma motivasyonunu artırmaktadır (Tom 1998, 28-29).

Yatay lisans sözleşmelerine ise daha hassasiyetle yaklaşmaktadır. Rehberde⁹¹ lisans veren ile alan arasında yatay bir ilişki olması, bunların fiilen ya da potansiyel olarak rakip olmaları durumunda inhisari lisansın rekabet incelemesini gerektirebileceği belirtilmektedir. Örneğin, bir lisans sözleşmesi, sözleşme öncesinde bir ürünün üretiminde birbirine rakip teşebbüsler arasında, tarafların mevcut teknolojisini aşmayan bir teknoloji konu edilerek yapılır ve ilgili ürünlerin satışında taraflara münhasır bölgeler tanınır ise, bu durum yatay pazar paylaşımı olarak kabul edilir. Taraflar arasındaki rekabeti tümüyle ortadan kaldıran bu tür anlaşmalar *per se* hukuka aykırıdır (Tom 1998, 28-29).

ABD’de lisans sözleşmelerindeki bölgesel sınırlamalar çok fazla inceleme konusu olmamıştır (Gutterman 1997, 274). Ethly Gasoline Corp. davasında⁹² lisansların, belirli bölgeler ile sınırlandırılmasının rekabeti kısıtlayıcı olmadığı karara bağlanmıştır. Brownell v. Ketcham Wire & Mfg. Co. davasında⁹³ münhasır bölge kısıtlamaları içeren lisansların, ilave kısıtlamalar içermedikleri; patent sahiplerinin hakim durumlarını güçlendirmedikleri sürece geçerli olduklarına hükmedilmiştir.

AB’de ise, Topluluğun üye ülkeler arası serbest ticaretin korunması ve geliştirilmesi ilkesinin gerçekleşmesini engelleyebileceği endişesi ile üye ülkelerin farklı bölgeler olarak ayrılıp, lisansların bu bölgeler için münhasır olarak verilmesi rekabet hukuku ve uygulamasını oldukça meşgul etmiştir. Diğer taraftan bu durum, Topluluk hukukunun teknoloji içi rekabetin korunmasına yönelik hassasiyetini de yansıtmaktadır⁹⁴.

Komisyon kararlarından, bölgesel inhisari lisans anlaşmaları hakkındaki görüşünün tarihsel süreçte oldukça değişmiş olduğu anlaşılmaktadır. Patent

⁹¹ ABD Rehberi m. 4.1.2.

⁹² Ethly Gasoline Corp.v. United States, 309 U.S. 436, 456 (1940).

⁹³ Brownell v. Ketcham Wire & Mfg. Co., 211 F.2d 121, 9th Cir. (1954).

⁹⁴ AB Tüzüğü Rehberi’nde, teknoloji içi rekabeti kısıtlayan lisans anlaşmalarının aynı zamanda rakip teknoloji sahipleri arasındaki gizli anlaşmayı (*collusion*) kolaylaştırarak teknolojiler arası rekabeti de kısıtlayabileceği belirtilmektedir (parag. 145).

Fatma GÖZLÜKAYA

Lisans Sözlüşmeleri Hakkında Komisyon Duyurusu⁹⁵ ile başlayan ve lisans alana münhasır bölge verilmesinin m. 81/1 kapsamında olmadığı yönündeki yaklaşım, 1970'lerde alınan kararlarla katılmıştır. Bu dönemde, münhasırlığın doğası gereği rekabeti sınırlayabileceği, bu sebeple bu tür anlaşmaların yasaklanması gerektiği ancak çeşitli gerekçelerle muafiyet alabilecekleri yaklaşımı benimsenmiştir. Komisyon, ATAD'ın 1982 tarihli Nungesser kararında⁹⁶ yer verdiği ilkelere bağılı olarak konuya ilişkin yaklaşımını yeniden gözden geçirmiştir⁹⁷.

ATAD'ın Nungesser davasında verdiği karar, lisans sözleşmelerinde tarafların menfaatlerini korumak için münhasır bölgelerin gerekli olduğunu ve bunun yasal sınırlarını ortaya koyması bakımından önemlidir⁹⁸.

Verdiği lisans bu karara konu edilen INRA (bir Fransız devlet araştırma enstitüsü), Avrupa tarımı için büyük öneme sahip olan soğuk iklimde yetişebilen ıslah edilmiş yeni bir melez mısır tohumu geliştirmiştir. INRA, tohum türlerini pazarlamak üzere kurulmuş olan Fransız şirketi FRAESMA aracılığıyla, Kurt Eisele ile (Nungesser KG'nin sahibi) INRA ürünlerinin Almanya'da üretilmesi ve dağıtılması için inhisari bir lisans anlaşması yapmıştır⁹⁹. Taraflar lisans sözleşmesi ile, INRA'nın bu bölgede faaliyet göstermeyeceği ve başkalarının da faaliyet göstermesine engel olacağı konusunda anlaşmışlardır. Eisele, sözleşmeden kaynaklanan bu hakkına dayanarak, Fransa'daki başka bir kaynaktan tohum satın alarak Almanya'ya satış yapan paralel ithalatçıları engellemek üzere davalar açmıştır. Davalı şirketlerden biri davayı kabul ederken diğeri Komisyon'a başvurmuştur. Komisyon, dava konusu münhasırlık ve paralel ithalatın önlenmesine yönelik bölgesel koruma uygulamalarının RA m. 81/1 kapsamında olduğuna ve bunlara muafiyet tanınamayacağına karar vermiştir.

Karar ATAD'da temyiz edilmiştir. ATAD kararında öncelikle, Komisyon'un iki ayrı fiili durumu tek bir durum olarak ele alması ve buna göre hukuki bir değerlendirme yapmasının yanlışlığı üzerinde durmuştur (Coates ve

⁹⁵ Commission's Notice on Patent Licensing Agreements of 1962, OJ 24/12/1962 p 2922/62.

⁹⁶ Nungesser v. EC Commission, 258/78 [1982] ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278.

⁹⁷ AB'deki tarihsel süreç hakkında bkz. Arı 2003, s. 23 vd.

⁹⁸ Nungesser kararı ile getirilen kriterler, bitki yetiştirme sertifikaları ve know-how'ın yanı sıra diğeri tüm üretim lisansı türleri için de uygulanabilir niteliktedir (Jones ve Sufirin 2001, 586). Bununla birlikte karar, temel aldığı kavramların, örneğin açık/kapalı inhisari lisansın tanımlarının yapılmaması, yeniliğin teknoloji mi ürün için mi olduğunun belirsiz olması gibi, netlik taşımaması (Korah 1996, 47), diğeri ülkelerdeki bayilerin Almanya'ya yapacakları ithalatı da Nungesser üzerinden geçirmelerinin taahhüt edilmesi ve bunun açık inhisari lisans ile bağdaşmayacağı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir (Tekinalp ve Tekinalp 2000, 408).

⁹⁹ Esasen INRA Almanya'da kendi adına kullanmadığı tescil hakkını Eisele'e devretmiştir. ATAD bu ilişkiyi inhisari lisans anlaşması olarak kabul etmiştir.

Finnegan 1999, 590). ATAD bu iki ayrı durumu, “açık” ve “kapalı” inhisari lisans ayrımı yaparak ortaya koymaktadır. Açık inhisari lisans, sadece lisans veren ve alan arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bununla lisans veren, aynı bölge içinde başka bir teşebbüse lisans vermeyeceği ve kendisinin bu hakkını kullanmayacağı taahhüdü altına girmektedir. Kapalı inhisari lisans ise, belirlenen bölgede üçüncü kişilerin ya da diğer münhasır lisans sahiplerinin satış yapmasını engelleyerek, sözleşme dışındaki üçüncü kişileri de etkilemekte ve lisans alana belirlenen bölgede mutlak koruma sağlamaktadır¹⁰⁰.

Kararda açık inhisari lisansın tek başına rekabet ihlali oluşturmayacağına hükmedilmiştir. Lisans alanın, uzun ve yüksek maliyetli AR-GE çalışmaları sonucunda yeni bir ürün üretilmesi, üretilen teknoloji ya da ürünün bilinmediği bir bölgede pazarlanması ve tutundurulması konusunda önemli bir risk ve maliyeti üstlendiği açıktır. Bu riskin karşılığında lisans veren ve diğer lisans alanların doğrudan rekabetinden belirli bir süre için korunmayı talep etmesi makuldür. Lisans alana bu koruma alanı sağlanmazsa, yeni ürün ve teknolojinin yayılması için gereken yatırım yapılmayabilecek ve bu sebeple yenilik ile mevcut ürün ve teknolojiler arasında rekabetin oluşması engellenmiş olacaktır (Guterman 1997, 236-237, Korah 1996, 45-46)¹⁰¹. Kapalı inhisari lisans ise, paralel ithalatı engelleyeceğinden hukuka aykırı kabul edilmektedir¹⁰².

ATAD bu kararda, Komisyon’un aksine, münhasırlık hükümlerinin otomatik olarak 81. maddeyi ihlal ettiklerine hükmetmek yerine, *rule of reason* analizini uygulamış ve lisansın ekonomik içeriğine bakmıştır. Ekonomik içerikte değerlendirilen husus, lisans sözleşmesindeki münhasırlık hükümlerinin lisans alanın anlaşma yapmasını sağlamak için zorunlu olup olmadığı ve eğer zorunlu ise rekabetin kısıtlandırılmasının kabul edilemeyeceğidir (Jones ve Sufrin 2001, 586).

Komisyon, Nungesser’den sonraki kararlarında¹⁰³, yeni bir ürünün üretilmesini içeren, yeni ürünün üretimi ve pazarlanması için büyük yatırım maliyeti gerektiren lisans sözleşmelerinde yer alan veya yeni pazarların yaratılmasına hizmet eden bölgesel sınırlamaları RA m. 81/1’e aykırı bulmamıştır.

¹⁰⁰ Boussois/Interpane davasında lisans alanın kendi bölgesi dışına satış yapmasını yasaklayan lisans anlaşmasının kapalı inhisari olduğuna hükmedilmiştir (Boussois/Interpane, 15.12.1986, (1987) OJ L50/30, (1988) 4 CMRL 124, CMR 10, 859).

¹⁰¹ Lisans alanın kendi bölgesi dışındaki bölgelerde, sadece üretime ilişkin olarak, lisans verenle rekabet etmeyeceği şeklindeki hükmün açık inhisari lisanslarda bulunmasında bir sakınca olmadığı söylenmektedir (Jones ve Sufrin 2001, 586).

¹⁰² Bununla birlikte ATAD’ın sonraki bazı kararlarında belirli koşullarda kapalı inhisari lisans anlaşmalarına muafiyet tanıdığı görülmektedir. Coditel II, 262/81 (1982) ECR 3381, Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne, 27/87 (1988) ECR 1919.

¹⁰³ Windsurfing International v. EC Commission, 193/83 [1986] ECR 611, [1986] 3 CMLR 489, Moosehead/Whitbread (1991) 4 CMRL 391.

Fatma GÖZLÜKAYA

Komisyon ve ATAD'ın kararlarında yenilik kavramının farklı yorumlandığı; ATAD mevcut ürünü iyileştirme, geliştirme veya daha ucuza mal etme gibi durumları da yenilik olarak kabul ederken, Komisyon'un sadece yeni ürün üreten teknolojiyi kapsama aldığı görülmektedir (Korah 1996, 139). Örneğin Komisyon, Rich Products/Jus Rol kararında¹⁰⁴ buğdayın dondurulması yöntemlerinin daha önce geliştirilmiş olduğu, benzer ürün üreten rakip teknolojiler bulunduğunu belirterek, donmuş buğday hamuru hakkındaki inhisari know-how lisansının ilgili teknoloji yeni olmadığı için m. 81/1 kapsamında olduğuna karar vermiştir. DDD/Delta Chemie kararında¹⁰⁵ da, lisans alan lisanslı bölgede daha önce ilgili ürünleri distribütör olarak dağıttığından, yeterli seviyede yenilik unsuru bulunmadığı gerekçesi ile anlaşmaya muafiyet tanımamıştır.

Bunun yanı sıra, bölgesel sınırlandırmalar bazı kararlarda teknolojinin yayılması ölçütüne göre değerlendirilmiş¹⁰⁶ ve münhasırlığın teknolojinin yayılmasında bir gelişme kaydedene kadar veya belirlenmiş bir süre için devam edebileceği ifade edilmiştir.

AB Tüzüğü'nde bölge ve müşteri sınırlandırmaları lisans sözleşmesi taraflarının rakip olup olmamasına göre ayrı ayrı ele alınmıştır.

Tüzüğün 4/1, c hükmünde, rakipler arasındaki lisans anlaşmalarında yer alan pazar ve müşteri paylaşımına yönelik şartların anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaracağı açıkça belirlenmiştir. Bu sebeple, rakipler arasındaki çapraz lisans anlaşmaları, rakiplerin birbirlerine ayrılan bölgelerde¹⁰⁷ lisanslı teknoloji ile üretim ve bu bölgelere aktif/pasif satış yapmayacakları yönünde hükümler içeriyorsa¹⁰⁸, bunlar pazar ve müşteri paylaşımı sonucunu doğurduklarından grup muafiyetinden yararlanamayacaktır¹⁰⁹.

Bununla birlikte, karşılıklı olmayan bir lisans anlaşmasında karşı tarafa ayrılan münhasır bölgede, lisanslı teknoloji kullanılarak üretim yapılamayacağı ya da bu bölgelere aktif ve/veya pasif satış yapamayacakları yönündeki düzenleme, anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkarmamaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁴ Rich Products/Jus Rol (1988) 4 CMLR 527.

¹⁰⁵ DDD/Delta Chemie (1989) 4 CMRL 535.

¹⁰⁶ Reuter/Basf, 26.7.1976, O.J. 1976, No.L 6/78, Moosehead/Whitbread kararı.

¹⁰⁷ AB Tüzüğü'nde münhasır bölge, lisanslı teknoloji ile üretilecek sözleşme konusu ürünleri üretmek için sadece bir teşebbüsün yetkilendirildiği bölge olarak tanımlanmaktadır (m. 1/1).

¹⁰⁸ AB Tüzüğü Rehberi parag. 84.

¹⁰⁹ Bununla birlikte karşılıklı lisans anlaşması sonucunda lisans veren pazardan çıkacak ya da sınırlı bir pazar gücüne sahip olacak ise sınırlandırmanın m. 81/1 kapsamına girmesi pek olası değildir (parag. 164).

¹¹⁰ AB Tüzüğü m. 4/1, c-ii,iv.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Birden fazla lisans alanın varlığında, karşılıklı olmayan bir anlaşma ile diğer lisans alanın bölgesine aktif satış yasağı getirilmesi ise, ancak ikinci lisans alanın sözleşme tarihinde lisans verenin rakibi olmaması halinde geçerlidir¹¹¹.

Rakipler arasındaki tek (*sole*) lisans anlaşmaları da, %20 pazar payı eşliğinin altında ise muafiyetten yararlanmaktadır¹¹². AB Tüzüğü Rehberi'nde bu tür lisans anlaşmalarının, karşılıklı olup olmadığına ve tarafların kendi teknolojilerini ilgili bölgelerde tamamıyla kullanabilme kabiliyetlerine etki edip etmediğine bakılmaksızın muafiyet alabileceği ifade edilmektedir¹¹³.

Yukarıdaki muafiyetler pazar payı eşiklerinin altındaki teşebbüsler için geçerlidir. %20'nin üzerinde pazar payına sahip rakiplerin herhangi biri (ya da ikisi) önemli derecede pazar gücüne sahipse anlaşma grup muafiyetinden yararlanamaz¹¹⁴.

Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki lisans anlaşmalarına ilişkin bölgesel sınırlamalar m. 4/2, b'de düzenlemiştir. Buna göre, rakip olmayanlar arasındaki lisans sözleşmesi ile lisans alana belirli bölge ya da müşteri grubuna aktif satış yasağı getirilmesi mümkündür. Kural olarak lisans alana pasif satış yasağı getirilemezken¹¹⁵, lisans verenin kendisine ayırdığı münhasır bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak pasif satışları yasaklanması anlaşmayı grup muafiyeti dışına çıkarmayacaktır¹¹⁶. Başka bir lisans alanın kendisine tahsis edilen münhasır bölge ya da müşteri grubuna satış yapacağı ilk iki yıl boyunca, diğer lisans alanın aktif ve pasif satış yapmasının yasaklanması da anlaşmayı muafiyet kapsamı dışına çıkarmaz¹¹⁷.

Rakip olmayan tarafların pazar payı %30'luk eşğin üstünde ise, teknoloji içi rekabetin kısıtlanması ve tarafların önemli bir pazar gücü olması durumunda anlaşma RA m. 81/1 kapsamına girebilecektir. Ancak yine de bedavacılık probleminin (*free-riding*) önlenmesi ve lisans alanın lisanslı teknolojiye yatırım yapma saikinin desteklenmesi gibi etkiler anlaşmanın bireysel muafiyet almasını sağlayabilir¹¹⁸.

¹¹¹ AB Tüzüğü m. 4/1, c-v.

¹¹² AB Tüzüğü m. 4/1, c-iii.

¹¹³ AB Tüzüğü Rehberi parag. 88.

¹¹⁴ Ancak bu halde bile anlaşmanın teknolojinin yayılması için (özellikle lisans veren üzerindeki kısıtlamaların lisans alanın lisanslı teknolojiye yatırım yapma motivasyonunu korumaya hizmet etmesi bakımından) kaçınılmaz sayılarak m. 81/3'teki muafiyet koşullarını sağlaması mümkündür (AB Tüzüğü Rehberi parag. 170-171).

¹¹⁵ AB Tüzüğü m. 4/2, b.

¹¹⁶ AB Tüzüğü m. 4/2, b-i.

¹¹⁷ AB Tüzüğü m. 4/2, b-ii.

¹¹⁸ AB Tüzüğü Rehberi parag. 174.

Fatma GÖZLÜKAYA

Türk hukukunda, PatentKHK m. 88’de, EndKHK m. 41’de ve 5147 sayılı Kanun m. 18’de patent, endüstriyel tasarım ve entegre devre topoğrafyalarının kullanım hakkının milli sınırların bütünü ya da bir kısmı için, inhisari ya da inhisari olmayan lisans şeklinde verilebileceği düzenlenerek patent, endüstriyel tasarım, entegre devre topoğrafyası ve kıyasen know-how ile yazılım *copyrightinin* münhasır bölgesel lisans ile verilebilmesi kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, münhasır bölgesel lisanslar, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yer alan mal ve hizmet piyasalarının bölüşülmesi, mal ve hizmetin arz ve talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi esasları çerçevesinde belirlenen bölgeler arasındaki ticareti ve ilgili pazarlardaki rekabeti sınırlandıracağından hukuka aykırıdır.

Bu iki hüküm, kanun ile verilen bir hakkın başka bir kanun ile ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı, iki farklı kanuni düzenlemenin birlikte nasıl uygulanacağı tartışmalarına sebep olmuştur. Burada hukuk literatürümüzde henüz yeterli ilgiyi görmemiş olan bu tartışmanın detaylarına¹¹⁹ girmeksizin, konuyu Türk rekabet hukukunun teknoloji transferi sözleşmelerindeki münhasır bölge (ve müşteri) sınırlamalarına yaklaşımı ile birlikte kısaca ele almayı uygun görüyoruz.

Münhasır bölgesel lisans verme hakkının temelinde, mutlak nitelikli fikri hakkın üçüncü kişilerin kullanımına açılırken hak sahibinin menfaatlerinin en yüksek seviyede korunması amacı yatmaktadır. Hak sahibi hakkını herkesin kullanımına tümüyle sunmak yükümlülüğü altında olmadığına göre¹²⁰, hakkın çeşitli sınırlamalar ile kullanıma açılması işin doğası gereğidir. Bu hak, yenilik yapma güdüsünün desteklenmesi ve ortaya çıkan yeniliklerin en geniş şekilde yayılmasına hizmet edebilmektedir. 4054 sayılı Kanun’un genel amacına (Genel Gereke) bakıldığında da, rekabetin teknolojik yenilik ve gelişmelerin ortaya çıkması ve yayılmasının teşvik edilmesi gibi bir görevi olduğu açıkça ifade edildiği görülmektedir¹²¹.

Bu çerçevede bakıldığında, lisans anlaşmalarındaki bölgesel sınırlamalar her ne kadar rekabeti kısıtlayıcı etki gösterebilse de, rekabet hukukunun amaçlarından biri olan teknolojik yeniliklerin oluşumu ve yayılmasına, yukarıda belirtilen çeşitli yollarla, hizmet edebilmektedirler. Bu tür sınırlamaların, lisans anlaşmasının yokluğunda var olacak rekabeti engelleyici olmadıkları veya engelleyici olsalar bile, sebep oldukları rekabet kısıtlamasının zararını telafi

¹¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arı 2003, s. 49 vd.

¹²⁰ PatentKHK m. 93 hükmü uyarınca, mahkeme kararı ile zorunlu lisans verme borcu altına sokulması gibi haller hariç olmak üzere.

¹²¹ Gallini ve Trebilcock (1998, 326), bu yaklaşımı “yarının yeni ürün ve yöntemlerinde rekabeti arttırmak için bugünün rekabetini kısıtlamak için büyüyen bir isteklilik” olarak özetlemektedir.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

edebilecek yeterlilikte ticari fayda yaratabildikleri sürece lisans sözleşmesinde bulunmalarına izin verilebilmelidir (Shapiro 2002a, 20). Shapiro (2002a, 19), münhasır bölgesel lisanslar ile, lisansın hiç verilmemiş olduğu durumdan daha az rekabetçi bir ortam yaratılıp yaratılmadığının rekabet incelemesinde esas alınması gerektiğini söylemektedir.

Sonuç olarak bölgesel inhisari lisans anlaşmalarını doğrudan rekabet ihlali olarak görmek yerine¹²², *rule of reason* analizine tabi tutarak rekabeti kısıtlayıcı diğer koşulların varlığı halinde yasaklamak uygun olacaktır kanısındayız¹²³.

Rekabet Kurulu'nun lisans sözleşmelerindeki münhasırlık, bölgesel sınırlama gibi kayıtlara ilişkin kararlarında ise, bu kayıtların doğrudan rekabet ihlali kabul edildiği ve pazarın ve sözleşmenin özelliklerine göre anlaşmaya muafiyet tanınabildiği görülmektedir.

Örneğin, Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. ile Sierracin/Sylmar Corporation'ın bir bölümü olan Sierracin/Tanstech arasında polikarbonatlı kurşun geçirmez emniyet camlarının üretimi hakkında imzalanan imalat/teknik yardım/teknik veri lisans anlaşmasına ilişkin olarak yapılan menfi tespit/muafiyet başvurusu üzerine alınan kararda¹²⁴ (Şişecam kararı) bu yaklaşım benimsenmiştir. Rekabet Kurulu kararında, başkaca bir inceleme ve değerlendirme yapmaya gerek görmeksizin lisans anlaşması ile lisans alana münhasır bir hak verileceği kararlaştırıldığı ve bunun lisans alana Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde tekel konumu sağladığı gerekçesiyle, 4054 sayılı Kanun'un 4/1 fıkrası uyarınca anlaşmanın hukuka aykırı olduğuna ve menfi tespit belgesi alamayacağına karar vermiştir. Yapılan muafiyet değerlendirmesinde, anlaşma ile münhasırlığın polikarbonatlı kurşun geçirmez cam teknolojisine sahip birçok şirketten sadece biri olan Transtech şirketinin teknolojisi için getirilmiş olduğu, bu sebeple benzer teknolojiye sahip diğer bir şirketin, Türkiye'de başka bir şirkete lisans verme imkanının bulunduğu, dolayısıyla ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmayacağı söylenmektedir. İlaveten, ilgili ürün pazarının yapısı gereği lisans alanların teknolojiye yapacakları yatırımdan beklenen faydayı elde edebilmeleri için münhasırlık hükümleri bir zorunluluk teşkil ettiğinden, Kanun'un 5/1, a ve b

¹²² Societe Technique Miniere Kararı'nda ATAD, münhasırlık içeren bir dağıtım anlaşmasının kendiliğinden rekabeti sınırlandıramayacağı, bu tür bir anlaşmanın etkilerinin pazardaki rekabet koşulları çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirterek, paralel ithalatı sınırlamayan bölgesel korumaların RA m. 81/1 hükmünün ihlali anlamına gelemeyeceğine hükmetmiştir (Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, 56/65 (1966), ECR 235, (1966) CMLR 357).

¹²³ Örneğin, ilgili teknoloji ve ürün pazarında hakim durumda bulunan bir lisans alanın, bir ya da birden fazla rakip teknolojinin münhasır lisansını elde ettiğinde diğer lisans alanlar için yaratılacak kapatma etkisi (*foreclosure effect*) bu anlaşmaların yasaklanmasını gerektirebilecektir.

¹²⁴ 28.9.1999 tarih, 99-44/466-295 sayılı karar.

Fatma GÖZLÜKAYA

bendlerindeki amaçların elde edilmesi için rekabetin zorunlu olandan fazla sınırlanmadığı da ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu'nun, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş. ile Brauerei Beck&Co arasında Beck's markalı biranın üretimi ve dağıtımına ilişkin olarak yapılan "Teknoloji ve Marka Lisans Anlaşması"na menfi tespit belgesi veya muafiyet tanınması için yapılan başvuruyu değerlendirdiği kararda¹²⁵ da (Beck's kararı), taraflar arasındaki lisans anlaşmasının bölgesel inhisari nitelik taşımasının anlaşmanın menfi tespit belgesi almasına engel bir rekabet sınırlaması olduğuna hükmedilmiştir.

Pınar Süt Mamülleri Sanayii A.Ş. ile Sodima SAS arasında akdedilen ve meyveli ve aromalı süt ürünleri ve hazır tatlı pazarını etkilediği tespit edilen lisans anlaşmasına menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi üzerine verilen Kurul kararında¹²⁶ (Pınar Süt kararı), lisans konusu know-how'ın inhisari lisans ile devredilmesi piyasaya yeni girişlerin önüne geçeceği, lisans alanlara ilgili bölgelerde tek satıcı olma hakkı vereceği ve hakim durumdaki lisans verenin pazardaki bu konumunu güçlendirici etkiler gösterebileceği gerekçesiyle rekabeti sınırlandırıcı bulunmuştur. Kararda, mevzuat olarak ifade edilen AB düzenlemelerinde de, inhisari lisansların hukuka aykırı kabul edildiği ancak belirli şartlarda bunlara muafiyet tanındığı belirtilerek, inceleme konusu anlaşmanın bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Aksi halde hem lisans veren hem alan için anlaşmanın değerini ve zarureti yitirebileceği gerekçesiyle, inhisari lisans sözleşmesine bireysel muafiyet tanınmasına karar verilmiştir.

Kanımızca, Türkiye için henüz AB'deki gibi bir tek pazar hedefi söz konusu olmadığı için münhasır bölgesel korumalara daha esnek yaklaşılması uygun olacaktır. Markalar arası rekabetin bulunduğu bir piyasada marka içi rekabet büyük önem taşımayacağından, tekel bölgesi tanıyan ve marka içi rekabeti kısıtlayan kayıtlar kendiliğinden 4. madde içerisinde görülmemelidir (Sanlı 2000, 176, dn. 177).

2.2. KULLANIM ALANI ve MİKTARI SINIRLAMALARI

Kullanım alanı ve miktarı hakkındaki sınırlandırmalar teknoloji transferi sözleşmeleriyle devredilen hakkın kullanımını sınırlandıran şartlardandır¹²⁷.

¹²⁵ 12.6.2003 tarih, 03-42/463-202 sayılı karar.

¹²⁶ 8.7.2004 tarih, 04-46/597-145 sayılı karar.

¹²⁷ Kalite kontrolü, *best effort clause* gibi sözleşme hükümleri de genellikle bu kapsamda değerlendirilmektedir.

2.2.1. Kullanım Alanı Sınırlamaları

Bir teknolojinin farklı ürünlerin üretiminde kullanılması ya da farklı ürün pazarlarına ait ürünlerin üretimine dahil edilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, tek bir ürün pazarı çeşitli teknik kullanım alanları da içerebilir¹²⁸. Kullanım alanı sınırlaması, lisansa konu teknolojinin bu ürün, ürün pazarları ya da teknik alanların sadece bir ya da bir kaçında, belirli amaçlarla kullanılmasına izin verilmesidir (Cabanellas 1988, 105). Örneğin, lisans alanın belli bir hastalığın tedavisinde kullanılacak lisanslı patent veya know-how ile enjeksiyon üretebilmesi, ağız yoluyla alınacak ilaçları üretmemesi yönündeki sınırlamalar ile sadece belirli bir işletim sistemini kullanan bilgisayarda kullanılmak üzere yazılım *copyright*'nin verilmesi bu tür sınırlamalardandır.

İktisadi bakımdan, kullanım alanı sınırlaması ile bölgesel sınırlamalar arasında bir fark bulunmamaktadır (Gutterman 1997, 273). Lisans veren teknolojisinden en yüksek faydayı sağlamaya yönelik olarak, lisans alanın pazardaki durumuna, üretim, yatırım ve dağıtım kapasitesine göre lisans hakkını belirli kullanım sınırlamaları içerecek biçimde verebilmektedir. Lisans alanın lisanslı teknolojinin tüm ürün gruplarını üretebilecek teknik yeterliliğe ya da uygun dağıtım ağına sahip olmadığı ya da odaklandığı asıl faaliyet konusunun bu alanların bir kısmını içermediği hallerde bu sınırlama haklı görülebilmektedir (Gutterman 1997, 273). Kısıtlamanın, her bir lisans alanın kendisine inhisari olarak verilen kullanım alanında teknik gelişmeleri artırma çabasını teşvik edebilmesi de olumlu etkilerinden biridir. Kullanım alanı sınırlamaları özellikle taraflar dikey ilişki içinde bulunduğu rekabetçi kabul edilmektedir (Anderman 1998, 118).

ABD'de, önceki bölümde münhasır bölge uygulamaları için benimsendiği belirtilen hak sahibinin belirli sınırlamalar ile hakkını kullandırmakta serbest olduğu prensibi, kullanım alanı sınırlamaları için de geçerlidir. ABD'deki çeşitli mahkeme kararlarında bu tür sınırlamaların, kendisine verilen tekel hakkını haksız şekilde genişletmediği sürece lisans verenin sahip olduğu hakkın bir gereği olarak kabul edildiği görülmektedir¹²⁹.

Komisyon'un kullanım alanı sınırlamalarına yaklaşımı ABD içtihadı ile uyumludur. Örneğin, Delta Chemie kararında¹³⁰ Komisyon, lisans verenin kendi know-how'ını serbestçe kontrol edebileceğine ve üçüncü kişiler tarafından kullanımına sınırlama getirebileceğine karar vermiştir. Ayrıca bu karar ve yanı

¹²⁸ Örneğin yeni bir motor teknolojisi hem dört silindri hem de altı silindri motor üretiminde kullanılabilir (AB Tüzüğü Rehberi m. 179).

¹²⁹ General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co., 305 U.S. 124, 39 U.S.P.Q. 329 (1938), United States v. Ciba Geigy Corp., 508 F. Supp. 1118 (D.N.J. 1976).

¹³⁰ Bkz. dn. 104.

Fatma GÖZLÜKAYA

sıra Jus-Rol kararında¹³¹, münhasırlık ve kullanım alanı sınırlamalarının birlikte bulunduğu sözleşmelerde lisans alanın, kendi lisansı çerçevesinde kaliteyi artırmak amacıyla üretim ve satışa en iyi derecede odaklanacağı ifade edilmiştir.

AB Tüzüğü'nde kullanım alanı sınırlamaları, pazar ve müşteri paylaşımı yasağının¹³² istisnalarından biridir. Buna göre, karşılıklı olsun olmasın rakipler arasındaki bir lisans anlaşmasında lisans alana, lisanslı teknoloji ile sadece bir ya da daha çok belirlenmiş teknik alan ya da ürün pazarında üretim yapabileceği yönünde bir yükümlülük getirilmesi serbesttir¹³³. Bununla birlikte, sınırlama lisanslı teknolojinin kapsamını aşmamalı ve lisans alanın kendi teknolojisini kullanmasına müdahale etmemelidir¹³⁴.

Bunun yanı sıra, karşılıklı olmayan rakipler arası bir lisans anlaşmasında tarafların her ikisine ya da sadece tek tarafa diğer tarafa ayrılmış bir veya daha fazla teknik alanda ya da ürün pazarında lisanslı teknoloji ile üretim yapma yasağı getirilmesi de, anlaşmaları Tüzük'ün sağladığı muafiyet koruması dışına çıkarmamaktadır¹³⁵.

Diğer taraftan, rakipler arası lisans anlaşmalarında lisans alanın kendi teknolojisini kullanma kabiliyetinin sınırlandırılması ya da anlaşma taraflarından herhangi birinin AR-GE çalışmaları yapmasının kısıtlanması, lisanslı know-how'ın üçüncü kişilere açıklanmasının engellenebilmesi için kaçınılmaz olması hali dışında, Tüzük'ün m. 4/1, d hükmü ile yasaklanmıştır.

Rakip olmayanlar arasındaki lisans anlaşmaları kullanım alanı sınırlaması içerseler bile muafiyetten yararlanmaya devam ederler. Bununla birlikte, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda, lisans alanın kendi teknolojisini kullanma kabiliyetine ya da anlaşma taraflarının herhangi birine, lisanslı know-how'ın üçüncü kişilere açıklanmasının engellenebilmesi için kaçınılmaz olması hali dışında, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine sınırlama getiren doğrudan ya da dolaylı tüm yükümlülükler muafiyetten yararlanamayacaklardır¹³⁶.

¹³¹ Bkz. dn. 103.

¹³² AB Tüzüğü m. 4/1, c.

¹³³ AB Tüzüğü m. 4/1, c-i.

¹³⁴ AB Tüzüğü Rehberi parag. 77 ve 90. Rehber'in 91. paragrafında, kullanım sınırlamasının simetrik ya da asimetrik ayrımı yapılmaksızın muafiyet kapsamında olduğu belirtilmektedir. Karşılıklı lisans sözleşmesinde asimetrik kullanım alanı sınırlaması, tarafların karşılıklı olarak verdikleri lisansları sadece farklı alanlarda kullanmalarına izin verecek şekilde yapılırsa, bir tarafın diğerinin alanına girmesine engel olunması sonucunu doğurabilmekle birlikte, tarafların kendi teknolojilerini kullanmaya devam edecek olmaları bunun oluşmasına imkan tanımayacaktır.

¹³⁵ AB Tüzüğü m. 4/1, c-ii.

¹³⁶ AB Tüzüğü m. 5/2.

Rekabet Kurulu'nun kullanım alanı sınırlamaları hakkındaki yaklaşımı ise Şişecam kararındaki tespiti ile özetlenebilir. Kurul Şişecam kararında, teknik ve ekonomik gelişmenin sağlanması için lisans anlaşmalarının gerekli olduğu, bu sebeple belirli sınırlar içerisinde bu gelişmeyi sağlayanın (lisans verenin) çıkarlarının gözetilmesi gerektiğini belirterek lisans alanına, lisansın kullanım alanına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar ilk bakışta rekabet kısıtlaması gibi görülse de, esasında bunların lisans anlaşmalarının ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiştir.

Kanımızca, özellikle rakipler arası lisans anlaşmalarındaki kullanım alanı sınırlamaları, bu anlaşmaların bölgesel münhasırlık da öngörmeleri halinde 4054 sayılı Kanun m. 4 anlamında mal ve hizmet piyasalarının paylaşılması riskini artırıcı olabilecektir. Bu sebeple, fikri hak/sahip olunan teknolojiden kaynaklanan kullanım hakkına zarar vermemek koşuluyla, bu tür anlaşmalara ihtiyatla yaklaşılması uygun olacaktır.

2.2.2. Kullanım Miktarı Sınırlamaları

Kullanım miktarı ve niteliğine ilişkin kısıtlamalar, özellikle lisans alanın lisansa konu teknolojiyi kullanmak için yapacağı ya da yapması gereken yatırım seviyesini yönlendirmek amacıyla çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir (Gutterman 1997, 291). Miktar sınırlamaları, üretim miktarı kotaları, endüstri satışlarının belirli bir yüzdesi olarak doğrudan ya da örneğin, belirli bir üretim seviyesine ulaşıldıktan sonra daha yüksek lisans ücreti koymak şeklinde dolaylı olarak yapılabilir¹³⁷. Diğer taraftan, minimum çıktı gereklilikleri ve kalite standartları lisans alanına lisanslı teknoloji üzerinde minimum bir yatırım yapma yükümlülüğü de getirebilmektedir.

Yaratabilecekleri bu etkinliklere karşın miktar sınırlamaları genellikle, pazara girecek ürün miktarını kontrol ederek, piyasada oluşacak fiyatın dolaylı olarak belirleyebilmek amacıyla kullanılmaktadır (Cabanellas 1988, 140). Lisans veren, lisans alanın arzını sınırlandırarak ilgili pazarlarda belirli fiyat etkileri doğurabilmektedir.

ABD içtihadında genel yaklaşım, miktar kısıtlamalarının lisans anlaşmalarını hukuka aykırı hale getirmeyeceği yönündedir. Atari Games Corp. v. Nintendo of America¹³⁸ ve E.I. duPont de Nemours & Co.¹³⁹ gibi davalarda

¹³⁷ Rekabet Kurulu, Beck's kararında hedef ve asgari satış hacimleri hükümlerinin miktar kısıtlaması olmadığına karar vermiştir.

¹³⁸ Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F.2d 1572, 14 U.S.P.Q. 2d 1034 (Fed.Cir. 1990).

¹³⁹ United States v. E.I. duPont de Nemours&Co., 118 F. Supp. 41, 224-6, 99 U.S.P.Q. 462 (D. Del., 1953).

Fatma GÖZLÜKAYA

patent sahibinin lisans alanların lisanslı teknoloji ile üretebilecekleri maksimum miktarı belirleyebileceklerine karar verilmiştir.

Guterman (1997, 293), ABD mahkemeleri kararlarında, rakipler arasındaki anlaşmalarda yer almayan ve hukuka aykırı kartel anlaşmalarına dönüşmeyen çıktı sınırlamalarının *rule of reason* analizine tabi tutularak, lisans verenin ticari faaliyetinin korunması için gerekli görülebilecek ve/veya lisans verenin takdir yetkisi kapsamında oldukları kabul edilebileceklerse yasaklanmadıklarını söylemektedir¹⁴⁰.

AB Tüzüğü'nde ise, rakipler arasındaki karşılıklı lisans sözleşmelerinde lisans alanların lisanslı teknolojiyi kullanarak üretecekleri ürün miktarı üzerine kısıtlama getirilmesi yasaklanmaktadır¹⁴¹. Ancak bu kısıt, lisans alanlardan sadece birine getirilirse ya da karşılıklı olmayan bir lisans anlaşmasında yer alırsa anlaşma muafiyetten yararlanabilecektir. Tek tarafa miktar kısıtlaması getirilmesine daha ılımlı yaklaşılmasının sebebi, bu şekilde pazardaki ürün miktarının azalmasına sebep olunamayacağı düşüncesi ve lisans anlaşmasının iyi niyetli olduğuna dair inançtır. Lisans alan üzerindeki tek yönlü kısıtlama, anlaşma ile tamamlayıcı teknolojilerin veya lisans verenin üstün teknolojisi ile lisans alanın üretim varlıklarının etkin bir şekilde bütünleşeceği kanısını güçlendirmektedir¹⁴².

Tarafların pazar payının %20'lik eşğin üzerinde olması halinde, lisans verenin teknolojisinin lisans alaninkinden çok daha iyi olduğu ve lisans alanın çıktı miktarının anlaşma öncesine göre büyük oranda artırımını sağladığı durumda ya da bu kısıtın lisans verenin teknolojisini mümkün olduğunca geniş bir alana yaygınlaştırması için gerekli olması gerekçesiyle, anlaşmanın m. 81/3'teki muafiyet şartlarını karşılaması söz konusu olabilir¹⁴³.

AB Tüzüğü'nde, rakip olmayanlar arası anlaşmalardaki miktar kısıtlaması hakkında düzenleme bulunmadığından, bunun serbest olduğu kabul edilmektedir. Rehber'de, eşik altındaki pazar payına sahip teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda yer alan miktar sınırlamalarının anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarmayacağı açıkça söylenmektedir¹⁴⁴.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi açısından değerlendirildiğinde, rakipler arasındaki lisans sözleşmelerinde yer alan kullanım alanı ve kullanım miktarı kısıtlamalarının, "her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü", "mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının

¹⁴⁰ Hartford-Empire Co. v. United States, 323 U.S. 386 (1945).

¹⁴¹ AB Tüzüğü m. 4/1, b.

¹⁴² AB Tüzüğü Rehberi parag. 83.

¹⁴³ AB Tüzüğü Rehberi parag. 175.

¹⁴⁴ AB Tüzüğü Rehberi parag. 175.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi” gibi sonuçlara sebep olabilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu kısıtlamalar, rakipler arasındaki karşılıklı lisans anlaşmalarında asimetrik olarak uygulanmadıkları, bölgesel inhisari lisans anlaşmalarında yer almadıkları ve dolayısıyla pazar paylaşımına dönüşmedikleri sürece 4. maddeden muaf tutulabilmelidir.

BÖLÜM 3

REKABETİ KISITLAYICI DİĞER HÜKÜM ve UYGULAMALAR

Bu bölümde, teknoloji transferi sözleşmelerindeki lisans bedeli, yeniden satış fiyatının belirlenmesi, rekabet etme yasağına ilişkin hükümler, bağlama ve paket lisans uygulaması ile geriye lisans verme yükümlülüğünün rekabet üzerindeki olası etkileri incelenmektedir. İnceleme, ABD, AB ve Türk rekabet hukukunun ilgili düzenlemeleri ve konuya ilişkin kararları ortaya konulmak suretiyle yapılarak, sonucunda Türkiye uygulaması için önerilerde bulunmaktadır.

3.1. LİSANS ÜCRETLERİNE DAYANAN KISITLAYICI HÜKÜMLER

AB’de, gerek ATAD’ın gerekse Komisyon’un genel yaklaşımı, taraflarca serbestçe belirlenmiş ise lisans ücretine fazla müdahale etmemektir (Anderman 1998, 120). Tüzük Rehberi’nde¹⁴⁵, tarafların ödenecek lisans bedeli ve ödeme şekli konusunda anlaşmaları serbest bırakılmıştır. Aynı şekilde, ABD uygulamasında da, lisans verenler lisans ücretinin miktarı ve ücret hakkındaki anlaşmaların yapısını belirlemede büyük bir özgürlüğe sahiptirler (Gordon 2002, 8).

Bununla birlikte, lisans ücretinin ödenmeye devam edeceği süre ve hesaplanmasında kullanılacak kriterler rekabeti kısıtlayabilmektedir. Lisans sözleşmelerinin rekabeti kısıtlayıcı etkileri olabilecek, ücretle ilgili iki temel maddesi aşağıda incelenmektedir.

3.1.1. Toplam Satış Geliri Üzerinden Lisans Ücreti Alınması

Lisans ücretinin, sadece lisanslı teknoloji kullanılarak üretilen ürünler değil, tüm ürünlerin toplam satış miktarı üzerinden belirlenmesi bazen üstü

¹⁴⁵ AB Tüzüğü Rehberi parag. 155/e-156.

kapalı bir rekabet etme yasağı amacı taşıyabilmektedir. Zira lisans alan bu durumda, ürettiği tüm ürün üzerinden belli bir ücret ödemek zorunda kalacağından, bir kısım ürünü de rakip teknolojileri kullanarak üretme motivasyonunu kaybedecektir. Bu durum, lisans alanın maliyetini artırıcı etki göstermesinin yanı sıra, özellikle lisans veren ilgili pazarda hakim durumdaysa, bu yolla tekel durumunu genişletmesini de sağlayabilmektedir (Whish 2003, 737).

ABD uygulamasında toplam satış üzerinden lisans bedeli alınması gönüllük esasına dayandığı ve lisans verenin baskısı sonucu oluşmadığı süreç geçerlidir (Guterman 1997, 319). Automatic Radio v. Hazeltine Research kararında Yüksek Mahkeme, patent sahibinin baskısı olmayan toplam satış üzerinden lisans ücreti uygulamasının, lisans alana kullandırılan hakkının ticari değerinin belirlenmesine uygun bir sistem olduğu gerekçesiyle desteklenmiştir. Guterman (1997, 319), böyle bir olayda taraflar rakip olsalardı muhtemelen mahkemenin anlaşmayı *per se* yasaklayacağı görüşündedir.

AB Tüzüğü Rehberi'nde bu husus, lisans ücretlerinin pazarı kapatmak, üçüncü kişilerin pazara girişini ve tutunmasını önlemek amacıyla kullanılması ekseninde ele alınmıştır. Buna göre, lisanslı teknolojinin yanı sıra, üçüncü kişilerden alınan teknoloji kullanılarak üretilen ürünler üzerinden de lisans ücretinin talep edilmesinin, ikinci gruptaki ürünlerin maliyetini artıracığı ve dolayısıyla bu teknolojilere olan talebi azaltacağı ifade edilmektedir¹⁴⁶.

Windsurfing kararında¹⁴⁷ Komisyon, Windsurfing International isimli bir Amerikan şirketi ile Topluluk üyesi ülkelerdeki bazı şirketler arasında, rüzgar sörfü malzemelerinin Alman patenti hakkındaki inhisari olmayan lisans anlaşmalarını incelemiştir. Komisyon incelemesi sonucunda, lisansların sadece sörf teknelerinin yelken kolunu (*rig*) kapsadığı halde, lisans ücretinin tüm sörf teknelerinin (teknenin tüm parçalarının) net satış geliri üzerinden ödeneceğinin kararlaştırıldığını belirlemiştir. Komisyon, patentin kapsamadığı bir ürünün lisanslı üründen ayrı olarak satılmasının reddedilmesine sebep olan bu tür bir ücret hesaplama yönteminin patentin spesifik konusu dışında kaldığı, yelken kolu pazarındaki rekabeti kısıtladığı ve bu sebeple m. 81'in uygulanmasını gerektirdiğine karar vermiştir. Komisyon, böyle bir ücret hesaplama yönteminin ancak patentli ürünlerin karmaşık bir üretim yöntemi içinde üretilebilmeleri, üretilen parçaların sayısının ya da değerinin ayrı ayrı belirlenmesinin güç olduğu

¹⁴⁶ Tüzük Rehberi'nde lisanslı teknolojinin bir nihai ürünün üretilmesinde kullanılacak girdiye ilişkin olması halinde lisans ücretinin nihai ürünün satış fiyatı esas alınarak belirlenmesinin genellikle kısıtlayıcı olmayacağı belirtilmektedir.

¹⁴⁷ Bkz. dn. 103.

Fatma GÖZLÜKAYA

veya patentli ürün için bağımsız/ayrı bir talebin olmadığı haller söz konusu olduğunda makul kabul edilebileceğini ifade etmiştir¹⁴⁸.

3.1.2. Lisans Konusu Hakkın Sona Ermesinden Sonra Lisans Ücretinin Talep Edilmesi

Öğretide, patent ya da yazılım *copyright* gibi teknolojik bir ürünün koruma süresinin sona ermesine rağmen, lisans sözleşmesi devam ettiği gerekçesiyle lisans ücretinin talep edilmeye devam edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu kuralın uygulanmadığı iki durum; paket lisans ve melez¹⁴⁹ (*hybrid*) lisanstır (Gutterman 1997, 320). Birden fazla lisansın birlikte verildiği paket ve melez lisanstaki hakların bir kısmının koruma süresinin diğerlerinden önce sona ermesi durumunda, her iki tarafça karşılıklı menfaatlerine uygun olarak bu yönde bir anlaşma yapılmış ise, lisans alan baştaki toplam lisans ücretini ödemeye devam etmek zorundadır¹⁵⁰.

Bu iki halde de öncelikle, bir ya da birkaç patent hakkının sona ermesine rağmen önceki lisans ücretinin ödenmeye devam edilmesinin patent sahibinin tekel hakkını haksız yere genişletmesi anlamına gelip gelmediği tespit edilmelidir.

Yüksek Mahkeme *Brulette v. Thys, Co.* kararında¹⁵¹ lisans olarak verilen tüm patentlerin sona ermesinden sonra lisans ücreti talep edilmesini, patent sahibinin tekel gücünü patentin korunma süresinin ötesine yayma çabası olarak değerlendirerek *per se* ihlal kabul etmiştir¹⁵².

AB Komisyonu, patentli elektrik cihazlarına ilişkin lisans sözleşmesi hakkındaki *AOIP/Beyrard* kararında¹⁵³ Fransız mucit *Beyrard*'ın, lisans sözleşmesine, yeni patentler ya da geliştirmeler sebebiyle sözleşmenin uzamasını ve uzayan süre boyunca bu geliştirilmiş patentler için, kullanılmasalar bile, lisans ücreti ödenmesini öngören bir hüküm konulması talebini incelemiştir. Kararda, en yeni patentin de süresi dolduktan sonra, eski lisans bedelinin ödenmeye devam edileceği yönündeki yükümlülüğün, lisans alana sözleşmeyi tek taraflı sona erdirme hakkı da tanınmadığından, hiç bir ekonomik haklı gerekçe olmaksızın lisans alanın üretim maliyetlerinin artmasına ve rekabet

¹⁴⁸ ATAD, Komisyon'un bu görüşünü onaylanmış ancak tüm sörf teknesi üzerinden ücretin hesaplanmasının yelken kolu pazarındaki değil, sörf teknesi pazarındaki rekabeti kısıtladığını tespit etmiştir.

¹⁴⁹ Başvurusu yapılmış ya da tescil edilmiş bir patent ile aynı koruma süresine sahip olmayan başka bir fikri mülkiyet hakkının birlikte verildiği lisansı ifade etmektedir.

¹⁵⁰ *Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research, Inc.*, 339 U.S. 827, 834 (1950).

¹⁵¹ *Brulette v. Thys, Co.* 379 US 29 (1964).

¹⁵² Bkz. dn. 154.

¹⁵³ *AOIP/Beyrard*, OJ 1976 L6/8 [1976] 1 CMLR D14 at D24.

gücünün zayıflamasına sebep olacağı için 85. maddeyi (yeni 81) ihlal ettiğine hükmedilmiştir.

AB Tüzüğü Rehberi'nde ise Komisyon, tarafların fikri hakların geçerlilik süresini aşan lisans bedeli konusunda anlaşabileceklerini, koruma süresi sona eren hakkın üçüncü kişilerce kullanılması serbest olacağından bu durumun rekabeti olumsuz etkilemeyeceğini söylemektedir¹⁵⁴.

Özdemir (2002, 245), bu uygulamanın lisans bedelinin ödenmesi için getirilen bir kolaylık olması durumunda, Türk hukuku açısından bir sınırlama olarak görülmemesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁵. Baş (2000, 102) da, know-how'ın kamuya mal olmasına karşın sözleşme süresi sona ermemişse ve taraflar bu durumda bile lisans bedelinin ödeneceği konusunda anlaşmışlarsa lisans bedelinin ödenmeye devam edilebileceği görüşündedir.

3.2. YENİDEN SATIŞ FİYATI SINIRLAMALARI

Lisans alanın sözleşme konusu ürünleri üçüncü kişilere satış fiyatı konusunda getirilen kısıtlamalar, lisans verenin teknolojisi üzerinde devam eden menfaatlerini korumak, karını maksimize etmek amacıyla kullanılmaktadır. Örneğin, lisanslı teknoloji ile üretilen yeni ürünün ilk dönemlerinde, pazarın gelişmesine bağlı olarak oluşacak üretimin toplam büyüklüğünün lisans alanın birim başına maliyetlerini ne şekilde etkileyeceğini tahmin etmek güçtür. Bu durumda lisans veren daha güçlü teşebbüslere lisans verebilme esnekliğini koruyabilmek için fiyat sınırlandırmaları getirebilmektedir (Gutterman 1997, 284).

Lisans verenin sözleşme konusu ürünün satış fiyatı belirlemekten alıkonulması, yeni lisans alanların piyasaya girerek ürün fiyatının beklenmedik şekilde düşmesine sebep olabilecektir. Fiyatlardaki değişim, lisans verenin kendi faaliyetlerinin karlılığı etkilediği gibi lisanslardan beklenen lisans ücreti miktarını da düşürebilir. Bu olasılık, teknolojinin lisans olarak verilmesinden imtina edilmesi sonucunu doğurabilir (Cabanellas 1988, 135).

ABD'de Sherman Yasası'na göre, taraflar arasındaki ilişki ister dikey ister yatay olsun yeniden satış fiyatının belirlenmesi, yükseltilmesi veya belirli bir seviyede tutulmasına yönelik anlaşmalar *per se* yasaktır.

¹⁵⁴ AB Tüzüğü Rehber parag. 159. Landes ve Posner (2003, 380) de, yukarıda yer verilen Brulette v. Thys, Co. kararını aynı gerekçe ile eleştirmektedirler. Yazarlara göre patent, süresinin dolmasıyla zaten herkesin kullanımına açık hale gelecektir. Bu duruma rağmen lisans alan süre bitiminden sonra da lisans bedeli ödemeye devam etmeyi kabul ediyorsa, sürenin dolmasından önceki dönemde daha düşük bir lisans bedeli ödeyecek olmasındadır. Patentin süresi, lisans verenin lisans bedelini belirleme gücünü sınırlamaktadır.

¹⁵⁵ 240/96 sayılı eski Tüzük'ün 2/1, 7(b) hükmünde aynı yaklaşım benimsenmekteydi.

Fatma GÖZLÜKAYA

ABD Rehberi'nde de, lisans alanın yeniden satış fiyatının belirlenmesi *per se* rekabet ihlali olarak açıklanmakta¹⁵⁶ ve pek çok mahkeme kararında bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir¹⁵⁷. Bununla beraber, farklı bazı mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır.

Örneğin, General Electric'in en büyük rakibi Westinghouse'a ampul üretiminde kullanılmak üzere patent lisansını verdiği sözleşme ile minimum satış fiyatının belirlenmesinin incelendiği General Electric (GE) davasında¹⁵⁸ Yüksek Mahkeme, lisans verenin patent hakkından elde edeceği menfaatini maksimize edebilmesi için fiyat sınırlamaları getirebileceğini karara bağlamıştır. Ayrıca mahkeme, lisans alanlara patent sahibinden daha düşük bir fiyata satış yapma hakkı tanındığı takdirde patentin etkin kullanımının ortadan kalkabileceği ve böylece patent sahibinin pazar dışına çıkarılmasının söz konusu olabileceğini tespit etmiştir¹⁵⁹ (Landes ve Posner 2003, 384).

Karar çeşitli yönlerden eleştirilirken, Gutterman (1997, 287) da, kararın ortada sadece tek bir lisansın olduğu ve fiyat sınırlamasının kendisi de üretici olan lisans vereni korumak amacıyla uygulandığı sınırlı koşullara özgü olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir. Nitekim sonraki bazı kararlarında ABD mahkemeleri, GE kararını benimsemekle birlikte, fiyat belirlemenin iki ya da daha fazla patent sahibinin biraraya gelmesiyle yapıldığı¹⁶⁰, patentli olmayan ürünleri de kapsadığı¹⁶¹, belirlenen fiyatlar ile birden fazla rakibe lisans verildiği¹⁶² hallerde uygulamanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir (Cabanellas 1988, 136).

¹⁵⁶ ABD Rehberi m. 5.2.

¹⁵⁷ Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park&Sons Co., 220 U.S. 373, 408 (1911), United States v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241 (1942), Ethly Gasoline Corp. v. United States, 309 U.S. 436 (1940).

¹⁵⁸ United States v. General Electric, 272 U.S. 476, 490 (1926).

¹⁵⁹ Landes ve Posner (2003, 385), rasyonel bir patent sahibinin patentli ürünün en verimli çalışan üretici tarafından üretilmesini isteyecek olmasına karşın, sabit bir lisans ücretinin belirlenmiş olduğu lisans sözleşmesinin geçerli olduğu süre boyunca lisans alanın maliyetlerinin beklenmedik bir şekilde düşmesi halinde, lisans alana fiyat konusunda bir avantaj da verilmiş ise, patent sahibinin üretimin sabit maliyetini karşılayamaması gibi bir riskin söz konusu olacağını ifade etmektedirler. Yazarlar, yeniden satış fiyatının lisans veren tarafından belirlenmesi ile yukarıda bahsedilen riskin ortadan kaldırılmasına alternatif olarak, lisans alanın satış gelirine bağlı değişken (öngörülen satıştaki azalmanın daha yüksek orandaki lisans ücreti ile telafi edilmesi) bir lisans ücreti kararlaştırılmasının daha uygun olacağını belirtmektedirler. Ancak bu daha karmaşık ve bu sebeple daha maliyetli bir sözleşmeyi gerektirdiğinden uygulamada tercih edilmemektedir.

¹⁶⁰ United States v. New Wrinkle, Inc., 342 U.S. 371 (1952).

¹⁶¹ Cummer-Graham Co. v. Straight Side Basket Corp., 142 F.2d 646 (5th Cir. 1944).

¹⁶² United States v. Line Materials Co., 333 U.S. 287 (1948), United States v. United States Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948), Newborgh Moire Co. V. Superior Moire Co., 237 F. 2d 283 (3rd. Cir. 1956).

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

AB’de, bu tür kısıtlamalar RA’nın m. 81/1 hükmü uyarınca yasaktır. AB Tüzüğü’nde de, hem rakip¹⁶³ hem de rakip olmayan¹⁶⁴ taraflar arasındaki lisans sözleşmelerinde tarafların uygulayacağı satış fiyatının serbestçe belirlenmesine kısıtlama getirilmesi yasaklanmaktadır.

Rakipler arasında sabit, minimum¹⁶⁵, maksimum¹⁶⁶ ya da tavsiye niteliğinde fiyatlar şeklinde doğrudan fiyat belirlenmesi ya da maksimum indirim oranlarını içeren fiyat listesi yoluyla yapılabilen her türlü fiyat anlaşması özü itibariyle rekabeti kısıtlayıcıdır¹⁶⁷. Fiyat belirleme dolaylı olarak yapılırsa, örneğin anlaşmada fiyatın belirli bir seviyenin altına düşürülmesi halinde, lisans ücretinin oranının yükseltileceği öngörülmüş ise aynı sonuç doğabilecektir.

Türk hukukunda, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde mal veya hizmetlerin satış fiyatı da dahil her türlü alım ve satım şartının tespit edilmesini içeren anlaşmalar hukuka aykırı kabul edilmektedir. Bu kapsamda, yeniden satış fiyatının empoze edilmesi lisans veren ile alanın rakip olup olmamalarına bakılmaksızın rekabet ihlali teşkil etmektedir.

Bu yaklaşım doğrultusunda Rekabet Kurulu Beck’s kararında, anlaşmada yer alan “iş ve pazarlama planının Beck tarafından kabul edilmesi” hakkındaki maddenin, bu planda verilecek özellikle o yıl uygulanan fiyatların veya fiyat tahminlerinin Beck tarafından onaylanması ve Efes’in de onaylanan fiyatlara veya fiyat tahminlerine uyması veya uyulmasını sağlaması gerektiği şeklinde anlaşılması ve uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir.

Diğer taraftan, lisans verenin üretim yapmadığı ve tarafların rakip olmadığı hallerde yeniden satış fiyatı sınırlaması, lisansın değerinin altında bir bedelle verilmesini önlemek ve lisans verenin hakkından maksimum faydayı elde edebilmesini sağlamak amacıyla bir lisans bedeli hesaplama yöntemi olarak kullanıldığında, teknolojinin daha verimli kullanılması ve yeni lisans taleplerinin oluşması gibi etkinlikler yaratabilmektedir. (Modiano, G. 1979, *Le contract de licence de brevet*, Geneve, Özdemir 2002, 225’ten aktarma). Bu etkinlikler göz önüne alınarak kısıtlamanın doğrudan yasaklanmadan önce olası faydalarının irdelenmesi uygun olabilecektir.

3.3. REKABET ETME YASAĞI

Rekabet etme yasağı (münhasır iş görme yükümlülüğü), lisans alanın rakip teknolojileri kullanmaktan, bu teknoloji ile üretilen ürünleri

¹⁶³ AB Tüzüğü m. 4/1, a.

¹⁶⁴ AB Tüzüğü m. 4/2, a.

¹⁶⁵ United States v. Univis Lens, 316 U.S. 241, 249-51 (1942).

¹⁶⁶ State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997).

¹⁶⁷ AB Tüzüğü Rehberi parag. 79.

dağıtmaktan, satmaktan ya da teknolojilerin lisansını vermekten alıkonulmasıdır (Tom 1998, 30).

Lisans veren bir lisans sözleşmesine girerken, daha önce patent, know-how ya da *copyright*ını geliştirirken yapmış olduğu yatırım harcamasının karşılığını lisans alanın rekabetçi varlıkları ve kaynakları sayesinde geri alacağı inancı taşımaktadır. Buna bağlı olarak, lisans alanın başka faaliyetler içine girerek kendisine karşı olan yükümlülüğünü zayıflatmayacağı garantisini aramaktadır (Guterman 1997, 297). Çoğu lisans anlaşmasında lisans ilişkisi süresince lisans alanın lisans verenle rekabet edeceği faaliyetlerde bulunmasının yasaklanması bundan kaynaklanmaktadır.

ABD Rehberi'nde münhasır iş görme yükümlülüğünün rekabet üzerinde hem olumlu hem olumsuz etkileri olabildiği, bu sebeple *rule of reason* analizine göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Bu analizde, yasağın lisanslı teknolojinin kullanımı, geliştirilmesi ve rakip teknolojiler üzerindeki etkileri incelenecektir.

Bu etkiler, lisans verenin pazar gücü, pazardaki yoğunlaşma, yasağın kapsamı, süresi, ilgili pazara giriş engelleri, arz ve talep esnekliği ve kullanımı yasaklanan rakip girdi ya da çıktılarının kullanımını gerektiren faaliyetlerin yürütüldüğü minimum etkin ölçek (*minimum efficient scale of operations*) gibi faktörlere bağlı olarak değişmektedir (Tom 1998, 30). Rekabeti kısıtlayıcı etkinin tespiti üzerine yasağın, lisans alanı ve vereni lisanslı teknolojinin (ve bunun özel uygulamalarının) geliştirilmesi, iyileştirilmesi ve pazarlanması konusunda teşvik etmek, ilgili pazarda rekabeti ve çıktı miktarını artırmak gibi rekabetçi etkiler doğurması olasılığı incelenmelidir¹⁶⁹.

DOJ genellikle, çok sayıda rakip malın sunulduğu, ilgili üretim ve dağıtım pazarlarında yoğunlaşmamış olduğu ve bu pazarlara girişin kolay olduğu koşullarda münhasır iş görme yükümlülüğüne müdahale etmeme eğilimindedir¹⁷⁰.

ABD hukukunda inhisari lisans sözleşmelerindeki rekabet yasağına daha esnek yaklaşılmaktadır. Örneğin bir kararda, inhisari lisans sözleşmesinde yer alan lisans alanın rakip malları taşıması durumunda sözleşmenin inhisari olmayan sözleşmeye dönüştürüleceği yönündeki hüküm hukuka uygun bulunmuştur¹⁷¹. Bir başka kararda ise, belirlenmiş bir coğrafi bölgedeki tek dağıtıcının rakip malları taşımaktan imtina etmesinin sebep olacağı rekabeti kısıtlayıcı etkileri ispat edemediği için savunma tarafının patent ihlali iddiası

¹⁶⁸ ABD Rehberi m. 5.4.

¹⁶⁹ ABD Rehberi m. 5.4.

¹⁷⁰ Bkz. ABD Rehberi Örnek 8.

¹⁷¹ Naxon Telesign Cor. Supp. 804 (N.D. 111. 1981), aff'd. 686 F.2d 1258 (7th Cir. 1982)

reddedilmiştir¹⁷². Bu kararlar, bir lisans hakkı tanımakla kendi rekabet olanağından vazgeçen ya da onu sınırlandıran lisans verenin menfaatlerinin korunabilmesi için kimi hallerde rekabet etme yasaklarının mazur görülebileceğine işaret etmektedir (Gutterman 1997, 300).

Komisyon ve ATAD'ın yeni AB Tüzüğü'nden önceki kararlarında, lisans alanın rakip malları satın alma, üretme, kullanma veya satmasına engel olan rekabet etme yasaklarına ya da lisans alanın bağımsız olarak AR-GE çalışmaları yapmasını kısıtlayan hükümlere genellikle izin verilmediği görülmektedir¹⁷³. Buna karşın, AB Tüzüğü'nde rekabet etme yasakları hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla tarafların pazar paylarının eşiklerin altında olduğu hallerde, rekabet etme yasağı lisans sözleşmelerinin grup muafiyetinden yararlanmasına engel olmamaktadır.

Komisyon, lisans anlaşmalarındaki rekabet yasağı hakkındaki yeni yaklaşımını AB Tüzüğü Rehberi'nde ortaya koymaktadır. Rehber'de öncelikle rekabet etme yasağının, lisanslı teknolojinin yayılması¹⁷⁴, teknolojinin etkin biçimde kullanılması ve ilgili yatırımın yapılmasını destekleyerek veya lisans verenin belli yatırımları yapmayı üstlenmesi durumunda durdurma problemini¹⁷⁵ (*hold up*) önlemekte önemli bir rol oynayarak olumlu etkiler yaratabileceği üzerinde durulmaktadır. Bununla beraber, lisans verenin önemli bir pazar gücüne sahip olması halinde pazarın belirgin derecede kapanması veya lisans verilebilecek teşebbüs sayısının az olduğu durumlarda giriş engeli yaratılması riskini doğurabileceği de belirtilmektedir¹⁷⁶.

4054 sayılı Kanun açısından değerlendirildiğinde rekabet etme yasağının, lisans veren ile rakipleri arasındaki rekabetin kısıtlanmasına sebep olabileceğinden 4. madde kapsamında hukuka aykırı kabul edilebilecektir.

Rekabet Kurulu Beck's kararında, lisans alana rekabet etme yasağı getirilmesi rekabeti sınırlayıcı ve anlaşmayı menfi tespit belgesi almaktan alıkoyan bir yükümlülük olarak değerlendirmiştir. Sözleşmenin, sona ermesinden sonraki 24 aylık dönem için lisans alana rekabet etme yasağı getiren hükmü de rekabet ihlali olarak kabul edilmiştir.

Miller kararında¹⁷⁷ ise, "Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme" bölümünde piyasaya yeni giren markanın (yeni ürün ya da yeni teknoloji kullanılarak üretilen ürün olarak anlaşılmalıdır) tutunması için gereken

¹⁷² Swofford v. B&W, Inc., 251 F. Supp. 811, 149 U.S.P.Q. 32 (S.D. Tex. 1966), aa'd, 395 F.2d 362 (5th Cir.), cert. Denied, 393 U.S. 935 (1968)

¹⁷³ Maize Seed, OJ 1978 L286/23 [1978] 3 CMLR 434.

¹⁷⁴ AB Tüzüğü Rehberi parag. 201.

¹⁷⁵ AB Tüzüğü Rehberi parag. 201. Bkz. aşağıda Bölüm 4.1.

¹⁷⁶ AB Tüzüğü Rehberi parag.144.

¹⁷⁷ 14.11.2002 tarih, 02-70/843-347 sayılı karar.

Fatma GÖZLÜKAYA

faaliyetlerin lisans alınan ürün üzerinde yoğunlaşmasını sağlamak için belirli bir süre için rekabet yasağı getirilmesinin makul görülebileceğini belirtmesine karşın “Sonuç” bölümünde anlaşma ile getirilen rekabet yasağının 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Diğer taraftan, rekabet etme yasağının bazı koşullar altında yarattığı etkinlikler 4. maddeden muaf tutulmasını sağlayabilir. Nitekim, Pınar Süt (Sodima) kararında Kurul, uzun süreli rekabet etme yasaklarının rekabet üzerinde olumsuz etkiler doğurabileceğini belirttikten sonra yeni bir markanın piyasaya girebilmesi ve yeni ürününün pazarda tutunabilmesi amacıyla lisans alanın belirli bir süre rakip ürünler ile ilgili faaliyetlerde bulunmama yükümlülüğü altına sokulabileceğine karar vermiştir.

3.4. BAĞLAMA ve PAKET LİSANS UYGULAMALARI

ABD Rehberi’nde bağlama, bir lisansın verilmesinin alıcı tarafından ilave bir malın/lisansın satın alınması ya da en azından bu malın/lisansın başka bir sağlayıcıdan alınmayacağı koşuluna tabi tutulması olarak tanımlanmaktadır¹⁷⁸. Paket lisans ise, talep edilmediği halde fikri mülkiyetin birden çok sayıdaki unsurunun tek bir lisans veya bağlantılı bir grup lisans altında verilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bağlama ya da paket lisansın bahsedebilmek için içerdikleri her bir teknoloji ve ürünün ayrı bir talebi olması gerekmektedir¹⁷⁹.

Öğretide, uygun şartların varlığında, bağlama anlaşmalarının üretim ve satış ekonomisi, lisans verenin müşteri çevresinin korunması gibi yararlar sağlayabileceği ve ekonomik çıktının genel seviyesini yükseltebileceğine dair görüşler mevcuttur¹⁸⁰ (Gutterman 1997, 305). Bağlayan ürünün bağlanan ürünle beraber kullanılmamasının işlevsel sorunlara yol açma olasılığı taşınması ya da bağlayan ürünün önemli teknik zorluklar içermesi halinde diğer ürün veya bakım sözleşmesinin lisansa bağlanması makul karşılanabilmektedir (Cabanellas 1988, 125). Paketteki her bir patent, know-how ya da yazılım *copyright*’nin daha büyük bir ürün ya da sistemin parçalarını oluşturduğu, işlevsel olarak birbirini tamamladığı ve bu sebeple bir patentin kullanımının diğerine tecavüz edilmeksizin mümkün olmadığı hallerde de, lisans alanın lisans ile amaçladığı teknik ya da ticari hedeflerini gerçekleştirebilmesi için bu uygulamalar haklı görülebilmektedir (Gutterman 1997, 305).

Bununla beraber, hak sahibi lisans alanın talep ettiği lisansı, bu lisansın kapsamı dışında kalan ve talep edilmeyen başka ürünlerin ya da paket içindeki

¹⁷⁸ ABD Rehberi m. 5.3.

¹⁷⁹ AB Tüzüğü Rehberi parag. 191.

¹⁸⁰ Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969).

diğer hakların da alınmasını sağlamak üzere bir kaldıraç olarak kullanmaktaysa uygulama bir takım rekabet sorunlarına yol açabilmektedir. Bu sorunlar, bağlanan ürün pazarı ve lisans verenin hakim durumda bulunduğu bağlayan ürün pazarında ortaya çıkmaktadır (Cabanellas 1988, 125). Örneğin, bağlama ve paket lisans sonucunda, lisans alan ihtiyacı olmayan haklar sebebiyle toplamda ödeyeceği daha yüksek lisans bedeli sebebiyle maliyet artışına maruz kalacaktır. Ayrıca, lisans alan rakip ürün ve hizmetleri almaktan alıkonulduğu için bağlanan ürün piyasasındaki rekabet kısıtlanabilecektir. Bu durum özellikle piyasaya yeni giriş yapanlar için önemli bir rekabet zorluğu ortaya çıkarmaktadır (Carlton ve Gertner 2002, 22). Diğer taraftan, lisans alanın kendi ikame teknolojisini geliştirmesi de engellenmiş olduğundan yeniliğin ve bu alandaki rekabetin sınırlandırılması söz konusu olabilecektir (Gutterman 1997, 306).

Zorlama da paket lisanslarının per se hukuka aykırı olmasına sebep olabilen faktörlerdendir¹⁸¹ (Gordon 2002, 6). Zorlamanın tespiti her zaman kolay değildir. Örneğin, tek bir lisans için talep edilen lisans ücreti paket lisansın ücretinden yüksekse zorlamanın varlığından söz edilebilir (Cabanellas 1988, 130). Lisans alanın gönüllü olarak yaptığı bağlama anlaşmalarının rekabeti kısıtlamaması mümkündür¹⁸². Bununla birlikte, lisans verenin ilgili pazarda hakim durumda bulunması, lisans alanın işlem yapma özgürlüğü ve iradesini kısıtlayarak gönüllülük olasılığını ortadan kaldırmaktadır (Anderman 1998, 108).

Gordon (2002, 6), ABD içtihadında (1) bağımsız iki ürün veya hizmetin (2) satışının birbirine bağlandığı, (3) sağlayıcının bağlayan ürün pazarında pazar gücüne sahip olduğu, (4) bağlamanın bağlanan ürün pazarında rekabeti kısıtlayıcı etki doğurduğu ve (5) bağlamanın ticaretin önemsenmeyecek kadar küçük olmayan bir bölümünü etkilediği hallerde bağlama anlaşmalarının *per se* hukuka aykırı görüldüğünü söylemektedir. Bazı mahkemeler bu koşullara bağlama yapan tarafın bağlayan üründe olduğu kadar bağlanan üründe de ekonomik bir menfaatinin olması şartını da eklemektedir¹⁸³.

Satıcının yeterli pazar gücüne sahip olmadığı anlaşmalar *rule of reason* analizine tabi tutulmakta ve makul bir ticari gerekçenin bulunması halinde, örneğin lisans veren pazara yeni giriş yapan bir firma ise, bağlamaya izin verilebilmektedir (Gutterman 1997, 308).

Komisyon'un yeni Tüzüğü öncesinde aldığı kararlarda, özellikle lisans verenin ilgili pazarda hakim durumda olmadığı ve taraflar arasındaki ilişkinin

¹⁸¹ Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research Inc. kararı, American Security Co. v. Shatterproof Glass Corp., 268 F.2d 769, 777 (3d Cir. 1959).

¹⁸² Authomatic Radio Mfg. Co. V. Hazeltine Research, Inc. kararı.

¹⁸³ ABD Rehberi'nde, satıcının bağlayan ürün pazarında pazar gücüne sahip olduğu, anlaşmanın bağlanan ürün pazarındaki rekabeti kısıtladığı ve yarattığı etkinliğin bu olumsuzlukları dengeleyemediği hallerde anlaşmanın hukuka aykırı olacağı açıklanmaktadır (m. 5.3).

Fatma GÖZLÜKAYA

dikey nitelikli olduğu lisans anlaşmalarındaki bağlama uygulamalarına izin verdiği görülmektedir. Örneğin, Rich Procuets/Jus Rol davasında¹⁸⁴ Komisyon, lisanslı know-how'a konu karşının hazırlanmasında uygun oranların sağlanması ve böylece nihai malda doğru sonuçlar elde edilebilmesi için zorunlu olan ön-karşımların lisans verenden alınması yükümlülüğünü onaylamıştır.

AB Tüzüğü'nde bağlama ve paket lisansı anlaşmalarına ilişkin olarak herhangi bir hüküm yer almamaktadır. AB Tüzüğü Rehberi'nde ise, lisans verenin bağlayan ürün pazarında önemli bir pazar gücüne sahip olması halinde uygulamanın, bağlanan ürün pazarındaki rakiplerin engellenmesi, bu pazara girişin zorlaştırılarak lisans verenin pazar gücünün artırılması ve lisans ücretlerinin yükselmesi gibi sonuçlar yaratabileceği belirtilmektedir.¹⁸⁵

4054 sayılı Kanun uyarınca, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması yasaktır¹⁸⁶. Bununla birlikte, anlaşmanın niteliği ya da ticari teamül bu uygulamayı hukuka uygun hale getirebilmektedir. Dolayısıyla, teknoloji transferi anlaşmaları yapılırken, lisans alanın ihtiyaç duymadığı ilave başka mal ya da lisanslar almak durumunda bırakılması, yukarıda sayılan ticari gerekliliklerin bir sonucu ise, anlaşma hukuka uygun hale gelebilmektedir.

Rekabet Kurulu da bu yönde, Beck's ve Miller kararlarında belirli malların lisans verenden ya da onun göstereceği kişiden alınması yükümlülüğünün, belirli bir kalite standardının sağlanması ve orijinal ürün ile benzerliğin korunması için gerekli olabileceği belirtilerek, söz konusu hükümlerin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir sınırlama olarak görülemeyeceğine karar vermiştir.

3.5. GERİYE LİSANS VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Lisanslı teknolojinin geliştirilmesi için teknik ve ekonomik yeterliliğe genellikle sahip olan lisans alan, kullanımı sırasında orijinal teknolojiyi geliştirirse, lisans anlaşması sebebiyle bu geliştirilmiş teknoloji üzerinde hem kendisinin hem de lisans verenin birtakım potansiyel hakları gündeme gelmektedir (Gutterman 1997, 314). Geriye lisans verme, lisans alanın¹⁸⁷ lisanslı teknoloji üzerinde ortaya çıkardığı gelişmeleri yeni bir lisans ile orijinal teknoloji sahibine vermesine yönelik bir yükümlülüktür.

¹⁸⁴ Bkz. dn. 104.

¹⁸⁵ Komisyon, lisans verenin bağlayan ürün pazarından ziyade bağlanan ürün pazarında pazar gücüne sahip olması durumunda kısıtlamanın rekabet etmeme yükümlülüğü çerçevesinde ele alınması gerektiğini söylemektedir (parag. 196-203).

¹⁸⁶ RKHK m. 4/2, f.

¹⁸⁷ Bu yükümlülük lisans veren için de getirilebilir. Özdemir (2002, 233), lisans veren için bu yükümlülüğün PatentKHK m. 89 hükmü sebebiyle kanundan kaynaklandığı görüşündedir.

Geriyeye lisans yükümlülüğünün, daha gelişmiş versiyonu sebebiyle orijinal teknolojinin (dolayısıyla lisansın) değerini yitirmesi veya pazarlanma yeteneğini kaybetmesi riskini azaltarak, aksi halde verilmeyecek lisansların verilmesini sağlayan bir fonksiyonu bulunmaktadır (Gutterman 1997, 315). Özellikle inhisari olmayan geriyeye lisansların, yeni teknoloji ve ürüne yatırım yapma riskinin taraflarca paylaşılması, lisans verenin yenilik yapma ve yeniliği lisans olarak vermeye teşvik edilmesi ve lisans verenin yeniliklerden yararlandırılarak rekabet gücünün azalmamasını sağlamak gibi rekabeti artırıcı etkileri olabilmektedir¹⁸⁸ (Anthony 2000, 5).

Bununla birlikte, geriyeye lisansın lisans bedeli olmaksızın ya da inhisari olarak verilmesi öngörüldüğünde, lisans alanın kendi geliştirdiği yenilikten kazanç elde etmesi engellenecek, rakipleri karşısındaki rekabet gücü kısıtlanacak ve nihayet yenilik yapma motivasyonu azalabilecektir. (Gutterman 1997, 316). Anlaşmada lisans alanın geriyeye lisansa konu teknolojiyi kullanmayacağı kararlaştırılmışsa, lisans alanın rekabet olanağı doğrudan lisans verenin olası hakim durumunu artırmaya yönelik olarak da engellenebilmektedir (Cabanellas 1988, 120).

ABD Rehberi'nde geriyeye lisansın, özellikle inhisari nitelikte değilse rekabet üzerinde olumlu etkiler yaratabileceği ancak lisans alanın AR-GE çalışmaları yapma motivasyonunu azaltmak ve böylece yenilik pazarlarındaki rekabeti sınırlandırmak gibi olumsuz etkileri de olabileceği söylenmektedir. Bu sebeple, bu tür anlaşmaların *rule of reason* analizine göre değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁸⁹. Analiz sonucunda, yükümlülüğün lisans verenin mevcut hakim durumunu güçlendirdiği¹⁹⁰, lisans alanın lisanslı teknolojiye yatırım yapma saikini olumsuz etkilediği ve anlaşmanın olası rekabetçi etkilerinin bu olumsuzluğu dengeleyemediği tespit edilirse anlaşma yasaklanmalıdır.

Gordon'a (2002, 13) göre geriyeye lisans yükümlülüğünün rekabet üzerindeki etkileri belirlenirken şu faktörler dikkate alınmalıdır: i. Geri lisansın orijinal teknolojinin ilerisinde bir teknolojiyi kapsayıp kapsamadığı, ii. Geri lisansın devir, inhisari ya da inhisari olmayan lisans türlerinden hangisine girdiği, iii. Lisans alanın geri lisansa konu haklarının kullanımından imtina edip etmeyeceği, iv. Yükümlülüğün süresi, v. Tarafların pazar gücü, vi. Tarafların rakip olup olmadıkları, vii. Geri lisansın bila bedel olup olmadığı, viii. Tarafların yenilik yapma saiklerine etkisi, ix. Lisans verenin geriyeye lisansı alt lisans olarak verip veremeyeceği, x. Yükümlülüğün lisans alan tarafından geliştirilen yeniliklerin yayılmasını, lisans verenin lisans niyetini destekleyip desteklemediği veya ilgili pazarda rekabeti ve çıktı miktarını artırıp artırmadığı.

¹⁸⁸ ABD Rehberi m. 5.6.

¹⁸⁹ ABD Rehberi m. 5.6.

¹⁹⁰ Cabanellas (1988, 119), bu etkinin genellikle gerçekleştiği görüşündedir.

Fatma GÖZLÜKAYA

AB hukukunda geriye lisans verme yükümlülükleri pek çok kararda incelenmiştir. Bu kararlarda benimsenen yaklaşım Raymond/Nagoya kararı¹⁹¹ ile özetlenebilir. Adı geçen kararda Komisyon, lisans alan Nagoya şirketine, Raymond şirketinden aldığı patentli yöntemin geliştirilmesi sonucu oluşan buluşları ya da Raymond'ın teknolojisi ile ilgili olmayan alanlarda aldığı yeni patentleri, inhisari olmayan bir geriye lisansla Raymond'a verme yükümlülüğü getiren patent lisansı anlaşmasına izin vermiştir. Kararda, geriye lisans verme yükümlülüğünün, lisans alanın lisanslı teknoloji üzerinde serbestçe iyileştirme ve geliştirme çalışmaları yapmasını, yeni teknolojilerin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılmasını, ilgili pazara yeni oyuncuların katılmasını sağlaması koşuluyla genellikle rekabetçi etkiler doğurduğu ifade edilmiştir. Komisyon, gelişmeler ve diğer know-how hakkında taraflar arasında süregelen bilgi alışverişini, fikri mülkiyet hakları ve sözleşmesel uygulamanın bir parçası olarak görmüştür (Anderman 1998, 111).

Yeni AB Tüzüğü'nde, geriye lisans verme yükümlülüğü yasaklanmış olmakla birlikte anlaşmayı muafiyet dışına çıkarmamaktadır¹⁹². Buna göre lisans alanın orijinal teknolojiden kaynaklanan ancak bundan ayrılabilir nitelikteki gelişmelerini¹⁹³ ya da yeni uygulamalarını lisans verene ya da onun göstereceği üçüncü bir kişiye doğrudan ya da dolaylı olarak inhisari lisans ile verme yükümlülüğü altında bırakılması yasaktır. Maddeden anlaşıldığına göre geriye lisans yükümlülüğü, inhisari nitelik taşıması ve yeniliğin orijinal teknolojiden ayrılabilir olması koşullarının bir arada bulunması halinde yasaktır.

Yeniliğin orijinal teknolojiden ayrılabilir olması, lisans konusu teknolojiye dayanarak geliştirilmiş olmasına karşılık bu hak ihlal edilmeksizin bağımsız olarak kullanılabilmesidir¹⁹⁴. Bu durumda, lisans alan lisans süresince ve sözleşme sonrasında bu gelişmeyi, lisanslı ürün ya da sistem uygulamasından bağımsız olarak, serbestçe kullanma hakkına sahiptir (Anderman 1998, 111). İnhisari olma ile kastedilen ise, lisansın sadece lisans verene verilmesi ve üçüncü kişilere verilememesidir.

Lisans verenin pazardaki gücüne bağlı olarak inhisari geriye lisans yükümlülüğünün yenilik pazarı üzerindeki kısıtlayıcı etkisi artmaktadır. Uygun teknolojilerin (paralel şebekeler) sınırlı sayıda hak sahibinin elinde bulunduğu

¹⁹¹ Raymond v. Nagoya, [1972] CMRL D45.

¹⁹² AB Tüzüğü m. 5.

¹⁹³ Baş, know-how'daki geliştirmelerin orijinalinden ayırt edilmesinin mümkün olmadığını belirterek bu geliştirmelerin inhisari olmayan lisans ile verilmesine izin verilmesinin pratikte bir anlamı olmadığını, üçüncü kişilere lisans olarak verilmek istendiğinde orijinal know-how'ın izinsiz olarak ifşa edildiği iddiasının ortaya atılabileceğini söylemektedir (2000, 108).

¹⁹⁴ AB Tüzüğü Rehberi parag. 109. Delta Chemie/DDD kararı, Boussois/Interpane kararı.

hallerde de inhisari geriye lisans şartı rekabet üzerindeki olumsuz etkileri artırmaktadır¹⁹⁵.

Ayrılabilir gelişmeler hakkındaki inhisari olmayan geriye lisans yükümlülükleri serbesttir. İnhisari olmayan geriye lisans yükümlülüğü, karşılıklı olmadığına, örneğin sadece lisans alan üzerinde olduğunda ve lisans veren sözleşme gereği diğer lisans alanlara ayrılabilir gelişmeleri bildirme borcu altında olduğunda sıklıkla görülmektedir. Böylece teknolojik gelişmelerin yayılması desteklenmektedir¹⁹⁶.

Ayrılabilir nitelikte olmayan geliştirmelere ilişkin geri lisans yükümlülüğü ise, zaten bu gelişmeler lisans verenin izni olmaksızın kullanılamayacağından rekabeti kısıtlayıcı kabul edilmezler.

Geriye lisans verme yükümlülüğü, somut olaydaki piyasa ve sözleşme koşullarına bağlı olarak, piyasa kaynaklarının ve unsurlarının kontrolü, yenilik piyasasında rakipler arasındaki rekabetin kısıtlanması, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması gibi yukarıda da belirtilen etkileri doğurduğunda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Rekabet Kurulu Beck's kararında, lisans konusu know-how'dan sağlanan gelişme ve iyileşmelerin bedelsiz olarak, inhisari olmayan geriye lisansla verilmesi yükümlülüğünü incelemiştir. Kurul, lisans alan üzerindeki geriye lisans yükümlülüğünün, orijinal know-how'dan ayrılabilir iyileştirmelerin inhisari olmayan lisans ile verilmesini kapsamaması ve lisans verenin de aynı yükümlülük altında tutulması sebebiyle¹⁹⁷ rekabeti kısıtlamadığına karar vermiştir.

Diğer taraftan, AB Tüzüğü'nün ve bu sebeple Rekabet Kurulu'nun esas aldığı orijinal teknolojiye "ayrılabilir olma" kriteri yeterince belirli olmadığından uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

Nitekim Rekabet Kurulu'nun yeni AB Tüzüğü ertesinde aldığı Pınar Süt kararında, taraflar arasındaki franchise anlaşmasının çeşitli maddelerinde düzenlenen geriye lisans yükümlülükleri incelenmiştir. Kararda Kurul, bahsi geçen maddeler ile tarafların franchise alanın geriye lisans verme yükümlülüğünü orijinal know-how'dan "ayrılabilir olma" kriterine dayandırdıklarını tespit etmiştir. Ayrılabilir yeniliklerin inhisari olmayan lisans ile, ayrılabilir olmayan iyileştirmelerin ise inhisari lisans ile franchise verene (lisans verene) verileceği yönündeki anlaşma maddelerinin geçerli olduklarına karar vermiştir. Oysa, anlaşmanın ilgili maddeleri incelendiğinde inhisari

¹⁹⁵ AB Tüzüğü Rehberi parag. 110.

¹⁹⁶ AB Tüzüğü Rehberi parag. 109.

¹⁹⁷ Lisans verenin yükümlülüğü inhisari olan ya da olmayan lisans şeklinde düzenlenmiştir.

Fatma GÖZLÜKAYA

olmayan geriye lisansın sadece orijinal know-how'dan ayrılabilir olma kriterine dayanmadığı, bunun yanı sıra, yapılan yeniliğin orijinal know-how hiçbir şekilde kullanılmaksızın geliştirilmiş olmasının da şart koşulduğu görülmektedir. Bu ikinci hususun "ayrılabilir olma" kriteri kapsamında ele alınmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Kanımızca taraflar böylece, inhisari olmayan lisansa konu edilebilecek yeniliklerin kapsamını daraltmakta, inhisari lisanslara konu edilecek iyileştirmelerin kapsamını ise dolaylı olarak genişletmişlerdir.

Bu nedenle geriye lisans verme yükümlülüğünün, ABD yaklaşımı çerçevesinde ele alınması daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır.

BÖLÜM 4

İŞBİRLİĞİNE YÖNELİK LİSANS ANLAŞMALARINDAKİ REKABETİ KISITLAYICI HÜKÜMLER

Teknoloji transferi sözleşmeleri, taraflar arasında karşılıklı olarak ya da daha önce oluşturulmuş bir havuz ile üçüncü kişiler arasında da yapılabilmektedir. Teknoloji transferlerinde sıklıkla kullanılan ve önceki bölümlerde bahsedilenlerden farklı bazı rekabet kısıtlamalarına sebep olan bu anlaşmalara (özellikle teknoloji havuzlarına) AB Tüzüğü Rehberi'nde geniş olarak yer verildiği görülmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, çapraz lisans ve havuz anlaşması olarak adlandırılan bu sözleşmelerin ortaya çıkışları, ilgili piyasalarda yarattıkları etkinlikler ve haklarında yapılacak olası bir rekabet analizinin esasları, ABD ve AT'deki hukuki düzenlemeler ile konu edildikleri kararlar çerçevesinde ele alınmaktadır.

4.1. ÇAPRAZ LİSANS ve HAVUZ ANLAŞMALARININ ORTAYA ÇIKIŞI ve ETKİLERİ

Günümüzde benzer ürün ve hizmet üretiminde kullanılacak yakın nitelikli çok sayıda patent ve diğer hakların tescil edilmesi patent *thicket*'lerinin oluşmasına sebep olmuştur. Patent *thicket*'leri, bir ürünün üretilmesi için birden fazla birbirini tamamlayıcı teknolojik ürünün kullanılması gerektiğinde ve kullanımı zorunlu bu varlıklar farklı hak sahipleri elinde toplandığında tamamlayıcılar probleminin (*complements problem*) ortaya çıkmasına sebep olmaktadır (Shapiro 2001, 4). Bu durumda tasarlanmış bir ürünün üretilmesi, engelleyici patent (*blocking patent*) olarak ifade edilebilecek bu fikri hakların sahiplerinden ayrı ayrı lisans alınmasını zorunlu kılmaktadır. Buna bağlı olarak oluşan yüksek maliyet, teknoloji transferi ve lisanslı teknoloji ile yapılacak üretimden vazgeçilmesi riskini doğurmaktadır.

Fatma GÖZLÜKAYA

Patent *thicket*'lerinin yarattığı ikinci bir sorun durdurma (*hold up*) problemi. Patent ve benzeri hak sahipleri ya da lisans alanlar, hakları kullanırken üçüncü kişilerin benzer nitelikli haklarını ihlal etme ve bu sebeple kullanımdan alıkonulma tehlikesi ile karşılaşabilmektedir (Shapiro 2001, 8). Böylece yeni teşebbüsler pazara girmekten vazgeçerken mevcut hak sahipleri lehine rekabet baskı altına alınabilmektedir (FTC 2003, 5).

Fikri mülkiyet haklarının farklı unsurlarını (farklı teknolojik ürünleri) elinde bulunduran iki ya da daha fazla teşebbüsün, bu varlıklarını birbirlerine çift yönlü olarak veya daha sonra kullanılmak üzere bir havuzda toplamak suretiyle lisans olarak vermelerini konu edinen¹⁹⁸, sırasıyla, çapraz lisans ve havuz anlaşmaları bu sorunların çözümüne hizmet edebilmektedir (Landes ve Posner 2003, 383)¹⁹⁹.

Bu tür anlaşmalar, birbirini tamamlayıcı teknolojileri birleştirmek, anlaşma yapma maliyetlerini düşürmek, önleyici (*blocking*) hakların durumunu netleştirmek, masraflı ihlal davalarından korunulmasını ve teknolojinin yayılmasını sağlamak suretiyle statik ve dinamik etkinlikler yaratabilmektedir (Colangelo 2004, 72).

Diğer taraftan, çapraz lisans anlaşmaları, birbirine rakip çok sayıda araştırma ortamının kurulmasını veya varlığını sürdürmesini sağlayarak etkinlik yaratabilirken; patent havuzları, AR-GE çalışmalarının merkezileştirilmesini sağlayarak zaman, insan kaynağı ve maliyet açısından gereksiz harcamaların önüne geçmek suretiyle verimliliği artırabilmektedir (Landes ve Posner 2003, 383)²⁰⁰.

Bununla birlikte çapraz lisans ve havuz anlaşmalarında yer verilen bazı hükümler ve anlaşmaların uygulanma şekilleri, ilgili pazar koşullarına bağlı olarak, rakip hak ve teknolojileri elinde bulunduran taraflar arasındaki işbirliğini kolaylaştırmak başta olmak üzere çeşitli rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilmektedir.

Rekabet politikasının mevcut araçlarıyla, teşebbüs faaliyetlerini zorlaştırıcı ve rekabeti kısıtlayıcı sonuçları olan patent *thicket*'lerinin oluşumunu önleyemeyeceği açıktır. Bu durumda rekabet politikasına düşen görev, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin çapraz lisans ve havuz anlaşmaları (ve patent

¹⁹⁸ ABD Rehberi m. 5.5.

¹⁹⁹ Shapiro (2001, 9), özellikle belirli bir ürünü üretmek için gerekli olan teknolojik ürünlerin iki ya da daha fazla teşebbüs tarafından kontrol edildiği ve mevcut ya da potansiyel üreticilerin en azından bir kısmının bunlardan herhangi birini elinde bulundurmadığı hallerde havuz anlaşmalarının *tamamlayıcılar probleminin* doğal bir çözümü olabileceğini söylemektedir.

²⁰⁰ Landes ve Posner (2003, 383), ölçek ekonomisinin söz konusu olduğu hallerde ilkinin, ölçek eksi ekonomisinin (*diseconomies of scale*) olduğu hallerde ise ikincisinin ortaya çıkabileceğini söylemektedirler.

uzlaşmaları) yoluyla patent thicketlerinin yarattığı sorunların üstesinden gelme çabalarına ılımlı yaklaşmak ve anlaşmaların rekabet üzerindeki etkilerini yakından izleyerek gerektiğinde etkin bir şekilde müdahale etmektir (Peeperkorn 2003, 531).

Aşağıda çapraz lisans ve havuz anlaşmalarının oluşumları ve içerdikleri hükümler sebebiyle oluşabilecek rekabet ihlalleri incelenmektedir.

4.2. ÇAPRAZ LİSANS ANLAŞMALARINDAKİ KISITLAYICI HÜKÜMLER

Çapraz lisans anlaşmalarında her iki taraf da sahip olduğu fikri hakkın lisansını karşı tarafa vermektedir²⁰¹. Birbirini tamamlayan teknolojilerin ve fikri hakların iki taraflı olarak verilmesi uygulamada, genellikle karşılıklı ihlal ve tecavüz davası açılması riskine karşı bir tedbir ya da davanın açıldığı hallerde davayı uzlaşma yoluyla çözüme ulaştıran bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Landes ve Posner (2003, 383), birbirine rakip teşebbüsler arasındaki çapraz lisans anlaşmalarının dikkatle incelenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlar bu durumun olası sonucunu şöyle açıklamaktadırlar:

Dört şirketten oluşan bir pazarda, şirketlerin her birinin ilgili pazardaki ürünü üretme yeterliliğine sahip birer patenti elinde bulundurduğunu varsayalım. Pazardaki teşebbüslerin birbirlerine belirli bir lisans ücreti karşılığında bu patentlerini karşılıklı olarak lisans vermelerinin etkisi, bir kartelin ürün fiyatlarını aynı miktarda artırma konusunda anlaşması ile aynıdır.

Landes ve Posner'in de işaret ettikleri gibi, çapraz lisans anlaşmalarının rekabet üzerindeki olumsuz etkileri sıklıkla içerdikleri lisans ücreti düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır. Esasen, lisans ücreti içermeyen lisans sözleşmeleri, bir taraftan ihlal korkusu yaşamaksızın ürün tasarımı ve üretimi yapma imkanı tanıyıp, diğer taraftan teşebbüslerin birim lisans ücreti yükü olmaksızın fiyatlamaya yapabilmelerini sağladığından rekabetçi etkiler doğurmaktadır (Shapiro 2001, 9)²⁰². Buna karşın lisans anlaşmalarında genellikle lisans ücreti düzenlemeleri bulunmaktadır.

Çapraz lisans anlaşmalarında yer alan lisans ücreti düzenlemelerinin en sık karşılaşılan ve rekabet açısından sıkıntı yaratan türü, sürekli (*running*) lisans

²⁰¹ Lisanslar sadece mevcut değil, gelecekte (sözleşme süresi içinde) doğacak patent haklarını da kapsayabilirler (Shapiro 2001, 9).

²⁰² Lisans ücreti içermeyen çapraz lisans anlaşmaları, tarafların marjinal maliyetlerini artırmaksızın patentli teknolojinin kullanımına ve yayılımına imkan verdikleri için *ex post* nitelikli rekabetçi yaklaşımdan çok daha çekici ve etkindir (Farrell ve Shapiro 2004, 20).

ücretidir²⁰³. Her iki lisans anlaşmasının da sürekli lisans ücreti içermesi, teşebbüslerin tamamlayıcı patentlere sahip olduğu kimi hallerde makul kabul edilebilmektedir. Ne var ki, bu ücret marjinal maliyeti artırıcı olduğundan nihai fiyatın da artmasına sebep olabilmekte ve bu durum tarafların kartel oluşturma ya da tekel yaratma isteklerini tetikleyebilmektedir. Çapraz lisans anlaşmalarının birinde sabit ücret öngörülmekte iken, ikinci anlaşmada sürekli (*running*) lisans ücretinin kararlaştırılması durumunda ise, sürekli lisans ücreti ödeyen tarafın marjinal maliyetinin ve buna bağlı olarak fiyatlarının artması sonucu doğacaktır. Böyle bir durumda mağdur olan tarafın, rakibinden zararının tazmin edilmesini talep etmesi ya da rakibiyle fiyat konusunda bir anlaşma yapma yoluna gitmesi mümkündür (Shapiro 2002a, 32).

Anlaşma taraflarının çift yönlü sürekli lisans ücreti hükümleriyle, alt ürün pazarındaki fiyatları eşgüdümlü olarak belirlemeleri AB Tüzüğü Rehberi'nde değerlendirilmiştir²⁰⁴. Rehberde, Komisyon'un bu tür bir anlaşmaya, anlaşmanın rekabetçi bir amaç taşımadığı ve bu sebeple iyi niyetli bir lisans ilişkisi olmadığı, herhangi bir ticari değer ve haklı sebep unsuru içermediği ve kartel oluşumuna imkan verdiğinin tespit edilmesi üzerine müdahale edeceği belirtilmektedir²⁰⁵. Rehberin diğer bir paragrafında da, pazardaki gerçek değeriyle orantısız sürekli lisans ücreti içeren ve bu ücretin fiyatlar üzerinde belirgin etkisinin olduğu tespit edilen, güvenli bölge dışındaki rakipler arası çapraz lisans anlaşmalarının yasaklanabileceği belirtilmektedir²⁰⁶.

ABD Rehberi'nde çapraz lisans anlaşmalarının rekabet üzerinde pek çok olumlu etkileri olduğu belirtilerek, fiyat belirleme veya pazar paylaşma mekanizmaları olarak kullanılmaları halinde yasaklanacakları ifade edilmektedir²⁰⁷. Çeşitli mahkeme kararlarında da, bu anlaşmaların, inhisari nitelik taşıyabilir, ilave kısıtlamalar öngörmedikleri takdirde rekabeti ihlal etmeyeceklerine hükmedildiği görülmektedir (Gordon 2002, 13)²⁰⁸.

²⁰³ Korah (2004, 14) ise, çapraz lisans anlaşmasındaki sürekli lisans ücreti uygulamasının çapraz olmayan lisans anlaşmalarına göre rekabeti daha fazla kısıtlamayacağı görüşündedir.

²⁰⁴ Çapraz lisans anlaşmalarının sebep olabileceği diğer ihlal türleri için bkz. AB Tüzüğü Rehberi parag. 207.

²⁰⁵ AB Tüzüğü Rehberi parag. 80.

²⁰⁶ AB Tüzüğü Rehberi parag. 158. Paragrafta sürekli lisans ücretinin, çıktı miktarının artmasına bağlı olarak birim başına artmasının kararlaştırılmış olduğunda bu uygulamanın miktar kısıtlamasına dönüşebileceği ve anlaşmanın RA m. 81/1 kapsamına girebileceği de belirtilmektedir.

²⁰⁷ ABD Rehberi m. 5.5.

²⁰⁸ ABD'de çapraz lisansın bir mahkeme kararı ile rakipler arasındaki husumeti çözmeye yönelik olarak kullanıldığı hallerde bile rekabet otoritelerinin bu anlaşmaların rekabet üzerinde yarattığı etkileri değerlendirmeye yetkili oldukları kabul edilmektedir (United States v. Singer Manufacturing Co., 374 U.S. 174 (1963)).

4.3. HAVUZANLAŞMALARINDAKİ KISITLAYICI HÜKÜMLER

Havuz anlaşması, tarafların sahip oldukları fikri mülkiyet haklarını (teknolojilerini) bağımsız/ayrı bir yönetimi olan tüzel kişiliğe devretmeleri ya da lisans ile vermelerini konu edinmektedir. Bu ayrı tüzel kişilik²⁰⁹, havuzdaki hakları bir bütün olarak ya da daha küçük gruplar halinde havuzun taraflarına ya da çoğunlukla üçüncü kişilere lisans olarak vermekte ve havuzu yönetmektedir (Shapiro 2001, 9).

Teknoloji havuzları, sözleşme maliyetlerinin düşmesi, uygulanacak toplam lisans ücretine sınır koyarak çifte marjinalizasyonun (*double marginalisation*) engellenmesi gibi rekabetçi etkiler gösterebilmektedir²¹⁰. Özellikle çok sayıda fikri mülkiyet hakkının birlikte kullanımını gerektiren sektörlerde tek noktadan lisansa (*one-stop license*) imkan vererek zaman ve maliyet avantajı sağlamaktadır.

Diğer taraftan havuz anlaşmalarının rekabet üzerinde çeşitli olumsuz etkileri de görülebilmektedir. Bu etkiler, bizatihi havuzun oluşumu ya da havuzun öngördüğü lisans sisteminin özelliklerinden kaynaklanmaktadır (Jacobsen ve Meisner 2003, 32). Örneğin, havuzu oluşturan tamamen ya da ağırlıklı olarak ikame teknolojilerin birlikte satılması/lisansa verilmesi fiyat belirleme karteline dönüşebilmektedir²¹¹. Ayrıca, taraflar arasındaki rekabeti azaltarak, özellikle havuzun bir endüstri standardını desteklediği veya *de facto* bir standart yarattığı durumda, alternatif teknolojilerin önünü tıkayarak yeniliğin azalması, yeni ya da geliştirilmiş teknolojilerin pazara girişinin engellenmesi sonucunu doğurabilmektedir (Anderman 2002, 304). Üyeler arasındaki ekonomik faaliyetin verimlilik artırıcı şekilde bütünleşmesine hizmet etmemesi ve fiyat ve çıktı miktarının birlikte belirlenmesine yönelik olarak kullanılması (havuzdaki fikri hakların birlikte belli bir fiyat üzerinden ve miktar kısıtı ile pazarlanması yoluyla yapılabilir) halinde hukuka aykırı hale gelebilmektedir. Havuzun çıplak fiyat anlaşması ya da pazar paylaşımına yönelik bir mekanizma olarak kullanılması *per se* rekabet ihlalidir.

Kural olarak, havuzların talep eden herkesin kullanımına açılmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla beraber, havuz anlaşması inhisari nitelik taşımakta, ilgili teknoloji kullanılmadığında ilgili mal ve hizmet pazarında diğer

²⁰⁹ Kimi hallerde havuzun yönetimi hak sahiplerinden biri tarafından da yapılabilmektedir (Shapiro 2001, 9).

²¹⁰ AB Tüzüğü Rehberi parag. 214.

²¹¹ Merges, National Lead kararını (U.S. v. Nat'l Lead Co., 63 F. Supp. 513, 522-523 S.D.N.Y. 1945) örnek vererek bazı durumlarda patent havuzlarının doğrudan kartellerin maskelenmesi amacıyla kurulduklarını ifade etmektedir (2001, 57, dn. 139).

Fatma GÖZLÜKAYA

teşebbüslerin rekabet etme olasılıkları kalmamakta ve havuz üyeleri birlikte önemli bir pazar gücüne sahip olmakta ise anlaşmanın rekabeti kısıtladığı söylenebilecektir²¹² (Gordon 2002, 14). Krasnov kararında²¹³, havuz üyelerinin pazar gücüne sahip olduğu ve karşılıklı mutabakat sağlanmadıkça üçüncü kişilere lisans verilmeyeceğinin kararlaştırıldığı, müşterilerin paylaşıldığı ve fiyat anlaşmasının yapıldığı inhisari patent havuzu anlaşmasının yasaklanmasına karar verilmiştir.

Havuz anlaşmalarının yaratabileceği bir başka rekabeti kısıtlayıcı etki, mevcut ya da gelecekteki yenilikleri üyelere ya da havuza belirli ve düşük bir bedel karşılığında lisans olarak vermek yükümlülüğünde olan tarafların, bedavacılık (*free-riding*) endişesiyle AR-GE çalışmaları yapmaktan imtina etmelerine ve yeniliklerin gecikmesine sebep olabilmesidir²¹⁴.

FTC ve DOJ, patent havuzu anlaşmalarını çok sayıda kararda değerlendirmişlerdir. ABD uygulamasının konu hakkındaki genel yaklaşımını gösterebilmek için bu çalışmada DOJ'un MPEG-2²¹⁵, DVD-1²¹⁶, DVD-2²¹⁷ için verdiği *Bussiness Review Letter*'leri ile FTC'nin Summit v. VisX kararı²¹⁸ incelenecektir.

MPEG (*Moving Pictures Expert Group*) standardı film ve video kliplerin sıkıştırılarak internet üzerinden daha hızlı olarak transfer edilebilmesini sağlayan ve günümüzün en yaygın dijital standart formatıdır. Bu standart, elektronik ve telekomünikasyon sektöründeki en büyük sekiz şirket²¹⁹ ve Kolombiya Üniversitesi arasında imzalanan MPEG-2 patent havuzu anlaşması ile oluşmuştur. Havuz, söz konusu şirketlerin dijital sıkıştırma (*digital compression*) teknolojisine yönelik sahip oldukları 27 adet patentin toplu olarak lisansa verilmesi ve yönetilmesi yetkisinin MPEG LA isimli teşebbüse devredilmesi (lisans yoluyla) ile kurulmuştur. DOJ taraflarca yapılan başvuru üzerine anlaşmayı incelemiş ve 1997 yılında yayımladığı *bussiness letter* ile havuzun oluşumunu onaylamıştır.

DVD-1 ve DVD-2 patent havuzları da MPEG-2 havuzu ile benzerlik göstermektedir. DVD-1'de, çok yönlü dijital diskler (*Digital Versatile Discs*) ve DVD-Video ve DVD-Rom formatı ile uyumlu oynatıcıların üretimi için zorunlu

²¹² ABD Rehberi m. 5.5.

²¹³ United States v. Krasnov, 143 F.Supp. 184 (E.D. Pa. 1956).

²¹⁴ ABD Rehberi m. 5.5.

²¹⁵ 26 Haziran 1997 tarihli *Bussiness Review Letter*.

²¹⁶ 16 Aralık 1998 tarihli *Bussiness Review Letter*.

²¹⁷ 10 Haziran 1999 tarihli *Bussiness Review Letter*.

²¹⁸ Summit Technology, Inc. and VISX, Inc., Dkt. No. D-9286, Şikayet (24.3.1998).

²¹⁹ Fujitsu Limited, General Instrument Corp., Lucent Technologies Inc., Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., Mitsubishi Electric Corp., Philips Electronics N.V., Scientific-Atlanta, Inc. ve Sony Corp.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

olan Philips, Sony ve Pioneer'a ait patentlerin Philips'in yönetimi altında bir paket halinde lisansa verilmesine ilişkin anlaşmaya izin verilmesi talep edilmiştir. DVD-2'de ise, DVD-Rom ve DVD-Video formatı ile uyumlu ürünlerin üretilmesi için zorunlu olan Toshiba, Hitachi, Matsushita, Mitsubishi, Time Warner ve Victor Company of Japan patentlerinin Toshiba tarafından bir paket lisansı olarak verilebilmesini düzenleyen anlaşmaya izin verilmesi talep edilmiştir. DOJ yaptığı inceleme sonucunda her iki patent havuzunun kuruluşunu, sırasıyla 1997 ve 1998 tarihlerinde²²⁰ onaylamıştır²²¹.

DOJ kararlarını söz konusu havuz anlaşmalarının rakipler üzerindeki etkileri, işbirliğini kolaylaştırıcı etkileri ve yenilik üzerindeki etkilerini değerlendirerek vermiştir. DOJ'un bu havuzlara verdiği onayların gerekçeleri aynı zamanda genel olarak patent havuzlarının ve verecekleri lisansların rekabeti kısıtlayıcı olmamaları için taşınmaları gereken koşulları da tespit etmektedir. Bu koşullar şöyle sıralanabilir:

- Havuzda sadece zorunlu (*essential*) patentler bulunmalıdır. Zorunlu patentler, havuza konu teknoloji ya da standardın varlığı için birlikte kullanılması gereken ve teknik alternatifi olmayan patentlerdir. Patentler birbirini tamamlamalı ancak ikame ya da rakip olmamalıdır²²².
- Havuza dahil patentler belirli ve halihazırda geçerli olmalıdır.
- Havuz, inhisari lisans vermemelidir.
- Tarafların havuzla bireysel olarak rekabet etmelerine izin verilmelidir²²³. Buna göre, her patent sahibi havuzdan bağımsız olarak lisans vermeye devam edebilmeli ve alternatif teknolojiler geliştirmekte serbest olmalıdır. Yenilik desteklenmelidir.
- Hangi patentlerin havuza dahil edileceğini bağımsız bir patent uzmanı belirlemelidir. Havuzdan elde edilen gelirin her bir patent sahibinin havuza verdiği patent sayısına göre belirleneceği yönündeki bir hüküm tarafları havuza zorunlu olmayan patentleri almama konusunda teşvik ederek bağımsız uzman uygulamasını etkinleştirecektir.

²²⁰ DVD-2 patent havuzu AB Komisyonu tarafından da incelenmiştir. Sonuç olarak Komisyon havuzun rekabeti gereksiz ve aşırı derecede kısıtlamadığı, DVD teknolojisinin etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayarak teknik ve ekonomik gelişime katkıda bulunduğu gerekçesiyle anlaşmaya m. 81/3 kapsamında muafiyet tanınmasına karar vermiştir (OJ 242, 27.8.1999).

²²¹ Esasen aynı amaca hizmet eden iki ayrı patent havuzunun varlığı tek noktadan alışveriş olanağını ortadan kaldırmış olsa da en azından işlem (anlaşma) maliyetini, on ayrı şirket yerine iki havuzla muhatap olmayı sağlayarak, azaltıcı etki gösterdiği gerekçesiyle DOJ havuzları onaylamıştır (Baltes 2003, 30).

²²² İkame ya da rakip patentlerin bir havuzda toplanması bunlar arasındaki rekabeti ortadan kaldırdığından lisans ücretlerinin artmasına sebep olabilir (Shapiro 2002a, 33).

²²³ Lerner, Strojwas ve Tirole (2003, 22) yaptıkları analiz sonucunda ikame patentlerden oluşan havuzlarda bireysel lisanslara izin verilmediği sonucuna ulaşmışlardır.

Fatma GÖZLÜKAYA

- Lisans alanların havuzdan aynı kural ve koşullarla eşitlik ilkesine göre yararlanmasını sağlamalıdır.
- Lisans alanların geri lisans yükümlülüğü, teknoloji ile uyum sağlamak için zorunlu olan patentlere özgü olarak inhisari olmayan lisansların ayrımcı olmayan koşullarla verilmesi ile sınırlı tutulmalıdır.
- Havuz önemli etkinlikler öngörmelidir. Örneğin, anlaşma havuza konu teknoloji için kullanılması zorunlu olan lisansların toplanması için ihtiyaç duyulan zaman ve masraftan tasarruf edilmesini, zorunlu patentlere tek noktadan ulaşılabilmesini sağlamalıdır.

DOJ bahsi geçen havuz anlaşmalarını onaylarken, FTC 1998 yılında aldığı kararla Summit Technology Inc. ile VisX, Inc.'in bir ortaklık olarak kurduğu havuzu rekabeti kısıtladığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Bu havuz, görme bozukluklarının tedavisinde kullanılan *photorefractive keratectomy* (PRK) isimli lazer teknolojisini elinde bulunduran ve FDA'dan²²⁴ bu cihazın ABD'de pazarlanması iznini alabilen iki şirket olan Summit ve VisX'in patentlerini Pillar Point Partnership isimli şirkete devretmeleri ile oluşmuştur. Tarafların aralarındaki anlaşmaya göre Summit ve VisX, bu şirketten aldıkları lisans ile patent konusu cihazları hastane ve doktorlara kullanılabilecek ve her kullanımda şirkete lisans bedeli olarak 250 ABD doları ödeyecekti. Şirkette toplanan bu para sözleşmede belirlenen esasa göre taraflar arasında paylaşılacaktı. FTC yaptığı inceleme sonucunda pazardaki rakipsiz iki şirketin, söz konusu tedaviyi tek başına uygulamak için gerekli teknoloji ve ekipmana sahip olduğu halde, piyasadaki fiyatı belirleme amacıyla bu ikame (rakip) teknolojileri bir havuzda topladıklarını tespit etmiştir. Ayrıca tarafların diğerinin onayı olmaksızın teknolojisini lisans olarak veremeyeceği konusunda anlaşmışları da tespit edilmiştir. Bu tespitler üzerine FTC, anlaşmanın tarafların sahip oldukları ilgili patent ve teknolojinin lisanslanması alanında devam etmekte olan rekabeti ortadan kaldırdığı, anlaşmanın inhisari niteliğinin diğer firmaların bu teknolojiye erişimini engellediği, ücrete ilişkin uygulamanın tüketicilerin bu tedavi için ödedikleri ücreti önemli ölçüde artırdığı gerekçeleriyle anlaşmayı hukuka aykırı bulmuştur.

AB Tüzüğü sadece ürün ve hizmetlerin üretilmesi ve sunulmasında kullanılmak üzere alınan lisansları düzenlediğinden, iki ya da daha fazla tarafın teknolojilerini bir havuzda toplamak ve bir paket olarak daha sonra lisans vermek amacıyla anlaşmalarını içeren havuz anlaşmalarını kapsamamaktadır²²⁵. Ancak Komisyon, teknoloji havuzlarının oluşumu ve yönetim koşullarına ilişkin

²²⁴ Food and Drug Administration.

²²⁵ AB Tüzüğü Rehberi parag. 41.

görüşlerine Rehberde yer vermektedir²²⁶. Rehber’de yer verilen görüşler Komisyon’un bu konuda ABD uygulaması ile büyük oranda uyum içinde olduğunu göstermektedir.

Komisyon, teknoloji havuzlarının rekabetçi ve etkinlik artırıcı etkilerini büyük ölçüde, havuzdaki teknolojilerin kendi aralarındaki ve havuzdakiler ile dışarıdaki teknolojiler arasındaki ilişkinin niteliğine dayandırmaktadır. Bu çerçevede Rehberde, havuzdaki teknolojilerin birbirini tamamlayıcı, ikame, zorunlu²²⁷ ya da zorunlu olmayan teknolojiler olmalarına göre rekabet üzerindeki etkilerinin değişebileceği ifade edilmektedir.

Havuzda ikame teknolojilerin bulunması, lisans alanların rakip teknolojilerden yararlanması olanağını ortadan kaldıracığından, lisans ücretlerinin daha yüksek belirlenmesine sebep olabilecektir. İkame teknolojilerin oluşturduğu havuz, teknolojiler arası rekabeti kısıtlayacak ve birlikte baskıya sebep olacaktır. Ayrıca böyle bir durumda rakipler arası fiyat anlaşmalarının yapılması da olasıdır. Bu sebeplerle genel kural olarak Komisyon, ikame teknolojilerin oluşturduğu bir havuzun RA m. 81/1 kapsamına gireceğini ifade etmektedir. Bu havuzların m. 81/3 uyarınca muafiyetten yararlanmaları da mümkün değildir.

Havuzun tamamlayıcı teknolojilerden oluşması halinde ise, sözleşme maliyetleri azalacak ve taraflar ortak bir ücret belirleyeceklerinden toplam lisans ücreti düşecektir. Zorunlu ve birbirini tamamlayıcı teknolojilerden oluşan havuz, tarafların pazar gücüne bağlı olmaksızın, genellikle m. 81/1’in kapsamı dışında kalacaktır. Ancak lisans anlaşmalarında yer verilecek kimi hükümler anlaşmanın m. 81/1 kapsamına girmesine neden olabilir²²⁸.

Yukarıda bahsedilen MPEG ve DVD kararlarına benzer şekilde Rehber de, havuz anlaşmalarındaki kısıtlamaların etkilerinin havuzun pazardaki durumu, lisansların ayırıcı olmayan esaslara göre verilmesi ve alternatif teknolojilerin pazara girişine engel olunmaması gibi kriterlere göre değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir²²⁹. Örneğin, havuz ilgili pazarda hakim durumda ise lisans koşullarının adil olması, ayırıcı olmaması²³⁰ (havuz üyeleri de dahil

²²⁶ AB Tüzüğü Rehberi parag. 210-230. Havuzun üçüncü kişilere verdiği lisanslar ise elbette Tüzük kapsamındadır (AB Tüzüğü Rehberi parag. 212).

²²⁷ Bu kavramların tanımları için bkz. AB Tüzüğü Rehberi parag. 216.

²²⁸ Zorunlu olmayan ancak birbirini tamamlayan teknolojilerin ise üçüncü kişilerin teknolojilerinin önüne geçilmesi gibi sonuçları olabilir. Bu durumda havuzun herhangi bir ilgili pazarda önemli bir pozisyona sahip olması koşuluyla m.81/1 kapsamına gireceğini belirtilmektedir

²²⁹ AB Tüzüğü Rehberi parag. 223 vd.

²³⁰ Farklı kullanıcılar için, örneğin farklı ürün pazarlarındaki, farklı ücretler istenmesi mümkündür.

Fatma GÖZLÜKAYA

olmak üzere) ve lisansların inhisari olmaması, alt pazarların kapanması gibi risklerin oluşmaması için daha da önem kazanmaktadır²³¹.

Havuz, rakip ürün ve standartların üretilmesi, bireysel lisans verilmesi ve havuz dışından lisans alınmasına engel hükümler içermemelidir. Geriye lisans yükümlülükleri inhisari olmamalı ve havuzdaki teknolojinin kullanımını için zorunlu ya da önemli olan gelişmeler ile sınırlı olmalıdır.

Türkiye'nin AR-GE çalışmalarına yeterli kaynağın ayrılmadığı, kendi teknolojisini üretemeyen ve teknoloji transferi bakımından yurtdışına bağımlı bir ülke olduğu bilinmektedir. Bu gerçekten hareketle, rakipler arasındaki çapraz lisans ve patent havuzu anlaşmalarının kendiliğinden koordinasyon riski doğurucu olduklarına hükmedilmeden, rekabet hukukunun teknoloji ve ekonominin gelişimini destekleme amacı ön planda tutularak, AB ve ABD uygulamalarının bahsi geçen prensiplerinin uygun olduğu ölçüde Türk hukukunda uygulanması yerinde olacaktır.

²³¹ AB Tüzüğü Rehberi parag. 226.

SONUÇ

Teknoloji transferi sözleşmeleri, birbirini tamamlayıcı üretim araçlarının bir araya getirilmesi, kaynak kullanımında verimliliğin sağlanması, hak sahiplerinin menfaatlerinin korunması ve piyasaya giriş engellerinin azaltılması gibi etkileriyle, teknolojik yeniliğin teşvik edilmesi ve yayılmasının desteklenmesini sağlayarak toplum refahının artmasına hizmet etmektedir. Rekabet hukukunun da paylaştığı bu hedefler, sözleşmelerin rekabeti artırıcı sonuçlar doğurmalarına sebep olmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmelerin bazı hüküm ve uygulamalarının belirli pazar koşullarında, pazara giriş engeli yaratılması, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, pazar paylaşımı, fiyat anlaşması gibi rekabeti kısıtlayıcı amaçlarla da kullanılabilmesi ya da bu tür sonuçların doğmasına sebep olabileceği görülmektedir.

Böyle bir durumda, rekabet hukukunun bu anlaşmalara da uygulanacağı konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte, müdahalenin sınırları ve kapsamı konusunda henüz bir mutabakat sağlanamamıştır. Rekabet uygulaması, bu sözleşmeleri sebep oldukları rekabet kısıtlamalarını önlemek amacıyla yasaklarken, içerdikleri fikri hakların sahiplerine verdiği yetkileri gereğinden fazla sınırlandırmamak ve özellikle gelişmekte olan ekonomiler bakımından yaratacakları etkinliklerin ve refah artışının önüne geçmemekle yükümlüdür.

ABD uygulamasının teknoloji transferi sözleşmelerine (lisans anlaşmalarına) ilişkin yaklaşımı ABD Rehberi'nde ortaya konulmuştur. Bu yaklaşım, bir fikri hak sahibinin kendi teknolojisi içinde rekabet yaratmak durumunda bırakılmayacağı ve rekabet uygulamasının ancak, anlaşmanın yokluğunda ilgili pazarda fiilen ya da potansiyel olarak birbirine rakip olan teşebbüsler arasındaki rekabetin, lisans anlaşması ile zarar gördüğü hallerde gündeme geleceği prensibine dayanmaktadır.

Avrupa Topluluğu hukukunun, teknoloji transferi sözleşmelerine ilişkin politikasının tarihsel süreç içinde değişim gösterdiği görülmektedir. Topluluğun konu hakkında bugün itibarıyla geldiği aşama, AB Komisyonu tarafından yayımlanan AB Tüzüğü ve uygulamasını gösterir Rehber'de somutlaşmaktadır. Bu iki hukuki metin, Topluluğun bu tür sözleşmeler hakkındaki geçmiş

Fatma GÖZLÜKAYA

dönemdeki katı ve yasaklayıcı tavrından kayda değer biçimde uzaklaşmış olduğuna işaret etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AB Tüzüğü'nde teknoloji transferi sözleşmelerinin ekonomik kalkınma ve tüketici refahı ve dolayısıyla rekabet üzerindeki olumlu etkileri açıkça kabul edilmiştir. Önceki düzenlemelerden farklı olarak yeni AB Tüzüğü'nde, beyaz ve gri liste uygulamaları terk edilerek, sadece bu sözleşmelerde bulunmaları halinde, anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanmasına engel olacak hükümlerin belirlenmesi ile yetinilmiştir. Bu durum, teşebbüslerin sözleşme yapımında ticari ihtiyaçları doğrultusunda daha serbest hareket etmelerini sağlayan bir alan yaratmıştır. AB Tüzüğü'nde (ve Rehber'de) yer alan düzenlemeler, örneğin pazar payı eşiklerine göre tanımlanan güvenli bölgeler, anlaşmaların durumunu daha da netleştirmiş ve hukuki belirliliği artırmıştır.

Bu bakımdan, temel prensipleri ve özellikleriyle yeni AB Tüzüğü'nün (ve Rehberi'nin), ABD Rehberi'ndeki ilkelere yaklaştığı söylenebilse de, ABD uygulaması teknoloji transferi sözleşmeleri için daha liberal ve kesin bir yaklaşım sergilemeye devam etmektedir. Örneğin Komisyon, Topluluğun üye devletler arasındaki ticaretin serbestleştirilmesi ve tek pazar hedefine uygun olarak, teknolojiler arası rekabetin yanı sıra teknoloji içi rekabeti de ön plana çıkarmaya devam etmekte ve bölgesel münhasırlık hükümlerine yönelik katı tavrını sürdürmektedir.

Konu ile ilgili olarak Türkiye'ye bakıldığında, teknoloji transferinin ticari hayatta henüz tam olarak yerleşmediği ve bu sebeple olası etkinliklerinden faydalanılmadığı görülmektedir. Bu durumun iki temel sebebinin, yerli yatırımcının AR-GE çalışmaları bakımından teknoloji üretebilen ve satabilen yeterliliğe ulaşamaması ve yabancı yatırımcının Türkiye pazarlarında teknoloji transferi yapmaksızın fason üretim teknikleriyle çalışmayı tercih etmesi olduğu söylenebilir. Ne var ki, ekonomik kalkınmadaki önemi sebebiyle teknoloji transferinin desteklenmesi ve bunu teşvik edici hukuki ve ekonomik ortamın sağlanması zorunludur. Bu sözleşmeler hakkındaki Türk rekabet politikasının da, teknoloji transferinin desteklenmesine yönelik sözü edilen uygun hukuki ve ekonomik ortamın yaratılması çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir.

Türkiye'nin, Katılım Ortaklığı Belgesi'nden kaynaklanan AB müktesebatına uyum yükümlülüğü ve hukuki güvenilirlik gibi gerekçelerle, Türk Rekabet Kurulu'nun teknoloji transferi sözleşmeleri hakkında AB Tüzüğü ile uyumlu bir hukuki düzenleme yapmak zorunda olduğu uygulamacılar ve teorisyenler tarafından ifade edilmektedir.

Gerçekten, grup muafiyeti düzenlemeleri, sağladıkları hukuki belirlilik ile teşebbüslerin yatırımları için daha güvenli bir ortam oluşmasına imkan

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

verebilmekte, diğ er taraftan, benzer nitelikteki anlaşmaların ayrı ayrı bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulması sorununu ortadan kaldırarak rekabet otoritelerinin iş yükünü azaltmaktadır. Bununla birlikte, hukuki düzenlemenin beklenen faydaları sağlayabilmesi için, konunun önemli ve sorunlu yönleri tespit edildikten sonra yapılmasının uygun olacağı açıktır. AB Komisyonu'nun genel yaklaşımı da bu yöndedir. Teknoloji transferi uygulamasının Türkiye'de yeterince yaygınlaşmamasının bir yansıması olarak, Türk rekabet otoritesinin incelediği dosya sayısı göz önüne alındığında, teknoloji transferi sözleşmeleri hakkındaki tecrübe ve bilgi birikiminin yeterli seviyeye ulaşamadığı anlaşılmaktadır.

Türkiye'nin henüz AB'nin tek pazar hedefini paylaşmaması ve teknoloji transferine konu unsurlar bakımından üye ülkelerle aynı ekonomik, ticari ve sınai koşullarda bulunmaması, AB müktesebatına paralel düzenlemeler yapma yükümlülüğüne karşın, AB Tüzüğü hükümlerinin Türk hukukuna birebir alınmasının uygun olmayacağı kanısını vermektedir. Örneğin, AB Tüzüğü'nün pazar payı kriterine dayalı güvenli bölge uygulaması Türkiye için faydalı olmakla birlikte, belirlenmiş olan pazar payının rakip olmayanlar arasındaki ya da karşılıklı olmayan rakipler arası lisans anlaşmaları için daha yükseğe çekilmesi uygun olabilecektir. Bunun yanı sıra, Topluluk'un lisans sözleşmelerindeki bölgesel münhasırlık hakkındaki yaklaşımının, Türkiye'de daha esnek uygulanması ve geriye lisans verme yükümlülüğü için getirilen ancak uygulamada karışıklık yaratabilecek esasların benimsenmemesi tercih edilebilecektir.

Bu sebeplerle, Türk piyasalarının bu konudaki ihtiyaçları ve hassasiyeti tam olarak teşhis edilmeden, teşebbüslerce uyulması zorunlu ve rekabet incelemeleri için bağlayıcı bir hukuki düzenleme yapılmasının sağlıklı sonuçlar vermeyeceği kanısındayız. Bunun yerine, teşebbüsler için hukuki belirlilik sağlayacak, rekabet uygulayıcıları için de yön gösterici olabilecek, Türk piyasalarının ekonomik ve hukuki yapısına uygun, kılavuz niteliğinde bir hukuki düzenleme uygun olabilir.

ABSTRACT

Technology transfer agreements usually improve economic efficiency and are pro-competitive by facilitating the integration of complementary factors of production, reducing duplication of research and development, strengthening the incentive for innovation and promoting diffusion of technology. Despite such efficiencies, technology transfer agreements can have anti-competitive effects, such as market division, price fixing, foreclosure of markets, due to the provisions and restrictions commonly found in the agreements. Applying standard antitrust doctrines to such restrictions is likely to be complicated because of the nature of intellectual property rights and the structure of markets which these agreements are concerned.

The aim of this thesis is to examine the related antitrust enforcement by emphasizing the necessity of competition policy balancing the pro-competitive and anti-competitive effects of technology transfer agreements. To achieve this purpose, taking into consideration the doctrine, the principles of relevant legislation in effect in EC, US and Turkish jurisdiction and judgments will be analyzed in a comparative manner and inferences will be made in order to give a perspective for Turkish competition policy.

KAYNAKÇA*

ANDERMAN, S. (2002), “EC Competition Law and Intellectual Property Rights in the New Economy”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 47, No. 2&3/Summer-Fall 2002, s. 285-308.

ANDERMAN, S. (1998), *EC Competition Law and Intellectual Property*, Clarendon Press, Oxford.

ANTHONY, S. F. (2000), “Antitrust and Intellectual Property Law: From Adversaries to Partners”, *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 28, No. 1/Winter 2000, www.ftc.gov/speeches/

ARI, M. H. (2003), *Patent Lisansı Anlaşmalarında Münhasırlık ve Bölgesel Sınırlamalar*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi: 29, Ankara

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES (2001), “Evaluation Report on the Transfer of Technology Block Exemption Regulation No: 240/96 Technology Transfer Agreements under Article 81”, <http://europa.eu.int/comm/competition>.

BALTES, C. (2003), “Patent Pools-An Effective Instrument for the High Technology Co-operation?”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Lund University, Lund.

BAŞ, M. (2001), “Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl: 1, Cilt: 1, Sayı: 2001/2, s. 79-88.

BAŞ, M. (2000), *Teknik Bilgi (Know-how) Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara.

BIESTER, E. J. (2002), “An Overview of the IP-Antitrust Intersection: Reevaluating the 1995 Antitrust Guideline for the licensing for Intellectual Property”, *Antitrust*, Summer 2002, Vol. 16, No. 3.

CABANELLAS, G. (1988), *The Extraterritorial Effects of Antitrust Law on Transfer of Technology Transactions*, IIC Studies, Vol. 10, Munich.

CARLTON, D. W. ve R. H. GERTNER (2002), *Intellectual Property, Antitrust and Strategic Behavior*, Working Paper 8976, <http://www.nber.org/papers/w8976>.

* İnternetten elde edilen kaynaklara yapılan atıflarda, buradaki sayfa numaraları esas alınmıştır.

Fatma GÖZLÜKAYA

COATES, K. ve J. FINNEGAN (1999), “Intellectual Property”, J. FAULL, ve A. NIKPAY (der.), *The EC Law of Competition* içinde, Oxford University Press, 575-633.

COLANGELO, G. (2004), “Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust”, *LE Lab Working Paper*, No. IP-01-2004, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=523122

CORNISH, W. R. (1996), *Intellectual Property*, Third Ed., Sweet&Maxwell, London.

DOLMANS, M. ve A. PILOLA (2003), “The Proposed New Technology Transfer Block Exemption”, *World Competition Law and Economics Review*, Volume 26, December 2003, Number 4, s. 541-565.

ENCAOUNA, D. ve A. HOLLANDER (2002), “Competition Policy and Innovation”, <http://www.core.ucl.ac.be/GabsHonor/papers/EncaouaHollander.pdf>.

EROĞLU, S. (2000), *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul.

FARRELL, J. ve C. SHAPIRO (2004), “Intellectual Property, Competition and Information Technology”, Working Paper No. CPC04-45, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=527782.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER (2004), “Reform of the European Competition Rules on The Technology Transfer”, www.freshfields.com.

FTC (2003), “To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition And Patent Law and Policy”, www.ftc.gov.

FTC (1996), “Competition Policy in the High-tech Global Marketplace”, Vol. I, www.ftc.gov.

GALLINI, N. ve M. TREBILCOCK (1998), “Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for Analysis of Economic and Legal Issues”, *OECD Report DAF/CLP(98)18*, s. 325-364, www.oecd.org.

GILBERT, R. (2004), “Converging Doctrines? US and EU Antitrust Policy for the Licensing of Intellectual Property”, *University of Berkeley Competition Policy Center CPC04-044*, <http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC04-044/>.

GILBERT, R. ve W. K. TOM (2001), “Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later”, University of Berkeley Competition Policy Center CPC01-020.

<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=iber/econ>.

GORDON, G. G. (2002), "Analyzing IP License Restrictions Under the Antitrust Laws: A General Outline of Issues, Prepared for Antitrust & Intellectual Property: Competition and Innovation in High-Tech Industries", www.dechert.com/library/.

GUTTERMAN, A. S. (1997), *Innovation and Competition Policy*, Kluwer Law, London.

GÜRZUMAR, O. B. (1995), *Franchise Sözleşmeleri*, Beta Yayıncılık, İstanbul.

HAMILTON, C. (2002), "Adequacy of the 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property in Complex High-Tech Markets", <http://www.smu.edu/csr/articles/2002/fall/Hamilton.pdf>.

JACOBSEN Jr., R. A. ve S. M. MEISNER (2003), "Antitrust Principles Applicable to Intellectual Property", *The Antitrust Review of the Americas*, www.mwe.com/info/pubs/antitrust2003.pdf.

JONES, A. ve B. SUFRIN (2001), *EC Competition Law*, Oxford.

KAYA, Y. (2001), "Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletlerinde Rekabet Otoritelerinin Lisans Anlaşmalarına Yaklaşımı", *Rekabet Dergisi*, Sayı: 6, s. 45-74.

KORAH, V. (2004), "Draft Block Exemption for Technology Transfer", *ECRL* 2004, 25(5), 247-262.

KORAH, V. (2002), "The Interface Between Intellectual Property And Antitrust: The European Experience", *Antitrust Law Journal*, Vol. 69, No. 3, s. 801-839.

KORAH, V. (1996), *Technology Transfer Agreements and the EC Competition Rules*, Oxford.

LANDES, W. M. ve R. A. POSNER (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, ABD.

LERNER, J. ve M. STROJWAS ve J. TIROLE (2003), "Cooperative Marketing Agreements Between Competitors: Evidence from Patent Pools", papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=399260.

LEARY, T. B. (2001), "The Patent-Antitrust Interface", www.ftc.gov/speeches/leary/ipspeech.htm.

MERGES, R. P. (2001), "Institutions for Intellectual Property Transactions: The Case of Patent Pools", R. DREYFUSS ve D. L. ZIMMERMAN ve H. FIRST

Fatma GÖZLÜKAYA

(der.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge of Society* içinde, Oxford, 123-165.

LEVEQUE, F. ve Y. MENIERE (2004), “Intellectual Property and Competition Law”, *Antitrust and Patent Copyright Conference*, Paris 15-16 January 2004, cerna.ensmp.fr

ODMAN BOZTOSUN, A. N. (2002a), “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* 17, Ankara, s. 171-239.

ODMAN, A. N. (2002b), *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

OECD (2004), “Patents and Innovation: Trends and Policy Challenges”, www.oecd.org.

OECD (1989), “Competition Policy and Intellectual Property Rights”, www.oecd.org.

ONGUN, T. (2000), “Günümüzde Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları* 8, Ankara, s. 33-70.

ÖZCAN, M. (1999), *Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara.

ÖZDEMİR, S. O. (2002), *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta Yayıncılık, İstanbul.

PEEPERKORN, L. (2003), “IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance”, *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 26, No. 4, s. 527-539.

PITOFISKY, R. (2001), “Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy”, *Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference*, www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm.

PITOFISKY, R. (2000), “Challenges of the New Economy: Issues at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property”, *American Antitrust Institute Conference: An Agenda for Antitrust in the 21st Century*,

www.ftc.gov/speeches/pitofsky/000615speech.htm.

POSNER, R. (2000), “Antitrust and the New Economy”, *ALI-ABA Conference*, http://www.ali-aba.org/aliaba/Posner_101100.htm.

RUBINFELD, D. L. ve J. HOVEN (2001), “Innovation and Antitrust Enforcement”, J. ELLING (der.), *Dynamic Competition and Public Policy: Technology, Innovation and Antitrust Issues* içinde, Cambridge University Press.

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No. 3, Ankara.

SHAPIRO, C. (2002a), "Competition Policy and Innovation", *OECD Document DSTI/DOC(2002)11*, STI Working Papers 2002/1, www.oecd.org.

SHAPIRO, C. (2002b), "The FTC's Challenge to Intel's Licensing Practices", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=501582.

SHAPIRO, C. (2001), "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standart Setting in Innovation Policy and the Economy", <http://haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf>.

SHAPIRO, C. (1999a), "Competition Policy in the Information Economy", faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/comppolicy.pdf.

SHAPIRO, C. (1999b), "Exclusivity in Network Industries", 7. *GEO. Mason Law Review*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=138334.

SULLIVAN, E. T. (2000), "The Confluence of Antitrust and Intellectual Property at the New Century", *Minnesota Intellectual Property Review*, <http://mipr.umn.edu/common/index.htm>.

TEKINALP, G. ve Ü. TEKINALP (2000), *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul.

TEKINALP, Ü. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.

TOM, W. K. (1998), "Background Note", *OECD Report on Competition Policy and Intellectual Property Rights DAFPE/CLP(98)18*, , 21-44, www.oecd.org.

TRITTON, G. (1996), *Intellectual Property in Europe*, London.

ULLRICH, H. (2001), "Intellectual Property, Access to Information, and Antitrust: Harmony, Disharmony, and International Harmonization", R. DREYFUSS ve D. L. ZIMMERMAN ve H. FIRST (der.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge of Society* içinde, Oxford, 365-402.

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth ed., London.

Rekabet Kurulu Kararları

Pınar Süt Mamülleri Sanayii A.Ş. ile Sodima SAS arasındaki anlaşmaya ilişkin 8.7.2004 tarih, 04-46/597-145 sayılı karar (RG'de yayımlanmamıştır).

Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş. ile Brauerei Beck&Co arasındaki anlaşmaya ilişkin 12.6.2003 tarih, 03-42/463-202 sayılı karar (RG'de yayımlanmamıştır).

Fatma GÖZLÜKAYA

Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş. ile Miler Brewing Company arasındaki anlaşmaya ilişkin 14.11.2002 tarih, 02-70/843-347 sayılı karar, RG 21.4.2004, 25440.

Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları A.Ş. ile Sierracin/Sylmar Corporation arasındaki anlaşmaya ilişkin 28.9.1999 tarih, 99-44/466-295 sayılı karar, RG 22.6.2001, 24440.

DOJ, FTC ve ABD Federal Mahkeme Kararları

Ethly Gasoline Corp.v. United States, 309 U.S. 436, 456 (1940)

Brownell v. Ketcham Wire&Mfg. Co., 211 F.2d 121, 9th Cir. (1954)

General Talking Pictures Corp. v. Western Electric Co., 305 U.S. 124, 39 U.S.P.Q. 329 (1938)

United States v. Ciba Geigy Corp., 508 F. Supp. 1118 (D.N.J. 1976)

Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F.2d 1572, 14 U.S.P.Q. 2d 1034 (Fed.Cir. 1990)

United States v. E.I. duPont de Nemours&Co., 118 F. Supp. 41, 224-6, 99 U.S.P.Q. 462 (D. Del., 1953)

Hartford-Empire Co. v. United States, 323 U.S. 386 (1945)

Automatic Radio Mfg. Co. v. Hazeltine Research, Inc., 339 U.S. 827, 834 (1950)

Brulette v. Thys, Co. 379 US 29 (1964)

Dr. Miles Medical Co. V. John D. Park&Sons Co., 220 U.S. 373, 408 (1911)

United States v. Univis Lens Co., 316 U.S. 241 (1942)

Ethly Gasoline Corp. v. United States, 309 U.S. 436 (1940)

United States v. General Electric, 272 U.S. 476, 490 (1926)

United States v. New Wrinkle, Inc., 342 U.S. 371 (1952)

Cummer-Graham Co. v. Straight Side Basket Corp., 142 F.2d 646 (5th Cir. 1944)

United States v. Line Materials Co., 333 U.S. 287 (1948)

United States v. United States Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948)

Newborgh Moire Co. V. Superior Moire Co., 237 F. 2d 283 (3rd.Cir. 1956).

United States v. Univis Lens, 316 U.S. 241, 249-51 (1942)

State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)

Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi

Naxon Telesign Cor. Supp. 804 (N.D. 111. 1981), aff'd. 686 F.2d 1258 (7th Cir. 1982)

Swofford v. B&W, Inc., 251 F. Supp. 811, 149 U.S.P.Q. 32 (S.D. Tex. 1966), aa'd, 395 F.2d 362 (5th Cir.), cert. Denied, 393 U.S. 935 (1968)

Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc., 395 U.S. 100 (1969)

American Security Co. v. Shatterproof Glass Corp., 268 F.2d 769, 777 (3d Cir. 1959)

U.S. v. Nat'l Lead Co., 63 F. Supp. 513, 522-523 S.D.N.Y. (1945)

United States v. Krasnov, 143 F.Supp. 184 (E.D. Pa. 1956)

AB Komisyonu ve ATAD Kararları

Consten&Grundig v Commission, 58/64 (1965), ECR 385

Warner Brothers Inc. v Christiansen, 158/86 (1988), ECR 2605

CICRA v Renault, 53/87 (1988), ECR 6039

Volvo v Veng UK, 238/87 (1988), ECR 6211

Radio Telefis Eirann v Commission, T-69/89 (1991), ECR II-485, British Broadcasting Cooperation v Commission, T-70/89 (1991), ECR II-535

Independent Television Publication Ltd v Commission, T-76/89 (1991), ECR II-575

RTE and ITP v Commission, Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P (1995), ECR I-743

ITH Internatiöle Heiztechnik v Ideal Standard GmbH, 9/93 (1994), ECR I-2789

Centrafarm v Sterling Drug, 15/74 (1974), ECR 1147

Nungesser v. EC Commission, 258/78 [1982] ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278

Maize Seed, OJ 1978 L286/23 [1978] 3 CMLR 434

Boussois/Interpane, 15.12.1986, (1987) OJ L50/30, (1988) 4 CMRL 124, CMR 10, 859

Coditel II, 262/81 (1982) ECR 3381

Windsurfing International v. EC Commission, 193/83 [1986] ECR 611, [1986] 3 CMLR 489 Moosehead/Whitbread (1991) 4 CMRL 391

Erauw-Jacquery v. La Hesbignonne, 27/87 (1988) ECR 1919

Rich Products/Jus Rol (1988) 4 CMLR 527

Fatma GÖZLÜKAYA

DDD/Delta Chemie (1989) 4 CMRL 535

Reuter/Basf, 26.7.1976, O.J. 1976, No.L 6/78

Societe Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm, 56/65 (1966), ECR 235, (1966) CMLR 357

AOIP/Beyrard, OJ 1976 L6/8 [1976] 1 CMLR D14 at D24

Raymond v. Nagoya, [1972] CMRL D45

Diğer

Commission Notice, Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, 2004/C101/02.

Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 24 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to the categories of technology transfer agreements.

Department of Justice and Federal Trade Commission, 1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.