



Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hukuk Fakültesi / Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

**REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ
KAPSAMINDA PATENT**

Hande YERLİKAYA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ankara, 2018

REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ
KAPSAMINDA PATENT

Hande YERLİKAYA

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hukuk Fakültesi/Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

KABUL VE ONAY

Hande YERLİKAYA tarafından hazırlanan "Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki Kapsamında Patent" başlıklı bu çalışma, 29/05/2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Başkan-Danışman)



Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT



Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

Prof. Dr. Musa Yaşar SAĞLAM

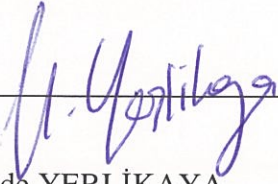
Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin/raporun tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin/raporumun kağıt ve elektronik kopyalarının Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

- Tezimin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.
- Tezim/Raporum sadece Hacettepe Üniversitesi yerleşkelerinden erişime açılabilir.
- Tezimin/Raporumun yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

Jüri Tarihi:29.05.2018


Hande YERLİKAYA

YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI

Enstitü tarafından onaylanan lisansüstü tezimin/raporumun tamamını veya herhangi bir kısmını, basılı (kâğıt) ve elektronik formatta arşivleme ve aşağıda verilen koşullarla kullanıma açma iznini Hacettepe Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak, tezimin tamamının ya da bir bölümünün gelecekteki çalışmalarda (makale, kitap, lisans ve patent vb.) kullanım hakları bana ait olacaktır.

Tezin kendi orijinal çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Tezimde yer alan telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izin alınarak kullanılması zorunlu metinlerin yazılı izin alınarak kullandığımı ve istenildiğinde suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Tezimin/Raporumun tamamı dünya çapında erişime açılabilir ve bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir.

(Bu seçenikle teziniz arama motorlarında indekslenebilecek, daha sonra tezinizin erişim statüsünün değiştirilmesini talep etmeniz ve kütüphane bu talebinizi yerine getirirse bile, teziniz arama motorlarının önbelleklerinde kalmaya devam edebilecektir)

Tezimin/Raporumuntarihine kadar erişime açılmasını ve fotokopi alınmasını (İç Kapak, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) istemiyorum.

(Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin/raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir, kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisi alınabilir)

Tezimin/Raporumun.....tarihine kadar erişime açılmasını istemiyorum ancak kaynak gösterilmek şartıyla bir kısmı veya tamamının fotokopisinin alınmasını onaylıyorum.

Serbest Seçenek/Yazarın Seçimi

29.05.2018

Hande YERLİKAYA

ETİK BEYAN

Bu çalışmadaki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, kullandığım verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı, yararlandığım kaynaklara bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunduğumu, tezimin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu, Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR danışmanlığında tarafımdan üretildiğini ve Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Yönergesine göre yazıldığını beyan ederim.

Hande YERLİKAYA

ÖZET

YERLİKAYA, Hande. *Rekabet Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki Kapsamında Patent*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018

Fikri mülkiyet hukuku, hak sahibine yalnızca kendisi veya kendisinin izin vermiş olduğu kişiler tarafından kullanılabilen mutlak nitelikte yetkiler veren anti-rekabetçi karakterde haklar verir. Rekabet hukuku ise rekabet ortamının kurulması ve rekabet sisteminin işletilmesi amacıyla tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Bu nedenle; fikri mülkiyet hukuku ile korunan ve desteklenen tekel niteliğindeki fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi yönündeki temel prensibinin çatıştığı söylenmektedir. Ancak öğretilerde yer alan görüşlerde; aralarındaki ilişki kapsamında rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çatışmasının esasen fikri mülkiyet hakkının iktisabı aşamasında değil, bu hakkın kullanımı aşamasında fikri mülkiyet korumasının sağladığı tekel hakkının rekabet üzerinde olumsuz etki doğurması veya bu amaçla kullanılması halinde oluştuğu tespit edilmiştir. Söz konusu bu çatışmaya karşı patentler açısından getirilen çözüm yolu olarak zorunlu lisans sözleşmeleri ve bu kapsamda zorunlu unsur doktrini, bir diğer yol olarak ise tükenme ilkesi karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanı sıra pay-for-delay anlaşmaları da patent yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılmasına aracılık etmektedir.

Anahtar Sözcükler

Fikri Mülkiyet Hukuku, Rekabet Hukuku, Patent, Patent Lisans Sözleşmeleri, Zorunlu Lisans, Zorunlu Unsur Doktrini, Tükenme İlkesi, Pay-For-Delay Anlaşmaları

ABSTRACT

YERLİKAYA, Hande. *Patent as a part of The Relationship between Competition Law and Intellectual Property Law*, Master's Thesis, Ankara, 2018

Intellectual property law gives anti-competitive rights to the owner of the right, which gives monopolistic authorisation that can only be used by the owner of the right or the person who is authorized by the owner. On the other side, competition law prohibits monopolisation and cartelization with the purpose of establishing competition environment and continuity of the competitive system. Therefore, it could be said that intellectual property rights that have a characteristic of monopoly are in conflict with the fundamental principle of the competition law. However, according to the opinions in doctrine, the conflict between competition law and intellectual property law does not come from acquisition of the intellectual property rights. The conflict can be constituted if the intellectual property right is used with the aim of the distortion of the competition. With regard to patent, in order to resolve the conflict, compulsory licensing and in this direction essential facilities doctrine and also principle of exhaustion are regarded as solution. In addition, by the way of the pay-for-delay agreements, patent is used with the aim of the abuse of the dominant position.

Keywords

Intellectual Property Law , Competition Law, Patent, Patent Licensing Agreements, Compulsory Licensing, Essential Facilities Doctrine, Principle of Exhaustion ,Pay-for-delay agreements

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY	i
BİLDİRİM	ii
YAYIMLAMA VE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI BEYANI	iii
ETİK BEYAN.....	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
1.BÖLÜM: REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA PATENT	4
1.1. GENEL OLARAK	4
1.2. REKABET HUKUKUNUN AMACI.....	8
1.3. REKABET KANUNU KAPSAMINDA DENETİME TABİ TUTULAN EYLEMLER	15
1.3.1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”	16
1.3.1.1. Teşebbüs.....	16
1.3.1.2. Teşebbüs Birliği.....	17
1.3.1.3. Teşebbüsler arası anlaşmalar	17
1.3.1.3.1. Yatay Anlaşmalar	17
1.3.1.3.2. Dikey Anlaşmalar.....	19
1.3.1.4. Uyumlu Eylem.....	19
1.3.2. Muafiyetler	20
1.3.3.Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması	22
1.3.4. Birleşme ve Devralmalar	24
2.BÖLÜM: FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU BAĞLAMINDA PATENT	26
2.1. GENEL OLARAK	26
2.2. TELİF HAKLARI.....	27
2.3. SINAİ MÜLKİYET HAKLARI	28
2.3.1.Patent	31
2.3.1.1.Patent İsteme Hakkı	33

2.3.1.1.1. Ortak Buluşlarda Hak Sahibi.....	34
2.3.1.1.2. Çifte Buluşlarda Hak Sahibi.....	35
2.3.1.1.3. Çalışan Buluşları	35
2.3.1.1.3.1. Hizmet Buluşları.....	36
2.3.1.1.3.2. Serbest Buluşlar.....	37
2.3.1.2. Patent Verilebilirlik Şartları ve Buluş	38
2.3.1.2.1. Buluş ve Patent.....	39
2.3.1.2.2. Patent Verilebilirlik Şartları	41
2.3.1.2.2.1. Teknik Karakter Taşıma Şartı.....	42
2.2.1.2.2.2. Yenilik	43
2.2.1.2.2.3. Buluş Basamağı	45
2.2.1.2.2.3. Sanayiye Uygulanabilir Olma	46
2.3.1.3. Patentin Sağladığı Korumanın Kapsamı	47
2.3.1.3.1. İstemler, Eşdeğer Unsurlar ve Patent Sahibinin Beyanları	47
2.3.1.3.2. Patentın Koruma Süresi.....	51
2.3.1.4. İlaç Patenti	52
2.3.1.4.1. İlaç Patenti Türleri.....	53
2.3.1.4.2. Boler istisnası	54
2.3.2. Patent Lisans Sözleşmesi.....	55
2.3.2.1. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	56
2.3.2.2. Patent Lisans Sözleşmesinin Şekli ve Patent Siciline Tescili.....	57
2.3.2.3. Patent Lisans Sözleşmesi Türleri	58
3.BÖLÜM: REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLİŞKİSİ	
KAPSAMINDA PATENT.....	60
3.1. GENEL OLARAK	60
3.2. ZORUNLU LİSANS	69
3.2.1.Genel Olarak	69
3.2.2. Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Zorunlu Lisans.....	73
3.2.2.1 Kullanmama Halinde Zorunlu Lisans	73
3.2.2.2. Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans	74
3.2.2.3. Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans	75
3.2.2.4. Başka Ülkelerdeki Kamu Sağlığı Sorunları Sebebiyle Zorunlu Lisans	
.....	75

3.2.3. Rekabet Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Lisans	79
3.2.3.1. Zorunlu Unsur Doktrini	81
3.2.3.1.1.Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanma Şartları	87
3.2.3.1.1.1. Zorunluluk	87
3.2.3.1.1.1.1. Hakim durum tespiti	87
3.2.3.1.1.1.2. Unsurun benzerinin makul şartlar altında yapılamıyor olması	88
3.2.3.1.1.2. Reddetme Eyleminin Varlığı	91
3.2.3.1.1.3. Reddetme Eyleminin Haklı Nedene Dayanmıyor Olması	92
3.2.4. Zorunlu Lisansta Tarafların Hak ve Yükümlülükleri	94
3.1.2.Tükenme İlkesi.....	97
3.1.2.1. Genel Olarak	97
3.1.2.2. Patentte Tükenme İlkesi.....	98
3.1.3. Pay-For-Delay Anlaşmaları	101
3.1.3.1. Amerikan Hukukunda Cephalon v. FTC kararı	105
3.1.3.2. Avrupa Komisyonu Tarafından Verilen Kararlar	107
3.1.3.2.1. Lundbeck kararı	107
3.1.3.2.2. Fentanyl kararı.....	109
3.1.3.2.3.Cephalon Davası	110
SONUÇ.....	112
KAYNAKÇA	115
EK 1. ORJİNALLİK RAPORU	123
EK 2. ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU	125

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AT	:Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
ATM	: Avrupa Topluluğu Mahkemesi
B.	:Baskı
EPC	:European Patent Convention
FDA	: U.S. Food and Drug Administration
FTC	:Federal Trade Commission
FSEK	:Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
KOBİ	:Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler
PatKHK	:551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
REMS	: Risk Evaluation and Mitigation Strategies
RKHK	:Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
SMK	:Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	:Türk Borçlar Kanunu
TMK	:Türk Medeni Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması
v.d.	: ve devamı

v.b. :ve benzeri

v. :versus

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 167.maddesinde “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” denilmektedir. Bu bağlamda, devlet serbest rekabet ortamını kurmak ve bu ortamı korumak ile yükümlüdür. Bu maksatla 1994 yılında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun kabul edilmiş, 1997 yılında da Rekabet Kurumu kurulmuştur. Rekabet hukukunun temel amacı RKHK'un 1.maddesinde belirtildiği üzere “mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.” Şu halde rekabet hukuku ile amaçlanan rekabet ortamının kurulması ve rekabet sisteminin işletilmesidir.¹

Diğer bir yandan ise modern gelişmeler sonucunda mülkiyetin yalnızca maddi mallar üzerinde değil gayri maddi mallar üzerinde de kurulabiliyor olması neticesinde oluşan hukuk dalı olarak fikri mülkiyet hukuku karşımıza çıkmaktadır. Fikri mülkiyet hukuku kapsamında fikri mülkiyet hakları koruma altına alınmıştır. Bu haklar; fikri ve sanat eserleri üzerinde ve marka, patent, coğrafi işaretler, entegre topografyaları, bilgisayar programları gibi sınai mülkiyet üzerinde kurulan hakları ifade etmektedir.² Bu bağlamda fikri mülkiyet, fikri ve sanat eserleri üzerinde kurulan hakları ve sınai mülkiyet üzerinde kurulan hakları düzenlemektedir. Bu hukuk kapsamında korunan ürünlerin gayri maddi nitelik taşıyor olması maddi ürünler kadar önem arz etmedikleri anlamına gelmeyecektir. Aksine bu ürünler ekonomik ve kültürel yaşam bakımından arz ettikleri önem bakımından maddi varlığı olan ürünler kadar önem arz etmektedir.³

Fikri mülkiyet hakları sahibine mutlak yetkiler veren anti-rekabetçi karakterdedir. Bu haklar sahibine tekel niteliğinde yetkiler vermekte ve ilgili hak yalnızca hak sahibi ve hak sahibinin izin vermiş olduğu kişiler tarafından kullanılabilir.⁴

¹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 29.

² Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.1.

³ Arbek, 2005, s.44.

⁴ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 6.

Bu nedenle; fikri mülkiyet hukuku ile korunan ve desteklenen tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi yönündeki temel prensibinin çatıştığı söylenebilecektir. Başka bir anlatımla fikri mülkiyet hakları sahibine tekelleşme niteliğinde yetkiler vermesi ile birlikte bu haklar rekabeti sınırlayıcı veya yok edici işlev görebilmekte⁵, pazarda kaçınılmaz olarak rekabetin engellenmesi olasılığını doğurmaktadır. Özellikle düşünsel bir çabanın sonucu olarak endüstriyel üretimde kullanılmaya yönelik olarak ortaya çıkan teknolojik ürünler⁶ açısından bu çatışmanın daha da baskın olduğu görülmektedir. Bu teknolojik ürünler niteliklerine uygun olarak; patent ve faydalı modele, endüstriyel tasarıma, yarı iletken topografyalarına, yeni üretilen bitki çeşitlerine sınai mülkiyet mevzuatı tarafından sağlanan koruma çerçevesinde, bilgisayar programları ve veritabanlarına ise fikir ve sanat eserleri mevzuatı tarafından sağlanan koruma çerçevesinde fikri mülkiyet korumasından yararlanacaklardır.

Öte yandan fikri mülkiyet hakları ekonomik değere dönüştürülebilen malvarlığı hakları olması nedeniyle, diğer ekonomik haklarda olduğu gibi korunması ve desteklenmesi halinde gelişerek verimliliğini artırır⁷ ve bu yolla yenilik teşvik edilmiş olur. Rekabet hukukunda ise temel amaca ilişkin olarak öğretide bir görüş birliği mevcut olmasa da temel amacın etkin rekabetin sağlanması olduğu yönünde baskın görüşler vardır. Piyasa da etkin rekabetin sağlanması halinde de rakipler arasında sağlanan bu rekabetin yeniliği teşvik etmesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda bakıldığında ise fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun ortak payda da birleşmiş olduğu görülmektedir.⁸

Bu iki hukuku ortak payda da birleştiren “yenilik teşviki” kavramı açısından patent hakkının özel önem arz etmesi açısından bu çalışmamızda iki hukuk dalı arasındaki ilişki kapsamında patent kavramı incelenecektir. Zira patentler toplumsal olarak kullanışlı olup yaratıcı faaliyeti güçlendirir. Patentler tarafından sağlanan korumanın yokluğunda, rekabetçi endüstrilerin yeni buluş üretmek için göstereceği çaba neredeyse yok denecek kadar azalma riski ile karşı karşıya kalacaktır.⁹

⁵ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 30.

⁶ Boztosun, 2002, s. 37.

⁷ Güven, 2008, s. 183.

⁸ Yeniay, 2014, s.2043.

⁹ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s.66.

Bu maksatla bu tez çalışmasının birinci bölümünde, rekabet hukukuna ilişkin temel kavramlar açıklanmış ardından rekabet hukukunun amacı değerlendirilerek bu amaç kapsamında patent kavramı değerlendirmesi yapılmış, RKHK kapsamında rekabet otoritesinin denetimine tabi olan eylemlerden bahsedilmiştir.

İkinci bölümde, fikri mülkiyet hukuku ve temel kavramları genel hatları ile ele alınmıştır. Bu kapsamda, temel kavramlara değinilmesinin ardından patent kavramının bu çalışma açısından özel önem arz etmesi nedeniyle patentten kısaca bahsedilerek, çalışmanın devamında kullanılacak olan ilaç patenti ve patent lisans sözleşmeleri açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde ise, rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki üst bir başlık olarak değerlendirilerek aralarındaki ilişkiye ilişkin öğretilerde yer alan görüşlere değinilmesinin ardından, aralarındaki ilişki kapsamında patent kavramı değerlendirilmiştir. Aralarındaki ilişki kapsamında; rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çatışmasının esasen fikri mülkiyet hakkının iktisabı aşamasında değil, bu hakkın kullanımı aşamasında fikri mülkiyet korumasının sağladığı tekel hakkının rekabet üzerinde potansiyel veya fiili olumsuz etki doğurması veya bu amaçla kullanılması halinde karşımıza çıktığı tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmanın devamında rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara karşı getirilen bir denetleme mekanizması olarak karşımıza çıkan zorunlu lisansın patent açısından uygulanması incelenmiş, bu kapsamda rekabet otoritelerinin belirleme yaparken kullandıkları zorunlu unsur doktrinine değinilmiştir. Ardından rekabet hukukunun temel amacı olan rakipler arasında rekabetin amacının gerçekleşmesi ve bu sayede tüketiciye farklı teşebbüsler tarafından arz sağlanması için getirilen çözüm yollarından birisi olan tükenme ilkesinin patentler açısından uygulamasından bahsedilmiştir. Bunların yanı sıra son olarak; patent hakkının hâkim durumun kötüye kullanılması amacı ile karşımıza çıktığı bir örnek olarak pay-for-delay anlaşmalarından bahsedilmiştir.

Sonuç kısmında ise, genel bir değerlendirme yapılarak bu tez çalışmasının genelinde izah ettiğimiz görüşler özetlenmeye çalışılmıştır.

1.BÖLÜM: REKABET HUKUKU BAĞLAMINDA PATENT

1.1. GENEL OLARAK

Sözlük anlamı olarak bakıldığı zaman; rekabet sözcüğü “*Aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış*” anlamı taşımaktadır.¹⁰ Geniş anlamda rekabet tanımına bakıldığında ise; “*özgür ortamında ortaya çıkan, ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel ve sportif arenada(yarışma zemini), meşru bir amacın veya performansın gerçekleştirilebilmesi için adil yarışma koşullarının sağlandığı, oyunun niteliğine göre gerekli koşullara sahip olanların katılımına açık, belli kurallara göre oynanan yarışma oyunudur.*”¹¹ Öte yandan dar ve teknik anlamda bakıldığı zaman ki rekabet hukuku bağlamında bu tanım iktisadi rekabet kavramına tekabül etmektedir¹², rekabet tanımı “*Firmalar veya satıcıların kar, satış ve pazar payı elde etmek gibi özel ticari hedeflerini gerçekleştirmek için müşteri kazanma yönünde çaba gösterdikleri bir pazar durumudur.*”¹³ 4054 sayılı kanunun 3.maddesinde de rekabetin dar ve teknik anlamda tanımı “*mal ve hizmet piyasasındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik karar verilebilmesini sağlayan yarış*” şeklinde yapılmıştır.

Rekabet hukuku ise; “*..teşebbüslerin, yoğunlaşma, hakim durumunun kötüye kullanılması ve rekabetin engellenmesi, bozulması kısıtlanmasını amaçlayan veya bu etkiyi doğuran eylemleri, anlaşma ve kararlarını önleyerek liberal ekonomiye göre piyasanın işlemlerini sağlamaya yönelik yasaklayıcı, düzenleyici veya ceza normlarını içeren kurallar bütünüdür.*”¹⁴ şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir tanıma göre; “*Rekabetin korunmasına ilişkin kurallar bütünüdür. Bu kurallar piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin benimsendiği sistemlerde etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması için gerekli düzenlemeleri içermektedir. Rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uygulamalar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının önlenmesi, piyasalardaki rekabetin tesisi için birleşme devralma işlemlerinin kontrolü ve gerekli düzenleme ve denetlemelerin yapılarak rekabetin*

¹⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=REKABET, Erişim Tarihi: 19.03.2017

¹¹ Türkan, 2009, s. 11.

¹² Ateş, 2013, s.31.

¹³ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s.33.

¹⁴ Günay, 2014, s. 32.

*korunması rekabet hukukunun temel amacıdır.”*¹⁵ Yine başka bir tanıma göre; *“piyasadaki serbest yarış ortamını zedeleyebilecek nitelikteki teşebbüs davranışlarını düzenleyen, söz konusu ortamın korunması ve sürdürülmesini temine yönelik yaptırımların uygulanmasına ilişkin yöntemleri gösteren hukuk kurallarının bütünüdür.”*¹⁶ Bir başka tanıma göre ise; *“iktisadi etkinlik sağlama, mal ve hizmet piyasalarındaki serbest rekabet düzenini oluşturma ve bu düzeni koruma amacı ile rekabet ihlallerini ortadan kaldırma maksadıyla düzenleyici, denetleyici ve yasaklayıcı normlar getiren hukuk dalıdır.”*¹⁷

Bu tanımlardan hareket ile rekabet hukuku esasen mal ve hizmet piyasasında faaliyet gösteren piyasa aktörlerinin her türlü davranışını belirleyen bir hukuk dalı olmadığı, rekabet hukukunun yalnızca serbest iktisadi yarış ortamına etki eden davranışlara müdahale ettiği anlaşılmaktadır.¹⁸ Şu halde rekabet hukuku, piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin ekonomi modeli olarak benimsendiği sistemlerde, sağlıklı bir rekabet ortamı oluşturulması ve bu ortamın sürdürülebilmesi için gerekli düzenlemelerden oluşmaktadır.¹⁹

Rekabet hukuku açısından en önemli kavramlardan birisi olarak burada karşımıza serbest piyasa ekonomisi karşımıza çıkmaktadır. Serbest piyasanın tesis edilebilmesi için, devlet iktisadi bir aktör olarak piyasaya girmemelidir ancak serbest rekabetin belirli kurallara bağlanmaması halinde de kendi kendisini yok etme tehlikesi ortaya çıkacaktır. Bu nedenle serbest piyasa ekonomisinin kabul edildiği bir düzende, devletin serbest piyasayı düzenleme ve denetleme görevi vardır.²⁰ Öte yandan bu ekonomik düzende devletin süreçteki rolü sadece piyasanın gereklerine göre oyunun kurallarının belirlenmesi ve bu kuralların uygulanmasının gözetilmesinden ibarettir. Diğer bir deyişle; devlet bu piyasa düzeninde yalnızca hakemlik yapacak ve kurallara aykırı davranışları önleyecek tedbirleri alacaktır.²¹

Rekabet hukukunun Türkiye’deki gelişimi de rekabet hukuku ile serbest piyasa ekonomisi arasındaki bu belirgin bağa tekabül etmektedir. Nitekim 1982 Anayasasının 167.maddesi gereğince; *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının*

¹⁵ Rekabet Terimleri Sözlüğü, 2010, s. 80.

¹⁶ Ateş, 2013, s. 31.

¹⁷ Güven, 2008, s. 22.

¹⁸ Ateş, 2013, s.33.

¹⁹ Öz, 2000, s.31.

²⁰ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, s.29.

²¹ Ateş, 2013, s.35.

sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” denilmektedir. Anayasada bu maddenin yer alması neticesinde rekabet hukuku konusunda yasal düzenlemelerin yapılmasına ilişkin bir zorunluluk doğmuştur. Ancak Anayasanın bu maddesinin getirmiş olduğu zorunluluğa ve serbest piyasa ekonomisine geçişe rağmen rekabet hukukuna ilişkin hukuki düzenlemeler 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden hemen sonra yapılmamıştır.

1982 Anayasasının yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda Türkiye'de Rekabete ilişkin düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu doğurmuştur.²² Buna göre; Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Türkiye arasında imzalanan 1963 tarihli Ankara Anlaşmasının 16.maddesine göre; *“Akit Taraflar, Topluluğu kuran Antlaşma'nın üçüncü büyük bölümünün 1. kısmında yer alan rekabet, vergileme ve mevzuatın yaklaştırılması ile ilgili hükümlerde anılan ilkelerin, ortaklık ilişkilerinde uygulanması gerektiğini kabul ederler.”*²³ Katma Protokolün 43.maddesinde ise; *“1. Ortaklık Konseyi, bu Protokol'ün yürürlüğe girişinden sonra altı yıllık bir süre içinde, Topluluğu kuran Antlaşma'nın 85, 86, 90 ve 92. maddelerinde belirtilen ilkelerin uygulama şartlarını ve usullerini tespit eder.”* denilmektedir. Topluluğu Kuran Anlaşmanın 85, 86, 90 ve 92. Maddeleri ise rekabet hukukunun teşebbüslere uygulanacak olan ilkelerini içermektedir.

Anayasa ve Uluslararası Anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin yanı sıra Türkiye ve AT arasındaki Gümrük Birliğinin tamamlanmasına ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 39.maddesinde de; *“Türkiye, Gümrük Birliği ile amaçlanan ekonomik bütünleşmeyi gerçekleştirmek amacıyla, rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatının Avrupa Topluluğu mevzuatıyla bağdaştırılmasını ve etkili biçimde uygulanmasını sağlar”* denilmektedir. Bu konsey kararının 32-43.maddeleri arasında da Rekabet Hukukuna ilişkin yükümlülükler düzenlenmiştir. Türkiye ve Avrupa Topluluğu arasında gerçekleştirilen bu gümrük birliği neticesinde rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenlemelerin yapılarak yürürlüğe konulması süreci hızlanmıştır.

Bu gelişmeler neticesinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 07.12.1994 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Kanunun 20.maddesi uyarınca; *“Mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün*

²² Öz, 2000, s.33.

²³ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/december/tradoc_115266.pdf Erişim Tarihi:16.12.2017

ve gelişmesinin temini ile bu Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek üzere” Rekabet Kurumu kurulmuştur.

Her ne kadar iç hukukumuza giriş süreci Avrupa Birliği ile olan ilişkilerimize tekabül etmekte ise de rekabet hukuku sistemlerinin temeli Amerika Birleşik Devletleri rekabet hukuku olup, rekabet hukuku ilk olarak Amerikan Hukukunda ortaya çıkarak dünyaya yayılmıştır.

Rekabet hukukunun Amerika’daki tarihi gelişimi şu şekilde olmuştur; Amerikan iç savaşının ardından Amerika’da sanayi ve üretimde yaşanan büyük patlamanın neticesinde mal ve hizmet piyasaları büyük ölçüde gelişmiş, firmaların rekabet gücü de bu durumdan olumlu şekilde etkilenmiştir. Öte yandan rekabetin olumsuz etkilerini ortadan kaldırmak isteyen firmalar ise ürün fiyatları ve arz miktarlarının karşılıklı anlaşmalarla belirlenmesi için yapılanmaları sonucunda ilk tröstler ortaya çıkmıştır. İlk tröstler demiryolu sektöründe ortaya çıkmıştır. İnşasında çok fazla kısa hattan oluşan küçük demiryolu işletmecilerinin büyüyerek büyük bir demiryolu şebekesinde bir araya gelip tröst oluşturarak fiyat belirlemesi yapmış, yeni teşebbüs piyasaya girince de onu piyasadandan çıkarmak için fiyat düşürerek satış yaparak piyasadandan çıkmasına sebep olmuştur. Bu şekilde devleşen ve aynı zamanda başka sektörlerde de faaliyet göstererek tekelleşen veya hâkim konuma gelen bu firmalar nedeniyle çiftçiler, tüketiciler ve küçük ölçekli işletme sahiplerinin olumsuz etkilenmesi neticesinde önlem alınması zorunluluğu doğmuştur.²⁴ Endüstriyel ürünler ve taşımacılık alanında ortaya çıkan bu tröst’lerin rekabeti sınırlandıran ya da ortadan kaldıran davranışlarının neticesinde oluşan tekelleşmeden doğrudan etkilenen çiftçilerin örgütlenerek tüm tekellerin denetlenmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması için baskı grupları oluşturmuşlardır. Bu baskı gruplarının etkisiyle, rekabet hukuku konusunda *Sherman Antitrust Act* (Sherman Antitröst Yasası) 1890 yılında yürürlüğe girmiştir. Yasa tasarisını hazırlayan komisyonda yer alan ve tasarımı Kongre’ye sunan Senatör Sherman tasarımı “*Nasıl ki bizler, siyasi otorite olarak, bir kralın bizi yönetmesini kabul etmedik; üretim, ulaşım ve yaşamın gereği olan her alanda ekonomik açıdan bir kral oluşmasını hoş görmemeliyiz. Zira ekonomik güç er ya da geç siyasi güce dönüşür*” şeklinde gerekçelendirmiştir. Sherman Yasasını takiben, ABD’nde rekabete ilişkin başka rekabet düzenlemeleri de yürürlüğe girmiştir. Bunlardan ilki 1914 tarihli *Clayton Act* (*Clayton*

²⁴ Ateş, 2013, s.67.

Yasası)'dir²⁵. Bu yasanın fiyat ayrımcılığına ilişkin hükümleri 1936'da *Robinson-Patman Act (Robinson-Patman Yasası)* ile ve devralmalara ilişkin hükümleri de, 1950'de *Celler-Kefauver Act (Celler- Kefauver Yasası)* ile değişikliğe uğramıştır. ²⁵

1.2. REKABET HUKUKUNUN AMACI

Rekabet hukukunun temel amacı konusunda öğretide görüş birliği mevcut değildir. Öte yandan rekabet hukukunun temel amacının belirlenmesi bu hukuk dalı için önem arz etmektedir. Piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin ekonomi modeli olarak benimsendiği sistemlerde, sağlıklı bir rekabet ortamı oluşturulması ve bu ortamın sürdürülebilmesi için gerekli düzenlemelerden oluşan rekabet hukukunun temel amacının belirlenmesindeki önemi Gürkaynak²⁶ şu şekilde ifade etmiştir; *“rekabet hukuku sahasında yapılacak herhangi bir analizin sıhhati için birinci önkoşul, bu analiz yapılırken belirli ve tutarlı bir rekabet hukuku tanımının ve anlayışının daima akılda tutulmasıdır. Bu sebeple, bu tanım yapılırken ihtiyaç duyulan en önemli unsur olan rekabet hukukunun amacı kavramı büyük önem kazanmaktadır. Uygulanmaları esnasında sıklıkla amaç sorunuyla karşı karşıya kalınmayan başka bazı hukuk alanlarından farklı olarak, rekabet hukukunun anlamlı ve tutarlı bir biçimde uygulanabilmesi için amaç meselesine nasıl yaklaşıldığının büyük önemi vardır”*. Bunun yanı sıra amaç tanımlaması yapmamanın önemini ayrıca şu şekilde vurgulamıştır; *“rekabet hukukunun amacı kavramını doğru değerlerle tanımlayarak aslında amaç olmayan unsurların ait oldukları yere konulmalarının önemi şudur: ister sonuç ister işlev olsun, amaç olmayan bir değer eğer amaçmış gibi düşünülürse rekabet hukuku analizi sakatlanır ve asıl amaç riske edilmiş olur.”²⁷*

Ateş'te, rekabet Kanunlarının amaç maddelerinde kanunu çıkaran ülkenin rekabet politikası ile varmak istediği hedefe yönelik ifadelerin yer alması gerektiğini belirtmiştir.²⁸ Keza yukarıda belirtmiş olduğumuz rekabet hukuku tanımlarına bakıldığında da görüleceği üzere; rekabet hukukunu tanımlarken dahi Rekabet Kanunu ile amaçlanan husus göz önüne alınmakta ve bu doğrultuda tanım yapılmaktadır.

ABD rekabet hukukuna bakıldığında rekabet hukukunun amacı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Örneğin, Chicago Okulu taraftarlarının savunduğu görüşe göre;

²⁵ Öz, 2000 , s.24.

²⁶ Gürkaynak, 2003, s. 1.

²⁷ Gürkaynak, 2003, s. 12.

²⁸ Ateş, 2013, s.159.

rekabet hukukunun amacı ekonomik etkinliğin sağlanması yoluyla rekabetin korunması rekabet hukukunun amacıdır. Buna karşılık Harvard Okulu taraftarları ise rekabet hukukunun tüketici refahını amaçladığını savunmaktadır.²⁹ Öte yandan verilen kararlara bakıldığında ise rekabet hukukunun amacının zaman içerisinde değişiklik gösterdiği de görülmektedir. Nitekim ABD rekabet hukuku gelişirken amaç öncelikle siyasi ve iktisadi gücün kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi olmuştur. Ancak daha sonrasında bu amaç döneme göre değişikliğe uğramıştır. Örneğin, 1960'lı ve 1970'li yıllarda rekabet hukuku küçük ölçekli firmaların desteklenmesi içinde kullanılmıştır.³⁰ Nitekim Akman rekabet hukukunun ekonomi ile yoğun bir ilişki içerisinde olması ve ekonominin de edinilen bilgi geliştikçe zaman içerisinde değişkenlik gösteren bir bilim olması nedeniyle rekabet hukukunun amacının değişmesini ve bu konuda bir görüş birliği olmamasını ekonomik değişkenliğe bağlamaktadır.³¹

Akman rekabet hukukunun amacı ve politikasına ilişkin tartışmalarının en ciddi biçimde ABD'de yapıldığını belirtirken şunu eklemektedir; *“her ne kadar bu amaç tartışmaları ABD'de ciddi bir biçimde yapılsa ve ortaya fikirler konulsa da bu amaç tartışmalarını AB rekabet hukuku kapsamı değerlendirildiğinde belirleyici çözümler olarak değil rekabet hukukunu anlamak için kullanabiliriz çünkü ABD'den amaca ilişkin olarak çıkan öneri ve görüşler politik, ekonomik ve sosyal farklılıkları nedeniyle Avrupa'nın ihtiyaçlarını karşılamayabilir.”*³²

AB rekabet hukukunun ortak amacını topluluğu kuran anlaşma olan Roma Anlaşmasına uygun olarak belirlemek gerekir. Roma Anlaşması'nın Amsterdam Anlaşması ile yeniden numaralandırılan 81-90. maddeleri Topluluk rekabet politikasının temelini oluşturur.³³ Bu bağlamda; rekabet hukuku ve politikası AB'nin tek Pazar amacını gerçekleştirmeye yönelik en önemli araçlardan birisidir. Ortak pazarın teşekkülü ve bütünleşmenin sağlam temellere oturması açısından rekabet hukuku kullanılacaktır. Üye devletlerin eşit koşullarda rekabet etmesine izin verilmesi sayesinde bir iç pazar ve ortak pazardan bahsetmek mümkün hale gelecektir. Bu nedenle AB rekabet politikası, ortak pazarda; yenilik ve teknik ilerlemeye uygun bir ortam yaratarak ekonomik verimliliği arttırmayı, tüketicilerin en iyi koşullar altında mal ve hizmet satın almasını sağlayarak

²⁹ Günay, 2014, s. 32.

³⁰ Ateş, 2013, s.160.

³¹ Akman, 2015, s. 1.

³² Akman, 2015, s. 25.

³³ Ateş, 2008, s.53.

menfaatlerini korumayı ve ulusal rekabet otoritesinin iç pazarda sağlıklı rekabet tesisini önleyebilecek rekabete aykırı herhangi bir davranışının engellenmesini amaç edinir.³⁴ Bu bağlamda temel amacın ortak pazarın teşekkülü ve bütünleşmenin sağlanması olduğu söylenecektir. Anderman ve Schmidt'de³⁵, AB hukukunun belirgin üç amacı olduğundan bahsetmiş ve bu üç amacın; etkili rekabetin devamı, özellikle orta ölçekli işletmeler için özel korumalar sağlayan eşit rekabet koşullarının uygulanması ve rekabet kurallarının uygulanması ile üye ülkelerin kendi pazarlarının tek bir ortak pazara entegre olmasını sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Torti'de tüketici refahının ve ortak pazar entegrasyonunun sağlanmasının ve markette eşit ve adil rekabet koşullarının sağlanmasının rekabet hukukunun amacı olduğunu ifade etmiş³⁶, amaçlarının politik düşünceler ve sosyal ihtiyaçlar çerçevesinde değişebileceğini belirtmiştir.³⁷

Türk rekabet hukukunda ise Gürkaynak³⁸'a göre; rekabet hukukunun amacı iktisadi etkinliğin sağlanması suretiyle toplumsal refahın korunması ve artırılmasıdır, bu doğrultuda da toplumsal refahın teminat altına alınması amacına ulaşmak için iktisadi etkinliğin sağlanması rekabet hukuku uygulaması sayesinde hedeflenecek bir kavram haline gelmektedir. Rekabet hukuku ise “toplumsal refahın artırılması” amacına yönelik bir araçtır. Öte yandan Gürkaynak toplumsal refahın artırılması” kavramının doğrudan hedeflenmeye çok müsait olmayışı nedeniyle daha kontrol edilebilir, hedeflenebilir, ölçülebilir ve teşhis edilebilir bir kavram olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” kavramını bir hedef olarak ele almaktadır. Bu bağlamda rekabet hukukunun amaç analizini şu şekilde yapmaktadır; “rekabet sürecinin korunması”, “iktisadi etkinliğin sağlanması” ve “toplumsal refahın sağlanması” arasındaki ilişki bu tip bir araç-hedef-amaç ilişkisi şeklinde gerçekleşmelidir. Diğer bir deyişle, rekabet sürecini koruyan rekabet hukuku düzeni bir araç olarak kullanılarak iktisadi etkinlik sağlanacak, iktisadi etkinliğin hedeflenmesi suretiyle de toplumsal refahın sağlanması amacına ulaşılacaktır.³⁹

Ateş⁴⁰ ise rekabet hukukunun amacının rekabetçi piyasa yapısını tesisi, işletilmesi ve korunması olduğunu belirterek rekabet hukukunun düzgün işleyen bir serbest

³⁴ Ateş, 2009, s.62 .

³⁵ Anderman/Schmidt, 2011, s.25.

³⁶ Torti, 2016, s. 8.

³⁷ Torti, 2016, s. 10.

³⁸ Gürkaynak, 2003, s. 60.

³⁹ Gürkaynak, 2003, s. 5.

⁴⁰ Ateş, 2013, s.39.

piyasadaki toplumsal-kamusal menfaati korumayı amaçladığını ve rekabet kanunlarının da bu amaca ulaşma yolunda birer vasıta olduklarını belirtmiştir. Öz rekabet kurallarının *doğrudan ve öncelikli* amacının pazarda rekabeti korumak olduğunu belirtmiştir.⁴¹

Aslan ise esasen rekabet hukukunun görünürdeki amacının “iktisadi etkinlik” olduğunu belirtmiş ancak tüketici açıkça anılmasa bile rekabet düzenlemelerinin gizli ve hatta en önemli amaçlarından birisinin tüketiciyi koruma olduğunu vurgulamıştır.⁴² Türk rekabet hukukunda “tüketici koruma amacı”nın benimsendiğini belirtmiştir. Örnek olarak ise; “*RKHK'nın 5. Maddesinde de açıkça rekabetin sınırlanmasına izin verilebilecek konular arasında 'tüketici yararı' açıkça*”⁴³ kabul edilmiş olduğunu belirtmiştir.

Yeniay'da amacın; rekabet sürecinin ve serbest rekabetin korunması veya etkin rekabetin korunması olduğunu belirtmiştir. Öte yandan her ne kadar amacın rekabetin başlı başına bir amaç olduğunu yönünde görüş bildirmiş ise de rekabete dayalı piyasada mekanizmanın tüketiciler için ucuz ve kaliteli mallar bulabilmesini sağlamak üzerine kurulu olduğunu belirten Yeniay esasen rekabetin tüketici refahına hizmet ettiğini ifade etmektedir.⁴⁴ Rekabetin ikincil amaçlarının ise kaynakların etkin ve verimli kullanılması, verimli üretim, girişimciliği desteklemek, teknolojik yenilik ve KOBİ'lerin korunması, büyümesi ve ekonominin içinde sistem döngüsünün sağlayabilmek olduğunu belirtmiştir.⁴⁵

Gürkaynak tüketici refahının amaç olarak belirtilmesine ilişkin olarak; tüketici refahının bir amaç değil rekabet hukukunun işlevi olduğunu belirterek amaca ulaşmak için uygulanan rekabet hukuku uygulamasında tüketici refahının ortaya çıkan bir pozitif dışsallık olduğunu söylemektedir.⁴⁶

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amaç başlıklı 1.maddesinde “*Bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.*” denmektedir. Ateş

⁴¹ Öz, 2000, s.24.

⁴² Aslan, 2007, s.8.

⁴³ RKHK'un 5.maddesinde “teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir” denilmekte ve bu muafiyetin verilmesi için gerekli koşullardan birisi olarak ise “tüketicinin bundan yarar sağlaması” öne sürülmüştür.

⁴⁴ Yeniay, 2014, s. 2023.

⁴⁵ Yeniay, 2014, s. 2023.

⁴⁶ Gürkaynak, 2003, s. 5.

Kanunun bu maddesinde kanunun amacının açık bir biçimde belirtilmediği yönünde eleştiri getirmiştir. Nitekim uygulamada kanun yorumlanırken ortaya çıkacak olan boşlukları doldururken önemli bir işlev görecektir olan bu maddenin kanunun amacını en az kelimeyle ancak öz olacak bir biçimde ifade edilmesi gerektiğini belirterek maddenin bu haliyle kanunun amacını yansıtmaktan uzak olduğunu ifade etmiştir.⁴⁷ Kanunun gerekçesinde⁴⁸ ise;

“Batı ülkelerinde hukuki düzenlemeler, değişik zamanlarda gerçekleşmesine rağmen rekabet hukuku ile elde edilmeye çalışılan temel amaçlar hemen hemen aynı niteliktedir. Tüm hukuk sistemlerinde genel kabul görmüş temel amaçlar; "rekabet sürecinin veya serbest rekabetin muhafazası" ya da "etkin rekabetin korunması" şeklinde ifade edilmektedir. Böylelikle rekabetin korunması ile ticaret serbestisi ve pazara giriş özgürlüğü sağlanmış olmaktadır. Anayasa'nın 167nci maddesi, "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" hükmünü vazetmektedir. Bu nedenlerle, sağlıklı piyasaların oluşması, girişimcilerin özendirilmesi, sınırlı ülke kaynaklarının etkin dağılımı ve bunların en verimli bir şekilde kullanımını teminen, anayasal bir direktif olarak zorunlu bulunan ve ekonomik yaşamımızda yeni bir dönem başlatacağını umduğumuz "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun" hazırlanmıştır. Rekabet sürecinin korunması ile ülke kaynaklarının halkın taleplerine göre dağıtımını sağlarken, artan ekonomik verimlilik ile birlikte, genel refaha olumlu katkılar da sağlanmış olacaktır. Ticari faaliyete katılanlar arasındaki rekabet, daha verimli üretim ve işletmeciliği beraberinde getirirken, daha az kaynak kullanılmasını, daha az maliyetle üretim yapılmasını, teknolojik yenilikler ve gelişmelerin ortaya çıkmasını teşvik edici bir görev üstlenmiş olacaktır. Bu da daha kaliteli mal ve hizmeti daha ucuza alabilme fırsatının doğması, böylece tüketicilerin ve toplumun tümünün refah düzeyinin artması sonucunu doğuracaktır. Rekabet düzeni ile yukarıda belirtilen amaçların yanında ikincil amaçlara ulaşmak da hedeflenmektedir. Her şeyden önce rekabet düzeni, pazara giriş engellerini ortadan kaldırarak küçük işletmelerin korunmasına yardımcı olmaktadır. Diğer taraftan, rekabetin olmadığı bir ekonomik düzende devletin iktisadi hayata müdahalesi artmakta ve kamuya ait iktisadi teşebbüslerin giderek çoğalması sonucu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, rekabet düzeni piyasada doğruluk ve dürüstlüğü yaygınlaşmasına da katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, rekabetçi ortamın enflasyonun aşağıya çekilmesinde önemli yararları olduğu da bilinmektedir.” denilmiştir.

⁴⁷ Ateş, 2013, s.163.

⁴⁸ <http://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/kanunun-genel-gerekcesi> .

Kanun gerekçesinde amacın geniş bir biçimde ele alınması eleştirilere konu olmuştur. Bu konuda Gürkaynak “enflasyonun aşağı çekilmesi”, “girişimci ruhun yeniden canlandırılması” şeklinde belirtilen amaçların asıl amaca dayalı olarak Türkiye’de doğru ve kararlı bir biçimde uygulanan rekabet hukukunun memnuniyetle karşılanacak bir işlevi yani rekabet hukukunun dolaylı bir “sonucu” olabilirse de, hiçbir zaman amaçlarından biri olamayacağını, amaç olarak nitelendirildiği takdir de ise rekabet hukuku analizini yanlış yöne götüreceğini belirtmektedir. Bunun gibi “küçük teşebbüslerin korunması”nın amaç olarak belirtilmesini eleştirerek, bunun bir amaç olmak bir yana rekabet hukuku uygulamasının neticesinde ortaya çıkacak sonuçlardan olup olmadığı bile tartışılabilir diyerek “küçük teşebbüslerin korunması” düşüncesi rekabet hukukunda “amaç” rolünü üstlenmeye başlaması halinde, asıl amaç olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” amacından taviz verilmesini beraberinde getireceğini belirtmiştir.⁴⁹

Öz’de; rekabetin tesis edilmesi neticesinde pazarda arz ve talebin müdahale veya kısıtlama olmaksızın oluşacağını, kaynakların etkin dağılımı sağlanarak kaliteli mal veya hizmetlerin daha ucuz fiyata sunulacağını, araştırma geliştirme faaliyetlerinin teşvik edilip bunlara kaynak ayrılacağını ve bunların yanı sıra kobilerin de pazarda yaşamlarını devam ettirmesinin kolaylaşacağını ve nihayetinde tüm bunların sayesinde tüketicinin bu süreçten azami düzeyde fayda sağlanmasını öngören bir yapının oluşacağını belirtmiştir.⁵⁰

Bunların yanı sıra piyasa da etkin rekabetin sağlanması halinde de rakipler arasında sağlanan bu rekabetin yeniliği teşvik etmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla “yenilik teşviki” bir rekabet hukuku uygulamasının bir sonucu olarak karşımıza çıkar. Keza rekabet ortamında kaliteli mal ve hizmetler olabilecek en ucuz şekilde üretilerek tüketiciye de en uygun fiyattan sunulmalıdır. Bu nedenle kaynakların en etkin şekilde kullanılması gerekir. Kaynakları etkin şekilde kullanılması ise ancak araştırma ve geliştirme çalışmaları ile mümkün hale gelmektedir. Bu maksatla rekabetçi piyasada insan zekâsının yaratıcı gücünden istifade eden teşebbüsler yeni üretim teknikleri geliştirmeye çalışacaklardır. Yeni olanı bulan ve bunu yapan teşebbüsün ön plana geçtiği bir rekabet ortamında, geride kalmak istemeyen rakiplerde yenilik arayışı içerisine girecek ve bu

⁴⁹ Gürkaynak, 2003, s. 12.

⁵⁰ Öz, 2000, s.14.

nedenle etkin bir yenilikçi ortam oluşacaktır. Bu yarış ortamında, yeni buluş yapan kişinin hakları fikri mülkiyet hukuku tarafından patent korunması ile korunacak bunun sonucunda da fikri mülkiyet hukuku rekabet hukukuna yardımcı olacaktır. Rekabet, teşebbüsleri kaliteli ve çok düşük bedellerle daha fazla ürün ve hizmet sunmaya dolayısıyla verimli olmaya yönlendiren bir süreç olması nedeniyle de teknolojik gelişme yoluyla yeni buluşların yapılmasına da katkı sağlayacaktır.⁵¹ Rekabetin etkin uygulanması neticesinde yenilik teşvikinin sağlanması da rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun ortak payda da birleşmesini sağlamaktadır. Keza her iki hukuk dalı karşılıklı etkileşim içerisinde bulunmak suretiyle teknolojik yeniliklerin teşvik edilmesini sağlamaktadır.⁵²

Teknolojik yeniliklerin geliştirilmesi kapsamında karşımıza teknolojik ürün kavramı çıkmaktadır. Teknolojik ürünlerden birisi olarak ise karşımıza çıkan patentler, bu iki hukuk dalı arasındaki ilişki kapsamında önemli rol oynamaktadır. Keza patentten elde edilen karlar toplumsal olarak kullanışlı olup yaratıcı faaliyeti güçlendirir. Patent korumasının mevcut olmaması halinde rekabetçi endüstriler yeni buluş üretmek için neredeyse yok denecek kadar az çaba gösterecektir.⁵³ Bu nedenle güçlü bir inhisari hak sağlayan patent hakkının yatırımlarla doğrudan ilgisi bulunmakta olup patent sahipliği ve patent lisansları ciddi bir pazar sağlama avantajını beraberinde taşır. Bu sayede patentler sahibinin rekabette öne geçmesine imkân sağlamaktadır.⁵⁴ Sanayi alanında bilginin alışverişe ya da dış ticarete konu olması yani teknolojinin dolaşıma girmesinin yolu da patent lisans sözleşmelerinden geçmektedir. Patent lisans sözleşmeleri sayesinde, teknoloji ve bilginin emin bir biçimde transferi sağlanmaktadır. Zira patent lisans sözleşmeleri patentlerin sahipleri dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını konu edinir. Bu yolla, patent lisans sözleşmeleri teknolojinin yayılması ve rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun birlikte uygulanmasını sağlamaktadır.⁵⁵ Bu doğrultuda; patent lisans sözleşmeleri, patent hakkı sahibinin patent sayesinde elde etmiş olduğu haklarını rekabet ilişkilerine zarar vermeden en verimli şekilde kullanma imkânıdır. Bunun yanı sıra lisans veren açısından da yatırımının kendisine geri

⁵¹ Günay, 2014, s. 24.

⁵² Gürzümar, 2006, s.165.

⁵³ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s.66.

⁵⁴ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

⁵⁵ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

dönüşünü sağlama imkânı sunar.⁵⁶ Lisans anlaşmaları ile hak sahibinin izni ile üçüncü kişilere bir bedel karşılığında kullanım hakkı tanınmaktadır. Neticesinde de yeni ürün ve hizmet piyasalarında yeni teknoloji etkin bir biçimde yayılıp dağılarak rekabeti arttırıcı etki yaratabilmektedir.⁵⁷ Bu nedenle aynı konuda birden çok teşebbüse lisans verilmesi durumunda piyasada rekabetin daha yoğun işlemesi sağlanacaktır.⁵⁸ Bunun yanı sıra lisans sahibi bir gayri maddi mala erişiminin gelişmesi neticesinde sınai olanaklarını geliştirerek piyasada daha kolay rekabet eder hale gelmeye imkân bulmaktadır.⁵⁹

1.3. REKABET KANUNU KAPSAMINDA DENETİME TABİ TUTULAN EYLEMLER

Yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Yasaklanan Faaliyetler adlı üst başlık kapsamında rekabete zarar vermesi nedeniyle yasak getirmiş olduğu haller belirlenmiştir. Burada rekabet hukuku kapsamında karşımıza *per se* ilkesi ve *rule of reason* ilkesi çıkmaktadır. *Per se* ilkesine göre; rekabeti sınırlayıcı teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler, belli büyüklükteki birleşme ve devralmalar, yararlı etkisi olup olmadığına bakılmaksızın kural olarak yasaklanmaktadır. Ancak belli durumlarda örneğin muafiyet verilmesi halinde ancak rekabet sınırlamalarına izin verilmektedir.⁶⁰ *Rule of reason* ilkesine göre ise; rekabet üzerinde ciddi kısıtlamaya yol açmayan, kısıtlamaya yol açsa da piyasalar açısından çok daha olumlu sonuçlar doğurabilen anlaşma ve uygulamalara müsamaha gösterilmesine imkân verilmektedir.⁶¹ RKHK'da karma sistem esas alınmakta, bazı durumlar *per se* yasak kabul edilirken bazı durumlar *rule of reason* analizine tabi tutulmaktadır.⁶²

RKHK'un 4.maddede "*Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar*", 6.maddede "*Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*", 7.maddede ise "*Birleşme veya Devralma*" yasaklanmış, 5.maddesinde ise "*Muafiyetler*" düzenlenmiştir.

⁵⁶ Torti, 2016, s. 222.

⁵⁷ Angi, 2005, s.7.

⁵⁸ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

⁵⁹ Erdem, 2002, s.133.

⁶⁰ Günay, 2014 s.40.

⁶¹ Ateş, 2013, s.92.

⁶² Günay,2014, s.42.

1.3.1. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar”

4.maddeye göre; “*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.*” Bu maddenin devam eden kısmında ise maddenin 1.fıkrası kapsamına girebilecek örnekler sayılmıştır. Ancak rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olan ve teşebbüslerin ortak iradesiyle oluşan eylemler, bu maddede belirtilen örneklerle sınırlı değildir, maddenin birinci fıkrasında yer alan koşullara uyması halindeki her durum 4.madde kapsamında yasaktır. Madde de yer alan kavramlara kısaca yer verecek olur isek;

1.3.1.1. Teşebbüs

Kanununun 3.maddesine göre; teşebbüs “*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri*” ifade eder. Teşebbüs kavramına yönelik tanımlardan çıkan ana unsurlar temel olarak ekonomik faaliyette bulunma ve ekonomik bağımsızlık şeklinde iki başlık altında toplanmaktadır. RKHK kapsamında ekonomik faaliyette bulunmak bağlamında üretim sürecinin herhangi bir aşamasında ve faaliyet gösterilen sektörler açısından bir sınırlama bulunmamaktadır.⁶³ Öte yandan ekonomik faaliyet gösteren teşebbüs muhakkak kar elde etme maksadı taşıyan iktisadi ya da ticari amaçla kurulmuş olmak zorunda değildir. Maksadı kar elde etmek olan bir şirket kadar hayır amaçlı bir vakıf yahut sportif amaçlı bir derneğinde teşebbüs sayılması mümkündür. Aynı şekilde tamamıyla kamu hizmetine odaklı bir kamu kuruluşu belirli bir faaliyetinden ötürü teşebbüs sayılması mümkündür.⁶⁴

Ekonomik bağımsızlık unsuru, ekonomik faaliyette bulunan teşebbüsün kendi kararlarını kendisi vermesi ve iktisadi davranış biçimini kendisi belirlemesi olarak tanımlanabilmektedir. Burada başka bir kişi veya kuruluşun iktisadi kontrolü altında faaliyet gösterme halinde bağımsızlık söz konusu olmayacaktır. Bunun ölçülmesinde de “kontrol” unsurunun belirleyici nitelik taşımaktadır.⁶⁵ Keza mal ve hizmet üretimi veya satışı yapan firmaların bağımsız olması gerekmektedir. Bu bağlamda ekonomik

⁶³ Güzel,2003, s. 6.

⁶⁴ Ateş, 2013, s. 200.

⁶⁵ Güzel, 2003,s.6.

bütünlük teşebbüsler için önemli olup aynı şirketler topluluğu tarafından yönetilen firmalar tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmelidir.⁶⁶ Bunun yanı sıra teşebbüs kavramı açısından ekonomik bağımsızlık ve ekonomik faaliyette bulunma koşullarını sağlaması halinde gerçek kişi, kamu kurumları veya özel tüzel kişi olmanın önemi yoktur. Bu bağlamda teşebbüs tanımı kamu teşebbüslerini kapsayacak şekilde geniştir.⁶⁷ Şartları sağlayan tüm teşebbüsler rekabet hukuku kurallarına riayet etmek ile yükümlüdür.⁶⁸

1.3.1.2. Teşebbüs Birliği

Teşebbüs birliği ise kanunun 3.maddesinde *“Teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikleri”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda hukuki bir statüden ziyade, fiili durum esas alınmıştır. Rekabet hukuku süjesi olarak teşebbüs birliğinden söz edilebilmesi için bir yasa hükmü gereğince kazanılan bir tüzel kişiliğe haiz olup olmamak önem taşımamaktadır. Birden fazla teşebbüs arasındaki fiili birliktelik teşebbüs birliği olarak nitelendirilir. Bu bağlamda teşebbüsler bir araya gelme amacına ulaşmamış dahi olsa amaç etrafında fiili birleşme olmalı ve bu birleşmenin az çok devamlılık göstermesi gerekmektedir.⁶⁹ Bu nedenle 3.madde kapsamında teşebbüs birliğinden söz etmek için; en az iki teşebbüsün varlığı, bunların belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere herhangi bir şekilde sürekli olarak bir araya gelmesi şarttır.⁷⁰

1.3.1.3. Teşebbüsler arası anlaşmalar

RKHK'un 4.maddesi kapsamında teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları, yatay ve dikey anlaşmalar olarak iki başlık altında toplamak mümkündür.⁷¹

1.3.1.3.1. Yatay Anlaşmalar

Yatay Anlaşmalar, *“aynı mal veya hizmet piyasasında, piyasanın aynı seviyesinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında, yani birbirine rakip olan teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalardır.”*⁷² Başka bir tanıma göre, *“üretim ve dağıtım zincirinin aynı aşamasında faaliyet gösteren fiili veya potansiyel rakipler arasındaki*

⁶⁶ Günay, 2014, s.49.

⁶⁷ Güzel, 2003, s.52.

⁶⁸ Günay, 2014, s.50.

⁶⁹ Ateş, 2013, s. 243.

⁷⁰ Ateş, 2013, s. 244.

⁷¹ Rekabet El Kitabı, 2.Baskı, s. 15.

⁷² Rekabet El Kitabı,, 2.Baskı, s.15.

*anlaşma/sınırlamalardır”.*⁷³ Yatay anlaşmalar *“birleşmelerden farklı olarak, rakipler arasında bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek için yapılan bir ya da birden fazla anlaşma”*⁷⁴ şeklinde de tanımlanmaktadır. Bu anlaşmalar ile karlarını arttırma amacı güden bazı teşebbüsler aralarında yaptıkları anlaşmalarla rekabetten vazgeçerek karlarını birlikte arttırma yoluna gidebilmektedir. Birlikte fiyat belirlenmesi ve pazarın paylaşılması, ihaleye danışıklı fiyat verilmesi ya da anlaşarak ihaleye girmekten kaçınma örneklerinde yatay rekabeti sınırlayıcı işlem söz konusu olmaktadır.⁷⁵

Yatay anlaşmalar, anlaşmayı yapan teşebbüslerin pazar payını arttırmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda ilgili piyasadaki rakip teşebbüslerin sayısı azalmakta ve bu durum rekabeti olumsuz etkilemektedir. Anlaşmayı gerçekleştirenlerin ortak bir amaç doğrultusunda hareket etmeleri söz konusu olduğundan burada rekabetin sınırlandırılması olasılığı oldukça yüksektir.⁷⁶ Fiyat tespiti yapılması veya müşterilerin ve bölgelerin paylaşılması, arz miktarlarının kısıtlanarak kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi konularında rakipler arasında gerçekleşen anlaşmalar rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmalara örnek teşkil etmektedir.⁷⁷ Bunun yanı sıra rakipler arasında bilgi paylaşımının yapılması da yatay işbirliği anlaşmaları kapsamında değerlendirilebilir.

Yatay işbirliği anlaşmaları bu tip anlaşma türünün bir veya bir kaçını aynı anda içerecek şekilde gerçekleşmektedir.⁷⁸ Rekabetin kısıtlanması, engellenmesi bozulması için yapılan yatay sözleşmeler neticesinde teşebbüsler arasında ortaya çıkan bu danışıklı halleri doktrinde *“kartel”* olarak adlandırılmaktadır.⁷⁹ Kartel ise *“rakipler arasında gerçekleşen fiyat tespiti, pazar paylaşımı, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket edilmesi gibi rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylemlere işaret eden ortak kavramdır. Rekabet hukukunda en ciddi rekabet ihlali olarak kabul edilen karteller; başta fiyat ve miktar olmak üzere pazara ilişkin*

⁷³ Rekabet Terimleri Sözlüğü, 2010, s.103.

⁷⁴ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000, s.2.

⁷⁵ Rekabet El Kitabı, 2.Baskı, s.15.

⁷⁶ Güven, 2008, s.75.

⁷⁷ Rekabet Terimleri Sözlüğü, 2010, s.59.

⁷⁸ Altun, 2012, s.4.

⁷⁹ Yılmaz, 2003, s. 124.

*rekabetçi parametreleri kontrol altında tutmak suretiyle kendi karlarını artırmaya çalışan oluşumlar” olarak karşımıza çıkmaktadır.*⁸⁰

1.3.1.3.2. Dikey Anlaşmalar

Dikey anlaşmalarda ise piyasanın farklı seviyelerinde faaliyet gösteriyor olsalar da aynı mal veya hizmet piyasasında bulunan teşebbüsler arasında yapılan anlaşma söz konusu olmaktadır.⁸¹ *“Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs (örneğin üretici, toptancı, sağlayıcı, müşteri, lisans alan ve veren) arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalardır.”*⁸² Teşebbüsler bu anlaşmaları hammadde tedarikini garanti altına almak, yerel piyasalarda bulunan teşebbüsler aracılığı ile piyasalarda faaliyette bulunmak, finansman sağlamak, malların üretimi ve nihai tüketiciye sunulması aşamasına kadar olan aşamaları belirlemek, piyasalarda yerleşik dağıtıcılardan yararlanmak gibi çok çeşitli amaçlarla yapabilirler.⁸³

1.3.1.4. Uyumlu Eylem

Yine 4.madde kapsamında; bir mal veya hizmet piyasasında rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğrudan veya dolaylı olarak doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası uyumlu eylemler de anlaşmalar gibi hukuka aykırı olup yasaklanmıştır. Teşebbüsler arasında bir anlaşmanın varlığı tespit edilemese dahi, teşebbüsler arasında bağımsız davranışları yerine geçen ve koordine bir biçimde işbirliği sağlayan doğrudan veya dolaylı ilişkiler için de anlaşmalar ile aynı sonucu doğurma riski mevcut ise 4.madde kapsamında yasak sayılmalıdır. Bu yolla teşebbüslerin kanuna aykırı rekabeti sınırlayıcı uygulamalarını meşru hale getirmeleri engellenmeye çalışılmaktadır.⁸⁴ Rekabet Kurulunun 00-11/109-54 Karar Numaralı 23.03.2000 tarihli kararında uyumlu eylem şu şekilde tanımlanmaktadır⁸⁵;

“uyumlu eylem”den söz etmenin mümkün olup olamayacağına gelince; işletmeler arasında bir anlaşmanın varlığı kanıtlanamıyorsa, aralarında

⁸⁰ <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/rekabet-hukuku/rekabet-hukukunun-esaslari/rekabeti-sinirlayici-anlasmalar/kartellerle-mucadele>, Erişim Tarihi:23.02.2018

⁸¹ Güven, 2008, s. 75.

⁸² <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=fc837f51-01ff-482d-9e14-797db0cbf4ba> Erişim tarihi:23.02.2018.

⁸³ Güven, 2008, s. 75.

⁸⁴ <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi?icerik=76a5ca63-7fc6-460d-a961-6cd9936e249e> Erişim Tarihi: 24.02.2018.

⁸⁵ Rekabet Kurulu 23.03.2000 tarihli 00-11/109-54 Karar Numaralı kararı

<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=555a5fc3-d043-47e1-809e-1ecf9dde5e4e> Erişim Tarihi: 24.02.2018.

anlaşma olmadığı halde, pratik bir işbirliği sağlayan davranışlar mevcutsa, bunun rekabeti önleyici etki doğurması doğaldır ve yasamız açısından yasaktır. (43)Uyumlu eylemde, 4.madde açısından önemli olan, işletmeler arasındaki uygulama paralelliği değil, bu paralelliğin bilinçli olarak yaratılmış olmasıdır. Bu bilinç, rakipler arası bir “işbirliğinin” sonucu olabileceğinden, yasaya aykırı görülmüştür. Ancak, uyumlu eylemin varlığı, öğretide de genellikle kabul edildiği gibi, dört unsurun birlikte bulunmasını gerektirmektedir. Buna göre, uyumlu eylem için; (a) En az iki veya daha fazla işletme olmalı, (b) Bilinçli paralellik bulunmalı, (c) Bu paralel davranışlar ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanamamalı, (d) Rekabet sınırlanmalıdır. Bu unsurlardan biri yoksa uyumlu eylem de yoktur.”

1.3.2. Muafiyetler

Kanunun 5.maddesinde ise muafiyetler düzenlenmiştir. RKHK’un 4.maddesi kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar Kanunun 5.maddesinde öngörülen muafiyet koşullarını⁸⁶ sağlayarak, muafiyet sisteminden yararlanması halinde 4.madde yasağından istisna tutulmaktadır. Rekabet Kurulu 17-41/651-289 sayılı 14.12.2017 tarihli kararında⁸⁷ muafiyet verilme şartlarını sıralayarak şu şekilde tarif etmiştir;

“Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için, öncelikle anlaşma konusu olan malın üretimi ve dağıtımını ile ilgili olarak bir gelişme veya iyileşme olması ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir. Bente kastedilen iyileşme ve gelişmelerin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda, somut olayın özelliklerine göre değişmekle birlikte genel olarak üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, yeni piyasalara girişin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi hallerin varlığı halinde muafiyetin ilk koşulunun sağlandığı değerlendirilmektedir..... Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan ikinci şart

⁸⁶ RKHK’un 5.maddesine göre; “Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde (Mülga ibare: 02.07.2005-5388/1.Md)2(...) teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:
a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
b) Tüketicinin bundan yarar sağlanması,
c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması, (Değişik: 02.07.2005-5388/1.Md)3 Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren itibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.”

⁸⁷ Rekabet Kurulu Karar Sayısı : 17-41/651-289 Karar Tarihi : 14.12.2017, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=463fa5eb-a804-4976-bb5d-e64de3ef4c55> Erişim Tarihi:24.02.2018.

ise, ilk şart sonucunda ortaya çıkan faydadan tüketicilerin de yarar sağlamasıdır. Bu çerçevede fiyatların seviyesindeki düşüş, satış sonrası etkin hizmetler, ürün çeşitliliğinin artması, tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, malın arzunda devamlılığın sağlanması gibi hususlar tüketicinin elde edeceği yarar kapsamında değerlendirilebilmektedir..... Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan bu üçüncü şarta göre, muafiyete konu anlaşma, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına yol açmamalı, bir başka deyişle sağlanan ekonomik gelişme veya fayda ile tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda elde ediliyor olmamalıdır. Kılavuz'da, ilgili koşulun, pazar gücü ve bu güce bağlı olarak söz konusu anlaşmaların pazardaki etkisi ile yakından ilgili olduğu, teşebbüsün pazar gücü ne kadar yüksek ise hissedilir derecede rekabeti bozucu etkileri olan bir dikey sınırlamanın kural olarak muafiyet alamayacağı belirtilmektedir. İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken en önemli husus, incelemeye konu anlaşmanın taraflarının ilgili pazardaki gücü ve pazarın anlaşma öncesindeki yapısıdır..... Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan dördüncü ve son şarta aykırılık, ya izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanması ya da rekabetin sınırlanması gereğinin dahi bulunmaması halinde ortaya çıkabilecektir. Teşebbüsler, prensip olarak, anlaşma ile amaçladıkları ekonomik yararların gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az sınırlayıcı yöntemi tercih etmekte yükümlüdürler. Bu noktada, yapılan anlaşma çerçevesinde elde edilmesi planlanan fayda ile meydana gelen rekabet kısıtlamaları arasında bir denge kurulması gerektiği kabul edilmektedir. Kılavuz'da, bu son şartın, çeşitli pozitif etkilerin elde edilmesi için en az rekabeti bozucu sınırlamaların seçilmesini sağlamada rol oynadığı belirtilmektedir.”

Muafiyetler bireysel muafiyet ve grup muafiyetleri olarak ikiye ayrılmaktadır.⁸⁸ Grup muafiyetinde, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılmış grup muafiyet tebliğleri kapsamına giren ve RKHK'un 4.maddesinde kapsamında değerlendirebileceğimiz tüm anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar bildirimine gerek duymaksızın muafiyetten yararlanacaktır.⁸⁹ Rekabet Kurumu tarafından çıkartılan grup muafiyet tebliğleri şu şekildedir; Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2002/2), Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (Tebliğ No: 2008/3), Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2013/3), Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına

⁸⁸ Pınar,2005, s. 61.

⁸⁹ Pınar, 2005, s.61.

İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2016/5), Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (Tebliğ No: 2017/3)⁹⁰.

Bireysel muafiyetler için ise Rekabet Kuruluna başvuru şart olup her somut olayda ilgilinin talebi üzerine verilmektedir.⁹¹

1.3.3.Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

6.maddeye göre ise “*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır.*” Bu maddede de yasaklanan husus hâkim durumda olmak değil hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. 6.madde de hâkim durum tanımı yapılmamış ancak tanıma 3.madde de yer verilmiştir. Buna göre; hâkim durum “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*” ifade eder. 6.maddenin devamında ise hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin örnekler sıralanmıştır. Bu haller; “*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.*”dır. Madde de sıralanmış olan bu haller tahdidi şekilde olmayıp somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Madde de hâkim durumun kötüye

⁹⁰ <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/tebligler?sayfa=1> Erişim Tarihi: 12.02.2018.

⁹¹ Pınar, 2005,s.61

kullanılması sayılabilecek haller örnek kabilinden sayılmıştır.⁹² Öte yandan her ne kadar madde de tanıma yer verilmiş ve hâkim durumun kötüye kullanılması halleri örneklemiş olsa dahi tanımdan hareketle hâkim durum tespitinde hükmü uygulayacak olan karar organı tarafından pazar gücü tespiti için iktisadi inceleme yapılması şarttır.⁹³ Pazar gücünü belirleyen pazar payının ne kadar olması gerektiği, pazar payı çok yüksek hatta yüzde yüz pazar payına sahip yani tekel niteliği taşıyan bir teşebbüs olduğu tespiti halinde dahi pazara giriş engeli olup olmadığı, eğer engel yok ise özellikle teşebbüsün fiyatı tek başına belirleyebilme gücü ve ekonomik parametrelerinin ne olduğu şeklindeki sorulara yanıt verilmeksizin 6.maddenin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi mümkün değildir. Keza tüm bunları belirleyebilmek için dahi “ilgili ürün pazarı”, “ilgili coğrafi pazar” “ilgili pazar” şeklindeki kavramlarında belirlenmesi gerekmektedir.⁹⁴ Bu nedenle somut olaydaki iktisadi yaklaşım ile belirlenebilecek çok sayıda eylem türü 6.madde de örneklenerek sayılmamış olsa dahi hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilecektir. Bu yönüyle RHKH’un 6.maddesinin uygulamasında vaka hukuku sistemine yabancı olan Türk Hukuku ve Kıta Avrupası rekabet otoritelerinin ve mahkemelerinin verdikleri kararlarda içtihat hukukuna ağırlık vermesi kaçınılmazdır.⁹⁵

Bir teşebbüsün belirli bir pazarda hâkim durumda olup olmadığıнын belirlenmesinde ilgili pazar kavramı özel önem arz etmektedir ancak ilgili pazar kavramına ilişkin olarak belirli bir tanım yapılması mümkün olmamaktadır. Zira ilgili pazarın her somut olayda olayın şartlarına göre belirlenmesi gerekir.⁹⁶ İlgili pazar kavramı belirlenirken de ilgili ürün pazarı ve ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi gerekir. İlgili ürün pazarı belirlemesi ise hâkim durumda olup olmadığı belirlenmeye çalışılan teşebbüsün ürünü ile tüketiciler için bu ürüne nitelik, kalite ve fiyat açısından ikame edilebilir nitelikte olan diğer ürünler de dâhil edilmesi ile yapılmaktadır. Ancak burada ikame edilebilirlik her somut olayın kendi özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.⁹⁷ İlgili ürün pazarı belirlenmesinin ardından ilgili pazarın tam olarak belirlenmesi için bu ilgili ürün pazarının hangi coğrafi sınırlar içerisinde varlık gösterdiğinin tespiti gerekmekte olup,

⁹² Gürzümar, 2006, s.36.

⁹³ Gürzümar, 2006, s.36.

⁹⁴ Gürzümar, 2006, s.36.

⁹⁵ Gürzümar, 2006, s.38.

⁹⁶ Güçer, 2005, s. 34.

⁹⁷ Güçer, 2005, s. 34.

bu pazar da ilgili coğrafi pazar olarak tanımlanmaktadır. İlgili coğrafi pazar belirlenmesinde fiziki olarak büyük bir coğrafyanın varlığı şart olmayıp, ilgili coğrafi alanda gerçekleşen rekabete aykırı davranışların rekabet sistemi üzerinde yaratmış olduğu etkilerin göz önüne alınması gerekmektedir.⁹⁸

1.3.4. Birleşme ve Devralmalar

7.maddeye göre; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”* Bu madde kapsamında birleşme, devralmalar ve özeleştirmeler Rekabet Kurumunun kontrolü altında tutulmaktadır.

Teşebbüsler, piyasalardaki konumlarını veya finansal yapılarını güçlendirmek amacıyla başka bir teşebbüsle birleşme veya başka bir teşebbüsü devralma yoluna gitmek isteyebilirler. Ancak bu birleşme ve devralma piyasadaki rekabet ortamında önemli bir zarar doğuracak nitelikte güçlü teşebbüslerin ortaya çıkmasına neden olabileme riski taşıyor olduğundan hangi tür birleşme ve devralmaların rekabeti önemli ölçüde kısıtladığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, Rekabet Kurumu tarafından belirli ciro eşiklerini ve pazar payını aşacak nitelikteki birleşme ve devralmalar kontrol edilmektedir.⁹⁹

Teşebbüslerin kendi çabaları neticesinde hâkim duruma gelmesinden farklı olarak burada harici bir unsur olarak birleşme veya devralma kavramları rol oynamaktadır. Bu yolla hâkim duruma geçen ya da var olan hâkim durumunu güçlendiren teşebbüsün rakipler baskısından uzak bir şekilde ürettiği mal ve hizmetleri kendi belirlediği ve dilediği fiyatlarla satma imkânına sahip olması söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra birleşme veya devralma sayesinde elde edeceği veya kuvvetlendireceği hâkim durumu ile teşebbüs, pazardaki diğer küçük rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma, onları pazar

⁹⁸ Güçer, 2005, s. 34.

⁹⁹ Rekabet El Kitabı, 2.Baskı, s. 25.

dışına itme veya pazara potansiyel girişlere engel olma imkânlarına sahip olabilecektir.¹⁰⁰ Rekabet hukukunda bu tür olumsuz sonuçların önüne geçebilmek amacıyla bu tür birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır.¹⁰¹

¹⁰⁰ Rekabet El Kitabı, 2.Baskı, s. 30.

¹⁰¹ Rekabet El Kitabı, 2.Baskı, s. 30.

2.BÖLÜM: FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU BAĞLAMINDA PATENT

2.1.GENEL OLARAK

İnsan Hakları Beyannamesinin 27.maddesinde “1. Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir. 2. Herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı vardır.” denilmektedir. Anayasanın da bilim ve sanat hürriyeti başlıklı 27.maddesinde “ Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.” denilmektedir.

Bu bağlamda bilim, edebiyat ve sanat eserlerinden doğan gayri maddi mallar üzerinde kurulan hakları düzenleyen hukuk dalı olarak fikri mülkiyet hukuku karşımıza çıkmaktadır.¹⁰² Fikri mülkiyet hukuku kapsamında fikri mülkiyet hakları koruma altına alınmıştır ve bu haklar kapsamında maddi nitelikte bir varlık üzerinde kullanılabilen bir gayri maddi hak söz konusu olmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının her biri insan zihninin ve dolayısıyla düşüncesinin meydana getirmiş olduğu ürünlerdir.¹⁰³ Hakkın konusu ise maddi varlık olmayan fikri ürün veya çabadır.¹⁰⁴ Bu haklar Fikri ve Sanat Eserleri üzerinde ve Sınai Mülkiyet (Marka, Patent, Faydalı Model, Coğrafi İşaretler, Entegre Topografyaları) üzerinde kurulan hakları ifade etmektedir.¹⁰⁵ Bu bağlamda Fikri mülkiyet, Fikri ve Sanat Eserleri üzerinde kurulan hakları ve sınai mülkiyet üzerinde kurulan hakları düzenlemektedir. Başka bir deyişle, fikri mülkiyet hakları üst bir kavram olarak kullanılarak günümüzde entelektüel sermaye ve üretim faktörü olarak kabul gören bilgi ekonomisi ve bu bilgiden elde edilen iktisadi faaliyetler neticesinde ortaya çıkan telif hakları ve sınai mülkiyet haklarını kapsamaktadır.¹⁰⁶ Öte yandan Fikri Haklar ve Sınai Haklar arasındaki farklılıklara karşın fikri mülkiyet kavramının üst başlık olarak belirlenmesi ve bu hakların tümünün fikri mülkiyet hakkı olarak belirtilmesinin temel nedeni; tüm bu hakların kişilerin fikri çabaları sonucunda yenilik yaratmaları neticesinde oluşması ve bunun korunmasıdır. Fikri mülkiyet koruması

¹⁰² Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.1.

¹⁰³ Bozbel, 2015, s. 4.

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, 2006, s.2.

¹⁰⁵ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.1.

¹⁰⁶ Turan, 2014, s.127.

kapsamında yer alan Fikir ve Sanat Eserleri de Sınai Mülkiyet Hakları da yenilik getirmeleri koşulu ile koruma altına alınırlar.¹⁰⁷

Fikri mülkiyet hakları kural olarak sahibine mutlak nitelikte haklar tanıyarak herkese karşı ileri sürülebilir ve sağlanan bu mutlak hak tekel niteliğinde yani inhisari¹⁰⁸ olup anti rekabetçi nitelik taşımaktadır.¹⁰⁹ Ancak mutlak olsalar da belirli süre sonunda sona ererler.¹¹⁰ Öte yandan bu haklar ülkesellik ilkesi ve tükenme ilkesine tabidir.¹¹¹ Ülkesellik ilkesi gereğince; her ülke maddi ve şekli koşulları yerine gelmesi ile koruma sağladığı fikri mülkiyet haklarını yalnızca kendi ülke sınırları içerisinde korur.¹¹² Tükenme ilkesi gereğince ise; hak sahibi fikri mülkiyet hakkı bulunan ürünleri bir kere satışa sunmasının ardından sonraki satışlara müdahale edemeyecektir.¹¹³ Bu hakların süreye, ülkesellik ilkesine ve tükenme ilkesine tabi olmaları hakların sınırlarını belirlemektedir.

Mevzuat açısından fikri mülkiyet hukuku fikir ve sanat eserleri ve sınai mülkiyet ayrımı esas alınarak düzenlenmiştir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar genel olarak telif hakları olarak isimlendirilmiş ve 5846 sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Sınai mülkiyet hakları ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹¹⁴ ile düzenlenmiştir. Entegre devre topografyaları da 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

2.2.TELİF HAKLARI

Fikri ve sanat eserleri üzerindeki haklar genel olarak telif hakları olarak isimlendirilmiş ve 5846 sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Telif hakları ile korunan insan fikrinin ifade ediliş biçimleridir.¹¹⁵ Burada yaratılan eserin sanayi,

¹⁰⁷ Kılıçoğlu, 2006, s.88.

¹⁰⁸ Tekinalp, 2012, s.7.

¹⁰⁹ Bozbel, 2015, s. 5.

¹¹⁰ Bozbel, 2015, s. 5.

¹¹¹ Tekinalp, 2012, s.8.

¹¹² Bozbel, 2015, s. 7.

¹¹³ Bozbel, 2015, s. 9.

¹¹⁴ 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş olup, 191.maddesi gereğince; bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte "24/6/1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24/6/1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 22/9/1995 tarihli ve 566 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır."

¹¹⁵ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.2.

ticaret ve endüstride kullanılması amacı söz konusu değildir.¹¹⁶ FSEK kapsamında bir fikir ve sanat ürününün eser olarak kabul edilip koruma altına alınabilmesi için; sahibinin hususiyetini taşıyan fikri bir çabanın ürünü olması, şekillenmiş olması ve bunlara ek olarak kanunda sayılan eser türlerinden birine girmesi gerekmektedir. Bu kanunun sağlamış olduğu koruma açısından en önemli husus; bu kanun kapsamında bir fikri ürüne koruma sağlanabilmesi için kanun kapsamında sayılan ve “sınırlı sayıda olma” ilkesine tabi olan eserlerden birisine girmesidir. Başka bir anlatımla kanunundaki koruma yalnızca kanunda sayılan sınırlı eserler için geçerlidir. Bu eserler FSEK’in 1/B maddesinde eser “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda kanunda sınırlı olarak sayılmış eserlerden *İlim ve edebiyat eserleri* 2.madde de, *musiki eserler* 3.maddede, *güzel sanat eserleri* 4.maddede, *sinema eserleri* 5.maddede, *işleme ve derleme eserler* ise 6.maddede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bir fikri ürünün FSEK korumasından yararlanması için bu eser türlerinden birisi niteliğinde olması ve aynı zamanda sahibinin hususiyetini taşıması, şekillenmiş olması gerekmektedir.

Bu bağlamda bu şartları sağlayan eser sahibi FSEK’in eser sahibine sağlamış olduğu, mali ve manevi haklardan yararlanacaktır. Manevi haklar kanununun 14.maddesinde “*umuma arz hakkı*”, 15.maddesinde “*adının belirtilmesi hakkı*” ve 16.maddesinde “*eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı*” olarak belirtilmiştir. Mali haklar ise 21.maddede “*işleme hakkı*”, 22.maddede “*çoğaltma hakkı*”, 23.maddede “*yayma hakkı*” 24.maddede “*temsil hakkı*”, 25.maddede de “*işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı*” olarak sıralanmıştır.¹¹⁷

2.3.SINAI MÜLKİYET HAKLARI

Sinai mülkiyet haklarını şu şekilde tanımlamak mümkündür; “*sanayi ve tasarımdaki yeniliklerin, buluşların ve özgün tasarımların ilk uygulayıcıları veya malların üzerindeki işaretlerin sahipleri adına belirli bir süre ile korunan gayri maddi haklardır*”¹¹⁸. Burada hak sahibinin amacı sanayi, ticaret ve endüstride kullanılmak üzere fikri çaba sonucunda yaratılan ürünler üzerindeki yaratıcı çabasını ortaya

¹¹⁶ Kılıçoğlu, 2006, s.13.

¹¹⁷ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.78.

¹¹⁸ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.2.

koymaktır.¹¹⁹ Bu haklar için tescil kurucu nitelik taşımaktadır. Sınai mülkiyet hakları ise 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra entegre devre topografyaları ise 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. 6769 sayılı kanunun 1.maddesinde sınai mülkiyet hakları “*Marka, coğrafi işareti, tasarım, patent ve faydalı modeli*” olarak ifade edilmiştir. Entegre devre topografyaları ayrı bir kanunda yer alması nedeniyle bu kanun kapsamına almamıştır. Marka, tasarım, coğrafi işaret, patent ve faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin başvuruları, tescil ve tescil sonrası işlemleri ve bu hakların ihlaline dair hukuki ve cezai yaptırımlar 6769 sayılı kanunda, her bir sınai hak için ayrı ayrı düzenlenmiştir. 5147 sayılı kanun ise tescilli entegre devre topoğrafyalarının korunmaları ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar.

Öte yandan diğer bir tasnifte ise; fikri mülkiyet hukukunu, fikri ürün ve onun sahibinin korunmasını düzenleyen hukuk dalı ve bir işletmenin sahibini, işletmenin mal ve hizmetlerini başka işletmelerin sahiplerinden ve mal ve hizmetlerinden ayıran ad ve işaretler ve bunların sahiplerinin haklarını düzenleyen hukuk dalı olarak ikiye ayırmaktayız.¹²⁰ Fikri ürün; aklın yani zihnin, düşüncenin ve hissedip ifade etmenin ortaya çıkardığı sonuçtur. Keza sınai mülkiyet kapsamında değerlendirdiğimiz patent, faydalı model, endüstriyel tasarımlarda fikir ve sanat eserleri gibi yaratıcı aklın ürünü olup fikri ürün olarak nitelendirilebilecektir.¹²¹ Bu tasnif açısından fikir ve sanat eserleri fikri üründür ancak teknolojik ürün olarak nitelendirilemezler. Bu bağlamda istisnai olarak bilgisayar programları ve veritabanları telif hakkı kapsamında korunurken aynı zamanda teknolojik ürün olarak nitelendirilebilecektir. Teknolojik ürünler ise endüstriyel alanda yararlanılabilecek teknik nitelik taşıyan fikri ürün olarak tanımlanabilecektir.¹²² Dolayısıyla fikir ve sanat eserlerini teknolojik ürün olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda teknolojik ürün olarak değerlendireceğimiz fikri ürünler sınai mülkiyet kapsamında koruma altına alınmış olan fikri ürünler olup¹²³ bu ürünlerin geliştirilmesi teknolojik yenilik kavramına tekabül edecektir. Bunun yanı sıra sınai mülkiyet kapsamındaki fikri ürünlerinde teknolojik ürün olarak kabul edilmesi için de bu fikri ürünün endüstriyel anlamda kullanılabilir

¹¹⁹ Kılıçoğlu, 2006, s.5.

¹²⁰ Tekinalp, 2012, s. 4.

¹²¹ Tekinalp, 2012, s. 4.

¹²² Boztosun, 2002, s.38.

¹²³ Boztosun, 2002,s. 38.

olması şarttır, yani her buluş esasen bir teknolojik ürün değildir.¹²⁴ Marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı, işletme adı ise ayırt edici nitelikte olup bir işletmenin mal ve hizmetlerinin başka bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlar, bu nedenle teknolojik ürün olarak sayılmazlar.¹²⁵

Bu kapsamda, teknolojik ürünlerin niteliklerine uygun fikri mülkiyet hakları ile korunduklarını söylemek mümkündür. Teknolojik ürünlerin korunması açısından yenilik ve işlevsellik bu fikri mülkiyet haklarının tanınması açısından önem arz etmektedir.¹²⁶ Örneğin; Patentlerde 6769 sayılı Kanunun 82.maddesinde “Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilebilir” denilmekte yenilik ve işlevsellik koşulu birlikte aranmaktadır. Faydalı Modellerde ise 142.maddeye göre; “83 üncü maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yeni olan ve 83 üncü maddenin altıncı fıkrası kapsamında sanayiye uygulanabilen buluşlar, faydalı model verilerek korunur.” denilerek hem yenilik hem işlevsellik şartı getirilmiştir. 83.maddenin 1.fıkrasında da yeni kavramı “Tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluşun yeni olduğu kabul edilir.” şeklinde açıklanmıştır. 6769 sayılı kanunda tasarım şeklinde düzenlenen endüstriyel tasarımlar için yenilik koşulu kanunun 56.maddesinde “Tasarım yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması” şeklinde belirtilmiştir. Bilgisayar Programlarının telif hakkı korumasından yararlanması için de “*Sahibinin hususiyetini taşıma*” koşulu getirilmiştir. Bilgisayar yazılımları, veritabanları, tasarımlar, yarı iletken topoğrafyaları, bitki çeşitleri ise nitelikleri gereği işlevsel olmaları nedeniyle bunları düzenleyen hükümlerde ayrıca işlevsellik koşullarına yer verilmemiştir.

Sınai mülkiyet haklarından biri olan patent çalışmamız açısından özel önem arz etmektedir. Nitekim rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun çatışan hukuk dalları olduğuna yönelik görüşlerin yerini teknolojik yeniliklerin öneminin artması neticesinde birbirlerine karşıt oldukları değil birbirlerini tamamlayıcı nitelikte¹²⁷ oldukları yönündeki görüşler almaya başlamıştır. Bu doğrultuda her iki hukuk dalının da karşılıklı etkileşim içerisinde bulunarak teknolojinin teşvikini sağlayan araçlar olduğu

¹²⁴ Boztosun, 2002,s. 39.

¹²⁵ Tekinalp, 2012, s. 4.

¹²⁶ Boztosun, 2002,s. 40.

¹²⁷ Gürzümar, 2006, s.165.

savunulmaktadır.¹²⁸ Patentlerden elde edilen karın toplumsal olarak kullanışlı olması neticesinde kendilerine tanınan koruma sayesinde yaratıcı faaliyeti güçlendirmektedir. Patentler tarafından sağlanan koruma sayesinde rekabetçi endüstriler yeni buluş üretmek için çaba gösterecek,¹²⁹ teknolojik yeniliklerde ilerleme sağlanacaktır. Bu nedenle her iki hukuk dalının beraber uygulamasına imkân veren patent kavramını kısaca açıklamaya çalışacağız.

2.3.1. Patent

Fikri mülkiyet haklarına yapılan yukarıda belirtilen iki ayrı tasnif bakımından değerlendirildiğinde patent sınai mülkiyet hakkı olup, fikri ürün ve onun sahibinin korunmasını düzenleyen hukuk dalı üst başlığının altında yer almaktadır. Kavramsal olarak değerlendirildiğinde ise “*bir buluşun veya buluşu uygulama alanında kullanma hakkının bir kimseye ait olduğunu gösteren belge*”¹³⁰ anlamına gelmektedir. Bu kavramsal anlamı patent kavramını dar anlamda nitelendirmektedir. Geniş anlamda patent; “*patent; hem buluş üzerinde hak sahibine tanınan inhisari kullanma yetkisini hem de bu yetkiyi ispatlayan belgeyi ifade edecektir*”¹³¹. Patentler buluşçuya buluşunu belirli bir zaman dilimi için münhasıran kullanma yetkisi verir.¹³²

Bu bağlamda patent buluş sahiplerini korumak amacı ile tanınmış olan bir hak olup¹³³ patentten doğan hak, buluş sahibinin patent belgesi alması neticesinde ortaya çıkan haktır.¹³⁴ Keza patent hakkı tescil ilkesine tabi olup marka ve patent ofislerine tescil ettirilmesi neticesinde doğar.¹³⁵ Sullivan¹³⁶ patenti; hak sahibi ve devlet arasındaki bir anlaşma veya uzlaşma olarak tanımlamıştır. Anlaşmaya göre; devlet tarafından belirli bir zaman için hak sahibine tekel hakkı sağlanması karşılığında hak sahibi de buluşun tekrar edilebilmesi ve kullanılabilmesi için gerekli ve yeterli teknik tanımlamayı içeren kamu bilgilendirmesini yapmayı taahhüt etmektedir.¹³⁷ Öztan’da¹³⁸ “*..patentin ferdin*

¹²⁸ Boztosun, 2002, s.76.

¹²⁹ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s.66.

¹³⁰ Türkçe Sözlük, 1988, s.1168 .

¹³¹ Bozbel, 2015, s. 680.

¹³² Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s. 66.

¹³³ Kılıçoğlu, 2006, s. 5.

¹³⁴ Saraç, 2003, s.1.

¹³⁵ Bozbel, 2015, s. 8.

¹³⁶ Sullivan, 2006, s. 16.

¹³⁷ Sullivan, 2006, s. 16.

¹³⁸ Öztan, 2008, s.14.

fikir dünyasında yarattığı şahsi bir değerın korunmasına değil, devletın bahşettiğı bir değerın korunmasına yarar. Patent hukukunda himaye çalışmanın tamamlanmasıyla kendiliğinden doğmayıp, bir kamu tasarrufuyla, idari işlemle doğmaktadır.” diyerek patent hakkı kapsamında devletın rolünü vurgulamıştır. Buluş sahibinin de tekniğın ilerlemesine ve zenginleşmesine yarayan bir sonuca ulaştığı ve bu sonucu topluma ilk açıklayan kendisi olduğu için de böyle bir himayenin kendisine tanınmasının yerinde olduğunu ve toplumun kendisini patent koruması ile mükâfatlandırmasını hak ettiğini belirtmiştir.¹³⁹

Hirş¹⁴⁰ Devletın İhtirata Beraatı Kanunu¹⁴¹ çerçevesinde, hak sahibine münhasıran faydalanma imtiyazı bağışlandığını ifade etmektedir. Bu doğrultuda ihtira ve icatları açıkça kamuya arzeden ve bu şekilde kamunun fikir ve kültür servetini zenginleştiren kişilere icada konu olan usul, netice ya da maddeleri belirli süre içinde münhasıran imal ve üretim ederek uygulamak ve ticari olarak kullanmak yetkisini verilmektedir.¹⁴²

Öte yandan patent, buluş üzerindeki hakların ispat aracı olarak hukuk düzeninde yer almış olsa da, belge işlevi görmekten öte buluş sahibinin buluşu üzerindeki maddi ve manevi haklarını ifade etmektedir.¹⁴³

Şehirali¹⁴⁴ genel bir ifadeyle patent hakkı olarak isimlendirilen hakkın farklı aşamalarda farklı anlamlar ifade eden haklar bütünü olduğunu söylemektedir. Buluş oluşumundan itibaren geçen aşamaları üç aşamada sınıflandırmıştır. İlk aşamanın, buluşçunun buluşu gerçekleştirdiği ancak patent başvurusunda henüz bulunmadığı ve patent başvurusu yapmaya yönelik beklemece (beklenen) hakkı olduğu dönemdir. Buradaki beklemece (beklenen) hak patent verilmesi ile inhirasi yetki veren bir sübjektif bir kamu hakkına¹⁴⁵ dönüşecektir. Sonraki aşama patent başvurusunda bulunduğu ancak henüz patent almadığı dönemdir. En son aşama ise buluşa patent verilerek tescili ile beraber patentten doğan hakların gündeme geldiği dönemdir.¹⁴⁶

¹³⁹ Öztan, 2008, s.14.

¹⁴⁰ Hirş, 1948, s.3.

¹⁴¹ 13 Mart 1879 yılında yürürlüğe girmiş olan İhtira Beraatı Kanunu 1995 tarihli 551 sayılı PatKHK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁴² Hirş, 1948, s. 3.

¹⁴³ Topçu, 2007, s.139.

¹⁴⁴ Şehirali,1998, s.54.

¹⁴⁵ Hirş, Fikri ve Sınai Haklar, s. 96.

¹⁴⁶ Şehirali,1998, s.53.

İlk aşama da buluş sahibi ile buluş arasındaki ilişki “genel anlamda buluşçu hakkı” olup buluş gerçekleştiğinde başka koşula gerek kalmaksızın elde edilir.¹⁴⁷ Ancak bu aşamada, buluş sahibinin hakkı Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacaktır. Bu dönem patent başvurusunda bulunmadan önceki dönemi ifade etmektedir. Patent henüz verilmemiş olduğu bu dönemde buluş sahibinin buluşu için patent verilmesini isteme yetkisini içeren hakkına “patente yönelik hak”¹⁴⁸ denir. Bu kapsamda buluşçunun patent başvurusu yapmaya yönelik beklenen hakkı (SMK m. 109 Patent isteme hakkı), patent belgesi ve diğer ilanlarda buluşçu olarak isminin belirtilmesini isteme hakkı(SMK m.90/6), haksız olarak patent başvurusunda bulunmuş kişiye karşı dava açma hakkı (SMK m. 111) bulunmaktadır.¹⁴⁹

Patent başvurusunun ardından patent yasaları kapsamında patent verilmesinden sonra tanınan haklar bütünü ise “dar anlamda buluşçu hakkı ” olarak ifade edilmektedir. Patent verilmesinin ardından buluş sahibinin “patentten doğan hak” ve “patent üzerindeki hak” olmak üzere iki ayrı hakkı olduğunu belirten Şehirli patentten doğan hakkın patent verildikten sonra patent sahibi tarafından elde edilen yetkiyi ifade edeceğini, patent üzerindeki hakkın ise patent verilmesinden sonra buluş sahibinin kazanmış olduğu hukuki durum olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁰

Patentten doğan hak ile birlikte hak sahibi buluştan inhisari olarak yararlanabileceği bir mutlak hak etmiş olur ve bu sayede patent sahibi buluştan dilediği gibi yararlanma ve üçüncü kişilerin haksız yararlanmalarını engelleme yetkilerine haiz olur.¹⁵¹

2.3.1.1. Patent İsteme Hakkı

Patent verilmeden önce buluş sahibinin buluşu için patent verilmesini isteme yetkisini içeren patente yönelik hak adı verilen hakkı kullanma yetkisi; buluş konusuna patent almak için ilgili mercilere müracaat etme yetkisidir. Bu hak buluşçuya patent izni verilmesini isteme yetkisi vermesi nedeniyle buluşçu hakkının bir parçasını oluşturmaktadır.¹⁵²

¹⁴⁷ Şehirli,1998, s.54.

¹⁴⁸ Şehirli,1998, s.55.

¹⁴⁹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 213.

¹⁵⁰ Şehirli,1998, S.55.

¹⁵¹ Saraç, 2003, s.1.

¹⁵² Saraç, 2001, s. 519.

Patent Hukukunda patent isteme hakkının sahibini belirlemede gerçek buluşçu ilkesi ve başvuru ilkesi olmak üzere iki temel ilkeden hareket edilmektedir. Gerçek buluşçu ilkesine göre; buluş ve patente yönelik hak sahipliği gerçek buluşçuya veya onun halefine tanınır. Patent üzerindeki hakta buluşun yapılması ile birlikte buluşçu lehine kendiliğinden hiçbir işleme gerek olmaksızın ipso iure olarak doğar.¹⁵³ Başvuru ilkesine göre ise patent kimin başvuru yaptığına bakılmaksızın ilk başvurana verilecektir. Bu sistemde başvuru sahibinin maddi açıdan hak sahibi olup olmadığına bakılmayacaktır. EPC’de benimsenen gerçek buluşçu ilkesidir.¹⁵⁴ Türk Hukukunda ise SMK’nın 109.maddesinde¹⁵⁵ *“Patent isteme hakkı, buluşu yapana veya onun haleflerine ait olup bu hakkın başkalarına devri mümkündür.”* denilmektedir. Saraç maddenin gerçek buluşçu ilkesine işaret etmekte olduğunu belirtmektedir. Tekinalp’te gerçek buluşçu ilkesinin kabul edildiğini belirtmektedir.¹⁵⁶ Öte yandan SMK’nın 109.maddesinin 4.fıkrasında *“Patent almak için ilk başvuran kişi, aksi ispat edilinceye kadar, patent isteme hakkının sahibidir.”*¹⁵⁷ denilmesi nedeniyle Şehirli¹⁵⁸ patent isteme hakkının ancak gerçek buluşçu tarafından kullanılabilir bir hak olmadığını yani gerçek buluşçu ilkesinin değil, başvuru ilkesinin geçerli olduğunu savunmaktadır.

2.3.1.1.1. Ortak Buluşlarda Hak Sahibi

Buluş birden fazla kişi tarafından da gerçekleştirilebilir, buluş bir ekip çalışmasının sonucunda meydana gelmiş ise bu durumda ortak buluş söz konusu olacaktır.¹⁵⁹ Bu halde SMK’nın 109.maddesinin 2.fıkrası gereğince; *“Buluş birden çok kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmişse patent isteme hakkı, taraflar başka türlü kararlaştırmamışsa bunların tamamına aittir.”* Bu halde SMK’nın 112.maddesi gereğince *“(1) Patent başvurusu veya patent birden çok kişiye aitse hak üzerindeki ortaklık taraflar arasındaki anlaşmaya göre, böyle bir anlaşma yoksa 4721 sayılı Kanundaki paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre belirlenir. Her hak sahibi diğerlerinden bağımsız olarak aşağıdaki işlemleri kendi adına yapabilir: a) Kendisine düşen pay üzerinde serbestçe tasarrufta bulunur. b) Diğer hak sahiplerine bildirimde bulunduktan sonra*

¹⁵³ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.215.

¹⁵⁴ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.215.

¹⁵⁵ PatKHK’nın 11.maddesinin 1.fıkrası ile SMK’nın 109.maddesinin 1.fıkrası benzer şekilde düzenlenmiştir.

¹⁵⁶ Tekinalp, 2012, s.556.

¹⁵⁷ PatKHK’nın 11.maddesinin 4.fıkrası ile SMK’nın 109.maddesinin 4.fıkrası aynı şekilde düzenlenmiştir.

¹⁵⁸ Şehirli, 1998, S.64.

¹⁵⁹ Ortan, 1987, s. 92.

buluşu kullanabilir. c) Patent başvurusu veya patentin korunması için gerekli önlemleri alabilir. ç) Birlikte yapılan patent başvurusu veya alınan patentin sağladığı hakların herhangi bir şekilde tecavüze uğraması hâlinde üçüncü kişilere karşı hukuk davası açabilir. Diğer hak sahiplerinin davaya katılabilmeleri için, durum, davayı açan tarafından davanın açıldığı tarihten itibaren bir ay içinde kendilerine bildirilir.(2) Buluşun kullanılması amacıyla üçüncü kişilere lisans verilmesi için hak sahiplerinin oybirliği şarttır. Ancak lisans verme konusunda oybirliği sağlanamaması hâlinde mahkeme, mevcut şartları göz önünde tutarak hakkaniyet gereğince bu yetkiyi hak sahiplerinden birine veya birkaçına verebilir. (3) Üzerinde birden çok kişinin hak sahipliği söz konusu olsa dahi patent başvurusu veya patentin devri ya da üzerlerinde hak tesisi için bölünebilmeleri mümkün değildir.”

2.3.1.1.2. Çifte Buluşlarda Hak Sahibi

Bir problemin birbirinden bağımsız ve habersiz olarak birden fazla kimse tarafından çözümlenmesi durumunda çifte buluştan söz edilecektir.¹⁶⁰ Böyle bir durumda SMK'nın 109.maddesinin 3.fikrasına göre “Aynı buluş, birbirinden bağımsız olarak birden çok kişi tarafından gerçekleştirilmişse patent isteme hakkı, önceki tarihli başvurunun yayımlanmış olması şartıyla daha önce başvuru yapana aittir.”

2.3.1.1.3. Çalışan Buluşları

Çalışan buluşlarında patent isteme hakkının kime ait olduğu SMK'da buluşun niteliği göz önüne alınarak belirlenmiştir. Ancak çalışan buluşlarında patent isteme hakkı sahibini belirlemede öncelikli olarak çalışan ve işveren arasındaki sözleşmeye bakılması gerekmektedir. Keza taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme üzerinde istedikleri gibi düzenleme yapma hakkına sahiptirler ancak işçiler ile ilgili hükümlerin emredici nitelik taşıyor olması nedeniyle SMK ile çalışan bağışlanan hakların çalışan aleyhinde değiştirilmesi mümkün olmadığı gibi sözleşme hükümlerinin hakkaniyetle bağdaşmaması halinde dahi sözleşme geçersiz sayılacaktır.¹⁶¹ Keza SMK'nın “*çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerin emredici niteliği ve hakkaniyete uygunluk şartı*” başlıklı 117.maddesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; “ (1) İşverenler tarafından, bu Kitabın çalışan buluşlarına ilişkin hükümlerine aykırı olacak şekilde çalışanların aleyhine düzenleme ve uygulama yapılamaz. Tarafların çalışan buluşlarına ilişkin

¹⁶⁰ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.216.

¹⁶¹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.217.

sözleşme yapma serbestliği, hizmet buluşlarında patent verilmesi için yapılacak başvurudan; serbest buluşlarda ise çalışanın işverene yapacağı bildirim yükümlülüğünden sonra başlar. (2) Hizmet buluşları ile serbest buluşlar konusunda işveren ile çalışan arasında yapılan sözleşmeler, çalışan buluşlarıyla ilgili emredici hükümlere aykırı olmasa dahi, önemli ölçüde hakkaniyetle bağdaşmıyorsa geçersiz sayılır. Aynı kural belirlenen bedel için de geçerlidir.”

Çalışan buluşlarında patent isteme hakkının kime ait olduğu SMK'da Hizmet Buluşları, Serbest Buluşlar için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

2.3.1.1.3.1. Hizmet Buluşları

Hizmet buluşları SMK'nın 113.maddesinde “*Çalışanın*¹⁶², bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği ya da büyük ölçüde işletme veya kamu idaresinin deneyim ve çalışmalarına dayanarak, iş ilişkisi sırasında yaptığı buluş” şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda hizmet buluşundan söz edebilmek için; buluşun “(i)*çalışanın yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirilmesi veya çalıştığı yerin deneyim ve çalışmalarına dayanarak* (ii) *iş ilişkisi sırasında*” yapılmış olması gerekir. Burada buluşun sahibi onu meydana getiren gerçek kişidir ancak kanun işverene buluş üzerinde kısmen veya tamamen devralma hakkı tanımaktadır. Tekinalp bu durumu şu şekilde ifade etmektedir; “*Hizmet buluşu gerçek hak sahipliği ilkesi gereğince önce işçinin kişiliğinde ve malvarlığında doğar ancak işverenin buluşu tamamen veya kısmen devralmak hakkı vardır*”¹⁶³. Bu doğrultuda SMK'nın 114.maddesi gereğince çalışanlar buluşu meydana getirdiklerinde bu buluşunu işverene yazılı olarak ve geciktirmeksizin bildirmekle yükümlüdür.¹⁶⁴ Bildirim üzerine işveren hizmet buluşu ile ilgili olarak tam veya kısmi hak talep edebilir. İşverenin hizmet buluşuna ilişkin tam hak talebinde bulunması hâlinde bununla ilgili bildirimün çalışana ulaşması ile buluş üzerindeki tüm haklar işverene geçmiş olur. Keza 115.maddenin 6.fikrasına göre; “*İşveren hizmet buluşu üzerinde tam hak talep ederse, çalışan makul bir bedelin kendisine ödenmesini işverenden isteyebilir. İşveren hizmet buluşu üzerinde kısmi hak talep ederse, işverenin buluşu kullanması hâlinde, çalışanın makul bir bedelin kendisine ödenmesini isteme hakkı doğar.*” Aynı maddenin 9.

¹⁶² PatKHK'da maddede işçi sözcüğü kullanılmakta iken, SMK'da işçi kelimesi ile çalışan olarak değiştirilmiştir.

¹⁶³ Tekinalp, 2012, s.561.

¹⁶⁴ Erdil, 2016, s.197.

Fıkrasına göre ise; “İşverenin hizmet buluşuna ilişkin kısmi veya tam hak talebinde bulunmasını takiben bedel ve ödeme şekli, işveren ile çalışan arasında imzalanan sözleşme veya benzeri bir hukuk ilişkisi hükümlerince belirlenir”.¹⁶⁵ İşverenin tam hak talebinde bulunması halinde; “patent başvurusu yapmak, patentin ekonomik olarak değerlendirilmesi, manevi haklar hariç ihlallere karşı hukuk ve ceza davaları açma hakkını” elde eder.¹⁶⁶ Bunlara ek olarak yine 115.madde gereğince; “İşverenin hizmet buluşuna ilişkin kısmi hak talep etmesi hâlinde, hizmet buluşu serbest buluş niteliği kazanır. Ancak bu durumda işveren, kısmi hakka dayanarak buluşu kullanabilir. Bu kullanma, çalışanın buluşunu değerlendirmesini önemli ölçüde güçleştiriyorsa çalışan, buluşa ilişkin hakkın tamamen devralınmasını veya kısmi hakka dayanan kullanım hakkından vazgeçilmesini işverenden isteyebilir. İşveren, çalışanın bu isteğine ilişkin bildirimine tebellüğ tarihinden itibaren iki ay içinde cevap vermezse, işverenin kısmi hakka dayanarak buluşu kullanma hakkı sona erer.”¹⁶⁷

2.3.1.1.3.2. Serbest Buluşlar

SMK m.113/2 gereğince “Birinci fıkrada belirtilen hizmet buluşunun dışında kalan buluş, serbest buluş olarak kabul edilir.” Buna göre; hizmet buluşu tanımına uymayan tüm buluşlar serbest buluş sayılacaktır.¹⁶⁸ İşveren hizmet buluşunu yazılı olarak serbest bırakmış ise¹⁶⁹, işveren buluşa yönelik kısmi bir hak talebinde bulunmuş ise veya işveren öngörülen süre içerisinde¹⁷⁰ bildirimde cevap vermemiş ise bu buluşlarda serbest buluş niteliği taşıyacaktır. Serbest buluş niteliği kazanmış buluşlar üzerinde patent isteme hakkının sahibi işçinin kendisi olacaktır. SMK m.115 gereğince; “Çalışan, serbest buluş niteliği kazanmış hizmet buluşu konusunda 119 uncu madde hükümlerine tabi olmaksızın dilediği şekilde tasarrufta bulunabilir.” 119.maddede ise “Çalışan, iş sözleşmesi ilişkisi içindeyken serbest bir buluş yaptığı takdirde, durumu geciktirmeden işverene bildirmekle yükümlüdür. Bildirimde, buluş ve gerekiyorsa buluşun gerçekleştirilme şekli hakkında bilgi vermek suretiyle, buluşun gerçek bir serbest buluş sayılıp sayılmayacağı konusunda işverenin bir kanaate varabilmesi

¹⁶⁵ SMK m.115.

¹⁶⁶ Erdil, 2016, s.197.

¹⁶⁷ SMK m.115/3.

¹⁶⁸ Tekinalp, 2012, s. 565.

¹⁶⁹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.220.

¹⁷⁰ Noyan, 2015, s. 234.

¹⁷¹ Burada öngörülen süre SMK 115/1 gereğince çalışanın bildiriminin işverene ulaştığı tarihten itibaren dört aydır. Bu dört ay içinde işveren tam veya kısmi hak talebini yazılı olarak çalışana bildirmek zorundadır.

sağlanır.” Burada bildirim zorunluluğu öngörülmesinin temel nedeni; işverene buluşun serbest buluş mu yoksa hizmet buluşu mu olduğunu inceleme imkânı tanımaktır. Buluşun hizmet buluşu olması halinde işverene itiraz imkânı tanımak ve ayrıca serbest buluşun işverenin iş alanına girdiği veya işletmenin söz konusu buluşun olduğu alanda çalışmak için ciddi hazırlık içinde bulunduğu hallerde işverenin o buluştan yararlanmasını sağlamaktır.¹⁷² Bu doğrultuda SMK m. 119/1’de “*Bildirimde, buluş ve gerekiyorsa buluşun gerçekleştirilme şekli hakkında bilgi vermek suretiyle, buluşun gerçek bir serbest buluş sayılıp sayılmayacağı konusunda işverenin bir kanaate varabilmesi sağlanır.*” denilmektedir. Burada maksat işçinin serbest buluşunu başka şekilde değerlendirmeye başlamasından önce işverene buluşu kullanma hakkı tanımaktır. Bu nedenle işçi işverene tam hak tanımaksızın ancak uygun şartlar altında yararlanmasına imkân tanıyan bir teklif yapmakla yükümlü olacaktır.¹⁷³ SMK m.119/4’ göre; “*İşveren, teklifin kendisine ulaştığı tarihten itibaren üç ay içinde cevap vermezse, bu konudaki öncelik hakkını kaybeder.*”

2.3.1.2. Patent Verilebilirlik Şartları ve Buluş

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere mevzuatta, Patent 6769 sayılı kanununun 82.maddesi v.d. hükümleri ile düzenlenmiştir. Kanunda patent tanımı yapılmamış ancak patent verilebilirlik şartları 82.maddede şu şekilde belirtilmiştir; “*Teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir.*” Mülga olan 551 sayılı KHK’nın 5.maddesinde “*Yeni tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar, patent verilerek korunur*” denilmektedir. 551 sayılı KHK’nın 5.maddesine göre bir buluşa patent verilebilmesi için; (i) yeni olması, (ii) tekniği bilinen durumun aşılması, (iii) sanayiye uygulanabilir olması şarttır.¹⁷⁴ Yeni kanunda ise bu şartlar; buluşun (i)yeni olması, (ii)buluş basamağı içermesi, (iii)sanayiye uygun olması (iv) teknolojinin herhangi bir alanında olması yani teknik karakter taşımasıdır. Lafzi olarak bakıldığında tekniği bilinen durumun aşılması şartı buluş basamağı içermesi şeklinde değiştirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan KHK hükmünde teknik karakter taşıma şartı patent verilebilirlik şartları arasında yer almamış olsa da öğretisi de KHK’da açıkça söylenmese

¹⁷² Tekinalp, 2012, s. 566.

¹⁷³ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.221.

¹⁷⁴ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.205.

de teknik karakter taşıması şartının patent verilebilirlik şartları arasında yer aldığı belirtilmektedir.¹⁷⁵

Bu iki madde karşılaştırıldığında esasen büyük farklılık olmamakla beraber Avrupa Patent Sözleşmesi¹⁷⁶ 177 m.52’de “Avrupa patentleri; yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması koşuluyla, teknolojinin tüm alanlarında, herhangi bir buluş için verilir.”¹⁷⁸ denilmektedir.¹⁷⁹ TRIPS 27.maddesinde ise; “...patentler, yeni olmaları, yaratıcı bir adım, bir buluş basamağı içermeleri ve sanayide uygulanabilmeleri koşuluyla, teknolojinin her alanında, ürünlerle veya usullerle ilgili her türlü buluş için verilebilecektir.” denilmektedir.

Yeni düzenleme olan 6769 sayılı kanunun 82.maddesinin lafzi olarak Avrupa Patent Anlaşmasının 52.maddesi ile ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasının 27.maddesi ile daha uyumlu olduğu görülmektedir. Buluşların teknoloji alanında olması halinde yani teknik karakter taşıması¹⁸⁰ halinde patent korumasından yararlanacağı PatKHK’da yer almaz iken yeni düzenlemede uluslararası düzenlemelere uygun olarak açıkça yer almıştır.

2.3.1.2.1. Buluş ve Patent

“Buluş” kelimesi “İlk defa yeni bir şey yaratma, icat” veya “Bilinen bilgilerden yararlanarak daha önce bilinmeyen yeni bir bulguya ulaşma veya yöntem geliştirme, icat”¹⁸¹ anlamı taşımaktadır. Ancak bazı tanımlamalarda patent kavramına karşı gelecek şekilde kullanılıyor olsa da¹⁸² buluş başlı başına patent alma koşulu sağlamadığından aynı anlama gelecek şekilde kullanmak mümkün değildir. Tekinalp buluşu “bir sorunu

¹⁷⁵ Bozbel, 2015, s. 693.

¹⁷⁶[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/1B8F3A8943AC2EF3C12581E800591D5A/\\$File/EPC_16th_edition_2016_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/1B8F3A8943AC2EF3C12581E800591D5A/$File/EPC_16th_edition_2016_en.pdf), Ulaşma tarihi 06.01.2017

¹⁷⁷ İlk olarak 5 Ekim 1973 tarihinde akdedilmiş olup, Türkiye Sözleşmeye 1 Kasım 2000 tarihinde katılmıştır. Sözleşme en son Haziran 2016’da değiştirilmiş olup, değiştirilmiş hali 1.7.2016’da yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁸ “European patents shall be granted for any inventions, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application.”

¹⁷⁹ 5 Ekim 1973 tarihinde akdedilmiş olan Avrupa Patent Sözleşmesinin 52.maddesi hükmü “European patents shall be granted for any inventions which are susceptible of industrial application, which are new and which involve an inventive step.” Şeklinde iken 2000 yılında yapılan değişiklik ile maddeye “in all fields of technology” ibaresi eklenerek patentlenebilir buluşların teknik karakter taşıması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak her ne kadar sözleşmenin 1973 yılında yapılmış olan halinde teknik karakter şartı yazılmamış olsa da verilen kararlarda bu karakter aranmıştır.

¹⁸⁰ Yusufoglu, 2014, s.140.

¹⁸¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a5125a0e9aad1.55758064, Erişim Tarihi: 6.1.2017.

¹⁸² Topçu, 2007, s.18.

*çözen bir kural, bir formül, bir teori yani genel anlamda bir öğreti*¹⁸³ şeklinde tanımlamıştır. Ayiter¹⁸⁴ buluşu *“teknik ilerleme meydana getiren ve netice halinde somutlaşmış fikir”* olarak tanımlamaktadır.

Kanunda da “buluş” kelimesine ait bir tanım bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise teknolojinin sürekli gelişiyor olması neticesinde yapılan tanımın günün ihtiyaçlarını karşılayamayacak duruma gelmesi endişesidir.¹⁸⁵ Ortan’da¹⁸⁶ buluş kavramının tanımının yapılmamasının buluş kavramına elastiki bir yapı kazandırdığını ve bu şekilde buluşun her türlü yeni bilgi ve teknik gelişmeyi kucaklayabileceğini belirtmiştir.

Patent ve buluş kelimelerinin aynı anlama gelmediği biliniyor olsa da buluşun patent verilebilirlik şartlarından birisi mi yoksa patentin konusu mu olduğu konusunda öğreti de görüş birliği yoktur. Yusufoglu, Almanya ve İngiltere verilen kararlarda buluş şartının patent verilebilirlik şartları arasında yer aldığını belirtmektedir.¹⁸⁷ Saraç ise buluşun patentin konusunu teşkil ettiğini belirtmektedir.¹⁸⁸ Aynı şekilde Tekinalp’de buluşun patentin konusu olduğunu belirtmektedir.¹⁸⁹ Ortan’da aynı şekilde patent hukukunun konusunun buluş olduğunu belirtmiştir.¹⁹⁰

Öte yandan buluş patentin konusunu teşkil ediyor olsa da buluş patente konu olmadan öncede bir varlığa haiz olması nedeniyle mutlak bir haktır.¹⁹¹ Keza buluşunun buluşu gerçekleştirdiği ancak patent başvurusunda henüz bulunmadığı ve patent başvurusu yapmaya yönelik beklemece (beklenen) hakkı olduğu dönemde buluş sahibi ile buluş arasındaki ilişki “genel anlamda buluşçu hakkı”dır ve bu aşamada buluş sahibinin hakkı Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacaktır.¹⁹²

SMK kapsamında korunan buluşlar, ürün buluşları ve usul buluşları olarak ikiye ayrılmaktadır. Ürün; belirli bir faaliyet ve işlemler sonucunda meydana gelen mal ve hizmettir. Ürün patentleri ise; *“bir ürün veya bazen yan ürünler de oluşturan veya ürün*

¹⁸³ Tekinalp, 2012, s. 530.

¹⁸⁴ Ayiter, 1968, s.31.

¹⁸⁵ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.204.

¹⁸⁶ Ortan, 1987, s.42.

¹⁸⁷ Yusufoglu, 2014, s.35.

¹⁸⁸ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.204.

¹⁸⁹ Tekinalp, 2012, s. 529.

¹⁹⁰ Ortan, 1987, s.41.

¹⁹¹ Yusufoglu, 2014, s. 23.

¹⁹² Şehirali,1998, s.54.

*niteliği taşımayan sonuçlar meydana getiren teknik ve sıralı olguların düzeni ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren çözümdür.”*¹⁹³ Usul kelimesi ise bilimde belli bir sonuca erişmek için, belli ilke ve kurallara göre izlenen yol, metot ¹⁹⁴ anlamına gelmektedir. Usul buluşu ise; *“bir ürün veya bazen yan ürünlerde oluşturan veya ürün niteliği taşımayan sonuçlar meydana getiren teknik ve sıralı olguların düzenini ve bu düzende kullanılan maddeleri belirleyip içeren çözüm”* olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁵

6769 Sayılı SMK'nın 82.maddesinin 2.fıkrasında buluş niteliği taşımadığı için patentlenemeyecek konu ve faaliyetler belirtilmiştir. Buna göre; *“(i) keşifler, bilimsel teoriler ve matematiksel yöntemler,(ii) zihni faaliyetler, iş faaliyetleri veya oyunlara ilişkin plan, kural ve yöntemler, (iii) bilgisayar programları,(iv) estetik niteliği bulunan mahsuller, edebiyat ve sanat eserleri ile bilim eserleri, bilginin sunumu”* patentlenemeyecektir. Aynı maddenin 3.fıkrasında ise buluş niteliğine haiz olmasına rağmen patent verilmeyecek olan buluşlar belirtilmiştir. Bu maddeye göre; patentlenemeyecek olan buluşlar *“(i) kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olan buluşlar,(ii) mikrobiyolojik işlemler veya bu işlemler sonucu elde edilen ürünler hariç olmak üzere, bitki çeşitleri veya hayvan ırkları ile bitki veya hayvan üretimine yönelik esas olarak biyolojik işlemler, (iii)insan veya hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dâhil tüm tedavi yöntemleri, (iv) oluşumunun ve gelişiminin çeşitli aşamalarında insan bedeni ve bir gen dizisi veya kısmi gen dizisi de dâhil olmak üzere insan bedeninin öğelerinden birinin sadece keşfi, (v) insan klonlama işlemleri, insan eşey hattının genetik kimliğini değiştirme işlemleri, insan embriyosunun sınav ya da ticari amaçlarla kullanılması, insan ya da hayvanlara önemli bir tıbbi fayda sağlamaksızın hayvanlara acı çektirebilecek genetik kimlik değiştirme işlemleri ve bu işlemler sonucu elde edilen hayvanlar”*dır.

2.3.1.2.2. Patent Verilebilirlik Şartları

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere Patent Hukuku kapsamındaki korumadan yararlanması için buluşların belirli özelliklere haiz olması gerekmektedir. Yusufoglu;¹⁹⁶ patent verilebilirlik şartlarını esasen hukuki olmayan buluş kavramını, hukuken

¹⁹³ Noyan, 2015, s.217.

¹⁹⁴http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a6ca04fe69aa2.5859988, erişim tarihi :27.01.2018.

¹⁹⁵ Noyan, 2015, s.218.

¹⁹⁶ Yusufoglu, 2014, s. 38.

korunabilir bir hale getirmek için aranan şartlar olarak tanımlamakta, bu şartların birbirinden bağımsız, ayrı ayrı tanımlanmış ve ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken şartlar olsa da bir arada bulunmaları gerektiğini belirtmektedir. SMK'nın 82.maddesine göre patent verilebilirlik şartları buluşun (i) teknolojinin herhangi bir alanında olması yani teknik karakter taşıması (ii)yeni olması, (iii)buluş basamağı içermesi, (iv)sanayiye uygun olmasıdır.

2.3.1.2.2.1. Teknik Karakter Taşıma Şartı

Teknik kavramının; uygulama sanatlarının veya sınai ürünlerin üretimine hizmet eden araçların tümüdür. Teknik karakter kavramının konusu ise; belli bir kimyasal veya fiziki etkinin üretilmesi için doğal kuvvetlerin ve maddelerin birleştirilmesidir.¹⁹⁷

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere teknik karakter taşıma şartı 551 sayılı KHK'nın patent verilebilirlik şartları arasında yer almamıştır. Bunun gibi 2000 yılında yapılan değişikliğe kadar Avrupa Patent Sözleşmesinde de yer almamıştır. Ancak patent başvuruları değerlendirilirken teknik karakter taşıması şartı göz önüne alınmıştır.¹⁹⁸ SMK'nın 82.maddesi ile teknik karakter taşıma şartı "teknolojinin her alanındaki buluşlar" ifadesi ile yer almıştır.

Öte yandan Avrupa Patent Sözleşmesinde yapılan bu değişiklikten sonra dahi bazı kaynaklarda teknolojinin herhangi bir alanında olması patent verilebilirlik şartları arasında belirtilmemiştir. Keza buluşların tabiatı gereği zaten teknolojinin bir alanında ortaya çıktığı yani yapısı gereği teknik karakter taşıdığı kabul edilmektedir. Bu nedenle teknik karakter taşıma şartı patent verilebilirlik şartları arasında ayrıca belirtilmemiştir. EPC kapsamında; patentin doğası gereği patentlenebilir olması için teknik karakter taşıması gerektiği kabul etmektedir.¹⁹⁹ Aynı şekilde Öztürk'te, buluşun konusu teknik nitelikte olması gerektiği şeklinde açıkça kanunda belirtmesi gerekmediğini zaten buluşun konusunun teknik nitelik taşıması gerektiğini belirtmektedir.²⁰⁰ T ekinalp de; patentin konusu oluşturan buluşların teknik alana giren buluşlar olduklarını belirtmiş, teknik alana dâhil olması gerekliliğinin patent verilebilmesinin ön şartı olduğunu

¹⁹⁷ Bozbel, 2015, s. 693.

¹⁹⁸ Yusufoglu, 2014, s. 141.

¹⁹⁹ Pila ve Torremans, 2016, s.171.

²⁰⁰ Öztürk, 2008, s.65.

belirterek teknik karakter şartını patent verilebilirlik şartları arasında değerlendirmemiştir.²⁰¹

Öte yandan Yusufoglu ise teknik karakter şartının patent verilebilirlik şartları incelenirken ayrı bir şart olarak hatta buluşun teknik nitelik taşıması şartının ilk inceleme olarak yapılması gerektiği daha sonrasında yenilik ve buluş basamağı incelemesi yapılması yönünde görüş bildirmiştir.²⁰²

2.2.1.2.2.2. Yenilik

Yenilik kavramı SMK'nın 83.maddesinin 1.fıkrasında "*Tekniğin bilinen durumuna dâhil olmayan*" şeklinde tanımlanmıştır. Bir buluşun yeni olup olmadığına karar verilebilmesi için, buluşun koruma kapsamı ve tekniği bilinen durumunun belirlenmesi gerekmektedir. Daha sonrasında da buluşun tekniğin bilinen durumu ile karşılaştırılarak buluş konusu çalışmanın tekniğin bilinen durumundan farklı olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Yenilik tespiti için yapılan çalışma ise üç adımdan oluşmaktadır. Buna göre; öncelikle istem incelemesi neticesinde; buluşun koruma kapsamı belirlenmeli, sonrasında başvuru tarihi itibarıyla tekniğin bilinen durumu tespit edilmeli ve ardından buluş ile tekniği bilinen durum karşılaştırması yapılmalıdır.²⁰³ SMK'nın 83.maddesinin 2.fıkrasında ise Tekniğin bilinen durum "*başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Patent Hukuku anlamında yenilik buluş anına kadar dünyada bilinmeyen, bilineni ileri basamak anlamında aşan demektir.²⁰⁴ Ancak patent hukuku anlamında yenilik belirlenirken üzerinde durulması gereken ayırım; mutlak yenilik-nisbi yenilik ayırımıdır.²⁰⁵ Mutlak yenilik, başvuru tarihinden önce buluşun dünyanın herhangi bir yerinde kamuya açıklanmamış olmasını ifade ederken nisbi yenilik, tescil başvurusu yapılan bir buluşun başka ülkelerde biliniyor olmasına rağmen başvuru yapılan ülkede

²⁰¹ Tekinalp, 2012, s. 530.

²⁰² Yusufoglu, 2014, s. 147.

²⁰³ Yusufoglu, 2014, s. 240.

²⁰⁴ Tekinalp, 2012, s. 538.

²⁰⁵ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.204.

ilk kez ortaya çıkıyor olmasını ifade etmektedir.²⁰⁶ SMK m.83/2 bağlamında Türk Hukukunda ise mutlak yenilik ilkesi benimsenmiştir. ²⁰⁷ Kamuya açıklama yine bu madde kapsamında “(i) yazılı tanıtım (ii) sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş (iii) kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir” olmaktadır. Bu bağlamda bakıldığında bir buluş başvuru tarihinden önce imal edilir, kullanılır ya da satışa çıkartılmış olursa yenilik vasfını kaybetmiş olacaktır.²⁰⁸

Yazılı tanıtım; verilerin yazı olarak depolanabildiği, tekrar çağrılabilirdiği ve yayımlanabildiği teknolojik ilerlemelerdir. Kamuca erişilebilir nitelikte olan bilgisayar ağları ve bilgisayardaki diğer olanakların tümü yazılı tanımlama olarak kabul edilebilir. Sözlü tanıtım ise bilginin sözle açıklandığı konferans, seminerlerde yapılan sunuşlar, konuşmalar, tartışmalar, sözlü tarifler ile radyo ve TV programlarında yapılan tanıtımlardır.²⁰⁹ Kullanım ise üretim, ticaret mevkiine koyma; sergide, fuarda, müzede, vitrinde teşhir etme; bir konferansta aleti, usulü göstermedir. Bir tesiste herhangi bir mekanizmayı işletmek de “kullanma” anlamına gelir.²¹⁰ Başka yolla açıklama ise çok geniş bir kavramdır. Buluşun teknik-sanat okulunda bir öğretmen tarafından gösterilmesi veya öğrencilerini bilgilendirmesi başka yolla açıklama kapsamında değerlendirilebilecektir.²¹¹

Öte yandan burada bir istisna olarak hoşgörü süresi kavramı karşımıza çıkmaktadır. Bu istisna ile patent başvurusu yapılmadan önce buluşu kamuya çeşitli şekillerde tanıtan açıklamalar hoşgörü ile karşılanmakta ve yeniliğin ortadan kalmamış olduğu kabul edilmektedir. Bu istisnaya göre; buluşu kamuya tanıtan açıklamanın yapıldığı tarihin ardından belirli bir süre sonra patent başvurusunda bulunulması gerekmektedir.²¹²

Bu istisna SMK'nın “*Buluş patent veya faydalı model verilmesini etkilemeyen açıklamalar*” başlıklı 84.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “(1) *Buluş patent veya faydalı model verilmesini etkileyecek nitelikte olmakla birlikte, başvuru tarihinden önceki on iki ay içinde veya rüçhan hakkı talep edilmişse rüçhan hakkı*

²⁰⁶ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2014/13008E. 2014/19283K. “...551 sayılı KHK'nın 7. maddesi ile düzenlenen yenilik koşulu mutlak yenilik esasını kapsadığından bu husus yargılamanın her aşamasında mahkemeye dikkate alınır.”

²⁰⁷ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.206.

²⁰⁸ Yosmaoğlu, 1978, s. 4.

²⁰⁹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.207.

²¹⁰ Tekinalp, 2012, s. 542.

²¹¹ Tekinalp, 2012, s. 542.

²¹² Tekinalp, 2012, s. 543.

tarihinden önceki on iki ay içinde ve aşağıda sayılan durumlarda açıklama yapılmış olması buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkilemez: a) Açıklamanın buluşu yapan tarafından yapılmış olması. b) Açıklamanın patent başvurusu yapılan bir merci tarafından yapılmış olması ve bu merci tarafından açıklanan bilginin; 1) Buluşu yapanın başka bir başvurusunda yer alması ve söz konusu başvurunun ilgili merci tarafından açıklanmaması gerektiği hâlde açıklanması. 2) Buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgiyi edinmiş olan üçüncü bir kişi tarafından, buluşu yapanın bilgisi veya izni olmadan yapılan başvuruda yer alması. c) Açıklamanın buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgi elde eden üçüncü kişi tarafından yapılmış olması.(2) Birinci fıkraya göre, başvurunun yapıldığı tarihte patent veya faydalı model isteme hakkına sahip olan her kişi buluşu yapan sayılır.(3) Birinci fıkranın uygulanmasından doğan sonuçlar, süreyle sınırlı değildir ve her zaman ileri sürülebilir. (4) Birinci fıkranın uygulanması gerektiğini ileri süren taraf, şartların gerçekleştiğini veya gerçekleşmesinin beklendiğini ispatla yükümlüdür.”

2.2.1.2.2.3. Buluş Basamağı

SMK'nın 83.maddesinin 4.fıkrası gereğince; “*Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir.*” Bu tanımdan hareketle Güneş buluş basamağını “*buluşun tekniğin bilinen durumunu aştığını ortaya koyan teknik üstünlük ve nitelik*” şeklinde ifade etmektedir.²¹³

Tekniği bilinen durumun aşılmasından kastedilen buluş tekniğinin şimdiki duruma kıyasla objektif bir mesafe kaydetmiş olması halidir. Buluş tekniği hâlihazır duruma göre ölçülebilir bir mesafe aşıp aşmadığına bakılır.²¹⁴ Buluş basamağı söz konusu olması için tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında ilgili alandaki teknik uzman için buluşun aşikâr olmaması gerekmektedir. Bir buluşa patent verilebilmesi için tekniğin bilinen durumunun ortalama bilgi seviyesine sahip bir uygulayıcı için aşikâr olan bir faaliyetten daha yüksek bir yaratıcılık seviyesi gösterilerek aşılması gerekmektedir.²¹⁵ Başka bir deyişle, ortalama bilgiye sahip bir uygulayıcının olağan çalışması ve çabasından yüksek bir çalışma gerekir. Teknik alana dâhil olmayan yeni

²¹³ Güneş, 2013, s.347.

²¹⁴ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.210.

²¹⁵ Yusufoglu, 2014, s.265.

buluş teknik alandaki uzmanın olağan çalışması neticesinde ortaya çıkmış olmamalıdır.²¹⁶ Buluş basamağının denetiminde kabule gören görüşe göre; *“eğer teknik alanda uzman biri, buluşun zaten kullanılan bir şeyin sadece benzeri olduğunu ortaya koyarsa, farklılık kendisi için kolayca anlaşılabiliriyorsa”* buluş adımı şartı gerçekleşmemiş demektir.²¹⁷ Diğer deyişle, buluşa ilişkin olarak ileri sürülen istem aşikâr demektir. Buluş basamağı, İstanbul 4.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 29.09.2011 tarihli 2009/45E. sayılı kararında *“çok karmaşık, çok üst düzey ve uzun süreli bir bilimsel çalışmaya gerek kalmadan, farazi uzman kişi ya da kişilerin, tekniğin bilinen durumundaki en yakın referanstan hareketle, gerekirse basit ve rutin deneyler sonucunda, patent konusu buluşa ulaşabilecekleri konusunda makul bir başarı beklentisinin bulunmasıdır”* şeklinde tanımlanmıştır.²¹⁸ Tekniğin bilinen durumu hakkında uzman kişi belirlenmesinin ardından, buluşçunun patent verilmesini talep ettiği buluş, bu uzmana teslim edilerek buluşu uygulaması istenir. Buradaki çözüm uzman tarafından aşikâr kabul edilmesi halinde tekerci hak tanınmayacaktır. Bu halde buluşta aranan tekniğin bilinen durumunun aşılması özelliği oluşmamış demektir.²¹⁹

Bu bağlamda buluşun buluş basamağı içerip içermediğinin incelenmesi için tekniğin bilinen durumu göz önüne alınarak gerçekleştirilen gelişmenin uzmanı için olağan bir çalışma olup olmadığı incelenmelidir. Öte yandan patent söz konusu olması için mutlaka devrim niteliğinde bir buluşa da gerek yoktur, buluşun tahmin edilememesi ve öngörülememesi yeterli olacaktır.²²⁰

2.2.1.2.2.3. Sanayiye Uygulanabilir Olma

Patent verilebilmesi için yeniliğin sanayide uygulanabilir olması gerekmektedir. Keza patentin tanımı yapılırken de belirtildiği üzere; patent verilirken buluş sahibi yirmi yıllık başkalarının kullanımını engellemeye yönelik münhasır bir hak kazanmaktadır. Bunun karşılığında topluma kullanabileceği bir şeyi sunmakla yükümlüdür ve bu yükümlülükte karşımıza sanayiye uygulanabilirlik olarak çıkmaktadır.²²¹

²¹⁶ Yusufoglu, 2014, s.265.

²¹⁷ Güneş, 2013, s.348.

²¹⁸ Çolak, 2012,s.129

²¹⁹ Güneş, 2013, s.348.

²²⁰ Yusufoglu, 2014, s.266.

²²¹ Öztürk, 2008, s. 327.

Sanayi kelimesinin sözlük anlamı “*ham maddeleri işlemek, enerji kaynaklarını yaratmak için kullanılan yöntemlerin ve araçların bütünü, işleyim, uran, endüstri*”²²² demektir.

Patentlenebilirlik şartı olarak sanayi kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle, sanayi kavramı fabrika faaliyetleri ve tarım ile sınırlandırılmamalı, teknik niteliği haiz her türlü somut, algılanabilir olan etkinlik sanayi kavramı kapsamında değerlendirilmeli sanayi kavramı kimya, metal eşya, inşaat taşımacılık, ticaret, madencilik,²²³ el sanatları, av, finans ve hizmet sektörünü de içerecek şekilde kazanç sağlayan aktivite olarak anlaşılmalıdır.²²⁴ Ancak avukatlık, muhasebecilik, doktorluk gibi serbest meslek alanları buraya dâhil değildir.

Uygulanabilir olma ise üretilebilmeyi ifade etmektedir.²²⁵ Buluşa konu usulün sanayide kullanılabilmesi ya da buluşa konu ürünün sınai işletmelerde üretilebilmesidir.²²⁶ Öztürk;²²⁷ sanayi kavramının ve uygulanabilir olma kavramlarının ayrı ayrı ele alınmasından ziyade sanayiye uygulanabilirlik kavramının bir bütün olarak ele alınarak kavramı meydana getiren terimlerden bağımsız olarak ele alınmasının daha yerinde olacağını belirtmektedir. Bu bağlamda esas alınması gereken unsurun “teknik nitelik” unsuru olduğunu ve sanayiye uygulanabilirlik kavramının teknik araçlar kullanarak buluştan yararlanma olarak tanımlanması gerektiğini belirten Öztürk, sanayiye uygulanabilir kavramıyla kastedilmek istenenin teknik niteliği haiz olması gerektiği şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır.²²⁸

2.3.1.3. Patentin Sağladığı Korumanın Kapsamı

2.3.1.3.1. İstемler, Eşdeğer Unsurlar ve Patent Sahibinin Beyanları

Patentin buluş sahibine sağladığı korumanın kapsamı SMK'nın 89.maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre; “*Patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı istemlerle belirlenir. Bununla birlikte istemlerin yorumlanmasında tarifname ve resimler kullanılır.*” denilmektedir. SMK m.89 kapsamında koruma kapsamını

²²² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a5bbfa3ac3a62.46316507

ulaşma tarihi: 14.1.2018.

²²³ Öztürk, 2008, s. 328.

²²⁴ Bozbel, 2015, s. 697.

²²⁵ Bozbel, 2015, s. 697.

²²⁶ Öztürk, 2008, s. 329.

²²⁷ Öztürk, 2008, s. 330.

²²⁸ Öztürk, 2008, s. 330.

belirlemede istemlerin²²⁹ yanı sıra, eşdeğer unsurlar²³⁰, başvuru sahibinin beyanları da²³¹ rol oynar.

SMK'nın 92/4.maddesinde tarifname şu şekilde ifade edilmiştir; “İstemlerin dayanağı tarifname olup, istemler korunması talep edilen konuyu tanımlamalı, açık ve öz olmalı ve tarifnamede tanımlanan buluşun kapsamını aşmamalıdır.” Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 75.maddesinde “Tarifname, buluş konusunun ilgili olduğu teknik alanda uzman bir kişi tarafından buluşun uygulanabilmesini sağlayacak nitelikte, açık ve ayrıntılı olarak yazılır. Başvuru konusu buluşun tüm özellikleri hiçbir şey gizlenmeden, eksiksiz olarak açıklanır.” denilmektedir. Aynı maddede tarifnamenin birinci fıkrasında belirtilen²³² şekil ve düzende sunulmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir. Ancak başka bir anlatım şekli buluşun daha iyi anlaşılmasını sağlayacak ise bu zorunluluk aranmaz.

Saraç'a²³³ göre; koruma kapsamındaki unsurlardan istemler patent başvurusunun daha fazla bilgi, deneyim gerektiren ve en nazik ve en kafa yorulması gereken kısımdır. Keza istem veya istemler bir yandan patentten doğan hakkın sınırını çizer, diğer yandan ise patentten doğan hakka tecavüz teşkil eden fiilleri belirleyerek buluşun alanını yani patent sahibinin yasal haklarını tanımlar. Bu nedenle de istemler buluş ile yakın ilişki

²²⁹ SMK m. 89/1 “Patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı istemlerle belirlenir. Bununla birlikte istemlerin yorumlanmasında tarifname ve resimler kullanılır.”

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 71 “Patent başvurusu; a) Başvuru formunu, b) Buluş konusunu açıklayan tarifnameyi, c) İstemleri, ç) Tarifnamede veya istemlerde atf yapılan resimleri, d) Özeti, e) Başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilgiyi, kapsar.”.

²³⁰ SMK 89/5 “Patent başvurusunun veya patentin sağladığı koruma kapsamının belirlenmesinde, tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte istemlerde belirtilmiş unsurlara eşdeğer nitelikte olan unsurlar da dikkate alınır. Bir unsur, esas itibarıyla istemlerde talep edilen unsur ile aynı işlevi görüyor, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiriyor ve aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa, genel olarak istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir.”.

²³¹ SMK m.89/6 “İstemlerin kapsamını belirlemek için patentin verilmesi ile ilgili işlemler sırasında veya patentin geçerliliği süresince, koruma kapsamının belirlenmesinde patent başvurusu veya patent sahibinin beyanları dikkate alınır.”.

²³² Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 75/1'e göre bulunması gereken bu unsurlar “Tarifname sırasıyla aşağıdaki bölümleri kapsar: a) **Buluş başlığı:** Tarifnamenin başlangıcında başvuru formunda belirtilen buluş başlığı yer alır. Buluş başlığı, buluş konusu teknik geliştirmeyi kısaca tanımlar ve marka niteliğindeki terimleri kapsamaz. b) **Teknik alan:** Buluşun ilgili olduğu teknik alan belirtilir. c) **Tekniğin bilinen durumu:** Buluşun anlaşılması, araştırılması ve incelenmesi için başvuru sahibinin bildiği kadarıyla buluş konusunun hem yurt içi hem de yurt dışındaki benzerleri ayrıntılı olarak verilir. Buluş konusunun benzerlerine atıflar yapılarak patentle korunması istenen buluşun bunlardan farklılıkları, karşılaştırma yapmayı sağlayacak nitelikte ayrıntılı biçimde açıklanır. ç) **Buluşun çözümünü amaçladığı teknik problemler:** Buluşun hangi teknik problem ya da problemlerin çözümünü amaçladığı açıklanır. Başvuruda teknik problem açıkça ifade edilmese dahi teknik problemin ve çözümünün anlaşılabilirliği şeklinde buluş ortaya konulur ve tekniğin bilinen durumuna atıfta bulunularak buluşun varsa avantajları belirtilir. d) **Resimlerin açıklanması:** Varsa, resimlerin her birinin kısa tanımı yapılır, resimlerde yer alan parçaların numaraları ve tanımları açıklanır. e) **Buluşun açıklanması:** Patentle korunması istenen buluş, hiçbir şüpheye ve yanlış anlamaya yer vermeyecek şekilde, örnekler verilerek, varsa resimlere atıfta bulunularak ayrıntılı olarak açıklanır. Açıklamada resimlerdeki parçalar ve işlevleri anlatılırken her bir parçanın sonunda parça numarası parantez içinde belirtilir. f) **Buluşun sanayiye uygulanma biçimi:** Buluşun sanayide ne şekilde yararlanılabileceği ve buluşun ne şekilde uygulanabileceği veya kullanılabilirliği belirtilir.”

²³³ Saraç, 2003, s. 43.

içinde tam ve doğru olmalı ve buluşu ayırt edici nitelikte tanımlanmalıdır.²³⁴ Keza istemin, tarif ve resimlerden anlaşılan kapsamdan daha geniş olması halinde patent başvurusunun reddine ya da patentin geçersizliğine yol açabileceği gibi istemin çok dar olması ise patente yeterli koruma sağlamayacaktır.²³⁵

Patent başvurusunda bulunurken özel önem arz eden istemlerin, patent verilmesi talep edilen buluşun çizimi, özetini ve tasviri içermesi gerekmektedir. Patent için istemler patentin sağladığı tekel hakkının sınırlarını çizer. İstemde bulunulan ya da verilen bir patentin tanımlamak patent hukuku kapsamında buluşun ne olduğunu net bir biçimde anlamak açısından esaslı önem arz eder.²³⁶ Bu bağlamda patent talebi yapılırken patent istemine tekabül eden çizim, özet ve tasviri de patent talebine eklenmesi gerekmektedir.²³⁷

İstemler bağımlı ve bağımsız istemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 76/3. maddesinde “*Bağımsız bir istemde, buluşun esas özelliklerinin belirtilmesi gerekir. Bağımsız istemi bir veya birden fazla bağımlı istem izleyebilir.*” denilmektedir. Bağımsız istem buluşu tek başına tam ve işlevsel olarak tanımlayan istem olup²³⁸ daha öncesinde yer alan diğer istemlerden birine atıfta bulunmaz²³⁹. Bağımlı istem Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 76/3.maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır; “*Bağımlı istemler, bağlı bulunduğu istemin tüm özelliklerini içermelidir. Bağımlı istemlerin başlangıcında bağımsız isteme atıfta bulunulmalı ve sonra da korunması istenilen ilave teknik özellikler belirtilmelidir. Bağımlı bir istemde, başka bir bağımlı isteme de atıfta bulunulabilir. Önceki bir isteme veya istemlere atıfta bulunulan tüm bağımlı istemler, mümkün olan en uygun biçimde gruplandırılır.*”

Resimler, SMK'nın 89.maddesinin 1.fikrasına göre istemlerin yorumlanmasında esas alınacaktır. Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 77.maddesinde resimler ayrıntılı biçimde açıklanmıştır.²⁴⁰

²³⁴ Saraç, 2003, s. 43.

²³⁵ Saraç, 2003, s. 44.

²³⁶ Pila ve Torremans, 2016, s. 143.

²³⁷ Pila ve Torremans, 2016, s. 143.

²³⁸ Erdil, 2016, s.172.

²³⁹ Saraç, 2003, s. 46.

²⁴⁰ “(1) Resimler; kalıcı, siyah, yeterince yoğun ve koyu, kalın ve iyi tanımlanmış çizgiler ile yapılır. Resimlerde renklendirme yapılmaz. Resimlerdeki tüm çizgiler, genel olarak çizim aletleri veya çizim programları yardımıyla çizilir.(2) Fotoğraflar resim olarak kabul edilmez ancak buluşun başka türlü gösteriminin mümkün olmadığı mikron düzeyde mikroskobik görüntüleme gerektiren bazı durumlarda fotoğraf kullanılabilir. Akış şemaları ve diyagramlar

İstemlerin yanı sıra eşdeğer unsurlar da SMK kapsamında patent korumasını belirlemekte rol oynamaktadır. Eşdeğer kelime anlamı olarak “değer yönünden birbirine eşit olan, muadil”²⁴¹ anlamı taşımaktadır. Eşdeğer Unsur ise istem veya istemlerle aynı işlevi gören ve bu istemlerde talep edilen unsur ile aynı sonucu veren araç veya unsurlardır.²⁴² SMK’nın 89/5.maddesinde “*Patent başvurusunun veya patentin sağladığı koruma kapsamının belirlenmesinde, tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte istemlerde belirtilmiş unsurlara eşdeğer nitelikte olan unsurlar da dikkate alınır. Bir unsur, esas itibarıyla istemlerde talep edilen unsur ile aynı işlevi görüyor, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiriyor ve aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa, genel olarak istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir.*” Bu kapsam da bir patentteki fikir örnek alınarak bir kimse tarafından başka bir araç kullanılarak uygulanmış yani patent taklit edilmiş ise taklit edilen patent ve gerçek patent arasında tek fark kullanılan vasıta ise ve bu vasıta ile aynı teknik sonuç ortaya çıkıyor ise eşdeğer kullanımdan söz edilir. Bu halde gerçek patent korunacaktır. Eşdeğer öğretisi ile cevabına ulaşılmak istenen soru; “buluşun dayandığı öğreti önceki patentte yer alan çözümden tamamen farklı mı yoksa değil mi?” sorusudur. Bu sorunun cevabı için de yeni olduğu iddia edilen buluşta önceki buluşta yer alan kimi öğelerinin veya önceki buluşta kullanılan araçların değiştirilmesi ile yetinilmiş mi yetinilmemiş mi buna bakılması gerekmektedir.²⁴³ Buradaki ana amaç patent hakkındaki korumanın patent konusunun ikincil ve önemsiz unsurlarında değişiklik yapılarak ortadan kaldırılmasının önüne geçmektir.²⁴⁴ Bu

resim olarak kabul edilir.(3) Kesitler; referans işaretlerinin ve ana çizgilerin açık biçimde görülmesine engel olmayacak şekilde tarama yapılarak belirtilir. (4) Resimlerin ve bunların grafik uygulamalarının ölçeği; üçte iki oranında küçültülerek yapılan fotografik veya elektronik çoğaltmada, tüm ayrıntıların kolaylıkla ayırt edilmesini sağlayacak şekilde olur. (5) Resimlerde bulunan tüm sayılar, harfler ve referans işaretleri basit ve açık olur. Sayılar ve harflerle birlikte köşeli parantezler, daireler veya turnak işaretleri kullanılmaz. (6) Aynı şeklin öğeleri, şeklin açık olması için oranlama bakımından bir fark yaratmak zorunlu olmadıkça, birbirleriyle orantılı olur. (7) Sayılar ve harflerin yüksekliği 0.32 cm’den veya 9 puntodan az olamaz. Resimlere harf konması halinde, Latin alfabesi ve gerektiğinde Yunan alfabesi kullanılır. (8) Aynı resim sayfası birkaç şekil içerebilir. İki veya daha fazla sayfa üzerinde bulunan şekiller aştında bir bütün şekli oluşturuyorsa, bu şekiller, çeşitli sayfalar üzerinde görünen şekillerin herhangi birinin herhangi bir kısmı gizli kalmadan, tüm şeklin bir araya getirilebileceği şekilde düzenlenir. Farklı şekiller sayfa veya sayfalar üzerinde, tercihen dikey bir konumda, birbirlerinden net bir şekilde ayrılmış olarak, sayfada boş yer bırakmadan düzenlenir. Şekiller dikey konumda düzenlenmemişse, şekillerin üst kısmı sayfanın sol tarafında olacak biçimde yatay olarak düzenlenir. Farklı şekiller, sayfa numaralarından farklı olarak, ardışık şekilde numaralandırılır.(9) Tarifname ve istemlerde belirtilmeyen referans işaretleri resimlerde gösterilmez. Aynı şekilde, resimlerde gösterilmeyen referans işaretleri de tarifname ve istemlerde bulunmaz. Referans işaretleri kullanıldığında başvurunun tamamında aynı özellikler aynı referans işaretleri ile belirtilir. (10) Resimler yazılı ifade içermez. Resimlerin anlaşılabilir olması için gerekli olduğu durumda “su”, “buhar”, “açık”, “kapalı” veya “AB kesiti” gibi tek bir sözcük ya da sözcükler kullanılabilir.”

²⁴¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a74dc1e802ca5.96276797

ulaşma tarihi: 02.02.2018.

²⁴² Bozbel, 2015, s.712.

²⁴³ Bozbel, 2015, s.712.

²⁴⁴ Noyan, 2015, s. 263.

nedenle buluşun taklidi söz konusu olduğunda patentten doğan hakkın kapsamında ve patente tecavüz durumunda tecavüz tespitinde önem taşıyacaktır.

Eşdeğer unsurlar doğrudan eşdeğer ve dolaylı eşdeğer olarak ikiye ayrılır. Doğrudan eşdeğerler patent konusu buluştaki unsurlardan bir yerine kullanılabileceği bilinen unsurları ifade edecektir.²⁴⁵ Doğrudan eşdeğer unsurlar ise teknik eşdeğer ve patent eşdeğeri olarak ikiye ayrılmaktadır. Teknik eşdeğerler teknik alanda istenildiğinde birinin yerine ikame edilebilir araçları ifade eder iken patent eşdeğeri somutlaşmış olan buluştan ek bir çaba harcamaksızın ve araştırma yapılmaksızın doğrudan çıkarılabilen unsurlardır. Dolaylı eşdeğerler ise uzman kişinin bir düşünsel faaliyette bulunması neticesinde buluşçu tarafından kullanılan unsurların yerine kullanılabileceğini belirttiği araçlardır.²⁴⁶

Başvuru sahibinin beyanları da istem veya istemlerin kapsamını belirlemek için kullanılır. Patent verilmesi ile ilgili işlemler esnasında veya patentin geçerliliği boyunca, koruma kapsamının belirlenmesinde patent sahibinin beyanları dikkate alınacaktır.²⁴⁷

2.3.1.3.2. Patentın Koruma Süresi

Patentin koruma süresi SMK'nın 101.maddesine göre; *“Başvuru tarihinden başlamak üzere, patentin koruma süresi yirmi yıldır ve bu süre uzatılamaz. Patent Başvurusu neticesinde yirmi yıl için verilen bu inhisari hak patent konusu buluşun hem doğrudan hem de dolaylı şekilde kullanılmasını kapsar.”*²⁴⁸

Patent hakkının doğrudan kullanılması kapsamındaki haklar SMK'nın 85.maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre; patent konusu olan ürün olması halinde; *“patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulması”* yani bu kapsamda esasen patentin ticari amaçla kullanılması söz konusu olmaktadır. SMK'nın 85.maddesi kapsamında; patent konusunun usul olması halinde ise; *“bu usulün kullanılması, kullanılmasının yasak olduğu bilinen veya bilinmesi gereken usul patentinin kullanılmasının başkalarına teklif edilmesi”* yani patent konusu usulün uygulanmasını sağlamak amacıyla üçüncü kişilerin talebine sunulması²⁴⁹ ve *“patent konusu usul ile*

²⁴⁵ Erdil, 2016, s.173.

²⁴⁶ Saraç, 2003, s. 51.

²⁴⁷ Erdil, 2016, s.174.

²⁴⁸ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.231.

²⁴⁹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.234.

doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satışa sunulması veya kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle olursa olsun elde bulundurulması” patentten doğan haktır.

Patent hakkının dolaylı kullanımına ilişkin haklar ise SMK'nın 86.maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *“Patent sahibinin, patent konusu buluşun uygulanmasını mümkün kılan ve buluşun esasını teşkil eden bir kısmı ile ilgili unsurların veya araçların üçüncü kişiler tarafından, patent konusu buluşu kullanmaya yetkili olmayan kişilere verilmesini önleme hakkı vardır. Bu hükmün uygulanabilmesi için söz konusu üçüncü kişilerin, bu unsurların veya araçların buluşu uygulamaya yeterli olduğunu bilmeleri ve bu amaçla kullanılacağını bilmeleri veya bu durumun yeterince açık olması gerekir.”*

2.3.1.4. İlaç Patenti

Türkiyenin taraf olduğu TRIPS Anlaşmasının 27.maddesinde *“patentler, yeni olmaları, yaratıcı bir adım, bir buluş basamağı içermeleri ve sanayide uygulanabilmeleri koşuluyla, teknolojinin her alanında, ürünlerle veya usullerle ilgili her türlü buluş için verilebilecektir.....buluş yeri, teknoloji alanı ve ürünlerin ithal veya yerli üretim olup olmadığı konusunda herhangi bir ayırım yapılmadan patent verilebilecek ve patent haklarından yararlanabilecektir”* denilmektedir. Aynı şekilde Türkiyenin taraf olduğu Avrupa Patent Anlaşması kapsamında da ilaçlar patent kapsamındadır.²⁵⁰

İspançiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 1.maddesinde²⁵¹ ilaç kodekste yazılı şekil ve formül haricinde ve bilimsel ilkelere uygun belli ve sabit bir şekilde yapılacak üreticisinin ismi ile veya şahsi bir isim altında ticarete çıkarılan tıpta kullanılan her türlü basit veya birleşik tedavi edici ürünler şeklinde tarif edilmiştir. Diğer bir tanıma göre ise ilaç; *“hastalıkların teşhis ve tedavisinde veya vücudun fizyolojik faaliyetlerinin düzeltilmesi, düzenlenmesi ve değiştirilmesinde kullanılan kimyasal, bitkisel ve biyolojik kaynaklı maddedir.”*²⁵² İlaç patenti ise ilacın etkin maddesi ile yardımcı maddelerden oluşan formülasyonun, etkin maddenin sentezlenmesine imkan tanıyan yolların ve etkin

²⁵⁰ Suluk, 2014, s.732.

²⁵¹ *“Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tubbi müstahzarlar ismi verilir.”*

²⁵² Bak, 2011, s.110.

maddelerin farklı alanlarda kullanılmasına denir.²⁵³ Öte yandan ilacın pazara çıkabilmesi için patentin yanı sıra ilacın ruhsatlandırılması gerekmektedir. Bunun için de ruhsatlandırma makamına ilacın farmakolojik²⁵⁴ açıdan etkin ve toksikolojik²⁵⁵ açıdan ise güvenli olduğuna dair klinik çalışma sonuçlarının ibraz edilmesi gerekmektedir. Bu yolla ilaçlara özgü diğer fikri mülkiyet koruması olan veri imtiyazı sağlanarak veriler koruma altına alınır.²⁵⁶

İlaç sektöründe de yenilik geliştirme faaliyetleri rekabet unsurlarından birisi olması ve ilaç üreticilerinin buluşları üzerinde patent hakkı elde ederek inhisari hak sahibi olmaları neticesinde patent korumasından faydalanırlar. Bu sayede ilaç firmalarının ürünlerine ve usullerine patent verilerek bir yandan toplumsal yarar sağlanırken diğer yandan ilaç üreticileri de ekonomik olarak fayda elde etmiş olacaktır.²⁵⁷ Öte yandan İlaçlar, önceden var olmayan bir tedavi yönteminin ilk defa kullanılması ya da mevcut bir tedavi yönteminin farklı bir etken madde kullanarak geliştirilmesi durumunda patent korumasından faydalanabilmektedir.²⁵⁸

2.3.1.4.1. İlaç Patenti Türleri

İlaçlardaki patent türleri temel olarak ürün patentleri ve usul patentleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ancak detaylı bir tasnife göre ise; ürün, usul, form, türev, etken madde karışım, formülasyon, endikasyon olarak değişik türlerde değerlendirilirler.²⁵⁹

Ürün patenti; *“ilacın etkin maddeleri ve yardımcı maddelerinin yer aldığı kimyasal formüle verilen patenttir.”*²⁶⁰ Diğer bir tanıma göre ise ürün patenti; *“herhangi bir tıbbi ya da veteriner amaçlı, yeni bir molekül ya da doğrudan elde edilen aktif, etkin-etken madde ile ilgili patenttir.”*²⁶¹

²⁵³ Cenkçi/Karauz, 2014, s. 112 .

²⁵⁴ “İlaç bilimi” ile ilgili anlamına gelir.

²⁵⁵ “Zehirle, onların organizmaya olan etkileriyle ve zehirlerin belirlenmesiyle uğraşan bilim dalı” ile ilgili anlamına gelir.

²⁵⁶ Suluk, 2014, s.732.

²⁵⁷ Bak, 2011, s.112.

²⁵⁸ Karakoç, 2005, s.3.

²⁵⁹ Yalçın, 2002, s.23.

²⁶⁰ Bak, 2011, s.111.

²⁶¹ Küçükgüngör, 2012, s.98.

Usul patenti ise; *“ilacın etkin madde ve yardımcı maddelerinin sentezlenmesi bakımından uygulanan usule verilen patenttir.”*²⁶²

Form patenti, *“herhangi bir yeni molekülün yeni bir kristal formu ile ilgili patenti”* ifade eder.²⁶³

Türev patenti, *“herhangi yeni ya da bilinen moleküllerden hareketle elde edilen yeni bir molekül ile ilgili patenttir.”*²⁶⁴

Etken madde karışım patenti, *“herhangi birden fazla bilinen ya da yeni etkin maddelerin veya türevlerinin bir karışım olarak kullanımı ile ilgili patenttir.”*²⁶⁵

Formülasyon patenti, *“herhangi bir aktif maddenin etkisinin sağlanması için değişik katkı maddeleri ile birleştirilmesi ve ayrıca vücuda verilmiş biçimi, dozajı v.b. konularını içeren patenttir.”*²⁶⁶

Endikasyon patenti ise *“herhangi bir molekülün ilaç biçimine getirilmesinin ardından vücuda uygulanması neticesinde elde edilecek endikasyonlar-sonuçlar-etkiler ile ilgili patenttir.”*²⁶⁷

2.3.1.4.2. Bolar istisnası

Eşdeğer ilaç diğer bir deyişle jenerik-generik ilaç; patent süresi dolmuş bulunan ilaçla yani özgün formülasyonla eşdeğer aktif maddeleri içeren ve patent süresi dolmasından sonra izinsiz ve patentsiz üretilen ve dağıtılan ilaç anlamına gelmektedir.²⁶⁸ Patent süresi sona eren bu ilaca referans ilaç denmektedir.²⁶⁹ Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinin tanımlar başlıklı 4.maddesinde Jenerik Tıbbi Ürün *“Etkin maddeler açısından orijinal tıbbi ürün ile aynı kalitatif ve kantitatif terkibe ve aynı farmasötik forma sahip olan ve orijinal tıbbi ürün ile biyoeşdeğerliliği, uygun biyoyararlanım çalışmaları ile kanıtlanmış tıbbi ürünü,”* olarak tanımlanmaktadır. Bolar İstisnası ilaç patentleri yönünden deneme amaçlı fiilleri patentten doğan hakların

²⁶² Bak, 2011, s. 11.

²⁶³ Yalçınar, 2002, s.23.

²⁶⁴ Küçükgüngör, 2012, s.98.

²⁶⁵ Yalçınar, 2002, s. 23.

²⁶⁶ Yalçınar, 2002, s. 23.

²⁶⁷ Yalçınar, 2002, s. 23.

²⁶⁸ Tekinalp, 2012, s. 554.

²⁶⁹ Tekinalp: 2012, s. 554.

bir istisnası kabul eden istisna olması nedeniyle önem arz etmektedir.²⁷⁰ Keza bolar istisnası yoluyla referans ilacın süresi henüz sona ermeden jenerik ilaç üreticilerinin gerekli çalışmaları yapabilmesi ve ruhsat alarak patent süresi dolar dolmaz pazara çıkabilmelerini mümkün kılınmaktadır. Bu istisna ABD’de bir common-law kuralı olup 1984 tarihli Roche Products- Inc/Bolar Pharmaceutical Co.Inc kararı bu istisnanın bir örneğidir. Karara göre; kararda Bolar, Roche’un ilacına dayanarak henüz patent süresi dolmadan eşdeğer ilaç ruhsatı talep etmesi neticesinde Roche talebin ve talep bağlamında yapılan incelemenin patent hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkemede bu talebin ticari bir faaliyet içermediğini, Bolar’ın Roche’un ilacından ticari şekilde yararlanması söz konusu olmadığından yapılan deneylerin ve ruhsat talebinin patent korumasını ihlal etmeyeceğine ve patent korumasının bir istisnası sayılması gerektiğine hükmetmiştir.²⁷¹ SMK’nın 85.maddesinin 3/c fıkrasında “İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dâhil olmak üzere, patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı filler” şeklinde belirtilen hükümde bolar istisnasına işaret etmekte, Türk hukukunda da bolar istisnasının kabul edildiğini göstermektedir.

2.3.2. Patent Lisans Sözleşmesi

Teknolojik gelişmelere ayak uydurmak, ülke kalkınması ve refahının sürdürülebilirliğini sağlamak ve işletmelerin pazara yeni ürünler ile giriş yaparak pazar payını arttırabilmesi için bilgi birikimi neticesinde ortaya çıkan patentler büyük rol oynamaktadır.²⁷² Bu bağlamda ekonomik değer ve avantaj vadeden patent bizzat sahibi tarafından kullanmak zorunda olmadığı için bu hakkı başkasına kullandırması mümkündür. Bilgi ve teknoloji transferi ise lisans sözleşmeleri ile gerçekleşmektedir.²⁷³ SMK m.125’de “Patent başvurusu veya patent, lisans sözleşmesine konu olabilir.” denilmektedir. Bunun gibi SMK m.148’de “Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir.” denilmektedir. Bu bağlamda patentler lisans sözleşmesine konu olabilmektedir.

²⁷⁰ Yıldırım, 2007, s.143.

²⁷¹ Tekinalp, 2012, s. 553.

²⁷² Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.181.

²⁷³ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.182.

Genel anlamda lisans sözleşmesi; lisans veren ile lisans verenin sahip olduğu tekel hakkı kapsamında korunan teknolojik buluşu lisans verenin sahip olduğu tekel hakkı çerçevesinde işletmek ya da bundan istifade etmek yönünde yasal izin almak isteyen lisans alan arasında akdedilen bir sözleşmedir.²⁷⁴ Patent lisans sözleşmesinde kapsamında lisans ise; patent hakkı sahibinin hakkın kullanılması yetkisini lisans alana verilmesidir. Patent lisans sözleşmesi ile esasen hak, hak sahibinin mal varlığı içerisinde kalmakta ancak kullanma hakkı lisans alana geçmektedir. Lisans sözleşmesi ile lisans alana verilen hak ile lisansa konu olan hak yani patent hakkının niteliği birbirinden farklıdır, keza sözleşme ile patent hakkı devri değil patentin kullanım hakkı devredilmektedir. Patent sahibine mutlak bir hak bahşeder ancak lisans sözleşmeleri lisans alana patent hakkının kullanılmasına yönelik şahsi bir hak verir.²⁷⁵ Başka bir deyişle lisans, hak sahibinin hakkın kullanılması yetkisini lisans alana vermesidir. Lisans sözleşmesi ile birlikte hak sahibinin mali haklarının kullanımı lisans alana devredilmiş olmaktadır.²⁷⁶

2.3.2.1. Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Patent Lisans sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup sözleşme serbestisi kapsamında lisans ve patent sahibinin sözleşme içeriğini belirleme hakları vardır. Patent lisans sözleşmesi neticesinde patent hakkı üzerindeki mülkiyet değişmemekte yalnızca patenti kullanma hakkı lisans alana geçmektedir.²⁷⁷ Bu bağlamda lisans verenin başlıca yükümlülüğü patentten doğan hakları lisans alanın kullanmasını sağlamaktır.²⁷⁸ Bunun gibi lisans veren kullanma ve yararlanma hakkının devamlılığı açısından, patent hakkının devamlılığı için gerekli önemleri de alması gerekmektedir.²⁷⁹ Bunun yanı sıra lisans veren kişi SMK m.126 gereğince “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa patent başvurusunu veya patenti devreden veya lisansını veren, devralan veya lisans alana patent konusu buluşun normal bir kullanımı için zorunlu olan teknik bilgileri vermekle yükümlüdür.”. Bu yükümlülükler ek olarak, verilen lisansın inhisari lisans olması durumunda lisans veren başka kişilere lisans vermemek ile de yükümlü olacaktır.

²⁷⁴ Curley, 2004, s.4.

²⁷⁵ Demirbaş, 2011, s. 448.

²⁷⁶ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 354.

²⁷⁷ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.193.

²⁷⁸ Dilmaç, 2014, s.697.

²⁷⁹ Dilmaç, 2014, s. 698.

Lisans alan ise sözleşme kapsamında sahip olduğu kullanma hakkı karşılığında lisans bedeli ödemekle yükümlüdür. Bunun yanı sıra lisans alan inhisari lisans sahibi olması halinde patenti kullanmak ile de yükümlüdür.²⁸⁰ Ayrıca SMK m.125/3'e göre; *"Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez."* Bunlara ek olarak patent ihlallerini lisans alana zamanında bildirme, lisans vereni sözleşme konusu patentin gelişimi ile ilgili konularda aydınlatma yükümlülüğü, fiyat saptarken lisans verene bağımlılık yükümlülüğü, lisans sözleşmesinin sona ermesinden sonra belgelerin geri verilmesi yükümlülüğü söz konusu olacaktır.²⁸¹

Lisans sözleşmeleri, sahibinin mülkiyetinde kalan bir hakkın kullanım hakkının devrine ilişkin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle uyuşmazlıklarda SMK hükümleri ve TBK'nın satış(m.207-281), adi ortaklık(m.620-648), hasılat kirasına dair(m. 357-378) hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.²⁸²

Lisans konusu yapılan patent konusu buluşun ayıplı olmasından dolayı üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde ise müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. Sözleşmede rücu engeli yok ise (i)lisans verenin kötü niyetli olmaması (ii) hakkaniyet düşüncesi ile zarara karşı kısmen veya tamamen lisans alanın katlanması gerekiyor ise lisans veren lisans alana rücu edebilir.²⁸³

2.3.2.2. Patent Lisans Sözleşmesinin Şekli ve Patent Siciline Tescili

SMK kapsamında yapılan hukuki işlemler 148.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *"Hukuki işlemler, yazılı şekle tabidir."* Patent Lisans sözleşmeleri de SMK'nın bu hükmü kapsamında yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Burada belirtilen yazılı şekil şartı geçerlilik şartı olup adi yazılı şekil şartıdır, sözleşmenin noterde yapılması şart değildir. Öte yandan patent lisans sözleşmelerinin ekonomik olarak arz ettiği önem açısından tarafların bu sözleşmenin resmi yazılı şekle tabi olarak noterde yapılmasını da kararlaştırmaları mümkündür.²⁸⁴

²⁸⁰ Demirbaş, 2011, s.477.

²⁸¹ Erdem, 2002 s.156.

²⁸² Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.194.

²⁸³ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.195.

²⁸⁴ Dilmaç, 2014, s. 695.

Patent lisans sözleşmelerinin SMK 148.madde gereğince patent sicile kaydı gerekmektedir. Maddeye göre; *“Hukuki işlemler taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır.”* Burada tescil ile ulaşılmak istenen verilen lisansın üçüncü kişiler açısından sonuç doğurmasıdır bu nedenle maddenin devamında *“sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.”* denilmektedir. Dolayısıyla esasen sicile tescil açıklayıcı nitelik taşımakta olup yapılmış olması halinde patent lisans sözleşmesinin geçerliliği etkilenmeyecektir. Tescil etkisini lisansın iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine ilişkin olarak kendisini gösterecektir.²⁸⁵

2.3.2.3. Patent Lisans Sözleşmesi Türleri

Patent Lisans sözleşmeleri inhisari lisans ve inhisari olmayan(basit-adi) lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeye dayalı lisans başlıklı 125.maddesine göre; *“Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren patent konusu buluşu kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı buluşa ilişkin başka lisanslar da verebilir. İnhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de patent konusu buluşu kullanamaz.”*

İnhisari lisansta, lisans veren lisans verdiği kişiden başkasına lisans veremez. Bu anlamda inhisari lisans patent sahibinin hakkını kısıtlayıcı niteliktedir. Buna ek olarak inhisari lisans halinde lisans veren hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi dahi patent konusu buluşu kullanamayacaktır.²⁸⁶ Eğer lisans veren hakkı kendisinin de kullanacağını açıkça saklı tutmuş ise bu halde bağımlı inhisari lisanstan söz edilecektir.²⁸⁷ Münhasır lisans alan bu anlamda lisans veren dâhil herkese karşı men edici yetkiler elde etmiş olacak, ihlalcilere karşı dava açma hakkına sahip olacak, patent sahibi izni olmaksızın patentten doğan hakları tek başına kullanabilecektir.²⁸⁸ İnhisari lisans sahibi, patent hakkı sahibinin açabileceği tüm davaları kendi başına açabilecektir,

²⁸⁵ Demirbaş, 2011, s.461.

²⁸⁶ Güneş, 2014, s.703.

²⁸⁷ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.357.

²⁸⁸ Güneş,2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.195.

ancak bunun aksi sözleşme ile kararlaştırılarak, inhisari lisans sahibinin dava açması yasaklanabilir.²⁸⁹

Basit-adi lisansta ise; lisans veren, sahip olduğu patente ilişkin kullanım hakkını lisans alana verirken aynı zamanda kendi kullanım hakkını ve/veya üçüncü bir kişiye başka bir lisans sözleşmesi ile patenti kullandırma hakkını saklı tutar.²⁹⁰ Adi lisans bu yönüyle patent sahibini sınırlamaz, patent sahibi patenti kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de lisans tanıyabilir.²⁹¹ Kural olarak basit lisans sahiplerinin dava açma hakkı bulunmamaktadır.²⁹²

Lisans sözleşmeleri fikri mülkiyet ve Rekabet Hukuku açısından özel önem arz etmektedir. Bu lisans sözleşmeleri ile fikri mülkiyet haklarının sahibi dışında üçüncü kişilerce kullanılmasını konu edinerek teknolojinin yayılmasını sağlamakta ve rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun birlikte uygulanması sağlanmaktadır.²⁹³ Öte yandan İnhisari lisans ise rekabeti kısıtlayıcı nitelik taşımaktadır. Keza inhisari lisans ile lisans alanın rekabet gücü kuvvetlenmektedir.²⁹⁴ Bu nedenle inhisari lisans sözleşmeleri yapıları nedeniyle tekeli bir hak tanıyan, rekabeti sınırlandıran sözleşmelerdir.²⁹⁵

²⁸⁹ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.358.

²⁹⁰ Demirbaş, 2011, s.463.

²⁹¹ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.195.

²⁹² Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.358.

²⁹³ Yeniay, 2014, s. 2039.

²⁹⁴ Demirbaş, 2011, s.464.

²⁹⁵ Güven, 2008, s.183.

3.BÖLÜM: REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLİŞKİSİ KAPSAMINDA PATENT

3.1. GENEL OLARAK

Fikri mülkiyet hakları, sahibine mutlak yetkiler veren anti-rekabetçi karakterdedir. Bu haklar sahibine tekel niteliğinde yetkiler vermektedir. İlgili hak yalnızca hak sahibi ve hak sahibinin izin vermiş olduğu kişiler tarafından kullanılabilir.²⁹⁶ Fikri mülkiyet hukukunun ile korunan ve desteklenen tekel niteliğindeki fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun temel prensiplerinden olan tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi çatıştığı, başka bir anlatımla fikri mülkiyet hakları sahibine tekelleşme niteliğinde yetkiler vermesi ile birlikte bu haklar rekabeti sınırlayıcı veya yok edici işlev görebilmekte olduğu öğretide savunulan fikirlerdendir.²⁹⁷ Fikri mülkiyet hakları yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere tekel gücü teşkil eden haklar niteliğindedir ve fikri mülkiyet hukuku özünde bireysel menfaati korumaya yönelik nitelik taşımaktadır.²⁹⁸ Öte yandan rekabet hukukunun temel amacı konusunda her ne kadar yukarıda yer verdiğimiz tartışma doğrultusunda öğretide görüş birliği bulunmuyor olsa da temel amacın kamu yararına yönelik olduğu açıktır.

Amaçları yönünden bağdaşmadığı düşünülen bu iki hukuk dalının rekabet hukukunun tekelleşmeye karşı duruşuna rağmen fikri mülkiyet haklarının tekel niteliği taşınması noktasında çatışmaları belirtilmektedir.²⁹⁹ Keza fikri mülkiyet haklarına tanınan koruma tekel niteliğinde olması nedeniyle pazardaki rekabeti engellemesi olasılığı mevcuttur. Rekabetin, teknolojik yeniliklerin amacını aşan ölçüde engellenmesi ise rekabet hukukunun amacı doğrultusunda istenmeyen sonuçtur.

Bu çatışma, özellikle fikri ürün olarak endüstriyel alanda yararlanılabilecek teknik nitelik taşıyan teknolojik ürünler bakımından karşımıza çıkmaktadır. Teknolojik ürünlere sağlanan fikri mülkiyet haklarının, teşebbüslerin pazarı tekel altına almasını sağlayan veya hali hazırda hâkim durumda ve tekel durumunda bulunan teşebbüslerin ise bu durumunu pekiştiren, gereksiz ve kamu yararını zedeleyici nitelik taşıyan haklar olduğunu iddia eden yazarlar dahi mevcuttur.³⁰⁰ Keza bu haklar tanınırken bu hakları

²⁹⁶ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 6.

²⁹⁷ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s. 30.

²⁹⁸ Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.2.

²⁹⁹ Yeniay, 2014, s. 2025.

³⁰⁰ Templeman, 1998, s. 603; Aktaran: Boztosun, 2002, s.61.

iktisap eden teşebbüslerin pazardaki durumları göz önüne alınmamakta, bunun sonucunda da bu hakların teşebbüslere tanınmasının o ilgili pazarda yaratabileceği etki göz önünde bulundurulmamaktadır.³⁰¹

Öte yandan rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun çatışan hukuk dalları olduğuna yönelik görüşler öğretilerde hâkim iken teknolojik yeniliklerin öneminin artması neticesinde birbirlerine karşıt oldukları değil birbirlerini tamamlayıcı nitelikte³⁰² oldukları yönünde görüşler oluşmaya başlamıştır. Bu doğrultuda, her iki hukuk dalının da karşılıklı etkileşim içerisinde bulunarak teknolojinin teşvikini sağlayan araçlar olduğu savunulmaktadır.³⁰³ Keza yukarıda açıklamış olduğumuz üzere; patent ve faydalı model, endüstriyel tasarım, yarı iletken topografyalarına, yeni üretilen bitki çeşitleri, bilgisayar programları ve veritabanları gibi çeşitli fikri mülkiyet korumasına konu olabilen teknolojik ürünlerin geliştirilmesi neticesinde fikri mülkiyet hukuku bu ürünlere niteliklerine uygun olan korumayı temin edecektir.

Yukarıda rekabet hukukunun amacına ilişkin olarak yer verdiğimiz görüşlerde belirtmiş olduğumuz üzere; rekabet hukukunun temel amacının dinamik rekabetin sağlanmasıdır. Bu amaç göz önüne alındığında rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasında amaca özgü bir çekişme bulunmamaktadır. Keza fikri mülkiyet hukuku da uzun vadede yenilik teşviki vasıtasıyla rekabeti desteklemektedir. Bu nedenle, iki hukuk dalı arasında çekişmeden ziyade amaca ulaşırken izlenen yöntem farklılığı söz konusu olmaktadır.³⁰⁴ Rekabet hukuku bu amaç doğrultusunda etkinliği mümkün olan en üst seviyeye çıkartmak için rekabete aykırı eylemleri ve hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklar. Bu doğrultuda, tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi yoluyla üretenin hakkının korunması ve yeniliği teşvik yolu ile toplum refahının artırılması rekabet hukukunun doğrudan amacı olmasa da uygulanması neticesinde ortaya çıkacak sonuçlardandır.

Fikri mülkiyet hukuku ise yenilik için gerekli motivasyonu sağlamak için tekel hakkını makul görür.³⁰⁵ Fikri mülkiyet hakkı sahibine çok dar tanımlanan haklar sağlanması halinde yenilik yapmaya teşvik edilmeyecek, çok geniş haklar sağlanması halinde ise de

³⁰¹ Boztosun, 2002, s.76.

³⁰² Gürzümar, 2006, s.165.

³⁰³ Boztosun, 2002, s.76.

³⁰⁴ Arıöz/Özbek, 2010, s.16.

³⁰⁵ Arıöz/Özbek, 2010, s.16.

diğer firmaların yenilik yaratma faaliyetlerinin engellenmesine sebep olunacaktır. Bu nedenle, ABD’de verilen kararlar, AB yargı organları kararlarına bakıldığında; hakkın kapsamı belirlenirken rekabete aykırı bir durum olduğunda şu sonuca ulaşmak mümkün olmaktadır; fikri mülkiyet haklarına rekabet hukukunca müdahale edilmesi olanağı vardır.³⁰⁶ Fikri mülkiyet hakkının kapsamının belirlenmesi konusunda çıkan sorun rekabet hukukunun dikkatli bir biçimde uygulanması neticesinde çözüme kavuşabileceği kabul edilmektedir.³⁰⁷ Bu sakıncanın giderilmesi, pazarda teknolojik yenilikleri teşvik eden rekabet ortamının korunması rekabeti koruyan kurallar vasıtasıyla sağlanacaktır.³⁰⁸

Buna ek olarak fikri mülkiyet hukukunun tekel niteliğinde haklar tanıdığı, rekabet hukukunun ise tekel ve kartelleşme karşıtı olduğu için çatıştığı düşüncesinden vazgeçilmiş olmasının bir diğer nedeni de; fikri mülkiyet hakkı varlığının doğrudan tekel hakkı varlığına işaret etmediği yönündeki görüşlerin savunulmasıdır. Nitekim fikri ve sınai hakkın doğrudan koruduğu değer hakkın sahibinin hâkim durumu değil, onun fikri ve sınai hakkıdır.³⁰⁹

Amerikan Adalet Bakanlığı (DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından çıkartılan Antitröst Rehberinde³¹⁰; fikri mülkiyet hakları ve hakim durum arasındaki ilişki ve fikri mülkiyet haklarının doğrudan hakim durum veya tekele yol açmadığı şu şekilde açıklanmıştır;

“Hakim durum belirli bir zaman için rekabetçi seviyede fiyat yükseltmeyi, üretimi azaltmayı karlı bir biçimde devam ettirme gücüdür. Aktörler patentlerin, telif haklarının ya da ticari sırların sahibine market muhakkak ki hakim durum verdiğini farz etmemelidir. Fikri mülkiyet hakları belirli mallar, süreçler veya söz konusu olan işler bakımından dışlama gücünü bahşetmekte ise de pazar gücünün kullanımına engel olmak için yeterli fiili veya potansiyel pazarı kapamada bu ürünler, süreçler veya işler nadiren rol oynar. Eğer bir fikri mülkiyet hakkı market gücü bahşetmiyor ise, bu fikri mülkiyet hakkı başlı başına rekabet hukukunu ihlal etmez. Yalnızca üstün ürün, ticari zekâ ya da geçmişe dayanan sebeplerle hâkim durum ve hatta tekel haline gelmiş olan bir teşebbüsün önemli bir biçimde rekabet üstü kar elde etmesine neden olan herhangi bir diğer varlıklarda olduğu gibi fikri mülkiyet hakları da rekabet hukukunu tek başına ihlal etmez. Aynı şekilde

³⁰⁶ Arıöz/Özbek, 2010, s. 20.

³⁰⁷ Arıöz/Özbek, 2010, s.45.

³⁰⁸ Boztosun, 2002, s.33.

³⁰⁹ Gürzümar, 2006, s.167.

³¹⁰ Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 2017, s.4.

bu hâkim durum fikri mülkiyet hakkı sahibine diğerlerine bu mülkiyeti kullanmaya yönelik lisans verme yükümlülüğünü de dayatmaz. Diğer antitröst içeriklerinde olduğu gibi, ancak fikri mülkiyet hakkı sahibi yasal olmayan yollar ile hâkim durumunu devam ettirebilir. Buna ek olarak, eğer teşebbüs yasalara uygun bir biçimde bu gücü elde edilmiş veya devam ettiriyor olsa dahi sahibi bu fikri mülkiyet hakkı ile bağlantılı bir biçimde rekabeti engelleyici davranışlarda bulunabilir.”

Hâkim durum belirlenirken pazar gücünün belirlenmesi, pazar gücü belirlenirken de ilgili pazarın belirlenmesi şarttır. İlgili pazar belirlemede ise dikkate alınan bir kıstas olarak karşımıza “ikame edilebilen ürünler” çıkmaktadır. Bu ikame edilebilen ürünlerin tümünün fikri mülkiyet hakkının konusu olan ürünlerden oluşması ihtimalinin çoğu zaman için geçerli olmayacağı göz önüne alındığında; fikri mülkiyet haklarının var oluşunun başlı başına hâkim duruma yol açmadığı ifadesi anlam kazanmaktadır. Örneğin; ilgili ürün pazarı yalnızca patentli bir ürün olarak tanımlanacak olursa, patent sahibi hâkim duruma gelebilir. Patent, pazardaki diğer teşebbüslerin patent konusu ürünle rekabet edebilecek ikame ürünleri üretmesini zorlaştırması halinde ilgili pazar, yalnızca patentli ürün ile sınırlanacak ve bu nedenle de patent sahibi pazarda oldukça yüksek pazar payına ulaşmış olacaktır.³¹¹ Öte yandan patentli ürünlere sağlanan korumanın fazlasıyla ayrıntılı olması nedeniyle, ilgili ürün pazarında birbirinden farklılığı çok fazla olmayan rakip ürünler bulunabilmektedir. Bu nedenle diğer teşebbüsler tarafından ikame ürünlerin pazara sunulması engellenmemektedir. Bu doğrultuda, patent konusunu oluşturan ürün tek başına ilgili ürün pazarını meydana getirmemektedir. Sonucunda ise patentin hak sahibine tek başına tekel niteliğinde pazar gücü vermesi zorlaşmaktadır. Keza iktisadi bir kavram olarak karşımıza çıkan hâkim durum kavramı değerlendirilirken yalnızca kanunun sağladığı tekelin varlığına bakılmamaktadır. Hâkim durum veya tekel kavramları değerlendirilirken çok fazla iktisadi kavram bir arada değerlendirilir. Hak sahibinin piyasada sahip olduğu konum, patent sahibinin piyasadaki satış koşullarını belirleyip belirlemediği, patent konusu ürünün rakiplerce piyasaya sunulan diğer ürünlerin rekabeti ile karşı karşıya kalıp kalmadığı gibi çok çeşitli ölçüt göz önüne alınmaktadır.³¹² Patent, marka, telif hakkı gibi fikri mülkiyet hakları pazar gücünden ziyade giriş engeli oluşturmaktadır. Öte yandan bu haklar, rekabetçi bir yapısı olan, pek çok giriş engelinin mevcut olduğu ve bu tür

³¹¹ Kaya, 2003, s.3.

³¹² Kaya, 2003, s.3.

fikri mülkiyet haklarının da önemli rol oynadığı otomobil pazarı gibi pazarlar dikkate alındığında; her şartta giriş engeli oluşturarak pazarın rekabetçi bir yapıya sahip olmasına engel olmadıkları da anlaşılmaktadır.³¹³ Kaya³¹⁴ bu duruma ABD Yüksek Mahkemesinde verilen *Walker Process ve Spectrum Sports* kararlarını örnek olarak göstermiştir. Mahkeme verdiği 6 Aralık 1965 tarihli *Walker Process*³¹⁵ kararında; patentin sağladığı hakların kötüye kullanımı iddia edilmesi neticesinde, patentli ürün varlığının kendi başına ilgili ürün pazarını oluşturup oluşturmadığının kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. 25 Ocak 1993 tarihli *Spectrum Sports*³¹⁶ kararında ise; mahkemece patentli olan ürünün ilgili ürün pazarını oluşturmadığı sonucuna varıldığını vurgulamıştır.

Ancak, fikri mülkiyet hakkına konu olan ürünün ilgili pazar olarak tanımlanması halinde hak sahibinin pazarda hâkim durumda olması kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Özellikle, pazarın oldukça dar tanımlandığı hallerde bu durum daha da belirgin hale gelmektedir. Örneğin; Komisyon tarafından 22 Aralık 1987 tarihinde verilen *Eurofix-Bauco v. Hilti* kararında³¹⁷; Hilti uyumlu çivilerin ayrı bir ürün pazarlarını oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Kararda ilgili ürün pazarını oldukça dar bir biçimde tanımlanmıştır. Hilti firması tarafından üretilen çivi tabancalarındaki kartuş şeritlerinde patent korumasından yararlanması nedeniyle Hilti çivi tabancaları ile uyumlu kartuş piyasasına üretim yapmak isteyen yeni teşebbüslerin girememesi neticesinde Hilti'nin rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız davranabilmesini hâkim durum göstergesi olarak farz edilmiştir.³¹⁸

Fikri mülkiyet haklarının, hak sahibine kendi başına bir tekel hakkı vermediği ya da hâkim durum sağlamadığına ilişkin genel bir düşünce mevcuttur. Öte yandan fikri mülkiyet hakları sahibine tek başına tekel veya hâkim durumun bahşetmemekteyse de Hilti kararında olduğu gibi belirli koşullar dâhilinde bu duruma sebep olabilmektedir. Belirli koşullarda ise tekelci uygulamalarda vasıta olarak kullanılabilmekte ya da konsu olduğu sözleşmelerde rekabeti olması gerekenden daha fazla sınırlayıcı etki göstermesi

³¹³ Kaya, 2003, s.4.

³¹⁴ Kaya, 2003, s.5.

³¹⁵ *Walker Process Equipment, Inc., Petitioner, v. Food Machinery and Chemical Corporation*, 382 U.S. 172 (86 S.Ct. 347, 15 L.Ed.2d 247).

³¹⁶ *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 US 447 (1993).

³¹⁷ 88/138/EEC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988D0138&from=EN> Erişim Tarihi:25.03.2018.

³¹⁸ Yanık, 2003, s.28.

mümkün olabilmekte³¹⁹ ya da fikri ve sınai hakkın sağladığı münhasırlığın hâkim durumun devamında etki gösterebilmektedir.³²⁰ Aynı şekilde sahip olunan patent veya lisans yolu ile hakim durumun kötüye kullanılması bu duruma verilebilecek en spesifik örneklerdendir.

Bir fikri mülkiyet hakkı olarak patent, rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki açısından özel önem arz etmektedir. Keza patentten elde edilen karlar toplumsal olarak kullanışlı olup yaratıcı faaliyeti güçlendirir. Patentler tarafından sağlanan korumanın yokluğunda, rekabetçi endüstrilerin yeni buluş üretmek için çabası neredeyse yok denecek kadar azalacaktır.³²¹

Güçlü bir inhisari hak sağlayan patent hakkının yatırımlarla doğrudan ilgisi bulunmakta olup, patent sahipliği ve patent lisansları ciddi pazar avantajı anlamı taşıyarak sahibinin rekabette öne geçmesine yardımcı olmaktadır.³²² Sanayi alanında bilginin alışverişe ya da dış ticarete konu olması başka bir deyişle teknolojinin dolaşıma girmesinin yolu da patent lisans sözleşmelerinden geçmektedir. Patent lisans sözleşmeleri sayesinde teknoloji ve bilginin, emin bir biçimde transferi sağlanmaktadır. Zira patent lisans sözleşmeleri, patentlerin sahipleri dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını konu edinerek teknolojinin yayılması ve rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun birlikte uygulanmasını sağlamaktadır.³²³ Bu doğrultuda; patent lisans sözleşmeleri, patent hakkı sahibinin patent sayesinde elde etmiş olduğu haklarını rekabet ilişkilerine zarar vermeden en verimli şekilde kullanma imkânını ifade etmektedir. Ayrıca lisans veren açısından da yatırımının kendisine geri dönüşünü sağlama imkânı sunmaktadır.³²⁴

Lisans anlaşmaları sayesinde hak sahibinin izni ile üçüncü kişilere bir bedel karşılığında kullanım hakkı tanınmakta, bu yolla yeni ürün ve hizmet piyasalarında yeni teknoloji etkin bir biçimde yayılıp dağılarak rekabeti arttırıcı etki yaratabilmektedir.³²⁵ Bu nedenle aynı konuda birden çok teşebbüse lisans verilmesi durumunda piyasada rekabetin daha yoğun işlemesi sağlanacaktır.³²⁶ Bunun yanı sıra lisans sahibi bir gayri maddi mala erişiminin gelişmesi neticesinde sınai olanaklarını geliştirerek piyasada

³¹⁹ Angı, 2005, s.5.

³²⁰ Gürzümar, 2006, s.167.

³²¹ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, s.66.

³²² Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

³²³ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

³²⁴ Torti, 2016, s. 222.

³²⁵ Angı, 2005, s.7.

³²⁶ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

daha kolay rekabet eder hale gelmeye imkân bulmaktadır.³²⁷ Lisans verme yolu ile teknolojik ürünler diğer üretim faktörleri ile birleştirilerek, endüstriyel sahada kullanıma sunulabilmektedir. Aynı şekilde, lisans sözleşmeleri teknolojik ürünün sağladığı getiriyi arttırarak ar-ge şeklinde yapılan yatırımların çoğalmasını teşvik etmekte ve bağımlı teknolojilerin bir arada kullanımını mümkün kılınabilmektedir.³²⁸

Ancak her ne kadar lisans anlaşmaları bu iki hukuk dalının beraber uygulanmasını sağlamakta ise de lisans anlaşmaları yolu ile rekabet ihlal edilmekte ve fikri mülkiyet hakları yolu ile hâkim durumun kötüye kullanılması şeklinde rekabet ihlali ortaya çıkabilmektedir. Lisans alana tanınan lisansın, inhisari lisans olması halinde, lisans konusu fikri ürünü yalnızca tek bir teşebbüsün üretmesi mümkün olacaktır. Bu durumda, lisans alan teşebbüs o ürünün olduğu pazarda özellikle pazarın dar tanımlanması halinde hâkim duruma ve hatta tekel haline gelebilecektir. Bu bağlamda inhisari lisans, lisans alanın ekonomik rekabet gücünü kuvvetlendirmesinde kendisini gösterecektir.³²⁹ Lisans hakkına tanınan münhasırlık yalnızca belirli bir süre için bile verilmiş olsa dahi rekabetin azalmasına yol açabilmektedir.³³⁰

Özellikle inhisari lisans sahibi olan teşebbüsler ilgili teknik alanda güç kazanmakta ve patentlerin yarattığı tekel hakkı neticesinde rekabet hukukunun temel konusu olan piyasa düzeni, piyasa da egemenlik kurma eylemleri etkilenerek biçimlenmektedir. Bu doğrultuda patent veya lisansın tek elde toplanmasına göre rekabet ortamı şekillenmektedir.³³¹ Hâkim durumda olan teşebbüs, teknolojik üstünlüğünü kullanarak sahip olduğu fikri ürüne ilişkin lisans vermeyerek ya da lisans konusunda ayrımcılık yaparak veya kendisine hak sahibi tarafından tanınan inhisari lisans sonucunda, pazarı istediği şekilde bölebilecek ve pazar kontrol etmesi mümkün hale gelebilecek, bu neticede teşebbüs ilgili pazarda serbest rekabet oluşmasına engel olabilecektir.³³²

Bunun gibi lisans sözleşmesinde yer alan bazı koşullarda rekabeti kısıtlayıcı etkide yaratabilmektedir. Sözleşmelerde yer alan lisans ücreti koşullarına ilişkin olarak münhasırlık, kullanım alanı, miktar kısıtlamaları, rekabet etme yasağı, yeniden satış fiyatının belirlenmesi, bağlama gibi dışlayıcı nitelikte hükümler getirilebileceği gibi,

³²⁷ Erdem, 2002, s.133.

³²⁸ Boztosun, 2002,s.87.

³²⁹ Demirbaş, 2011, s.464.

³³⁰ Angı, 2005, s.12.

³³¹ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, S.186.

³³² Yeniay, 2014, s. 2041.

koordinasyon doğurucu nitelikte karşılıklı lisans ve havuz anlaşmaları yolu ile de rekabetin kısıtlanmasına yol açılabilmektedir.³³³ Lisans sözleşmeleri ile sözleşme taraflarına getirilen sınırlamalar ve yükümlülükler ya da sözleşmelerin bir vasıta şekilde alet edildiği çeşitli uygulamaların varlığında rekabet hukukunun müdahalesini gerektirmektedir.³³⁴

Aynı şekilde her teşebbüse aynı içeriğe sahip lisans verilmemesi halinde de; daha geniş koşullarda lisans alanın rekabet etme gücü kuvvetlenmektedir.³³⁵ Benzer olarak, lisans hakkı belli bir coğrafi bölge ile kısıtlı olarak da tanınabilmekte, lisans veren lisanslı teknolojiyi bir başkasına lisans vermeyeceğini lisans alana taahhüt etmektedir. Diğer lisans alanlarda kendi bölgesinde satışa sunduğu lisanslı ürünlerin diğer lisans alanların bölgesinde satışa sunulmasını önlemeye yönelik tedbirler almayı taahhüt edebilmektedir.³³⁶

Lisans verenin sözleşme ile şart koşarak, taraflar arasında lisans alanın lisans konusu ürüne rakip malları üretmemesi ya da satmamasının kararlaştırılması gibi rekabet etmemeye yönelik sözleşme yükümlülükleri rekabete aykırı davranışlar kapsamında değerlendirilecektir. Lisans verenin lisans sözleşmesi ile hedefi; sözleşme konusu patenti ortaya çıkartırken yapmış olduğu yatırım harcamalarını lisans alanın taahhüt ettiği edimler sayesinde geri almaktır. Bu nedenle de lisans alanın sözleşme süresince rakip faaliyetlere yoğunlaşarak lisanstan beklenen faydayı azaltmayacağını garanti altına almak istemektedir. Lisans verenin azımsanamayacak bir pazar gücüne sahip olması halinde, rekabet etmeme yükümü getiren lisans sözleşmeleri, pazarın önemli ölçüde kapanması veya lisans verebilecek teşebbüs sayısının fazla olmadığı durumda giriş engeli meydana getirmesi gibi riskleri doğurabilmektedir.³³⁷

Bu bağlamda; rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çatışması esasen fikri mülkiyet hakkının iktisabı aşamasında değil, bu hakkın kullanımı aşamasında fikri mülkiyet korumasının sağladığı tekel hakkının rekabet üzerinde potansiyel veya fiili olumsuz etki doğurması veya bu amaçla kullanılması halinde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle

³³³ Angı, 2005, s.7.

³³⁴ Angı, 2005, s.7.

³³⁵ Angı, 2005, s.12.

³³⁶ Boztosun, 2002,s.45.

³³⁷ Angı, 2005, s.16.

patent hakkının veya patent lisans sözleşmelerini rekabet hukuku kapsamında denetleme mekanizmaları gündeme gelecektir.³³⁸

Rekabet hukuku bağlamında getirilen çözüm yollarını Boztosun; rekabeti kısıtlayıcı lisans sözleşmesi koşullarının hükümsüz kılınması, zarar gören kişi talepleri, zorunlu lisans, şeklinde üç başlık altında toplamıştır. Patent gibi teknolojik ürünlerin kullandırılmasına yönelik lisans sözleşmelerinin rekabete aykırı olmaları halinde bu sözleşmeler kesin hükümsüz hale gelebilecektir. Ancak sözleşme içeriğindeki bazı kısıtlayıcı hükümlerin rekabete aykırılığı söz konusu ise bu halde kısmi geçersizlikten söz etmek mümkün olacaktır. Bazı hukuklarda ise zarar gören kişilerin rekabete aykırı davranıştan zarar görmeleri halinde tazminat talep etmelerine olanak sağlanmıştır.³³⁹

Boztosun'un da belirtmiş olduğu üzere zorunlu lisans da birçok iç hukukta ve uluslararası anlaşmalar ile getirilen çözüm yollarından olup, iç hukukumuzda da yer almakta, rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara karşı getirilen bir denetleme mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Boztosun'un belirtmiş olduğu bu çözüm yollarının yanı sıra fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun birlikte uygulanmasını sağlayan bir diğer denetleme mekanizması olarak karşımıza tükenme ilkesi çıkmaktadır. Rekabet hukuku kapsamında tüketiciye farklı teşebbüsler tarafından arz sağlanmasını ister. Buna karşılık fikri mülkiyet hakkı sahibi hakkın somutlaştığı malların piyasaya arzı konusunda da tekel niteliğindeki haklara sahiptir. Bu piyasaya arz etme hususunda yalnızca belirli kanallar kullanılmasının önüne geçilmesi için tükenme ilkesi kullanılmaktadır.

Bu nedenle çalışmamızın buradan sonraki kısmında patentler açısından rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun birlikte uygulanmasını sağlayan zorunlu lisans ve tükenme ilkesi kavramlarına değinilecektir.

Ardından ise patentlerin kötüye kullanılarak rekabet ihlaline vasıta olmalarında oynadıkları rolün örneklenmesi açısından pay-for-delay anlaşmalarından ve bu anlaşmalara ilişkin olarak Amerikan mahkemelerinde verilen kararlara ve Avrupa Komisyonu tarafından verilen kararlara değinilecektir.

³³⁸ Boztosun, 2002, s.76.

³³⁹ Boztosun, 2002, s.97.

3.2. ZORUNLU LİSANS

3.2.1.Genel Olarak

Kişilere, hukuki ilişkilerini serbest iradeleri ile kendi sorumlulukları altında diledikleri gibi düzenleme imkânı tanıyan irade özerkliği, Borçlar Hukukunda sözleşme serbestisi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.³⁴⁰ Dayanağını Anayasanın 48.maddesinde yer alan *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”* hükmünden alan TBK’nun 26.maddesine göre; *“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* Bu kapsamda sözleşme serbestisi sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, sözleşmenin karşı tarafını seçerek dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğünü, sözleşmenin konusunu ve tipini belirleme özgürlüğü, şekil özgürlüğü ve son olarak sözleşmede değişiklik yapma ve sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğünü kapsamaktadır.³⁴¹ Öte yandan TBK’un 27.maddesi ile bu serbestinin sınırlarını çizilerek *“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”* denilmiştir.

Sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisi kapsamında; serbest olan kişi sözleşmeyi dilediği kimse ile yapma konusunda da tam bir hareket serbestisine sahip olacaktır. Ancak sözleşme yapıp yapma serbestisinin yanında “kanundan” veya “sözleşmeden” doğan sözleşme yapma zorunluluğu sözleşme yapıp yapmama serbestisinin istisnaları olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁴² Zorunlu lisans yolu ile de lisans alan kanun tarafından sağlanan yetki sayesinde karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip olmaktadır.³⁴³

Lisans sözleşmeleri patentler ile korunan teknolojinin kullanılmasını özendirir ve korunan teknolojinin temin edilebileceği kaynağının birden fazla olduğunu garantiler. Lisans verenin korunan ürünün imalatçısı olması halinde, bu durum beraberinde lisans verenin teknoloji pazarını belirli bir düzeyde taşıyacak ekstra rekabet eden kimseleri de

³⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 2010,s. 501.

³⁴¹ Kocayusufpaşaoğlu, 2010, s.503.

³⁴² Kocayusufpaşaoğlu, 2010 s.505.

³⁴³ Aydınçık, 2006, s.63.

getirecektir. Her ne kadar bu tür rekabet edenler, lisans verenin emeğinin karşılığını finansal olarak verme borcu altına girmelerinden dolayı lisans verene karşı rekabet açısından dezavantajlı olsalar da, söz konusu ürünün piyasa da bulunan değişik kaynaklardan temin edilebilirliği artmış olacaktır.³⁴⁴

Bunların yanı sıra lisans verenin imalat ve dağıtım faaliyetlerini ve işgücünü sağlayamadığı durumlarda fikri mülkiyet ürünlerinin yeterli derecede yapabilmek için gerekli ek kaynakları ve teknikleri sağlayabilecek olan şirketlere veya kişilere lisans verilmesi yeni buluşların ve ürünlerin pazara sunulmasında önemli bir rol oynar. Bu sebeple lisans sözleşmeleri, teknolojinin koordineli bir biçimde gelişimini teşvik etmektedir.³⁴⁵ Patentlerin kullanılması ve üretime, istihdama katkı sağlanması istenildiğinden belirli şartlar altında lisans ilişkisi kamu gücü ile kurulabilmektedir.³⁴⁶

Sözleşme serbestisi kapsamında da esasen kural patent hakkı sahibi ile lisans alanın kendi iradeleri ile sözleşme yapmasıdır. Ancak buluş sahibine teknik ilerlemeye olan katkısı neticesinde patent verilerek münhasır koruma sağlanmaktadır. Patent sahibi sahip olduğu bu hakkı kötüye kullanması ve söz konusu teknik ilerlemeden faydalanmadığı tespit edilen haller için zorunlu lisansa ilişkin hükümler getirilmiştir.³⁴⁷ Zorunlu lisans yolu ile lisans alan kanunun sağladığı bir yetki sayesinde karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip olmaktadır.³⁴⁸ Diğer bir deyişle, lisans alan kanundan doğan yetki sayesinde hak sahibini lisans sözleşmesi yapmaya zorlama olanağına sahip olmaktaysa bu lisansa zorunlu lisanstır.³⁴⁹ Zorunlu lisans, teknolojik ürün sahiplerinin hak sahipliğinin kamu yararına aykırı sonuçlarının ortaya çıkmasını önlemeye yönelik bir mekanizmadır. Lisans sözleşmesi ise fikri mülkiyet hakkı sahibi ya da onun yetkilendirdiği kişi arasında rıza uyuşması ile oluşur. Zorunlu lisansta ise sözleşme yapma zorunluluğu çerçevesinde ve belirli şartlar çerçevesinde ilgili sınai hakkı kullanma imkânının, hak sahibinin rızası olmaksızın söz konusu hakkı kullanmak isteyen kimseye zorunlu olarak tanınması söz konusudur. Zorunlu lisansta

³⁴⁴ Yılmaz, 2003, s. 120.

³⁴⁵ Yılmaz, 2003, s. 120.

³⁴⁶ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, s.209.

³⁴⁷ Ongan, Ocak 2007, s.57.

³⁴⁸ Aydınçık, 2006, s.63.

³⁴⁹ Özdemir, 2002, s.16.

taraf iradelerini göz ardı edilmekte, koşullar gerçekleşmesi halinde patent sahibini lisans verme borcu altına sokmaktadır.³⁵⁰

Zorunlu lisansa ise yetkili bir mercii tarafından hükmedilmesi neticesinde fikri mülkiyet hakkının sahibi ile üçüncü kişilere fikri mülkiyet hakkı üzerinde lisans hakkı tanır. Tanınan bu lisansın koşulları ve süresi yetkili mercii tarafından belirlenir.³⁵¹ Bu bağlamda, zorunlu lisans sistemi patent sahibinin inhisari nitelikteki hakkı ile ülke ekonomisinin geliştirilmesinden sağlanacak olan kamu yararı arasında adil bir denge yaratmak amacıyla öngörülmüştür.³⁵² Zorunlu lisans sistemi ile teknik anlamda yenilik getiren bir buluşa patent verilmesi ile hak sahibine buluşu üzerinde inhisari yetkiler bahşeden mutlak hakkın kötüye kullanılmasından doğabilecek olan ekonomik ve sosyal sakıncalar ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.³⁵³ Öte yandan fikri mülkiyet haklarının zorunlu lisanslanmasına neden olan haller genellikle fikri mülkiyet hakkı sahibinin sahip olduğu bu hakkı yasaların sağladığından daha fazla genişletmeye çalışması halinde söz konusu olmaktadır.³⁵⁴

Zorunlu lisans fikri mülkiyet düzenlemeleri içerisinde öngörülmüş olmakla beraber rekabet hukukuna ait bir yaptırım olarak da karşımıza çıkmakta olup her iki hukuk dalında da yer alıyor olması nedeniyle her iki hukuk dalı içinde bir denetleme türü olduğundan söz etmek mümkündür.³⁵⁵ Teknolojik ürün sahiplerinin hakları ile ilgili olarak rekabete aykırı uygulamalarda bulunmaları durumunda rekabet otoriteleri yetkilendirilmiş olmaları halinde zorunlu lisans yaptırımını uygulayabilirler. Zorunlu lisans bu bağlamda, fikri mülkiyet hakkı sahipliğinin kamu yararına aykırı sonuç doğurmasını önlemeye yönelik bir mekanizma olarak rekabete aykırı uygulamaların etkilerinin giderilerek yeniden rekabet ortamının tesis edilmesinde kullanılması mümkündür.³⁵⁶ Burada kullanılan zorunlu patent lisansı şartları incelendiğinde; bu hakkı sağlamış olmanın temel sebebinin serbest rekabeti sağlamak ve bu hakkın sahibi ile rakipleri arasında denge sağlamak olduğu görülmektedir.³⁵⁷

³⁵⁰ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s. 49.

³⁵¹ Boztosun, 2002, s.51.

³⁵² Kırkbeşoğlu 2009, s.1096.

³⁵³ Kırkbeşoğlu, 2009, s.1096.

³⁵⁴ Arıöz/Özbek, 2010, s.18.

³⁵⁵ Boztosun, 2002, s.50.

³⁵⁶ Boztosun, 2002, s.51.

³⁵⁷ Özdemir, 2002, s. 184.

Üreticilerin ve kullanıcıların toplum sağlığı, toplum beslenmesi ve kamu yararı ölçüsünde ihtiyaçlarını karşılayan amaçlara ve prensiplere de sahip olan ³⁵⁸ ve Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPS Anlaşması'nın 8.maddesinde; *“Üyeler, yasa ya da kurallarını düzenleme ya da tadil etme sırasında, kamu sağlığı ve beslenmenin korunması ve sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişim için yaşamsal önem taşıyan sektörlerde kamu yararını sağlamak için, bu anlaşma hükümlerine uygun olan gerekli önlemleri alabilirler. Bu Anlaşma hükümlerine uygun olan önlemler, fikri mülkiyeti haklarının, hak sahipleri tarafından kötü kullanılmasını önleyecek ya da ticareti gereksiz şekilde engelleyen uygulamalardan ya da teknolojinin uluslararası iletimini olumsuz şekilde etkilenmesinden koruyacak nitelik taşıyabilir. Bu Anlaşma hükümlerine uygun olan önlemler, fikir mülkiyeti haklarının, hak sahipleri tarafından kötü kullanılmasını önleyecek ya da ticareti gereksiz şekilde engelleyen uygulamalardan ya da teknolojinin uluslararası iletimini olumsuz şekilde etkilenmesinden koruyacak nitelik taşıyabilir.”* denilmektedir.

Aynı anlaşmanın 31.maddesinde hak sahibinin izni olmadan patentin başka şekilde kullanılması düzenlenmiş, madde de belirtilen koşullar ve prosedürlere uyulması halinde zorunlu lisans vermede üye ülkelerin yetkili olduğu belirtilmiştir. Anlaşmanın 8.maddesi kapsamında belirlenen amaçlar dâhilinde; bir fikri mülkiyet yaptırımı olarak karşımıza çıkan zorunlu lisans, rekabet hukuku bağlamında da bir denetleme mekanizması olarak anlaşmada kabul görmüştür. Zira 31.maddenin k bendinde de rekabete aykırı durumların kaldırılması amacı söz konusu olması halinde b bendindeki belirli koşul ve belirli prosedür şartı ve f bendindeki “yurt içi pazarına arz” şartları aranmadan zorunlu lisansın verilebileceği kabul edilmiştir.³⁵⁹ Bu doğrultuda fikri mülkiyet haklarını kötüye kullanmaya yönelik tek taraflı davranışlar göz önüne alınarak; tek taraflı rekabete aykırı davranışları düzeltmeyi mümkün kılan bir hukuki çare olarak da zorunlu lisans kabul edilmiştir.³⁶⁰

SMK'nın zorunlu lisans başlıklı 129.maddesinde de her iki hukuk dalında uygulanabilir bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddeye göre; *“(1) Zorunlu lisans, aşağıda*

³⁵⁸ Brown, 2012, s.2.

³⁵⁹ Pınar, 2004, s. 21.

³⁶⁰ Nguyen, 2010, s.44.

belirtilen şartlardan en az birinin bulunması hâlinde verilebilir: a) 130³⁶¹ uncu madde hükmüne göre patent konusu buluşun kullanılmaması b) 131³⁶² inci maddede belirtilen patent konularının bağımlılığının söz konusu olması. c) 132³⁶³ nci maddede belirtilen kamu yararının söz konusu olması. ç) 30/4/2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması. d) İslahçının, önceki bir patente tecavüz etmeden yeni bir bitki çeşidi geliştirememesi. e) Patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması” denilmektedir.

3.2.2. Fikri Mülkiyet Hukuku Kapsamında Zorunlu Lisans

3.2.2.1 Kullanmama Halinde Zorunlu Lisans

Patent tescil sistemindeki temel amaç buluşların üretime konu edilerek iktisadi kazanç sağlanması ve teknolojinin geliştirilmesidir. Bu nedenle tescil edilmesinin ardından üretilmeyen ve lisans verilmek suretiyle üretimi yapılmayan patentlerin rekabet hukukuna aykırı amaçlara vasıta olma olasılığı söz konusu olacaktır. Bu nedenle teknolojik yenilikten kendisi değilse de bir üçüncü kişiye lisans verme yolu ile yararlanılması mümkün iken toplumun çıkarlarına ve patent sisteminin temel

³⁶¹ “Kullanılmama durumunda zorunlu lisans” başlıklı 130.maddeye göre; “(1) Patent sahibi veya yetkili kıldığı kişi, patentle korunan buluşu kullanmak zorundadır. Kullanımın değerlendirilmesinde pazar şartları ve patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki şartlar göz önünde tutulur. 12628 (2) Patent verilmesi kararının Bülteinde yayımlanmasından itibaren üç yıllık veya patent başvurusu tarihinden itibaren dört yıllık sürelerden hangisi daha geç sona eriyorsa, o sürenin bitiminden itibaren ilgili herkes zorunlu lisans talebinin yapıldığı tarihte, patent konusu buluşun kullanılmaya başlanmamış olduğu veya kullanım için ciddi ve gerçek girişimlerde bulunulmadığı ya da kullanımın ulusal pazar ihtiyacını karşılayacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Söz konusu durum, haklı bir neden olmaksızın, buluşun kullanımına aralıksız olarak üç yıldan fazla ara verildiği hâllerde de uygulanır.”.

³⁶² “Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans” başlıklı 131.maddeye göre; “Patent konusu buluşun, önceki patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması hâlinde, patent konuları arasında bağımlılık söz konusu olacağından, sonraki tarihli patentin sahibi önceki tarihli patent konusu buluşu, sahibinin izni olmaksızın kullanamaz. (2) Patent konuları arasında bağımlılık olması hâlinde, sonraki tarihli patentin sahibi, patent konusu buluşunu kullanmak için, buluşunun önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şartıyla zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. Sonraki tarihli patentin sahibine zorunlu lisans verilmişse, önceki tarihli patentin sahibi de sonraki tarihli patent konusu buluşu kullanmak için kendisine zorunlu lisans verilmesini talep edebilir. (3) Bağımlılığı olan patentlerden birinin hükümsüzlüğü veya patent hakkının sona ermesi hâlinde, zorunlu lisans kararı da ortadan kalkar.”

³⁶³ “Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans” başlıklı 132.maddeye göre; “(1) Kamu sağlığı veya millî güvenlik nedenleriyle patent konusu buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için islah edilmesinin büyük önem taşıması veya patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde, ilgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca; a) Kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesine, b) Buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse buluşun şartlı olarak zorunlu lisans konusu yapılmasında kamu yararı bulunduğuna, karar verilir.”.

amaçlarına aykırı biçimde bundan kaçınmak sadece eylemsiz kalma süresinde hak sahibinin haklı gerekçeleri varsa hoş görülmektedir.³⁶⁴ Haklı sebep; SMK'nın 130.maddesi kapsamında “pazar şartları ve patent sahibinin kontrolü ve iradesi dışındaki şartlar”dır. Zorunlu lisans şartının oluşmaması için patent sahibi üretime geçmekteki gecikmesini haklı sebeplere dayanarak açıklamalıdır. Bu gecikmenin kendi kusurundan değil, kendisi dışında gerçekleşen ve karışması mümkün olmayan mercilerin işlemleri nedeniyle olduğunu kanıtlaması halinde, zorunlu lisansın şartları oluşmaz.³⁶⁵ Haklı sebebin olmadığı hallerde bu hoşgörü süresi tescilin yayınından itibaren 3 yıldır. Bu süre dolmasının ardından patent sahibi, zorunlu lisans ile muhattap olmak zorunda kalabilir.

Bu doğrultuda, hak sahibi ile rekabet halinde olan diğer teşebbüslerin zorunlu lisans talep etme hakları doğmaktadır. Bu talepte bulunurken talep eden teşebbüs, rakip teşebbüs tarafından patentin kullanımına başlanılmamış olması ve bu gecikmenin haklı bir sebebe dayanmıyor olduğu gerekçesine dayanacaktır. Aslolan patentin kullanılarak sanayi ve ticarete uygulanması olduğundan, patentin zorunlu lisansa konu edilmesi hak sahibinin patenti kullanmamasına karşı kanuni olarak getirilmiş olan bir yaptırım türüdür.³⁶⁶ Her ne kadar kullanmama halinde zorunlu lisans, bir fikri mülkiyet yaptırımını olarak karşımıza çıkıyor olsa da esasen şartlar gerçekleşmesi halinde rakiplere patenti kullanma imkanı tanınması açısından rekabet hukuku yönünden faydalı bir mekanizma olduğu açıktır.

3.2.2.2. Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans

Kullanmama haline benzer şekilde SMK'nın 131. maddesinde patent konularının bağımlılığı söz konusu olduğunda, zorunlu lisans verilebileceği söylenmektedir. Üretim yapmak isteyen bir patent sahibi, patentinin daha önce verilmiş başka bir patente bağımlı olması durumunda zorunlu lisans yoluna gidilebilir. Bu şekilde zorunlu lisans verilebilmesi için patent konusu buluşun, önceki patentten yararlanılmadan kullanılmasının mümkün olmaması gerekir. Burada zorunlu lisans hükmedilmesi şartını Güneş şu şekilde ifade etmektedir; “Patent sahibinin kendi patentinin önceki patentten daha değişik bir sınaî amaca hizmet ettiğini veya kendi patentinin önemli bir teknik

³⁶⁴ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.51.

³⁶⁵ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.52.

³⁶⁶ Güneş, 2014, s.704.

ilerleme gösterdiğini, ispat etmesi şarttır.”³⁶⁷ Bağımlılığı olan patent konusu buluşlar aynı endüstriyel amaca hizmet ediyorsa kanununun 131. Maddesine göre; “sonraki tarihli patentin sahibine zorunlu lisans verilmişse, önceki tarihli patentin sahibi de sonraki tarihli patent konusu buluşu kullanmak için kendisine zorunlu lisans verilmesini talep edebilir.” Bağımlılığı olan patentlerden herhangi birisi üzerindeki hak sona ererse veya bunlardan birinin hükümsüzlüğüne karar verilirse zorunlu lisansta sona erecektir.³⁶⁸

3.2.2.3. Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans

İlgili Bakanlığın teklifi ile Bakanlar Kurulu tarafından alınan idari bir karar ile kamu yararı gerekçe gösterilerek patent sahibinin zorunlu lisans muhatabı olması başka bir deyişle buna mecbur tutulması mümkündür.³⁶⁹ SMK'nın 132. Maddesine göre; “Kamu sağlığı veya millî güvenlik nedenleriyle patent konusu buluşun kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edilmesinin büyük önem taşıması veya patent konusu buluşun kullanılmamasının ya da nitelik veya nicelik bakımından yetersiz kullanılmasının ülkenin ekonomik veya teknolojik gelişimi bakımından ciddi zararlara sebep olacağı hâllerde” kamu yararının varlığı kabul edilecektir.

3.2.2.4. Başka Ülkelerdeki Kamu Sağlığı Sorunları Sebebiyle Zorunlu Lisans

SMK'nın 129.maddesinin ç bendinde “ 30/4/2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokolde belirtilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatının söz konusu olması” halinde patentin zorunlu lisansa konu olabileceği belirtilmektedir. Bu bent kapsamında uygulanacak olan zorunlu lisans, esasen hem fikri mülkiyet yaptırımı olarak hem de rekabet hukuku yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku, ilaçlarda dâhil olmak üzere patentlere gerekli korumayı sağlayarak, teknolojik yeniliklerin gelişiminde teşvik edici rol oynamakta ve yatırımcılara gerekli korumayı sağlamaktadır. Ancak ticari amaçlar çerçevesinde şekillenmiş olan bu sistem, gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçları

³⁶⁷ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.52.

³⁶⁸ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.52.

³⁶⁹ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.53.

doğrultusunda uygun ilaçların üretilmesi gerekliliğini karşılayamamaktadır.³⁷⁰ Nitekim etkin rekabete dayalı bir piyasanın ve bu piyasada rol alan teşebbüslerin temel amacı karı maksimum seviyeye ulaştırmaktır. Bu nedenle ilaç sektöründe dahi rekabet ve karlılık ön plana çıkararak yeni ilaç yatırımlarına ilişkin Ar-Ge faaliyetleri dahi karlı hastalıklara yönelmektedir.³⁷¹ Ancak özellikle gelişmekte olan ülkelerde insan yaşamını tehdit eden salgın hastalıklara karşı mücadele verilebilmesi gibi daha önemli ve yaşam hakkına yönelik amacın sağlanabilmesi için ilaç patenti sahibinin ticarete yönelik maddi haklarının ikinci plana atılması gerekmektedir.³⁷² Bu maksatla, Doha Kalkınma Turu Müzakereleri kapsamında gerçekleştirilen çeşitli konferanslarda, güçlü bir inhisari hak olan patent hakkına getirilebilecek olan istisnalar tartışılmıştır. Zira patent koruması, ilaç fiyatlarının yükselmesine neden olmakta ve bu nedenle gelişmekte olan ülkelerdeki hastaların ilaçlara erişimini zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda, müzakerelerde ilaç patentlerine bazı istisnalar getirilmesi suretiyle ilaca erişim kolaylaştırılarak toplum sağlığının korunması amaçlanmış,³⁷³ TRIPS anlaşması kapsamında getirilen zorunlu lisans sisteminin ilaç patentlerine uygulanabilirliğine vurgu yapılmıştır.

Keza yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere TRIPS anlaşmasının; 8.maddesinin göre üye devletler, fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılmasını önleyecek şekilde kamu sağlığını korumak için gerekli olan önlemleri almaya yetkilidir. Bu maksatla üye ülkeler, anlaşmanın 31.maddesindeki koşullar dâhilinde ve kendi iç hukuklarında getirmiş oldukları koşullar çerçevesinde, kamu sağlığının korunması amacıyla, ilaç patentlerine ilişkin olarak, ilaç üretimi yapmak isteyen jenerik ilaç firmalarına zorunlu lisans vermekte yetkilidir. Ancak bu düzenleme gelişmemiş ve gelişmekte olan ülkeler için yeterli değildir. Nitekim bu ülkelerin sahip oldukları ekonomik güç ve endüstriyel kapasite, kamu sağlığını ciddi ölçüde tehdit eden salgın hastalıklar ile mücadele için gereken ilaçların üretilmesi için yeterli değildir. Bu nedenle bu ülkelerde zorunlu lisans dahi çıkartılamamaktadır.³⁷⁴

³⁷⁰ Büyüktanır/Birinci/Ömürgönülşen, 2012, s. 13.

³⁷¹ Büyüktanır/Birinci/Ömürgönülşen, 2012, s. 15.

³⁷² Sargin, 2013, s.461.

³⁷³ Sargin,2013, s.452.

³⁷⁴ Sargin,2013, s.445

Müzakereler çerçevesinde yayınlanan Doha Deklarasyonu ile kamu sağlığının korunmasının TRIPS anlaşmasının amaçlarından birisi haline gelmesi nedeniyle³⁷⁵ müzakereler kapsamında gerçekleştirilen çeşitli konferanslar neticesinde anlaşma metninde bu amaca yönelik değişiklik yapılmıştır. Keza deklarasyonda az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin kamu sağlığına ilişkin sorunları ve bu sorunların çözümünde TRIPS'in rol oynaması gerektiği öngörülmüştür.³⁷⁶

Bu bağlamda gelişmemiş ve az gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans çıkartamama durumlarına yönelik bir çözüm yolu olarak; Genel Konsey tarafından 30 Ağustos 2003 tarihinde verilen karara dayalı olarak³⁷⁷ 6 Aralık 2005³⁷⁸ tarihinde Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasını Değiştiren Protokol ile anlaşma metninde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik asıl anlaşma metnine eklenmiştir.

SMK'nın 129.maddesinin ç bendi ile de TRIPS Anlaşmasında yapılan 6 Aralık 2005 tarihli değişiklikte belirtilen hükümlere atıf yapılmaktadır. Bu hükümler ile oluşturulan sistemde ise halk sağlığını tehdit eden ciddi salgın hastalıklar karşısında az gelişmiş olan ülkelere uygun fiyatla ucuz ilaç temin edilmesi amaçlanmaktadır.³⁷⁹ Anlaşma metninde yapılan değişiklik ile ve iç hukukumuzda yapılan bu düzenleme ile anlaşmanın 31.maddesinin f bendinin ortaya çıkardığı sakınca giderilmeye çalışılmıştır.

Keza 31. Maddenin f bendi kapsamında; zorunlu patent lisansı verilmesi halinde, bu lisansın verildiği ülkenin ancak kendi ihtiyacı kadar ilaç üretilebilmesine olanak vardır. Maddeye göre; zorunlu lisans verilmesi halinde, hak sahibi izni olmadan kullanılacak olan patent kapsamında üretilecek ürünler yalnızca bu kullanıma izin veren üyenin yurt içi pazarına arz edilebilecektir.

Bu durum ilaç ihtiyacı duyan ancak söz konusu ilacı zorunlu lisans çıkartarak üretecek ekonomik güce sahip olmayan gelişmemiş ülkelerin ucuz ilaç ihtiyaçlarını geliştirmekte olan ülkelere ithalat yolu ile karşılama imkânını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle Doha Müzakereleri kapsamında bu maddenin ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek için 6 Aralık 2005 tarihinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile 31.maddenin f

³⁷⁵ Önay, 2010, s.1361.

³⁷⁶ Önay, 2010, s.1361.

³⁷⁷ https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm Erişim Tarihi: 05.06.2018.

³⁷⁸ https://www.wto.org/english/news_e/pres05_e/pr426_e.htm Erişim Tarihi: 05.06.2018.

³⁷⁹ Sargın, 2013, s.445.

fikrasında belirtilen koşula istisna getirilmiştir.³⁸⁰ Getirilen istisna kapsamında ithalatçı ve ihracatçı ülkelerin TRIPS Konseyine belirli bildirimleri yapmaları halinde üye ülkelerin birinde zorunlu lisans kapsamında üretilen ilaçların başka bir üye ülkeye ihraç edilebilmesinin önü açılmıştır. Bu sayede yeterli üretim kapasitesi olmayan bir ülkede kamu sağlığının tesisi kapsamında hastalıklarla mücadele edebilmesi için gerekli ilaçlar zorunlu lisans ile başka ülkede üretilen jenerik ilaçlardan temin edilebilecektir.

Bildirim yükümlülüğü kapsamında ithalatçı ülke TRIPS Konseyine; ithal edilecek ilacın türü ve miktarını, ilaç üretimine ilişkin yetersiz üretim kapasitesine ilişkin beyanını ve ilaç kendi ülkesinde patentli ise bu patente ilişkin zorunlu lisans çıkardığını veya çıkarmaya niyetli olduğunu bildirmek ile yükümlüdür.

İhraç eden ülke ise; zorunlu lisans kapsamında ithalatçı ülkenin TRIPS konseyine belirtmiş olduğu ve ülkenin ihtiyacını karşılayacak miktarda ürün üretmelidir. Zorunlu lisans kapsamında üretilen bu ürünler etiketleme ve markalama yoluyla, zorunlu lisans sistemi dâhilinde üretilmiş oldukları belirlenmelidir. Üretilen bu ürünlerin etiketleme ve markalamasında farklı renkler ve şekiller kullanılmalıdır.³⁸¹ Bu farklı renk ve şekillerin kullanılması ilacın ücretinin değişmesine neden olmamalıdır. Ayrıca ihraç eden ülke ilaç gönderiminden önce gidecek olan ürün miktarını ve ürünlerin ayırt edici özelliklerini Dünya Ticaret Örgütü'nün web sitesinde yayınlamalıdır.

TRIPS anlaşmasının 31.maddesinin f bendinde getirilen bu değişiklik iç hukukumuzda da kabul görmüştür.³⁸² Yapılan bu değişikliğe uygun olarak, Sınai Mülkiyet Kanununun 129.maddesinde, TRIPS ve 6 Aralık 2005'te yapılan değişiklik ile getirilen şartların sağlanması hâlinde başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatı halinde zorunlu lisans verilebileceğine hükmedilmiştir. Bu düzenleme sayesinde, gelişmemiş ülkelerin ilaç ihtiyaçlarının zorunlu lisans verilerek Türkiye'den temin edilebilmesinin önü açılmıştır.

³⁸⁰ https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/wtl641_e.htm , Erişim Tarihi: 06.06.2018.

³⁸¹ Önay, 2010, s.1378.

³⁸² <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140315-4.htm> Erişim Tarihi:06.06.2018

3.2.3. Rekabet Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Lisans

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 129.maddesinin 2.fıkrasında ise “(e) bendi kapsamında verilecek zorunlu lisans Rekabet Kurumundan talep edilir.” denmektedir. Şu halde Rekabet Kurumu Sınai Mülkiyet Kanununun 129/2.maddesi kapsamında zorunlu lisans verme konusunda yetkilidir. Patent bir tekel alanı yaratıyor olması nedeniyle verilen bu hakkın karşılığında patent hakkı sahibinin yatırım yapması ve üretime geçmesi istenilmektedir. Ancak ilgili pazarda hâkim durumda olan bir patent sahibinin rekabet kuralları gereğince patent yolu ile hâkim durumunu kötüye kullanılması halinde Rekabet Kurulu müdahale edebilmektedir.³⁸³ Burada Rekabet Kurulu tarafından verilecek karar neticesinde patent hakkı konusu buluşu kullanırken hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilen teşebbüsün lisans sözleşmesi yapmak zorunda bırakılması idari bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁸⁴

Sınai mülkiyet kanunu yürürlüğe girmeden öncesinde Patent’e ilişkin hükümleri düzenleyen PATKHK’da hak sahibinin, patentten doğan haklarını kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması halinde zorunlu lisans verilebileceği öngörülmemiştir. Ancak yine de öğretilerde rekabetin bozulduğu varsayımından hareketle rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde, sözleşme özgürlüğü sınırlandırılarak sözleşme ilişkisi kurulmasının sağlanıp sağlanmayacağı tartışması yapılmıştır.³⁸⁵ Gürzumar; zarar görenin, Borçlar Hukuku kapsamında genel kabul gören “sözleşmenin yapılmasına yönelik aynen tazmin” talebinde bulunma imkânının, RKHK’un 6.maddesinin sözleşme yapmaktan kaçınma yoluyla ihlal edilerek hâkim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilmesi halinde de uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu doğrultuda, sözleşmenin kurulması şeklinde aynen tazmin edilmesine karar verilmesi olanağının mümkün olduğunu ifade etmiştir.³⁸⁶ Özdemir’de hak sahibinin lisans ilişkisine girmesi zorlanarak, sahibi olduğu monopol durumunun kamu yararı doğrultusunda sınırlandırılabilirliğini, bu sınırlandırmanın ise emredici kurallar doğrultusunda getirildiğini ve böylece sözleşme yapma özgürlüğüne kısıtlama getirildiğini ifade etmiştir.³⁸⁷ Boztosun’da zorunlu lisansın teknolojik ürün sahipliğinin

³⁸³ Güneş, 2017, Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans, s.50.

³⁸⁴ Kırkbeşoğlu, 2009,s.1117.

³⁸⁵ Kırkbeşoğlu, 2009, s.1113.

³⁸⁶ Gürzumar, 2006, s.69.

³⁸⁷ Özdemir,2002, s.210.

kamu yararına aykırı sonuç doğurmasını önlemeye yönelik mekanizma olması nedeniyle rekabete aykırı uygulamaların etkilerinin giderilmesinde ve yeniden rekabet ortamının tesis edilmesinde kullanılabileceğini belirtmiştir.³⁸⁸

Fikri ürün sahibi teşebbüsün kendisi tarafından geliştirilmesi halinde, teşebbüsler bu fikri ürünü pazara giriş engeli haline getirmek yolu ile başka teşebbüslere lisans vermek istemeyebilir ya da ayrımcılık yaparak bazı teşebbüsleri piyasa dışına itme amacı güdebilirler.³⁸⁹ Bunun gibi fikri ürün sahibi şahıs veya şirket tek bir teşebbüse inhisari lisans tanınması halinde de söz konusu pazara girişleri engellemiş olacaktır.³⁹⁰ Bu halde de fikri ürünü elinde bulunduran ya da kendisine inhisari lisans tanınmış olan teşebbüs, pazarın dar tanımlanması halinde pazarda hâkim duruma hatta tekel haline dahi gelebilecek, söz konusu fikri ürün pazara giriş engeli yaratmış olacaktır.³⁹¹ Bu duruma karşılık olarak getirilmiş olan hukuki çözüm yolu ise zorunlu lisanstır.

Patentte zorunlu lisans sistemi, patent sahibinin inhisari nitelikteki hakkı ile ülke ekonomisinin geliştirilmesinden sağlanacak olan kamu yararı arasında adil bir denge yaratmak amacıyla öngörülmüştür.³⁹² Bu sistem ile teknik anlamda yenilik getiren bir buluşa patent verilmesi neticesinde, hak sahibine buluşu üzerinde inhisari yetkiler bahşeden bu mutlak hakkın kötüye kullanılmasından doğabilecek olan ekonomik ve sosyal sakıncalar ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır.³⁹³ Ancak bu sisteme karşıt görüşler de mevcuttur. Zorunlu lisans sistemi ile piyasaya yeni girişler sağlanarak rekabet hukukunun amacına hizmet edildiği ileri sürülüyor olsa da, lisans verme zorunluluğu getirmenin kısa vade de dahi ekonomik refaha zarar vereceği ileri sürülmektedir. Keza zorunlu lisanslama neticesinde lisans vermeye zorlanan hak sahibinin karının düşürülmesine sebep olunabilecektir. Bunun gibi yarışa girme neticesinde verilen lisans karşılığında, lisans alanın lisans bedeli ödemek zorunda olduğu göz önüne alındığında; lisans vermek zorunda olan tarafın karı artma, lisans alanın ise ödediği lisans bedeli neticesinde yarışta geride kalma olasılığı vardır. Nitekim zorunlu lisanslama halinde de lisanslanan yeniliğe karşılık bedel ödenmesi

³⁸⁸ Boztosun, 2002, s.51.

³⁸⁹ Yeniay, 2014, s. 2031.

³⁹⁰ Yılmaz, 2003, s. 124.

³⁹¹ Yılmaz, 2003, s. 124.

³⁹² Kırkbeşoğlu, 2009, s.1096.

³⁹³ Yavuz, 2005, s.26.

zorunludur.³⁹⁴ Bu nedenle, zorunlu lisanslamaya karşıt olan görüşler, zorunlu lisanslama ile lisanslamaya hükmedilmesi neticesinde ekonomik refahın kısa dönemde bile düşürülmesi ve yenilik yapma güdüsünün düşürülerek de uzun dönemde refah kaybına yol açacağı belirtmektedir.³⁹⁵

Bu tartışma neticesinde ise akıllara gelen bir diğer soru ise; “*patentlere daha kısa süreler için ancak daha geniş yetkiler tanımak mı yoksa sonsuza kadar sürecek daha dar yetkiler bahşetmek mi daha doğru olur?*”³⁹⁶ sorusudur. Fikri mülkiyet sisteminin patenti korumasının temel sebebi yenilik teşvikidir³⁹⁷ ve patente sağlanan münhasır koruma olmazsa başka kişilerin buluşu kopyalaması ve daha ucuz şekilde satması nedeniyle buluş sahibine bu buluşunun finansal dönüşü yetersiz kalabilir.³⁹⁸ Bu nedenle, yasalarla gerçekleştirilen bu koruma, yeniliği teşvik etme amacını gerçekleştirmeye yetecek kadar olmalıdır ancak yenilikçi çabanın ortaya çıkarılması için gerekli olandan süreden de daha uzun olmamalıdır. Nitekim rekabetin de yeniliği arttırmada bir rolü olduğu bir gerçektir ve patent hakkı sahibinin hakkının gereğinden fazla korunması halinde piyasada rekabetin azalması, az yeniliğe neden olabilecektir.³⁹⁹ Bu nedenle hak sahibinin yenilik yaratma ve yatırım yapma güdüsünün azalması ve engellenmesi ihtimali karşısında tehlikeye düşen kamu yararı ile söz konusu haktan yararlanarak mal ve hizmet üretmek isteyen teşebbüs vasıtasıyla piyasa da oluşacak rekabet baskısından sağlanacak olan kamu yararı ve teşebbüsün bu varlığı kullanarak elde edeceği iktisadi menfaat arasında denge kurulması şarttır.⁴⁰⁰ Bu nedenle patentlerde teknoloji yaratma ve bundan faydalanma konusunda kamu yararının korunması düşüncesi olması nedeniyle patentlerin zorunlu lisansa tabi olabileceklerini ifade edilmektedir.⁴⁰¹

3.2.3.1. Zorunlu Unsur Doktrini

Zorunlu lisans bağlamında öğretisi ve yargı kararlarında karşımıza çıkan kavram *zorunlu unsur doktrini* olmaktadır. Zorunlu unsur kavramı irade özgürlüğünün borçlar hukukundaki görünümü olan sözleşme serbestisi ve rekabet hukukundaki dinamik

³⁹⁴ Yavuz, 2005, s.26.

³⁹⁵ Yavuz, 2005, s.26.

³⁹⁶ Yavuz, 2005, s. 27.

³⁹⁷ Boztosun, 2002, s.39.

³⁹⁸ Anderman/Schmidt, 2011, s.98.

³⁹⁹ Yavuz, 2005, s. 27.

⁴⁰⁰ Gürzümar, 2006, s.22.

⁴⁰¹ Özdemir, 2002, s. 275.

rekabetin sağlanması ilkelerinin kesişim noktası olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰² Burada hâkim durumda olan teşebbüse veya bu teşebbüse lisans tanıyan hak sahibine borçlar hukukunun temel ilkesine aykırı olarak sözleşme yapmaya yönelik bir zorunluluk yüklenmektedir. Buna göre; şartların oluşması halinde eğer hak sahibi hâkim durumda olan teşebbüs ise bu teşebbüse rakipleri ile sözleşme yapma zorunluluğu, hak sahibi bir başkası ise bu halde bu kişiye sözleşme yapma zorunluluğu getirilmektedir.⁴⁰³ Bir teşebbüs rakibiyle anlaşma yapmaktan kaçınması, somut olayda RKHK'un 6.maddesinin ihlali sayılırsa bu halde teşebbüs rakibiyle anlaşma yapmak zorunda olmasına rağmen bu zorunluluğa uymamış demektir. Zorunlu unsur doktrini ile rakiple anlaşma yapmaktan kaçınmanın hâkim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi için hangi şartlar gerçekleşmelidir sorusunun cevabı aranmaktadır. Bir başka deyişle, zorunlu unsur doktrini sözleşme yapma yükümlülüğünün doğması için gereken şartları açıklayan yaklaşımdır.⁴⁰⁴ Zorunlu unsur doktrininin uygulandığı kararlarda temel amacın yeni pazarları rekabete açmak olduğu görülmektedir.⁴⁰⁵

Temellerini Amerikan hukukundan alan zorunlu unsur doktrini Amerika'da "aspen skiing principle- zorunlu unsur doktrini" olarak anılmakta olup,⁴⁰⁶ bu doktrin Amerika'da ilk kez Supreme Court tarafından 1912 tarihli *United States v. Terminal Road*⁴⁰⁷ kararında uygulanmıştır.⁴⁰⁸ AB komisyon ve mahkemelerinde ise "olağanüstü durumlar" konsepti adı altında nadiren göz önünde bulundurmaktadır.⁴⁰⁹ İç hukukta da verilen kararlarda bu doktrinden bahsedilmektedir. Konuya ilişkin ABD hukuku uygulaması ile AB hukuku uygulamasından birbirlerinden farklıdır. Avrupa Birliğinde, doktrinin uygulanması açısından önkoşul olarak hâkim durumda olma kıstası varken, ABD uygulamasında zorunlu unsurun bir tekelin kontrolünde olması koşulu aranmaktadır.⁴¹⁰ Bu nedenle ABD'de AB'ye göre doktrinin göre daha sınırlı uygulandığı söylenebilecektir.⁴¹¹ Bu farklılığın temel sebebi; AB uygulaması ve Türk

⁴⁰² Yeniay, 2014, s. 2033.

⁴⁰³ Yeniay, 2014, s. 2033.

⁴⁰⁴ Gürzümar, 2006, s.23.

⁴⁰⁵ Karaege, 2010, s.57.

⁴⁰⁶ Torti, 2016, s. 223.

⁴⁰⁷ 224 US 383

⁴⁰⁸ Dırenisa, 2012, s. 634

⁴⁰⁹ Torti, 2016, s. 223.

⁴¹⁰ (900 F.2d. 566 (2d. Circuit 1990)) kararında doktrinin uygulanma ilkelerini saymıştır Buna göre;"(1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility." <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/900/900.F2d.566.89-7972.978.html> .

⁴¹¹ Ölmez, 2003, s.5.

hukuku uygulamasında odak noktasının hâkim durumun kötüye kullanılması olması karşısında Amerikan hukukunun odak noktasının tekelin elde edilmesi, genişletilmesi ve muhafaza edilmesi olmasıdır. Bu nedenle zorunlu unsur doktrini çerçevesinde denetlenen davranışlar rakiplere yönelik diğer ilgili pazarda rekabetin azaltılması şeklinde gerçekleşir ise, Amerika’da “tekelleşme” veya “tekelleşmeye teşebbüs” çerçevesinde değerlendirilirken AB ve Türk hukukunda “hakim durumun kötüye kullanılması” çerçevesinde incelenecektir.⁴¹²

Anayasanın 13.maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.*” denilmektedir. Bu bağlamda Anayasa m.48’de belirtilen sözleşme yapma özgürlüğünün 4054 sayılı kanunun 6.maddesinin genel norm teşkil ediyor olması nedeniyle rakiple anlaşma yapmaktan kaçınma hâkim durumun kötüye kullanılması sayılması halinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilerek kısıtlanabileceğinden söz etmek mümkün olacaktır.⁴¹³

Zorunlu unsur doktrini kapsamında *mal göndermekten veya hizmet sunmaktan kaçınma, lisans sunmaktan kaçınma ve erişim sağlamaktan kaçınma* olarak iş yapmaktan kaçınma hallerini üçe ayıran yaklaşımda erişim sağlamaktan *mal göndermekten veya hizmet sunmaktan kaçınma* ve erişim sunmaktan kaçınma hallerinde maddi bir varlık söz konusudur, lisans vermektan kaçınma halinde ise gayri maddi bir mal olan fikri mülkiyet hakları söz konusudur.⁴¹⁴

Doktrin ve yargı kararlarında tartışılan husus fikri ve sınai hak sahibinin hakkın sağladığı münhasırlık devam ettiği süreçte birlikte kullanma suretiyle fikri mülkiyet hakkını kullanarak pazara girişi sağlaması içinde zorunlu unsur doktrininin kullanıp kullanılmayacağıdır. Bir görüşe göre; fikri mülkiyet hakkı sahibine münhasırlık sağlaması doğaldır ve bu nedenle zorunlu unsur doktrini bu haklar için uygulanamaz. Gürzümar’a göre ise fikri ve sınai hakla fiziksel varlıklar üzerindeki mülkiyet hakkı arasında bir farklılık yaratmak doğru olmayacaktır, zorunlu unsur doktrinini tüm şartları ile beraber bu haklara da uygulamak gerekmektedir.⁴¹⁵ Aynı şekilde “zorunlu unsur”u “esaslı unsur” olarak nitelendiren Karaege’de⁴¹⁶ esaslı unsurun hammadde, liman,

⁴¹² Karaege, 2010, s.31.

⁴¹³ Gürzümar, 2006, s.51.

⁴¹⁴ Gürzümar, 2006, s.163.

⁴¹⁵ Gürzümar, 2006, s.163.

⁴¹⁶ Karaege, 2010, s.21.

demiryolu ağıları ve tesisleri, stadyum, telekomünikasyon ağıları ve havalimanı gibi fiziksel bir varlık olabileceği gibi oluşturan fikri ürünlerden oluşabileceğini belirtmektedir.

Şu halde hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında; maddi bir varlığa yönelik olarak mal vermeyi reddetme ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak da lisans vermeyi reddetme şeklinde iki tip reddetme eyleminden söz edilecektir.⁴¹⁷ Dolayısıyla zorunlu unsur doktrinin fikri mülkiyet alanındaki karşılığı zorunlu lisanslamadır.⁴¹⁸ Zorunlu unsur doktrini hâkim durumdaki teşebbüsün elinde bulunan unsurun zorunluluğunun kabul edilmesinin ardından teşebbüse yahut hakkın sahibi teşebbüs dışında bir kişi ise bu kişiye sözleşme yapma zorunluluğu getirebilmektedir. Rekabet ihlalinin ortadan kaldırılması ve piyasada rekabetin yeniden tesisi sözleşme yapma zorunluluğu getirilerek sağlanacak ise; RKHK kapsamında fikri mülkiyet hakkı sahibine zorunlu unsur doktrini kapsamında lisans sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilebilecektir.⁴¹⁹

Zorunlu unsur doktrini, fikri mülkiyet hukuku kapsamında; lisanslama ve lisans taleplerinin reddedilmesi durumunda rol oynar. Fikri mülkiyet hukuku, hak sahibine tanınan mülkiyet hakkını kullanmaya ya da lisans verme konusunda tek taraflı karar verme tekeli rekabet hukukunun piyasa da hâkim durumda olan teşebbüslerin tekel gücünü kötüye kullanmalarını engelleme amacı doğrultusunda kısıtlamaktadır.⁴²⁰

Bu kapsamda doktrin; *“tekel veya hâkim durumda olan bir teşebbüsün münhasıran kontrolü altında tuttuğu bir varlık veya imkânın kullanılmasının belli bir pazarda faaliyet gösterebilmek için zorunlu olduğu kabul edilmesi halinde söz konusu teşebbüs bu varlık ya da imkânı başka teşebbüslere (rakiplere) de kullandırmaya hukuken zorlanabilmesinin şartlarını belirleyen hukuk kuralı”*⁴²¹ olarak tanımlamaktadır.

Gürzûmar zorunlu unsur doktrinini dar anlamda ve geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olmak üzere ikiye ayırarak, ayrımı şu şekilde ifade etmektedir⁴²²;

“Eğer somut olayda, ilgili unsur, münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuruyorsa ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya sunulmasının, başka

⁴¹⁷ Yavuz, 2005, s. 4.

⁴¹⁸ Yavuz, 2005, s.8.

⁴¹⁹ Yeniay, 2014, s.2035.

⁴²⁰ Yeniay, 2014, s.2035.

⁴²¹ Yeniay, 2014, s.2034.

⁴²² Gürzûmar, 2006, s.159.

teşebbüslere -ivazlı olarak kullandırılmasının) unsur sahibinin iştiğal alanına girdiği kabul edilemiyorsa, bu unsurun sahibi tarafından (alt) pazardaki (potansiyel) rakiplerine (yani o unsuru kullanarak mal veya hizmet üretmek isteyen teşebbüslere) kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ilke dar (gerçek) anlamda zorunlu unsur doktrini olacaktır. Buna karşın, eğer somut bir olayda, ilgili unsur, münhasıran, sahibinin ona dayanarak sunduğu (alt) Pazar faaliyetine özgülenmiş bir işletme unsuru değilse ve bu nedenle de bu unsurun pazarlanmasının (piyasaya arz edilmesinin, başka teşebbüslere - ivazlı olarak - kullandırılmasının) unsur sahibinin iştiğal alanına girdiği kabul edilebiliyorsa, bu durumda bu unsurun sahibi tarafından (alt pazardaki) rakiplerine kullandırılması zorunluluğunu değerlendirecek ölçütün de, özellikle ATAD'ın Commercial Solvent kararını da işaret edecek şekilde, geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olarak adlandırılması mümkündür.”

Bu doğrultuda da RKHK'un 6.maddesi kapsamında ihlal sayılabilmesi için belirli şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Gürzûmar, dar anlamda zorunlu unsur doktrini ve geniş anlamda zorunlu unsur doktrinin uygulanma şartlarını da ayrı ayrı belirtmiştir. Buna göre; dar anlamda zorunlu unsur doktrinin uygulanabilmesi için; üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse ait olan ve alt pazarda mal veya hizmet üretimine ya da sunumuna yarayan bir iktisadi varlık mevcut olmalıdır, bu varlık hâkim durumdaki teşebbüse yararlanma talebi ile başvuran (alt) pazardaki (potansiyel) rakibin söz konusu mal veya hizmetleri üretebilmesi ya da sunabilmesi için, kendisinden mutlaka yararlanılması gereken bir unsur (zorunlu unsur) teşkil etmeli ve alternatifinin yaratılması imkansız olmalıdır, zorunlu unsurun sahibi olan hâkim durumdaki teşebbüs (alt) pazardaki (potansiyel) rakibinin bu talebini reddetmiş olmalı ve bu reddedişi haklı nedene dayanmıyor olmalıdır ve hakim durumdaki teşebbüsün talebi reddetmesi, (alt) pazardaki rekabetin tamamen olanaksız hale gelmesi(rekabete zaten kapalı ise bunun devamı, değil ise rekabete kapatılması) ve böylece pazarın, münhasıran, üst pazardaki unsur sahibi teşebbüse özgülenmesi sonucunu doğurmalıdır.⁴²³

Gürzûmar ,dar anlamda zorunlu unsur doktrinine benzer şekilde geniş anlamda zorunlu unsur doktrini şartlarını da şu şekilde ifade etmiştir, üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse ait olan ve alt pazarda mal veya hizmet üretimine ya da sunumuna yarayan bir iktisadi varlık mevcut olmalıdır, bu varlık hakim durumdaki teşebbüse yararlanma talebiyle başvuran, (alt) pazardaki (potansiyel) rakibin söz konusu mal veya hizmetleri üretebilmesi ya da sunabilmesi için, kendisinden mutlaka yararlanılması

⁴²³ Gürzûmar, 2006, s.26-28.

gereken unsur (zorunlu unsur) teşkil etmeli ve ihtilaf çıktığı sırada bir alternatifi fiilen bulunmamalı ve/veya sahibinden böyle bir alternatifin (bazı durumlarda, derhal) yaratılmasının beklenilmesi makul olmamalı, zorunlu unsurun sahibi olan hakim durumdaki teşebbüs, (alt) pazardaki (potansiyel) rakibinin bu talebini reddetmiş ve bu reddediş haklı bir nedene dayanmıyor olmalı, hakim durumdaki teşebbüsün talebi reddetmesi, (alt) pazardaki (potansiyel) rakibinin rekabetin olanaksız hale gelmesine yol açmalı ve böylece (alt) pazardaki rekabetin sınırlanması sonucunu doğurmalıdır.⁴²⁴

Bu şartlar kapsamında geniş anlamda zorunlu unsur doktrinin değerlendirme alanına giren bir olayda dar anlamda zorunlu unsur doktrinin şartları gerçekleşmiş ise ihlal tespiti de evleviyetle yapılabilecektir.⁴²⁵ Keza dar anlamda zorunlu unsur doktrini şartları geniş anlamda zorunlu unsur doktrini şartlarından daha ağırdır.

Öte yandan Tekdemir⁴²⁶ zorunlu unsur doktrini şartlarını Gürzümar gibi dar anlamda ve geniş anlamda olarak ayırmayarak ve ATAD'ın MCI firmasını zorunlu unsur doktrini çerçevesinde haklı bulmuş olduğu kararına atıf yaparak mahkemenin “zorunlu unsur doktrini”nin uygulama esaslarını “i. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekeli teşebbüs tarafından kontrolü, ii. (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/alt yapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkânsız olması, iii. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi, iv. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması“ şeklinde ifade etmektedir.

Ölmez⁴²⁷ ise; şartlarını şu şekilde ifade etmiştir; “Bir teşebbüsün faaliyetinin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ihlal niteliği taşıması için öncelikle unsurun zorunlu olduğunun ispatlanması ve ardından bu unsura erişimin reddediliyor olması gerekmektedir. Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temelde iki kriter bulunması gerekmektedir. Bunlar; (1) unsura sahip firmanın ilgili pazarda hakim durumda olması ve (2) bu unsurun benzerinin ‘makul şartlarda’ yapılamıyor olmasıdır. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için (3) bir reddetme eyleminin bulunması ve (4) bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmıyor olması zorunluluğu bulunmaktadır.”

⁴²⁴ Gürzümar, 2006, s.29-31.

⁴²⁵ Gürzümar, 2006, s.32.

⁴²⁶ Tekdemir, 2003, s.18 .

⁴²⁷ Ölmez, 2003, s. 14.

Bu kapsamda şartları; (i) zorunluluk, (ii) reddetme eyleminin varlığı, (iii) reddetmenin haklı nedenlere dayanmıyor olması şeklinde üç başlık altında incelemek mümkündür.

3.2.3.1.1. Zorunlu Unsur Doktrininin Uygulanma Şartları

3.2.3.1.1.1. Zorunluluk

Bir olayda doktrinin uygulanabilmesi için zorunluluk unsurunun öncelikle tespit edilmesi gerekmektedir. Burada tespit edilecek olan bu unsur üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse ait olan ve alt pazarda mal veya hizmet üretimine ya da sunumuna yarayan bir iktisadi varlık olmalıdır.⁴²⁸ Zorunluluğun belirlenmesi için; varlığın (ikincil) pazardaki rekabet için önem taşıdığına tespit edilebilmesi gerekmekte ve bunun yanı sıra benzerinin kurulmasının (düplikasyon) fiilen ve mantıken imkânsız olduğunun gösterilmesi gerekmektedir.⁴²⁹ Bu doğrultuda, ilgili varlığın avantajlı olması yeterli bir sebep teşkil etmeyecektir. Bu unsurun ikincil pazardaki rekabetin varlığı için merkezi olduğu gösterilmek zorundadır.⁴³⁰ Zorunluluğun ispatlanması için ise sadece reddetme sonucunda ekonomik olarak kayba yol açacak uygunsuz bir durumun meydana gelmesi yeterli olmayıp, teşebbüsün söz konusu varlığa ilişkin herhangi bir alternatifin mevcut olmaması nedeniyle pazardan çıkmak zorunda kalacağını ispatlaması gerekir.⁴³¹

Bu koşullar dâhilinde bir unsurun zorunlu olduğunun kabulü için iki temel koşul vardır. Buna göre; unsura sahip olan teşebbüs pazarda hâkim durumda olmalıdır ki bu koşul ABD uygulamasında teşebbüsün tekel olması şeklindedir ve unsurun benzerinin mantıken yapılamıyor olması gerekmektedir. Bu iki koşul dâhilinde öncelikle AB Hukuku ve Türk Hukuku bakımından hâkim durumun tespit edilmesi gerekmektedir.

3.2.3.1.1.1.1. Hakim durum tespiti

Hâkim durum veya tekel tespiti için pazar tanımlamasının iyi yapılması önem arz etmektedir. Nitekim Pazar tanımının yapılmasının ardından hâkim durum söz konusu pazarda teşebbüsün sahip olduğu pay ile belirlenmektedir. RKKH'ın 3.maddesine göre hakim durum; *"Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve*

⁴²⁸ Gürzümar, 2006, s.26-28.

⁴²⁹ Ölmez, 2003, s. 14.

⁴³⁰ Tekdemir, 2003, s.19.

⁴³¹ Tekdemir, 2003, s.19.

(900 F.2d. 566 (2d. Circuit 1990)) *"As the word "essential" indicates, a plaintiff must show more than inconvenience, or even some economic loss; he must show that an alternative to the facility is not feasible."* <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/900/900.F2d.566.89-7972.978.html> Erişim Tarihi: 4.4.2018.

müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmaktadır.

Hâkim durumdaki teşebbüsün elindeki varlığa erişim talebinin reddi neticesinde alt pazardaki tüm rakiplerin veya bir çoğunluğunun ilgili pazardan çıkması sonucunu doğuruyorsa bu unsurun zorunlu olduğu kabul edilir.⁴³² Keza zorunlu unsurun varlığının kabul edilmesi için; söz konusu olan bu unsurun pazarda başka herhangi bir alternatifi bulunmalıdır. Bu durum zorunlu unsura sahip olan teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumda olması sonucunu doğurmaktadır.⁴³³

3.2.3.1.1.1.2. Unsurun benzerinin makul şartlar altında yapılamıyor olması

Ölmez bu şartı şu şekilde ifade etmektedir; *“unsurun zorunluluğunun belirlenmesi için alternatif, sürdürülebilir bir varlığın makul ve uygulanabilir bir şekilde kurulmasının imkânsız olduğunun ya da mantiken mümkün olmadığının ispatlanması gerekmektedir.”*⁴³⁴ Burada bu unsurun bir benzerinin yapılması sadece unsuru talep eden teşebbüs için değil, diğer tüm teşebbüsler için de mümkün ya da makul olmamalıdır.⁴³⁵ Bu doğrultuda gerçek veya potansiyel bir ikamenin mevcut olmaması gerekmektedir.⁴³⁶ Rekabet Kurulu D2/1/F.T.-01/1 dosya numaralı, 06-02/47-8 numaralı, 5.1.2006 tarihli kararında bu şartı şu şekilde ifade etmektedir; *“Doktrinin ana felsefesi; üst pazardaki sınırlı kaynağın alt pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için zorunlu olması ve bundan dolayı üst pazarı kontrol eden teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmayı reddederek alt pazardaki rekabeti sınırlandırma, diğer bir deyişle alt pazarı da tekelleştirme imkânına sahip olmasıdır. Bu zorunluluk, üst pazardaki faaliyetin gerçek ya da potansiyel alternatifinin olmamasından ve buna ihtiyaç duyan teşebbüslerin makul olarak aynı veya benzerini kuramamasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı rekabet otoriteleri, üst pazarda ortaya çıkan yoğunlaşmış yapının, alt pazardaki rekabetçi yapıyı tehdit etmesinin önüne geçmek ve buradaki rekabet koşullarını geliştirmek amacıyla, zorunlu unsur doktrini altında teşebbüslere*

⁴³² Yeniay, 2014, s. 2033.

⁴³³ Doğan, 2011, s.5.

⁴³⁴ Ölmez, 2003, s. 15.

⁴³⁵ Karaege, 2010, s.64.

⁴³⁶ Judgment of The Court of First Instance (Second Chamber), In Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94, “on the application of Article 86 of the Treaty that a product or service cannot be considered necessary or essential unless there is no real or potential substitute” s. II – 3223

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0374&from=EN>, Erişim tarihi: 07.04.2018.

*rakipleriyle zorunlu anlaşma (paylaşım) yükümlülüğü getirmektedirler.*⁴³⁷

Bu kararda unsurun alternatifinin kurulması ya da o unsurun üretilmesinin imkânsız olması şeklinde getirilmiş olan bir standart söz konusudur.⁴³⁸ Unsurun alternatifinin kurulmasının zor olmasında; coğrafi güçlükler, kanuni sınırlamalar, doğal tekel veya unsurun sahip olduğu eşsiz bir özellik yahut unsurun kurulması için kamu desteğinin gerekli olması veya teknolojik yetersizlikler gibi etkenler rol oynayabilir.⁴³⁹ Söz konusu unsurun benzeri kurulması veya sağlanması coğrafi, fiziki koşullar, hukuki veya ekonomik sebepler nedeniyle imkânsız olabilir. İmkânsızlık sebebiyle unsurun zorunluluk arz ediyor olması objektif şartlara göre belirlenmelidir.⁴⁴⁰

Burada zorunlu unsur niteliği taşıyan varlığın aynı işlevi yerine getirecek şekilde benzerinin talep sırasında bulunmaması ve yaratılmasının da imkânsız olmasını düplikasyon imkânsızlığı olarak tanımlayan Gürzûmar⁴⁴¹ bu imkânsızlığın teknik, hukuki ya da iktisadi nedenlerden ileri gelebileceğini ifade etmektedir. Öte yandan zorunlu unsur doktrinini dar anlamda ve geniş anlamda zorunlu unsur doktrini olarak ayıran Gürzûmar bu imkânsızlık şartının geniş anlamda zorunlu unsur doktrini kapsamında yumuşatılarak uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre; hâkim durumda olan teşebbüse yararlanma talebi ile başvuran (alt) pazardaki potansiyel rakibin söz konusu mal ve hizmetleri üretebilmesi ya da sunabilmesi için, kendisinden yararlanılması gereken bir unsur bulunmalı ve ihtilaf çıktığı sırada bir alternatifi fiilen bulunmamalı ve talep sahibinden böyle bir alternatifi yaratmasının beklenmesi makul olmamalıdır. Geniş anlamda zorunlu unsur doktrininde bu şartın uygulanabilmesi için ise alternatif yaratılması teknik nedenlerle zaman alacak ve talep sahibi olan teşebbüsün pazara girme olasılığı zaman içerisinde dışsalılıklarında devreye girmesi neticesinde ortadan kalkacak veya hali hazırda pazarda olan rakibin pazardan çıkmasına sebep olacak ise bu halde imkânsızlığın gerçekleştiğinden bahsedilir.⁴⁴²

Hukuki düplikasyon imkânsızlığı olarak karşımıza yasal tekel olarak nitelendirebileceğimiz fikri ve sınai hak koruması çıkmaktadır. Her ne kadar fikri mülkiyet hakkının sağladığı tekel hakkı ile hâkim durumda olmak özdeş kavramlar

⁴³⁷ REKABET KURULU KARARI Dosya Sayısı : D2/1/F.T.-01/1 Karar Sayısı : 06-02/47-8 Karar Tarihi : 5.1.2006 1230. Paragraf .

⁴³⁸ Arıöz/Özbek 2010, s. 24.

⁴³⁹ Tekdemir, 2003, s.20.

⁴⁴⁰ Yeniay, 2014, s. 2034.

⁴⁴¹ Gürzûmar, 2006, s.27.

⁴⁴² Gürzûmar, 2006, s.29.

olmasa da fikri mülkiyet korumasının genişliği ve türü hak sahibi dışındaki kişiler için hukuki düplikasyon imkânsızlığı olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim fikri mülkiyet hakkının konusunu oluşturan gayri maddi malın işlevsel açıdan benzerinin yaratılması hukuken ve fiilen imkânsız olmasa dahi bu gayri maddi mal alt pazardaki mal ve hizmetler için endüstri standartı haline gelmiş ise bu halde de düplikasyon işlevsiz ve anlamsız hale gelecek olduğundan bir imkansızlık söz konusu olmaktadır.⁴⁴³ Bu nedenle lisans sahibi olmama nedeniyle benzerinin kurulamıyor olması durumunda hukuki imkânsızlık söz konusudur.⁴⁴⁴

Ekonomik imkânsızlık olarak ise; karşımıza özellikle altyapının zorunlu unsur olarak değerlendirildiği kararlarda; söz konusu unsurun benzerinin yapılmasını aşırı maliyetli olması durumu çıkmaktadır. Bu halde çok yüksek yatırım maliyeti bir unsuru zorunlu hale getirebilmektedir.⁴⁴⁵

Komisyonca, alt pazardaki ürünlerin temini için gerekli kontrolü sağlayan zorunlu unsura sahip olan hâkim durumdaki teşebbüsün davranışını ne şekilde belirlemek gerektiği konusunu özellikle değerlendirilmiştir. Eğer hâkim durumdaki teşebbüs pazar gücü vasıtasıyla potansiyel rakiplerin pazara girişlerine engel oluyor ya da kendisinin de faaliyette bulunduğu pazarda mevcut teşebbüslerin pazardan çıkmasına sebep oluyor ise bu durum fikri mülkiyet mantığına uysa da AB rekabet hukuku açısından ihlal niteliği taşıyacağı muhakkaktır.⁴⁴⁶ Lisans vermeyi reddetme eylemi, gerçek ve potansiyel ikamesi olmayan ve söz konusu faaliyetlerin yürütülmesi bakımından vazgeçilmez bir mal veya hizmeti ilgilendiriyor ise bir ihlal biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; Adalet Divanının 5 Ekim 1988 tarihli Volvo UK vs. Veng kararında⁴⁴⁷; arabalar için, yedek parçaları için ve Volvo arabalarının tamir ve bakım pazarı olmak üzere üç farklı pazar belirlemiş, Volvo'nun araba pazarında değil ancak yedek parça pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Bu doğrultuda, bakım ve onarım pazarı için ikamesi yapılması mümkün olmayan zorunlu unsurlar üzerinde Volvo'nun fikri mülkiyet koruması kapsamında tekel hakkı sahibi konumunda olduğu tespit edilmiştir. Bu yedek parçaların tek sağlayıcısı olan Volvo'nun birincil market olan yedek parça

⁴⁴³ Gürzümar, 2006, s.28.

⁴⁴⁴ Yeniay, 2014, s. 2034.

⁴⁴⁵ Doğan, 2011, s.6.

⁴⁴⁶ Anderman/Schmidt, 2011, s.98.

⁴⁴⁷ Case 238/87 AB Volvo and Erik Veng(UK) 1988.

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:24c33700-2092-4e4b-abc6-ed97a2b159ce.0002.03/DOC_2&format=PDF Erişim tarihi:07.04.2018.

pazarında lisans vererek kendisine rakip yaratma zorunluluğu olmasa da ikincil market olan bakım ve onarım pazarına marketin devamlılığının sağlanması için üzerinde fikri mülkiyet hakkı sahibi olduğu ürünlerin tek temin edicisi olması nedeniyle rakiplerinin taleplerini reddetme imkânının her zaman söz konusu olmayacağı yönünde karar vermiştir.⁴⁴⁸ Burada Adalet Divanı Volvo'nun yedek parça üretimi için lisans verme yönünde zorunlu tutulamayacağına ancak üzerinde fikri mülkiyet hakkı sahibi olduğu ürünlerin alt pazar için zorunlu unsur teşkil edebileceğini tespit etmiştir.

3.2.3.1.1.2. Reddetme Eyleminin Varlığı

Hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında rekabetin engellendiğinin kabul edilerek zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için; muhakkak ki bir reddetme eyleminin varlığı gerekir.⁴⁴⁹ Öte yandan buradaki reddetme eylemi açıkça olabileceği gibi rakiplerin bu unsurdan faydalanmasını önlemek için çok ağır şartlar ileri sürmek şeklinde de olabilir. Rakiplere ağır şartlar sürerek onları unsurdan faydalandırmamak da komisyon tarafından reddetme eylemi ile aynı ağırlıkta bir ihlal olarak değerlendirilmektedir.⁴⁵⁰

Gürzümar, dar anlamda zorunlu unsur doktrini bakımından; hâkim durumdaki teşebbüsün talebi reddetmiş olması (alt) pazardaki rekabeti tamamen olanaksız hale getiriyor ise bu durum bu pazarın da münhasıran üst pazardaki unsur sahibi teşebbüse özgülenmesi sonucunu doğurması gerektiğini belirtmektedir. Bir görüşe göre ve bazı ATAD kararlarında yer aldığı üzere; kendisinden yararlanılmak istenen unsurun özellikle fikri mülkiyet hakkı olduğu hallerde “reddin alt pazarda yeni ürünlerin ortaya çıkmasına engel olması” şartının da getirilmesi gerekmektedir. Öte yandan Gürzümar bu şartın genelleştirilmemesi gerektiğini ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵¹ Geniş anlamda zorunlu unsur doktrini bakımından ise; ihlal tespiti için alt pazarın tamamen üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüse özgülenmesi sonucunu doğuracak olması şartı aranmamalıdır. Alt pazardaki rekabetin geçici rekabet imkânsızlığı da dâhil olmak üzere imkânsızlaşma sonucunu doğurması yeterli olacaktır.⁴⁵²

⁴⁴⁸ Anderman/Schmidt 2011, s.96.

⁴⁴⁹ Doğan, 2011, s.7.

⁴⁵⁰ Ölmez, 2003, s. 16.

⁴⁵¹ Gürzümar, 2006, s.28.

⁴⁵² Gürzümar, 2006, s.31-32.

3.2.3.1.1.3. Reddetme Eyleminin Haklı Nedene Dayanmıyor Olması

Zorunlu unsurun sahibi olan teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesi objektif bir haklı nedene dayanıyor ise bu halde hâkim durumu kötüye kullanmış sayılmayacaktır.⁴⁵³ Dolayısıyla zorunlu unsurdan yararlanma talebinin, varlığın sahibi olan teşebbüsçe reddi *per-se* ihlal biçimi olarak kabul edilmemelidir.⁴⁵⁴ Zorunlu olduğu kabul edilen unsura sahip teşebbüsün, diğer teşebbüslerin bu unsurdan yararlanma yönündeki taleplerini reddetmesinde haklı nedeni var ise reddetme eylemi ihlal teşkil etmeyecektir. Burada nesnel haklı nedenler somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Buradaki bu nesnel haklı neden takdiri olmamalı, ayrımcı nitelik taşımamalı, ekonomik yahut teknik açıdan rasyonel olmalıdır.⁴⁵⁵ Kar maksimizasyonu, bedava kullanım, kalite kontrolü, teşebbüs ile ilgili planlama durumu⁴⁵⁶ kapasite yetersizliği, teknik uyumsuzluk, ek maliyetler gerekliliği⁴⁵⁷ haklı neden örneklerindedir. Burada haklı nedenler doğrudan ilgili rekabet sisteminin amaçları doğrultusunda belirlenmiş önceliklere bağlı olarak makro seviyede olabileceği gibi zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüse ve faaliyetlerine ilişkin olarak mikro seviyede olması mümkündür. Tekdemir⁴⁵⁸ haklı sebeplere örnek olarak; *“teşebbüsün kendi işinin riske girmesi, unsurun kapasitesinin sınırlı olması, teknik ve fiziki imkânsızlıklar, reddedilen teşebbüsün kötü imajı”* gibi sebepleri göstermiş ve bu sebeplerin de mikro seviye de haklı neden oluşturduğunu belirtmiştir. Öte yandan fikri mülkiyet hakkı varlığı mikro seviyede haklı neden oluşturduğu gibi makro seviyede de haklı neden oluşturur.⁴⁵⁹ Nitekim rekabet hukukunun temel amacı pazardaki rekabeti korumaktır.⁴⁶⁰ Öte yandan doktrin kapsamında bir teşebbüsün yarattığı bir varlığı başkalarıyla paylaşmak durumunda kalabilecektir. Teşebbüsler doktrin altında anlaşmaya zorlanması halinde yatırım yapma yönündeki güdülerini ve yenilik geliştirme isteklerine zarar gelebileceği gibi bir teşebbüsün gerekli yatırımları yapmaktan kaçınması neticesinde tüketicilerin de bu durumdan zarar görmesi tehlikesini de doğurabilecektir.⁴⁶¹ Bu nedenle doktrin

⁴⁵³ Karaege, 2010, s.73.

⁴⁵⁴ Ölmez, 2003, s. 17.

⁴⁵⁵ Karaege, 2010, s.73.

⁴⁵⁶ Karaege, 2010, s.73.

⁴⁵⁷ Ölmez, 2003, s. 17.

⁴⁵⁸ Tekdemir, 2003, s.19.

⁴⁵⁹ Tekdemir, 2003, s.19.

⁴⁶⁰ Doğan, 2011, s.8.

⁴⁶¹ Tekdemir, 2003 s.19.

uygulanırken makro seviyedeki gerekçeler ile unsuru kullanmak isteyen teşebbüslerin menfaatleri arasında denge kurulmalıdır.

Komisyon tarafından 24.03.2004 tarihinde verilmiş olan Microsoft kararı⁴⁶² teşebbüs menfaati ile makro seviyedeki menfaatlerin dengelenmiş olduğu kararlardandır. Kararda; Sun Microsystems'in şikayeti değerlendirilmiştir. Bu şikayette; Sun Microsystems, birçok yazılım ürününün imali ve satımı ile iştigal eden Microsoft Corporation'ın, kendileri tarafından üretilen "iş grubu sunucusu işletim sisteminin" "Windows Müşteri Bireysel Bilgisayarları İşletim Sistemi" ile "ara işlerliği" için gerekli olan teknolojiyi yani bilgileri vermekten kaçınarak hâkim durumunu kötüye kullandığını belirtmiştir. İş grubu sunucusu işletim sistemi pazarında rekabet edebilmesi için bu teknolojinin kendisine verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Komisyon kararda "müşteri bireysel bilgisayarları işletim pazarı" "iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarı" "akıcı ileti gösterici pazarı" şeklinde üç ayrı pazar belirleyerek, Microsoft'un bu pazarların ikisinde hâkim durumda olduğunu tespit etmiştir. Öte yandan "iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarı" büro çalışanları tarafından günlük işlerde üç ayrı türde iş grubu hizmetleri için kullanılmakta olup, bu üç hizmet türünü toplu şekilde "müşteri bireysel bilgisayarlarından" oluşan bir ağa ulaştırılmasını sağlayacak şekilde tasarlanmaktadır.

Komisyon kararda; Microsoft "iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarındaki rakiplerinin" bu pazarda ürettiği ürünlerin Microsoft'un hâkim durumda olduğu "Microsoft Müşteri Bireysel Bilgisayarları İşletim Sistemiyle" ara işlerliğinin sağlanması için kendisinden istenen bilgileri vermekten kaçınarak hâkim durumunu kötüye kullandığını tespit etmiştir.

Herhangi bir iş grubu sunucusu işletim sisteminin pazarda kalabilmesi, Windows ile ara-işlerliğine bağlıdır. Bu nedenle iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarında da Microsoft'un payının süratle artıyor olması neticesinde pazarda rekabetin ortadan kalma olasılığı oldukça fazladır ve Microsoft tarafından yapılacak olan ara-işlerliğe ilişkin bilgi açıklamalarının herhangi bir ikamesi söz konusu değildir. Microsoft haklı objektif neden olarak Windows üzerindeki fikri mülkiyet hakkını ve bununla bağlı olarak yenilik yaratma hevesi ve eğiliminin kırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Komisyon ise;

⁴⁶² Case COMP/C-3/37.792 Microsoft,

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf , Erişim Tarihi: 08.04.2018

Microsoft tarafından rakiplerine bilgi açıklaması yapmak zorunda bırakılmasının onun yenilik yapma isteği üzerinde doğuracağı olumsuz etkisinin, bu zorunluluk sayesinde Microsoft dâhil ilgili endüstrideki yenilik seviyesinde doğuracağı olumlu etki karşısında geri planda kaldığını belirterek, Microsoft'a söz konusu bilgileri açıklama zorunluluğu getirmiştir. Bu bağlamda komisyona göre; Microsoft, iş grubu sunucusu işletim sistemi geliştiren ve pazarlayan her teşebbüse, bu pazarda ürettiği ürünlerin Windows Müşteri Bireysel Bilgisayarları İşletim Sistemleriyle ara işlerlik sağlanması için gerekli bilgileri ayrımcı olmayan bir biçimde ve makul koşullarda tam ve doğru olarak bildirecek, bu teşebbüslere spesifikasyonları uygulama konusunda da yetki tanıyacak ve bu edimi karşılığında da bu teşebbüslerden bedel alacaktır.⁴⁶³

Bu kararda komisyon; Microsoft'un mikro seviye de olarak nitelendirilebileceğimiz bireysel yenilik yapma güdüsünü haklı neden olarak kabul etmeyerek, iş grubu sunucusu işletim sistemleri pazarındaki toplam yenilik yapma güdüsünü ön plana çıkartmış ve bu pazardaki rekabetin önüne geçilmemesi için makro seviyedeki gerekçeler ile zorunlu unsur doktrinini kullanmıştır.

3.2.4. Zorunlu Lisansla Tarafların Hak ve Yükümlülükleri

Lisans sözleşmeleri kural olarak iki tarafa borç yükleyen ivazlı özel hukuk sözleşmesidir.⁴⁶⁴ Ancak zorunlu lisans sözleşmelerinin sözleşme yapma ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün istisnasını teşkil etmesi nedeniyle sözleşmenin kurulmasına hükmedilmesi halinde hükümlerin uygulanacağı meselesi önem arz etmektedir.⁴⁶⁵ SMK'nın 137.maddesinde "129 ila 136 ncı maddelerdeki hükümlere aykırı olmamak üzere, 125 inci ve 126 ncı maddelerde belirtilen sözleşmeye dayalı lisans ile ilgili hükümler zorunlu lisansa da uygulanır." denilmektedir. 125.madde de sözleşmeye dayalı lisans, 126.madde de ise bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 125.madde de sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa; lisans, inhisari değildir ve lisans sahipleri, lisansla doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremeyecektir. Bunların yanı sıra lisans alanın yine sözleşmede aksi kararlaştırılmamış olduğu halde; patentin koruma süresi boyunca patent konusu buluşun kullanılmasına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabileceği 125.madde de belirtilmiştir.

⁴⁶³ Gürzümar, 2006, s.131-134.

⁴⁶⁴ Özdemir, 2002, s.63.

⁴⁶⁵ Kırkbeşoğlu, 2009, s.1120.

Bilgi verme yükümlülüğü düzenlenen 126.madde de ise; *“Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa patent başvurusunu veya patenti devreden veya lisansını veren, devralan veya lisans alana patent konusu buluşun normal bir kullanımı için zorunlu olan teknik bilgileri vermekle yükümlüdür. Devralan veya lisans alan kişi, kendisine verilen gizli bilgilerin açıklanmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.”* denilmektedir. Bu bağlamda, zorunlu lisansla da lisans verenin bilgi verme yükümlülüğü sözleşmeye dayalı lisansla olduğu gibi devam etmektedir. SMK'nın 133.maddesinde de *“zorunlu lisansın hukuki niteliği ve güven ilişkisi”* düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; *“Zorunlu lisans, inhisari değildir ancak kamu yararı gerekçesiyle verilen zorunlu lisanslar inhisari olabilir. Zorunlu lisans süre, bedel ve kullanım alanı göz önüne alınarak belirli şartlar altında verilir. Mahkeme bedeli belirlerken patentin ekonomik değerini göz önüne alır”.*

Öte yandan madde de her ne kadar mahkeme denilmekte ise de; SMK'nın 129.maddesinin 2.fıkrasına göre; 129.maddenin 1.fıkrasının e bendinde belirtilen *“patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması”* halinde zorunlu lisansa Rekabet Kurumu tarafından talep edileceği açıkça düzenlenmektedir. Bu halde kanuna göre; *“patent sahibinin, patent kullanılırken rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı faaliyetlerde bulunması halinde Rekabet Kurumu tarafından zorunlu lisansa hükmedilmesi”* halinde süre, bedel ve kullanım alanı koşullarının ne olacağını belirleme konusundaki takdir yetkisine sahip olup olmadığı hususunun kanunda açıkça belirtilmesi gerekirken bu hususun belirtilmemiş olması yerinde değildir.

Keza Tekdemir⁴⁶⁶ de henüz SMK ile Rekabet Kurumuna zorunlu lisans verilmesi konusunda düzenleme getirilmeden önce bu soruna değinerek; zorunlu unsur doktrinin uygulanmasında karşılaşılan en önemli sorunun zorunlu unsur doktrini değerlendirmesi neticesinde getirilen anlaşma yapma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği sorunu olduğuna değinmektedir. Nitekim lisans verecek olan teşebbüsün lisansın verileceği tarafların unsurdan yararlandırılmaları karşılığında uygun bir denkleştirme alma hakkına sahip olduğu açıktır ancak buradaki esas sorun fiyatın ve diğer şartların ne şekilde belirleneceğidir. Verilen kararlarda ayrımcılıktan yapılmaksızın, makul koşullarda

⁴⁶⁶ Tekdemir, 2003, s.23.

anlaşma yapılması gerektiği kabul etmektedir. Öte yandan zorunlu lisansa hükmedilmesinin ardından gerekli düzenleyici alt yapının sağlanmaması bu yükümlülüğünün uygulamada zorunlu kabul edilen unsurdan yararlanacak olan rakipler için anlamsızlaşmasına sebep olacaktır. Bu durum Rekabet otoritelerinin koşulların belirlenmesinde aktif rol almasını gerektirmektedir. Aksi halde, teşebbüs uygunsuz fiyat ve şartlar ileri sürmek suretiyle girişi reddetme imkânını elde eder. Bu nedenle yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için teşebbüsçe belirlenen sürekli fiyatları denetleyen ve aksi halde uygun fiyat ve şartları belirleyen bir düzenleyici kurumun varlığını gerektirmektedir.

Doktrin kapsamında değerlendirme yaparak, rekabet hukukunun kısıtlayıcı hükümleri fikri ve sınai haklara uygulanırken; bu hakkın fonksiyonlarının yerine gelmesi için sağlanan diğer yetkilerin muhafaza edilmesi gerekir. Özellikle patent gibi sahibine yoğun bir biçimde koruma hakkının tanındığı haklar açısından zorunlu lisans sınırlaması getirilmesi halinde buluş ile ilgili yatırım faaliyetlerinin düşme tehlikesi karşısında zorunlu lisans yaptırımının şartları ve içeriğinin belirlenmesi özel önem arz eder. Zorunlu lisans uygulanırken bedel ile denge yaratılmalı, zorunlu lisans karşılığında ödenecek bedelin belirlenmesinde rekabete aykırı davranışın etkilerinin giderilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.⁴⁶⁷

İsteğe bağlı lisansta öngörüldüğü gibi zorunlu lisansta da lisans alanın bedel ödeme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Burada belirlenecek bu bedel SMK'nın 133.maddesine göre; patentin ekonomik değerini göz önüne alınarak belirlenecektir. Lisans bedeli tespitinde somut olayın özelliklerine bakarak belirleme yapmak yerinde olacaktır. Lisans bedelinin bir süre sonrasında lisansın sağladığı menfaati aşması halinde de lisans alanın lisans bedelinde indirim talep edebilme hakkı olmalı buna karşılık lisans verenin de menfaati tehlikeye düşmesi halinde lisans bedelinde artırım talep etme hakkı olmalıdır.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Kırkbeşoğlu, 2009, s.1116.

⁴⁶⁸ Kırkbeşoğlu, 2009, s.1125.

3.1.2. Tükenme İlkesi

3.1.2.1. Genel Olarak

Sınai Mülkiyet kapsamında hak sahibine herkese karşı ileri sürülebilecek güçlü yetkiler verilmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu ayrı ayrı düzenlemiş olduğu marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarının sahibine sağlamış olduğu haklar kanunda hakka konu malları üretmek, imal etmek, satmak, ticarî işlemlere konu yapmak, ithal etmek, ihraç etmek, depolamak şeklinde sayılmaktadır.⁴⁶⁹

Bu kapsamında fikri mülkiyet hakkı sahibi ürünün imali ve ilk kez piyasaya sürülmesi ile ilgili olarak tekelci bir hakka sahip olmaktadır.⁴⁷⁰ Tükenme ilkesi ise fikri mülkiyet hakları ile hakkın sahibine tanınmış, ilgili malların ithal edilmesi ve bunların ilk satış konusunda sahip olduğu bu mutlak hakkın sınırını çizmekte olup⁴⁷¹ hak sahibinin mali hakları açısından söz konusu olmaktadır.⁴⁷²

Fikri mülkiyet haklarının kapsamında korunan malların hak sahibi tarafından bizzat veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından ilk defa piyasaya sunmasından sonra bu mallar üzerindeki hak tükenmiş olur.⁴⁷³ Başka bir deyişle; malların hak sahibi tarafından bizzat veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından ilk defa piyasaya sunması ve bu malların ilk satışının yapılmasından ardından hak sahibinin artık ilk satım hakkı tükenecek ve artık hak sahibi tarafından malın yeniden alım satımının yapılması, dolaşımı engellenemeyecektir.⁴⁷⁴ Bu nedenle, hak sahibi bu malları daha sonra piyasaya sunan üçüncü kişilere karşı herhangi bir biçimde denetim hakkını ileri süremeyecektir.⁴⁷⁵

Fikri mülkiyet haklarının üzerinde somutlaşmış olduğu malların, hak sahibinin rızasıyla hukuka uygun bir biçimde piyasaya sunulması halinde yani örneğin; zilyetliğin nakdi değer karşılığında devredilerek malın satılması veya zilyetliğin karşılıksız olarak devredilerek malın bağışlanması, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış, kiralama veya markalı malın vitrine konularak teşhir olması durumunda, tükenme ilkesinin temel

⁴⁶⁹ Arıkan, 2002, s. 111.

⁴⁷⁰ Pınar, 2004, s. 26.

⁴⁷¹ Pınar, 2004, s. 26.

⁴⁷² Güven, 2008, s. 187.

⁴⁷³ Pınar, 2004, s. 26.

⁴⁷⁴ Güven, 2008, s. 187.

⁴⁷⁵ Güven, 2008, s. 188.

unsuru oluşmuş olacaktır.⁴⁷⁶ Burada önemli olan malların piyasaya yalnızca hak sahibinin kendisi tarafından sunulması gerekmesinin şart olmamasıdır. Fikri mülkiyet hakkı sahibi üretilen malları kendi bizzat piyasaya sunabileceği gibi hak sahibinin izni dâhilinde üçüncü kişilerde malları piyasaya sürebilecektir. Mallar bu kapsamda bir ticari şirket tarafından ya da tek satıcılık, acentecilik, lisans sözleşmeleri gibi hak sahibi ile üçüncü kişi arasında kurulan bir hukuki ilişki neticesinde de piyasaya sürülebilir.⁴⁷⁷ Şu halde tükenme ilkesi sonucu olarak; piyasaya sunulmuş malların satış, kiralama, ödünç verme, leasing sözleşmesine konu olması amacı ile piyasaya tekrar arzı, bu yönde reklam yapılması veya herhangi bir şekilde pazarlanması hali fikri mülkiyet haklarına karşı ihlal teşkil etmez.⁴⁷⁸

3.1.2.2. Patentte Tükenme İlkesi

Patent hakkı da hak sahibinin yaratıcı çabasının karşılığında patente konu ürünün ticari getirisinden yararlanma hakkını münhasıran hak sahibine tanımıştır.⁴⁷⁹ Keza SMK'nın 85.maddesinin 2.fıkrasının a bendinde de "*Patent konusu ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması veya ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulması*" aynı fıkranın ç bendinde ise "*Patent konusu usul ile doğrudan doğruya elde edilen ürünlerin satılması, kullanılması, ithal edilmesi veya bu amaçlar için kişisel ihtiyaçtan başka herhangi bir nedenle elde bulundurulması*" patent sahibinin mutlak hakları olarak belirtilmektedir. Bu maddeye göre; bu fiillerin patent sahibinden olarak izinsiz olarak yapılması hâlinde patent sahibinin bu fiillerin önlenmesini talep etme hakkı olduğu belirtilmektedir.

ATM tarafından 14 Temmuz 1981 tarihinde verilen Merck & Co Inc. v Stephar BV and Petrus Stephanus Exler kararında da⁴⁸⁰ patent sahibinin hakları vurgulanarak; "*Patentler hak sahibinin; buluşunun yaratıcı çabasının ödüllendirilmesi için buluşunu endüstriyel ürünler üretmek ve bunların kendisi tarafından doğrudan veya lisans verdiği üçüncü kişiler tarafından ilk defa satışa konulması ve ihlallere karşı gelmek hususunda münhasır hakka sahip olduğunu garanti altına alır.*" denilmiştir.

Öte yandan tüm fikri mülkiyet haklarında olduğu gibi bu hakta sınırsız nitelik

⁴⁷⁶ Pınar, 2004, s. 28.

⁴⁷⁷ Pınar, 2004, s. 28.

⁴⁷⁸ Pınar, 2004, s. 26.

⁴⁷⁹ Aslan, 2004, s.142.

⁴⁸⁰ Case 187/80 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61980CJ0187&from=EN#12>

Erişim Tarihi: 25.04.2018.

taşınamaktadır. Patent hakkı sahibinin patent konusu malı ilk kez piyasaya sunmasının ardından patent hakkı tükenecektir. Dolayısıyla o malı piyasaya sunarak ticari olarak faydalanmasının ardından meşru bir sebebi olmadıkça, bu malın alıcısı tarafından başka ticari tasarruflara konu etmesine karşı çıkamayacaktır.⁴⁸¹ Ancak malı satın alan kişi tarafından, patent koruması altındaki malların değiştirilmesi veya malı kötüleştiren faaliyetlerde bulunmaları halinde bu durum patent hakkının ihlali anlamı taşıyabilecek ve hak sahibi tarafından önlenilecektir.⁴⁸² Keza SMK'nın "hakkın tüketilmesi" başlıklı 152.maddesinin 2.fikrasında da bu husus "*Marka sahibi, birinci fıkra hükmü kapsamına giren ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahiptir.*" denilerek özellikle vurgulanmıştır.

Tükenme ilkesi söz konusu olduğunda en önemli kavramlardan birisi de paralel ithalat kavramıdır. Paralel ithalatta hak sahibi veya onun yetkilendirdiği bir kişi tarafından malın rızayla elden çıkmasından sonra, üçüncü bir kişi tarafından bu malların aynıısının başka bir ülkeden ülkeye yasal prosedüre uygun bir biçimde ithalatı söz konusu olmaktadır.⁴⁸³ Paralel ithalat, bir malın ülkeye yurt dışından sokulmasıdır, ancak paralel ithalata konu malın ülkeye girişini hak sahibi kontrol etmektedir. Hak tükenmemiş ise paralel ithalata konu malın ülkeye girişine hak sahibi tarafından izin vermez ise paralel ithalatın önü kesilmiş olacaktır.⁴⁸⁴

Uygulanma alanına göre; hakkın tükenmesi ilkesi ülkesel, bölgesel ve uluslararası tükenme olarak üçe ayrılmaktadır.

Hakkın sahibi veya onun yetkilendirdiği üçüncü bir kişi tarafından rızai olarak ilk satış hangi ülkede yapılmış ise hakkın yalnızca o ülkede tükenmesi ülkesel tükenme olmaktadır.⁴⁸⁵ Ülkesel tükenme ilkesinin kabulü halinde; hak sahibi veya yetkilendirdiği kişi tarafından ulusal pazarın dışında piyasaya sunulan mallar üzerinde hak sahibinin kendi ülkesinde sahip olduğu fikri mülkiyet hakkı tükenmeyecek dolayısıyla hak sahibi söz konusu malların ülkeye ithalini engelleyebilecektir.⁴⁸⁶ Ülkesel tükenmenin lanülü

⁴⁸¹ Aslan,2004, s. 142.

⁴⁸² Aslan, 2004, s. 142.

⁴⁸³ Güven,2008, s. 188.

⁴⁸⁴ Yeniay, 2014, s. 2035.

⁴⁸⁵ Güven, 2008, s.189.

⁴⁸⁶ Pınar, 2004, s. 27.

halinde hak sahibi izin vermediği sürece paralel ithalat mümkün olmayacaktır.⁴⁸⁷

Bölgesel tükenme ilkesinde ise; sınırlarını birden fazla devletin bir araya gelerek oluşturmuş olduğu bölge sınırları içerisindeki devletler bu bölge içinde tükenme ilkesini kabul etmeleri söz konusudur. Örneğin, AB ülkeleri bölgesel tükenmeyi kabul etmişlerdir. Bu takdirde bölgeye dâhil ülkeler arasında paralel ithalat mümkündür ancak bölge dışı üçüncü ülkelerden hak sahibinin izni dışında paralel ithalat mümkün değildir.⁴⁸⁸ Avrupa Birliği mevzuatı kapsamında; patentler içinde bölgesel tükenme ilkesi kabul görmektedir. 31 Ekim 1974 tarihinde verilen Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Sterling Drug Inc. kararında⁴⁸⁹ ATM; *“Hak sahibinin bir üye ülkenin mevzuatı çerçevesinde yararlandığı patenti ile korunan bir ürünün hak sahibi veya bir başka kişi tarafından hak sahibinin rızasına uygun olarak bir başka ülkede piyasaya sunulmasının ardından kendi ülkesinde bu malın satışına engel olması, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Anlaşmanın ortak pazarda serbest dolaşım sağlanmasına yönelik kurallarıyla bağdaşmamaktadır.”* şeklinde hüküm kurmuş, patent içinde bölgesel tükenme ilkesinin kabul edildiğini kararda vurgulamıştır. Patent hakkı, buluş konusu ürünün ilk defa hak sahibi ya da onun rızasıyla üçüncü bir kişi tarafından topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulması halinde topluluk sınırları içerisinde hak tükenmiş olacaktır çünkü hak sahibi malın ilk defa piyasaya sunulmasının ardından yaratıcı çabasının ticari karşılığını aldığı kabul edilecektir.⁴⁹⁰

Uluslararası tükenme ilkesinde ise; ürünün dünyada herhangi bir yerde ilk kez satışa sunulmasının ardından hakkın tükenmesi ve hak sahibine tanınan tekелci nitelikteki ilk satım ve dağıtım hakkını ortadan kalkması söz konusu olmaktadır.⁴⁹¹ Arıkan⁴⁹² uluslararası tükenme ilkesini şu şekilde ifade etmektedir; *“Uluslararası tükenme ilkesinin kabulü halinde, fikrî-sınâî hak konusu ürün, herhangi bir ülkede hak sahibi tarafından rıza ile piyasaya sürüldüğü anda, o ürün üzerindeki fikrî-sınâî hak bütün ülkelerde tükenmiş sayıldığından paralel ithalatın (bu haklara dayalı olarak) önlenmesi mümkün olmamaktadır.”*

⁴⁸⁷ Pınar, 2004, s. 136

⁴⁸⁸ Pınar, 2004, s. 27.

⁴⁸⁹ Case 15-74. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61974CJ0015&from=EN>
Erişim Tarihi: 25.04.2018.

⁴⁹⁰ Aslan, 2004, s. 121.

⁴⁹¹ Güven, 2008, s.189.

⁴⁹² Arıkan, 2001, s.30.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 152.maddesinde “*Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.*” denilmektedir. Bu maddeden ise diğer sınai haklarda olduğu gibi patentler için de uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dünyanın herhangi bir yerinde ilk kez satışa sunulmasının ardından patent konusu ürün üzerindeki haklar tükenmiş olacaktır.

Hakkın tükenmesinden sonra hak sahibinin paralel ithalata engel olabilmesi söz konusu olmayacaktır.⁴⁹³ Fikri mülkiyet hakkının münhasır nitelik taşıyor olması, rekabet üzerinde bir sınırlama getirmesi nedeniyle tükenme ilkesinden yararlanılması neticesinde paralel ithalat yolu ile rekabet sınırlamasının ortadan kaldırılması mümkün hale gelmektedir.⁴⁹⁴ Nitekim paralel ithalat yoluyla ülke dışından temin edilen orijinal malların ülkeye girişi sağlanarak yurt içinde daha fazla teşebbüsün bu malları piyasaya arz etmesi imkânı ortaya çıkmaktadır. Bu yolla, piyasa da rekabet edecek olan aktörlerin sayısı artacaktır. Bunun neticesinde tükenme ilkesi sayesinde yapılan paralel ithalat rekabet ortamının oluşmasına hizmet edecektir.⁴⁹⁵

Teşebbüslerin paralel ithalata başvurma sebepleri; ülkeler arasında aynı ürüne ilişkin fiyat farklılıkları olması veya hak sahibi tarafından o malın satışının kendilerine yapılmaması gibi nedenler olabilir. Fikri mülkiyet hukuku ile rekabet hukukunun kesiştiği alanda yer alan tükenme ilkesi; hem hak sahibinin fikri mülkiyet mevzuatıyla sağlanan korumadan yararlanmasını sağlamakta hem de sağlanan bu korumanın sınırını oluşturarak rekabetin ihlal edilmesinin önlenmesi maksadıyla kullanılmaktadır.⁴⁹⁶

3.1.3. Pay-For-Delay Anlaşmaları

Patentlerin hakim durumun kötüye kullanılmasında karşımıza çıktığı en spesifik örneklerden birisi pay-for-delay anlaşmalarıdır. Bu nedenle rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişki kapsamında patentlerin kötüye kullanımının örneklendirilmesi açısından “geç giriş için ödeme sözleşmeleri” anlamına gelen pay-for-

⁴⁹³ Pınar, 2004, s. 27.

⁴⁹⁴ Güven,2008, s.188.

⁴⁹⁵ Güven, 2008, s.188.

⁴⁹⁶ Güven,2008, s.188.

delay anlaşmalarından ve bu anlaşmalar hakkında Amerikan Mahkemeleri ve Komisyon tarafından verilmiş olan kararlara değinilecektir.

Patentli ilaç üreticileri, kendi ülkelerindeki patent mevzuatı çerçevesinde sahip oldukları, referans ilaç olarak adlandırılan ilaçlar için aldıkları patent kapsamında; belirli bir süre için ilacın içeriğinde bulunan etken madde üretimine yönelik münhasır bir hak elde etmektedirler. Patent süresinin sona ermesinin ardından bu etken maddenin diğer ilaç üreticileri tarafından ilgili mercilerden gerekli izinlerin alınarak üretilmesinin önünde herhangi bir engel kalmamaktadır. Bu sayede jenerik ilaç olarak adlandırılan ve referans ilaç ile aynı etken maddeyi içeren ilaçların pazara girişi serbest hale gelmektedir.⁴⁹⁷ Jenerik ilaçlar, patentli olarak piyasaya sürülen referans ilaçtan yaklaşık olarak %20-%30 indirimli bedelle satılarak referans ilacın tedavi edicilik yönünden eşdeğer alternatifini tüketicilere sunarak artan reçeteli ilaç maliyetlerini düşürmekte önemli rol oynamaktadır.⁴⁹⁸ Keza bu ilaçlar zaten güvenilirlik ve etkililik çalışmaları orijinal ilaç üreticisi tarafından tamamlanmış olan markalı referans ürünlere dayanmaktadır. Bu nedenle jenerik ilaç üreticilerine izin verilmesi jenerik ilacın geliştirme maliyetini azaltmakta ve ilacın ruhsatlandırılma sürecini de hızlandırmaktadır.⁴⁹⁹

Ancak referans ilaç sahibi teşebbüs, patent koruma süresi boyunca söz konusu ilacın tek üreticisi olması nedeniyle bu ilaç pazarında tekel durumunda olmaktadır. Bu nedenle de patent süresi bittiğinde de pazardaki bu tekel konumunu devam ettirmek isteyen referans ilaç üreticisi, pazara girmek isteyen jenerik ilaç üreticilerinin girişini engellemek için bazı yollara başvurmaktadır.

Federal Ticaret Komisyonu tarafından hazırlanan raporda; jenerik ilaç girişinin piyasaya girişinin engellenmesi için referans ilaç üreticileri tarafından bazı yollara başvurulmuş olduğu belirlenmiştir. Bu engelleme yollarından birisi; jenerik ilaç üreticisine ilgili mercilerden ruhsat izinlerini alabilmesi için gerekli ilacı temin etmesinin önüne geçmek şeklindedir. Keza referans ilaç üreticilerinin jenerik ilacı piyasaya sunabilmesi için gerekli olan izinleri alabilmesi için jenerik ilaç üreticilerinin belirli bir miktarda referans ilaç örneğine ihtiyaç duymaktadır. Bu miktarda ilacı ise ancak toptan satış yapan

⁴⁹⁷ Karakoç, 2005, s.3.

⁴⁹⁸ Markus, 2017, s.3.

⁴⁹⁹ Markus, 2017, s.5.

yerlerden alabilmektedir. Referans ilaç üreticisi ise distribütörler ile anlaşma yaparak toptan satışa engel olmak suretiyle, ilacın piyasaya sürülmesine engel olmakta ve jenerik ilaç üreticisinin gerekli izinleri alabilmesinin önüne geçerek jenerik ilacın piyasaya girişini engellemekte veya geciktirmektedir.⁵⁰⁰ Burada referans ilaç üreticisinin distribütörü olan firma ve referans ilaç üreticisi arasında akdedilen ve jenerik firmaya ilaç vermeme yönündeki dikey anlaşma da esasen rekabet hukuku bağlamında ihlal niteliğindedir.⁵⁰¹

Bunun yanı sıra raporda belirtilen bir diğer ihlal hali ise referans ilaç sahibi olan firmanın distribütör firmasını kullandırma yönünde çıkardığı zorluktur. Keza Amerikan Hukuku kuralları gereğince REMS⁵⁰² programı⁵⁰³ çerçevesinde jenerik ilaç üreticisi firma ve referans ilaç üreticisi firmanın aynı distribütör firmayı kullanması gerekmektedir. Ancak anlaşmaya varmadıkları halde jenerik firmanın kendi distribütörlük sistemini kurmasına FDA⁵⁰⁴ tarafından izin vermesi gerekir. Ancak FDA'da buna çok zor izin vermektedir çünkü bu halde jenerik firmanın pazara girişi ertelenmektedir. Burada hakim durumda olan firma ile jenerik firmaya anlaşma yapmıyor olması REMS programına aykırılık teşkil ediyor olsa da; Supreme Court verdiği son kararlarında; ilaç örneklerinden vermeyerek piyasaya girişin geciktirilmesi ihlal olduğunu ancak aynı distribütörü kullanma yönünde anlaşma yapmamanın ise ihlal olmadığını her jenerik firmanın kendi distribütörünü kullanmasının doğru olacağı belirtilmektedir.⁵⁰⁵

Pay-for-delay anlaşmaları da referans ilaç üreticilerinin piyasaya girişinin engellenmesi için başvurdukları yollardan birisidir. Ancak burada yalnızca referans ilaç üreticisinin çıkartmış olduğu zorluklar nedeniyle piyasaya giriş yapılamaması söz konusu olmamaktadır. Aksine referans ilaç üreticisi olan firma ile potansiyel jenerik ilaç üreticisi arasında akdedilen bu anlaşma ile jenerik ilaç üreticisinin patent mücadelesinden vazgeçmesi ve markete daha ucuz fiyatla jenerik ilaç sokmaması karşılığında referans ilaç sahibi firmanın ödeme yapması söz konusu olmaktadır. Burada

⁵⁰⁰ Markus, 2017, s.8.

⁵⁰¹ Markus, 2017, s.9

⁵⁰² A Risk Evaluation and Mitigation Strategy *ilaç tedavisinin faydalarının zararlarından daha fazla olmasının temini için bazı emniyet kaygılarının göz önüne alınarak belirli ilaç tedavileri için gerekli olan FDA tarafından kullanılan ilaç koruma sistemidir.*

⁵⁰³ <https://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/REMS/default.htm> Erişim Tarihi:24.04.2018

⁵⁰⁴ U.S. Food and Drug Administration

⁵⁰⁵ Markus, 2017, s.12

referans ilaç üreticisi bu anlaşmaları rekabette kendisine avantaj sağlayan patent koruması süresini uzatmak için kullanmaktadır.⁵⁰⁶ Supreme Court tarafından verilen 17 Haziran 2013 tarihli *Actavis* kararında⁵⁰⁷; bu formdaki anlaşmaların olağan dışı olduğunu ve bu anlaşmaların rekabet üzerinde önemli bir biçimde olumsuz etki yaratmaya meyilli olduğunu belirtmiştir.

Komisyon tarafından 13 Şubat 1979 tarihinde verilen *Hoffman-la roche*⁵⁰⁸ kararında belirtilmiş olduğu üzere; teşebbüslerin patent hakkı sona erse dahi teşebbüsün ilgili pazardaki teknolojik üstünlüğü değişmemekte, aksine pazardaki hâkim durumu güçlenmektedir. Keza teşebbüsün özellikleri ve nitelikleri sayesinde piyasada rakiplerinden bağımsız hareket etme yetisine sahip olması mümkündür.⁵⁰⁹ Pay-for-delay anlaşmaları yoluyla da teşebbüsler rakiplerinin piyasaya girmesine engel olarak bir nevi patent haklarının süresini uzatmakta ve hakim durumunu güçlendirmektedir.

Pay-for-delay anlaşmaları yalnızca Amerika'daki teşebbüsler tarafından patent süresinin uzatılması için kullanılan anlaşma türü olmayıp Avrupa'da da karşımıza çıkmakta ve komisyon tarafından bu sözleşmeleri akdeden ilaç firmalarına ciddi para cezaları verilmektedir.

Keza Avrupa komisyonu tarafından hazırlanan raporda da bu sözleşmelerden bahsedilmiştir. Raporda⁵¹⁰; Avrupa ekonomik alanında referans ilaç üreticisi ile jenerik ilaç üreticisi arasında patent ihlali veya patentin geçerliliği gibi patentle ilgili anlaşmazlıkların çözülmesi patent uzlaşma anlaşmaları akdedildiği ve bunun hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Öte yandan patent uzlaşma anlaşması olarak akdedilen bu sözleşmelerin gerçek amaçlarının Avrupa Birliği rekabet hukukuna aykırı olarak, Avrupalı tüketicilerin zararına olacak şekilde, jenerik ilacın piyasaya sürülmesinde gecikme yaşanmasına sebep olup olmadığının gözlemlenerek kontrol altında tutulması gerektiğinin önemi özellikle vurgulanmıştır. Raporda; referans ilaç sahibi firmanın patent süresinin uzamasını maksadıyla jenerik firma ile yaptığı, jenerik firmanın belirli bir zamana kadar piyasaya giriş yapmamayı taahhüt ettiği bu anlaşmalarda; jenerik

⁵⁰⁶ Marcus, 2017, s.14

⁵⁰⁷ Federal Trade Commission v. Actavis, INC, No. 12-416 s.2

https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-416_m5n0.pdf Erişim tarihi: 16.04.2018

⁵⁰⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=EN>

Erişim tarihi: 16.04.2018.

⁵⁰⁹ Güçer, 2005, s.39.

⁵¹⁰ European Commission, 2018, s.2.

firmanın kazancı yalnızca para değil başkaca değer kazançları da olabilecektir. Bu tür değer kazançlarına örnek olarak ise raporda; jenerik firmadan herhangi bir varlığın satın alınması ya da distribütörlük taahhüdü veya referans ilaç firmasının sahip olduğu başka ürünlerin olduğu pazarlara başka coğrafik bölge de girişe izin verilmesi gösterilmiştir.⁵¹¹

Bu bağlamda Amerikan mahkemelerince ve Avrupa Birliği mahkemelerince bu anlaşmaların önüne geçilmesi maksadıyla verilen kararlara değinilecektir.

3.1.3.1. Amerikan Hukukunda Cephalon v. FTC kararı

Dava Federal Ticaret Komisyonu tarafından 13 Şubat 2008 tarihinde Cephalon aleyhinde şikâyette bulunulmasının ardından Kolumbiya Bölgesi Bölge Mahkemesinde açılmıştır. Açılan davada yapılan Federal Ticaret Komisyonu tarafından yapılan şikâyette⁵¹² konu; ilaç firması olan Cephalon'un, üzerinde patent hakkına sahip olduğu markalı ilacı Provigil(Modafinil)'e karşı rekabeti önlemek için yapmış olduğu rekabete aykırı tutumlarıdır. Federal Ticaret Komisyonu şikâyetinde; Cephalon'un bu davranışlarının Federal Ticaret Komisyonu Yasasının 5.bölümüne aykırı olarak rekabete aykırı olduğunu, kanuna aykırı bir biçimde hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Şikâyete konu olan olayda süreç şu şekilde gelişmiştir;

Davaya konu ilaç Provigil; uyku apnesi, uyku hastalığı narcolepsi, vardiyalı çalışanların uyku düzensizliği gibi hastalıklardan mağdur olan hastaların yaşadığı uykusuzluğun tedavisinde kullanılması onaylanmış bir ilaçtır. Bu ilaç sadece 2007 yılında dahi toplamda 800 milyondan dolardan fazla satış yapmıştır. Ayrıca ilaçtan gelen kazanç Cephalon'un yıllık toplam satışının da yüzde kırkına tekabül etmektedir. Bu nedenle de jenerik ilaç girişi firma için büyük bir finansal tehdit oluşturmaktadır. Zira piyasaya daha ucuz bir alternatif olarak jenerik ilaç girişi halinde; var olan markalı ilacın satışlarını önemli ölçüde düşürecek ve Cephalon'un karı önemli ölçüde azalacaktır.

Bu doğrultuda 2005 yılının sonlarına doğru, Provigil için sağlanan patent korumasının sona ermesi neticesinde, jenerik rekabetin ortaya çıkmasının çok yakın olduğunun aşikar olduğu dönemde; Cephalon piyasaya Provigil'in jenerik ilacı ile giriş sağlamak isteyen ve bu maksatla FDA'ya öncesinde gerekli başvurularda da bulunan ve gerekli

⁵¹¹ European Commission, 2018, s.4.

⁵¹² <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/02/ftc-sues-cephalon-inc-unlawfully-blocking-sale-lower-cost-generic> Erişim Tarihi:24.04.2018.

izinleri alan Teva Pharmaceuticals USA, Inc. (Teva), Ranbaxy Pharmaceuticals, Inc. (Ranbaxy), Mylan Pharmaceuticals Inc. (Mylan), and Barr Laboratories, Inc. (Barr) adlı dört jenerik ilaç firmasına patent ihlali iddiası ile dava açmıştır. Ancak açılan bu davalar, Cephalon ve diğer dört ilaç firması arasında patent uzlaşma anlaşmaları akdedilerek sonlandırılmıştır. Yapılan bu uzlaşma anlaşmalarında; Cephalon bu dört ilaç firmasına 2012 yılı Nisan ayına kadar piyasaya jenerik ilaç girişi yapmaması karşılığında onların jenerik ilaçlarla piyasaya girmeleri halinde kazanacakları karlarını telafi etmeyi taahhüt etmiştir. Yapılan bu anlaşmalar çerçevesinde bu dört ilaç firmasına Cephalon tarafından yaklaşık olarak 200 milyon dolardan daha fazla ödeme yapılmıştır.

Bu yolla Cephalon tüketicilerin Provigil'in jenerik ve daha ucuz versiyonlarına ulaşmalarına engel olarak hastaların ve diğer tür tüketicilerin toplamda bir yılda yüzlerce milyon dolar daha fazla ödemelerine neden olmuştur. Öte yandan yaptığı bu anlaşmalar sayesinde, Cephalon dolaylı olarak ilaç üzerinde sahip olduğu patentin de süresinin yaklaşık altı yıllık süre için uzamasını sağlamıştır.

Bu olaya ilişkin olarak Federal Ticaret Komisyonu şikayetinin ardından dava açılmasından ardından yaklaşık olarak yedi yıl sonra Ocak 2015'te, Cephalon, bölge mahkemesi'ne duruşma yapılmaksızın karar verilmesi için talepte bulunmuş ve bu doğrultuda son savunmasını yapmıştır. Mahkeme bu talebi, Supreme Court tarafından Actavis kararında "rule of reason" ilkesi kapsamında öngörülmüş olan; "*şikayetçinin rakibe büyük miktarda ödeme yapıldığına dair delilleri sunması* " ve karşı tarafın ise "*rakibe yapılan bu ödemenin rekabet yanlısı bir ödeme olduğunu ispatlaması*" esasını uygulayarak reddetmiştir. Keza mahkeme delillerin detaylı bir biçimde değerlendirilmesinden sonra, Federal Ticaret Komisyonunun "*Cephalon ve jenerik ilaç üreticileri arasında, jenerik ilaç üreticilerini piyasaya daha geç girmeleri ve piyasa dışında kalmaları için yapılan ödeme veya teşvik içeren anlaşmaların yapıldığına*" dair yeterli delil sunulduğu belirterek 1 Haziran 2015 günü duruşma yapılmasına karar vermiştir.⁵¹³

Bu aşamalar neticesinde; Federal Ticaret Komisyonu tarafından yapılan şikayet sonrasında, Cephalon'un satış rekorları kıran uyku düzensizliği hapi Provigil'e karşı jenerik rekabeti hukuka aykırı olarak engellediği iddiası ile açılan dava taraflar arasında

⁵¹³ https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/645491/150528cephalonstatement.pdf s.2 Erişim Tarihi: 25.04.2018.

uzlaşma sağlanarak çözümlenmiştir. Sağlanan bu uzlaşma anlaşmasında; 2012 yılında Cephalon'u satın alan Teva Pharmaceutical Industries Ltd.'nin, Cephalon'un hukuka rekabete aykırı bu davranışı nedeniyle fazla ödeme yapmak zorunda kalan ve zarar uğrayan ilaç toptancılarının, eczacıların ve sigortacılarında dahil olduğu alıcıların zararlarını karşılamak üzere 1.2 milyar dolar ödeme yapması kararlaştırılmıştır.⁵¹⁴ Ayrıca uzlaşma anlaşmasının bir parçası olarak dünyanın en büyük jenerik ilaç üreticisi olan Teva'nın, Cephalon'un, Provigil'in fiyatının yapay bir biçimde şişkin kalmasını sağlamak için kullandığı rekabete aykırı türdeki patent uzlaşma anlaşmalarını yapması da yasaklanmıştır, bu yasak Teva'nın Birleşik Devletler'deki tüm işlemlerine uygulanacağı kararlaştırılmıştır.⁵¹⁵

3.1.3.2. Avrupa Komisyonu Tarafından Verilen Kararlar

Komisyon tarafından pay-for-delay anlaşmalarına ilişkin olarak verilen kararlardan bazıları şu şekildedir;

3.1.3.2.1. Lundbeck kararı⁵¹⁶

Komisyon 19.06.2013 tarihli Lundbeck kararında⁵¹⁷; Danimarkalı referans ilaç üreticisi olan Lundbeck'in, jenerik ilaç üreticileri ile 2002 ve 2003 yıllarında altı tane anlaşma yaparak, pazar dışında kalmaları için ödeme yaptığını tespit etmiştir. Lundbeck'e 93.8 milyon Euro ve Lundbeck'in bu anlaşmaları yapmış olduğu jenerik ilaç üreticileri olan Generics UK, Arrow, Alpharma ve Ranbaxy firmalarına ise toplamda 52.2 milyon Euro para cezası vermiştir.

Lundbeck anlaşmasının ikisini Generics UK ile yapmıştır. Taraflar arasında akdedilen bu anlaşmaların birinde, Generics UK'nin Birleşik Krallıkta, 24 Ocak 2002'den 1 Kasım 2003 tarihine kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde, diğerinde ise Generics UK'nin, Birleşik Krallık dışındaki Avrupa Ekonomik Bölgesinde 22 Ekim 2002'den 22 Ekim 2003'e kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde anlaşılmıştır. Aynı şekilde Arrow ile de iki anlaşma akdedilmiş, anlaşmalardan birinde, Arrow'un

⁵¹⁴ In The United States District Court For The Eastern District of Pennsylvania, Federal Trade Commission v. Cephalon INC, Stipulated Order For Permanent Injunction and Equitable Monetary Relief, s. 10. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/150528cephalonstip.pdf> Erişim Tarihi:25.04.2018.

⁵¹⁵ https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/645491/150528cephalonstatement.pdf Erişim Tarihi: 25.04.2018.

⁵¹⁶ European Commission, 19.06.2013, CASE AT.39226, 2015/C 80/07.

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-2994_en.htm Erişim Tarihi:22.04.2018.

⁵¹⁷ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0307\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0307(01)&from=EN) Erişim Tarihi: 24.05.2018.

Birleşik Krallıkta, 24 Ocak 2002'den 20 Ekim 2003'e kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde, diğerinde ise Arrow'un Danimarka'da 3 Haziran 2002'den 1 Nisan 2003'e kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde anlaşılmıştır. Alpharma ile akdedilen tek anlaşmada ise Alpharma'nın tüm Avrupa ekonomik alanında 22 Şubat 2002'den 30 Haziran 2003'e kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde anlaşılmıştır. Ranbaxy ile akdedilen tek anlaşmada da Ranbaxy'nin tüm Avrupa ekonomik alanında 16 Haziran 2002'den 31 Aralık 2003'e kadar piyasaya jenerik ilaç sokmaması yönünde anlaşılmıştır.

Komisyon pay-for-delay olarak adlandırılan bu anlaşmalar yolu ile Lundbeck'in ve diğer dört ilaç üreticisinin hastalara ve sağlık sistemine zarar verdiklerini belirlemiştir. Keza bu anlaşmalar sayesinde Lundbeck kendisine büyük kazanç sağlayan citalopram adlı antidepressan ilacının fiyatının yapay bir biçimde yüksek kalmasını sağlamıştır.

Bu anlaşmaları akdetmeden önce Lundbeck'in, citalopram adlı ilaç için aldığı patent'in süresi dolmuştur. Bu sırada da bu dört jenerik ilaç üreticisi citalopramın daha ucuz jenerik versiyonları ile pazara giriş yapmak için hazırlanmaktaydı. Bundan haberdar olan Lundbeck, jenerik rakipleri ile citalopram pazarından uzak durmalarına söz vermeleri karşılığında ödeme yapmıştır. Bunun sonucunda da Lundbeck bu dört firma ile anlaşmaları süresi boyunca rekabet etmeyeceği kesinleşmiştir.

Komisyon tarafından verilen bu karar, Lundbeck ve diğer ilaç üreticileri tarafından temyiz edilerek Genel Mahkeme'ye taşınmışsa da Komisyonun verdiği tamamen onanmıştır. Bu karar Genel Mahkeme tarafından eczacılık sektöründe pay-for-delay anlaşmalarıyla ilgili olarak verilen ilk karar olma niteliğini taşımaktadır. Mahkeme verdiği kararda, komisyonun şu tespitlerinin özellikle yerinde bulmuştur; olayda, Lundbeck ile rekabet edenler, rüşvet olarak değerlendirilebilecek para veya başka teşvik araçları karşılığında Lundbeck ile anlaşarak pazar dışında kalmaya söz vermiştir. Ayrıca anlaşmalar, jenerik firmaların pazarda ortaya çıkaracağı rekabetçi baskılarını saf dışı bırakarak rekabetin kısıtlanmasına sebep olmuştur. Bunun yanı sıra Lundbeck kendi fikri mülkiyet hakkını korumak için neden bu anlaşmalara ihtiyaç duyduğunu gerekçelendirememiştir.

Bu karar ilaç sektöründe Genel Mahkeme tarafından pay-for-delay anlaşmalarına ilişkin olarak gözden geçirilen ilk karar olma niteliği taşımaktadır.

3.1.3.2.2. Fentanyl kararı

Benzer bir karar olan Fentanyl⁵¹⁸ kararında da komisyon Johnson & Johnson'a 10.798.000 Euro ve Novartis'e 5.493.000 Euro olmak üzere toplamda yaklaşık olarak 16 milyon Euro para cezası vermiştir.

2005 yılı Temmuz ayında gerçekleşmiş olan olayda; morfinden 100 kat daha güçlü bir ağrı kesici olan ve özellikle kanser nedeniyle ağrı çeken hastaların tedavisinde kullanılan Fentanyl'nin Hollanda'da daha ucuz olan jenerik versiyonun pazara girişinin engellenmesi yönünde anlaşma yapılmıştır. Yapılan bu anlaşma komisyon tarafından rekabete aykırı bir davranış olarak nitelendirilerek para cezası ile cezalandırılmıştır.

Davaya konu olay şu şekilde gelişmiştir; Fentanyl'i ilk olarak 1960'larda geliştiren ve yıllar içerisinde de değişik formatlarda bu ilacı pazarlayan Johnson & Johnson firmasının Fentanyl ampülleri üzerindeki patent koruması 2005 yılında sona ermişti. Bu korumanın sona ermesinden haberdar olan Novartis firmasının Hollanda'da ki alt kuruluşu olan Sandoz, Fentanyl ampullerinin jenerik versiyonunu piyasaya sürmek istemişti ve hatta ambalaj malzemesini dahi üretmişti.

Ancak 2005 yılı Temmuz ayında, ilacın jenerik versiyonunun Sandoz tarafından piyasaya sürülmesi yerine Johnson & Johnson'ın Hollanda'da ki alt kuruluşu olan Janssen-Cilag ile Sandoz arasında sözde "müşterek promosyon" anlaşması imzalandı. Anlaşma, Sandoz'un piyasaya girmemesi için güçlü teşvikler içermekteydi. Bu teşvik aylık olarak ödenecekti ve söz konusu teşvik Sandoz'un pazara girmesi halinde jenerik ilacı satışından elde etmeyi umduğu kazancından dahi fazlaydı. Bu anlaşma neticesinde de Sandoz pazara girmedi. Ancak bu anlaşma, üçüncü bir kişinin Fentanyl ampullerinin jenerik versiyonunu piyasaya sürmeye karar vermiş olduğu tarih olan 2006 yılı Aralık ayına kadar sürdü. Dolayısıyla yapılan bu anlaşma Fentanyl ampullerinin jenerik versiyonunun pazara girişinin on yedi ay gecikmesine sebep olarak pazarda fiyatların yapay olarak yüksek kalmasına ve Hollanda sağlık sistemini finanse eden hastaların ve vergi mükelleflerinin zarara uğramasına neden oldu.

Komisyon yapılan bu anlaşmanın rekabeti engelleyici nitelikte ve Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101.maddesine aykırı olduğunu tespit ederek anlaşmanın

⁵¹⁸ European Commission, CASE AT.39685, 10.12.2013.

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1233_en.htm Erişim Tarihi:22.04.2018

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39685/39685_1976_7.pdf Erişim Tarihi:22.04.2018.

taraflarına para cezası vermiştir

3.1.3.2.3.Cephalon Davası⁵¹⁹

Komisyonun Cephalon kararına konu olan olayda; Cephalon ve Teva arasında pay-for delay anlaşması akdedilmiştir. Akdedilen bu anlaşmaya göre; Teva, uyku düzensizliği hapı olan ve Cephalon şirketi tarafından üretilen Modafinilin daha ucuz jenerik versiyonunu pazarlamayacağına söz vermiştir.

Modafinil, Cephalon firması tarafından patentine sahip olunan ve üretilen bir uyku düzensizliği hapıdır. Cephalon'un bu ilaç bileşimi üzerindeki patentinin Avrupa ekonomik alanında sona ermesi üzerine, Teva bu ilacın jenerik ve daha ucuz versiyonu ile Birleşik Krallık pazarına kısa bir süreliğine giriş yapmıştır. Daha sonrasında Cephalon tarafından Aralık 2005'te Teva'nın, Modafinil üzerindeki patent hakkını ihlal edildiği iddiası ile Birleşik Krallıkta ve Amerika Birleşik Devletlerinde davalar açılmıştır. Açılan bu davalar sonrasında taraflar aralarındaki bu uyuşmazlığı, dünya çapında etkisi olan bir anlaşma yolu ile çözmüştür.

Akdedilen bu anlaşma, komisyon tarafından hazırlanan raporda da belirtildiği gibi; patent uzlaşma anlaşması olarak akdedilmiştir. Akdedilen bu anlaşmanın bir parçasına göre; Teva Ekim 2012'ye kadar Modafinil'in jenerik versiyonunu Avrupa ekonomik alanında satmamayı taahhüt etmiştir. Bunun karşılığında da Teva'ya para transferi yapılmış ve Teva ile Teva'nın lehinde olacak şekilde çeşitli anlaşmalar akdetmiştir. Burada komisyon, Avrupa ekonomik alanı da dâhil olmak üzere dünya çapında, Cephalon'un Modafinil'i ile rekabet etmemesi için, Cephalon tarafından Teva'ya taahhüt edilen tüm bu edimlerin, pay-for-delay teşfiki olarak önem arz ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla taraflar patent uzlaşma anlaşması adı altında pay-for-delay anlaşması akdetmiştir. Cephalon ile Teva arasında akdedilen bu anlaşma nedeniyle Modafinil'in jenerik versiyonunun piyasaya girişi engellenerek ilacın yüksek fiyat ile satışı devam etmiştir. Komisyon, bu anlaşma nedeniyle Avrupa Birliğinde yaşayan hastalar ve Avrupa Birliğinin sağlık hizmetleri servisi bütçesinin azımsanamayacak şekilde zarar gördüğünü belirtilerek, yapılan bu anlaşmanın rekabeti engelleyici nitelikte ve Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 101.maddesine aykırı olduğu iddiası

⁵¹⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-2063_en.htm Erişim Tarihi: 21.04.2018.

ile 19.04.2011'de⁵²⁰ soruşturma başlatmıştır. 2011 yılı Ekim ayında, Cephalon, Teva tarafından satın alınarak alt kuruluşu haline gelmiştir. Soruşturma henüz devam etmektedir.

Burada akdedilen bu anlaşma dünya çapında etki yaratacak şekilde akdedilmesi ve ilgili pazar olarak Amerika Birleşik Devletlerini de kapsamı nedeniyle yukarıda belirttiğimiz üzere Federal Ticaret Komisyonu tarafından şikâyete konu edilmiş ve FTC ile Cephalon arasında akdedilen uzlaşma anlaşması ile sona ermiştir.

Öte yandan Amerikan mahkemelerinde görülen davada uyuşmazlık yalnızca Cephalon'a yönlendirilmiş iken komisyonca yapılan inceleme de yapılan pay-for-delay anlaşmasının her iki tarafı da incelemeye tabi tutulmuştur.

⁵²⁰ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39686/39686_1387_5.pdf Erişim Tarihi: 21.04.2018.

SONUÇ

Fikri Mülkiyet Hukukun ile korunan, desteklenen ve sahibine tekel niteliğindeki haklar tanıyan fikri mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi yönündeki temel prensibinin çatıştığı öğretilerde savunulan ancak bugün neredeyse terk edilmiş olan bir görüştür. Bu görüş dayanağını fikri mülkiyet hukuku ile bireysel haklar korunmakta iken rekabet hukuku ile kamu yararı korunmakta olmasından almaktadır. Keza fikri mülkiyet koruması ile sahibine gayri maddi mallar üzerinde mutlak nitelikte yetkiler veren haklar tanınarak bireysel menfaatleri korunmaktadır. Bu bağlamda, fikri mülkiyet korumasında bireysel menfaatler kamu yararına göre önceliklidir.

Öte yandan her ne kadar bu haklar ile bireysel menfaat korunuyor olsa da fikri mülkiyet koruması aynı zamanda bilim, edebiyat, sanat ve teknoloji alanında “*yeniliklerin devamı garantisi*” işlevine de sahip olup ekonomik verimliliği teşvik etme amacı da vardır.⁵²¹ Bu nedenle esasen fikri mülkiyet korumasında kamu yararının var olduğundan söz etmek mümkündür. Keza teknolojik yeniliklere gerekli korumanın sağlanması fikri mülkiyetin konusunu oluşturur.

Diğer yandan dinamik bir rekabet sağlanması ise rekabet hukukunun konusunu oluşturmaktadır.⁵²² Rekabet hukuku, piyasada serbest bir yarış ortamı oluşturmayı amaçlar. Bu amacın gerçekleşmesi halinde de çeşitli pozitif dışsallıklar ortaya çıkar. Kaliteli mal ve hizmetlerin olabilecek en ucuz şekilde üretilerek tüketiciye de en uygun fiyattan sunulması bu dışsallıklardan birisidir. Bu nedenle kaynakların en etkin şekilde kullanılması gerekir. Kaynakları etkin şekilde kullanılması ise ancak araştırma ve geliştirme çalışmaları ile mümkün hale gelmektedir. Bu maksatla rekabetçi piyasada insan zekâsının yaratıcı gücünden istifade eden teşebbüsler yeni üretim teknikleri geliştirmeye çalışacaklardır. Yeni olanı bulan ve bunu yapan teşebbüsün ön plana geçtiği bir rekabet ortamında, geride kalmak istemeyen rakiplerde yenilik arayışı içerisine girecek ve bu nedenle etkin bir inovatif ortam oluşacaktır. Bu yarış ortamında yeni buluş yapan kişinin hakları fikri mülkiyet hukuku tarafından patent korunması ile korunacak bunun sonucunda da fikri mülkiyet hukuku rekabet hukukuna yardımcı olacaktır. Bu bağlamda, fikri mülkiyet hukuku rekabet hukukunun ulaşmak istediği

⁵²¹ Sargın, 2013, s.436

⁵²² Karahan/Suluk/ Saraç/ Nal, 2013, s.29.

hedef açısından tamamlayıcı bir işleve sahip olacaktır. Bu bakımdan çekişmeden ziyade birbirini tamamlamaktan söz edilebilecektir. Bu nedenle fikri mülkiyet hukuku ve rekabet hukukunun amaca ulaşırken izledikleri yöntemler birbirinden farklı olsa da nihai olarak birbirlerini desteleyerek toplum refahını arttırmaktadırlar.

Bunun yanı sıra fikri mülkiyet hakkı varlığının doğrudan tekel hakkı varlığına işaret etmemekte olmasının bir diğer sebebi; fikri ve sınai hakkın doğrudan koruduğu değer hakkın sahibinin hâkim durumu değil, onun fikri ve sınai hakkı olmasıdır. Nitekim “*hakim durum*” kavramı ekonomik bir kavram olup değerlendirilirken çok fazla kıstas bir arada değerlendirilmektedir. Bunun yanı sıra, en önemli ölçüt olarak karşımıza “*ilgili pazar*” kavramı çıkmakta, ilgili pazar değerlendirilirken ise “*ilgili ürün pazarı*” karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, bir pazarda, bir patent veya diğer fikri mülkiyet haklarının başlı başına hâkim durum veya tekel sağlaması için o pazarda yalnızca patentle veya ilgili fikri mülkiyet hakkı ile üretilen ürünün üretilmesi gerekmekte ve bu ürünün ikamesinin bulunmaması gerekmektedir. Ancak patentli ürünlere sağlanan koruma ayrıntılı bir korumadır. Bu durum, ilgili ürün pazarında, birbirinden çok fazla farklılığı olmayan rakip ürünlerin bulunmasını kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle diğer teşebbüsler tarafından pazara ikame ürünlerin pazara sunulmaktadır. Bu doğrultuda patent konusunu oluşturan ürün tek başına ilgili ürün pazarını meydana getirmemektedir. Sonucunda ise patentin hak sahibine tek başına tekel niteliğinde pazar gücü vermesi zorlaşmaktadır.

Bunun yanı sıra, patent lisans sözleşmeleri sayesinde, teknoloji ve bilginin, emin bir biçimde transferi sağlanmaktadır. Zira patent lisans sözleşmeleri, patentlerin sahipleri dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını konu edinerek, teknolojinin yayılması ve rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukukunun birlikte uygulanmasını sağlamaktadır.

Bu nedenlerle aralarındaki ilişki kapsamında; rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku uzun vade de toplumsal refahın artmasını sağlayan “*yenilik yaratma*” amacı yönünden birbirini destekleyici niteliktedir. Ayrıca patentin sağladığı tekel hakkının varlığı, başlı başına hâkim durum veya tekel yaratmadığından, rekabet hukukunun tekelleşme ve kartelleşmeye karşı verdiği mücadele ile çatışmamaktadır.

Ancak rekabet hukuku ve fikri mülkiyet hukuku çatışması esasen fikri mülkiyet hakkının iktisabı aşamasında değil, bu hakkın kullanımı aşamasında fikri mülkiyet

korumasının sağladığı tekel hakkının rekabet üzerinde potansiyel veya fiili olumsuz etki doğurması veya bu amaçla kullanılması halinde karşımıza çıkmaktadır. Patentten doğan hakların kullanımı aşamasında, fikri mülkiyet korumasının sağladığı tekel hakkının rekabet üzerinde olumsuz etki doğurması veya bu amaçla hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında vasıta olarak çok çeşitli şekillerde kullanılması mümkündür. Bu nedenle hukuku kapsamında denetleme mekanizmaları gündeme gelecektir.

Bu çatışmaya karşın hukuken getirilen çözümler yukarıda kısaca özetlemiş olduğumuz üzere zorunlu lisans ve bu doğrultuda zorunlu unsur doktrini kavramlarıdır.

Bunun yanı sıra fikri mülkiyet hakkı sahibinin piyasaya arz hususunda sahip olduğu tekel hakkı nedeniyle rekabeti kısıtlaması söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık ise; piyasaya farklı kaynaklardan arzın sağlanabilmesi için getirilen çözüm yolu olarak karşımıza tükenme ilkesi çıkmaktadır.

Her ne kadar çeşitli denetleme mekanizmaları ile patentlerin rekabet üzerinde yaratacağı olumsuz etki azaltılmaya çalışılmakta ise de, patentler kötüye kullanılarak rekabetin kısıtlanmasına yol açabilmekte, mahkemeler tarafından bu ihlal halleri ayrıca değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu ihlal hallerinin patentler açısından spesifik örneği olarak karşımıza pay-for-delay anlaşmaları çıkmakta, bu anlaşmalar yolu ile teşebbüslerin ilaçlar üzerindeki patent haklarını rekabete aykırı uygulamalara vasıta olacak şekilde nasıl kullanabildiklerini görmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akman, P. (2015). *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*. Oxford: Hart Publishing
- Altun, M. (2012). *Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4.Madde Kapsamında Değerlendirilmesi*. Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara. 22.02.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/128-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Anderman, S., Schmidt, H. (2011). *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*. Oxford: Oxford University Press
- Angı, F. G. (Temmuz-Ağustos-Eylül 2005). Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması. *Rekabet Dergisi*. Rekabet Kurumu: Ankara. 15.03.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/23-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Arbek, Ö. (2005). *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları
- Arıkan, S. (2001). Fikri ve Sınai Haklar Açısından Paralel İthalat ve Türkiye, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Toplulukları Hukuk Anabilim Dalı, 25.04.2018 tarihinde acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1452/2074.pdf adresinden erişilmiştir
- Arıkan, S.A. (2002). *Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku "Hakkın Tüketilmesi"*. 06.04.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn119.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Arıöz, A., Özbek, Ö.C. (Temmuz 2010). Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar, *Rekabet Dergisi*. Rekabet Kurumu: Ankara. 25.02.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/43-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Aslan, A. (2004). *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş
- Aslan, İ. Y. (2007). *Rekabet Hukuku*. Ankara: Ekin Kitapevi
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu. (1988). *Türkçe Sözlük*.

Ankara: Türk Tarih Kurumu Basım Evi

- Ateş, M. (2008). Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış. *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*. 17.02.2018 tarihinde <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1126/13248.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Ateş, M. (2009). AB'ye Uyum Bağlamında Türk Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bir Bakış. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*. 18.02.2018 tarihinde <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2009-1/3.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Ateş, M. (2013). *Rekabet Hukukuna Giriş*. Ankara: Adalet Yayınevi
- Aydıncık, Ş. (2006). *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmesi*. İstanbul: Arıkan
- Ayiter, N. (1968). *İhtira Hukuku*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. Sevinç Matbaası
- Bak, B. (2011). *İlaçta Zorunlu Patent Lisansı*. 20.02.2018 tarihinde <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-3/2011-3-3.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Bozbel, S. (2015). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Boztosun, A.O. (2002). *Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku'nun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*. Ankara: Seçkin Yayınları
- Brown, A.E.L. (2012). *Intellectual Property, Human Rights and Competition Access to Essential Innovation and Technology*. Cheltenham,UK: Edward Elgar Publishing Limited
- Büyüktanır, B.G.Ö., Birinci,G., Ömürgönülşen, U. (2012). TRIPS Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakların İlişkin Etik Sorumlulukları. *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*. 04.06.2018 tarihinde <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/88736> adresinden erişilmiştir.
- Cenkçi, E., Karauz, A. K. (2014). İlaç Patentinin Sağladığı Hukuki Koruma. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Antalya
- Çolak, U. (2012). Patent Hukukunda Buluşsal Adım İncelemesi. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2011*. Ankara: Yetkin Yayınları

- Curley, D. (2004). *Intellectual Property Licenses and Technology Transfer*.
Great Britain: Chandos Publishing
- Demirbaş, F. (2011). Patent Lisans Sözleşmeleri. *Prof.Dr. Şener Akyol'a Armağan*.
İstanbul: Filiz Kitapevi
- Direnisa, E. (2012). The Essential Facilities Doctrine: The Oscar Bunner Case. *Yeditepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi
- Dilmaç, Ş. (Aralık 2014). Patent Lisans Sözleşmesi. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*,
Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Doğan, G. (2011). *Zorunlu Unsur Doktrini ve Fikri Mülkiyet Haklarına Etkisi*.
06.04.2018 tarihinde
<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/121/Do%C4%9Fan%2C%20G%C3%BCImelahat.pdf?sequence=1&isAllowed=y> adresinden erişilmiştir.
- Erdem, B. B. (2002). *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Beta Matbaacılık 2002
- Erdil, E. (2016). *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*. İstanbul: Vedat
- European Commission. (2018). *Competition DG, 8 th Report on the Monitoring of Patent Settlements (period: January-December 2016)*. 18.04.2018 tarihinde
http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report8_en.pdf adresinden erişilmiştir.
- Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice. (April 2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. 22.02.2018 tarihinde
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf adresinden erişildi.
- Güçer, S. (2005) *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çevresinde Sınai Mülkiyet Hakları*. Ankara: Rekabet Kurumu
- Günay, C.İ. (2014). *Rekabet Hukuku Dersleri*. Ankara: Yetkin Yayınları
- Güneş, İ. (2013). *Patent Hukukunda Tekniğin İlgili Alandaki Uzman Kavramı*.
14.01.2018 tarihinde <http://www.taa.gov.tr/yayin/turkiye-adalet-akademisi-dergisi-sayi-12/> adresinden erişilmiştir.

- Güneş, İ. (Aralık 2014). Patentın Hukuki İşlemlere Konu Edilmesi: Devri, Lisansa Konu Edilmesi ve Zorunlu Lisans. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Güneş, İ. (2017) *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Güneş, İ. (2017). *Sınai Mülkiyet Kanununda Zorunlu Lisans*. 22.02.2018 tarihinde <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/frmmakale/2017-1/3.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Gürkaynak, G. (2003) *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin "Hukuk ve İktisat Perspektifinden "Amaç" Tartışması*. Ankara: Rekabet Kurumu. 17.02.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/akademik-calismalar/14-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Güven, P. (2008). *Rekabet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları
- Güzel, O. (2003). *Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara. 20.02.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/30-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Gürzumar, O.B. (2006). *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin, Ankara: Seçkin Yayınları
- Hırş, E. (1948). *Fikri ve Sınai Haklar*. Ankara: Ankara Basımevi
- Karaege, Ö. (2010). *Fikri Mülkiyet Hukukunda Esaslı Unsur Doktrini*. İstanbul: Legal Yayıncılık
- Karahan,S., Suluk,C., Saraç,T., Nal,T. (2013). *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Karakoç, H. D. (2005). *İlaç Sektöründe Fiyat Rekabeti*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara. 10.03.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/70-pdf> adresinden erişilmiştir
- Kaya, Y. (2003). *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu: Ankara, 04.04.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/15-pdf> adresinden erişildi.
- Kılıçoğlu, A. (2006). *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitapevi

- Kırkbeşoğlu, N. (2009). Sınai Mülkiyet ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans. *Prof.Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan II.Cilt*, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2010). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*. İstanbul Filiz Kitapevi
- Küçükgüngör, A. (2012) Türk Hukukunda İlaç Patenti, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara: Ankara Barosu Yayınları
- Markus H.M. (2017). *Antitrust Concerns and FDA Approval Process*. Washington D.C. 14.04.2018 tarihinde https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1234663/p859900_commission_testimony_re_at_concerns_and_the_fda_approval_process_house_7-27-17.pdf adresinden erişilmiştir.
- Nguyen, T. T. (2010) *Competition Law, Technology Transfer and the TRIPS Agreement*, UK: Edward Elgar Publishing Limited
- Noyan, E. (2015). *Patent Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi
- Organisation For Economic Co-operation and Development. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, 22.03.2018 tarihinde <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Ongan, B. (2007). *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Ortan, N. A. (1987). *İşçi Buluşları*. İzmir: Dokuz Eylül Yayınları, İstiklal Matbaası
- Ölmez, H. S. (2003). *Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması*. Rekabet Kurumu: Ankara
- Önay, I. (2010). TRIPS:Patent Korumasının İlaçlara Erişime Etkisi. *Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan II*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık
- Öz, G.A. (2000). *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Rekabet Kurumu. 16.12.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/akademik-calismalar/4-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Özdemir, S. O. (2002). *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul: Beta Yayıncılık
- Öztan, F. (2008) *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitapevi
- Öztürk, Ö. (2008). *Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları*, İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti.

- Pınar, H. (2004). *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası
- Pınar, H. (2005). *Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*. 12.02.2018 tarihinde <http://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/23-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Pila J., Torremans P. (2016). *European Intellectual Property Law*. Great Britain: Oxford University Press
- Rekabet Kurumu. (2010). *Rekabet Terimleri Sözlüğü*, Ankara: Rekabet Kurumu
- Rekabet Kurumu. (2.Baskı). *Rekabet El Kitabı*. Ankara: Rekabet Kurumu
- Saraç, T. (2001). Patent İsteme Hakkı ve Hakkın Sahibi. *Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı Cilt I*. İstanbul: Beta
- Saraç, T. (2003). *Patentten Doğan Hakka Tecaviüz ve Hakkın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Sargin, A. (2013). Doha Kalkınma Turu Müzakereleri Kapsamında Patent ve Halk Sağlığı. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012*. Ankara: Yetkin Yayınları
- Sullivan, N. F. (2006). *Technology Transfer: Making the Most Of Your Intellectual Property* Newyork: Cambridge University Press
- Suluk, C. (Aralık 2014). Türkiye'de İlaçların Patent ve Fikri Mülkiyet Hakları ile Korunması. *Terazi Hukuk Dergisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Şehirli, F. H. (1998). *Patent Hakkının Korunması*, Ankara: Turhan Kitapevi
- Tekdemir Y. (2003). *AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya da Sözleşme Serbestisinin Sınırları*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara. 31.03.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/2-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık
- Topçu, D. (2007). *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Torti, Valerio. (2016). *Intellectual Property Rights and Competition in Standart Setting Objectives and Tensions*. Oxford, England: Routledge
- Turan, M. (2014). *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Çeşitleri: Karşılaştırmalı Bir Analiz*. 25.04.2017 tarihinde <http://bd.org.tr/index.php/bd/article/view/401/444> adresinden erişilmiştir.

- Türkkan, E. (2009). *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*. Ankara: Rekabet Kurumu
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. (2017) . *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*. 22.02.2018 tarihinde https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf adresinden erişilmiştir.
- Yalçın, U. G. (2002). İlaç ve Patent Türkiye’de ve Dünya’da Son Gelişmeler. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 10.03.2018 tarihinde <http://www.ankarabarusu.org.tr/site/ankarabarusu/frmmakale/2002-3/1.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Yanık, M. (2003). *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durum Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Uzmanlık Tezi, Rekabet Kurumu, Ankara. 15.03.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/23-pdf> adresinden erişilmiştir.
- Yavuz, Ş. (Nisan-Mayıs-Haziran 2015). Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyetin Zorunlu Lisanslanması: IMS Davası ve Bazı Yanılsamalar. *Rekabet Dergisi*. Rekabet Kurumu: Ankara 01.04.2018 tarihinde <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/22-.pdf> adresinden erişilmiştir.
- Yeniay, O.Ö. (2014). Rekabet Hukuku İle Fikri Mülkiyet Hukuku Arasındaki İlişki. *Prof.Dr.Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt II*. Ankara: Yetkin Yayınları
- Yıldırım, M.(2007). İlaç Patentleri Yönünden Deney Amaçlı Fiiller ve Ruhsatlandırma: Bolar Hükmü ya da Bolar İstisnası. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 11.03.2018 tarihinde <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-337> adresinden erişilmiştir.
- Yılmaz, C. (2003). Marka Lisansının Rekabet Boyutu. *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt III*. İstanbul: Beta
- Yosmaoğlu, N. (1978). *Dünyada ve Türkiye’de Patentler, Know-How’lar Markalar*. Ankara: Mis Matbaası
- Yusufoğlu, F. (2014). *Patent Verilebilirlik Şartları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

Avrupa Birliği Mevzuatı Resmi Sitesi,

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>

Avrupa Komisyonu Resmi İnternet Sitesi, https://ec.europa.eu/commission/index_en

Dünya Ticaret Örgütü Resmi İnternet Sitesi, <https://www.wto.org/>
Federal Ticaret Komisyonu Resmi İnternet Sitesi, <https://www.ftc.gov/>
Rekabet Kurumu İnternet Sitesi, <https://www.rekabet.gov.tr/tr>
Supreme Court Resmi İnternet Sitesi, <https://www.supremecourt.gov/>
Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr/>
Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, <http://www.resmigazete.gov.tr/>



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 25/06/2018

Tez Başlığı : REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ KAPSAMINDA PATENT

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 114 sayfalık kısmına ilişkin, 01/05/2018 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda işaretlenmiş filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 10'dur.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kabul/Onay ve Bildirim sayfaları hariç
- 2- Kaynakça hariç
- 3- Alıntılar hariç
- 4- Alıntılar dâhil
- 5- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

25/06/2018

Adı Soyadı: Hande YERLİKAYA
Öğrenci No: N15228055
Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

DANIŞMAN ONAYI

UYGUNDUR.

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR



**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
MASTER'S THESIS ORIGINALITY REPORT**

**HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT**

Date: 25/06/2018

Thesis Title : PATENT AS A PART OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

According to the originality report obtained by myself/my thesis advisor by using the Turnitin plagiarism detection software and by applying the filtering options checked below on 01/05/2018 for the total of 114 pages including the a) Title Page, b) Introduction, c) Main Chapters, and d) Conclusion sections of my thesis entitled as above, the similarity index of my thesis is 10 %.

Filtering options applied:

- Approval and Declaration sections excluded
- Bibliography/Works Cited excluded
- Quotes excluded
- Quotes included
- Match size up to 5 words excluded

I declare that I have carefully read Hacettepe University Graduate School of Social Sciences Guidelines for Obtaining and Using Thesis Originality Reports; that according to the maximum similarity index values specified in the Guidelines, my thesis does not include any form of plagiarism; that in any future detection of possible infringement of the regulations I accept all legal responsibility; and that all the information I have provided is correct to the best of my knowledge.

I respectfully submit this for approval.

25/06/2018

Name Surname: Hande YERLİKAYA

Student No: N15228055

Department: Private Law Department

Program: Private Law Masters With Thesis

ADVISOR APPROVAL

APPROVED.


Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR



HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ETİK KOMİSYON MUAFİYETİ FORMU

HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 25/06/2018

Tez Başlığı: REKABET HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ KAPSAMINDA PATENT

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmam:

1. İnsan ve hayvan üzerinde deney niteliği taşımamaktadır,
2. Biyolojik materyal (kan, idrar vb. biyolojik sıvılar ve numuneler) kullanılmasını gerektirmemektedir.
3. Beden bütünlüğüne müdahale içermemektedir.
4. Gözlemsel ve betimsel araştırma (anket, mülakat, ölçek/skala çalışmaları, dosya taramaları, veri kaynakları taraması, sistem-model geliştirme çalışmaları) niteliğinde değildir.

Hacettepe Üniversitesi Etik Kurullar ve Komisyonlarının Yönergelerini inceledim ve bunlara göre tez çalışmamın yürütülebilmesi için herhangi bir Etik Kurul/Komisyon'dan izin alınmasına gerek olmadığını; aksi durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

25/06/2018

Adı Soyadı: Hande YERLİKAYA
Öğrenci No: N15228055
Anabilim Dalı: Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Statüsü: Yüksek Lisans Doktora Bütünleşik Doktora

DANIŞMAN GÖRÜŞÜ VE ONAYI

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Detaylı Bilgi: <http://www.sosyalbilimler.hacettepe.edu.tr>

Telefon: 0-312-2976860

Faks: 0-3122992147

E-posta: sosyalbilimler@hacettepe.edu.tr



HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
ETHICS COMMISSION FORM FOR THESIS

HACETTEPE UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW DEPARTMENT

Date:25/06/2018

Thesis Title: PATENT AS A PART OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

My thesis work related to the title above:

1. Does not perform experimentation on animals or people.
2. Does not necessitate the use of biological material (blood, urine, biological fluids and samples, etc.).
3. Does not involve any interference of the body's integrity.
4. Is not based on observational and descriptive research (survey, interview, measures/scales, data scanning, system-model development).

I declare, I have carefully read Hacettepe University's Ethics Regulations and the Commission's Guidelines, and in order to proceed with my thesis according to these regulations I do not have to get permission from the Ethics Board/Commission for anything; in any infringement of the regulations I accept all legal responsibility and I declare that all the information I have provided is true.

I respectfully submit this for approval.

25/06/2018

Name Surname: Hande YERLİKAYA
Student No: N15228055
Department: Private Law Department
Program: Private Law Masters With Thesis
Status: MA Ph.D. Combined MA/ Ph.D.

ADVISER COMMENTS AND APPROVAL


Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

