

Editör
Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri

~ İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve
Rekabet Kurumu tarafından müştereken
düzenlenen Konferans~

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dolapdere Kampüsü

(22 Haziran 2010)



SUNUŞ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	xv

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Prof. Dr. Turgut Tarhanlı.....	3
Prof. Dr. Nurettin Kaldırımıcı.....	7

İLK OTURUM HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSLERİN TEK TARAFLI DAVRANIŞLARINA GENEL BAKIŞ

Rekabet Kurulu'nun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Yaptırım Politikası Hakkında Değerlendirme Yrd. Doç. Dr. Kerem Cem SANLI.....	15
AB Komisyonu 102. Madde Kılavuzu Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Reformuna Dair Eleştiriler ve Öneriler Dr. Pınar AKMAN	69

Tek Yanlı Davranışlara Nasıl Yaklaşalım?	
Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	91

İKİNCİ OTURUM SÖMÜRÜCÜ UYGULAMALAR

Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar	
Çiğdem ÜNAL	153
Soru-Cevap Bölümü	217

ÜÇÜNCÜ OTURUM DIŞLAYICI UYGULAMALARI

Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Doktrinde Ayrımcılık Eylemlerinin Sınıflandırılması Sorunu	
Av. Ece ASLAN.....	229
İndirim Sistemleri: AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulamasındaki Son Gelişmeler	
Remzi Özge ARITÜRK.....	309
Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar	
Ali ARIÖZ - Özgür Can ÖZBEK.....	371
Yorumlar	
Dr. Pınar Akman	423
.....	431

DÖRDÜNCÜ OTURUM DIŞLAYICI UYGULAMALAR II

Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Barış EKDİ.....	443
Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler Av. Gönenç GÜRKAYNAK - Av. M. Hakan ÖZGÖKÇEN - Av. Öznur İNANILIR.....	507
Yorumlar	
İzak Atiyas.....	581
.....	589
Soru-Cevap Bölümü	595

MİCROSOFT DAVASI EKSENİNDE, İNOVASYON PAZARLARINDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI TEORİSİNİN YERİ VE ETKİLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Av. Gönenç Gürkaynak*
Av. M. Hakan Özgökçen*
Av. Öznur İnanılır*

1. GİRİŞ

Inovasyon pazarlarında gelenekçi pazarların aksine teknoloji çok hızlı gelişmekte ve değişmektedir. Bu da sürekli bir şekilde yeniliklerin meydana gelmesi anlamına gelmektedir. Sürekli yenilikler meydana gelen bir pazarda yüksek düzeyde rekabet yaşandığı aşikardır. Böyle bir pazarda yeniliklerin devamını sağlamak ancak üretilen yeniliklerin ve sahiplerinin korunması ile teşvik edilebilir. Bu yenilikleri korumanın başlıca yolu da fikri mülkiyet hakları olarak verilebilir. Fikri mülkiyet haklarının rekabet ihlali yaratacak boyutta kullanılması “zorunlu unsur doktrini” ile açıklanabilir. Zorunlu unsur doktrinine göre, bir fikri mülkiyet hakkı her ne kadar sahibine korunan gayri maddi malını başkalarıyla paylaşmama hakkı verse de, fikri mülkiyet hakkı nedeniyle piyasadaki rekabetçi yapı bozuluyorsa, rekabet hukuku çerçevesinde bu koruma altına alınan yeniliğin başkaları tarafından kullanılması zorunluluğu getirilir.¹ Ancak yenilikçi pazarlarda rekabet hukuku analizlerinin yapılmasında her bir yeniliğin kendine has özeliği nedeniyle pazarın dar tanımlanması gibi bir sonuçta oraya çıkabilmektedir. Söz konusu her bir yeniliğin neredeyse ayrı pazar olarak tanımlanabilmesi sonucu, ilgili yeniliğin o pazarda ilk olması ve aynı zamanda ise fikri mülkiyet ile korunması anlamına gelmektedir. Pazarda ilk olma avantajı ile hakim durumda bulunan ürünün diğer yandan fikri mülkiyet hakkı ile korunması o pazarda ürününün sağlaması beklenen bir takım faydaların sağlanmaması, pazarda paylaşılmaması, pazarda yeniliklerin devam etmemesi veyahut pazarda tekelleşme gibi sonuçlar doğurabilir. Ancak belirtmek gerekir ki patent, marka veya telif hakkının tek başına varlığı hakim durum yaratılması için yeterli olmadığı

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu; Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi.

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

* **ELİG** Ortak Avukat Bürosu

¹ Yılmaz H. (2003); “Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sayfa 18

gibi fikri mülkiyet hakkının da hakim durumdaki bir teşebbüs tarafından kullanılmasının kendisi ihlal yaratıcı değildir.²

İşbu çalışma temelindeki değerlendirmelerin yoğunluklu olarak Microsoft davası temel alınarak yapılacak olması nedeniyle ve ilgili davanın tartışmalara yol açan unsurlarının teknoloji pazarlarında pazar tanımı, fikri sınai mülkiyet hakları (zorunlu unsur ilişkisi) ve rekabet hukuku ilişkisi ve teknoloji pazarlarında bağlama anlaşmaları noktalarında toplanmış olmaları nedeniyle yukarıdaki tespitler kabaca bu unsurlara yönelmeye çalışmıştır. Zira, çalışmanın geneli de bu hususlar çerçevesinde toplanacak ve Microsoft davası içeriğinin bu genel rekabet hukuku tartışmaları ile örtüştüğü ölçüde mercek altına alınmaya çalışılacaktır.

2. İNOVASYON PAZARLARININ DİNAMİKLERİ VE İLGİLİ PAZAR TANIMINA YÖNELİK OLARAK ORTAYA ÇIKABİLECEK HUSUSLAR ÇERÇEVESİNDE REKABET KURULU KARARLARI EŞLİĞİNDE GENEL GÖRÜNÜM

İnovasyon pazarları yazılım, internet, bilişim, telekomünikasyon gibi teknoloji içerikli pazarlar olarak tanımlanmakla birlikte doktrinde “yeni ekonomi” olarak adlandırılmaktadırlar. Bu pazarların karakteristik özellikleri çok hızlı teknoloji değişimi, fikri mülkiyet haklarının oluşması, ürünü birlikte çalıştıran ek ürünler ve yüksek seviyede teknolojik karmaşıklık içermektedir. Yeni ekonomi pazarları çerçevesinde ileri teknoloji sektörlerine odaklanıldığında, bu endüstrilerin modern antitröst doktrininin doğduğu, özellikle çelik, otomotiv, alüminyum, demiryolu ve sigara gibi geleneksel fiziksel malları üreten endüstrilerden belirgin bir şekilde farklılaşmaktadır.³ Geleneksel endüstriler çoklu firma ve çoklu üretim yeri, istikrarlı pazar, ağır sermaye yatırımı, düşük oranlı inovasyon ile yavaş ve sık olmayan giriş-çıkış özellikleriyle karakterize edilmektedir. Buna karşılık, yeni ekonomi, düşük ortalama maliyetler, makul düzeyde sermaye gerekliliği, yüksek oranda inovasyon, hızlı ve sık giriş-çıkış ve şebeke dışsallıkları ile karakterize edilmektedir. İleri teknoloji sektörlerinin temel olarak yeniliklerin hızlı değişimi (inovasyon), fikri mülkiyetin önemi,

² Bellamy & Child (2001); “European Community Law of Competition”, 5. Baskı, Sweet & Maxwell sayfa 743 - 744

³ Posner, R.A (2000), “Antitrust in the New Economy”, Social Science Research Network Paper Collection, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316, sayfa 2.

şebeke dışsallıkları, agresif rekabet ve düşük fiyatlar temelinde çerçevesinde şekillendiği söylenebilecektir.⁴

- Yeniliklerin Hızlı Değişimi

Bu ekonomiler, sık sık yeni ürünlerin ortaya çıktığı, hızla değişen ve dinamik endüstrilerdir. Bundan dolayı, sürekli yeni ürünler ortaya çıkarmak dinamik bir yapıya sahip olan bu sektörlerde firmaların ayakta kalmaları bakımından hayati öneme sahiptir. Firmalar, halihazırda ürettikleri ürün ve hizmetlerde rekabet ettikleri gibi, bu ürün ve hizmetleri geliştirecek ya da daha üstün ürünleri ortaya çıkaracak yenilikleri yaratma konusunda da rekabet etmektedir. Bu rekabet anlayışı AR-GE yatırımlarını ve faaliyetlerini gerekli kılmaktadır. Böylece, araştırma geliştirme kapasitesi ve faaliyetleri bir firmanın rekabet gücünü doğrudan etkileyen bir özellik haline gelmektedir. Geleneksel endüstrilerde ürün ve fiyat çok önemli iken, ileri teknoloji sektörlerinde inovasyon fiyattan daha önemli hale gelebilmektedir. Bu durum, özellikle inovasyon yoluyla yeni bir ürün ya da hizmet pazarı ortaya çıktığı alanlarda geçerli olmaktadır.⁵ Firmalar sahip oldukları pazar paylarını korumak ya da mevcut pazar paylarını arttırmak için inovasyona önem vermek zorunda kalmaktadırlar. Bu yoğun ve hızlı inovasyon nedeniyle ürünlerin piyasadaki ömürleri de gittikçe kısalmaktadır. Inovasyonun hızı aynı zamanda sosyal refah için de önemlidir. Ekonomik gelişme; ürünleri iyileştirmesi, maliyetleri azaltması ve yeni ürünler ortaya çıkarması nedeniyle teknolojik ilerlemeye bağlıdır. Uzun dönemde inovasyonun topluma olan faydası, rekabetçi fiyatlamanın getirdiği faydalardan daha önemli olabilmektedir. Bu nedenle, günümüzde ekonomik büyümenin motoru durumundaki ileri teknoloji sektörlerinin gelişmesi ve bu alandaki dinamik rekabetin korunması önemli bir politika amacı haline gelmektedir. Dolayısıyla inovasyonun önündeki engellerin kaldırılması da bir öncelik olarak değerlendirilmektedir.

- Fikri Mülkiyetin Önemi

Endüstri devriminden sonra ortaya çıkan geleneksel imalat sektörlerinin aksine, bilgi çağının kilit ürünü, coğrafi sınır tanımayan ve kolayca kopya edilebilen fikirlerdir. Bu fikirler patent, telif hakları ve diğer fikri mülkiyet haklarıyla korunabilmektedir. Başka bir deyişle, yeni ekonomi sektörlerinde üretilen ürünlerin maddi ürünlerden çok gayri maddi ürünleri

⁴ Morse M.H. (1999) “Antitrust Issues in High tech Industries”, The Antitrust Review of the Americas 2000, Global Competition Law Review Special Report, sayfa 64-67

⁵ Lang, J.T (1996) “European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries”

oluşturması ve ortaya çıkarılmasında katlanılan yüksek maliyet, ortaya çıkarılan ürünlerin korunması bakımından fikri mülkiyet haklarını gerekli kılmaktadır. Bu endüstrilerdeki temel ürünlerin fiziksel ürünlerden çok bilgisayar kodu gibi fikri mülkiyet niteliği taşıyan ürünler olduğunu ve bu “fikri mülk”ün bir diske yüklenebildiğini ya da internet üzerinden satılabildiğini belirten Posner⁶ fikri mülkiyetin bu sektörlerdeki önemini şöyle vurgulamaktadır:⁷

“Fikri mülkiyet, marjinal maliyetlere oranla yüksek miktarda sabit maliyetlerle şekillendirilmektedir. Fikri mülkiyeti yaratmak çok pahalıdır ancak bir kere yaratıldığında çoğaltma maliyeti düşüktür, daha dramatik olanı ise yazılımda marjinal maliyeti sıfır olarak konuşmak sadece önemsiz bir abartıdır. Yasal koruma olmaksızın, fikri mülkiyetin yaratıcısı yatırımlarını geri döndüremeyebilir çünkü rakipler bu durumdan serbestçe faydalanabilir. Yasal koruma, ürünü, tekel durumlarında olduğunun aksine azaltmaktan çok artırabilir.”

- Şebeke Dışsallıkları

Şebeke dışsallıkları, yeni ekonomi tartışmalarında sıkça ele alınan bir konudur. Yüksek teknoloji sektörlerinde üretilen birçok ürün ve hizmette şebeke dışsallıklarının varlığı, bu sektörlerin en önemli özelliklerinden birisi olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni ekonomilerle eski ekonomiler arasında temel bir fark vardır, eski sanayi ekonomisi ölçek ekonomileri ile şekillenirken, yeni bilgi ekonomisi şebeke ekonomisi (*network economics*) ile şekillenmektedir. Şebeke dışsallıkları ile birlikte, şebeke ekonomilerinin değerlendirilmesinde pazarların eğilmesi (*tipping*), standartlar, başka bir ürüne geçiş maliyeti (*switching cost*), kilitleme (*lock-in*), bağımlılık paftası (*path dependence*) ve uyumluluk (*compatibility*) gibi konular da önem kazanmakta ve gündeme gelmektedir. Yeni ekonomide pazarın rekabetçi yapısına etki eden temel unsurlardan birisi olması nedeniyle şebeke dışsallıkları, tartışmalarda kapsamlı bir şekilde ele alınmaktadır⁸

- Agresif Rekabet

⁶ Posner, R.A (2000), “Antitrust in the New Economy”, Social Science Research Network Paper Collection, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316 , sayfa 6.

⁷ Demiröz, A. (2003), Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sayfa 18.

⁸ Demiröz, A. (2003), Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sayfa 19

Şebeke dışsallıkları, fikri mülkiyetin korunması ve inovasyonun hızı ile ilgili özelliklerden bahsederken, ileri teknoloji sektörlerinde pazara ilk girmenin avantajı olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle, bu sektörlerde firmalar bir piyasaya ilk giren ve bunun avantajlarından faydalanan olmak için kıyasıya rekabet etmektedir. Bu amaçla firmalar, piyasaya çok düşük fiyatla hatta bazen hiç fiyat koymadan girebilmektedir.⁹

- Düşen Fiyatlar

Yüksek teknoloji endüstrilerinin önemli bir özelliği de yukarıda sayılan özelliklerinin bir sonucu olarak fiyatların düşmesidir. Teknolojik gelişmeler ile arz ve talep yönlü ölçek ekonomileri, fiyatların düşmesinde temel etkenler olmaktadır. Yüksek teknoloji sektörlerinde ürünlerin kalitesi artarken fiyatlarının azalması, özellikle pazara hakim olan ya da pazara yeni giren firmalar bakımından fiyatı stratejik bir araç haline getirmektedir. Bu durumda, rekabeti bozucu fiyat uygulamalarının tespitinde zorluklar yaşanabilmektedir. Bu sektörlerde fiyatların düşmesine ilişkin en güzel örnek bilgisayar fiyatlarındaki azalmadır. Son yıllarda bilgisayar işlem hızlarının ve kapasitelerinin artmasına rağmen fiyatlarının düşmesindeki temel neden mikro işlemci kapasite ve hızlarının yükselmesine karşın fiyatlarının azalmasıdır. Söz konusu gelişme bilgisayar üreticilerine önemli maliyet avantajları getirmekte ve bu durum fiyatlara doğrudan yansımaktadır¹⁰

Yeni ekonomi endüstrileri rekabet hukuku açısından bir takım sorunlar ortaya çıkarmaktadır. İnovasyon pazarında ilgili ürün pazarı tanımı gelenekçi pazarların tanımlanmasından farklılık göstermektedir. Öncelikle inovasyon pazarlarında teknolojinin hızlı ilerlemesi aynı olarak addedilebilecek ürünlerde bile farklılıklar oluşturacak ve pazarın dar tanımlanmasına neden olacaktır. Yenilikçi pazarların geleneksel pazarlardan farklı özellikler göstermesi nedeniyle pazar tanımı yapılırken de bu özellikler göz önünde bulundurulmalıdır. Yeniliklerin hızlı olduğu bir pazarda, pazar tanımının statik bir perspektifle yapılması sonucunda pazar çok dar tanımlanacaktır. Böylece kısa dönemde, performans yerine pazara giriş engellerinin varlığına ve fiyat rekabetine dayalı bir analiz sonucunda, yenilikçi pazarda hakim durum tespitinin yapılması sonucuna ulaşılabilecektir. Yenilikçi pazarlarda, geleneksel pazara göre çok daha dinamik bir rekabet ortamı olmasına rağmen, geleneksel rekabet analizlerinin kullanılması

⁹ Demiröz, A. (2003), Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sayfa 23

¹⁰ Söylemez, S.A (2001), Yeni Ekonomi Boyut Kitapları, İstanbul

sonucunda hakim durumun varlığı veya teşebbüsler arası anlaşmaların rekabeti kısıtladığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Bunun yanı sıra pazardaki oyuncular arasındaki rekabet fiyat üzerinden değil yenilikler üzerinden gerçekleşmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Rekabet Hukuku rejiminde (“AB Rekabet Hukuku”) pazar tanımlama metodu olan SSNIP¹¹ testinin altında yatan varsayım ürünlerin homojen olması ve rakiplerin fiyat üzerinde rekabet etmesi olmasına rağmen dinamik rekabet halinde olan ekonomilerde fiyat bazlı değerlendirmeler yapmak, ilgili ürün pazarının büyüklüğü tanımında ve buna bağlı olarak azar gücü değerlendirmesinde çarpıklıklara neden olacaktır.¹²

Hakim durum inovasyon pazarlarında çoğunlukla geçici ve kırılıgandır. Pazar tanımının ana sebebini teşebbüs ve *güncel* rakiplerinin karşılaştığı *anlık* rekabetçi kısıtlamaları olarak belirlemekle birlikte dinamik rekabetin söz konusu olduğu pazarlarda bu durum *potansiyel* rekabetin önemli olması nedeniyle yanlış anlaşılır¹³. Bu bakımdan, gelenekçi pazarlarda olduğu gibi performans yerine pazara giriş engellerinin varlığına ve fiyat rekabetine dayalı bir analiz yapılırsa, inovasyon pazarlarında hakim durum tespiti çok daha rahatlıkla yapılabilecektir. Halbuki teknolojinin hızlı ilerlemesi inovasyon pazarlarında yüksek düzeyde bir rekabet ortamı oluşturmakta iken bu tür bir değerlendirme inovasyon pazarlarında hakim durumun varlığı ve rekabetin kısıtlanması değerlendirmelerinin yapılmasına neden olmaktadır.¹⁴

Rekabet Kurulu, 2.3.2010 tarih ve 10-20/260-96 sayılı kararında Tekhnelogos Yazılım Müh. Müş. ve Bilişim Hizm. San. ve Tic. Ltd. Şti.’nin kararında hakim durum değerlendirmesini pazara giriş engelleri, fiyat elastikiyeti gibi parametreleri göz önünde tutarak gerçekleştirmiştir. Söz konusu karar, doğal gaz tesisat yazılım programı ZetaCad’in proje tesliminde kullanılan dijital gönderim/onay sistemi (DİPOS) uygulamasında dijital sigorta poliçesi kesilmesini veya manüel poliçelerin faks yoluyla DİPOS’a entegrasyonunu zorunlu tutmasınının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ihlal teşkil ettiğine

¹¹ SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price): Fiyatta küçük ama önemli ve kalıcı artış.

¹² Jones, A. ve Sufrin, B. (2008), “EC Competition Law”, Üçüncü Baskı, sayfa 378

¹³ Jones, A. ve Sufrin, B. (2008), “EC Competition Law”, Üçüncü Baskı, sayfa 430

¹⁴ Yılmaz, H. (2003), “Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Ankara sy. 36

ilişkin iddiaları değerlendirmiştir. Söz konusu kararında ilgili ürün pazarı “*doğal gaz tesisat projelerinin online gönderimi pazarı*” olarak tanımlanmıştır. Doğal gaz tesisat projelerinde elden teslim sisteminin de olduğu bilinmekte ancak ikame edilebilirliği değerlendirildiğinde elden teslim sisteminin tercih edilmesindeki azalma ve elden teslimin tek başına bir ürün ve pazar olarak tanımlanamaması online gönderimi tek başına bir pazar olarak belirlenmesine neden olmuştur. Rekabet Kurulu, hakim durum değerlendirmesinde çizim projesi yapan ZetaCad dışında firmalar olmasına rağmen ZetaCad’ın piyasaya ilk giren firma olmasının ZetaCad’ın teslimat sistemi DİPOS’un halihazırda ZetaCad kullanıcılarının DİPOS sistemini de kullanmalarının çok yüksek ihtimal olduğunu belirtmiş ve Tekhnelogos’un ilgili ürün pazarında hakim durumda olduğuna kanaat getirmiştir.

Görüldüğü üzere, inovasyon pazarları arasında yer alan bir yazılım ürünü ve onun yine inovasyon pazarının içinde bulunan online teslimatında şebeke etkisi görülmüş ve pazara girişin zor olması sonucuna varılarak hakim durum değerlendirmesi yapılmıştır. Şebeke etkisinin görüldüğü pazarlara girişin güç olmasının başlıca sebebi, şebekeler arası maliyetlerinin yüksek olmasıdır. Kurulu şebekelerde kullanıcılar dahil oldukları şebekede çalışan ürünler için yüksek maliyetli yatırımlar yaptıktan sonra bir başka şebekeye geçerek yaptıkları yatırımın batık maliyeti dönüşeceği endişesiyle kurulu şebekelerinde kalmayı tercih edeceklerdir.¹⁵

Halbuki, inovasyon pazarlarında hızlı yeniliklerin olması pazarda hakim durumda olacak oyuncunun gerekli yenilikleri yapmaması halinde pazardaki konumunu koruyamayacak, bu durum da inovasyon pazarlarında hakim durum konumunun her an ve sık sık değişebileceğini göstermektedir.

Rekabet Kurulu 18.9.2008 tarih ve 08-54/852-340 sayılı Armada Bilgisayar kararı yazılım pazarı tanımlarken bilgisayar sektörünü "yazılım", "donanım", "hizmet" ve "tüketim malzemeleri" olmak üzere dört alt ürün grubunun oluşturduğu bir üst pazar niteliğini taşımakta olup söz konusu ürün grupları birbirlerini tamamlayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir. Rekabet Kurulu buna ek olarak bilgisayar sistemleri arasında bağlantı kurarak ağ (network) sisteminde yer alan bir kullanıcının aynı ortamda bulunan tüm bilgisayarlara

¹⁵ Yılmaz H. (2003); “Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sayfa 43

erişebilmesi, ağ işletim yazılımları ve ağ donanım ürünlerinin birleşiminden oluşan ağ sistemleri ile mümkün olduğunu ifade etmiş, bunların birinde meydana gelen değişim ve gelişmelerin diğerlerini doğrudan etkilemesi nedeniyle alt ürün gruplarını tamamen bağımsız olarak değerlendirmenin doğru olmadığına ilişkin görüşler olduğunu ortaya koymuş ancak sonuçta ilgili ürün pazarının tanımlanmasında belirleyici olanın ürünlerin ikame edilebilirliği olduğu. Bu tespitler ışığında Rekabet Kurulu Bilgisayar sektöründeki ürünlerin birbirlerini tamamlayıcı oldukları ve fakat çok farklı işlevleri nedeniyle kesinlikle birbirleriyle ikame edilebilir olmadıkları çıkarımına varmış ve bu nedenle ilgili ürün pazarını yazılım alt sektörünün iki kolundan biri olan sistem yazılımları kategorisinde yer alan “ağ işletim yazılımları pazarı” olarak belirlemiştir. Nitekim Rekabet Kurulu’nun spesifik sektörlerle ilişkin olarak benimsediği benzer tanımları “süt yazılım pazarı”¹⁶, “okul yazılımları pazarı”¹⁷, “eczane yazılımı pazarı”¹⁸ olarak da kullanmıştır.

Yazılımların da her ne kadar spesifik alanlarda ortaya çıkması ve bu nedenle tüketici tercihlerinde doğal olarak sektörel ihtiyaçlara karşılık veren yazılımlara yönelim söz konusu olsa da özellikle arz ikamesi temelinde potansiyel rekabetin yazılım pazarlarında (diğer pazarlara yönelik değerlendirmelerde kullanıldığından daha yoğun bir şekilde) değerlendirilmesinin pazar gücünün ve buna bağlı olarak tek taraflı etkilerin ortaya koyulmasında son derece önemli bir unsur olduğu ifade edilebilecektir.

Rekabet Kurulu 25.11.2009 tarih ve 09-57/1356-349 sayılı Sentim kararında inovasyon pazarlarının dinamiklerini daha net bir şekilde değerlendirmiştir. Kararın kapsamı, Sentim Bilişim Teknolojileri San. ve Tic. A.S. (Sentim)’nin hakim durumunu kötüye kullanması ve Sağlık Bakanlığı’nın (Bakanlık) Sentim’le birlikte hareket etmesi olarak iki unsurdan oluşmaktadır.

Sentim’in hakim durumunu kötüye kullanması iddiası kapsamında, Sentim yazılımını kullanan aile hekimleri tarafından sisteme girilen hasta bilgilerinin yer aldığı verilerin şifrelendiği ve bu bilgilerin rakip programlara aktarılamadığı dile getirilmiştir. Bakanlık ve Sentim’in birlikte hareket etmesi kapsamında, başka ürüne geçmek isteyen hekimlerin doğrudan ya da dolaylı olarak kamu çalışanlarınca uyarıldığı, başka şirket ürünlerini

¹⁶ Rekabet Kurulu’nun 20.6.2007 tarih ve 07-53/583-194 sayılı kararı (Tarımsal süt üreticileri)

¹⁷ Rekabet Kurulu’nun 21.3.2007 tarih ve 07-26/238-77 sayılı kararı (Bilsa)

¹⁸ Rekabet Kurulu’nun 15.7.2009 tarih ve 09-33/741-177 sayılı kararı (Türk Eczacılar Birliği)

kullanmamaları doğrultusunda talimat verildiği iddiası değerlendirme altına alınmıştır. Rekabet Kurumu ilgili ürün pazarını “*Aile Hekimleri Bilgi Sistemi (AHBS) yazılım pazarı*” olarak tespit ettiği kararda her ne kadar Sentim’in ilgili pazarda ürünü değil know-how’ı ile bulunması nedeniyle hakim durumda bulunmadığı ve Sağlık Bakanlığı’nın da 4054 Sayılı Kanun kapsamında teşebbüs olmadığı sonucuna varmış olması sebebiyle soruşturma açılmasına gerek olmadığına kanaat ettiği söylenebilirse de burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus Rekabet Kurumu’nun ilgili iddiayla ilişkin olarak rekabet savunuculuğu ilkesinde yapmış olduğu değerlendirmedir. Rekabet Kurumu iddialara ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı’nın elektronik sağlık kaydı veri tabanı oluşturması yolunda akreditasyon sisteminin kurulması gerektiği ve böyle bir sistemin kurulması, prosedürü ve idame ettirilebilmesi için de alt yapı ve standartlarının yerleşmesi gerektiği görüşünden yola çıkarak ileride pazarı rekabete açacağı görüşüne müdahale etmemiştir. Ayrıca Bakanlıktan gönderilen bilgilerde verilerin şifrelenmesinin ilgili pazarda faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin de uyması gereken, mahremiyet ve gizlilik konularında uyulması gereken bir husus olduğu, bu durumun hiçbir teşebbüsü dışlayıcı niteliği olmadığı ifade edilmiştir.

Rekabet Kurulu 18.10.2007 tarih ve 07-79/991-386 sayılı kararında Çözüm Bilgisayar - Bilgisayar Satıcılığı Programcılığı Tic. ve San. Ltd. Sti.’nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasını değerlendirmiştir. Şikayet, hastane otomasyon sistemleri alanında hakim durumda bulunduğu iddia edilen Çözüm Bilgisayar’ın söz konusu hakim durumunu, şikayetçinin SMS ile randevu sistemini hastane otomasyon sistemine entegre etmemek suretiyle başka bir pazarda; SMS ile randevu sistemi pazarında kötüye kullandığı hakkındadır. Rekabet Kurumu ise Çözüm Bilgisayarın ana faaliyet konusunun hastane bilgi yönetim sistemleri pazarı olduğunu, ayrıca bu sisteme ilişkin SMS ile randevu hizmeti de verdiğini belirterek ilgili ürün pazarını “*hastane bilgi yönetim sistemleri*” olarak tanımlamıştır. Rekabet Kurumu hakim durum değerlendirmesinde Çözüm Bilgisayarın pazar lideri olmadığı ve tek başına ekonomik parametreleri belirleyebilecek güce sahip olmadığını belirlemiştir. Buna ek olarak Rekabet Kurulu hakim durum söz konusu olsa bile şikayetçi firma SRS’nin hizmet verdiği hastanelerden sadece bir tanesinde faaliyetini sürdüremeyeceği portföyündeki diğer hastanelerde ise faaliyetine devam edebileceği sebebiyle hakim durum yaratmadığına karar vermiştir.

3. MICROSOFT DAVASI DİNAMİKLERİ TEMELİNDE İNOVASYON PAZARLARINDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Yeni ekonomi pazarlarına ilişkin olarak genel bir değerlendirme yaptıktan sonra işbu çalışmanın temelini oluşturan Microsoft davası üzerinden yola çıkarak bir durum fotoğrafı çekmeye çalışmak, ABD ve AB rekabet hukuku rejimlerindeki uygulama beraberce ele alınırsa, Microsoft davasının yüz yılı aşkın dünya rekabet hukuku uygulaması tarihinin en uzun, ilginç ve karmaşık davalarından biri olduğu düşünüldüğünde en uygun yöntem olabilecektir. Bu çerçevede meseleyi öncelikle davanın doğumu ve gelişimi açısından ortaya koymak ve sonrasında kendisiyle ilintili olan teorik tartışmalara girmek ve en nihayetinde kendisini ilgilendiren teorik hususların uygulamada ne derece rekabet otoriteleri tarafından istikrarlı bir şekilde bu dava özelinde uygulanıp uygulanmadığının tespitini yapmak kabaca Microsoft davasının içyüzünü ortaya koyma hususunda uygun bir yaklaşım olabilecektir. Bu nokta her ne kadar işbu çalışma çerçevesinde ortaya koyulan karşılaştırmalı analizlerin değer yargısı yüklenmeden ortaya koyulan analizler olduğu rahatlıkla söylenebilecekse de, Avrupa Topluluğu'ndaki ("AT") soruşturmada önce Avrupa Komisyonu ("Komisyon") ardından da İlk Derece Mahkemesi önünde Microsoft'u savunan avukat ekibinin bir üyesi olan bir avukatın bu makalenin yazarları arasında olması nedeniyle bu çalışmanın varmaya çalıştığı noktanın objektifliği temelinde tereddütlerin ortaya çıkabileceği anlaşılabilir bir durum olacaktır. Öte yandan, çalışmanın yapılandırılışı incelendiğinde merkezden çekirdeğe doğru giden bir yapıda mümkün olduğunca hiçbir unsuru kaçırmamaya çalışarak çok yönlü ve tutarlı bir sistem çerçevesinde değerlendirmeler yapabilme hususunda başarılı olduğumuzu ummakta olduğumuzun belirtilmesi gerekmektedir.

3.1 Microsoft Davası'nın Doğumu ve Seyri

3.1.1 ABD Rekabet Hukuku'nda

Microsoft'a karşı ilk rekabet hukuku davası Amerika Birleşik Devletleri'nde 1994 yılının Haziran ayında Sherman Yasası'nın 2. maddesi altında monopolleşme iddiasıyla açılmıştı. 1995 yılında Microsoft'un PC işletim sistemlerinde hukuka aykırı olarak monopol konumunu perçinlediği kararına vücut veren bu davada asli olarak Microsoft'un "monopol konumunu korumak ya da yaygınlaştırmak üzere monopol konumundaki ürününe erişimi herhangi bir şarta bağlayamayacağı" karara bağlandı.

Ardından 1997 senesi Ekim ayında ABD hukuk sistemi altında bir dava sonucuna uyulmadığında açılması mümkün olan "itaatsizlik davası" açıldı. Bu davada Microsoft, 1995 kararına rağmen Windows 95 lisansını Orjinal Ekipman Üreticileri'ne (bundan sonra zaman zaman "OEM" olarak anılacaktır) ancak Windows 95 ile beraber Internet Explorer'i lisanslayıp dağıtmaları şartıyla vermesinin neden sivil itaatsizlik olmadığını ispatlamak zorunda bırakılmaktaydı. Sonuçta 1997 yılının Aralık ayında ABD Bölge Hakimi Thomas Penfield Jackson "lisansların Internet Explorer dağıtma şartına bağlanamayacağı" kararını verdi. Microsoft bu noktada Internet Explorer'ı eklemeyen Orjinal Ekipman Üreticileri'ne ürünün kopyalarını vermeyi düşünmediğini açıklayınca 11 Aralık 1997 tarihli karara itaatsizlik davası da başlamış oldu. Bu dava çok uzun sürmedi. Zira 1998 senesi Ocak ayında Microsoft ile Adalet Bakanlığı kısmi uzlaşmaya vardılar. Buna göre Orjinal Ekipman Üreticisi firmalar Windows 95'in yeni versiyonlarını dağıtırken Internet tarama işlevselliğini çıkartma yahut saklama imkanına kavuşacaklardı.

Bu noktada da çok uzun süre kalmadı. Zira, 1998 senesi Nisan ayında Microsoft Windows 98'i piyasaya süreceğini ve bu ürünün internet tarama fonksiyonlitesi olan Internet Explorer'ı tamamen entegre edeceğini duyurdu. Bu esnada, 1998 senesinde, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa'da Microsoft Corporation'a karşı rekabet hukuku kovuşturmaları başladı.

Amerika'daki dava Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı'nın, yirmi eyaletin ve Columbia Bölgesi'nin Sherman Yasası'nın 1. ve 2. maddelerini ve çeşitli eyaletlerin rekabet

kanunlarını ihlal ettiği iddiası ile Microsoft aleyhinde rekabet davası açması ile başlamıştır. Ana iddialar şunlardı:

- Netscape Navigator'ın dağıtımını münhasır ilişkiler vasıtası ile önlemek;
- İnternet tarayıcıları pazarında monopolleşmeye teşebbüs;
- Kanuna aykırı olarak İnternet Explorer'ı Windows'a bağlamak;
- Intel-uyumlu kişisel bilgisayar işletim sistemleri pazarında monopol durumunu yasadışı olarak korumak ve perçinlemek.

İddialar yukarıdaki şekilde özetlenebilecek olmakla beraber, özellikle Adalet Bakanlığı'nın Microsoft'un münhasır lisanslarının Netscape Navigator'ın dağıtımını engellediği iddiası Hakim Thomas Penfield Jackson tarafından reddedildikten sonra, dava teknik olarak bir tanesi Adalet Bakanlığı tarafından diğeri ise eyaletler tarafından gündeme getirilen iki husus etrafında şekillendi: (i) Windows'un sunucu ile bağlantısının iç işleyişini sağlamak maksadı ile kullanılan, müşteri sürümünü de içeren iletişim protokollerinin Microsoft tarafından açıklanması koşulları ve (ii) Microsoft'un işletim sistemlerinin yeni kapasiteler bulma ve entegre etme yolu ile geliştirilmesine izin verilmesi koşulları.

Bu iki hususa dair rekabet hukuku tartışmaları yalnız duruşma ve temyiz için birleştirilmiştir. Bu noktada, ABD Bölge Mahkemesi hakimi Jackson davaya ilişkin bazı bulgularını ortaya koydu¹⁹ ve aynı zamanda Federal Temyiz Mahkemesi hakimlerinden Richard Posner'ı (ki bilindiği gibi kendisi aynı zamanda çok yetkin bir rekabet hukuku akademisyenidir) 1999 yılı Ekim ayında arabulucu olarak atadı. Posner, 2000 yılı Nisan ayında arabuluculuk görüşmelerinin “meyve vermediğini” açıkladı. Bundan iki gün sonra Hakim Jackson Sherman Yasası'nın 2. maddesinin ihlalini tespit etti ve 20 günlük bir süreç içinde de aşağıdaki hususları teyid eden kararını verdi:²⁰

- (1) Sherman Yasası'nın 1. maddesi altında hukuka aykırı bağlama işlemi²¹
- (2) Sherman Yasası'nın 2. maddesi altında hukuka aykırı olacak biçimde PC işletim sistemi pazarında monopol durumunun perçinlenmesi

¹⁹ US v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9, 19 (D.D.C. 1999) (FF 33)

²⁰ US v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30, 39 (D.D.C. 2000)

²¹ US v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 45,47 (D.D.C. 2000)

- (3) Sherman Yasası'nın 2. maddesi altında hukuka aykırı olacak biçimde internet tarayıcıları pazarında monopolleşmeye teşebbüs

Buna bağlı olarak, 2000 yılının Haziran ayında ABD Bölge Mahkemesi aşağıdaki tedbirleri içeren nihai kararını verdi:²²

- (1) Microsoft'un yapısal olarak ikiye ayrılması, (parçalardan biri işletim sistemleri işiyle diğeri ise tüm diğeri software işleriyle ilgilenecekti.)
- (2) Bilgi verme yükümlülükleri,
- (3) İşletim sistemi ürünlerinin dizaynına ilişkin kısıtlama ve yükümlülükler.

Tahmin edilebileceği gibi, Microsoft o güne kadarki rekabet hukuku uygulamasının en ağır kararlarından biri olan bu karar aleyhine Columbia Bölge Temyiz Mahkemesi'nde temyiz yoluna gitti. 2001 yılı Haziran ayında mahkeme oy birliğiyle ve *en banc* (tüm üyelerin katılımıyla) alınan bir kararla aşağıdaki hususları karara bağladı:²³

- İlk derece mahkemesinin Microsoft'un işletim sistemleri pazarında tekel durumunu muhafaza etmek amacı ile rekabeti engelleyici önlemler olarak Sherman Yasası'nın 2. maddesini ihlal ettiği yönündeki kararının bir bölümü onandı ve bir bölümü bozuldu;
- İlk derece mahkemesinin Microsoft'un internet tarayıcı pazarında monopolleşmeye teşebbüs etmesi nedeniyle Sherman Yasası'nın 2. maddesini ihlal ettiği kararı bozuldu ve
- İlk derece mahkemesinin Microsoft'un internet tarayıcılarını kendi işletim sistemine bağlayarak Sherman Yasasının 1. maddesini ihlal ettiği kararı gerekçesi ile beraber iptal edilerek bir alt mahkemeye geri gönderildi.

Bu davada Temyiz Mahkemesi, Microsoft'un kendi web tarayıcısı yazılımı olan Internet Explorer'ı usulsüz olarak geliştirme doğrultusunda hareket ettiği kanısına varmamıştır. Mahkeme Windows işletim sisteminin içindeki Internet Explorer'ın Microsoft tarafından entegre edilmesini kanuna aykırı bir bağlama işlemi olarak kabul etmemiştir. Mahkeme

²² US v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000)

²³ US v. Microsoft Corp, 253 F. 3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001) (en banc)

Microsoft'un Windows işletim sistemlerinin özelliklerini geliştirme kapsamına bir itirazı olmadığını ve entegrasyonun tüketicilere ve üçüncü kişi yazılım geliştiricilerine fayda sağladığını da açıkça belirtmiştir.

Microsoft'un Temyiz Mahkemesi tarafından ele alınan ve yasadışı olarak monopol durumunu muhafaza etme iddiası kapsamında değerlendirilen fiilleri üç ana kategoriye girmektedir:

- Kişisel bilgisayar üreticilerini kısıtlayıcı nitelikteki hareketler;
- Sun Microsystems teşebbüsüne ait Java yazılımının ve Netscape'e ait Navigator Internet tarayıcısının gelişimini ve dağıtımını engelleyici hareketler;
- Java ve Navigator'ı geliştiren ve pazarlayan iş ortaklarına karşı misilleme hareketleri.

Temyiz mahkemesi bununla da yetinmeyerek, yürüyen dava ile ilgili bazı tutumları dolayısıyla ilk derece mahkemesinin hakimi Jackson'ı bu davadaki görevinden azletmiş ve önerilen yaptırımları reddetmiştir. Bu noktadan itibaren, değişen bulguları değerlendirmesi ve "belirli" bir yaptırım planlaması için yeni duruşma hakimi olarak ilk derece mahkemesi hakimi Colleen Kollar-Kotelly'i görevlendirmiştir. Buna bağlı olarak, Hakim Kollar-Kotelly mutabakat üzerinde çalışmalara başlamış ve bunda başarılı olmuştur. 2001 senesi Kasım ayında Microsoft ABD Adalet Bakanlığı ve kendisine karşı dava açan 18 eyaletten 9'u ile anlaşmaya varmıştır.

Ulaşılan mutabakat kararı şu unsurları içermekteydi:

- Kişisel bilgisayar üreticilerinin kanuna aykırı olarak kısıtlandığı iddiası ile ilgili olarak: Kişisel bilgisayar üreticilerinin Microsoft'tan ve onun rakiplerinden yazılım yüklemesinin kısıtlanması yasaktır;
- Java ve Netscape Navigator yazılımlarının engellendiği iddiası ile ilgili olarak: Microsoft'un bağımsız rakip ara ürün pazarlaması yapma ehliyeti olan yazılım ve donanım sağlayıcıları ile münhasır anlaşmalar imzalamasını yasaklama;
- Java ve Netscape'in dağıtımını yapan iş ortaklarına karşı misilleme yapılması iddiası ile ilgili olarak: Microsoft'un kendi ara ürünleri ile rakip olacak ürünlerin

üretilmesi konusunda bağımsız yazılım ve donanım geliştiricilerine karşı misillemede bulunmasının yasaklanması

- Microsoft'un müşteri kullanıcı sistemleri tarafından yerli birlikte işleyiş amacıyla kullanılan bütün iletişim protokollerinin kendi sunucu işletim sistemleri ile (örnek: ek yazılımların kurulumu) lisanslanmasının emredilmesi (burada Temyiz Mahkemesinin ihlal kararının gerektirdiğinden öteye gidilerek sonradan Komisyonu'nun önemli bir konu olarak ele alacağı meselede de çözüm getirilmektedir.)

1 Kasım 2002 tarihinde Columbia Bölge Mahkemesi Mutabakat Kararı'nı Tunney Yasası'na göre kamu yararına uygun bulmuş ve Mutabakat Kararı kapsamındaki anlaşmayı mahkeme kararı olarak onamıştır. Hakim Kollar-Kotelly kararında anlaşmaya varmayan 9 eyalet tarafından istenen daha geniş kapsamlı yaptırımları net bir biçimde reddetmiştir. Mahkeme bunun yerine Mutabakat Kararı'nın daha uygun bir yaptırım olduğuna hükmetmiş ve anlaşmanın hükümlerinin uygulanmasını takip için gerekli sisteme karar vermiştir.

Anlaşmaya varmayan dokuz eyaletten sadece Massachusetts ABD ilk derece mahkemesi kararına karşı temyize gittikten sonra hala bu amacı doğrultusunda çalışmalarını sürdürmüştür.

Davada son karar 2002 yılı Kasım ayında verilmiştir. Böylece, Amerika'da Microsoft aleyhine yürütülen dava birbirine benzer iki farklı hüküm marifetiyle, 2002 yılı Kasım ayında Columbia Bölgesi'nin ilk derece mahkemesi tarafından sonuçlanmıştır. Mahkeme, 1 Kasım 2002 tarihinde Tunney Act altında verilen kararın kapsamını çok aşan talepleri reddetmeden önce, 32 günlük duruşmada, Sun, Novell ve RealNetworks'un da aralarında bulunduğu 30'u aşkın şahidin yeminli ifadesini dinlemiştir. 324 sayfalık kararında Mahkeme, bu taleplerin rekabeti teşvik etmekten ziyade rekabeti zedeleyebileceğine ve tüketicilere zarar verebileceğine hükmetmiştir.

3.1.2 AT Rekabet Hukuku'nda

Komisyon, AT rekabet hukukunda soruşturmaların yürütülmesi bakımından son derece atipik ve soru işaretlerine yol açması kaçınılmaz olan bir tutumla, Microsoft soruşturması boyunca birbirinden oldukça farklı teoriler içeren üç ayrı soruşturma raporu göndermiş ve sonunda da

karardan evvel aslında rahatça dördüncü bir soruşturma raporu olarak nitelenebilecek bir doküman daha göndermiştir.

Komisyonu'nun soruşturmasındaki iddialardan biri Microsoft'un ABD'deki rakiplerinden Sun Microsystems'in "beraber işleyebilirlik" için gerekli bazı arayüz bilgilerinin sağlanmadığı şikayeti ile ilgilidir. Diğeri ise Komisyonun Microsoft'un ürünü olan Windows 2000 hakkındaki bağlama iddialarıyla açtığı bağımsız soruşturma ile alakalıdır.

Başlangıçta soruşturmada tanımlanan en önemli üç pazar şunlardır:

- Kişisel masaüstü bilgisayarları için işletim sistemleri pazarı;
- Çalışma grubu sunucuları için işletim sistemleri pazarı;
- Kişisel bilgisayarlarda kullanılan media player yazılımı pazarı.

Microsoft'un hakim durumunu aşağıda sayılan yollarla kötüye kullandığı iddia edilmiştir:

- Microsoft'un, işletim sistemleri pazarındaki hakim durumunu üçüncü kişi yazılımlarının Windows ile birlikte işlerliği için gerekli bilgileri vermeyerek kötüye kullandığı ve hem kullanıcı-sunucu hem de sunucu-sunucu beraber işleyebilirliğinin sağlanması için gerekli tüm bilgilerin sağlanmasını reddettiği
- Windows Media Player'ın rekabet hukukuna aykırı olarak Windows kullanıcı işletim sistemine bağlandığı (Windows Media Player, Windows kullanıcı işletim sistemlerinde çoklu ortam medya playback işlevselliğine verilen isimdir.)

Bu iki temel iddia çerçevesinde üretilen bazı düşünceler aşağıda özetlenmiştir:

3.1.2.1 Birlikte İşlerlik Meselesi

Komisyon zaten soruşturmanın en başında Microsoft'un Sun Microsystems ("Sun") ve diğer şirketlere kullanıcı/sunucu işletim sistemlerinin gelişmesi için talep edilen teknik bilgileri vermeyi reddettiğini iddia etmişti. Buna göre, Microsoft'un kullanıcı işletim sistemleri sağlanması konusunda hakim durumda olduğu ve diğer sunucu işletim sistemi satıcılarını Windows kullanıcı işletim sistemleri ile kendi ürünlerinin birlikte işleyişini sağlayacak

bilgilerden kanuna aykırı olarak mahrum bıraktığı iddia edilmekteydi. Soruşturmanın ilerleyen aşamalarında bu iddia sunucu/sunucu birlikte işlerliği dahil olmak üzere daha da genişletilmiştir. Bununla beraber, Komisyon uzunca bir süre daha açık bir “birlikte işlerlik” tanımını önermemiştir.

Sonunda Komisyon, soruşturmanın son bir senesi içerisinde, Microsoft’un Sun tarafından talep edilen bilgileri sağlamayı reddetmek suretiyle “tam birlikte işleyiş”in başarıya ulaşması için gerekli olan teknik bilgilere erişimi sağlamamaya devam ettiği müddetçe Roma Antlaşması’nın 82. maddesini²⁴ ihlal etmeye devam ettiğini ileri sürmüştür. Bu bağlamda aşağıdaki biçimde özetlenebilecek bazı tespitler yapılmıştır:

- Tam birlikte işleyiş, “tüm yazılım ürünlerinin yazılım mühendisi tarafından tasarlanan fonksiyonlarının hepsinin her yönü ile çalışmasını sağlamak için gerekli tüm bilgilerin değiş tokuş edilmesi ve ortak olarak kullanılması kabiliyeti”ni ifade etmektedir;
- Kullanıcı-sunucu arası birlikte işleyiş ile ilgili tedarik istemleri Microsoft tarafından reddedilmektedir;
- Üstelik, sunucu-sunucu birlikte işleyişine dair bilgiler de verilmelidir;
- Microsoft’un zaten sağlamış olduğu bilgiler yeterli değildir;
- Microsoft’un ABD mutabakatı uyarınca yürürlüğe koyduğu “İletişim Protokolü Lisanslama Programı” da Komisyon’un itirazlarını gidermemektedir.

Ayrıca, soruşturmanın son bir yıllık kısmında, Üçüncü Soruşturma Raporu ile, Komisyon server işletim sistemleri bakımından pazar tanımını daraltmış ve işletim sisteminin üzerine kurulduğu makinenin değerini esas alan yeni bir tanım geliştirmiştir. Microsoft, server işletim sistemleri bakımından değiştirilen pazar tanımına da itiraz etmiş ve Komisyon’un yeni pazar tanımının pazarı dayanaksız olarak Microsoft ve Novell tarafından lisanslanan server işletim sistemleriyle sınırlandırdığını belirtmiştir. Her ne kadar beraber işleyebilirlik bakımından Sun’ın 1998 yılında Komisyon’a yaptığı şikayet esas alınmakta ise de, Komisyon’un pazarı tanımlarken geliştirdiği yeni yaklaşım Sun’ın server işletim sistemlerinin dahi ilgili ürün

²⁴ İlgili madde Lizbon süreciyle yapılan değişiklikler çerçevesinde şu anda Roma Antlaşması’nın 102. maddesine karşılık gelmektedir ancak dava sürecinde 82. maddeye karşılık geldiği için işbu çalışma özelinde hep 82. maddeye atıf yapılacaktır.

pazarının dışında kalmasına yol açmıştır. Bu noktada, Komisyonu tarafından yürütülen soruşturmanın ilgili ürün pazarının tanımlanmasına ilişkin ihtilafli kısımlarını da tartışmak yerinde olacaktır:

- ***Birlikte İşleyiş Meselesi Konusundaki İlgili Ürün Pazarı Tanımlama Çabaları***

Komisyon, “belirli işler (dosya ve yazdırma ile grup ve kullanıcı yönetimi) için kullanılan ve fiyatı 25.000 Avro’dan düşük olan çalışma grubu sunucuları üzerinde kullanılan işletim sistemleri pazarı”nda Microsoft’un hakim durumda olduğunu ileri sürmektedir.²⁵ Microsoft ve Novell bu yapay piyasa tanımı içinde kalan önemli iki şirkettir. Yukarıda yer verildiği üzere, piyasa tanımı değişmiştir: Örneğin, İkinci Soruşturma Raporu’ndaki tanım, “fiyatı 100,000 ABD Doları’ndan az olan çalışma grubu sunucuları üzerindeki işletim sistemleri” idi.

Microsoft bu piyasa tanımının tamamen yanlış olduğunu ileri sürmektedir. Bu tanım olaylara dayanarak noksandır çünkü bu tanımı destekleyen hiçbir delil (ve genel amaçlı sunucu işletim sistemleri için daha geniş bir piyasa gösteren delil) yoktur. Üstelik, bu tanım, özellikle SSNIP testinde somutlaştırıldığı biçimiyle, piyasa tanımının önemli kuralları ile de bağdaşmamaktadır.

İlk olarak, Komisyon’un piyasa tanımı, yazılım ürünü fiyatı yerine donanım (sunucu) fiyatı üzerinde odaklanmaktadır. Oysa, aynı sunucu işletim sistemi birkaç bin Avro tutarındaki küçük işletme sunucusundan milyonlar tutarındaki büyük işletme sunucusuna kadar bütün sunucular üzerinde çalışabilmektedir. Böylece, Komisyon’un yaklaşımı benimsenirse, tek ve aynı sunucu işletim sistemi, üstünde çalışacağı sunucuya göre, farklı ilgili ürün pazarları kapsamında kalabilmektedir. Ekonomik açıdan da rekabet hukuku uygulamasında ilgili ürün pazarı tanımlamanın amaçları açısından da bu durum son derece problemlidir.

İkinci olarak, piyasayı çalışma grubu sunucusu için birçok (12) mümkün fonksiyonu içinden küçük bir sayı ile (3) sınırlamak da tamamen yapay ve keyfidir. Aynı işletim sistemi mümkün

²⁵ Bir bilgisayar ağında, bireysel kullanıcılar (örneğin, ofisinizdeki bilgisayarınız), sunucular aracılığıyla birçok kaynağı ulaştırırlar ve paylaşırlar. Çalışma grubu sunucu işletim sistemi, bilgisayar ağı içinde yazdırmak, bilgi depolamak, e-posta, paylaşılan Internet erişimi, uzaktan erişim, sanal kişisel ağ servisi gibi temel fonksiyonları denetleyen bir sistemdir. Bir çalışma grubu sunucusu bu işlerden bir veya birkaçını yapabilir. Bu fonksiyonlar sunucuların taahhüt ettikleri birçok servis ve fonksiyondan bazılarıdır.

olan tüm fonksiyonlar için kullanılabilir. Piyasanın bu sınırlandırılması ekonomik açıdan da aynı şekilde anlamsızdır. İlgili ürün pazarının tanımlanması konusundaki bu görüş eğer anlamlıysa, ne taşıdığına bağlı olarak aynı teslimat kamyonu için farklı ürün piyasaları da söz konusu olabilir.

Komisyon'un sanatlı ilgili ürün pazarı tanımlamaları sonucunda, asıl şikayetçi olan Sun yeniden tanımlanan ilgili ürün pazarı dışında kalmaktadır. Zira Sun, işletim sistemlerini üst düzey sunucularda satmayı tercih etmektedir. Öte yandan, Sun sunucu işletim sistemlerinin Komisyon tarafından tanımlanan çalışma grubu sunucuları için de pekala kullanılabilir olduğu düşünüldüğünde, ilgili ürün pazarı tanımlanmasıyla ilgili karmaşa iyice açık hale gelmektedir. Microsoft tanımının yapaylığı sebebiyle sunucu işletim sistemleri satışlarının üçte ikisinin tanımlanan piyasanın dışına düştüğünü ve usulüne uygun tanımlanmış bir sunucu işletim sistemleri pazarında hakim durumda görülemeyeceğini savunmaktadır.

3.1.2.2 Ürünlerin Bağlanması: İşlevsellik Entegrasyonu Meselesi

Tüm bunlara ilaveten Komisyon, Microsoft'un Windows Media Player'ı, Windows kullanıcı işletim sistemi ile bütünleştirerek iki farklı ürünü hukuka aykırı olarak bağladığını iddia etmektedir. Komisyon, Microsoft'un Media Player ile Windows'u birbirine bağlamasının alternatif medya sağlayıcıları için rekabeti kısıtladığını ileri sürmektedir:

Bu yönden ABD'deki dava ve Avrupa'daki soruşturma birçok açıdan benzerlik arz etmektedir. ABD mahkemeleri Microsoft'un Intel ürünleri ile uyumlu kişisel bilgisayarları için işletim sistemleri pazarında tekel gücünü elinde bulundurduğuna hükmetmiştir. Avrupa soruşturmasında Microsoft kişisel bilgisayar işletim sistemleri sağlanması pazarında hakim durumda olduğunu kabul etmiştir. İki davadaki iddialara göre de, Microsoft, Windows işletim sistemlerine fonksiyonellik kazandırmak suretiyle rekabeti engellemektedir.

ABD davasında davacılar Microsoft'un Netscape Navigator ile rekabeti engellemek için kanuna aykırı olarak Windows'u bir web tarama yazılımı olan Internet Explorer'ı içerecek biçimde dizayn ettiğini iddia etmişlerdir. Avrupa'daki soruşturmada ise Komisyon Microsoft'un Windows'u çoklu ortam playback işlevselliği olan Windows Media Player'ı da ihtiva edecek biçimde dizayn etmesinin rekabeti RealNetworks ve Apple gibi diğer çoklu

ortam playback yazılımı ve medya dosyası formatları geliştiren şirketler aleyhinde hukuka aykırı olarak bozduğuna hükmetmiştir.

Öte yandan, yaptırımlar bakımından ciddi fark gözlenmektedir. Amerika'daki nihai karar Microsoft'un ürünlerinin son kullanıcılarına Web tarayıcı veya çoklu ortam playback kapasitesi gibi Windows işletim sistemi işlevlerine erişimi kaldırma yeteneği vermesini ve bu nedenle son kullanıcıların duruma göre yalnız Microsoft'un rakipleri tarafından önerilen ikonları içeren işletim sistemlerinin sahibi olabilmelerini içermektedir. Ayrıca Amerika'daki nihai karar Microsoft'un Windows kullanıcı yazılımının Windows sunucu işletim sistemi ile iletişim kurmak için kullandığı bütün iletişim protokollerini rakiplerinin kullanımına uygun kılmasını ve böylece kullanıcı-sunucu beraber işlerliğinin sağlanmasını talep etmiştir.

Oysa Komisyon'un yaptırımları Amerika'da karar verilenlerden çok daha fazlasını içermektedir. Komisyon soruşturmanın son dönemecine kadar Microsoft'tan ya (i) media playback işlevselliğinin sağlanmasının altında yatan yazılım kodunun kaldırılmasını ya da (ii) RealNetworks, Apple ve diğer satıcılar tarafından sağlanan media playerların Windows üzerinde taşınmasını talep etmiştir. Komisyon, rakip ürünlerin işletim sistemi üzerinde taşınması zorunluluğu içeren yaptırımın son derece karmaşık ve probleme yatkın yapısı dolayısıyla, daha sonra ilgili yaptırımın mutlaka media player yazılımının çıkartılması olması gerektiği sonucuna odaklanmıştır. Ayrıca Komisyon, Microsoft'un fikri haklarını göz ardı ederek kendisinin "beraber işlerlik bilgisi" olarak tanımladığı ve kolayca işletim sisteminin kopyalanmasına da yol açabilecek olan bilgileri açıklamasını talep ettiği bir zorunlu lisans verme kararına imza atmıştır.

4. ABD VE AT SÜREÇLERİNİN BERABERCE DEĞERLENDİRİLMESİ

4.3.1 ABD Rekabet Hukuku'nda

4.3.1.1 Ürünlerin Bağlanması: İşlevsellik Entegrasyonu

ABD'deki davanın ilgilendiği en önemli sorun, Microsoft'un yeni kapasitelerinin Windows'un yeni versiyonları ile entegrasyonudur. Adalet Bakanlığı ve Eyaletler, iki ayrı ürün oldukları iddia edilen işletim sistemi ve Web tarayıcısı yazılımının kanuna aykırı olarak bağlandığını iddia etmektedirler. Microsoft ise Windows'un tasarımı itibarıyla entegre olmuş tek bir ürün olduğunu iddia etmektedir.

Temyiz mahkemesi Microsoft'un Windows'ta web tarayıcısı yazılımını da dahil etmesini kendiliğinden Sherman Yasası'nın 1. maddesi altında kanuna aykırı bulmamıştır. Öte yandan, Microsoft'un Sherman Yasası'nın 2. bölümünü ihlal edip etmediği konusunda, temyiz mahkemesi "Microsoft'un Windows ile Internet Explorer'i hangi yolla entegre ettiği" konusuna odaklanmıştır.²⁶ Mahkeme özellikle bilgisayar yazılımıyla beraber derleyip tüketiciye sunan OEM'lerin Windows'tan Internet Explorer ikonlarını çıkartmasının teknik olarak engellenmesinin rekabet hukuku ihlaline vücut vereceği kararına varmıştır. Mahkeme'ye göre, bu olanağın OEM'lere sağlanmaması halinde Netscape Navigator gibi Microsoft'a ait olmayan web tarayıcısı programlarının yeni kişisel bilgisayarlar üzerinden olası dağıtımını güçleştirebilir, zira tüketiciler birden fazla web tarayıcısı programına mahkum oldukları takdirde rakip ürüne yönelme konusunda kafa karışıklığı yaşayabilirler.²⁷

4.3.1.2 Birlikte İşleyiş

Birçok organizasyonda kişisel bilgisayarlar güçlü sunucu bilgisayarlarına bağlı bulunmaktadır. Sunucu bilgisayarları, Sun, IBM ve Hewlett-Packard gibi satıcılar tarafından önerilmektedirler. Sun kendi sunucu bilgisayarlarını adı Solaris (UNIX'in farklı modeli) olan yine kendine ait işletim sistemi ile birlikte satmaktadır. IBM ve Hewlett-Packard gibi diğer sunucu satıcıları ise sunucu bilgisayarlarını Linux ya da UNIX'in farklı modelini veya Windows işletim sistemini (Windows Sunucu 2000 veya Windows Sunucu 2003 gibi) yahut başka sunucu işletim sistemlerini kullanarak pazarlamaktadır.

Sunucu işletim sistemlerinin kullanıcı işletim sistemleri ile birlikte işleyişini iletişim protokolleri sağlamaktadır. İletişim protokolleri belli görevleri icra etmek için bilgilerin nasıl değiş tokuş edileceğini düzenleyen kurallar içermektedir. Belli bir protokolün kullanımı için kullanıcı ve sunucu bilgisayarlara ilgili yazılım desteği gösterilmelidir. Windows'un kullanıcı versiyonu yazılım desteği içeren geniş çaplı protokoller içermektedir. Örneğin, Windows'un içindeki Web tarayıcısı yazılımı Intel-standart http protokolü için destek sağlamaktadır. Bu protokolün kullanılması ile HTTP'yi destekleyen herhangi bir sunucu yazılımı kişisel bilgisayar bazlı Windows ile verileri değiş tokuş edebilir.

ABD davasında mesele Windows ve Windows tarafından sağlanan on binlerce kapasite için yapılan yazılım destekleri arasındaki birlikte işleyişin şekli ile ilgiliydi. Microsoft, arabirimli

²⁶ 253 F. 3d 58.

²⁷ 253 F. 3d 59-67.

uygulama programları üretmek ve iletişim protokolleri ve kullanımları ile ilgili teknik bilgiler yayımlayarak Windows ile uyumlu ürün üretilmesi için olanak tanımıştır. Aslında Microsoft, ABD mahkemeleri tarafından “giriş engeli” olarak tanımlanan hususu gidermekte ve Windows üzerinde çalışan uygulamalar yaratılabilmesi için programcıları teşvik etmekte oldukça başarılı olmuştur.²⁸

Microsoft ayrıca, her ne kadar ABD davasında Microsoft’un kullanıcı-sunucu birlikte işleyişi kapsamında rekabeti engelleyici davrandığına ilişkin bulgular bunu gerektirmiyor olsa da, Windows kullanıcı işletim sistemlerinin Windows sunucu işletim sistemleri ile iletişiminin sağlanmasındaki protokollerin lisanslanmasına onay vermiştir.

4.3.2 AT Rekabet Hukuku’nda

4.3.2.1 Ürünlerin Bağlanması: İşlevsellik Entegrasyonu

Komisyon, soruşturmanın ilerleyen aşamalarında, Windows’un söz konusu işlevselliği içermesinin aynı işlevselliği içeren ürünlerin üreticilerini pazar dışına itici bir durum olduğunu iddia etmiştir. Komisyon’a göre bunun sebebi, içerik sahiplerinin ve dijital dağıtım için içerik kodlayanların gözünde Windows Medya Player’ın yaygın dağıtımının buna göre kodlanan içeriğin en geniş dinleyici kitlesine ulaşmasına sebep olduğu görüşü sebebiyle diğer biçimlere nazaran Windows Medya biçimini seçmeleridir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da, Microsoft’un tekel gücünü zayıflatma ihtimali bulunan web tarayıcısını ilgilendiren ABD davasından farklı olarak Avrupa Birliği soruşturmasında Komisyon’un, multi medya playback işlevselliğinin Microsoft’un Kişisel Bilgisayar işletim sistemleri tedarik pazarında kabul görmüş bulunan hakim durumuna bir tehdit oluşturduğunu iddia etmemiş olduğudur.

Dijital içeriğin müşterilere teslimi pazarının büyüyen bir pazar olduğu ve birçok multi medya teknolojisi geliştiricisinin bulunduğu hususları göz önüne alındığında, Komisyon’un herkesin Windows Medya biçimini seçeceğine ilişkin teorisi ispata muhtaç kalmaktadır. Microsoft, müşteri işletim sistemleri sağlayıcılarının tamamının (özellikle de Apple’ın), kendi ürünlerinde medya playback işlevselliğini kullandıklarını iddia etmektedir. Ayrıca Microsoft, Windows’ta medya playback işlevselliğinin bulunmasının medya playback işlevselliği

²⁸ 84 F. Supp. 2d 20 (FF40)

sağlayan diğer şirketlere zarar vermediğini ve bu şirketleri pazarın dışına itmediğini iddia etmektedir. Bunun sebebi, müşterilerin, genellikle dinlemek ve/veya seyretmek istedikleri içeriğe bağlı olarak birden fazla medya playback yazılımını kullanmalarındır. Ayrıca, çeşitli web siteleri ürünlerini işletebilmek için Windows'un medya playback işlevselliğini kullanmakta olup, bu işlevselliğin işletim sisteminden çıkarılması durumunda zarar görecektir. Buna ek olarak, aşağıda açıklanacağı gibi, Microsoft soruşturmanın bu yönünün ekonomik olarak da anlam ifade etmediğini zira ürünün normal rekabetçi fiyatının sıfır olduğunu ve dolayısıyla salt ürünü bağlamak sayesinde rekabetin engellendiğini modellemenin imkansızlaştığını savunmaktadır.

4.3.2.2 Ürünlerin Bağlanması Teorisinin Bu Pazardaki Sıkıntısı: Fiyatın Sıfır Olması

RealNetworks, Apple, Musicmatch, Winamp ve Microsoft dahil olmak üzere media player sağlayıcıları, media player'lar için bedel talep etmeksizin dağıtım yapabildikleri başarılı modeller geliştirmişlerdir. Bugün itibariyle, serbest bir pazarda media player'ların rekabetçi fiyatı (oyuncuların kullanıcıları bulduğu pazardaki fiyatlar) sıfırdır. Media player sağlayıcıları yazılımlarına ücret tahakkuk ettirmek yerine aşağıdaki modeli uygulamaktadır.

Apple, Microsoft ve çeşitli Linux sağlayıcıları, müşteri taleplerine cevap verebilmek ve kendi platformlarını uygulama geliştiricileri için daha kullanışlı hale getirebilmek için media playback yazılımını kendi işletim sistemlerine entegre etmişlerdir. En basit ifade ile kullanıcı daha fazla özelliği veya işlevselliği olan işletim sistemlerini tercih etmektedir. Geliştiriciler, hiç yoktan teknoloji geliştirmek yerine bu işletim sistemlerinin multi medya işlevselliğini yapılandırarak zaman ve para tasarrufunda bulunmaktadır. Örneğin, Intuit'in Quicken finans yazılımı, daha iyi nihai tüketici tatmini sağlayabilmek için hem Microsoft'un hem de Apple'ın işletim sistemlerinin yapılandırılmış medya olanaklarına dayanmaktadır. Diğer taraftan, Microsoft da Apple da işletim sistemlerinin son kullanıcılar açısından cazip olmasını sağlamak için Quicken gibi uygulamaların mevcudiyetine bağımlıdır. Microsoft ve Apple, kendi işletim sistemlerinin multi media işlevselliğinin geliştiriciler tarafından kullanılmasına izin vermek suretiyle uygulamaların hızlı ve düşük maliyetle geliştirilmesine imkan tanımaktadır.

Avrupa'daki soruşturmanın ürünlerin bağlanması iddiası bakımından şikayetçisi olan RealNetworks ve Apple da dahil olmak üzere diğer medya oyuncusu satıcıları, yaygın kullanımı teşvik etmek ve kendilerinin tescilli formatlarının adaptasyonunun gelişmesi için temel media player ürünlerini internet üzerinden bedelsiz dağıtmaktadırlar.

Ayrıca, pazardaki oyuncular rağbet edilen üst model media player ürünlerini abonelik olarak geliştirmek suretiyle gelir elde etmektedir. Ayrıca pazardaki oyuncular sadece kendilerinin medya oyuncularının (bunların bazıları sadece ücretli üst model ürünler, bazıları ise bedelsiz temel ürünlerdir) kullanılması suretiyle ulaşılabilen içerik için de aldıkları ücret kanalıyla gelir elde etmektedir. Örneğin Apple, içeriği kendisinin popüler iTunes servisi kanalıyla satmakta fakat içeriğin kullanımı için gerekli olan yazılımı bedelsiz sağlamaktadır. RealNetworks ise içeriğini Rhapsody müzik hizmetleri dahil çeşitli abonelik servisleri aracılığıyla satmakta fakat oyuncularının temel versiyonları için bedel talep etmemektedir.

Hangi iş modelini kullandıklarından bağımsız olarak, media player sağlayıcıları etkin rekabet içindedirler ve bu durumdan son kullanıcılar, uygulama geliştiricileri ve içerik sağlayıcıları yararlanmaktadır. Dolayısıyla, bu model pazardaki tüm oyunculara çeşitli faydalar sağlamaktadır: Uygulama geliştiricileri ve tüketiciler bakımından bu model mevcut görev için doğru ürünün bulunabilmesi ve yeni teknolojilerden geliştirildikleri anda yararlanılması anlamına gelmektedir. Microsoft ve Apple gibi işletim sistemi sağlayıcıları ise işletim sistemleri için geliştirilen uygulamaların kalitesinin yeni multi medya özelliklerinin eklenmesi suretiyle artırılması bakımından yarar sağlamaktadır. RealNetworks ve Apple gibi içerik sağlayıcıları da rekabetten yararlanmakta ve söz konusu rekabet içerik teslimindeki kalite ve hızın artması suretiyle dijital içerik endüstrisinin büyümesini desteklemekte ve bunun sonucunda tüketiciler belli içeriklere ödeme yapmayı arzu etmektedir.

Bu ticari şartlar, yazılım endüstrisinde yaygın ve mutad şartlardır. Macromedia'nın Flash oyuncusu ve Adobe'nin Acrobat Reader'ının yüzlerce milyon kopyası bedelsiz olarak dağıtılmış ve bu durum her bir şirketin iş profili ve iş modeline olumlu etkiler sağlamıştır.

AT Rekabet Hukuku altındaki soruşturmanın birlikte işleyişe ilişkin bazı yönleri aşağıda yaptırımlarla beraber açıklanacaktır.

4.4 Her İki Rejimde Önerilen Yaptırımların Mukayesesi

4.4.1 ABD Rekabet Hukuku'nda

Yukarıda özetlendiği üzere, üst mahkemenin kararını yayınlamasının ardından, bölge mahkemesi tarafların davada uzlaşma konusunda girişimde bulunmalarına hükmetmiştir. Bu gayret, Adalet Bakanlığı, 9 adet davacı eyalet ve Microsoft arasında bir uzlaşma sağlanmasına yol açmıştır. Bölge mahkemesi, uzlaşmaya katılmayan diğer eyaletlerin iddialarını ele almak ve uygun yaptırımı tespit etmek amacıyla ayrı bir yargılama yürütmüştür. Bölge mahkemesi, Kasım 2002'de, hem Adalet Bakanlığı uzlaşmasını onaylamış ve hem de yaptırımlara ilişkin yargılamayı hükme bağlamıştır. Her ne kadar iki karar belirli hususlarda farklılık arz etmekte ise de, Microsoft her iki karara da sanki tek bir karar varmış gibi eş zamanlı olarak uymaktadır. Bu kararlara, beraberce, ABD Nihai Kararı diyeceğiz.

4.4.1.1 Ürünlerin Bağlanması: İşlevselliğin Entegrasyonu

Microsoft'un Windows'da hangi işlevselliği kullandığı hususu ABD'deki davanın en önemli konusunu oluşturmaktadır. Bu çerçevede, ABD Nihai Kararı yoğun olarak bu hususu irdelemiştir.

Bölge mahkemesi, Microsoft'un ürün tasarım kararlarının rekabeti engelleyici etkilerinin, OEM'lerin yeni kişisel bilgisayarlara Microsoft'unki dışındaki web tarayıcı yazılımlarını yüklemekten vazgeçmesi ile ortaya çıktığını belirtmektedir. Bununla beraber, ABD Nihai Kararı yazılım meselelerini daha detaylı olarak incelemiş ve karar sadece Web tarayıcı yazılımına uygulanacak biçimde değil ayrıca "middleware" olarak tanımlanan ve media playback yazılımı, acil mesaj yazılımı, elektronik posta yazılımı ve gelecekteki diğer bazı potansiyel yazılım kategorilerini de içerecek biçimde düzenlenmiştir.

ABD Nihai Kararı uyarınca, OEM eğer isterse Windows'un kişisel bilgisayar üzerindeki kurulumunu web tarayıcı işlevselliği ve media playback işlevselliği gibi temel özelliklerine erişimi kaldırmak ve ikame ürünler koymak suretiyle yapabilecektir. OEM, bunu yapmak suretiyle, Windows platformu üzerinde Microsoft dışı yazılımların promosyonunu sağlayan kişisel bilgisayarları kurabilme imkanına kavuşmuş olmaktadır.

Ayrıca, yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere, ABD Nihai Kararı'nın uygulanması aşamasında bölge mahkemesi Microsoft ile uzlaşmayı reddeden eyaletlerin Microsoft'a uygulanmasını önerdiği aşırı yaptırımları uygulamayı reddetmiştir. Mahkeme, özellikle, eyaletlerin talep ettiği ve Internet Explorer veya Windows Media Player gibi "middleware" özelliklerinin yazılım kodlarının silinmesi suretiyle Windows versiyonlarının daha fazla geliştirilmesinin engellenmesine ilişkin önerileri reddetmiştir. Mahkeme, böyle bir "kod silme" yaptırımının Windows'un herhangi bir versiyonundaki yazılım kodunun gerek işletim sistemi ve gerekse üçüncü kişi ürünlerinin çeşitli bölümlerine işlevsellik sağlaması sebebiyle uygulanamayacağını tespit etmiştir. Buna bağlı olarak mahkeme, Microsoft'un Windows'u tamamen yeniden tasarlamasına ve Internet Explorer ve Windows Media Player'ın arzuya bağlı olarak silinebileceği işletilebilir bir Windows versiyonu sunulmasına karar vermiştir.

Bölge mahkemesi ayrıca, OEM'lerin Windows yazılım kodunun belirli bölümlerini silmelerine izin verilmesi halinde, Windows'un yeni versiyonlarında sunulan belirli tip işlevselliklerden yararlanamayacak olan bağımsız yazılım sağlayıcılarının (bundan sonra "ISV" olarak anılacaktır) ve tüketicilerin esaslı surette zarar göreceğini tespit etmiştir. Söz konusu belirsizlik, ISV'nin maliyetlerini arttıracak ve Windows'un uygulamalar için zengin bir platform olarak hizmet etme yeterliliğini engelleyecektir. Öte yandan, silinebilirlikle ilgili yeni statünün rekabetçi etkilerinin buna degeceği düşünülmüştür.

4.4.1.2 Birlikte İşleyiş

Her ne kadar ABD'deki dava müşteri/sunucu birlikte işleyişine odaklanmamış ise de, ABD Nihai Kararı, sunucu işletim sistemlerinin (ve bunlarda çalışan yazılımların), Windows kullanıcı işletim sistemleriyle beraber işleyebilirliğini geliştirmeye yönelik düzenlemeler içermektedir. Ancak, bölge mahkemesi kullanıcı/sunucu birlikte işleyişini teşvik neticesinde elde edilecek yararlar ile Microsoft'un rakiplerine Microsoft'un işletim sistemleri teknolojilerine ilişkin olarak sahip olduğu bilgilere ulaşım imkanının tanınması durumunda rekabete ve araştırma/geliştirme motivasyonuna gelecek zararlar arasındaki dengeyi kurmaya çalışmıştır. ABD Nihai Kararı, Windows kullanıcı işletim sistemleri ile birlikte işleyiş için kullanılan iletişim protokollerinin Microsoft tarafından rakiplerine lisanslanmasını talep etmiştir. Bu çerçevede, sunucu işletim sistemleri alanında Microsoft'a rakip olan teşebbüslerin Microsoft'un Windows müşteri işletim sistemleri ile birlikte işleyişini sağlayan

sunucu işletim sistemlerinin tasarlanması aşamasında Microsoft tarafından kullanılan iletişim protokollerine erişimi mevcuttur.

Bölge mahkemesi, entegrasyon alanında yaptığı gibi, Microsoft ile uzlaşmayı reddeden eyaletlerin birlikte işleyişe ilişkin kapsamlı bilgi verilmesi taleplerini reddetmiştir. Mahkeme, diğer sağlayıcıların yazılımına ilişkin bilgilerin kapsamlı olarak ifşa edilmesine gerek olmaksızın birlikte işleyişin sağlanabileceği birçok yöntemin olduğunu kabul etmektedir. Esasen mahkeme, kullanıcı/sunucu birlikte işleyiş tanımı yapılışını reddetmiş ve Windows sunucu işletim sistemlerinin kopyalarının Microsoft'un rakipleri tarafından yaratılmasına imkan verecek bilgilerin Microsoft tarafından rakiplerine verilmesi gerekliliğine ilişkin talepleri reddetmiştir. Mahkeme, geniş bir birlikte işleyiş tanımının Microsoft'un rakiplerine Windows'u kopyalama imkanı tanıyacağını ve rakiplere başkasının emeğinin mahsullerinden haksız olarak istifade ederek rekabete ve yenilik sağlama motivasyonuna zarar vereceğine karar vermiştir.

Dolayısıyla, ABD Nihai Kararı, Microsoft'un Windows'tan herhangi bir yazılım kodunu çıkarmasını veya Windows'ta rakip bir yazılımın kullanılmasını talep etmemektedir. Karar, multimedia playback özelliği de dahil olmak üzere Windows'un işlevsellikleriyle rekabet edebilecek üçüncü kişi yazılım ürünlerinin gelişim ve dağıtım imkanlarını teşvik etmektedir. Benzer biçimde, kopyalamaya imkan tanıyacak genişlikte bilgi verme yükümlülükleri ABD'de kapsam dışında tutulmuş, belirli bir denge gözetilmesi için azami çaba sarfedilmiş ve her durumda sunucu-sunucu beraber işleyiş ile ilgili meseleler davaya da yaptırıma da konu edilmemiştir. Öte yandan, Komisyonu'nun uygulaması bu yaklaşımlarla taban tabana zıt olmuştur.

4.4.2 AT Rekabet Hukuku'nda

AT rekabet hukuku altındaki soruşturmanın ürünlerin bağlanmasına ilişkin yaptırım boyutu yukarıda biraz açıklanmıştır. Komisyon'un birlikte işleyişe ilişkin olarak hangi yaptırıma hükmedeceği konusundaki belirsizlik ise uzun süre korunmuştur. Dar anlamda değerlendirildiğinde teklif edilen yaptırım Microsoft'un Windows kullanıcı işletim sistemleri tarafından sunulan ara yüzlerin açıklanmasını ve Windows kullanıcı ve sunucu işletim sistemleri arasındaki iletişimde kullanılan protokollerin lisanslanmasını gerektirmekte idi. Öte yandan, bu değerlendirme doğru olsaydı Microsoft zaten ABD Nihai Kararı sebebiyle bu bilgileri açıkladığından herhangi bir yaptırıma gerek kalmayacaktı.

Dolayısıyla, soruşturmanın son senesi içerisinde ve özellikle de Üçüncü Soruşturma Raporu ile Komisyon, Microsoft'un işletim sisteminin iç oluşumunu diğer sunucu işletim sistemi sağlayıcılarına bu sistemi kopyalamalarına imkan sağlayacak kadar ifşa etmesini gerektiren bir yaptırım öngörmüştür. Daha önce uygulaması olmayan bu tür bir yaptırımın Microsoft'un fikri mülkiyet haklarını haleldar edeceği ve Microsoft'un işletim sistemlerini yenileme motivasyonuna zarar vereceği çok tartışılan bir husus olmuştur.

Sonuçta Komisyon 24 Mart 2004 tarihinde, Microsoft aleyhine bir karara varmıştır (bundan sonra "Komisyon Kararı" olarak anılacaktır).²⁹ Komisyon kararının 2. maddesinde şöyle denmektedir:

"Microsoft Corporation,

(a) Ekim 1998 tarihinden bu karar tarihine kadar, beraber işleyiş bilgilerini tedarik etmeyi ve bu bilgilerin, çalışma grubu sunucu işletim sistem ürünlerinin geliştirilmesi ve dağıtım amacıyla kullanılmasına izin vermeyi reddederek ve

(b) Mayıs 1999 tarihinden bu Karar tarihine kadar, Windows Kullanıcı Bilgisayar İşletim Sisteminin kullanılabilmesini Windows Media Player programının eşzamanlı olarak alınması şartına bağlayarak

Roma Antlaşması'nın 82. Maddesi hükümlerini ve EEA Sözleşmesi'nin 54. Maddesi hükümlerini ihlal etmiştir."

Ayrıca, kararın 3. maddesinde, Komisyon, Microsoft aleyhine 497,196,304 Avro'luk bir para cezasına hükmetmiştir. Kararın 4. maddesinde, Komisyon, Microsoft'un, 5 ve 6. maddeler uyarınca 2. maddede bahsi geçen ihlale sona vermesi gerektiğine ve 2. maddede belirtilen fiilleri ve benzer veya benzer amaç veya etkiye sahip herhangi bir fiili tekrarlamamasına karar vermiştir. Buna ilaveten, kararın 7. maddesinde, Komisyon, Microsoft'un karara uygun hareket edip etmediğinin takibinde Komisyona yardımcı olacak uygun bir mekanizmanın oluşturulması amacıyla Microsoft tarafından tekliflerin verilmesi gerektiğini karara

²⁹ 24 Mart 2004, Dava COMP / C-3 / 37.792

bağlamıştır. Süreç elbette bu kararlar da sona ermemiştir. Zira, ilgili kararın gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti için 26 Haziran 2005 tarihinde Komisyon Microsoft tarafından önerilen kişilerin yer aldığı bir kısa listeden (short-list) tanınmış bir bilgisayar uzmanı olan Profesör Neil Barret'i denetleyici uzman olarak atamıştır. 10 Kasım 2005 tarihinde denetleyici uzmandan alınan bilgiler doğrultusunda yeni bir karar almış ve bu kararda Microsoft'un hala tam ve doğru birlikte işlerlik bilgisi sağlamadığını ve eğer 15 Aralık 2005'den itibaren bu yükümlülüklerini yerine getirmezse günlük 2 Milyon Avro'ya kadar idari para cezasına muhatap olacağını belirtmiştir. Bu kararın akabinde Microsoft serbest bıraktığı birlikte işlerlik bilgisinin kapsamını revize etmiş ancak yine denetleyici uzmanın görüşüyle 15 Aralık 2005 tarihi itibarıyla Microsoft'un yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine varılarak 21 Aralık 2005 itibarıyla yasal kovuşturma tekrar başlamıştır. Bu soruşturmanın sonucunda ise 12 Temmuz 2006 tarihinde Microsoft'a 16 Aralık 2005 ile 20 Haziran 2006 tarihleri arasında yükümlülüklerine uymamış olduğu gerekçesiyle toplamda 280,5 milyon Avro para cezası vermiştir. İlgili karar ayrıca Microsoft'un yükümlülüklerine 31 Temmuz 2006 tarihinden itibaren uymaya başlamaması durumunda günlük para cezasının 3 milyon Avro'ya çıkabileceği hususunda Microsoft'u açıkça uyarmıştır. 1 Mart 2007 tarihinde Komisyon bir itiraz beyanı daha göndererek Microsoft'un birlikte işlerlik bilgisini makul olmayan fiyatlarla sunması nedeniyle idari para cezasına hükmedebileceğini belirtmiştir. Bu arada 17 Eylül 2007 tarihinde Microsoft Komisyon'un 2004 yılındaki esas kararına yönelik yapmış olduğu temyiz başvurusunu da kaybetmiştir. Bu sürecin sonunda ise 27 Şubat 2008 tarihinde Komisyonu Microsoft'un 21 Ekim 2007 (21 Haziran 2006'dan başlayarak) tarihine kadar yükümlülüğü olan makul fiyatlarda ve ayrımcı olmayacak şekilde bilgi sağlama yükümlülüğüne aykırı davrandığını tespit ederek toplamda 899 milyon Avro para cezası vermiştir. Microsoft bu karara yönelik olarak 9 Mayıs 2008 tarihinde temyize gitmiş ancak temyize gitme iradesinin tamamen Komisyon kararında kendine yüklenen yükümlülüklerle açıklık getirmek (yani yapıcı bir yaklaşımda bulunmak) olduğunu ifade etmiştir. Son olarak Temmuz 2009 tarihinde Microsoft Avrupa Komisyonu ile arasında geçen uzun müzakereler akabinde geliştirilmiş birlikte işlerlik bilgilerini lisans anlaşmaları aracılığıyla üçüncü kişilerin erişimine açacağını dair bir duyuruyu internet sitesinden yapmıştır.³⁰

³⁰ Bu noktada 2009 yılının Aralık ayında Komisyon'un bu davadan bağımsız olarak Internet Explorer'ın Windows işletim sistemine entegre edildiği temelinde yürütmekte olduğu soruşturma (15 Şubat 2009 tarihinde göndermiş olduğu itiraz beyanı kapsamında) kapsamında Microsoft ile uzlaşmaya vardığının da bilgisinin verilmesi gerekmektedir. Ancak bu sürecin detaylarına bu çalışma özelinde girilmeyecektir.

Dolayısıyla, her iki davanın seyri ve sonuçları anlatıldıktan sonra gelinen şu noktada ciddi boyutta tartışılan ve bizim de enine boyuna tartışmamız gereken bir diğer husus, ABD ve AB rekabet hukuku otoritelerinin aynı vakıalara dayanan uygulamalarında bu kadar farklı görüşler ve yaptırımlar ortaya koymalarının sonraki tarihli AB uygulaması bakımından hukuki görünümüdür.

5. İKİ FARKLI OTORİTENİN AYNI SORUNA YÖNELİK FARKLILAŞAN YAKLAŞIMLARI

5.1 Birlikte İşleyiş

Amerika Birleşik Devletleri'nde Bölge Mahkemesi'nin, birlikte işleyiş sorununu çözmek amacıyla kurduğu mekanizma sonucunda, bugün Microsoft tarafından ABD Nihai Kararı uyarınca yaratılmış olan iletişim protokolü lisanslama programı, herhangi bir sunucu işletim sistemleri sağlayıcısının Windows sunucu işletim sistemlerinin Windows kullanıcı işletim sistemleri ile iletişimini sağlayan protokolleri lisanslamasını sağlamaktadır. Sonuç olarak Microsoft'un sunucu işletim sistemlerine ilişkin rakipleri Windows kullanıcıları ile beraber işleyebilir olabilecek sunucu işletim sistemlerini tasarlarken Microsoft'un kullandığı protokollere ulaşabilmektedirler.

AT'de ise Komisyon, Microsoft'un, çalışma grubu sunucu işletim sistemi ürünleri sunmakta menfaati olan teşebbüslere "ilgili birlikte işleyiş bilgisini" sağlamasını istemiştir. Komisyon, Microsoft çalışma grubu sunucu işletim sistemleri ile Microsoft PC işletim sistemleri arasındaki iletişimle ve Windows platformu üzerinde işlemek üzere programlanmış dağıtılan uygulamalarla alakalı tüm ara yüz bilgisini talep etmekte ve sunucudan sunucuya birlikte işleyiş hususunu da yaptırıma dahil etmektedir. Öte yandan, yukarıda da özetle aktarıldığı üzere, bu yaptırım sadece Windows kullanıcı işletim sistemleri tarafından ortaya konulan ara yüzlerin ifşası ya da Windows kullanıcı işletim sistemleri ile iletişim kurmak için Windows sunucu işletim sistemleri tarafından kullanılan iletişim programlarının zorunlu lisanslaması olamaz; zira bu hususlar zaten ABD Nihai Kararı'na bağlı olarak sağlanmıştır. Komisyon aslında "Windows tarafından ortaya konulan ara yüzlerin altında yatan yazılım kodlarının" diğer sunucu işletim sistemi sağlayıcıları tarafından kopyalanmasına olanak tanınmasını istemektedir. Bu, Microsoft'un sadece "arayüz bilgisini" açıklamasını istemekten oldukça farklıdır. Açıkça ifade edilecek olursa Komisyon Microsoft'un protokolleri lisanslamasını

istemektedir. Protokoller sadece arayüz değildir. Protokoller ArGE'ye dayalı, patente konu olan teknolojilerdir. Microsoft'un, diğer sağlayıcıların Windows tarafından sunulan uygulama programlama ara yüzlerini (Win32 API) kendi işletim sistemlerine eklemelerini temin etmesini gerektiren yaptırımlar Windows işletim sistemlerinin iç oluşumunun ifşa edilmesi anlamına gelecektir. Bu durum patentler, telif hakları ve ticari sırlar dahil olmak üzere "zorunlu teknoloji lisanslaması"na neden olacaktır.

Diğer sunucu işletim sistemi satıcılarının Windows müşterileri ve sunucuları ile birlikte çalışmalarını sağlama amacına ulaşmak için "tam birlikte işleyiş"ten daha az külfetli yaptırımlar bulunmaktadır. Talep edilen bilgiler, çalışma grubu sunucu işletim sistemi piyasasında rekabet etmek için gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, A.B.D. Federal Mahkemesi, önündeki kapsamlı delilleri incelemesi sonucunda, arzu edilen kullanıcı-sunucu birlikte işleyişini başarmak için daha az yük getiren vasıtaların var olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, A.B.D. davasında davacıların talep ettiği daha detaylı ve kapsamlı bilgilerin, daha ziyade rakibin Microsoft'un teknolojisini "*kopyalamasına*" yardım edeceğine karar vermiştir.

5.2 Ürünlerin Bağlanması: İşlevselliğin Entegrasyonu

Komisyon'un bağlama işlemi iddiaları da benzer bir incelemeye tabidir.

Bir işlevselliğin işletim sisteminden hepten çıkartılmasından daha az külfetli yaptırımlar olduğu ve bunların da yeterli olduğu tartışılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, ABD Nihai Kararı Microsoft'un bilgisayar yapımcılarına ve tüketicilere Windows'da ikonlar, kısa yollar veya menü girişleri göstererek veya bunları kaldırarak Microsoft Middleware'i olan Windows bileşenlerine erişim sağlamalarına ve isterlerse bu erişimi kaldırmalarına imkan vermek zorunda olduğunu kabul etmiştir. Microsoft A.B.D. Nihai Kararı'nı uygulamıştır ve böylece entegrasyon konularını sonuca bağlamıştır. Microsoft Windows'u media player ile birlikte sevk etse bile, OEM'lerin ilave bir media player koyması konusunda, kullanıcıların böyle bir bağlama için daha yüksek bir fiyat ödemeleri muhtemel olmadığından, hiçbir sorun yoktur. Komisyon bu yaklaşımı OEM'lerin ve tüketicilerin başka ürün koymak için hiç teşviki olmadığına ilişkin bir iddiayla karşılamakta, ancak bu yaklaşımın kanunun aradığı ispat standardına göre daha ziyade "spekülasyon" olduğu tartışılmaktadır.

Bu noktada, Microsoft'a karşı Avrupa'da yürütülen soruşturma ve şimdi ilgili davanın Birinci Derece Mahkemesi önünde görülmekte olan kısmı fikri ve sınai haklar ile rekabet hukuku alanlarının kesişimini ilgilendirdiği için bu meselenin Avrupa'daki ele alınış şekline ve Microsoft'a ilişkin süreçlerin bu konudaki teorilerle etkileşimine bakmak yerinde olacaktır.

6. FİKRİ VE SINAI HAKLAR VE REKABET HUKUKU: MICROSOFT TECRÜBESİNİN BU KONUDA BULUNULAN NOKTAYA ETKİSİ

Fikri ve sınai hukuku ile rekabet hukuku arasında çatışma şeklinde ortaya çıkan bir ilişki bulunduğu dair klasik düşüncenin bugün terk edilmiş olduğu ve bu iki hukuk dalı arasında çatışmadan daha çok, bir tamamlayıcılık ilişkisinin varlığından söz edildiği malumdur. Topluluk rekabet hukukunun fikri ve sınai haklara da uygulanması gerektiğini ortaya koyan ilk karar aşağıda da belirtildiği üzere Volvo v. Veng³¹ kararıdır. Kararda temel olarak ortaya koyulan ilke şudur: “*Fikri veya sınai hakkın sahibine sağladığı yetkilerden biri olan lisans vermekten kaçınma yetkisinin kullanılması, mücerret hakim durumun kötüye kullanılması sayılmaz*”. Kararın bu tespitini tek başına ele alarak, fikri ve sınai haklara dayalı davranış alanlarının, rekabet hukuku kurallarından bağımsız olduğu şeklinde bir anlamaya yol açmaması gerektiği açıktır. Zira, bu anlayış Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (“ATAD”) Consten&Grundig kararında çoktan reddedilmişti.³² Mahkeme kararında, ulusal marka hakkının mutlak bölgesel koruma sağlayacak (yani belirli pazarları, marka içi rekabetten tamamen mahrum edecek ve böylece, özgülenmiş, izole pazarlar yaratacak) şekilde kullanılmasının rekabet hukuku prensiplerine aykırı olacağını belirtmiştir. Volvo kararı da, lisans vermemek fikri veya sınai hakkın sahibinin ihtiyarında olmakla birlikte, lisans vermeyi reddetmenin, hakkın kullanılma tarzına bağlı olarak, hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edebileceğini belirtmiş ve Consten&Grundig kararını izlemiştir. Bu iki kararın işarete ettiği yol, fikri ve sınai hukuk korumasıyla, rekabet arasındaki sınırın nerede çizilmesi gerektiği sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun yanıtı aranırken, bugün, “tamamlayıcılık kuramı”nın yol gösterici olabileceği savunulmaktadır. Bu kurama göre, fikri ve sınai hukuk, aslında birbirleriyle çatışmazlar; aksine aynı hedefe yönelmişlerdir ve bu anlamda da birbirlerini tamamlarlar. Bu hedef, rekabeti, yeniliği ve böylece etkinliği geliştirmektedir. Örneğin, patent hukuku, teknolojik yenilikleri, uygun finansal getiriye imkan sağlamak suretiyle ödüllendirerek teşvik etme temeline oturur. Bir fikri veya sınai hak sahibinin ilgili

³¹ Dava 238/87 (1988), Volvo v. Veng ECR 6211

³² Dava 56, 58/64 (1966), Consten and Grundig v. Commission ECR 299 (342)

pazarda hakim duruma ve hatta tekel durumuna gelmesini sağlayacak bir başarıyı tetikleyebilir. Ancak pazardaki bu hakim durum veya tekel durumu, fikri veya sınai hakkın tabi olduğu hukuki korumanın değil, pazar koşullarının bir sonucu olarak algılanmaktadır. Gerçekten, eğer tüketiciler (in büyük çoğunluğu) fikri ve sınai hukuk koruması altında bulunan ürünü, piyasadaki aynı işlevi gören diğer ürünler yerine tercihe ederlerse, yüksek pazar payına erişen fikri veya sınai hak sahibi, ilgili ürün pazarında hakim duruma gelebilir. Fikri ve sınai hukukun doğrudan koruduğu ise, esasen, bu hakkın sahibinin hakim durumu değil, onun fikri veya sınai hakkıdır. Mesela, patent hukukunun koruması nedeniyle, hakim durumdaki patent sahibinin izni olmadıkça, hiçbir teşebbüs söz konusu patentli ürünü piyasaya süremez (patenti kullanamaz); ancak, ar-ge yatırım gücü olan herhangi bir teşebbüs, söz konusu patentle çatışmayacak şekilde ve fakat bu patentin konusuna nazaran daha fazla rekabet gücü olan, patent almaya layık bir ürün yaratmak için yatırım yapabilir ve hatta piyasada kalmak istiyorsa, böyle bir yatırımı yapmak zorundadır. Bu nedenle, fikri ve sınai hukuk koruması, rekabet hukukunun da amacı olması gereken iktisadi etkinlik (yoluyla ulaşılabilecek iktisadi refah) için, yeniliği ve yenilikte rekabeti teşvik etmek suretiyle, dinamik etkinliğe, önemli bir katkıda bulunur. Yenilik rekabeti müşteriye daha cazip gelecek yeni bir ürünün (ya da ürünlerin) ortaya çıkmasını sağlayana kadar, hakim durumdaki patent sahibinin bu durumunun devam etmesinde patentin sağladığı ve hukuken korunan münhasırlığın yine de dolaylı etkisi olacaktır; çünkü, rakipler, patenti ne izinsiz olarak kullanabilecekler ne de patentli buluşu kendilerinin de üretmeleri konusunda patent sahibini lisans vermeye zorlayabileceklerdir.

Şu halde, hakim durum fikri veya sınai hakkın sağladığı münhasırlığın bir sonucu olmasa da, hukuken korunan münhasırlık, hakim durumun devamında bir etken olabilir. Esasen, bu bile, rekabet hukuku ile fikri ve sınai hukuk arasındaki tamamlayıcılık ilişkisinin bir göstergesidir. Rekabet yasalarında yer alan ve her yasa hükmü gibi, sözüyle ve özüyle birlikte amacına uygun olarak yorumlanması gereken rekabet kuralları, fikri ve sınai hukukun dinamik etkinliğin ve bu etkinlikten beklenen ekonomik büyüme ve refah gibi yararların sağlanmasındaki rolü devam ettikçe, fikri veya sınai hak sahibini rakipleriyle lisans sözleşmesi yapmaya zorlamak için devreye giremeyecektir; çünkü aksi bir yaklaşımın kabulü, bizzat, rekabet hukukunun amacına aykırı olacaktır.

Buna karşın, eğer fikri ve sınai hakkın konusu olan varlık, bağlantılı bir pazarda (alt pazarda) bir mal veya hizmetin üretilmesinde ya da sunulmasında zorunlu olan bir varlığı teşkil

ediyorsa, bu varlığın işlevsel açıdan bir benzerinin yaratılmasının fiilen imkansız veya bu varlığın kendisine dayanılarak üretilecek ürünler bakımından bir endüstri standardı haline gelmiş olması halinde, rakiple bu pazarda mal veya hizmet sunmasını teminen o varlıkla ilgili olarak lisans sözleşmesi yapılmaması, bir rekabet ihlali oluşturabilecektir. Ancak, bu tür durumlarda, rekabet ihlali sonucun varmak için, lisans vermekten kaçınmanın (yeni ürünlerin piyasaya çıkması ek şartının aranmaması halinde, sadece) alt pazardaki rekabeti tamamen engelleyecek olması ve lisans vermemenin hiçbir haklı nedene dayanmaması gerekecektir. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda rekabet kuralları, fikri veya sınai hak sahibinin hem hakkından doğan münhasırlık yetkisine hem de sözleşme özgürlüğüne müdahale edebilecek ve somut koşullar altında ilgili hakka veya söz konusu özgürlüğe dayanarak lisans vermekten kaçınmanın, o hakkın ya da özgürlüğün normatif koruma alanının dışında kaldığı söylenebilecektir. Burada, fikri ve sınai hukukun yeniliği ödüllendirmek için tanıdığı münhasırlığın, dinamik etkinlik bakımında yaratacağı olumlu sonuç ihtimali, fikri veya sınai hak konusu olan somut varlık bakımında söz konusu olan ikame imkansızlığı ortadan kalkmıştır, rakip teşebbüslerin yeniliğe teşviki ve alt pazarda girdi olarak kullanabilecekleri bir yeni varlık yaratabilmeleri mümkün değildir ve bu nedenle de fikri veya sınai hakkın konusu olan varlığın alt pazardaki rakibe kullandırılmaması, alt pazarı fiyat rekabetine kapatacaktır. Yani, bu defa pazara ilişkin olağanüstü koşullar, yine her kanun hükmü gibi sözü ve özüyle birlikte amacına uygun olarak yorumlanması gereken fikri ve sınai hukuk hükümlerinin, zorunlu lisans karşısında bir engel oluşturmasına neden olabileceklerdir.³³

Bu genel açıklamalardan sonra zorunlu unsur doktrininin şekillenmesine yol açan kararlara ve bu kararlarda ortaya koyulan prensiplerin Microsoft davasında ne ölçüde takip edildiğinin tespitini yapmak hukuki güvenlik ve objektiflik unsurunun Microsoft davasında ne ölçüde tutturulabildiğini anlamak için önemlidir.

6.1 Bulunulan Nokta

Fikri mülkiyet haklarına konu bir bilgiyi lisanslamayı reddetmenin hakim durumun kötüye kullanılması olup olmayacağı Volvo v. Veng kararına kadar yargılamaya konu olmamış bir rekabet hukuku entellektüel meselesiydi. Daha sonra, Adalet Divanı'nın Volvo v. Veng davası Mahkeme'nin fikri hak üzerinde lisans verilmesinin reddinin suistimal olup olmadığı

³³ Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Doç. Dr. Osman Berat Gürzumar, Seçkin Yayınları, Ankara 2006 sayfa 165-169 ve devamı.

konusunu dikkate aldığı ilk dava olmuştur. Dava, Volvo 200 arabalarının patent hakkı ile korunabilir özellik göstermeyen ve fakat Volvo'nun tescilli tasarımı olan üç boyutlu ön kanatları ile ilgiliydi. Veng, Volvo'nun izni olmadan üretilen bu ürünleri ithal etti ve İngiltere'de piyasaya sürdü. Volvo, inhisari haklarının ihlali sebebiyle Veng'e karşı dava açtı. Kararda, Microsoft tartışmasını da besleyen bazı önemli paragraflar vardır. Örneğin, bunlardan biri aşağıdaki paragraftır:

“8. Korunan bir tasarımın malikinin, üçüncü kişileri kendi izni olmaksızın bu tasarımı taşıyan ürünler üretmekten ve satmaktan veya ithal etmekten men etme hakkının onun inhisari hakkının ana konusunu teşkil ettiği vurgulanmalıdır. Korunan bir tasarımın üçüncü kişilere hibe edilmesini malike zorla kabul ettiren bir yükümlülük, tasarımı taşıyan ürünlerin tedariki için verilecek lisans karşılığında makul bir ücret belirlenmiş olsa bile, malikin inhisari hakkının varlığından mahrum edilmesine yol açacağı için, böyle bir lisansın verilmesinin reddi kendi içinde hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmez.”

Mahkeme sözü edilen davayı, lisans vermenin reddinin belli durumlarda hakim durumun kötüye kullanılması olabileceğini tanımakla birlikte, aşağıdaki şekilde sonuçlandırmıştır:

“Gövde panelleri ile ilgili tescilli bir tasarımın maliki tarafından üçüncü kişilere verilmesinin reddi, tasarımı taşıyan bölümlerin tedariki için makul bir ücrete tabi bir lisans karşılığında olsa bile, 86. madde (şimdiki 82. madde) dahilinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak anlaşılabilir.” (parantez eklenmiştir)

Dolayısıyla, Veng Volvo arabalarına daha ucuz yedek parçalar yapabilmek için Volvo'nun tasarımını kopyalamak istediğinde rekabet hukuku buna geçit verecek bir vasıta olarak kullanılamamıştır. Volvo'nun kendi arabaları için orijinal bir tasarım oluşturma çabalarına sekte vurabilecek bir deneme, tasarım hakları nitelikleri gereği patentlerden ve telif haklarından daha az değerli ve daha az itibarlı olsalar bile, yerinde bulunmamıştır.

Bununla beraber, mahkemenin kararın 9. paragrafında bazı durumlarda bir kötüye kullanmanın var olabileceğini (bu olayda olmasa bile) açıkça söylemiş olması, birçok rekabet hukuku düşünürünü gelecek davalar için Mahkeme'nin konuyu açık bırakmak istediğine ikna

etti. İlgili konuda Volvo v. Veng'i takip eden ve analizi biraz daha sofistike hale getiren dava *Magill*³⁴ davasıydı.

Birleşik Krallık'taki ve İrlanda'daki yayıncılar gelecek televizyon programlarının listelerini Birleşik Krallık'taki ve İrlanda'daki tüm gazete editörlerine bu listeleri günlük olarak ve ücretsiz yayınlamak kaydıyla sağlamaktaydılar. Bu listelerin haftalık olarak çoğaltılması, yayıncıların kendi haftalık rehberleri ile rekabeti önlemek amacıyla, yasaklanmıştı. Yayıncılar *Magill*'in üç yayıncının programlarını yan yana gösteren çok kanallı rehber yayınlamasını yasaklayıp gerekli bilgileri vermediklerinde *Magill* de hakim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla Komisyon'a başvurdu. Komisyon, İrlanda mahkemelerinin bu konuda bir karar vermesinden önce, *Magill*'in şikayeti üzerine hareket etmeye karar verdi ve yayıncılara *Magill* ile telif ücretli lisans için müzakerelere başlamalarını emretti.

Bu karar hem çok eleştirildi, hem de belli kesimlerce hararetle savunuldu. Kararı savunan taraflar bu karara dayanak teşkil eden özel durumlar olduğu fikrine dayandılar. Kararı eleştiren taraflar ise 86. maddenin (soruşturma sürecinde 82. maddenin) bu biçimde yorumlanmasının fikri mülkiyet haklarının gelecek tüm kullanıcıları için belirsizliklere yol açacağına dayandılar. Bunun ardından mahkeme Komisyon'un lehine ve bugün dahi sıklıkla başvurulan bazı standartlar içeren bir karar verdi. En önemlisi, "özel durumların varlığı" analizi ilk defa bu dava ile kendini göstermiş oldu.³⁵

"...Korumaya tabi bir işi üretme inhisari hakkının kullanımının kendi içinde bir kötüye kullanma hali olmadığı açık olsa bile, her bir davanın detayları dikkate alındığında, bu hakkın 86. maddenin amaçlarına açıkça aykırı bir amaca ulaşmak için uygulandığının açık olduğu durumlarda ilgili hakka başvurulamaz."

"...Bu şekilde bir davranış, yani televizyon dergilerinin tali piyasasında potansiyel müşteri talebi olan yeni bir ürünün üretimini ve piyasaya sürülmesini engellemek ve böylece mevcut tekeli korumak için bu piyasadan tüm rekabeti dışlayacak"

³⁴ Radio Telefis Eireann (RTE) ve Independent Television Publications Ltd (ITP) v Komisyon, Birleşik davalar C-241/91 P ve C-242/91 P, [1995] ECR I-0743, RTE v Komisyon, Dava T-69/89, [1991] ECR II-0485 ve ITP v Komisyon, Dava T-76/89, [1991] ECR II-0575.

³⁵ 51 ve devamı paragraflar.

olan bir kullanım, telif hakkının esaslı unsurlarının Kamu Hukuku'nun izin verdiği biçimde teminat altına alınması gerekliliğinin açıkça ötesine gider.”

Magill davası Mahkeme'nin Volvo v. Veng'de konuyu neden kestirip atmadığını göstermiş ve özel durumların varlığı halinde fikri mülkiyet hakkı üzerinde lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanma teşkil edeceğini açıkça göstermiştir.

Magill'den sonra da Volvo v. Veng'le başlayan ve Magill'le süren maceranın devamı niteliğinde pek çok dava ve karar ortaya çıktı. Bu noktada ilgili bir görüşümü de iletmek isterim: Kanımca bu davalardan hiçbiri ABD rekabet hukukunda anladığımız yahut yakın zamanda Türk rekabet hukukunda cesaretle kullanıldığı anlamda birer “zorunlu unsur” davası değildi. Zorunlu lisanslamaya karar verilen davalarda dahi, Microsoft da dahil olmak üzere, konu zorunlu unsur platformunda ve bu teorinin kriterleri altında incelenmemiştir. Aslına bakılacak olursa, kanımca AT rekabet hukuku uygulamasında “zorunlu unsur doktrini” varla yok arasındadır. Volvo v. Veng ve Magill çizgisinden bir an için ayrıлып “zorunlu unsur doktrini”ne hızla bakacak olursak, Magill'in yarattığı açılımla yola çıkan ama zorunlu unsur anlayışından esintiler taşıyan bir kararda,³⁶ rekabet eden bir deniz nakliyat şirketinin ikinci bir liman inşa edemeyeceği dikkate alınarak limana girişe izin haksız olarak reddedilmesinin hakim durumun kötüye kullanılması sayılması karara bağlanmıştır. Zorunlu unsur doktrininin AT rekabet hukukunun ne ölçüde parçası olduğu bugün dahi, Microsoft kararından sonra da, tartışmalıdır. Nitekim Avrupa mahkemeleri bu doktrinin AT rekabet hukukunun bir parçası olup olmadığını açıkça tespit etmemiştir. Aşağıda kısaca açıklanacağı gibi, Oscar Bronner da zorunlu unsur doktrini kullanmaya yaklaşmış ama mahkeme konuyu bu kavrama ve doktrine referansla çözümlenmemiştir.

Microsoft davası ile son derece yakından ilgili olan Volvo v. Veng ve Magill çizgisine geri dönersek, bu çizgiyi takip eden ve ilgili teoriyi zenginleştiren dava *Ladbroke* davası olmuştur.³⁷ Bahisçilerin at yarışları üzerinde oynadıkları bahis dükkanlarını işleten Ladbroke, Fransız rakibi Pari Mutuel International'ı zorunlu lisanslamaya mecbur etmek için bir karar çıkarması yönündeki talebini reddetme sebebiyle Komisyon'u Avrupa Toplulukları Adalet Divanı önüne getirdi. Ladbroke, Pari Mutuel International'ın Fransız at yarışlarına ilişkin

³⁶ B&I Line v Sealink Harbours and Stena Sealink, 11 Haziran 1995, [1992] 5 CMLR 255

³⁷ Tiercé Ladbroke SA v Komisyon, Dava T-504/93, [1997] ECR II-0923.

kısa televizyon görüntüleri ve sözlü açıklamalar üzerindeki telif hakları için Ladbroke bahis dükkanlarına lisans vermesini talep etti. Televizyon filmleri ve sözlü açıklamalar olmadan at yarışı bahsi piyasasında rekabet edemeyeceğini ileri sürmek için de Magill’i dayanak gösterdi. Komisyon birçok sebepten dolayı bu şikayetin gereğini yerine getirmeyi reddetti. En önemlisi –ki Ladbroke kararının günümüzde kullanılmasına en çok yol açan analiz de budur- bu filmlere erişim sahibi olmak belki Ladbroke için çok işe yarar bir durumdu ancak zorunlu değildi. Mahkeme de Ladbroke’un Komisyon’un red kararının temyizi talebini reddetti ve Magill’i aşağıdaki şekilde yorumladı:

“Tedarik etmeyi reddetmek ya söz konusu hizmetin yürütülebilmesi için gerekli, gerçek veya muhtemel bir alternatifi olmayan bir ürün veya hizmetle, ya da tanıtımı engellenen ve tüketici tarafından devamlı ve potansiyel talep olan yeni bir ürün veya hizmetle ilgili olmadığı sürece 86. maddede ortaya koyulan yasak kapsamına girmez”³⁸

Ladbroke kararını zorunlu lisanslamanın ancak erişim zorunlu olduğunda veya reddetme yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellediğinde bir opsiyon olduğu şeklinde değerlendirmek mümkündür.

Bu aşamadan sonra iyice sofistike ve belki biraz da karmaşık bir hal alan teori, *Oscar Bronner* kararında³⁹ tekrar zorunlu unsur esintileriyle donanmıştır. Küçük bir günlük gazete şirketinin sahibi olan Bay Bronner, ulusal “eve teslim projesi”ne erişim talebiyle Avusturya’da hakim durumda bulunan bir günlük gazete şirketi olan Mediaprint aleyhinde dava açmıştır. Mediaprint’in bu talebi reddetmesinin 82. maddeye aykırı olduğu iddia edilmektedir.

Mahkeme, kararında, belli dengeleri korumaya özen göstermiştir:

“...Magill kararına dayanabilmek ve bu gibi bir durumda Roma Anlaşması’nın 86. maddesi anlamında bir kötüye kullanmanın varlığını iddia edebilmek için sadece eve servis kapsamında bulunan hizmeti reddetmek değil günlük gazete pazarındaki tüm rekabetin muhtemelen bertaraf edilecek olması aranır.”

³⁸ Birleşik davalar C-241/91 P ve C-242/91 P RTE and ITP v Komisyon [1995] ECR I-743 52,53 ve 54.

³⁹ Oscar Bronner v Mediaprint, Dava C-7/97, [1998] ECR I-7791.

Mahkeme şöyle devam etmiştir:

“Ayrıca, burada durumu imkansızlaştırmaya muktedir teknik, hukuki veya hatta ekonomik engeller mevcutmuş veya herhangi bir diğer günlük gazete yayımcısı için, yalnız başına veya diğer yayıncılarla işbirliği içerisinde, kendi ulusal çaptaki eve teslim projesini kurması ve bunu kendi günlük gazetelerini dağıtmak için kullanması akıl almaz derecede zormuş gibi görünmemektedir.

Bu bağlamda böyle bir sistemin kurulmasının gerçekçi bir olası seçenek olmadığını ve var olan sisteme erişimin bu sebeple zorunlu olduğunu göstermek bakımından vurgulanmalıdır ki, bunun dağıtılacak olan günlük gazete veya gazetelerin küçük sirkülasyonu sebebiyle ekonomik açıdan makul olmadığını tartışmak yeterli değildir.”

Görüldüğü üzere, mahkemenin ortaya koyduğu “zaruret testi” tamamen objektiftir. Az dolaşımı olan bir gazetenin ulusal dağıtım sistemi kurmasının ekonomik olarak makul bulunamayacağı da yeterli bir iddia olarak değerlendirilmemiştir. Bronner’dan sonra şikayetçinin başkasının malvarlığını kullanmasının sadece faydalı veya karlı olduğunu göstermesi yetmez, ayrıca piyasanın rekabet halinde olan bir sistem daha taşıyamayacağını da açıkça ve objektif olarak göstermesi gerekir.

Bronner kararı, aynen Ladbroke’da da olduğu gibi, rekabet hukuku altındaki anlaşmaya varma yükümlülüğünden ziyade anlaşmaya varma yükümlülüğünün ne zaman ortaya çıkmayacağını açıkça izah etmiştir. Bu noktada, yukarıda özetle açıkladığımız kararlar altında oluşan parçalı yapıyı bütünleştirmek ise *IMS* kararına⁴⁰ kalmıştır.

IMS davası Alman posta kodlarına dayanan bir haritanın yarattığı ihtilafli durumlardan kaynaklanmaktadır. Posta kodları baz alınarak hazırlanan bölgeler (yahut haritanın tabiriyle “tuğlalar”) eczacılık ürünleriyle ilgili satış bilgisi toplamak ve müşteriler için rapor hazırlamak amacıyla bir araya toplanmıştır. Büyük kasaba ve şehirlerde, bölge veya “tuğla” genellikle tek bir posta kodudur. Bazen iki posta kodu bir bölge veya tuğla oluşturmaktadır. Toplam 1860 bölge vardır. Bu sebeple de ilgili haritaya 1860 Tuğla Haritası denmektedir.

⁴⁰ 29 Nisan 2004, Dava C-418/01

Nüfusun daha az yoğun ve eczanelerin sayıca daha az olduğu bölgelerde, birkaç posta kodu bir bölüm veya tuğla oluşturmak için bir araya getirilmiştir. Bazı durumlarda, bölgenin coğrafi konumu hangi posta kodlarının bir araya getirileceğini belirlemiştir.

İşte davanın ana konusu da IMS'in bu harita üzerindeki fikri mülkiyet haklarını bir tarafa bırakarak haritayı rakipleriyle paylaşması gerekip gerekmediğidir. Yukarıda ilgili diğer davalar için yaptığımız aksine, IMS davasını bağımsız olarak açıklamayacağız. Zira IMS davası Microsoft davası ile en yakından ilgili olan davadır ve bu sebeple bu tebliğin konusu olan Microsoft davası ile beraber açıklanmalıdır. IMS'e şu ana kadar hiç aşına olmamış olan okuyucuların da yer vereceğim detaylı mukayeseler dolayısıyla IMS'in resme nasıl dahil olduğunu ve bu kararın kendi başına ne anlam ifade ettiğini görmekte zorlanmayacaklarını düşünüyorum ve umuyorum.

6.2 Microsoft Davası'nın Fikri ve Sınai Haklar ile Rekabet Hukuku Uygulaması Arasındaki Kesişim Alanında Bulunulan Noktaya Etkisi

IMS davası hakim durumdaki bir teşebbüsün 82. madde altında fikri mülkiyet haklarını lisanslamaya zorunlu tutulabilmesi için gerekli kesin şartları ortaya koymuş olduğu için, Microsoft davasında bu şartların var olup olmadığının ciddi ölçüde tartışılması gerekmektedir. Kanımızca, IMS'de konulan standart Microsoft davasında tutturulmuş değildir. Şimdi yukarıda değinilen davaları ve IMS davasını Microsoft davası bağlamı içinde ele alalım:

Avrupa Mahkemeleri, 82. madde tahtında fikri hakların zorunlu lisanslanmasına ancak kesin şartlara uyulmuş ise izin verileceğine karar vermiştir. Zorunlu lisanslama için geçerli hukuk standardı en son olarak IMS'te Adalet Divanı tarafından şu şekilde özetlenmiştir:

“Bir telif hakkının sahibi olan bir kuruluşun belirli bir işin yürütülmesi için vazgeçilemez olan bir ürün veya hizmete erişimi reddetmesinin kötüye kullanma olarak kabul edilmesi için 3 kümülatif şartın yerine getirilmesi, yani reddin potansiyel bir tüketici talebi olan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını önlemesi, haksız olması ve bir ikincil pazarda herhangi bir rekabeti önlemesi yeterlidir.”⁴¹

⁴¹ paragraf 38.

Mahkeme böylece hakim durumdaki bir teşebbüsün fikri ve sınai haklara konu bir teknolojiyi vermeyi reddetmesinin 82. madde tahtında bir suistimal teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için dört kısımlı kümülatif bir test belirlemiş olmaktadır:

- *Birincisi*, teknoloji belirli bir pazarda işlerin yürütülmesi için vazgeçilmez olmalıdır.
- *İkincisi*, tedarikin reddi, kendisi için bir tüketici talebi bulunan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını önlemelidir.
- *Üçüncüsü*, teknolojinin tedarikinin reddi bir ikincil pazarda tüm rekabeti dışlama sonucunu doğurmalıdır.
- *Dördüncüsü*, teknolojinin tedarikinin reddi, objektif olarak haklı olmamalıdır.

IMS'den sonra görülecek bir davada zorunlu lisanslama kararı verilmeden evvel bu şartlardan dördünün de yerine getirildiğinden emin olmak gerekir. Dolayısıyla, Microsoft'un üzerinde tescilli fikri ve sınai haklara sahip olduğu iletişim protokollerini kendi kullanımı için muhafaza etme kararı 82. maddenin bir ihlali olmayabilir.

6.2.1 Bu Teknoloji Belirli Bir Pazarda İşlerin Yürütülmesi İçin “Vazgeçilmez” midir?

Fikri haklar ile korunan bir teknoloji için zorunlu lisanslama getirilmesi için Komisyon önce teknolojinin söz konusu işin yürütülmesi için “vazgeçilmez” olduğunu göstermelidir. Bu konuda Mahkeme, *IMS* kararında aşağıdaki hususları belirtmiştir:

*“Bir ürün veya hizmetin bir kuruluşun belirli bir pazarda işlerini yürütmesi için vazgeçilmez olup olmadığını saptamak için önce daha az avantajlı olsalar dahi, alternatif çözüm oluşturan ürünler veya hizmetler bulunup bulunmadığı ve pazarda faaliyet göstermek isteyen herhangi bir kuruluş için, olasılıkla diğer operatörler ile işbirliği halinde, alternatif ürün veya hizmetleri yaratmayı imkansız veya en azından makul ölçüler dışında güç kılacak teknik, hukuki veya ekonomik engellerin bulunup bulunmadığı saptanmalıdır”.*⁴²

Öyleyse, eğer hakim durumdaki bir teşebbüsün rakipleri için ürünlerini söze konu teknolojiye erişim olmaksızın geliştirmek ve pazarlamak ekonomik olarak mümkünse, o zaman vazgeçilmezlik testi karşılanmamıştır.

⁴² Paragraf 28.

Öncelikle, Komisyon'un kararı piyasada Microsoft'un sunucu işletim sistemi işine girmesinden önceki tarihlerden beri mevcut olanlar dahil, birkaç iş grubu sunucu işletim sistemi olduğunu zaten kabul etmektedir. Eğer Microsoft'un iletişim protokolleri rakipler için gerçekten vazgeçilmez olsa idi bu ürünlerin nasıl olup da ortaya çıkmış olacağını açıklamak güçtür. Rakiplerin konumunu zorlaştırmak, indirekt olarak maliyetlerini yükseltmek yoluyla rekabet avantajları elde etmenin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde tek başına kınanması gereken bir davranış olamayacağı ise rekabet hukukunun nihai amacının rakipleri değil rekabet sürecini korumak düsturu çerçevesinde vurgulanması gereken bir unsurdur.

Bu noktada görülmesi önem arz eden bir husus şudur ki, ilgili hukuki standart konusunda Avrupa Mahkemeleri pazara optimal erişimin sağlanmasını şart koşmamaktadır: *“Fiili ve potansiyel alternatifler, daha az avantajlı olsalar dahi, mevcut olan ve rakiplerce kullanılan olanakları içermektedir”*.⁴³ Yukarıda açıkladığımız üzere, Ladbroke davasında, Komisyonun at yarışlarının canlı video görüntülerinin kullanımının reddi konusunda şikayetin Komisyon tarafından reddine karşı çıkarken, Ladbroke, söz konusu canlı görüntüler olmaksızın bir bahis noktasının işletilmesinin mümkün olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, canlı video görüntülerinin vazgeçilmez olmadığını belirterek ve görüntülerin bulunmamasının, bahisçilerin işlerini yürütebileceğine hükmederek bu iddiayı reddetmiştir. Özellikle, Mahkeme, Ladbroke'un, Fransız at yarışlarındaki bahisçilerle karşılaştırıldığında pazarda önemli bir konumda olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Söz konusu görüntülerin kullanımı arzu edilebilir ancak bunların kullanılmaması Ladbroke'un işini yürütebilmesi için bir engel teşkil etmez.

Oysa Komisyon tarafından verilen karar, beraber işleyebilirlik için sadece tek bir rekabet standardı olduğunu söylemektedir. Yani, Microsoft dışı sunucu işletim sistemleri, bir Windows kullanıcı ve sunucu işletim sistemi ile bir Windows sunucu işletim sisteminin yaptığının aynı şekilde iletişim kurabilmelidirler.⁴⁵ Komisyona göre, bu standarda uymayan ürünler Windows sunucu işletim sistemleri ile rekabet halinde değildir. Kararın kullandığı beraber işleyebilirlik nosyonu, AT Yazılım Genelgesinde tanımlanandan da kurumsal müşterilerin kendilerinin bilgisayar ağlarını yapılandırırken uygulamada kullandığından da tamamen farklıdır. Beraber işleyebilirlik ifadesi Direktifin Giriş bölümünde tanımlanmış olup

⁴³ Bronner kararı, paragraf 47.

⁴⁴ T-504/93 sayılı Tierce Ladbroke - Komisyon (1997) ECR II-923, Paragraf 132.

⁴⁵ Kararın 33. paragrafı.

“bilgi alışverişinde bulunabilme ve alınan-verilen bilgilerin karşılıklı olarak kullanılabilmesini” ifade etmektedir. Bu da, veri iletişim ve paylaşımının temin edilmesi adına, bağımsız olarak geliştirilen bir programın, bu programa fiilen benzer bir programla, tamamen aynı şekilde kaynak koda dönüştürülmüş program tarafından sunulan tüm fonksiyonları yerine getirme açısından %100 uyumluluk gibi bir şartı öne sürmemektedir. Komisyon’un esas aldığı seviyedeki bir uyumluluk, “klonlama” sonucuna yol açmaya mahkumdur.

Oysa doğru standardın uygulanması halinde kararın Windows sunucu işletim sistemleri ile rekabetin ekonomik olarak mümkün olup olmadığını incelerken, “interoperabilitenin bir ölçü meselesi” olduğunu kabul etmesine uygun bir analiz geliştirmesi gerekirdi.

Ayrıca Komisyon, kararında, çeşitli mevcut interoperabilite çözümlerini kabul etmemekte, bunların aynı zamanda bir Microsoft dışı sunucu işletim sisteminden Windows sunucu işletim sistemine geçmekte kullanılabileceğini ise gerekçe olarak ileri sürmektedir.⁴⁶ Ancak, burada esas olan Microsoft dışı sunucu işletim sistemleri dışında Windows sunucu işletim sistemlerinin de kullanmasını sağlayacak beraber işleyebilirlik çözümleri bulunduğu. Bir kurumsal müşterinin, UNIX, Linux veya NetWare sunucu işletim sistemlerinden Windows sunucu işletim sistemlerine geçerken bu çeşit interoperabilite çözümlerini geçici olarak kullanıp kullanmadığı veya bu çözümleri bir karışık sunucu ortamını sürdürmek için daha kalıcı şekilde kullanmayı tercih edip etmediği söz konusu beraber işleyebilirliğin elde edilebileceği gerçeğinin gücünü azaltmamaktadır. Üstelik geçiş yolları her iki yönde hareket etmek amacıyla da kullanılabilir.

Komisyon kararı, ayrıca, Microsoft’un iletişim protokollerinin tersine mühendisliğinin teknik veya ekonomik olarak gayri rantabl olduğunu da ortaya koyamamaktadır. Aksine, kararın kendisi aşağıdaki hususları belirtmektedir:

- RealNetworks, Windows sunucu işletim sistemlerinin kullandığı iletişim protokollerini Windows Medya formatında kodlanmış içeriği Windows istemci işletim sistemlerine iletmek için başarıyla geri döndürdü.⁴⁷ Açıkça belirtildiği üzere, iletişim

⁴⁶ Kararın 281. paragrafı.

⁴⁷ Komisyon kararının 130. paragrafı

protokollerinde genel olarak kendilerinin geri döndürülmesini önleyen herhangi bir şey bulunmamaktadır.

- Açık kaynaklı Samba Grubu, Windows NT 4.0 sunucusunun Windows istemci işletim sistemlerine dosya ve baskı hizmetleri ve kullanıcı ve grup yönetim hizmetleri sunmada kullandığı iletişim protokollerini geri döndürmüş ve daha yeni Windows sunucu işletim sistemlerinin aynı hizmetleri sağlamak için kullandığı iletişim protokollerini de geri döndürme süreci içindedir.⁴⁸ Eğer bunlar teknik veya ekonomik açıdan gayri rantabl olsalardı, Samba Grubu bu çeşit çalışmalara girişmezdi.

Burada önemli olan ve Ladbroke altında da teyid edilen husus şudur: Microsoft'un iletişim protokollerinin geri döndürülmesinin kendileri için onları Microsoft'tan bir zorunlu lisans yoluyla almaktan daha çok çalışma gerektireceği ve daha pahalı olacağı gerçeği geri döndürmenin bir alternatif çözüm olarak alınmamasını haklı göstermeyecektir. Nitekim bugüne kadar "iyi olurdu" analizi değil ancak "olmazsa ben de olmam" analizi yapılabildiği takdirde zorunlu lisanslamaya geçit verilmiştir.

6.2.2 İddia Olunan Red İşlemi Bir Yeni Ürünün Ortaya Çıkmasını Önlemiş midir?

Hakim durumdaki bir teşebbüsün fikri ve sınai haklarla korunan bir teknolojiyi tedarik etmeyi reddetmesi, sadece eğer o teknolojinin karşılanmamış bir tüketici talebinin mevcut olduğu bir ikincil pazarda yeni bir ürün yaratmada kullanılacak olduğu gösterilebilirse 82. maddenin ihlaline vücut verebilir. *IMS*'te mahkeme, *Magill*'de tanımlanan ancak *Bronner*'de irdelenmeyen bu kriterin davanın önemli bir unsuru olduğunu teyit etmiştir. Dolayısıyla, Microsoft davası için son derece büyük önemi haiz bir tespit olarak, hakim durumdaki teşebbüsün ürününün aynısının üretilmemesi zorunlu lisanslama talebi için yeterli değildir:

Telif hakkının korunmasında ve sahibinin ekonomik özgürlüğünün serbest rekabetin korunmasına karşı dengelenmesinde serbest rekabet sadece eğer bir lisansın verilmemesi tüketicilerin aleyhine sonuçlar verecek şekilde ikincil bir pazarın gelişmesini önliyorsa galip gelebilir.

⁴⁸ Komisyon kararının 242. paragrafı

“Dolayısıyla, hakim duruma sahip bir teşebbüsün ürünün bir ikinci pazarda faaliyet göstermek için vazgeçilmez olduğu durumlarda telif hakkı ile korunan bir ürüne erişim sağlamayı reddetmesi sadece eğer lisansı talep eden kuruluş esas olarak kendisini ikinci pazarda zaten telif hakkı sahibi tarafından sağlanan mal veya hizmetlerin aynını tekrarlamakla sınırlamadığı, ancak onlar için bir potansiyel tüketici talebinin mevcut olduğu ve hakkın sahibi tarafından sunulmayan yeni mallar veya hizmetler üretmek istediği durumlarda kötüye kullanma mahiyeti taşır sayılabilir.”⁴⁹

Komisyon kararı, Microsoft’un iddia olunan red işleminin kendisi için karşılanmamış bir talebin mevcut bulunduğu yeni bir ürünün ortaya çıkmasını önlediğini gösterememiştir. Microsoft, söz konusu iletişim protokollerini uygulayan sunucu işletim sistemlerini zaten pazarlamaktadır. Rakipler, o rakiplerin dosya ve yazdırma hizmetleri ve kullanıcı ve grup yönetim hizmetleri sağlamak için seçtikleri iletişim protokollerini kullanan kendi sunucu işletim sistemlerini pazarlamaktadır. Komisyonun kararı, rakiplerin kendi mevcut ürünlerini aynen Windows sunucu işletim sistemleri gibi davranır hale getirme yetenekleri üzerinde odaklanmaktadır. Ayrıca, karar, hiçbir yerde iletişim protokollerini kullanarak Microsoft’un rakiplerinin üreteceği herhangi bir yeni ürünü belirlememektedir.

Oysa, yukarıda anlattığımız üzere, Magill’de televizyon yayıncılarının haftalık olarak televizyon program çizelgelerinin kopyalanmasına izin vermemesi bir ikincil pazarda yeni bir ürünün, yani bir haftalık çok kanallı televizyon program rehberinin piyasaya çıkmasını önlemişti. İrlanda telif hakkının kapsadığı malzemeyi kullanma hakkı olmaksızın, bir haftalık çok kanallı televizyon program rehberi yaratma olanağı yoktu. Yayıncılar, kendilerinin televizyon program çizelgelerinin haftalık olarak kopyalanmasına izin vermeyi reddettiler, ancak bunların günlük olarak yüzlerce gazetede yayınlanmasını teşvik ettiler. Bu red işlemi ikincil bir piyasada yeni bir ürünün ortaya çıkmasını önledi.

Bu davada böyle bir durum gösterilmemiştir. Şahsi kanaatim, bu davadaki en önemli eksikliklerden birinin bu unsur olduğu ve Komisyon kararının diğer tüm sakatlıklar bir tarafa özellikle bu unsur bakımından ciddi biçimde sakat olduğudur.

⁴⁹ IMS kararı, 48. ve 49. paragraflar

6.2.3 İddia Olunan Red İşlemi Bir İkincil Pazarda Tüm Rakipleri Dışlama Sonucu Doğurmuş Mudur?

Komisyunun zorunlu lisanslamayı haklı göstermek için karşılaması gereken üçüncü şart, söz konusu teknolojinin tedarikinin reddinin ikincil pazarda tüm rekabeti yok etmesinin olası olduğu şeklinde bir tespittir.

Oysa Komisyon'un kararı iki ayrı pazar belirlememektedir. Karar sadece "Microsoft'un reddinin Microsoft'un rakiplerini rekabetin yok edilmesi riskinin oluşacağı ölçüde iş grubu sunucu işletim sistemleri pazarında güçlü bir rekabet dezavantajı ile karşılaştırdığı" tespitini yapmaktadır.⁵⁰

İddia olunan tedarik reddi 1998'de gerçekleşmiş olduğu halde, halen "iş grubu" sunucu işletim sistemleri sunan IBM, Novell, RedHat ve Sun gibi birden fazla satıcı mevcuttur. Bunların pazardaki varlığı, tüm rekabetin ortadan kaldırılmadığını açıkça göstermektedir.

6.2.4 İddia Olunan Red İşlemi Objektif Olarak Haklı Mıdır? / Komisyon'un Zorunlu Lisans Davaları İçin Microsoft Davasında Ortaya Attığı Test

Microsoft, söz konusu teknoloji üzerinde fikri ve sınai haklara sahip olduğu gerekçesiyle iddia olunan red işleminin objektif olarak haklı olduğunu ileri sürmüştür. Bu noktada sorulması ve enine boyuna tartışılması çok gerekli olan bir konu da bir teşebbüsün fikri ve sınai haklarının mevcudiyetinin IMS anlamındaki "objektif ret gerekçesi"ni oluşturuyor sayılıp sayılmayacağıdır. Öte yandan, Komisyon bu sofistike tartışmaya angaje olmak yerine yepyeni bir teori ortaya atarak, Microsoft'un savını aşağıdaki yeni testi kullanmak suretiyle reddetmiştir.

Microsoft'un iddia olunan red işleminin objektif olarak haklı olup olmadığını irdelerken, karar çarpıcı bir yeni dengeleme testi ortaya atmaktadır:

"Microsoft'un ileri sürdüğü ana objektif gerekçe, Microsoft'un Windows üzerindeki fikri ve sınai haklarıyla ilgilidir. Ancak, talep edilen açıklamanın kapsamının ayrıntılı bir incelemesi, denge açısından Microsoft'un yeniliğe teşvik edilmesi açısından bir tedarik etme emrinin

⁵⁰ Komisyon kararının 589. paragrafı.

olası negatif etkisinin tüm endüstrinin (Microsoft dahil) yeniliğe teşvik edilmesi üzerindeki pozitif etkisinden az olduğu sonucuna varılmasını sağlamaktadır. Buna göre, Microsoft'un yeniliğe olan motivasyonunun korunması gereği, belirlenen olağan dışı durumların etkisini ortadan kaldıracak objektif bir gerekçe oluşturamaz.”⁵¹

Bu, şu anda bile pek az rekabet hukuku düşünürünün bildiği son derece önemli bir gelişmedir. Yukarıda açıklanan dava çizgisiyle tamamen uyumsuz olan böyle bir dengeleme testinin eşine daha önce rastlanmamıştır. Yeni test, Microsoft'un yenilik konusundaki motivasyonu üzerindeki “negatif etkiyi” “tüm endüstrinin yenilikçilik düzeyi” üzerindeki “olumlu etki”ye karşı ölçmeyi içermektedir. Böyle bir ikili test kaprislice uygulanabileceğinden gelişigüzel olma veya tamamen tahmin edilemez olma risklerini taşımaya mahkumdur. Oysa Bronner davasında Adalet Mahkemesi'nin kararına göre, doğru test “reddin objektif olarak haklı gösterilemez” olup olmadığıdır.⁵² Çok olağan dışı durumlar dışında, fikri mülkiyet haklarının kullanılması rakipler üzerindeki tüm olumsuz etkilerle ilgili olarak objektif açıdan haklı gerekçe sağlamaktadır.

Bir firmanın rakiplerini kendi teknolojisini ona karşı rekabet etmek için kullanmaktan engelleme isteği, o teknolojiyi kullandırmayı reddetmesi için genel olarak kabul olunur bir gerekçedir. Zaten fikri ve sınai hakların doğuşu da bu gerekçenin haklılığından kaynaklanmıştır.

Bu noktada “beraber işleyebilirlik” hakkındaki açıklamalarımız bakımından indiğimiz derinlik düzeyine bir de davanın diğer ayağı olan “media playback işlevselliğinin işletim sistemine bağlanması” iddiası bakımından incek olursak, Komisyon'un kararıyla ilgili olarak aşağıdaki hususları da tartışmaya açmamız gerekecektir:

7. ROMA ANLAŞMASI'NIN 82. MADDESİNİN (D) BENDİ İHLAL EDİLMİŞ MİDİR?

Komisyon'un kararı, Microsoft'un madde 82'yi ve “özellikle onun (d) paragrafını” ihlal ettiğini iddia etmektedir.⁵³ Türk rekabet hukukunda da ilgili madde ile ilgili olarak kabul

⁵¹ Komisyon kararının 783. paragrafı.

⁵² Bronner kararı, 4. paragraf

⁵³ Komisyon kararının 792. paragrafı

edildiği üzere, Madde 82(d)'nin ihlal edildiğini tespit etmek için, Komisyon'un aşağıdaki hususları da ispat etmesi gerekmektedir:

- (i) Sözleşmelerin imzalanmasının diğer tarafları ek yükümlülükleri kabul ettikleri bir rejime tabi kıldığı ve
- (ii) Bu ek yükümlülüklerin mahiyetleri itibariyle veya ticari kullanım açısından o sözleşmelerin konusu ile ilgili olmadığı.

7.1. Microsoft'un Windows İçin Lisans Vermesini Ek Yükümlülüklerin Kabulüne Bağladığı Hususu İspat Olunmuş mudur?

Öncelikle Windows ile onun ortam işlevselliğinin iki ayrı ürün olup olmadığına bakmak gerekecektir. *Michelin I*⁵⁴ ve daha sonraki davalar ile tutarlı olarak ve Komisyon'un kararında da kabul edildiği gibi, Microsoft'un iddia olunan bağlayan ürünü ve bağlanan ürününün iki ayrı ürün pazarlarında olduğunun gösterilemediği bir durumda madde 82(d)'de öngörülen bağlama eylemi tespit olunamaz.

Windows'un ortam işlevselliğinin, Microsoft'un lisans alanları kabul etmeye zorladığı bir "ek yükümlülük" olup olmadığı son derece tartışmalıdır. Bu, Windows'un işletim sisteminin uzun süredir içerdiği bir özelliktir. Kullanıcılara işitsel ve görsel içerik çalma ve oynatma olanağı sağlayan kod, Windows'da kullanıcılara yazı veya grafikler gibi diğer bilgi türlerine erişim olanağı sağlayan koddan farklı değildir. Aynı yazılım kodu, hem Windows'un diğer bölümleri, hem de işletim sisteminin üzerinde çalışan üçüncü kişi uygulamaları tarafından kullanılmaktadır. Sonuçta, ortam işlevselliğinin Windows'dan ayrı bir ürün olmadığı tartışılmaktadır.

Bu mesele tartışmalı olmakla beraber, alakalı başka bir konuda Komisyon'un yaklaşımı daha net bir hata içermektedir: Komisyon iki ayrı ürünün varlığı meselesine bakarken münhasıran bağlandığı iddia olunan ürünün, yani ortam işlevselliğinin kullanıcı işletim sistemlerinden ayrı olarak bulunup bulunmadığı konusuna odaklanmaktadır. Kanımızca, iki ayrı ürün olup olmadığını anlamak üzere samimi bir çaba gösterilecekse sorulacak doğru soru bu değildir.

⁵⁴ Dava 322/81 Michelin - Komisyon Davası ("Michelin I") [1983] ECR-3461

Karmaşık bir ürüne yeni özelliklerin entegrasyonunu içeren bir davada doğru soru, bağlayan ürünün bağlanan ürün olmaksızın düzenli olarak piyasaya verilip verilmediğidir. Komisyonun yaklaşımı benimsenirse, bileşenlerin bağımsız olarak da sunulduğu tüm karmaşık ürünlerin hemen hepsi Madde 82 tahtında bir bağlama işlemine vücut verecektir. Oysa, Dikey Sınırlamalar İlişkin Kılavuz'da da belirtildiği üzere, ayakkabıların ayakkabı bağları ile satılması, ayakkabılar ve ayakkabı bağları doğal olarak ticari kullanım ile ilişkili iken, ayakkabı bağları ayrıca piyasaya sunulduğu halde, bir bağlayıcı uygulama sayılamaz.⁵⁵ Windows'un ortam işlevselliği ile entegrasyonu düşünüldüğünde, bu davaya daha doğrudan uygun bir benzetme lüks otomobillerin merkezi kilit sistemleri ile birlikte satılmasıdır. Merkezi kilit sistemleri ayrıca bulunabildiği halde, merkezi kilit sistemi olmayan lüks otomobiller için bir talep yoktur.

Bu noktada altı çizilmesi gereken bir başka sıkıntı da bu davada iddia olunan kötüye kullanma halinin Windows'a ortam işlevselliğinin entegrasyonu anında değil, o işlevsellik üzerinde yapılan bir iyileştirme ile tetiklendiğidir. Komisyon, Microsoft'un 1992'de ortam işlevselliğini Windows 3.1 ile bütünleştirmesine veya Windows'un ardışık versiyonlarında o işlevsellik üzerinde çeşitli iyileştirmelerine itiraz etmemektedir. Bunun yerine, Komisyon, madde 82'nin ihlalinin 1999'da Microsoft Windows'da zaten bulunan ortam işlevselliğine kendi "streaming" sistemini eklediğinde başladığını iddia etmektedir.

Diğer bir deyimle, Komisyon, Microsoft'un Windows'a İnternette bulunan görsel ve işitsel içeriği çalma ve oynatma olanağı sağlayan işlevselliği bütünleştirmesine itiraz etmemektedir. Yalnız, içerik içeriği dinletme yahut gösterme başlamazdan önce tamamen indirilmiş olmalıdır. Karara göre ihlal Microsoft'un streaming sisteminin, yani içeriği tamamen indirilmeden çalma veya oynatmaya başlama olanağının eklenmesi ile başlamaktadır. Bunu anlamak gerçekten güçtür. Diğer satıcılar tamamen aynı şeyi yaparken Microsoft'un bir yeni işlevsellik eklemek suretiyle Windows'da zaten bulunan bir ortam işlevselliğini iyileştirmesi, madde 82'nin bir ihlalini oluşturmamalıdır. Streaming sistemi ayrı bir ürün değildir; kullanıcı işletim sisteminin doğal bir özelliğidir.

⁵⁵ Dikey Sınırlamalar Kılavuzu, OJ 2000 C291/1, paragraf 216

7.2 Windows'un Ortam İşlevselliği İle İlgili Olarak Tüketiciler Zorlanmış mıdır?

Ortam işlevselliği Windows'un bir özelliğidir ve işletim sisteminin toplam fiyatına dahildir. Tüketicilerden bu işlevsellik için ayrıca para ödemeleri istenmemektedir. Ürünün fiyatının sıfır olduğu da bunun nasıl bir model içinde böyle olduğu da yukarıda tartışılmıştır. Kararın dayandığı *Hoffmann-La Roche*⁵⁶ ve *Hilti*'nin⁵⁷ tersine, müşteriler üçüncü şahıs ürünlerinin kullanımı durumunda Microsoft'un getirdiği herhangi bir parasal caydırıcı ile karşılaşmamaktadır.

İkincisi, hem tüketicilerin "Windows Media Player" için bir şey ödemesi şartı getirilmemiştir, hem de onu kullanmaları şartı ortada yoktur. Eğer tüketiciler Windows'a dahil ortam işlevselliğini beğenmezlerse, onu yok sayabilirler. Eğer tüketiciler "Windows Media Player"ı görmek istemezlerse, Windows'un, Microsoft'un ABD Nihai Kararı uyarınca Windows'daki ortam işlevselliğine tüm son kullanıcı erişimini kaldırmak ve çeşitli ortam dosya türleri için bir rakip ortam çalıcısını belirlemek için oluşturduğu Set Program Access and Defaults özelliğini kullanabilirler. Üçüncüsü, müşterilerin bağlanan ürünü almaları şartının alternatif ürünlerin kullanımını etkin şekilde engellediği Hilti ve Tetra Pak II'nin aksine, Windows'a ortam işlevselliğinin dahil edilmesi, üçüncü şahıs ortam çalıcılarının kullanımını önlemeye yönelik hiçbir şey getirmemektedir. Gerçekten, işitsel ve görsel içeriğin formatlandığı formatların çeşitliliği ve herhangi bir ortam çalıcısının tüm formatlarda kodlanmış içeriği çalamaması ve oynatamaması, tüketiciler için birden fazla ortam çalıcısı alma ve kullanma açısından güçlü teşvik unsuru olmaktadır. Üstelik, ürünün rekabetçi fiyatı sıfır olduğu ve ürün internette bulunabilir olduğu için de rakip ürünlerin kullanımının ürünün bağlanması suretiyle engellenmesi olanaksızlaşmaktadır.

⁵⁶ Komisyon kararının 837. paragrafı (alıntı Dava 85/76 Hoffmann-La Roche – Komisyon davası [1979] ECR 461)

⁵⁷ Komisyon kararının 832. paragrafı (alıntı Dava C-53/92 P Hilti – Komisyon Davası ("Hilti") [1994] ECR I-667)

7.3 Ek Yükümlülük Mahiyeti İtibariyle veya Ticari Kullanım Açısından Windows Lisanslarının Konusu İle İlgisiz Midir?

Komisyon, kararında, “iki ürünün bağlı satışının, ticari kullanım için olsa dahi”⁵⁸ hakim durumdaki bir teşebbüsün madde 82’yi ihlal etmesine yol açabileceği önermesi açısından *Tetra Pak II*’yi örnek göstermektedir. Ancak bu davada iddia olunan bağlı ürünün tek başına bulunabilirliği, mahiyet itibariyle veya ticari kullanım açısından bağlayıcı ürün ve bağlanan ürün arasında bir bağlantı varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Daha önce belirtildiği gibi, müşteriler Windows Media Player yerine veya ona ek olarak rakip media player ürünlerini kullanabilirler. *Tetra Pak II*’nin aksine, rakip media player tedarikçileri, Windows’daki ortam işlevselliğinin varlığı yüzünden yerlerinden olmamaktadır.

Bu noktada, davanın TRIPS altındaki durumunu da incelemek gerekmektedir. Zira Komisyon’un kararı, Microsoft’u üzerinde fikri ve sınai haklara sahip olduğu Windows işletim sisteminin nerede ise tüm ortam işlevselliğinin çıkarılmış olduğu bir versiyonunu geliştirmeye ve bu düşük düzeyli ürünü Avrupa’daki tüketicilere Microsoft ve Windows markaları ile sunmaya zorlamaktadır.

Microsoft’u Windows’un düşük düzeyli bir versiyonunu yaratmaya ve pazarlamaya zorlamak, dünyanın en değerli markalarından ikisine zarar verecek ve Microsoft’un Windows üzerindeki haklarına önemli ölçüde hasar getirecektir. Komisyon kararı bunu yaparken, AT’nin taraf olduğu TRIPS Anlaşması tahtında yasal olarak korumakla yükümlü olduğu hakları ve uluslararası hukuk altındaki yükümlülüklerini ihlal edebilir.

Ayrıca, beraber işleyebilirlik adına emredilen zorunlu teknoloji lisanslaması da AT’nin TRIPS altındaki yükümlülükleriyle uyumsuzdur. Bu noktada TRIPS meselelerine ayrıca bakmak gerekecektir:

⁵⁸ Komisyon kararının 961. paragrafı

8. TRIPS ANLAŞMASI HÜKÜMLERİ IŞIĞINDA MICROSOFT DAVASI

8.1 Ürünlerin Bağlanması: İşlevselliğin Entegrasyonu

Komisyon'un kararı, Microsoft'un marka haklarını TRIPS'in 17. ve 20. maddeleri ile yasaklandığı şekilde sınırlamaktadır. Bu maddeler, TRIPS'in bir marka sahibinin münhasır hakları için sadece dar istisna ve sınırlamalar kabul ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Aksine, karar, Microsoft'u, Microsoft'un veya üçüncü kişilerin hakları göz önüne alınmaksızın ve diğer eşit şekilde etkin ancak daha az müdahaleci alternatiflerin varlığına rağmen, markaları ile satılan malların kalitesini kontrol etme yeteneğinden – ki bu marka korumasının zaruri bir unsurudur – mahrum bırakmaktadır.

Benzer bir düşünüşle, Microsoft'un telif haklarının haleldar olması, TRIPS tahtında bir inceleme karşısında geçersiz kalır. Komisyon kararı, TRIPS'in Microsoft'a tanıdığı hakların kullanılmasını engellemektedir. Karardan sonra Microsoft'un telif haklarına konu bir eserin (kod, protokoller, spesifikasyonlar, vs.) yayımlanmasını kontrol altında tutma hakkını zayıflatmaktadır. Microsoft'un karara bağlı olarak OEM'lere ve Windows'un diğer kullanıcılarına sağlamak zorunda bırakıldığı lisans, TRIPS'in 13. maddesi tahtında izin verilenin ötesine geçmektedir. TRIPS'le ilgili konularda, Komisyon'un Microsoft ve Windows uyumlu ürün ve hizmet satan teşebbüsleri yeniliğe teşvik unsurlarını korurken ortam işlevselliği tedarikinde rekabeti teşvik edecek olan daha az kısıtlayıcı alternatiflere sahip olduğu hususu da tartışmaya açılmaktadır.

TRIPS'nin kapsamına ve eldeki davaya uygulanabilirliğine kısaca aşağıda değineceğiz.

8.1.1 Marka Hakları

TRIPS, DTÖ üyeleri için, marka sahiplerine markaları üzerinde münhasır haklar tanıma şartını getirmektedir. Bunlar bir ticari markanın karmaşıklığa yol açması olası bir şekilde kullanımını önleme hakkını ve iyi tanınan markalarla ilgili olarak markaların bir kalite göstergesi olarak marka için zararlı olacak şekilde veya markanın itibarı veya o itibarın sağladığı peştemaliye için zararlı olacak şekilde kullanımını yasaklama ile ilgili ek hakkı içermektedir.

AT Hukuku, buna bağlı olarak, markaların kalite işlevini kabul etmektedir. Özellikle Marka Genelgesi'nin Madde 12.2(b)'si, bir tescilli markanın, eğer markanın kullanıcı tarafından veya

tescil edildiği markalarla ilgili olarak onun onayı ile kullanılması sonucu özellikle o malların mahiyeti, *kalitesi*, veya coğrafi menşei açısından kamuyu yanıltabilecek ise, geri çekilebileceğini hükme bağlamaktadır. Microsoft Davası bakımından “kalite” unsuru belirleyici olmaktadır.

TRIPS’in 17. maddesi, marka hakkı istisnalarının iki şarta uyması gerektiğini ortaya koymakta ve kalan istisna ve sınırlamaları yasaklamaktadır: (i) İstisna, “sınırlı” olmalıdır; ve (ii) “Marka sahibinin ve üçüncü kişilerin meşru haklarını göz önüne almalıdır”. TRIPS’in 20. maddesi ise, DTÖ üyelerinin, “özel bir şekilde kullanım veya mal veya hizmetlerin ayırt edilebilirlik olanağına zarar verecek şekilde kullanım” dahil, bir ticari markanın kullanımını “haksız olarak takyid eden” “özel şartlar” getirmesini yasaklamaktadır.

Microsoft’u Windows’un ortam işlevselliğinin çıkartılmış olduğu bir versiyonu için lisans vermeye zorlayan karar, Microsoft’un en değerli markalarını kendisinin tasarlamadığı ve kısmen ortam işlevselliği olmayacağı için ve kısmen işletim sisteminin diğer bölümleri o işlevselliğin yokluğunda çalışmayacağından, Microsoft’un istediği şekilde çalışmayacağını bildiği bir ürüne koymasını şart koşturmaktadır. Bu yönüyle karar TRIPS Anlaşması’nın 17. ve 20. maddelerine açık aykırılık içermektedir.

8.1.2 Telif Hakları

TRIPS’in 13. maddesi uyarınca:

“Üyeler münhasır hakların sınırlama veya istisnalarını [1] için normal yürütülmesi ile çatışmayan ve [2] hak sahibinin meşru haklarını gereksiz şekilde zarara sokmayan [3] belirli özel durumlar ile sınırlayacaktır.”

Windows’un telif hakkı sahibi olarak Microsoft, TRIPS’in koruması altındaki aşağıdaki münhasır haklara sahiptir:

- “Eserlerinin uyarlanmasına, düzenlenmesine ve diğer değişikliklerine izin verme” münhasır hakkı.⁵⁹ AT hukukunda bir “uyarlama hakkı”⁶⁰ olarak geçen bu hak,

⁵⁹ Bern Konvansiyonu’nun 12. maddesi

müelliflere eserlerinin yeni versiyonlarını yapma veya yapılmasına izin verme konusunda münhasır hak tanımaktadır. Zaruri olarak bu münhasır hak, böyle uyarlamaların yapılmasını önleme hakkını da içermektedir.

- “Herhangi bir yol ile veya şekilde bu eserlerin çoğaltılmasına izin verme”⁶¹ münhasır hakkı. Telif hakkı sahiplerine, telif haklı eserlerinin kopyalarını yapma veya kopyalarının yapılmasına izin verme münhasır hakkını tanıyan bu çoğaltma hakkı, aynı şekilde yazılım programları ve diğer edebi eserlerin telif hakkı sahipleri için de AT hukukunda garanti edilmiştir.⁶²
- Windows’un kopyalarının halka dağıtılması münhasır hakkı da bilgisayar programı ve diğer edebi eser telif hakkı sahiplerine tanınmaktadır.

Karar, bu haklardan her birini iptal etmektedir. Microsoft’a, Windows’un, Microsoft’un kendi tasarımı olmayan ve kendisinin telif hakkına konu eserinin önemli ölçüde değişmiş bir halini temsil eden bir uyarlamasını yaratma emri verilmektedir. Microsoft’a, ayrıca, Windows’un çoğaltılmasını kontrol altında tutma hakkının ve Windows’un kopyalarını halka dağıtma münhasır hakkının ihlali emir ile beraber, telif haklarına konu eserinin bu zorla yaratılan uyarlamasının kopyalarının lisans alanlarca kullanımına izin verme emri verilmektedir.

Komisyon kararında ise bu karardaki uygulamanın TRIPS Anlaşması’nın 13. maddesinde ifade edilen bir “özel durum” olduğuna karar verilmesini sağlayacak herhangi bir sınırlayıcı kural dile getirilmemektedir. Üstelik, Microsoft’un hakları için daha az zarar verici ancak eşit surette etkili çarelerin varlığı da Microsoft’un Windows’un ortam işlevselliği olmayan bir versiyonunu yaratması şartını TRIPS’in 13. maddesi tahtında ihlal durumunda bırakmaktadır. Örneğin ABD Nihai Kararı ortam işlevselliği olmayan bir Windows uyarlamasının zorla yaratılmasını içermemekte ve fakat bir yandan üçüncü kişi ortam çalıcı tedarikinde rekabeti

⁶⁰ Bu hak, yazılımlarla ilgili olarak, hak sahiplerinin münhasır haklarının “... (b) bir bilgisayar programının çevrimi, uyarlaması, düzenlenmesi ve diğer değişiklikleri ve bu hallerinin çoğaltılması hak ve yetkisini” içermesini sağlayan Yazılım Direktifi’nin 4. maddesi hükümleriyle Avrupa hukukuna dahil edilmiştir.

⁶¹ Bern Konvansiyonu’nun 9. maddesi

⁶² Yazılım Direktifi’nin 4. maddesinin (a) bendi, bilgisayar programları üzerinde telif hakkına sahip kişilere, “(a) kısmen veya tamamen, herhangi bir araçla ve herhangi bir şekilde bilgisayar programını sürekli veya geçici olarak çoğaltma” münhasır hakkını vermektedir.

teşvik ederken bunu Microsoft'un fikir mülkiyet haklarına Karardan daha az zararlı olacak şekilde yapmaktaydı.

8.2 Beraber İşlerlik

Komisyon'un beraber işlerliği teşvik düşüncesiyle aldığı zorunlu lisanslama kararı da TRIPS altında tartışmalı bir statü yaratmaktadır. Microsoft tarafından, özel iletişim protokollerine ait telif hakkı ile korunan teknik bilgilerin lisansının rakiplere verilmesi istendiğinden, karar, TRIPS'in aşağıdaki kriterleri karşılamayan zorunlu lisans uygulamalarını yasaklayan 13. maddesi hükmüne aykırı olmaktadır.

Öncelikle, kararda belirtilen zorunlu lisans vermenin farklı cihazların bir arada uyum içinde çalışabilmesinin gerektirdiğinden daha geniş olduğu ve bu nedenle 13. maddenin sadece "özel durumlarda" fikri mülkiyet hakkına "sınırlandırma" getirilebileceği şartını ihlal ettiği tartışılmaktadır.

Ayrıca, iletişim protokollerinin zorunlu lisansının, Microsoft'un "normal şekilde yararlanma" hakkına da doğrudan ters düştüğü tartışma konusudur. Yeni teknolojilerin lisansının üçüncü taraflara verilmesi, Microsoft gibi yazılım firmalarının, söz konusu teknolojiyi kullanan ürünleri geliştirerek ve pazarlayarak edindiği fikri mülkiyet haklarından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Üstelik, Microsoft'un iletişim protokollerini rakiplerine vermeye zorlanması, esasen, Komisyonun asıl amacı olan rekabet karşıtı fiil sonuçlarının ortadan kaldırılması amacına ters olduğundan Microsoft'un meşru haklarına haklı bir sebep olmaksızın zarar verdiği tartışma konusu yapılabilecektir.

Bu konularda Komisyon'un ne düşündüğünü ise yine karardaki ilgili ifadelerle başvurarak ortaya koyabiliriz. Komisyon kararında söz konusu konuya şöyle değinmiştir:

"Komisyon, Microsoft tarafından getirilen argümanların tümünü incelemiş ve Komisyonun, bu karar tahtında izlediği yol, özellikle [TRIPS] başta olmak üzere WTO Sözleşmeleri tahtındaki yükümlülükleriyle tamamen tutarlılık arz ettiğinden, Karar ile Komisyonun

*uluslararası yükümlülükleri arasında herhangi bir uyumsuzluk görmemiştir. Bu sözleşmeler, bu Kararda bahsi geçen ihlale son verme konusunda bir yükümlülüğün getirilmesine izin vermektedir”.*⁶³

Bu noktada kısaca açıklanması gereken bir husus da, benzer bir tartışmanın *Magill* bağlamında ortaya çıkmış olduğu ve Bern Konvansiyonu'nun 9. maddesinin 2. fıkrası hükümlerinin, Komisyonu, telif hakkı sahiplerinin, telif hakkı sahipleri ile rekabete girmek isteyen bir teşebbüse, telif haklarının lisansını vermesini istemesini engellediği itirazı yapılmıştır. *Magill* davasında Temyiz Mahkemesi, zorunlu lisansın, Bern Konvansiyonu Madde 9(2) hükümlerini ihlal ettiği yargısına varmıştır.

Yukarıda tartışıldığı üzere, Komisyonun, bu davadaki delillerin Roma Anlaşması'nın 82. maddesi hükümleri kapsamında değerlendirilmesi bakımından TRIPS tahtındaki Avrupa Toplulukları yükümlülüklerini dikkate almadığı hususu yoğun tartışma konusudur.

9. SONUÇ

Microsoft Davası Atlantik'in her iki yakasında toplam on yılı aşkın süredir hararetle tartışılmaktadır. Meseleyi bütünlüğü içerisinde inceleyerek bilgi vermeye çalışan ama yazarın kimliği sebebiyle ağırlıklı olarak Microsoft perspektifine yer veren bu çalışmanın kesin olarak gösterdiği şey Microsoft davasının senelerdir rekabet hukukunu sürükleyip çalkalayan yönünün boşuna olmadığı ve bu kadar çok yönlü bir davada ileri sürülen tezlerin rekabet hukuku düşünce sistemini derinden etkilemesinin kaçınılmaz olduğudur.

Bu derece ayrıntılı değerlendirmeler çerçevesinde ele alınan ve teknoloji temelli pazarlara bakış açısını derinden etkileyebilecek bir dava olan Microsoft davasına yönelik basit ve ampirik çıkarımlarda bulunmak elbette oldukça zorlama kapanışı beraberinde getirebilecektir. Ancak, kararın belki de en kritik noktasının yukarıda da belirtildiği üzere ilgili kararın 783. paragrafında yer alan ifadeler olduğu iddia edilebilecektir Zira, kararın ilgili bölümü Microsoft'a yüklenen yükümlülüğün, yani Microsoft'un yeniliğe teşvik edilmesi açısından bir tedarik etme emrinin olası negatif etkisinin tüm endüstrinin (Microsoft dahil) yeniliğe teşvik edilmesi üzerindeki pozitif etkisinden az olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre, Microsoft'un yeniliğe olan motivasyonunun korunması gereği, belirlenen olağan dışı durumların etkisini

⁶³ Komisyon kararının 1052. paragrafi

ortadan kaldıracak objektif bir gerekçe oluşturmamaktadır. Bu paragraf, ABD’de birlikte işlerlik ve bağlamaya yönelik olarak verilen taahhütlerin yeterli olduğu kabul edilmişken, Avrupa’da ise bu taahhütlerin çok öteye geçilmiş olması hususuyla birlikte incelendiğinde yine Avrupa ve ABD’nin GE-Honeywell kararında olduğu gibi aynı potansiyel rekabet hukuku sıkıntısına farklı gözlüklerle baktığı ve en nihayetinde tercih edilen rekabet hukuku politikalarının uzantısı olarak şaşkıncı sonuçların ortaya çıkabildiği çıkarımı yapılabilecektir.

Bilindiği üzere, gerçekleşseydi dünyanın en büyük birleşmesi olacak GE/Honeywell kararında (*GE/Honeywell* Dava No COMP/M.2220, 03/07/2001) işleme ABD Adalet Departmanı (“DOJ”) koşullu izin verirken, Komisyonu tamamen farklı bir düzlemde kararı inceleyip işleme izin vermemiştir. Rekabet hukuku kaygılarının somut verilerle desteklenmesi zorunluluğu, diğer bir deyişle rekabet otoritelerinin sadece geleceğe yönelik kaygılara dayanarak hüküm tesis etmesi yolunu tercih etmeleri özellikle son 10–15 yılda ciddi eleştiriler almış ve olgusal ve ekonomik delillerle sağlam zemine oturtulmadan yapılan tespitler esas alınarak idari işlem tesis edilen birçok karar ilgili rekabet otoritelerinin işlemlerinin temyiz edildiği mahkemeler tarafından iptal edilmiştir. İlgili karar bu tartışmaların merkezine oturan bir karar olmuştur.

Söz konusu işlemin incelenmesinde Komisyon, uzun dönemli spekülasyon sonuçları üzerinde durarak izin vermemiş ve işleminde ilk bakışta varsayılabilen etkinlikleri de kolayca bir kenara itebilmiştir. Dönemin ABD rekabet otoritesi başkan yardımcısı Kolasky’nin iki rekabet otoritesinden birinin çok daha kısıtlayıcı ve konservatif yaklaşmasındaki farklılığın sebeplerine ilişkin tespiti, rekabet otoritelerinin ancak kendilerinden kesinlikle emin oldukları alanlarda müdahaleci işlemler tesis etmeleri gerektiğini hatırlatıcı çarpıcılıktır.⁶⁴

“Farklılık bizim kısa görüşlü olmamızdan değil, geleceği tahmin kabiliyetimiz hakkında daha alçak gönüllü olmamızdan kaynaklanmaktadır”

Kolasky’nin deyişiyle hiç de “alçakgönüllü olmayan” spekülasyon öngörülerden ibaret olma ihtimali son derece yüksektir. Bu dosya özelinde de Microsoft’un yeniliğe teşvik edilmesi

⁶⁴ KOLASKY W.J. , “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a Long Way From Chicago To Brussels”, DOJ, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.pdf>

açısından bir tedarik etme emrinin olası negatif etkisinin tüm endüstrinin (Microsoft dahil) yeniliğe teşvik edilmesi üzerindeki pozitif etkisinden az olduğu sonucuna varılmasının spekülasyon bir tarafının olduğunu inkar edilemeyecektir. Bu noktada GE/Honeywell vak'asının getirdiği belki de en önemli tartışma konusuna yani rekabet hukukunun ve amacının ne olduğu konusuna geri dönerek çalışmayı sonlandırmak belki de en makul yol olarak değerlendirilebilecektir. Her iki sistemde de rekabetin etkilenip etkilenmeyeceğinin araştırılmasına rağmen iki sistem arasındaki en önemli farkın, ABD'de *tüketici refahının* amaç olarak benimsenmesi ve bu çerçevede *etkinliklere* verilen öneme ve ağırlığa karşın, Avrupa'da bu amacın rekabet analizinin esasını oluşturmaması olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, ABD'nin etkinlik yanlısı ve tüketici refahını amaç edinen politikasına karşın, Avrupa'nın, rakipleri korumaya yönelik, etkinlikleri cezalandıran bir yaklaşım sergilediği özellikle GE/Honeywell kararından sonra ABD çevrelerinde dile getirilmiş ve bu iddialar ciddi bir tartışma konusu haline almıştır. Bu farklılığın rekabet hukukunun kapsamı hakkında esaslı bir anlaşmazlıktan kaynaklandığı, daha gelişmiş ürünleri daha uygun fiyatlarda sunabilecek bir teşebbüsün ortaya çıkması ABD'de rekabetçi sayılırken; Avrupa'da rekabetin değil de rakiplerin ön plana çıkması sebebiyle aynı durumun anti-rekabetçi görüldüğü ve ABD'de rekabet hukukunun amacının pazarın etkin çalışmasından iş alemini korumak değil, halkı pazar aksaklıklarından korumak olduğu düşünceleri temellendirilmeye çalışılmıştır.⁶⁵

Aynı durum Microsoft davası için de geçerlidir inovasyon iştahını ve fikri sınai haklar hukuku çerçevesinde korunan haklarını spekülasyona (yani tüm endüstrinin yeniliğe teşvik edilmesi – ki klonlamaya yol açabilecek kapsamda bilgi paylaşımı zorunluluğunun “bedavacılığı” beraberinde getirebileceği ihtimali göz önüne alındığında tüm endüstrinin inovasyon motivasyonu üzerinde bu durumun da olumsuz etki yaratacağı kabul edilebilir-) kurban etme tercihinin orta ve uzun vadede doğru bir rekabet politikası tercihi olup olmadığı hususu ancak 2004 yılından bu yana gerek işletim sistemleri pazarının gerekse de ortam işlevselliği sağlayan yazılım pazarlarının nasıl bir evrimden geçtiği (ürün farklılaştırması ve yoğun inovasyon önderliğinde ürün farklılaştırması yaratarak tüketici tercihlerinde en çoklaştırma sağlanarak olumlu yönde) ve bu evrimde Komisyon Kararı'nın ne ölçüde olumlu etkileri

⁶⁵ Aydemir S. (2001); “Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sy. 44

olduğunu bugünden tespit etmeye çalışmak gelecekte benzer davaların incelenmesinde dersler çıkarılmasına hizmet edebilecek niteliktedir.⁶⁶

⁶⁶ Bu noktada özellikle işletim sistemleri pazarındaki rekabetçi gelişmelerin, aslında Microsoft'un birlikte işlerlik protokollerini Komisyon'un istediği ölçüde serbest bırakma konusundaki "inatçı" tutumu (ki bu tutum 2004 yılındaki cezaya ek olarak Microsoft'a yaklaşık olarak 1,3 milyar Avro'ya mal olmuştur) karşısında bağımsız bir şekilde ortaya çıkıp çıkmadığı sorusuna verilecek yanıtın olumlu ya da olumsuz olması Komisyon Kararı'nın meşruiyet zemininin tespitinin bulunduğumuz noktadan en sağlıklı şekilde yapılması imkanını sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Yayınlar

- Aydemir S. (2001); “Konglomera Birleşmeler Portföy Etkileri ve Ex-Ante Kontrol”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara sy. 44
- Bellamy & Child (2001); “European Community Law of Competition”, 5. Baskı, Sweet & Maxwell
- Demiröz, A. (2003); “Yeni Ekonomide Rekabet Kuralları”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara
- Jones A. ve Sufrin B. (2008), “EC Competition Law”, 3. Baskı, sayfa 378
- Kolasky W.J. , “Conglomerate Mergers and Range Effects: It’s a Long Way From Chicago To Brussels”, DOJ, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.pdf>
- Lang, J.T (1996) “European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries”
- Morse M.H. (1999) “Antitrust Issues in High tech Industries”, The Antitrust Review of the Americas 2000, Global Competition Law Review Special Report
- Posner, R.A (2000), “Antitrust in the New Economy”, Social Science Reseach Network Paper Collection, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=249316
- Söylemez, S.A (2001), Yeni Ekonomi Boyut Kitapları, İstanbul
- Yılmaz H. (2003); “Yenilik (İnovasyon) Yeni Ekonomi ve Rekabet”, Rekabet Kurumu Yayınları Uzmanlık Tezi, Ankara

REKABET KURULU KARARLARI

- 2.3.2010 tarih ve 10-20/260-96 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Tekhnelogos)
- 18.9.2008 tarih ve 08–54/852-340 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Armada)

- 20.6.2007 tarih ve 07–53/583–194 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Tarımsal süt üreticileri)
- 21.3.2007 tarih ve 07–26/238–77 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Bilsa)
- 15.7.2009 tarih ve 09–33/741–177 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Türk Eczacılar Birliği)
- 18.10.2007 tarih ve 07-79/991-386 sayılı Rekabet Kurulu kararı (Çözüm Bilgisayar)

AT KARARLARI

- 24 Mart 2004, Dava COMP / C-3 / 37.792
- Dava 56, 58/64 Consten & Grundig kararı, (1966), ECR 299 (342)
- Dava 238/87 Volvo v. Veng kararı, (1988)ECR 6211
- Radio Telefis Eireann (RTE) ve Independent Television Publications Ltd (ITP) v Komisyon, Birleşik davalar C-241/91 P ve C-242/91 P, [1995] ECR I-0743, RTE v Komisyon, Dava T-69/89, [1991] ECR II-0485 ve ITP v Komisyon, Dava T-76/89, [1991] ECR II-0575
- B&I Line v Sealink Harbours & Stena Sealink, 11 Haziran 1995, [1992] 5 CMLR 255
- Dava T-504/93 Tiercé Ladbroke SA v Komisyon, , [1997] ECR II-0923
- Birleşik davalar C-241/91 P ve C-242/91 P RTE ve ITP v Komisyon [1995] ECR I-743 52,53 ve 54.
- Dava C-7/97Oscar Bronner v Mediaprint, [1998] ECR I-7791
- Dava C-418/01IMS kararı, 29 Nisan 2004
- Dava 322/81 Michelin - Komisyon (“Michelin I”), [1983] ECR-3461
- Dava 85/76 Hoffmann-La Roche v. Komisyon davası [1979] ECR 461
- Dava C-53/92 P Hilti – Komisyon Davası [1994] ECR I-667
- GE/Honeywell, Dava COMP/M.2220, 03/07/2001

ABD KARARLARI

- US v. Microsoft Corp., 84 F. Supp. 2d 9, 19 (D.D.C. 1999) (FF 33)
- US v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30, 39 (D.D.C. 2000)
- US v. Microsoft Corp., 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000)
- US v. Microsoft Corp, 253 F. 3d 34, 46 (D.C. Cir. 2001) (en banc)