

REKABET HUKUKU AÇISINDAN TANITIM FAALİYETLERİNE BAĞLANAN SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of the Consequences of Advertising Activities in
Terms of Competition Law*

Semih Sırrı ÖZDEMİR*
Kemal KÜÇÜKKAVRUK**

ÖZET

Tanıtımın, reklam veren teşebbüs, müşteriler ve rakipler açısından doğurduğu sonuçlarla bağlantılı olarak, ilgili pazarı, pazardaki veya pazara girme hazırlığındaki olası rakipleri etkileme olasılığı da bulunmaktadır. Bu kapsamda, hâkim durumdaki bir teşebbüsün uzun zamandır yürütmekte olduğu yüksek bütçeli reklam kampanyaları, pazara girmeyi hedefleyenler açısından bir giriş engeli oluşturabilir. Ya da hâkim durumdaki teşebbüsün, kullandığı reklam yöntemleri veya dayattığı reklam sınırlamaları, ilgili pazarda hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olabilir. İlgili teşebbüsün sunduğu mal veya hizmete ilişkin markanın jenerik isim haline gelmesi, müşteri bağlılığına sahip olması veya ilgili pazardaki reklam yasakları dolayısıyla, rakiplerin tanıtım imkân bulamamaları gibi değişkenler de, bu sonuçlara varılmasında dikkate alınmaktadır. Bu çerçevede, reklamın rekabet hukuku ihlallerinin gerçekleştirilmesi bakımından bir araç vasfı taşıyabileceği açıktır. Çalışmanın amacı, rekabet hukuku teorisi açısından reklamın konumunun ve olası rekabet ihlallerinin oluşmasındaki işlevinin değerlendirilmesidir. Bu çerçevede çalışmanın alt başlıklarında, ilgili Rekabet Kurulu kararları incelenmekte ve Türk hukukunda reklama yönelik rekabet ihlali gerekçesine dayanan müdahaleler tasnif edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet İhlalleri Açısından Reklam, Rekabet Hukuku, Rekabet İhlalleri, Giriş Engeli, Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması.

Makalenin Geliş Tarihi: 23.03.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.08.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: semihozdemir@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0467-1517.

** Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu, E-posta: kemalkucukkavruk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8300-364X.

ABSTRACT

As to the consequences of advertising for the advertising undertaking, customers and competitors, there is also the possibility of affecting the relevant market and potential competitors or the ones preparing to enter the market. In this context, a dominant undertaking's long-standing high-budget advertising campaigns may constitute an entry barrier for potential market entrants. The dominant undertaking's advertising methods or advertising restrictions imposed by the dominant undertaking may lead to abuse of dominant position in the relevant market. Variables such as the fact that the brand name of the undertaking has become a generic name, that it has customer loyalty, or that competitors cannot find the opportunity to advertise due to advertising bans in the relevant market are also considered in reaching these conclusions. In this framework, advertising may be used as a tool for the realization of competition law violations. The aim of this study is to evaluate the position of advertising in terms of competition law theory and its function in the occurrence of possible competition violations. In this framework, the relevant Competition Board decisions are analyzed in the sub-headings of the study and the interventions based on the grounds of competition infringement in Turkish law are classified.

Keywords: Advertising in terms of Competition Violations, Competition Law, Competition Violations, Barrier to Entry, Abuse of Dominant Position.

GİRİŞ

Bir teşebbüsün tanıtım faaliyetlerine ilişkin olarak ayırdığı bütçe, kullandığı reklam yöntemleri ve reklamda yer verdiği beyanlar, tüketici tercihleri ve ilgili pazar üzerinde olduğu kadar, rakipler üzerinde de etki oluşturmaktadır. Teşebbüsün yüksek reklam harcamaları karşısında, oluşturduğu marka bilinirliği ve müşteri aidiyeti, pazara girmek isteyen olası rakiplerin de engellenmesine veya benzeri reklam harcamalarına katlanmaları zorunluluğunun oluşmasına neden olabilmektedir. Reklam mecralarının, yapılan sözleşmelerle rakiplerin erişimine kapatılması veya rakiplerin kendilerine yeterli yer bulamamalarının sağlanması da karşılaşılabilecek sorunlar arasındadır. Bunlara, reklam yöntemlerinin, teşebbüsün hâkim durumda bulunmasının da etkisiyle, rakipler üzerinde oluşturabileceği etkiler de eklenmelidir. Bu çerçevede, reklamın sadece reklama ilişkin mevzuat ile sınırlı kalmayan ve rekabet hukuku yönünden değerlendirilmesini gerekli kılan yapısı vurgulanmalıdır.

Belirtilen gereksinim karşısında, çalışmanın amacı bir tanıtım faaliyeti olarak reklamın, bu doğrultuda kullanılan beyan ve yöntemler açısından, rekabet hukuku teorisi çerçevesindeki yerinin incelenmesi; ilgili Rekabet Kurulu kararlarının öne çıkan yönlerinin irdelenmesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun dâhilinde Türk hukukunda reklama yönelik müdahalelerin ana esaslarının değerlendirilmesidir. Bu amaç doğrultusunda ve çalışmanın kapsamının makul sınırlar dâhilinde tutulabilmesi gayesiyle, özellikle gerekmedikçe, çalışmada reklam hukuku teorisine ilişkin tartışmalara temas edilmemiş; reklamın, rekabet hukuku teorisi yönünden işlevlerine yoğunlaşılması tercih edilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, bir tanıtım faaliyeti olarak reklamın ve reklam sayesinde oluşturulan müşteri bağlılığının pazara giriş engeli oluşturma vasfı ile hâkim durumun kötüye kullanılmasında reklamın olası etkileri incelenmektedir. İkinci bölümde, reklamın giriş engeli oluşturma vasfına, reklam yasaklarına ve marka bağlılığı ile hâkim durumun tespiti ve kötüye kullanılmasındaki işlevine dair Rekabet Kurulu kararları öne çıkan yönleriyle sunulmaktadır. Üçüncü bölümde, reklamın biçimine ve iktisadi amaçlarına yönelik Rekabet Kurulu müdahaleleri, örnek kararlarla birlikte incelenecek ve Türk hukukunda reklama, rekabet hukuku açısından bağlanan başlıca sonuçlar değerlendirilecektir.

I. REKABET HUKUKU TEORİSİ AÇISINDAN REKLAM

Bir tanıtım faaliyeti olarak reklam, teşebbüslerin kamuya veya hedef kitlesine yönelik irade açıklamalarının en önemli görünüm biçimlerinden birisidir. Bu sayede, teşebbüsün pazardaki konumu açısından, kendisini müşterileri ile mevcut ve muhtemel rakipleri karşısında nasıl konumlandığına ilişkin veri elde edilebilmektedir. Buna ek olarak, bu irade açıklaması pazarda doğrudan sonuçlar da doğurmaktadır. Bir pazarı rekabetçi hale getirmek, rekabetçi bir pazarı tekelleri bir pazara dönüştürmek, pazardaki bir teşebbüsün pazar gücünü artırmak, pazarda lider konumdaki firmanın gücünü azaltmak veya pazara girmeyi zorlaştırmak da dâhil olmak üzere, reklam iktisadi alanda birçok farklı sonuç oluşturabilmektedir. Pazarın mevcut durumu, reklam harcamasını hangi teşebbüsün yaptığı ve pazarın büyüklüğü gibi değişkenler, reklamın pazar üzerindeki etkisini farklılaştırmaktadır. Örneğin reklam kampanyaları, pazarı rekabetçi hale getirebileceği gibi, rekabeti bozucu sonuçlar da doğurabilir. Bu durum karşısında, iktisat temelli analizler yaparak, ekonomik anlamda tüketici refahını artırmayı hedefleyen rekabet hukuku¹, reklamın anılan etki ve işlevlerini de kapsam dışında

¹ John B. Kirkwood, Robert Lande, "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency," *Notre Dame Law Review* 84, no. 1, (2008): 191.

tutmamaktadır. Hâkim durum tespiti, hâkim durumun kötüye kullanılması ve pazarın yapısı gibi konulardaki değerlendirmeler açısından, teşebbüsler tarafından uygulanan reklam kampanyaları ve bunların hedef kitle üzerindeki etkileri özellikle dikkate alınmaktadır².

A. Bir Pazara Giriş Engeli Olarak Reklam

1. Giriş Engeli Kavramı

Giriş engeli kavramı, ilk kez 1887’de ortaya atılmış, 1940’lı yıllarda rekabeti azaltan yönü incelenmiş, 1950’lerde ise kavram bugünkü haliyle rekabet hukuku öğretisinde yerini almıştır.³ Uzun yıllar rekabet hukuku incelemelerinde hâkim durum ve birleşme devralma analizlerinde pazar payı en belirleyici unsur olarak kullanılırken, 1974 tarihli *General Dynamics*⁴ kararında ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) ilk kez giriş engelleri kavramını da kullanarak ilgili pazarı analiz etmiş ve pazarın geçmiş durumunu ve geleceğine dair öngörülerini de dikkate almıştır⁵. Günümüzde de rekabet otoriteleri, bir pazara ilişkin analiz yaparken, giriş engeli bulunup bulunmadığı hususunu ayrıca incelemektedir⁶.

² Federal Ticaret Komisyonu’nun (Federal Trade Commission – FTC) 25.06.2003 tarih ve C-4082 sayılı kararı.

³ Joe Staten Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Cambridge: Harvard University Press, 1956), 2.

⁴ US v. General Dynamics Corporation, Supreme Court’un 19 Mart 1974 tarih ve 72-402 sayılı kararı. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/239/>, (Erişim Tarihi: 11.08.2023).

⁵ Carl Christian von Weizsäcker, “A Welfare Analysis of Barriers to Entry,” *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2, (Sonbahar 1980): 401 vd.

⁶ Daniel Lazaroff, “Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation,” *UC Davis Business Law Journal* 7, no. 1, (Sonbahar 2006): 3-20. Ayrıca 07.07.2022 tarihli ve 22-32/506-203 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararında giriş engellerine ilişkin “*Türk rekabet hukuku uygulamasında da ilgili pazardaki rekabetin değerlendirilmesinde; ürüne özgü özellikler, sağlayıcı konumundaki teşebbüsün, rakiplerinin ve alıcıların pazardaki konumu, potansiyel rakiplerin varlığı ve giriş engellerinin düzeyi dikkate alınmaktadır.*” değerlendirmesi mevcuttur. Ayrıca giriş engelleriyle ilgili olarak 30.09.2021 tarih ve 21-46/667-332 sayılı Kurul kararında “...yüksek pazar payı, pazarda büyüme ve pazara giriş engellerinin yüksek olması ve alıcıların gücünün düşük olması gibi hususlar dikkate alındığında, Türk Telekom’un “toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri” pazarında hâkim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” tespiti yer almaktadır. Aynı yöndeki Avrupa Komisyonu kararları için bkz. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 112 S. Ct. 2072, 1992; Hugin v Liptons 08.12.1977 OJ L 22 – 27.01.1978; Continental Can Company 09.12.1971 OJ L 7 – 8.01.1972.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan ‘Rekabet Değerlendirmesi Rehberi’ ise bu kavramı, pazara yeni bir teşebbüsün girmesini zorlaştıran veya imkânsız kılan engeller olarak açıklamaktadır.⁷ Bir girişimcinin pazara hızlı girişini engelleyen her türlü unsur, bu kapsamdadır.⁸ Giriş engeli, sadece pazara giriş yapmak isteyen firmanın katlanacağı bir maliyettir.⁹ Bu maliyetler, sektöre girmek isteyen bir teşebbüs tarafından yüklenilip; hâlihazırda sektördeki diğer işletmeler tarafından karşılanmadığından, sosyal açıdan kaynakların tahsisinde de bir bozulma yaratmaktadır¹⁰. Giriş engellerini aşabilmek ve pazarda kalıcı olabilmek maksadıyla kaynak ayrılması gerekliliği, bu kaynakların kullanılabilmesi daha verimli veya faydalı alternatifleri dışlamakta; bu nedenle de kaynak tahsisini olumsuz etkilemektedir¹¹.

Giriş engelleri kendiliğinden (*ipso facto*) bir rekabet ihlali doğurmamakla birlikte, hâkim durumdaki teşebbüsün giriş engellerinden de faydalanarak pazardan rakiplerini dışlaması ihlal oluşturabilmektedir¹². Öğretide giriş engelleri, “yapısal giriş engelleri” (*ekonomik giriş engelleri*) ve “stratejik giriş engelleri” (*davranışsal giriş engelleri*) olmak üzere iki ana başlık altında incelenmektedir¹³. Yapısal giriş engelleri¹⁴, üst düzey teknoloji, yüksek maliyet ve talep gibi pazarın kendi yapı ve özelliklerinden kaynaklanan

⁷ Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Kabul Tarihi: 20.08.2014 Karar Sayısı:14-29/609. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/rekabet-degerlendirmesi-rehberi1.pdf>, (Erişim Tarihi:02.02.2023).

⁸ Joe Staten Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*, 3.

⁹ Dennis Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organization* (New York: Harper Collins Publishers, 1994), 76-77.

¹⁰ Carl Christian Von Weizsacker, “A Welfare Analysis of Barriers to Entry,” *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2 (Sonbahar, 1980): 400.

¹¹ Richard Earl Caves and Michael Everett Porter, “From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition,” *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 249-255.

¹² Mehmet Yanık, *Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, (Ankara, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2001), 43 vd.

¹³ Richard Earl Caves and Michael Everett Porter, “From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition,” *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 251-255.

¹⁴ Clemens Lutz, Ron Kemp and Gerhard Dijkstra, “Perceptions Regarding Strategic and Structural Entry Barriers,” *Small Bus Economics* 35, no.1, (Temmuz, 2010): 19–22.

unsurlardır¹⁵. Stratejik giriş engelleri ise, pazarda hali hazırda faaliyet gösteren teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan giriş engelleridir¹⁶. Pazarda önemli sayılabilecek üretim kapasitesine sahip olan işletmenin, yeni bir teşebbüsün pazara girmesi halinde fiyat savaşına¹⁷ girişeceği yönünde bir tehdit uygulaması, stratejik giriş engeli¹⁸ olarak değerlendirilebilir¹⁹. Ayrıca lisanslama veya tekel hakkı tanınması gibi kamu tasarruflarıyla da pazara yasal giriş engeli yaratılabilir²⁰. Bu tür mevzuat kaynaklı zorunluklar da yapısal giriş engelleri kapsamında yer almaktadır.

2. Reklamın Giriş Engeli Oluşturma Vasfı

Reklamın bir giriş engeli olarak değerlendirilmesi, iki ayrı ihtimale dayanabilir. Bunlardan ilki reklam harcamalarının batık maliyet yaratması²¹; ikincisi ise, reklam yasaklarının pazara girmeyi zorlaştırmasıdır²². Bir pazarda faaliyet gösterebilmek için yapılan harcama, sektörden çıkarken tekrar nakde dönüştürülemez veya başka bir faaliyet alanına aktarılamaz nitelikte ise,

¹⁵ Fahri Karakaya and Michael Stahl, "Barriers to Entry In Industrial Markets," *Journal of Marketing* 53, no. 2 (Nisan 1989): 80.

¹⁶ Steven Salop, "Strategic Entry Deterrence," *The American Economic Review*, 69, no. 2, (Mayıs, 1979): 335 vd.

¹⁷ Kavram hakkında bkz. Oliver Heil and Kristiaan Helsen, "Toward an Understanding of Price Wars: their Nature And How They Erupt," *International Journal of Research in Marketing*, no. 18, (Haziran 2001): 85.

¹⁸ 20.12.2005 tarih ve 05-86/1188-340 sayılı Kurul kararında stratejik giriş engelleriyle ilgili olarak "yeni bir piyasaya giriş tehlikesinin bulunması halinde OYAK ve Sabancı Grupları ile YLOAÇ'ın diğer yakın coğrafi bölgelerdeki üretim tesislerinden nakliye sübvansiyonu ile söz konusu coğrafi pazara mal tedarik edebileceği ve bunun da "stratejik giriş engeli" olarak söz konusu teşebbüslerce kullanılabilmesi" ifadesi yer almaktadır.

¹⁹ Teşebbüs, mevcut müşterisini koruma ve yeni rakibin müşteri çekmesini engellemeye yönelik fiyat politikası belirleyebilir. Bu fiyat politikası uygulanmadan evvel, uygulanacağına işaret eden davranışlar sergilenmesi, yeni girecek teşebbüs için tehdit olarak algılanacaktır, (OECD, Horizontal Merger Acquisition Guide, 1990).

²⁰ Rekabet Değerlendirmesi Rehberi, Kabul Tarihi: 20.08.2014 Karar Sayısı: 14-29/609.

²¹ United Brands Kararı'nın 122. paragrafında batık maliyet engeli şu şekilde ifade edilmiştir: "Pazara giren rakiplerin girişindeki özel engeller, bir muz plantasyonunun kurulması ve işletilmesi için gereken oldukça büyük sermaye yatırımlarıdır... Ayrıca, yeterli bir ticari ağ kurmak, çok büyük ölçekli reklam kampanyaları düzenlemek gibi bir pazara girmek için yapılan tüm genel harcamalardan oluşan fiili giriş maliyeti; giriş demesi başarısız olursa kurtarılamaz." <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027>, (Erişim Tarih:11.08.2023).

²² Bu konuda örnek olarak bkz. FTC'nin 06.08.1996 tarih ve 9259 sayılı California Dış Hekimleri Birliği kararı.

batık maliyet olarak nitelendirilir²³. Batık maliyetlerin giriş engeli olarak değerlendirilebilmesi için, toplam yatırım maliyeti içerisinde önemli bir yer tutması beklenmektedir²⁴. Reklamlar da yer verildiği mecra, gösterim sıklığı, hedeflenen kitle gibi değişkenlerle bağlantılı olarak, yüksek bir bütçe tahsisini gerektirebilir. Bu durum, reklam veren açısından bilinirliği artırma ve iletilmek istenilen mesajı daha geniş kitlelere ulaştırma olanağı sağlarken; aynı tanınırlığa erişmek isteyen mevcut ve olası rakipler açısından ise, benzeri büyüklükte bir reklam bütçesinin ayrılmasını gerekli kılabilir.

Pazara yeni girişte yapılan reklam harcamalarının, bu işletmelerin ticari başarısına genellikle olumlu etki sunduğu kabul edilmektedir²⁵. Ancak, ürün veya hizmetin reklam harcamasıyla orantılı talep görmemesi veya rakip teşebbüslerin önceden gelen bilinirliği sayesinde daha az reklam harcaması yapıp, buradan elde ettiği avantajla fiyat savaşına girmesi ihtimalleri de mevcuttur. Dolayısıyla beklenen satış başarısı gelmez ve teşebbüs pazardan çıkmak durumunda kalırsa, reklam harcamaları batık maliyet oluşturmada ve pazarı rekabete kapalı hale getirebilmektedir²⁶. Reklam için yapılan bu harcamaların, pazara girmek isteyen rakiplerin katlanamayacağı büyüklükte bir finansal güç gerektirmesi de giriş engellerine yol açacaktır²⁷. Teşebbüs pazardan çıkmaya dahi, yapılan reklamların satış açısından yeterli başarıyı sağlamaması nedeniyle farklı bir reklam kampanyası için yeni bütçe tahsis edilmesi veya reklama konu ürün veya hizmetlerin bazılarının satışından çekilmesi de bu duruma sebep olabilir. Platform ekonomileri²⁸ ile perakende²⁹,

²³ Richard Schmalensee, "Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry," *American Economic Review* 94, no. 2, (Mayıs 2004): 472.

²⁴ Luis Cabral and Thomas Ross, "Are Sunk Costs a Barrier to Entry?" *Journal of Economics & Management Strategy* 17, no. 1 (Bahar 2008): 111.

²⁵ Ioannis Kessides, "Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry," *The Review of Economics and Statistics* 68, no. 1, (Şubat 1986): 84 vd.

²⁶ 29.03.2018 tarih ve 19-09/179-RM(1) sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz para. 108.

²⁷ Robert B. Ekelund and Davis S. Saurman, *Reklam ve Piyasa Süreci* (Ankara: Liberte Yayınları,1999), 35.

²⁸ Platformlar, iki veya daha fazla tarafın bir araya gelmesine aracılık eden; satılan ürün veya hizmete müdahil olmayan teşebbüslerdir. Platform ekonomileri, dijital bir ekosistemde yer alan veya bir ekosistem yaratan teknoloji teşebbüslerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Andrei Hagiu, "Merchant or Two-Sided Platform?," *Review of Network Economics* 6, no.2 (Haziran 2007): 123.

²⁹ 23.08.2017 tarih ve 07-67/836-314 sayılı Kurul kararında batık maliyetler ve reklam ilişkisine dair "Pazara yeni giriş gerçekleştirmek için katlanılması gereken batık maliyet niteliğindeki reklam harcamalarının yüksek olduğuna iyi bir örnek olarak

içecek ve konaklama gibi hizmetler, yoğun reklam harcamasından kaynaklı batık maliyetlerin olduğu sektörlerdir³⁰.

Pazarda hâlihazırda faaliyet göstermekte olan teşebbüsün marka bilinirliğine sahip olması ve giriş için gerekli yatırım maliyetine daha önce katlanmış olması, fiyat savaşına³¹ girme olanağını artırmaktadır. Ayrıca pazar payı yüksek teşebbüslerin ölçek ekonomilerinden³² faydalanarak maliyetlerini düşük tutabilmesi mümkünken; pazara yeni girmek isteyen teşebbüslerin, yüksek reklam harcaması gereksinimi nedeniyle fiyat rekabetinde bulunması zorlaşabilecektir. Yoğun reklam harcamalarının pazara girmek isteyen rakiplerin maliyetini artıran bir strateji olduğu kabul edilmekte; ancak, bunun dışlayıcı etki yaratması için, şu üç koşulun aynı anda bulunması gerektiği savunulmaktadır³³: Yoğun reklam harcamasının hâkim durumdaki teşebbüsün karlılığını artırması, rakiplerin zararına sebep olması ve tüketici refahını olumsuz etkilemesi. Yapılan deneysel çalışmalar da, reklamın batık maliyetler sebebiyle giriş engeline yol açtığına işaret etmektedir³⁴. Bu yöndeki

Kent'in 2006'da pazara sürdüğü Trident markası için yaptığı harcamalar gösterilebilir.” ifadesi yer almaktadır.

³⁰ 05.08.2021 tarih ve 21-37/540-263 sayılı Kurul kararında batık maliyetlerle ilgili olarak “Genel olarak, online pazarlara girişte iki tür batık maliyetin olduğu değerlendirilebilecektir. Bunlar; fiziksel kurulum maliyetleri ile müşteri sadakati oluşturma maliyetleridir.” tespiti mevcuttur.

³¹ Fiyat savaşı, rakip konumdaki teşebbüslerden birinin, rakiplerinden düşük fiyat belirleyerek diğer teşebbüslere meydan okumasıyla başlayan ve rakiplerden birinin pazarı terk etmesiyle sonuçlanabilecek bir süreçtir. Bunun rekabet açısından olumlu bir sonuç doğurması mümkün olmakla birlikte; hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi durumunda, yıkıcı fiyatlama meydana getirebilmektedir. 20.04.2009 tarih ve 09-16/373-87 sayılı Kurul kararında “ADS'nin söz konusu savunmaları ve 2007 yılında Aymed'in ADS'den hem tutar hem de adet bazında daha yüksek satış yaptığı dikkate alınarak, ADS'nin fiyatlamasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edecek bir niteliğinin olmayacağı, söz konusu uygulamaların iki teşebbüs arasında yaşanan fiyat savaşı olarak değerlendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir.” değerlendirmesi yer almaktadır. Soruşturma tarafı teşebbüsün hâkim durumda olmaması nedeniyle uygulanan düşük fiyatlar, yıkıcı fiyatlama yerine fiyat savaşı olarak değerlendirilmiştir.

³² Kavram hakkında bkz. George J. Stigler, “The Economies of Scale,” *The Journal of Law and Economics* 1, (Kasım,1958): 54-56.

³³ Steven Salop and David Scheffman, “Raising Rivals, Costs,” *American Economic Review* 73, (1983):270.

³⁴ Kessides, 84-95.

harcamaların giriş engeli yarattığını tespit eden çok sayıda Kurul kararı da mevcuttur³⁵.

Reklamların giriş engeli olarak değerlendirilmesine sebep olabilecek diğer ihtimal ise, reklam yasaklarıdır. Bu tür yasakların gözlemlendiği başlıca alanlar tütün ve alkol ürünleri, sağlık hizmetleri, hukuki danışmanlık veya medikal ürünlerdir³⁶. Reklam yapılmaksızın, bu konudaki bilginin ürünü satın alan müşterilerin deneyimlerini diğerleri ile paylaşması ve benzer şekillerde dağılması da mümkün olmakla birlikte; bu yöntemde bilginin yayılım hızı, reklama göre daha yavaş ve maliyetlidir³⁷. Reklam yasağı olan bir sektöre giriş yapmayı hedefleyen bir teşebbüs, pazarda zaten yeterince tanınan rakiplerine karşı, reklama dayalı tanıtımdan mahrum kalmış olacaktır. Pazara yeni giriş yapan teşebbüsün, sunduğu ürünlerin rekabetçi niteliğinden bağımsız olarak, pazarda yeterince yer bulamaması ve işletme maliyetlerini karşılayacak düzeyde dahi satış yapamaması olasılıklar dahilindedir. Bu konuda yapılan çalışmalarda, reklamın kısıtlanması veya yasaklanmasının teşebbüslerin tüketicilere ulaşmasını zorlaştırdığı ve daha maliyetli hale getirdiği; bunun da pazarda mevcut bulunan teşebbüslerin pazarı daha kolay kontrol etmelerine olanak tanıdığı tespit edilmiştir³⁸. Örneğin, televizyon kanallarında tütün ürünlerine ilişkin reklamların yasaklanması, teşebbüs pazar paylarını daha durağan hale getirmekte ve rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir³⁹.

³⁵ 23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı ve 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurul kararları. 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kurul kararında “*Dolayısıyla marka imajı ve bağımlılığı, bu bağımlılığı yaratmakta belirleyici etken olan reklâm harcamaları ve gerek tüketici talebinin oluşturulması gerekse satış noktalarına giriş açısından vazgeçilmez olan aktivitelerin yürütülmesi için gerekli finansal güç 1260 endüstriyel dondurma pazarındaki önemli giriş engelleri arasındadır.*” tespiti yer almaktadır.

³⁶ Bu konudaki düzenlemelere örnek olarak bkz. 20/1 maddesi “*Alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz...*” (Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkilerin Satışına Ve Sunumuna İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, m. 20/1); “*Sinema, radyo, müstahdemler veya sair yazılı ve sözlü vasıtalarla reklam yapılmasını önlemek.*”, (6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, m. 28/d)

³⁷ Anthony J. Dukes, “Advertising And Competition,” (California, Competition Law and Policy by American Bar Association, 2009): bölüm 20, 2.

³⁸ Ulrich Doraszelski and Sarit Markovich, “Advertising Dynamics and Competitive Advantage,” *RAND Journal of Economics* 38, no. 3, (Kasım 2007): 582.

³⁹ Edwin Woodrow Eckard, “Competition And The Cigarette Tv Advertising Ban,” *Economic Inquiry* 29, no. 1, (Şubat 1991): 132.

3. Reklamın Marka Bağlılığı Üzerindeki Etkisi ve Giriş Engeli Oluşturma Vasfı

Kalite⁴⁰, mağaza imajı⁴¹, müşteri memnuniyeti gibi unsurlar, müşterilerin marka bağlılığı geliştirmesinde etkili olmaktadır. Bu aidiyet, rekabet halindeki diğer marka tarafından yapılan pazarlama çalışmalarının, ilgili müşteriler üzerinde sonuçsuz kalmasına sebep olabilmekte⁴² ve bu durum da diğer teşebbüsler açısından ilgili pazara girişi zorlaştırmaktadır⁴³. Reklam çalışmaları da bu aidiyetin oluşturulmasında kullanılan araçlar arasındadır⁴⁴. Reklam, belirli bir markanın algılanan performansını ve kullanım deneyimini pekiştirmede önemli bir etkiye sahiptir⁴⁵. Olumlu bir mağaza imajı, müşteri memnuniyeti ve reklam harcamaları arasında önemli bir bağlantı bulunduğu iddia edilmektedir⁴⁶.

Reklam ve marka bağlılığı arasındaki ilişkiye dair öğretilere öne çıkan görüşlerden birisi, reklamcılığın marka sadakati oluşturmak için kullanılan “savunmacı” bir strateji ve fiyat indirimlerinin ise, rakip markanın sadık tüketicilerini çekmek için kullanılan “saldırgan” bir strateji olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir⁴⁷. Reklamın bir marka savunma

⁴⁰ Svein Ottar Olsen, “Comparative Evaluation and the Relationship Between Quality, Satisfaction, and Repurchase Loyalty,” *Journal of the Academy of Marketing Science* 30, no. 3, (Temmuz 2002): 247.

⁴¹ Josée Bloemer and Ko De Ruyter, “On The Relationship Between Store Image,” Store Satisfaction And Store Loyalty, *European Journal of Marketing* 32, no: 5/6, (Haziran 1998): 501.

⁴² Richard Olivier, “Whence Consumer Loyalty?,” *Journal of Marketing* 63, no. 4, (Kasım, 1999): 34.

⁴³ OECD, Barriers to Entry, 2005: 9. McAfee R. P., Mialon H. M., Williams M. A. : Economics and Antitrust Barriers to Entry, <https://www.mcafee.cc/Papers/PDF/Barriers2Entry.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.12.2022); Gene Grossman and Carl Shapiro, “Advertising As A Barrier To Entry,” *FTC Working Paper*, no.74 (Temmuz 1982): 6.

⁴⁴ Mihalj Bakator, Sladjana Boric and Mina Paunovic, “Influence Of Advertising On Consumer-Based Brand Loyalty,” *Journal Of Engineering Management And Competitiveness* 7, no. 2, (Ocak, 2017): 82.

⁴⁵ Sridhar Moorthy and Hao Zhao, “Advertising Spending And Perceived Quality,” *Marketing Letters* 11, no. 3, (Ağustos, 2000): 231.

⁴⁶ Valarie A. Zeitham, Leonard L. Berry, and A. Parasuraman, “The Behavioral Consequences Of Service Quality,” *Journal of Marketing* 60, (Nisan,1996): 43 vd.

⁴⁷ Deepak Agrawal, “Effect Of Brand Loyalty On Advertising And Trade Promotions: A Game Theoretic Analysis With Empirical Evidence,” *Marketing Science* 15, no. 1 (1996): 2.

aracı olduğunu öne süren bu görüşe göre güçlü marka, zayıf markaya göre reklama daha az yatırım yapar; çünkü, zayıf markanın müşterisini çekebilme ihtimali daha düşüktür⁴⁸. Reklam harcamaları ile marka bağlılığı arasında bu kadar doğrudan bir ilişki olmadığı görüşündekiler ise, anılan yaklaşımı eleştirmektedir⁴⁹. Öğretide dolaylı etkilere odaklanan görüşlerin daha çok yer tuttuğu tespit edilmekle birlikte, marka bağlılığı yaratmanın temel unsurlarından birinin reklam olduğu açık bir şekilde kabul görmektedir⁵⁰.

Birleşme ve devralma işlemlerinde de marka gücünün doğrudan pazar gücünün tespitinde dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁵¹. Eğer ürün “*must stock*”⁵² (bulundurulması zorunlu) olarak isimlendirilen bir marka bağlılığına sahipse, yalnızca birleşme devralmada değil, tüm rekabet hukuku değerlendirmelerinde bu etkisi dikkate alınacaktır. Bu açıdan, marka bağlılığı somut olayda geçiş maliyeti⁵³, giriş engeli veya bağımsız bir rekabet unsuru olarak değerlendirilebilmektedir.

Bazı sektörlerde marka gücünün, rekabet açısından diğer sektörlerde göre daha önemli olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, gelişmekte olan bir pazardaki yerli kozmetik ürünlerin marka sadakati hakkında yapılan

⁴⁸ Agrawal, 46 vd.

⁴⁹ Hong-Youl Ha and Joby John, “Swinder Janda and Siva Muthaly, The Effects Of Advertising Spending on Brand Loyalty in Services,” *European Journal of Marketing* 45, no. 4 (Nisan 2011): 675.

⁵⁰ Deven Desai and Spancer Waller, “Brands, Competition, and the Law,” *Brigham Young University Law Review* 2010, (Şubat, 2011): 1498.

⁵¹ Healey D., Chapter in D Zimmer (ed), *Goals of Competition Law*, (Edward Elgar, UK, 2011): 398 – 408.

⁵² 10.09.2007 tarih ve 07-70/863-326 Kurul kararında “*Yeni Raki ’nın ev kanalındaki satış noktalarının neredeyse tamamında bulunduğu, yerinde tüketim kanalında ise bulunurluk oranlarının %...’in altına düşmediği görülmüştür. Bu bakımdan, Yeni Raki içki satışı yapan satış noktaları için “bulundurulması zorunlu ürün” (must stock) niteliğindedir.*” şeklinde yer almaktadır.

⁵³ Rekabet terimleri sözlüğüne göre geçiş maliyeti, bir tüketicinin bir başka sağlayıcıya geçiş sürecinde karşılaştığı, malın ya da hizmetin fiyatı haricindeki her çeşit maliyettir. Örnek olarak, yeni ürünün sahip olunan donanıma uygun olması gerekliliği veya tecrübe edilmeyen bir markanın kalitesine ilişkin belirsizlikler verilebilir. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Yayinlar/rekabet-terimleri-sozlugu/terimler-listesi>, (Erişim Tarihi: 24.02.2023). Ayrıca 09.08.2017 tarih ve 17-26/397-176 sayılı kararda geçiş maliyetlerine ilişkin olarak “*Bunun yanı sıra, yeni cihazın kurulumu, teknik personel tarafından cihazın kullanımının öğrenilmesi gibi maliyetler ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla belli bir marka cihazdan başka bir marka cihaza geçişte, müşteriler yüksek maliyetlerle karşılaşmaktadır.*” ifadelerine yer verilmiştir.

araştırmada, pazara giren yeni oyunculara karşı yerli markaların sahip olduğu marka bağlılığının, önemli bir rekabetçi güç oluşturduğu tespit edilmiştir.⁵⁴ Ayrıca, güçlü markaların bulunduğu sektörlerde yeni girişler için kullanılması gereken fiyatlama ve reklam stratejileri üzerine yapılan çalışmalarda, güçlü marka tarafından yönlendirilen pazara girişlerde, giriş yapan teşebbüsün reklam ve fiyatlama düzeyinin belirleyici olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

Sonuç olarak, marka bağlılığının rekabet hukukuna ilişkin değerlendirmeler açısından önem taşıdığı; bu bağlılığın oluşturulması için kullanılan reklam yöntem ve yoğunluğunun da anılan değerlendirmelerde dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

B. Reklamın Hâkim Durumun ve Bunun Kötüye Kullanıldığının Tespitindeki Yeri

1. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Kavramı

Hâkim durumun kötüye kullanılması RKHK'nın 6. maddesi kapsamında yasaklanmış, 3. maddesinde ise hâkim durum kavramı tanımlanmıştır⁵⁶. Bu tanıma göre hâkim durumdaki teşebbüslerin, rekabetin temel unsurları olan arz, üretim miktarı, fiyat gibi unsurlarda rakiplerinden bağımsız biçimde karar vermesi veya pazarda belirleyici olması aranmaktadır⁵⁷.

⁵⁴ Kassar N. M., N. A. B. Jamaludin, Shaari Z. H., Investigating the Brand Loyalty of Domestic Cosmetic in an Emerging Market, *SHS Web Conf.* 124, 2021.

⁵⁵ Carpenter, G.S. ve Nakamoto K., "Competitive Strategies For Late Entry Into a Market with a Dominant Brand," *Management Science* 36, no.10 (Eylül, 1990): 1270 vd.

⁵⁶ RKHK madde 3'e göre hâkim durum "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak anlaşılmaktadır.

⁵⁷ 16.12.2009 tarih ve 09-59/1441-376 sayılı Kurul kararında hâkim durum değerlendirmesi şu yönde yapılmıştır: "Hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün sahip olduğu atıl kapasite sebebiyle miktar ve fiyatı rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız olarak belirleme imkânının arttığı kabul edilmektedir. Alçı levha pazarında, yalnızca Knauf'un değil pazardaki tüm teşebbüslerin atıl kapasiteye sahip olduğu ve toplam kapasite içinde Knauf'un kapasitesinin payının düştüğü göz önüne alındığında, atıl kapasitenin Knauf'a belirgin bir avantaj sağlamayacağı anlaşılmıştır." Ayrıca 29.9.2022 tarih ve 22-44/652-281 sayılı Kurul kararında "Teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının anlaşılması için birçok faktörün değerlendirilmesi, pazarın ve teşebbüsün yapısının ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün pazardaki gücü, rakip

Rekabet hukuku analizlerinde, teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünün tespitinde kullanılan temel kriter, incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin pazar payıdır. Pazar payının yüksek olması hâkim durum tespiti için tek başına yetmemekle birlikte, belirli bir seviyeden yüksek pazar payının hâkim duruma işaret ettiği kabul edilmektedir⁵⁸. Konuya ilişkin içtihatla önemli bir yer tutan Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) *Hoffman-La Roche* kararında, devamlılık arz eden yüksek pazar paylarının teşebbüsün hâkim durumunun varlığına işaret ettiği belirtilmiştir⁵⁹. ABAD, anılan kararında net biçimde ifade etmediği yüksek pazar payı ifadesini *AKZO* kararında somutlaştırmış olup; yüzde elli ve üzeri pazar paylarının, (başkaca bir kriterle aykırı değilse) teşebbüsün ilgili ürün pazarında hâkim durumuna işaret ettiğini belirtmiştir⁶⁰. *Hilti*⁶¹ kararında ise, teşebbüsün yüzde yetmiş ila seksen seviyesindeki pazar payının, teşebbüsün hâkim durumunu ispata yeterli olduğu kabul edilmektedir⁶².

İlgili kararlar bir arada değerlendirildiğinde çok yüksek pazar payının tek başına hâkim durum tespitine yetebileceği; %50 seviyelerindeki pazar payının ise hâkim durumu işaret etmekle birlikte, bir karara ulaşılabilmesi için diğer kriterlerin de ayrıca incelenmesini gerektirdiği⁶³; bundan daha düşük pazar payına sahip teşebbüslerin de somut olayın gereklerine göre hâkim durumda olduğuna karar verilebileceği anlaşılmaktadır.

teşebbüslerin pazara giriş veya genişlemeleri önündeki engellerin varlığı, alıcıların pazar gücü ve pazardaki rekabetin durumu gibi kriterler değerlendirilmelidir.”

⁵⁸ Gamze Öz Aşçıoğlu, “Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü” Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu Tebliği (Ankara: Rekabet Kurumu Yayın No.30,1999), 111.

⁵⁹ Hoffman-La Roche 1979 ECR 461 para. 39-41.

⁶⁰ Kararda, yüzde elli pazar payının hâkim duruma işaret ettiği; ancak, tek başına hâkim durumun tespitine yetmeyeceği; giriş engelleri, rakiplerin pazar payları ve yoğunlaşma hususlarına da bakılması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak, yüksek pazar payının süreklilik arz etmesi gerektiği ifade edilmiştir, (Dava C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission* [1991] ECR I-3359, paragraf 60).

⁶¹ Hilti CFI Dec. 12, 1991, 1991 ECR II-1439, para. 92.

⁶² Christian Ahlborn, David S. Evans and Jorge Padilla, “The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to per Se Illegality, Antitrust Bulletin,” *The Antitrust Bulletin* 49, no. 1-2, (Mart 2004): 287-341.

⁶³ 19.09.2018 tarih ve 18-33/555-273 sayılı Kurul kararı para 117-118.

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da⁶⁴ hâkim durumun tespitine ilişkin olarak teşebbüsün rakiplerinden bağımsız davranabilme becerisinin ölçüldüğü; bu durumun tespiti için de hâkim durumda olduğu düşünülen teşebbüsün ve ilgili pazardaki rakiplerinin pazardaki konumu, alıcıların pazarlık gücü, pazara giriş engelleri ve büyüme engelleri gibi unsurların inceleneceği belirtilmiştir⁶⁵. Kılavuz'da yüzde kırk pazar payı açıkça belirtilerek; bu oranın altında pazar payına sahip teşebbüslerin, hâkim durumda olma ihtimalinin düştüğü belirtilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte, pazar payına ilişkin bu oran kesin bir karine olarak kabul edilmemiştir. Nitekim Kurul kararlarında⁶⁷ pazar payının yanı sıra rakiplerin sayısı, fikri mülkiyet haklarına sahip olunması⁶⁸ ve altyapının kontrolü gibi hususlar da göz önüne alınmaktadır. Teşebbüsün hâkim durumda olduğunun tespiti, hâkim durumun kötüye kullanılarak pazarda etkin rekabetin bozulduğunun tespit edilmesi sonucunu doğurmamakta ve tek başına bir ihlal teşkil etmemektedir⁶⁹.

⁶⁴ Kabul Tarihi: 29.1.2014 Karar Sayısı: 14-05/97-RM(1). <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>, (Erişim Tarihi:02.02.2023).

⁶⁵ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'un 10. paragrafı "*Hâkim durum değerlendirmesi yapılırken esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiği araştırılmaktadır. Bu değerlendirmede, her bir olayın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurulmaktadır. Hâkim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmuş temel unsurlar; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü olarak sınıflandırılabilir.*" şeklindedir.

⁶⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, para 12.

⁶⁷ 8.7.2010 tarihli, 10-49/900-314 sayılı Kurul kararında "*Mey İçki'nin likör pazarındaki pazar payı, söz konusu pazar payındaki değişim ile rakiplerin pazar payları, fiyat seviyeleri, zam oranları ve Mey İçki'nin fiyat lideri olmadığı hususları dikkate alındığında teşebbüsün işlem öncesi pazarda lider olmakla birlikte rekabet hukuku bağlamında hâkim durumda olmadığı sonucuna varılmıştır. Nitekim Mey İçki'nin pazar payı aylık olarak önemli dalgalanmalar göstermektedir. Bu husus, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde Mey İçki'nin hâkim durumda olmadığı tespitini pekiştirmekte, teşebbüsün pazar payını rakiplerine karşı koruyamadığını ve rakiplerin dönemsel olarak kendisinden önemli pazar payı alabildiğini göstermektedir.*"

⁶⁸ Case No COMP/M.6381 - Google/ Motorola Mobility Avrupa Komisyonu kararı.

⁶⁹ Birleşme ve devralma işlemlerinde açıkça hâkim durum yaratılmasının veya mevcut hâkim durumun kuvvetlendirilmesinin önüne geçilmesi hedeflenmekte olup, bu

2. Reklam ve Hâkim Durum İlişkisi

Hâkim durumun kötüye kullanılması ise RKHK'nın 6. maddesinde örnekleme⁷⁰ yoluyla sayılmış olup, bu haller dışında da hâkim durumun kötüye kullanılması oluşturabilecek eylemler olabileceği anlaşılmaktadır. Reklamın da hâkim durumdaki teşebbüs tarafından, bu yönde bir araç olarak kullanılması olasıdır. Bu sonuç reklamın yönteminden, reklama ayrılan bütçeden veya reklam ile hedef kitleye yöneltilen mesajdan kaynaklanabilir. Reklam yönteminin, tüketici nezdinde oluşturmayı amaçladığı imaj neticesinde, tüketicinin rakip teşebbüsler tarafından sunulan ürün veya hizmetleri incelemeye gerek görmeyecek duruma getirilmesi⁷¹, buna örnek olarak verilebilir. Belirtilen reklamın etki düzeyi ile orantılı olarak, bu reklam yönteminin rakip teşebbüsün piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasına sebep olması olasıdır.

doğrultuda önleyici bir mekanizma mevcuttur. RKHK'nın 7/1. maddesinde bu husus “Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta hâkim durum yaratılması ya da mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁷⁰ “... Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır: a) Ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırıcılık yapılması, c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi, d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler, e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması.”

⁷¹ Örneğin, Booking kararında incelenen “en düşük fiyat garantisi” koşulu ve bunun platform tarafından vurgulanması tüketici nezdinde yarattığı imaj sebebiyle, diğer tatil satış platformlarının tüketici tarafından incelenmesi anlamsız hale gelmektedir. Konuya ilişkin karar incelenirken detaylı bilgi verilecektir.

Reklam bütçesi⁷² ve kapsayıcılığı neticesinde, rakiplerin hedef kitleye erişebileceği mecraların onlara kapalı hale getirilmesi veya bu mecraı kullanma olanaklarının önemli düzeyde sınırlanması da benzeri bir sonuç doğurabilir⁷³. TV ve radyo gibi geleneksel mecraların yanı sıra, çevrimiçi veya açık hava mecralarında bunun gerçekleştirilmesi olasılığının nispeten düşük olduğu vurgulanmalıdır. Bunun temel gerekçesi, anılan mecraların sayıca fazlalığıdır. Özellikle geleneksel mecralar, tahsis edilen yüksek reklam bütçesi sayesinde, belirli bir zaman aralığı için hâkim durumdaki teşebbüsün reklamlarına ayrılmış ve diğer teşebbüslerin bu mecralara erişim imkânı ortadan kaldırılmış olsa dahi, anılan sınırlama takip eden dönemler için geçerli olmayacaktır. Bu açıdan, reklam bütçesi yönünden yürütülecek değerlendirmede, rakip teşebbüslerin hedef kitleye erişimde kullanabilecekleri mecraların çeşitliliği, erişemedikleri mecraın yerini alabilecek başka mecraların mevcut bulunup bulunmadığı ve rakip teşebbüs reklamlarının hâkim durumdaki teşebbüsün reklamı ile aynı dönemde gerçekleştirilmesi gerekliliğinin bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir.

Reklam ile iletilen mesaj, doğrudan anılan maddede sayılan hâkim durumun kötüye kullanılması örnekleri ile örtüşebilir. Eşit durumdaki alıcılar açısından farklı şartların ileri sürülmesi nedeniyle ayrımcılık oluşturan reklam içerikleri, bu kapsamda sayılabilir. Bu husustaki değerlendirmede, reklamın içeriği ile hedef kitle ve piyasada oluşturduğu etki bir arada irdelenmelidir. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da kötüye kullanma, bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için teşebbüsün mevcut pazar gücünün sağladığı avantajdan yararlanarak tüketici refahını azaltabilme potansiyeli taşıyan davranışlarda bulunması olarak tanımlanmıştır⁷⁴. Dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün reklamlarının hâkim durumun kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilmesi için, doğrudan veya dolaylı biçimde tüketici zararına yol açması gerekmektedir⁷⁵. Tüketici zararı her bir vaka özelinde farklı biçimde somutlaşmaktadır. Tüketicinin seçeneklerinin azalması, ürüne ulaşmakta zorlanması, ürünün fiyatının artması veya pazara yeni ürünlerin girişinin zorlaşması gibi birçok ihtimal mevcuttur⁷⁶.

⁷² Alison Jones, Brenda Sufrin and Niamh Dunne,; *EC Competition Law Text, Cases, and Materials* (3. Baskı) (Londra: Oxford University Press, 2019), 21 vd.

⁷³ 05.11.2020 tarih ve 20-48/666-291 sayılı Kurul kararı, 67 ve 30.09.2021 tarih ve 21-46/669-334 sayılı Kurul kararı, para 21-26.

⁷⁴ Kılavuz para 22.

⁷⁵ John Vickers, "Abuse of Market Power," *The Economic Journal* 115, no. 504, (Haziran 2005): 244 vd.

⁷⁶ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz: 5.

Hâkim durumun kötüye kullanılması yoluyla rekabet ihlalleri kendi içerisinde sömürücü, dışlayıcı ve ayrımcı nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir tasnif çerçevesinde ele alınmaktadır⁷⁷. Ancak RKHK'nın 6. maddesinde bu yönde bir ayrıma gidilmemiş, yalnızca örnekleme yoluyla başlıca kötüye kullanma halleri sayılmıştır. Bu ayrım tasnif ve inceleme kolaylığı sağlasa da uygulamada ihlal ihtiva eden eylemler iç içe geçebilecek bir yapıdadır. Uygulamada ihlalin niteliği, tüketiciye verilen zarar, ispat standardı ve ihlalin makul biçimde sonlandırılması hususlarına da odaklanılması yerinde olacaktır⁷⁸.

II. REKABET KURUMU KARARLARINDA YER VERİLEN DEĞERLENDİRMELER AÇISINDAN REKLAM

A. GİRİŞ ENGELLERİ

1. Doğrudan Giriş Engeli Unsuruna Yönelik Değerlendirmeler

Rekabet hukuku kapsamında pazara giriş engelleri arasında sayılan batık maliyetlerin tipik örneklerinden biri reklam harcamalarıdır⁷⁹. *Arçelik*⁸⁰, *Vestel*⁸¹, *Rekor Gıda Pazarlama Sanayi ve Ticaret AŞ*⁸² kararlarında reklam harcamalarının çoğunlukla batık maliyet oluşturduğu tespiti yapılmıştır.

⁷⁷ Richard Wish and David Bailey, *Competition Law* (Londra, Oxford University Press: 2021).

⁷⁸ Gerekeçli Kurul kararları incelendiğinde zarar teorisi, ispat araçları, ihlalin teorisi ve niteliği ve nasıl sonlandırıldığı hususları detaylı biçimde açıklanmaktadır. Bu konuda örnek olarak bkz. 05.11.2020 tarih ve 20-48/666-291 sayılı Kurul kararı.

⁷⁹ Damien Geradin, Nicolas Petit, Mike Walker, Paul Hofer and Frédéric Louis, "The Concept of Dominance in EC Competition Law," *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC* (July 2005): 16.

⁸⁰ 18.10.2011 tarih ve 11-53/1353-479 sayılı Arçelik kararı.

⁸¹ 24.11.2016 tarih ve 16-41/666-299 sayılı Vestel Kararında şu tespit yer almaktadır: "Diğer taraftan tüketici elektroniği sektörlerinde güçlü bir markaya ve marka bilinirliğine sahip olma gerekliliği, bunun için katlanılması gereken ve çoğunlukla batık maliyet niteliğinde olan reklam harcamaları, ileri teknolojiye ve ar-ge yatırımlarına olan ihtiyaç bu pazarlara girişi zorlaştırıcı başlıca unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır."

⁸² "Pazara tüm ülke çapında girmek isteyen girişimcilerin karşılaştacağı en büyük engel, tüketiciler nezdinde marka bilinirliği çok yüksek ve yıllardan beri pazarda bulunan ürünlerin arasına kendi çıkaracağı ürünleri konumlandırabilmek ve bu ürünlerin tüketiciler tarafından kabul edilmesini sağlamaktır. Her ne kadar ilgili ürün pazarlarına yerel bazda girişler mümkünse de, Türkiye çapında piyasaya Ülker'in üzerinde rekabetçi baskı oluşturacak düzeyde etkin bir giriş yapılabilmesinin önündeki

Algida ürünlerini satan *Unilever* hakkında yürütülen soruşturma kapsamında, endüstriyel dondurma pazarında marka gücü ve reklama ayrılan bütçeler incelenmiş, bunların birer giriş engeli oluşturduğu açıkça belirtilmiştir⁸³. Bu gibi marka bilinirliğinin yüksek olduğu pazarlarda, bir markanın tutunabilmesi için reklam bütçesi ayrılması gerektiği ve bu harcamaların da genellikle batık maliyet yarattığı tespitleri yer almıştır⁸⁴.

Numil-2 kararında pazara girebilmek için marka bilinirliği yaratmak ve güven vermek gerektiği, bunun içinse yoğun reklam kampanyalarına ihtiyaç duyulduğu, reklam ve pazarlama faaliyetlerinin de batık maliyet olarak değerlendirildiği tespitleri yapılmıştır⁸⁵. *Luxottica Gözlük Endüstri ve Ticaret AŞ* hakkında RKHK'nın 6. maddesi kapsamında yürütülen incelemeye ilişkin kararda, güneş gözlüğü satışları özelinde reklamın çok önemli olduğu, rakip teşebbüsün reklam harcamaları nedeniyle rekabetin çok zor olduğu belirtilmiştir⁸⁶. İlgili kararda, reklamın etkisi ve gücü nedeniyle yüksek reklam maliyetlerine katlanmanın zorunlu olduğu ve bunun bir batık maliyet oluşturduğu belirtilmektedir.

en büyük engellerden biri, Ülker'in marka gücü ve yoğun reklam harcamalarıdır. Bu koşullar pazara yeni girecek bir firmanın pazara etkin giriş yapabilmesi için yüksek reklam giderlerine katlanmak durumunda olduğunu ortaya koymaktadır. Bu giderlerin batık maliyet niteliğinde olduğu açıktır.

⁸³ 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurul kararında “marka bilinirliğinin yüksek olduğu endüstriyel dondurma pazarında, pazara yeni giriş yapan bir teşebbüsün yoğun reklam harcamaları yapması gerekebilecektir.” ifadesine yer verilmektedir.

⁸⁴ Endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile münhasır anlaşmaları hakkında muafiyet taleplerine ilişkin 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı Kurul kararı.

⁸⁵ 27.11.2008 tarih ve 08-67/1089-423 sayılı *Numil Mama* hakkındaki Kurul kararında şu tespit yer almaktadır: “...piyasada kalıcı olabilmek için hedef tüketici grubunda ürün marka bilinirliği ve güvenilirliği yaratmanın son derece önemli olduğu incelemeye konu ürün pazarlarında *Numil*'in üzerinde rekabetçi baskı oluşturacak düzeyde etkin bir giriş yapılabilmesinin önündeki en büyük engellerden biri, *Numil*'in yukarıda bahsedilen kanallarla gerçekleştirdiği yoğun reklam, tanıtım ve pazarlama harcamaları sonucu elde ettiği yüksek marka gücü ve marka bilinirliğidir. Bu durum pazara yeni girecek bir firmanın pazara etkin giriş yapabilmesi için batık maliyet niteliğinde olacak olan yüksek pazarlama ve reklam giderlerine katlanmak durumunda olduğunu ortaya koymaktadır.”.

⁸⁶ “...Güneş gözlüğü satışlarında reklamın çok önemli olduğunu, *Ray-Ban*'ın sahip olduğu bilinirlik ve reklam harcamasıyla rekabet edemeyeceklerini...”23.02.2017 tarih ve 17-08/99-42 sayılı Kurul Kararı.

Frito Lay kararında ise bu markanın sürekli biçimde yürüttüğü reklam faaliyetlerinin, marka bilinirliğini arttırdığı ve bu nedenle giriş engeli oluşturduğu tespit edilmiştir⁸⁷. Kararda sektöre ilişkin değerlendirme, *Pringles*'in reklam harcamaları ve pazar payı arasındaki doğrudan ilişki üzerinden yapılmış ve reklama dayanarak kazanılan pazar payının, reklam harcamaları azaldığında düşmesinin pazarda giriş engellerinin varlığına işaret ettiği belirtilmiştir⁸⁸.

Yukarıda yer verilen kararlardan, ürünlerin birbirine benzer nitelikte olduğu sektörlerde ürün farklılaştırmasının zorlaştığı ve marka bağlılığını artırmak için daha fazla reklam harcamasına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu tür pazarlarda reklam harcamalarının pazara yeni giren bir teşebbüsün pazarda varlığını sürdürebilmesi için zaruri nitelikte olduğu sonucuna ulaşılabilmektedir⁸⁹. Reklama ilişkin batık maliyetler ise, pazardan çıkmak isteyen teşebbüsler için rekabet hukuku kapsamında bir engel olarak değerlendirilmektedir⁹⁰.

2. Reklam Yasaklarına Yönelik Değerlendirmeler

Reklam, tanıtım ve sponsorlukların yasak olduğu pazarlar, Kurul tarafından “*karanlık pazar*” olarak tanımlanmış; bu pazarların bazı olumsuz koşullara sahip olduğu ve marka bilinirliği yüksek teşebbüslerin bu durumdan daha az etkileneceği belirtilmiştir⁹¹. Reklam yasaklarının ve tanınmış

⁸⁷ 06.04.2006 tarih ve 06-24/304-71 sayılı Kurul kararı.

⁸⁸ “...tanıtım programının etkisiyle pazar payı elde eden ancak bir süre sonra bu pazar payının çok büyük kısmını kaybeden bir teşebbüsün söz konusu olması pazarda giriş engeli olduğunu gösteren bir unsur olarak değerlendirilmelidir.”.

⁸⁹ 25.12.2014 tarih ve 14-54/932-420 sayılı Türk Hava Yolları kararında şu tespit yer almaktadır: “Örneğin, reklam maliyetleri genel itibarıyla batık maliyet olarak görülmekte ve kaçınılabılır maliyet olarak nitelendirilmemektedir.”.

⁹⁰ 26.04.2021 tarih ve 21-23/274-120 sayılı Türkiye Seyahat Acentaları Birliği kararında şu tespit yer almaktadır: “pazara yeni giriş yapacak acentelerin belli bir başlangıç maliyetine katlanması gerektiği, giriş ücretinin batık maliyet ve pazardan çıkış engeli teşkil ettiği”.

⁹¹ 11.01.2018 tarih ve 18-02/9-5 sayılı Rekabet Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: “... bira pazarında ürün reklam ve tanıtımının, sponsorluğunun vs. yasak olduğu karanlık pazar (dark market) koşullarına geçilmiştir. Karanlık pazar koşulları ile birlikte, bira pazarında soğuk ve kaliteli bulunurluğun önemi daha da artmış; güçlü, marka bilinirliği yüksek ve geniş portföye sahip olan teşebbüsler bu olumsuz koşullardan diğer teşebbüslere oranla daha az etkilenmiş; piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi ve girenlerin de piyasada tutunması ise büyük ölçüde güçleşmiş; bir başka

markaların olduğu pazarlarda ise reklamın bu etkisi artmaktadır. *Anadolu Efes Biracılık ve Malt San. AŞ'nin (Efes), Mey Alkollü İçkiler San. ve Tic. AŞ'den "Tekel Birası Şekil"* markasını devralmasına ilişkin kararda, alkollü içkilerin kitlesel yayın organlarında reklamının yasak olmasının, marka bilinirliği yaratmaya engel olduğu ve yeni bir teşebbüsün pazara girmesini zorlaştıracağı tespiti yapılmıştır⁹².

Mesleki faaliyetlere ilişkin reklam yasakları da Kurul incelemesine konu edilmiştir⁹³. Türkiye Eczacılar Birliği'nin, platformlar üzerinden reklam yasağına aykırı davranan üyelerine idari yaptırım uygulamasının rekabet hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle Rekabet Kurumu'na başvuru yapılmıştır. Ancak Kurul kararında, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'da eczaneler hakkında reklam yasakları düzenlendiği ve konuya ilişkin özel kanun hükmü bulunması nedeniyle RKHK kapsamında yapılacak bir müdahale bulunmadığı ifade edilmiştir⁹⁴. İstanbul Gümrük Müşavirleri Derneği'nin, kendi üyelerinin tüm reklam ve tanıtım faaliyetlerini yasaklaması konulu dosyada, reklam yasaklarının giriş engeli oluşturduğu belirtilmiştir⁹⁵. Pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler açısından reklam yasaklarının, gümrük müşavirlerinin daha iyi hizmeti daha iyi fiyatla sunma isteğini düşürebileceği; ayrıca, müşterilerin asimetrik bilgiye maruz kalmasına ve daha iyi hizmete erişim imkânlarının azalmasına neden

ifadeyle, karanlık pazar koşulları piyasadaki mevcut giriş engellerini pekiştirmiştir. Zira pazarda karanlık pazar döneminden önce mevcut olan bira üreticileri tüketiciler nezdinde tanındığından, karanlık pazar döneminde piyasaya girmek isteyen teşebbüslerin -herhangi bir reklam veya tanıtım yapmaksızın- mevcut bira üreticileri ile rekabet ederek tüketicilere ulaşması çok zor bir hale gelmiştir."

⁹² 25.08.2019 tarih ve 09-38/925-218 sayılı Rekabet Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: "*Bira pazarında faaliyet gösterebilmek için marka bilinirliği yaratmaya ve yaygın dağıtımına olan ihtiyaç, mevcut yasal düzenlemeler gereği kitlesel yayın organlarındaki reklam yasağı, nihai satış noktalarında bulunurluk konusunda yaşanan sorunlar ve Efes'in pazardaki mevcut konumu ve ünü, bu pazarda potansiyel rekabet baskısı yaratılmasını engeller niteliktedir."* Karşı oy kullanan iki Rekabet Kurulu üyesinin gerekçesinde ise: "*Efes'in pazardaki mevcut konumu ve gücünün, özellikle reklam yasakları nedeniyle marka bilinirliği yaratmadaki zorluklar, yaygın bir dağıtım ağı kurma gerekliliği vb. giriş engeli/zorluğu yaratabilecek..."*

⁹³ 07.01.2021 tarih ve 21-01/19-9 sayılı Kurul kararı.

⁹⁴ "... *TEB ve bağlı ecza odaları tarafından kimi eczaneler hakkında sosyal medya hesapları üzerinden reklam yapılması ve internet aracılığıyla yapılan satışlara aracılık edilmesi gibi gerekçelerle verilen kararlar hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında işlem tesis edilemeyeceği değerlendirilmektedir."*

⁹⁵ 20.06.2019 tarih ve 19-22/352-158 sayılı Kurul kararı.

olabileceği değerlendirilmeleri yapılmıştır⁹⁶. Piyasanın hali hazırda faaliyet gösteren gümrük müşavirleri tarafından paylaşıldığı ve reklam faaliyetinin durdurulmasının yeni girişleri zorlaştıracacağı da vurgulanmıştır⁹⁷.

Tütün ürünleri ve alkol içeren ürünlere ilişkin reklam yasakları sıklıkla rekabet hukuku kararlarına konu olmuştur⁹⁸. Kararların genelinde reklam yasaklarının pazarı rekabete daha kapalı hale getirdiği, erken giren teşebbüslerin marka bağlılığı oluşturabildiği, bu tür pazarlarda marka bilinirliğini kazanan teşebbüsün daha avantajlı olduğu, satış noktalarında münhasır bayilik uygulamanın pazar payı düşük olan teşebbüsler için dışlayıcı etki doğurabileceği ifade edilmiştir. *Philip Morris*⁹⁹ ile *Maxi Market*¹⁰⁰ arasında imzalanan tütün ürünlerinin satışına ilişkin sözleşmeye menfi tespit/muafiyet tanınmasına ilişkin kararda tütün mamullerine ilişkin reklam yasaklarının pazara etkileri incelenmiştir. Reklam yasağı olan sektörlerde teşebbüslerin ürünlerin dağıtımını ve sergilenmesi konusunda daha hassas davrandıkları, ürünlerini daha görünür kılmak için dolap veya raf benzeri ünitelerinde sergilenmesine önem verdikleri tespitleri yapılmıştır¹⁰¹. Kararda, satış noktalarında fiili münhasır çalışmanın halihazırda kısıtlı olan reklam ve tanıtım olanağını teşebbüslerin elinden alacağı, pazar payı düşük olan teşebbüslerin satış noktalarına girememesi nedeniyle pazar paylarının daha da azalabileceği ve bu durumun pazara giriş engeli olarak değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Numil-1 kararında bebek mamaları; başlangıç biberon mamaları, devam biberon mamaları ve diğer bebek mamaları olmak üzere üç kategoriye ayrılarak incelenmiş ve başlangıç biberon mamaları için reklam ve promosyonun yasaklanması nedeniyle rekabetçi koşullar açısından pazarın farklılaştığı tespiti yapılmıştır¹⁰².

⁹⁶ Para. 66.

⁹⁷ Para. 75.

⁹⁸ 26.11.2020 tarih ve 20-51/701-310 sayılı, 23.01.2020 tarih ve 20-06/52-29 sayılı, 20.06.2019 tarih ve 19-22/335-152 sayılı, 21.10.2021 tarih 21-51/708-351 sayılı, 12.6.2003 tarih ve 03-42/464-203 sayılı Kurul kararları.

⁹⁹ Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış AŞ.

¹⁰⁰ Tüketim Malları Pazarlama ve Ticaret AŞ.

¹⁰¹ 12.6.2003 tarih ve 03-42/464-203 sayılı Kurul kararı, 5.

¹⁰² 14.08.2003 tarih ve 03-56/651-299 sayılı Kurul kararında "...çeşitli ulusal ve uluslararası düzenlemeler çerçevesinde başlangıç biberon mamaları için geçerli promosyon ve reklam yasağı gibi uygulamalar başlangıç biberon mamalarını hem

Bu çerçevede, reklam yasağı olan sektörlere girişin diğer sektörlere oranla daha zor olduğu ve marka bilinirliği yaratmanın zorlaştığı; buna bağlı olarak da marka gücünün etkisinin daha fazla hissedildiği reklam yasaklarının rekabet açısından bazı olumsuz sonuçlar doğurduğu tespitleri Kurul kararlarında açıkça yer almaktadır. *Efes* kararında¹⁰³ reklam yasağı bulunan sektörler karanlık pazar olarak tanımlanmış ve reklam yasaklarının pazara girmek isteyen teşebbüsler açısından olumsuz etkileri olduğu net biçimde ifade edilmiştir.

Bununla birlikte Kurul, kararlarında reklam yasaklarına ilişkin olumsuz kanaatlerinden bahsetmiş ancak mevzuattan kaynaklanan reklam yasakları karşısında mevzuat hakkında görüş verme yetkisi bulunmasına rağmen görüş vermemeyi tercih etmiştir¹⁰⁴. Diğer taraftan, *İstanbul Gümrük Müşavirleri Derneği* kararında, herhangi bir yasal dayanak olmaksızın getirilen reklam yasağının mevzuata aykırı olduğu tespit edilmiş ve idari para cezası uygulanmıştır¹⁰⁵.

3. Marka Bilinirliğine Yönelik Değerlendirmeler

Markalaşmanın önemli olduğu pazarlarda, marka bilinirliği taşıyan teşebbüslerin mevcudiyeti, reklam yasaklarının giriş engeli olma yönünü güçlendirmektedir. Bu doğrultuda *İzocam* kararında, ilgili teşebbüsün

devam biberon mamalarından hem de diğer bebek mamalarından rekabetçi koşullar bakımından ayırmaktadır." ifadeleri yer almaktadır.

¹⁰³ Alkollü ürünlere ilişkin 03.07.2017 tarih ve 17-20/320-142 sayılı Kurul kararında "...piyasaya girmek isteyen teşebbüslerin - herhangi bir reklam veya tanıtım yapmaksızın- mevcut bira üreticileri ile rekabet ederek tüketicilere ulaşması çok zor bir hale gelmiştir." ifadesiyle, reklam yasağının olumsuz etkileri dile getirilmiştir. Kurul'un bu gibi durumlarda rekabet savunuculuğu yetkisi mevcuttur.

¹⁰⁴ Rekabet savunuculuğuna ilişkin Kurum internet sitesinde "... yürürlükteki mevzuat veya mevzuat taslaklarına görüş vermek, rekabeti kısıtlayabilecek uygulamaları teşvik edebilecek devlet müdahaleleri konusunda tavsiyelerde bulunmak, kamuoyunu doğrudan eğitmeye yönelik seminerler düzenlemek veya bültenler yayınlamak, kamuoyunu dolaylı olarak eğitmek için medyayı kullanmak, yargı mensuplarını ve kural koyucuları rekabet politikası ile ilgili konularda bilgilendirmek ve rekabeti etkileyebilecek aktüel veya potansiyel devlet müdahaleleri hakkında çalışmalar yapmak." ifadeleri yer almaktadır. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu>. (Erişim Tarihi:23.02.2023). İlgili mevzuatın pazarı olumsuz etkilediği tespiti Kurum tarafından hüküm altına alınmış, ancak mevzuat değişimi yönünde bir görüş verilmesi kararı yer almamıştır.

¹⁰⁵ Gerekçeli karar, 33.

camyünü pazarına ilk giriş avantajı nedeniyle marka bilinirliğinin yüksek olduğu, jenerik marka olmasının pazarda rakiplerinin markalaşma ihtiyacını arttıracacağı, bu markalaşmanın da ancak reklam vasıtasıyla sağlanabileceği ifade edilmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca reklam harcamalarıyla yaratılan marka aidiyetinin devamlılığının, reklam kampanyalarının sürmesi ile yakından ilgili olduğu ve pazara yeni girecek bir teşebbüsün, pazarda tanıtım yapmasının gerekli olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁷

Sahibinden.com'un emlak ofisleri ve oto galerilere yönelik kurumsal üyelik fiyatlandırma stratejisi hakkında aşırı fiyat iddialarının incelendiği kararda ise, yüksek marka bilinirliğinin, finansal güç ile birleştiği durumlarda rakip teşebbüslerin büyümesinin önünde giriş engeli oluşturduğu belirtilmiştir.¹⁰⁸ *Paşabahçe* kararında¹⁰⁹, ilgili teşebbüsün marka bilinirliğinin rakiplerine göre çok daha fazla olduğu; bunun, ürün çeşitliliği ile birlikte değerlendirilmesi neticesinde, pazarda güçlü bir konumda bulunduğu tespit edildiği ifade edilmiştir.¹¹⁰ *Arçelik/Sony* kararında ise dayanıklı ev eşyaları sektöründe LCD TV pazarı tanımlanmış ve anılan pazarda rekabet için marka bilinirliğinin gerekli olduğu ve bunun için de reklama ihtiyaç duyulduğu tespitleri yer almıştır.¹¹¹

Coca Cola kararında giriş engelleri başlığı altında marka bilinirliği ve reklam harcamaları birlikte değerlendirilmiş ve marka bilinirliğine ilişkin “marka değeri yüksek firmaların bulunduğu piyasalara girmek isteyen firmalar önemli bir giriş engeli ile karşılaşmaktadır.” tespiti yapılmıştır.¹¹² Ayrıca Kurum tarafından yayımlanan Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da¹¹³ yer alan “Teşebbüsün özelliklerinden kaynaklanan engeller arasında; teşebbüsün kilit girdilere ve

¹⁰⁶ 08.02.2010 tarih ve 10-14/175-66 sayılı Rekabet Kurulu kararı, para. 2100.

¹⁰⁷ Richard Schmalensee, “The Economics of Advertising,” *The Economic Journal* 83, no. 2, (Mart, 1973): 295 vd.

¹⁰⁸ 30.09.2021 tarih ve 21-46/655-325 sayılı Kurul kararında marka bilinirliğine ilişkin olarak “yüksek marka bilinirliği, finansal ve ekonomik gücü gibi hususların piyasadaki teşebbüslerin büyümesi veya piyasaya yeni teşebbüslerin girmesi önünde giriş engeli oluşturmasının muhtemel olacağı değerlendirilmiştir.” tespiti yer almaktadır.

¹⁰⁹ 10.06.2021 tarih ve 21-30/385-193 sayılı Kurul kararı.

¹¹⁰ İlgili kararın 184. paragrafında güçlü bir konum ifadesi kullanılmış olup, hâkim durum tespiti yapılmamıştır.

¹¹¹ 8.12.2010 tarih ve 10-76/1572-605 sayılı Kurul kararı.

¹¹² 19.10.2004 tarih ve 04-66/951-229 sayılı Kurul kararı.

¹¹³ 29.1.2014 tarih ve 14-05/97-RM(1) Sayılı Kılavuz.

özel bilgiye erişim imkânına, atıl kapasiteye, dikey bütünleşik yapıya, güçlü bir dağıtım ağına ve geniş bir ürün portföyüne, yüksek marka bilinirliğine, finansal ve ekonomik güce sahip olması sayılabilir.” ifadesinden, marka bilinirliğinin bir giriş engeli sayıldığı görülmektedir. *Arçelik* kararında Kurul, anılan Kılavuz doğrultusunda, “*Marka bilinirliği yaratmak için yapılan reklam harcamaları çoğunlukla batık maliyet niteliği taşımakta, dolayısıyla reklam harcamaları elektrikli ve elektronik ev eşyaları sektörü açısından önemli bir giriş engeli niteliği taşımaktadır.”* tespitine yer vermekte ve reklam harcamaları ile inşa edilen marka bilinirliğini açık bir biçimde giriş engeli olarak kabul etmektedir.

Rakipler veya piyasaya yeni girenler tarafından, reklam yasağı olmayan bu gibi pazarlarda, marka bilinirliğine erişilmesini sağlama amacına yönelik reklam yapılması her zaman için olasıdır. Bununla birlikte, anılan piyasada bu düzeyde bir bilinirliğe erişmeyi ve rekabet gücünü korumayı amaçlayan bir işletmenin, marka bilinirliğine kısa süre içinde ulaşmak isteyeceği öngörülebilir. Aksi halde, sunduğu hizmet veya mala ilişkin olarak, rakibine benzer nitelikte bir talep oluşturamayacaktır. Ancak, her iki işletme arasında önemli bir fark vardır: zaman avantajı. Kurul kararı üzerinden devam edilirse, *Arçelik* markasına dair bilinirlik, şirket bütçesine göre makul sınırlar içinde kalan bir reklam bütçesinin, süregelen şekilde, yıllar boyunca tahsis edilmesi ile oluşturulmuştur¹¹⁴. Pazara yeni girecek işletmenin, *Arçelik* tarafından bir yıl için ayrılan reklam bütçesinin benzerini kullanarak, aynı tanınırlığa erişmesi mümkün değildir. Anılan amaç için, çok sayıda kişiye, farklı mecralar üzerinden, akılda kalıcılığı sağlamaya yeter düzey ve sıklıkta reklam iletilmesi gerekecektir ki; bu da çok daha yüksek bir bütçenin, kısa bir zaman içinde reklama ayrılması gerekliliğini doğuracaktır. Tüm bunlara ek olarak, yapılacak kampanyanın, istenilen düzeyde ve/veya marka ile ilişkilendirilmesi amaçlanan niteliği anımsatır bir şekilde marka bilinirliği oluşturması her zaman için kesin değildir. Sonuç olarak, anılan nedenler çerçevesinde, uygun somut olay örnekleri açısından marka bilinirliğinin bir giriş engeli olduğu görüşündeyiz.

¹¹⁴ Kurul’un bir diğer kararı olan 14.8.2008 tarih ve 08-50/723-283 sayılı P&G kararında da “Pazara tüm ülke çapında girmek isteyen girişimcilerin karşılaşacağı en büyük engel, tüketiciler nezdinde marka bilinirliği çok yüksek ve yıllardan beri pazarda bulunan ürünlerin arasına kendi çıkaracağı ürünleri konumlandırabilmek ve bu ürünlerin tüketiciler tarafından kabul edilmesini sağlamaktır.” tespiti mevcuttur.

Yukarıda yer verilen Kurul kararları ışığında reklamın marka bilinirliği yaratma ve sürdürme konusunda etkili bir araç olduğu, güçlü marka bilinirliğine sahip teşebbüslerin bulunduğu pazarlarda marka bilinirliğinin bir giriş engeli olarak değerlendirildiği, ilgili giriş engelini aşmanın ise yüksek reklam bütçesini gerektirdiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan marka bilinirliğinin, bazı pazarlarda rekabet avantajı sağlamak açısından daha etkili olduğu ifade edilmiştir. Bu durum, marka bilinirliğinin ilgili pazar verilerinin değerlendirilmesinin de önem taşıdığına işaret etmektedir.

B. Hâkim Durumun ve Kötüye Kullanımının Tespiti Açısından Reklam Harcamalarının Değerlendirilmesi

1. Hâkim Durumun Tespiti Yönünden

Rekabet otoriteleri tarafından hâkim durum tespitinde teşebbüsün pazar payı, ilk giren avantajı¹¹⁵, giriş engellerinin bulunması, finansal güç, dikey bütünlük¹¹⁶, rekabet için gerekli bir alt yapıyı kontrol etme¹¹⁷ gibi kriterler kullanılmaktadır¹¹⁸. Bu kararlardan biri olan *Nestle/Perrier*¹¹⁹ birleşmesinde, yüksek reklam harcamalarının hâkim durumun varlığına işaret ettiği ve talep esnekliğini azalttığı tespitlerine yer vermiş ve değerlendirme yapılırken, rakiplerin reklam bütçeleri toplamı ve birleşme sonrası *Nestle*'nin pazarlama gücü göz önünde alınmıştır¹²⁰. Birleşme işlemi sonrası, rakip teşebbüslerin reklam açısından rekabet edecek güce sahip olmayacağı ve reklamın

¹¹⁵ 25.3.2004 tarih ve 04-22/231-48 sayılı Kurul kararı, 10.

¹¹⁶ 08.7.2009 tarih ve 09-32/694-160 sayılı Kurul kararında, radyo reklamcılığı pazarı ve radyo yayıncılığında faaliyet gösteren bir teşebbüsün hâkim durumu kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti için yürütülen ön-araştırma sonucunda “İlgili pazara girişin veya etkin bir şekilde faaliyet göstermenin önündeki en büyük engelini dikey bütünlüğe yapıdaki teşebbüslerin varlığı olabileceği anlaşılmaktadır.” tespiti yer almaktadır.

¹¹⁷ 30.09.2021 tarih ve 21-46/667-332 sayılı Kurul kararı para 430.

¹¹⁸ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz para. 10-21.

¹¹⁹ Avrupa Komisyonu, *Nestlé/Perrier* Case IV/M.190 (22.07.1992) Avrupa Komisyonu, *Milchförderungsfonds*, Case IV/28.930 07.12.1984 (eur-lex.europa.eu) (Erişim Tarihi:21.03.2023).

¹²⁰ “Birleşmeden sonra, *Perrier*'in mali kaynakları *Nestlé*'nin devasa mali kaynaklarıyla birleşerek daha da artacaktır. Hiçbir yerel kaynak suyu tedarikçisi, reklam veya ülke çapında dağıtım sistemlerine yapılan yatırımlar söz konusu olduğunda muhtemelen bu iki tedarikçiyle eşit şartlarda rekabet etmeye başaramaz. 12 Mart 1992 tarihli mektubunda *Nestlé*, “daha küçük kaynaklar için Fransız su piyasasında önemli bir oyuncu haline gelmenin zor olduğunu” kabul etmiştir.”

şişelenmiş kaynak suyu pazarında kritik önemde olduğu kanaati nedeniyle, birleşme işlemine ancak taahhüt¹²¹ alınarak izin verilmiştir¹²².

Anılan karar ile kabul edilen yaklaşım, Rekabet Kurulu tarafından da genel olarak benimsenmektedir. *Çiçeksepeti* kararında¹²³, ilgili teşebbüsün yoğun biçimde reklam harcaması yaparak, aynı ölçüde reklam ve tanıtım bütçesi bulunmayan rakip teşebbüsleri pazardan dışladığı iddiası değerlendirilmiştir. İlgili kararda, reklamın giriş engeli olarak da kabul edilebileceği belirtilmiş; ancak, teşebbüsün reklam harcamalarının toplam harcamalarına oranının giderek azaldığı gerekçesiyle dışlama iddiaları reddedilmiştir. *Kent*'in, *İntergun* markasını devralmasına ilişkin kararda ise Rekabet Kurulu, sakız pazarında faaliyet gösterebilmek için tanınırlık elde edilmesi gerektiğini, bunun içinse reklam harcaması yapılması gerektiğini ifade etmiştir¹²⁴.

Coca Cola İçecek AŞ'nin fiili münhasırlık uyguladığına ilişkin kararda ise, hâkim durum değerlendirilmesi yapılırken, reklam harcamalarının yüksek oluşu dikkate alınmıştır¹²⁵. Yine *Coca Cola Dağıtım AŞ*'nin satış noktaları ile yaptığı münhasır anlaşmalarının 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında yararlandığı muafiyetin geri alınmasına ilişkin kararda, *Coca Cola* hakkında hâkim durum tespiti yapılmış olup, reklam harcamalarına ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır¹²⁶. *Cola*

¹²¹ Taahhütler *Nestle*'nin bazı markaları elden çıkarmasını, elden çıkarma işlemi tamamlanana kadar *Perrier*'den elde ettiği tüm iş ve değerleri mevcut işlerinden ayrı tutmasını ve rakiplerinin su kaynaklarına erişimini engellememeyi içermekle birlikte doğrudan bir reklam yasağı içermemektedir.

¹²² “*Fransa şişelenmiş kaynak suyu pazarı, üç ana tedarikçi için yüksek reklam bütçeleri ile güçlü pazarlama ve promosyon faaliyetleri ile karakterize edilmektedir.*”

¹²³ 08.03.2018 tarihli, 18-07/111-58 sayılı Kurulu kararı.

¹²⁴ 23.08.2007 tarih ve 0767/836-314 sayılı Kurulu kararı.

¹²⁵ 14.10.2010 tarih ve 10-65/1363-505 sayılı Kurulu kararında şu tespit yer almaktadır: “*CCİ'nin marka gücü ve bilinirliği, yüksek reklam harcamaları ve bu şekilde yaratılan marka bağımlılığı, finansal gücü, pek çok gazlı/gazsız içeceği kapsayan geniş bir portföye sahip olması ile bu portföyde yeniden satıcılar için olmazsa olmaz (must stock) niteliğe sahip ve dünya çapında en değerli markalar arasında Coca-Cola markasının bulunması 10.9.2007 tarihli 07-70/864-327 sayılı Kararda pazara giriş engelleri arasında değerlendirilmiştir. Dosya kapsamında yapılan değerlendirmede pazar koşullarında önemli bir değişiklik olmadığı görülmüş ve ilgili karardaki hâkim durum tespitinin bugünkü koşullarda da geçerliliğini koruduğu tespit edilmiştir.*”

¹²⁶ Para. 180 “*CCİ'nin marka gücü ve bilinirliği, yüksek reklam harcamaları ve bu şekilde yaratılan marka bağımlılığı, finansal gücü, pek çok gazlı/gazsız içeceği kapsayan geniş*

Turka'nın pazara girişinin *Coca Cola*'nın reklam harcamalarını önemli ölçüde arttırdığı, bunun müşteri talebini de olumlu yönde etkilediği tespit edilmiştir¹²⁷. Kararda, reklam harcamalarının ciro içerisindeki payı dikkate alınmış¹²⁸ ve gazlı içecek pazarına girebilmek için yüksek düzeyde reklam harcaması yapmanın zorunlu olduğu belirtilmiştir. *Philip Morris/Rothman* kararında ise, sigara pazarının durağan ve oligopolistik yapısı nedeniyle, pazar payı kazanmanın başlıca yollarından birinin reklam olduğu ifade edilmiştir¹²⁹. Aynı yönde, endüstriyel dondurma pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin satış noktaları ile yaptıkları münhasırlık koşulu içeren anlaşmalar ve fiili münhasırlık yaratan faaliyetlerine muafiyet tanınması konulu dosyada da reklam yapılması zorunluluğu, en önemli pazara giriş engelleri olarak değerlendirilmiştir¹³⁰.

2. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Yönünden

Reklam harcamalarının, hâkim durumun kötüye kullanılması iddiası açısından değerlendirildiği kararlar da bulunmaktadır. Kurul *Opet*, *Çiçeksepeti* ve *Coca Cola* kararlarında ilgili teşebbüslerin reklam politikalarıyla hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığını incelemiştir. *Opet* kararında, reklam politikasının doğrudan ihlal yöntemi olup olmayacağı değerlendirilmiştir¹³¹. Kararda, teşebbüsün promosyon ve reklam harcamalarını yüksek düzeylere çıkarmayı tercih edebileceği, bunun da düşük

bir portföye sahip olması ile bu portföyde yeniden satıcılar için olmazsa olmaz (must stock) niteliğe sahip ve dünya çapında en değerli markalar arasında Coca-Cola markasının bulunması...

¹²⁷ 10.9.2007 tarih 07-70/864-327 sayılı Kurul kararı.

¹²⁸ İlgili kararda şu tespitler yer almaktadır: "...aşağıda sıralanan faktörler CCI'nin pazardaki güçlü konumunu ve rakiplerinden farklılıklarını göstermesi bakımından önemlidir Coca-Cola markasının dünyanın en değerli markası olması; CCI'nin alkolsüz ticari içeceklerde en geniş ürün portföyüne ve en bilinen markalara sahip olması; CCI'nin reklâm harcamalarının sektördeki en büyük reklam harcamasını oluşturması; CCI'nin en büyük rakibi olan PBG ile arasındaki Pazar payı farkının büyümesi; CCI'nin aktif müşteri sayısı rakiplerine göre daha fazla olması."

¹²⁹ *Philip Morris/Rothmans* kararında yer alan ifade şeklindedir: "Komisyon, durağan ve oligopolistik olan ve fiyatlar veya araştırma konusunda gerçek bir rekabetin olmadığı sigara pazarında, reklam ve şirket satın almanın pazar payını artırmanın başlıca araçları olduğunu düşünmektedir.", Judgement Of 17. 11. 1987 — Joined Cases 142 and 156/84. (<https://eur-lex.europa.eu/>), (Erişim Tarihi:15.08.2023).

¹³⁰ 18.03.2021 tarih ve 21-15/190-80 sayılı Kurulu kararı.

¹³¹ 24.7.2008 tarih ve 08-47/647-244 sayılı Kurul kararı.

pazar paylarına sahip rakip teşebbüslerin maliyetlerinin artmasına ve bu teşebbüslerin pazar dışına itilmelerine neden olabileceği tespitleri yapılmıştır. İlave tanıtım ve reklam harcamalarının bir teşebbüsün ortalama değişken maliyetini, teşebbüsün ürün veya hizmet satış fiyatının üzerine çıkartması, yıkıcı promosyon olarak nitelendirilmiştir¹³².

Çevrimiçi mecralarda yüksek bütçelerle arama motorları ve internet sitelerine reklam vererek rakiplerin pazardan dışlandığı iddiası, *Çiçeksepeti* kararında incelenmiştir¹³³. Ancak, teşebbüsün genel indirimlerde maliyet altı fiyatlamaya gitmediği ve reklam vererek elde ettiği bazı müşterilerden zarar ettiği tespit edilmiştir.¹³⁴ Reklam ve tanıtım harcamalarının kapsam ve süresi dikkate alınarak, henüz olası bir piyasa kapatma etkisi doğurabilecek seviyeye ulaşmadığı tespiti yapılmıştır¹³⁵. İlgili karar, ihlal tespiti yapılmamasına rağmen; teşebbüsün reklam ve tanıtım faaliyetlerine ayırdığı bütçeyle, yıkıcı fiyat uygulamasının teorik olarak mümkün olduğuna işaret edilmiş olması açısından önem taşımaktadır.

Bir başka kararda¹³⁶, *Coca-Cola* ekonomik bütünlüğünün alıcılar arasında ayrımcılık yapmak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir. İncelemeye neden olan iddia, *Coca Cola*'nın, *Burger King* ve *Mc Donald's* isimli zincir restoranlarla birlikte pazarlama faaliyeti yürüterek rakip restoranlara ayrımcılık uyguladığıdır. Kararda, *Mc Donald's* ve *Burger King* gibi markalarla ortak pazarlama yürütmenin ilgili teşebbüs açısından faydalı olduğu, anlaşma yapılan iki teşebbüsün diğer hızlı servis restoranlarla aynı konumda olmadığı belirtilmiş ve ihlal tespiti yapılmamıştır. İlgili karar, ayrımcılık iddiasına ilişkin diğer şartlar¹³⁷ olduğu takdirde, reklam harcamalarının ayrımcılık tespitine esas olabileceğine işaret etmektedir.

¹³² Gerekeçeli s. 31'de "Bir teşebbüs fiyatını indirerek yıkıcı fiyat uygulamak yerine promosyon ve reklam harcamalarını yüksek düzeylere çıkarmayı tercih edebilmektedir." değerlendirmesi yer almaktadır.

¹³³ 08.03.2018 tarih ve 18-07/111-58 sayılı Kurul kararı.

¹³⁴ Para. 104.

¹³⁵ Para. 106.

¹³⁶ 26.5.2005 tarih ve 05-36/453-106 sayılı Kurul kararı.

¹³⁷ a) Ayrımcı davranış sergileyen teşebbüslerin rakip konumda olması, b) eşit ticari işlemlere farklı fiyat uygulanması, c) uygulamanın alıcı konumundaki rakiplerden birini diğerine karşı rekabette dezavantajlı hale getirmesi.

III. REKABET HUKUKU KAPSAMINDA REKLAMA YÖNELİK MÜDAHALELER

A. Reklamın Biçimine İlişkin

Bir reklama rekabet hukuku kapsamında müdahale edilebilmesi için yatay veya dikey bir ihlale¹³⁸ aracılık etmesi veya hâkim durumun kötüye kullanılmasına yol açması gerekmektedir. Reklamın, doğrudan doğruya, yer verildiği mecraya veya kullanılan yöntem itibarıyla, hâkim durumun kötüye kullanılmasına sebep olması düşük ihtimaldir. Mecraların sayıca fazlalığı ve bunlardan her birinin belirli bir teşebbüsün reklamına tahsisinin belirli bir süre ile sınırlı olması, bunun başlıca nedenleri arasındadır. Tabelalar, el ilanları, seri ilanlar ve görünürlüğü olan herhangi bir fiziki alanın reklam mecrası olarak işlev görebileceği dikkate alındığında, çevrim dışı reklamcılık pazarının rekabetçi nitelikte olduğunu kabul etmek uygun olacaktır¹³⁹. Dijital reklamcılık alanına bakıldığında ise, arama motoru reklamları¹⁴⁰, sosyal medya reklamları ve programatik reklamcılık dâhil olmak üzere, dijital sektörlerin doğası gereği¹⁴¹, çok sayıda farklı seçenek bulunmaktadır. Fiziki sınırlara tabi olmadıkları için, bu mecralarda kapasite sorunu ile karşılaşılması ihtimali de çok daha düşüktür. Bu nedenle, dijital mecraların da rekabetçi bir yapıda oldukları kabul edilebilir. Bununla birlikte, anılan mecranın indekslenmesi ve bunlara yönelik reklam politikalarının üretilmesi açısından, belirli şirketlerin pazarda hâkim durumda olması mümkündür. Bu açıdan, çoğunlukla pazarı tek bir teşebbüs kontrol etmektedir¹⁴². Pazarın tek teşebbüs

¹³⁸ RKHK'nın 4. maddesi kapsamında yatay ihlal aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin bir araya gelerek arz, talep veya fiyat belirlemesi, dikey ihlal ise sağlayıcının bayilerine yeniden satış fiyatının belirlenmesi veya pasif satışların kısıtlanması gibi fiyata etki edebilecek hususlarda baskı yapması olarak anlaşılmalıdır.

¹³⁹ Kurul reklamcılığa ilişkin kararlarında, reklamcılık pazarını çevrimiçi ve çevrimdışı olarak ayırarak incelemektedir. Örnek olarak bkz. 05.08.2021 tarih ve 21-37/540-263 sayılı Kurul kararı.

¹⁴⁰ 12.11.2020 tarih ve 20-49/675-295 sayılı Kurul kararında, *Google* ekonomik bütünlüğünün genel arama hizmetleri ve içerik sunma hizmetleri pazarlarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir.

¹⁴¹ Sun Mingchun and Edison Tse, "When does the Winner Take All in Two-Sided Markets?," *Review of Network Economics* 6, no. 1 (Mart 2007): 17. Ayrıca bkz. <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/> (Erişim Tarihi: 05.02.2023).

¹⁴² Dijital pazarlardaki birçok teşebbüsün, reklam ve pazarlamaya yüksek bütçeler ayırdığı görülmektedir. Pazarın genellikle, 'kazanının herşeyi alması' ilkesine dayalı olarak işlemesi, bu harcama tercihinin başlıca sebepleri arasındadır. Benzeri biçimde

tarafından kontrol edilmesi de rekabet hukuku kapsamında hâkim durum tespitine neden olmaktadır. Dolayısıyla, çevrim içi mecralarda yayımlanan reklamların, teşebbüs nezdinde ihlal oluşturan etkilerinin yanı sıra; kendi içerikleri itibariyle de diğer teşebbüslerin rekabet ihlali iddiasına konu edilmeleri olasıdır.

1. Shopping Kararı

Google Türkiye’de ve uluslararası ölçekte en fazla kullanılan arama motoru konumunda olup hâkim durumdadır¹⁴³. *Android* ile aynı ekonomik bütünlüğe dahil olması ve IOS sistemini kullanan telefonlarda, teşebbüsler arası anlaşma yoluyla varsayılan tarayıcı olarak belirlenmesi pazardaki etkisini daha kuvvetli hale getirmektedir¹⁴⁴. İlgili kararda, kullanıcıların herhangi bir konuda arama yaptığı alan, genel arama hizmetleri olarak belirlenmiş ve *Google*’ın bu pazarda hâkim durumda olduğu tespiti yapılmıştır. İkinci pazar tanımı ise çevrimiçi alışveriş karşılaştırma hizmetleri olarak tespit edilmiş olup, bu pazarda *Google* tarafından sunulan *Shopping* (alışveriş) reklamlarının, alışveriş karşılaştırma hizmetleri sunan benzeri teşebbüslerle (*Cimri*, *Akakçe* ve *Epey* vb.) teşebbüslerle rakip olduğu kabul edilmiştir. Çevrimiçi pazaryerleri ise, ürün satışına yönelik hizmet vermesi ve kendi üzerinde satışı yapmayan satıcıların fiyatlarını karşılaştırmaması nedeniyle rakip kabul edilmemiştir.

Google’ın, *Shopping Unit* alanına rakip teşebbüslerin reklam vermesini engellediği, bu alanı genel arama sonuç sayfasında avantajlı konumlandırarak, rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve alışveriş karşılaştırma hizmetleri pazarındaki rekabetin bozulmasına yol açtığına hükmedilmiştir.¹⁴⁵ Kararda, soruşturma konusu reklam mecrasının, rakiplerin faaliyetleri için zorunlu nitelikte olduğu tespit edilmiş ve reklam uygulama esaslarının

Facebook hakkında 6.02.2023 tarih ve B6-22/16 sayılı Alman Rekabet Otoritesi kararı ile kişisel sosyal ağ pazarında hâkim durum tespiti yapılmıştır. AB Komisyonu ayrıca *Apple*’a mobil ödeme hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğunu belirten bir görüş göndermiş ve bu durumu 02.05.2022 tarihli basın açıklaması ile duyurmuştur (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2764, (Erişim Tarihi:02.03.2023).

¹⁴³ Korbiniyan Von Blanckenburg: Google Search Abuses Dominant Position To Illegally Favour Google Shopping: An Economic Review Of The EU Decision, *Digital Policy, Regulation And Governance* 20, no. 3, (Mart 2018): 213 vd.

¹⁴⁴ 13.02.2020 tarih 20-10/119-69 sayılı Kurul kararı, para. 136.

¹⁴⁵ Gereçeli karar para. 178.

değiştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bu kapsamda, reklamın niteliğine veya içeriğine değil, reklam alanına erişim olanağına müdahale edilmiştir. Soruşturma kapsamında reklama, iktisadi anlamda tüketici alternatiflerinin daralması açısından bakılmıştır.¹⁴⁶ İlgili kararda belirlenen yükümlülükler incelendiğinde reklamın biçimine, etiketlemesine ve gösterildiği konuma müdahale edildiği görülmektedir¹⁴⁷.

Shopping reklamları rekabet hukuku anlamında Türkiye’den evvel Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde de soruşturulmuştur. Avrupa Birliği nezdinde rekabet hukuku soruşturmaları için yetkili otorite olan Avrupa Komisyonu, bu reklamları rekabete aykırı bulmuştur¹⁴⁸. ABD rekabet otoritesi olan *FTC* ise, *Google*’ın arama motoru sonuç sayfasında kendi içeriklerini belirgin biçimde öne çıkardığı ve organik sıralamalarda rakiplerinin içeriğini aşağı sıralara ittiği iddialarına ilişkin soruşturma başlatmıştır.¹⁴⁹ İlgili kararda diğer arama motorlarının da benzer reklam biçimleri geliştirdiği ve bunun da rekabet karşıtı bir eylem olmasından çok kullanıcı ihtiyacına uygun bir gelişimi gösterdiği tespitinde bulunulmuştur. *Google*’ın genel arama algoritmalarının tarafı biçimde değiştirerek, kendi alışveriş karşılaştırma hizmeti ile rakip olan teşebbüslerini organik sıralamada daha aşağı konuma getirdiğine ilişkin kanıtı ulaşılamadığı belirtilerek, soruşturma yaptırım uygulanmaksızın kapatılmıştır¹⁵⁰. Karardan kısa süre sonra *Shopping Unit* reklamları Türkiye’de sonlandırılmıştır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Gerekeçeli karar para. 412 :“Öncelikle yukarıda da belirtildiği üzere soruşturma kapsamında *GOOGLE*’ın aşağıda özetlenen davranışları ile rakip *AKS*’leri rekabette dezavantajlı konuma düşürdüğü, rekabet karşıtı piyasa kapamaya ve tüketici refahının azalmasına yol açtığı tespit edilmiştir.”.

¹⁴⁷ İhlalin sonlandırılması için *Google*’a şu yükümlülükler getirilmiştir “*Rakip teşebbüslerin hizmetlerini, kendi hizmetlerinden dezavantajlı olmayacak biçimde konumlandırması, Shopping Unit başlığına tıklanma özelliğinin kaldırması, Shopping Unit’in başlığında ve etiketlenmesinde reklam olduğuna ilişkin belirsizliği giderilmesi, Google üzerinden yapılan genel aramalarda ürün adı ile birlikte rakiplerinin marka veya site adına yer verilmesi durumunda Shopping Unit’in öncelikli olarak konumlandırılmaması*”, (Gerekeçeli karar para. 435).

¹⁴⁸ Kurul *Shopping* kararının 142. ve 262. paragrafları başta olmak üzere, birden fazla kez 27.06.2017 tarih ve 39740 sayılı AB Komisyon kararına atıfta bulunmaktadır.

¹⁴⁹ *FTC*’nin 03.01.2013 tarih ve 111-0163 sayılı kararı.

¹⁵⁰ *FTC*’nin 3 Ocak 2013’te ve 111-0163 sayılı kararı.

¹⁵¹ Bu konuda bkz. <https://turkiye.googleblog.com/2020/07/google-alisveris-reklamlari-ile-ilgili29.html?m=1> (Erişim Tarihi: 02.03.2023).

2. Adwords Kararı

Türk rekabet hukukunda reklamlara ilişkin bir diğer önemli gelişme ise, *Adwords* kararıdır.¹⁵² *Google*'ın genel arama sonuç sayfasında yer verdiği kelime bazlı reklamlara *Adwords* ismi verilmektedir. Bu reklamlar yirmi yıla yakın zamandır kullanımda olup süre içinde sürekli olarak biçim değiştirmiştir¹⁵³. Kurul tarafından yürütülen inceleme sonucunda, yalnızca *Adwords* reklamlar ve organik (reklam dışı) sonuçlar arasında ikame ilişkisi olduğu ve belirtilen reklamların organik sonuçları dışladığı tespit edilmiştir. Gerekçeli kararda, sonuçlarda yer verilen reklam etiketinin belirsiz olduğu ve reklamların giderek organik sonuçlara benzediği tespitlerine yer verilmiştir¹⁵⁴.

Soruşturma sonucunda, anılan teşebbüsün genel arama hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğuna ve organik sonuçların içerik hizmetleri pazarındaki faaliyetlerini zorlaştırmak suretiyle, RKHK'nın 6. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.¹⁵⁵ Kararda¹⁵⁶, ihlalin sonlandırılması için metin reklamlarının, organik sonuçları dışlamayacak nitelik, ölçek ve/veya konumda sunulması gerektiği belirtilmiş; ancak, somut olarak hangi değişikliklerin yapılacağı *Google* takdirine bırakılmıştır. *Google* ise reklam sayılarının azaltılması, tüketicinin reklamı organik sonuçlardan ayırt edebilmesini sağlayan etiketleme biçimine geçilmesi taahhütleriyle, Türkiye özelinde genel

¹⁵² 12.11.2020 tarih ve 20-49/675-295 sayılı Kurulu kararı.

¹⁵³ Adwords reklamları 23 Ekim 2000 tarihinde kullanılmaya başlanmış, 24 Temmuz 2018 tarihinde Ads olarak ismi değiştirilmiştir. <https://searchengineland.com/search-ad-labeling-history-google-bing-254332>. (Erişim Tarihi: 06.02.2023).

¹⁵⁴ Kararda kullanıcıların organik sonuç ve reklamı birbirinden ayırt edemediği ifade edilmiş olup reklamın genel arama sonuç sayfasının en üstünde konumlanması ve gösterim şeklinin organik sonuçlarla benzeşmesi, reklam etiketinin belirsiz olması incelenmiştir. Karara göre organik sonuçlar ve reklamlar tüketici gözünde ikamedir; gösterim ve etiketlemedeki belirsizlik, reklamlara yapılan tıklamaları artırmaktadır (paragraf 441-445). Bu eylemleri içerik hizmeti sunan teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığına hükmedilmiştir (paragraf 582).

¹⁵⁵ Bir önceki yılki net satışlar üzerinden hesaplama yapılarak, 196.708.054,78 TL idari para cezasına hükmedilmiştir.

¹⁵⁶ İhlali sonlandırmak için getirilen tedbirler kararda şu şekilde sıralanmıştır: “ a. Gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 6 (altı) aylık süre içerisinde yerine getirilmek ve Kuruma tevsih edilmek üzere; *Google*'ın metin reklamlarını organik sonuçları dışlamayacak nitelik, ölçek ve/veya konumda sunması, b. *Google*'ın kendisine tanınan sürenin en geç bir ay öncesinde hazırladığı uyum tedbirlerini Kuruma sunması, c. *Google*'ın ilk uyum tedbirinin uygulanmaya başlamasından itibaren 5 (beş) yıllık süre boyunca ve yılda bir periyodik olarak Kuruma rapor sunması”.

arama sonuç sayfasında yayınladığı reklam sayısını azaltmış ve reklam etiketlemesini daha belirgin hale getirmeyi kabul etmiştir¹⁵⁷.

3. Yerel Arama Kararı

Shopping ve *Adwords* kararlarında olduğu gibi *Google*'in genel arama hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğu ve alt pazarda bu hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası üzerine soruşturma başlatılmıştır. Üst pazar, genel arama hizmetleri; alt pazar ise, yerel arama hizmetleri olarak tespit edilmiş ve teşebbüsün genel arama pazarındaki hâkim durumunu yerel arama pazarında kötüye kullandığı sonucuna ulaşılmıştır. İlgili kararda¹⁵⁸, *Google*'in yerel arama hizmetinin yanı sıra konaklama fiyat karşılaştırma hizmeti de incelenmiştir. Yerel arama hizmeti, belirli bir bölgedeki yerel işletmeleri bulmaya odaklı aramalardır. *Google* tarafından ücretli olarak sunulan bu alanda, işletmeler hakkında genel bilgiler, çalışma saatleri ve kullanıcı yorumları gibi tüketici tercihlerini etkileyebilecek detaylar yer almaktadır.

Yerel arama hizmetleri pazarında *Google Local Unit* haricinde *Zomato* ve *Yelp* gibi teşebbüsler faaliyet göstermektedir. Otel arama hizmetleri pazarında *Google*'in önemli rakipleri ise *Trivago*, *Hotels*, *Enuygun* olarak tespit edilmiştir. Karara göre *Google*, rakiplerine *Local Unit* içerisinde yer alma olanağı tanımadığı gibi, ilgili sorgularda *Local Unit*'i en üstte konumlandırarak rakip teşebbüslerin görünürlüğünü azaltmaktadır. Soruşturma sonucunda *Google*'a idari para cezası yaptırımının uygulanmasının yanı sıra, rakip yerel arama hizmetleri ve konaklama fiyat karşılaştırma hizmetleri için, genel arama sonuç sayfasında dezavantajlı olmayacak koşulları sağlaması gerektiğine karar verilmiştir¹⁵⁹. Karara göre *Google*'in, kendi reklamlarını öncelikli konumlandırmaktan vazgeçmesi veya bu alanlarda rakip teşebbüslere yer vermesi beklenmektedir.

¹⁵⁷ İlgili karardan önce kullanılan “reklam” etiketinin karar sonrasında “ücretli sponsorlu reklam” olarak değiştirilmesi, tek sorguda gösterilebilecek en fazla reklam sayısı dörtten üçe indirilmesi ve toplam reklam gösterilen sorgu sayısının azaltılması taahhüt edilmiştir.

¹⁵⁸ 08.04.2021 tarih ve 21-20/248-105 sayılı Kurul Kararı.

¹⁵⁹ *Google* ekonomik bütünlüğüne 296.084.899,49 TL idari para cezası uygulanmıştır.

4. AdSense Kararı

İnternet siteleri içeriklerinden para kazanabilmek için genellikle reklam yayınlamayı tercih etmektedir. Ancak, her bir internet sitesinin reklam alanlarını kendi imkanlarıyla satabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle *AdSense* gibi teşebbüsler, internet sitelerine reklam aracılığı hizmeti sunarak, reklam verenleri ve reklam yayınlamak isteyen internet sitelerini buluşturmaktadır.¹⁶⁰

AdSense birden fazla reklam türünü kullanarak tüketicilerin dikkatini reklam verenlerin ürünlerine çekmeyi hedeflemektedir.¹⁶¹ Görsellerden oluşan “*banner*” reklamları da bu kapsamdadır. Soruşturma konusu, arama reklamları olarak isimlendirilen reklam biçimine ilişkindir. Aynı zamanda sözleşmede yer alan belirli koşullar ihlal olarak değerlendirilmiştir.¹⁶² İlgili koşullar şunlardan oluşmaktadır: Arama ağı reklam gereksinimlerinin tamamını veya çoğunu Google'dan temin etmek, *Google*'dan gelen minimum sayıda arama reklamı için arama sonuçları sayfalarındaki en belirgin alanı ayırmak, rakip arama ağı reklamlarının görüntüsünde değişiklik yapmadan önce *Google*'ın onayını almak olarak sıralanmaktadır.

İnternet sitelerinde görünür ve reklam konulabilir alan sayısı sınırsız değildir. Sözleşme hükümlerinde *AdSense*, sitedeki görsel açıdan en iyi yerlerin kendisine tahsis edilmesini istemektedir. Ayrıca sözleşmeyle, rakip arama reklamlarının görsel özelliklerine müdahale etme yetkisini de elde etmektedir¹⁶³. Bu durum, rakip arama reklamlarının hedef kitleye erişim ihtimalini olumsuz etkileyecektir¹⁶⁴. Kararda, idari para cezasının yanı sıra sözleşme şartlarının, rakip reklam ağlarını dışlamayacak biçimde değiştirilmesi ve münhasırlığa yol açan şartların kaldırılmasına hükmedilmiştir.

¹⁶⁰ *AdSense*, *Youtube* üzerinden gelir elde etmek isteyen yayıncılara da hizmet sunmaktadır. Ancak *Youtube AdSense* hizmeti ilgili karar kapsamında ele alınmamıştır.

¹⁶¹ <https://support.google.com/adsense/answer/6242051?hl=tr> (Erişim Tarihi:06.02.2023).

¹⁶² European Commission Case AT.40411.

¹⁶³ Bu konuda anılan karar, 7.

¹⁶⁴ Bu konuda anılan karar, 139.

B. Reklamın İktisadi Amaçlarına İlişkin

1. Modanisa Sefa Merve Kararı

Dijital ortamda marka hakkının korunması fiziksel reklam mecralarına göre farklı zorluklar taşımaktadır. Teşebbüsler, arama motorlarına veya sosyal medya platformlarına saniyeler içerisinde reklam vererek rakiplerinin markalarına giden kullanıcı trafiğini çekebilmekte ve yıllarca süren çaba sonucu elde edilen marka bilinirliğinden faydalanabilmektedir. *Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret AŞ* (Modanisa) ile *EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim San. ve Tic. Ltd. Şti.* (Sefamerve) arasındaki birbirlerinin markalarına tüm arama motorlarında ve sosyal medya mecralarında reklam vermemeye ilişkin sözleşmeye kısmen muafiyet tanınmıştır¹⁶⁵. İlgili sözleşmeye göre taraflar, birbirlerinin marka isimlerinde yer alan “nisa” ve “sefa” kelimelerini negatif anahtar kelime olarak belirlemek istemekte ve birbirlerinin markalarını hedeflememeyi taahhüt etmektedir. Rekabet Kurulu ise “nisa” ve “sefa” kelimelerinin marka olarak tescil edilmediği ve sözleşmede amaçlanan faydayı elde edebilmek için zorunlu olandan fazla rekabet kısıtı getirdiği gerekçeleriyle; muafiyetin ancak, sözleşmenin ilgili maddesinin doğrudan markaya reklam verilmemesi şeklinde değiştirilmesi koşuluyla tanınacağına hükmetmiştir¹⁶⁶.

Yeni Zelanda Rekabet Otoritesi (*Commerce Commission*) ise, rakipleriyle anlaşarak çevrimiçi reklam kampanyalarında birbirlerinin markalarını negatif anahtar kelime olarak belirleyen *Moola*'nın rekabet ihlali oluşturduğunu tespit etmiştir¹⁶⁷. *Moola*, 2015 yılından itibaren, tüketici finansmanı sektöründe faaliyet gösteren rakipleriyle “*Moola*” anahtar kelimesinin geçtiği sorgulara reklam verilmemesi yönünde anlaşmalar yapmıştır. 2021 yılında rekabet incelemesi başlamış olup ilgili eylemlerin tüketicilerin alternatif ürünlere ulaşmasını zorlaştırdığı tespit edilmiştir.

¹⁶⁵ 25.11.2021 tarih ve 21-57/789-389 sayılı Kurul kararı.

¹⁶⁶ Kurul, birbirlerinin markalarına reklam vermeme konusunda anlaştıkları şüphesiyle, Araba Sepeti Otomotiv Bilişim Danışmanlık Hizmetleri Sanayi ve Ticaret AŞ, Arabam Com İnternet ve Bilgi Hizmetleri AŞ, Vava Cars Turkey Otomotiv AŞ. ve Letgo Mobil İnternet Servisleri ve Ticaret AŞ hakkında, 21.07.2022 tarih ve 22-33/528-M sayılı kararı ile soruşturma açmıştır. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/arabam-com-internet-ve-bilgi-hizmetleri--bb562332e316ed11a2280050568595ba> (Erişim Tarihi:02.03.2023).

¹⁶⁷ *Commerce Commission v Moola.co.nz Ltd* [2021] NZHC 3423, <https://comcom.govt.nz/>, (Erişim Tarihi:11.08.2023).

FTC'nin *1-800 Contact* kararında da rakip konumdaki teşebbüslerin birbirlerinin marka adlarını içeren anahtar kelimelere reklam vermemeye yönelik anlaşmalarının, tüketicinin daha uygun fiyatlı alternatif ürünlerden haberdar olamamasına neden olduğu tespiti yer almaktadır¹⁶⁸. İlgili anlaşmaların marka hakkını korumanın çok ötesine geçtiği ve marka adını hedefleyen çevrimiçi arama reklamlarının, tüketici nezdinde karışıklığa yol açacak düzeye gelmediği sürece, marka hakkının korunması kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmedilmiştir. Anılan *FTC* kararının yargı sürecinde de ise bu tür sözleşmelerin marka koruma hedefinin ötesine geçtiği belirtilmiştir. Ancak yine de marka koruma hakkı ve markalaşmanın rekabeti arttırdığı gerekçe gösterilerek *FTC*'nin ihlal kararı bozulmuştur¹⁶⁹.

2. Guess Kararı

Guess Avrupa, *Google Adwords* reklamlarında yetkili distribütörlerinin *Guess* marka adını anahtar kelime olarak kullanmalarını yasaklamıştır. Distribütörlük sözleşmelerinde doğrudan bunu yasaklayan bir hükme rastlanmamakla birlikte, belirtilen kurala uyumun fiilen takip edildiği anlaşılmıştır. *Modanisa/Sefamerve* kararına benzemekle birlikte, *Guess* kararında teşebbüs yatay değil dikey anlamda bir reklam kısıtlaması getirmiş ve Avrupa Komisyonu bu kısıtlamanın rekabet ihlali oluşturduğunu tespit etmiştir¹⁷⁰.

Kararda, arama motoruna reklam verilmesinin tüketici nezdinde yanıltıcılık taşımadığı ve marka hakkının ihlal edilmesine ilişkin içtihadın, anılan sınırlama için dayanak teşkil etmeyeceği belirtilmektedir. Kısıtlamanın amacının *Guess Avrupa*'nın kendi çevrimiçi satışlarını artırmak ve distribütörlerinin çevrim içi görünürlüğünü azaltmak olduğu ve bu kısıtlamaların marka içi rekabeti azalttığı kararda yer alan diğer tespitlerdir¹⁷¹.

¹⁶⁸ *FTC*'nin 08.11.2019 tarih ve 9372 sayılı Kararı.

¹⁶⁹ *1-800-Contacts, Inc. v. Federal Trade Commission*, No. 18-3848 (2d Cir. 2021).

¹⁷⁰ *Guess vs. EU Commission/Case AT.40428*.

¹⁷¹ Michel Giannino, "EU Commission Prohibits Brand Owners from Preventing Use of their Trademarks for Online Advertising Services by Members of Selective Distribution Networks," *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 14, no. 7, (Kasım 2019): 512.

3. Booking Kararı

Booking.com (Booking), oteller ve seyahat etmek isteyen kişileri buluşturan çift taraflı bir platformdur.¹⁷² Temel işlevi, seyahat etmek isteyen kullanıcıların otel rezerve edebilmesi olmakla birlikte; aynı zamanda oteller için de bir reklam mecrası niteliğindedir. Kullanıcı *Booking* üzerinden bulduğu ve incelendiği bir oteli, doğrudan otelin internet sitesinden, başka bir platformdan veya telefonla oteli aramak suretiyle de rezerve edebilir. Daha uygun fiyatlar, müşteri alışkanlıkları veya sağlanan ek faydalar, tüketicinin bu eğilimine neden olabilir. Bu gibi bedavacılık sorunlarını¹⁷³ aşabilmek için *Booking* gibi platformlar “*En çok kayırılan müşteri koşulu*” (EKM) uygulamalarından yararlanmaktadır¹⁷⁴. En iyi fiyat, en fazla taksit veya en fazla indirim oranı gibi en avantajlı satış koşullarını kendisinde toplamakta ve kendi reklamlarında da bu avantajını duyurmaktadır. *Booking* aynı zamanda, konaklama hizmeti sunan teşebbüslerle yaptığı sözleşmelere, rakip reklam platformlarına daha avantajlı şartlar sunmamaları yönünde hükümler koymuştur¹⁷⁵.

Kurul, en avantajlı fiyat modeli üzerinden yapılan sözleşmeler ve bunun sonucunda en iyi fiyat garantisi uygulamasını RKHK'nın 4. maddesi kapsamında değerlendirmiştir¹⁷⁶. En iyi fiyat garantisini elde eden platform

¹⁷² www.booking.com, (Erişim Tarihi:07.02.2023).

¹⁷³ Rekabet hukuku terminolojisinde bedavacılık sorunu (*free-riding*), mal veya hizmet arzının gerektirdiği maddi külfete katlanmaksızın bir teşebbüsün diğer bir teşebbüsün tanıtım faaliyetlerinden fayda elde etmesi şeklinde ifade edilmektedir. Somut bir örnekle açıklamak gerekirse kişinin çevrimiçi bir platformdan restoranın menüsüne bakıp telefonla sipariş vermesi platform açısından bedavacılık sorunudur, (Kerem Cem Sanlı ve Cihan Dogan, “Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları” *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1, (Nisan 2022): 120 vd).

¹⁷⁴ Jonathan Baker and Fiona Scott Morton, “Antitrust Enforcement against Platform MFNs,” *The Yale Law Journal* 127, no. 27, (Mayıs 2018): 2181.

¹⁷⁵ “İlgili hükümden, konaklama tesislerinin, alacakları tüm doğrudan rezervasyonlardaki fiyatlar (kendi internet sitesi, telefon, çağrı merkezi, e-posta, resepsiyon) veya aracılık hizmeti sunan tüm teşebbüslere verdikleri perakende fiyatlar (çevrimiçi ya da geleneksel kanalda faaliyet gösteren tüm teşebbüsler - çevrimiçi konaklama rezervasyonu platformları veya seyahat acenteleri) ile karşılaştırıldığında BOOKINGCOM'a her zaman “aynı otel, aynı oda tipi, aynı tarihler, aynı yatak tipi, aynı sayıda konuk için aynı ya da daha iyi fiyatlar, kahvaltı, rezervasyon değişiklikleri ve iptal koşulu vb ile ilgili olarak aynı veya daha iyi tahdit ve koşullar” sunmaları gerektiği anlaşılmaktadır.”, (Gerekçeli karar, 280).

¹⁷⁶ 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Kurul kararı.

bunu müşterilere duyurduğu takdirde, kullanıcı alternatif platformlarda elde edeceği daha avantajlı bir teklif kalmadığını düşünerek rakip platformları incelemeyecektir¹⁷⁷. Böylece, alternatif platformların reklam ve tanıtım gücü kalmayacak, pazarda etkin rekabet mümkün olmayacaktır. İlgili kararın müdahale gerekçesinin temelinde, iktisadi anlamda tüketicinin alternatiflerinin azalması ve pazarda etkin rekabetin bozulması ihtimali yer almaktadır. Kararda, yüksek pazar payı ve konaklama hizmeti sunan teşebbüslerin anılan teşebbüste yer almama olasılığını göze alamaması nedenleriyle, pazarda rekabetin kısıtlandığına hükmedilmiştir.

IV. SONUÇ

Rekabet hukuku açısından bakıldığında, reklamın gerek bütçesi gerekse de yöntemi itibarıyla çeşitli ihlallere sebebiyet verebileceği görülmektedir. Bununla birlikte, reklamın rekabet ihlallerinin oluşturulmasında bir araç vasfı taşıyabileceği de açıktır. Belirtilen ihtimalin oluşmasında reklamda yer verilen ifadeler, kullanılan yöntemler veya reklamın bütçesi etkili olabilir. Doğrudan reklamın kendisiyle bağlantılı olmasa da rakiplerin reklamcılık faaliyetlerinin kısıtlanmasına veya rakipler nezdinde reklam için ayrılması gereken bütçenin bir giriş engeli oluşturmasına sebep olabilecek eylemler de bu kapsamda etkilidir. Belirtilen değerlendirmelerin, rekabet hukuku mevzuatı ve bu yöndeki temel kararlar çerçevesinde, reklam veren teşebbüs, ilgili pazar ve müşteri bağıllığı gibi farklı değişkenlerin de incelenmesini gerekli kıldığı ayrıca vurgulanmalıdır.

Çalışmanın öne çıkan amacı, reklamın rekabet hukuku ihlallerinin meydana gelmesindeki olası işlevlerinin incelenmesi ve ilgili Rekabet Kurulu kararlarının tasnifi ve irdelenmesi sayesinde, Türk hukukunda reklama yönelik rekabet hukuku kaynaklı başlıca müdahalelerin tespit edilmesidir. Bu sayede, reklamın rekabet hukuku içindeki yerine ışık tutulması ve olası Kurul müdahalelerinden kaçınmak isteyen teşebbüslerin, reklam planlamalarına dair bir öngörü elde etmelerine imkân sağlanması hedeflenmektedir.

Çalışmanın ulaştığı temel sonuç, özellikle son yıllarda reklamın rekabet hukuku ihlallerinin tespitinde asıl veya destekleyici unsur olarak

¹⁷⁷ “İlgili hükümler nedeniyle rakip platformlar, daha düşük komisyon karşılığında konaklama tesislerinden daha uygun oda fiyat ve koşulları ve daha fazla kontenjan alamamakta, böylece rakiplerin BOOKINGCOM ile rekabet etme imkânları kısıtlanmaktadır.”, (Gerekçeli karar para. 283).

kullanılabildiğidir. Yüksek reklam bütçesinin, müşteri bağlılığının, reklam veren tarafından sunulan ürün veya hizmete ilişkin markanın jenerik isim haline gelmiş olmasının veya pazardaki reklama ilişkin sınırlamaların Rekabet Kurulu kararlarında, giriş engeli oluşturma vasıfları yönünden incelendiği görülmektedir. Hâkim durumun kötüye kullanımının tespitinde, reklam bütçesi ve rakiplerin bütçesine oranı Rekabet Kurulu tarafından doğrudan incelemeye alınmış; müşteri geri dönüşleri, bunlardan elde edilen kârlılık ve reklam bütçesinin zaman içinde azalıp azalmadığı gibi unsurlar da değerlendirmeye dâhil edilmiştir. Bu açıdan, reklam harcamalarının hâkim durum tespiti için tek başına bir gösterge olarak kabul edilemeyeceği; ancak değerlendirmelerde dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararların çoğunluğunda, müdahalenin hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması nedenine dayandığı gözlemlenmektedir. Müdahale gerekçelerinin başında, rekabetçi pazar yapısını koruyarak tüketici refahını artırmak bulunmaktadır. Ayrıca rekabet hukuku müdahalelerinin çoğunlukla RKHK'nın 6. maddesine dayandığı; ancak 4. madde uyarınca yapılan müdahalelerin de bulunduğu tespit edilmiştir.

Rekabet hukuku kapsamında ihlal oluşturduğu tespit edilen reklamcılık uygulamaları nedeniyle, hem teşebbüse idari para cezası uygulanmakta hem de ilgili ihlalin sonlandırılmasına veya reklam uygulamasının ihlal oluşturmayacak şekilde değiştirilmesine yönelik taahhüt alınmasına karar verilmektedir. İncelenen kararlardan, bir reklamcılık uygulamasına, iş modeline veya reklam sözleşmesine kalıcı müdahalelerde bulunulabildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu'nun reklamın görünümü ve listelenmesi gibi şekli esaslarına olduğu kadar; teşebbüslerin tedarikçileri veya rakipleri ile yaptıkları sözleşmelerin veya reklam politikalarının temelinde yatan iktisadi amaçlara da müdahale edebildiği gözlemlenmektedir. Bu açıdan, Rekabet Kurulu'nun kararlarında reklamın temel işlevlerini, tüketiciler ve rakipler nezdinde oluşturduğu veya oluşturabileceği sonuçları ve reklamın ilgili pazara yönelik etkisini değerlendirmede detaycı ve vaka esaslı bir yaklaşımı benimsediği sonucuna ulaşılabilir. İlgili kararlar, Reklam Kurulu'nun reklama ilişkin ihlal iddiaları yönünden, aşırı müdahalecilikten uzak ve dengeli bir eğilim içerisinde olduğuna işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

Agrawal, Deepak. "Effect Of Brand Loyalty On Advertising And Trade Promotions: A Game Theoretic Analysis With Empirical Evidence." *Marketing Science* 15, no. 1, 1996:86-108.

Ahlborn, Christian, David Evans and Jorge Padilla. "The Antitrust Economics Of Tying: A Farewell to per Se Illegality, Antitrust Bulletin." *The Antitrust Bulletin* 49, no 1-2, (Mart 2004): 287-341.

Aşçıoğlu Öz, Gamze. " Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Pazarda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması ve Birleşme ve Devralmaların Kontrolü." Rekabet Kurumu'nun 2. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara, Turkey, 1999.

Bain, Joe Staten. *Barriers To New Competition: Their Character And Consequences In Manufacturing Industries*. Cambridge: Harvard University Press,1956.

Bakator, Mihalj, Sladjana Boric and Mina Paunovic. "Influence Of Advertising On Consumer-Based Brand Loyalty." *Journal Of Engineering Management And Competitiveness* 7, no. 2, (Ocak, 2017): 75-83.

Baker, Jonathan and Fiona Scott Morton. "Antitrust Enforcement Against Platform MFNs." *The Yale Law Journal* 127, no. 27, (Mayıs 2018): 2176-2202.

Blanckenburg, Korbinian Von. Google Search Abuses Dominant Position To Illegally favour Google Shopping: An Economic Review Of The EU Decision, Digital Policy, *Regulation And Governance* 20, no. 3, (Mart 2018): 211-224.

Bloemer, Josée and Ko De Ruyter. "On The Relationship Between Store İmage." Store Satisfaction And Store Loyalty, *European Journal of Marketing* 32, no. 5/6, (Haziran 1998): 499-513.

Cabral, Luis and Thomas Ross. "Are Sunk Costs a Barrier to Entry?." *Journal of Economics & Management Strategy*, (Spring 2008): 97-112.

Caves, Richard Earl and Michael Everett Porter. "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition." *The Quarterly Journal of Economics* 91, no. 2, (Mayıs, 1977): 241-261.

Damien, Geradin, Petit Nicolas, Walker Mike, Hofer Paul and Louis Frédéric. "The Concept of Dominance in EC Competition Law." *Research Paper on the Modernization of Article 82 EC* (Mayıs 2005): 1-31.

Desai, Deven and Spancer Waller. "Brands, Competition, and The Law." *Brigham Young University Law Review* 2010, (Şubat, 2011): 1425-1500.

Doraszelski Ulrich and Sarit Markovich. "Advertising Dynamics And Competitive Advantage." *RAND Journal of Economics* 38, no. 3, (Kasım 2007): 557-592.

Dukes J. Anthony. "Advertising And Competition." (California, Competition Law and Policy by American Bar Association, 2009): Bölüm 20, 1-24.

Eckard Edwin Woodrow. "Competition And The Cigarette Tv Advertising Ban." *Economic Inquiry* 29, no. 1, (Şubat 1991): 119-133.

Ekelund B. Robert and Saurman S. Davis. *Reklam ve Piyasa Süreci*, Ankara: Liberte Yayınları, 1999.

Grossman, Gene and Carl Shapiro. "Advertising as a Barrier To Entry." *FTC Working Paper No. 74*, (Temmuz 1982): 1-25.

Giannino, Michel. "EU Commission Prohibits Brand Owners From Preventing Use Of Their Trademarks For Online Advertising Services By Members Of Selective Distribution Networks." *Journal Of Intellectual Property Law & Practice* 14, no. 7, (Kasım 2019), 512-514.

Hagiu, Andrei. "Merchant Or Two-Sided Platform?." *Review of Network Economics* 6, no. 2 (Haziran 2007): 115-133.

Heil, Oliver and Kristiaan Helsen. "Toward An Understanding Of Price Wars: Their Nature And How They Erupt." *International Journal of Research in Marketing* 18, (Haziran 2001): 85.

Hong-Youl Ha, Joby John, Swinder Janda and Siva Muthaly. "The Effects Of Advertising Spending On Brand Loyalty In Services." *European Journal of Marketing* 45, no. 4 (nisan 2011): 673-691.

Jones, Alison, Brenda Sufrin and Niamh Dunne. *EC Competition Law Text Cases, and Materials*. Londra: Oxford University Press, 2019.

Karakaya, Fahri and Michael Stahl. "Barriers To Entry In Industrial Markets." *Journal Of Marketing* 53, no. 2 (Nisan 1989): 80-91.

Kirkwood B. John and Robert Lande. "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency." *Notre Dame Law Review* 84, no. 1, (2008): 191-244.

Kessides, Ioannis. "Advertising, Sunk Costs, and Barriers to Entry." *The Review of Economics And Statistics* 68, no. 1, (Şubat, 1986): 84-95.

Lazaroff, Daniel. "Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation." *UC Davis Business Law Journal* 7, no. 1, (Sonbahar 2006): 1-54.

Lutz, Clemens, Ron Kemp and Gerhard Dijkstra. "Perceptions regarding Strategic and Structural Entry Barriers." *Small Bus Economics* 35, no.1, (Temmuz, 2010), 19-33.

Mingchun, Sun and Edison Tse. "When Does the Winner Take All in Two-Sided Markets?." *Review of Network Economics* 6, no. 1 (Mart 2007): 16-41.

Olivier, Richard. "Whence Consumer Loyalty?." *Journal of Marketing* 63, no. 4, (Kasım, 1999): 33-44.

Olsen, Svein Ottar. "Comparative Evaluation and the Relationship Between Quality." Satisfaction, and Repurchase Loyalty, *Journal of the Academy of Marketing Science* 30, no. 3, (Temmuz 2002) :240-249.

Salop, Steven. "Strategic Entry Deterrence." *The American Economic Review* 69, no. 2, (May, 1979): 335-338.

Salop, Steven and David Scheffman. "Raising Rivals, Costs." *American Economic Review* 73, (1983): 267-271.

Sanlı, Kerem Cem ve Cihan Dogan, "Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 80, no. 1, (Nisan 2022): 117-152.

Schmalensee, Richard. "The Economics of Advertising." *The Economic Journal* 83, no. 2, (Mart, 1973): 295-297.

Schmalensee, Richard. "Sunk Costs and Antitrust Barriers To Entry." *American Economic Review* 94, no. 2, (Mayıs 2004): 471- 475.

Sridhar, Moorthy and Hao Zhao. "Advertising Spending And Perceived Quality." *Marketing Letters* 11, no. 3, (Ağustos, 2000): 221-233.

Stigler, J. George. "The Economies of Scale." *The Journal of Law and Economics* 1, (Kasım,1958): 54-71.

Yanık, Mehmet. "Rekabet Hukukunun Hâkim Durum ve Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri." Ankara: Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, 2001.

Weizsacker, Carl Christian Von. "A Welfare Analysis of Barriers to Entry." *The Bell Journal of Economics* 11, no. 2 (Sonbahar, 1980): 399-420.

Vickers, John. "Abuse of Market Power." *The Economic Journal* 115, no. 504, (Haziran 2005): 244-261.

Zeitham, A. Valarie , Berry L. Leonard , and A. Parasuraman. "The Behavioral Consequences Of Service Quality." *Journal of Marketing* 60, (Nisan,1996): 31-46.