

ABD VE AB'DE ÇEVİRİM İÇİ REKLAM



Belma Nilüfer Kırmılı
Rekabet Kurumu Uzman Yardımcısı 5.DUD

GUESS'in yetkili dağıtıcılara karşı uygulamalarını AB'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlama amacına sahip olduğu tespit edildi.

Günümüzde dijitalleşmenin yaygınlaşmasıyla teşebbüsler arasındaki rekabet fiziki kanallar ile sınırlı kalmamış çevrim içi kanallarda da kendini göstermeye başlamıştır. Özellikle pandemi süreci tüketicinin internet siteleri, platformlar, mobil uygulamalar vs. üzerinden satın alma alışkanlığı geliştirmesine sebep olarak teşebbüslerin çevrim içi kanallarda faaliyetlerini artırmasına yol açmış, buna bağlı olarak da çevrim içi reklamcılığın gelişmesine sebep olmuştur.

Reklam harcamaları, bir teşebbüsün çevrim içi kanalda faaliyet gösterip göstermediğine bakılmaksızın söz konusu teşebbüsün pazarda yer almaya devam edebilmesi için önemli bir unsurdur. Genel anlamıyla reklam faaliyetlerini çevrim içi ve çevrim dışı reklamcılık olarak ayrıştırılabilmek mümkündür.

Ancak çevrim içi satış kanallarının bu denli yaygınlaşmasıyla teşebbüsler tüketicinin daha fazla dikkatini çekebileceği çevrim içi kanallara yönelmiş ve reklam harcamalarının büyük bir bölümünü bu kanala

ayırmıştır. Çevrim içi reklamcılık kendi içinde "Arama Bazlı Reklamcılık" ve "Arama Bazlı Olmayan Reklamcılık" olarak ikiye ayrılmaktadır. Arama bazlı reklamcılık, tüketicilerin arama motorlarında (Google, Yandex, Bing vs.) belirli kelimeleri kullanarak yaptıkları sorgularla ilgili reklamların arama sonuç sayfasında gösterilmesi iken, arama bazlı olmayan reklamcılık tüketicilerin karşısına, internet sitesinde gezinirken, çevrim içi video izlerken veya çevrim içi oyun oynarken çıkan ya da ilgili kullanıcılara e-posta yoluyla gönderilen reklamlardır.

Çevrim içi alışveriş etmek isteyen bir tüketici, herhangi bir arama motorunu kullandığında karşısına "sponsorlu" ve "organik" olmak üzere iki sonuç çıkmaktadır. Organik sonuçlar arama motoru tarafından kullanılan kriterler ve ilgi düzeyine göre bir sıralamaya tabi tutulan sonuçlar iken sponsorlu sonuçlar arama motorları tarafından belirli bir ihale mekanizması sonucu oluşan bedel karşılığında teşebbüslerin gösterim sıralamasına girdiği sonuçlardır. Bu bağlamda teşebbüsler sponsorlu bağlantıya yapılan

her bir tıklama başına ödeme (pay-per-click-PPM) yaparak diledikleri anahtar kelimeyi veya kelimeleri seçebilmektedir. Ancak aynı pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin aynı anahtar kelimeleri seçmesi mümkün olduğundan arama motorları söz konusu anahtar kelimeleri açık artırma yoluyla satmaktadır. Böylelikle reklam veren teşebbüsler arasında rekabet ortaya çıkmakta ve ihalede en yüksek fiyatı veren teşebbüs arama motorlarının sponsorlu sonuç bölümünde yer almaktadır. Oluşan rekabet sonucu tekliflerde verilen fiyatların artmasıyla

teşebbüslerin reklam maliyetleri artmakta ve bu durumdan rahatsızlık duyan teşebbüsler arasında Reklam Kısıtlama Anlaşmaları ortaya çıkabilmektedir.

Rekabet Hukuku'nda Reklam Kısıtlama Anlaşmaları genel olarak "dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları", "geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları" ve "negatif eşleme anlaşmaları" olarak üçe ayrılmaktadır. Dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları yalnızca tescilli markaların kullanımını yasaklamakta iken geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları tescilli markalarla aynı anlama gelebilecek tüm kelime ve kelime gruplarının yasaklanmasını içermektedir. Negatif eşleme anlaşmaları ise tarafların birbirlerinin marka adı ve ilişkili anahtar sözcüklerini eklememesini ifade etmektedir. Bu sayede tüketici, taraflardan biri için çevrim içi kanalda arama yaptığında karşısına sadece ilgili tarafa ait reklamlar gelecek ve anlaşma tarafı rakip teşebbüsün reklamlarını göremeyecektir. Aynı zamanda negatif eşleme anlaşmaları anahtar kelime için ihaleye katılan tarafların sayısının azalmasına yol açacak ve taraflar arasındaki rekabeti azaltacaktır.

Çevrim içi reklam yasakları yatay ve dikey aşamalarda gerçekleşebilmektedir.

Yatay çevrim içi reklam yasağı rakipler arası reklam yasaklarını içermekte olup faaliyet zincirinin aynı aşamasında yer alan teşebbüsler arasında gerçekleşmektedir. Dikey reklam yasakları ise faaliyet zincirinin bir alt veya bir üst aşamasındaki teşebbüsler arasında gerçekleşmektedir.

1-800 Contacts Kararı

ABD'de ise çevrim içi reklam yasaklarına ilişkin 1-800 Contacts Kararı önem arz etmektedir. İncelemeye konu olan davranış, kontakt lens satım

“ Çevrim içi reklam yasakları yatay ve dikey aşamalarda gerçekleşmektedir. ”

pazarında faaliyet gösteren 1-800 Contacts adlı teşebbüsün rakipleri ile akdettiği anahtar kelime aramasında teklif vermekten kaçınmaya yönelik anlaşmaların Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC) Yasası'nı ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Söz konusu anlaşmalar incelendiğinde 2004 ve 2013 yılları arasında 1-800 Contacts'ın rakipleriyle on üç Ticari Marka Uzlaşma Sözleşmesi ile bir Kaynak ve Hizmet Sözleşmesi (İtiraz Edilen Sözleşmeler) akdettiği görülmüştür. İtiraz Edilen Sözleşmeler, arama motorları işleten şirketler tarafından anahtar sözcük için düzenlenen açık

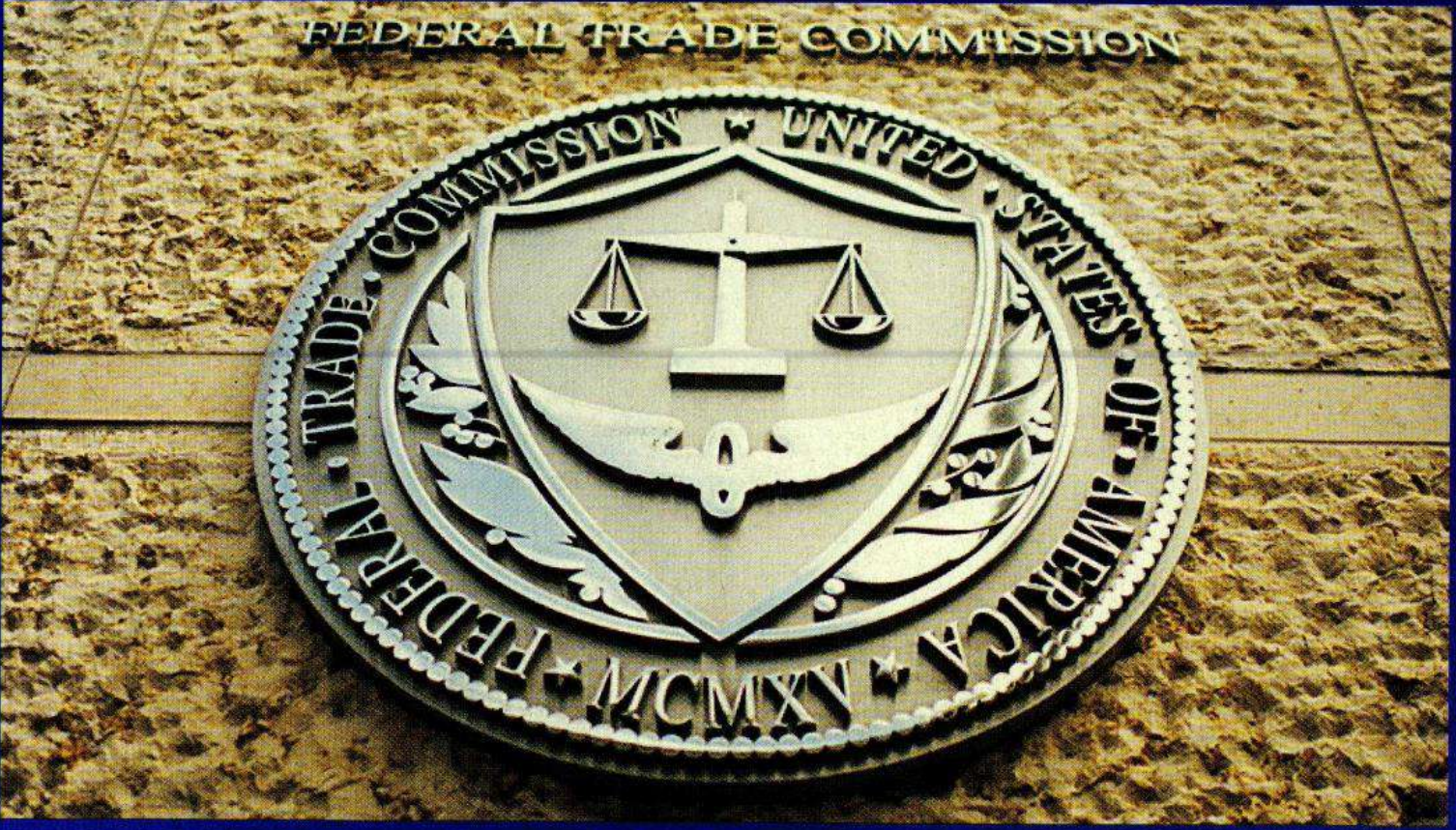
artırmalara katılırken tarafların "teklif verebilecekleri" belirli şartları kısıtlayan hükümler içermektedir. Rakipler, işbu sözleşmelerle açık artırmalarda teklif ettikleri terimleri kısıtlayacak ve tüketici söz konusu terimleri arama motorlarında kullandığında ürünlerinin reklamını yapmamayı kabul edeceklerdir. FTC işbu anlaşmaları "doğası gereği şüpheli" olarak değerlendirmiş ve etki analizi yapmamıştır. Bunun üzerine 1-800 Contacts, kararı temyize götürmüştür.

ABD Temyiz Mahkemesi (Mahkeme) ticari marka uzlaşma anlaşmalarının otomatik olarak antitröst incelemesinden muaf olmadığı kanaatinde olmakla birlikte FTC'nin iddia edilen hususlara "doğası gereği şüpheli" yaklaşımını doğru bulmamıştır. Mahkeme ticari marka uzlaşma anlaşmalarında yer alan reklam kısıtlamalarının, bilgilerin kullanılabilirliğini azaltarak tüketicilere zarar verdiğini ve bunun sonucunda tüketicilerin kontakt lens fiyatlarını karşılaştırmasını daha maliyetli hale getirdiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi "rule of reason" kuralı çerçevesinde yaptığı analiz sonucunda bahsi geçen anlaşmaların fiili rekabete aykırı

olan etkilerini tespit etmiş ve davacının işbu anlaşmalar için iddia ettiği rekabeti artırıcı etkileri kabul etmemiştir. Bu sebeple Mahkeme, FTC'nin verdiği nihai kararı bozmuş ve dosyayı FTC'ye tevdi etmiştir.

Temyiz Mahkemesine göre bir kısıtlamanın rekabete aykırı niteliği incelenirken "per se" ve "rule of reason"dan ibaret olacak şekilde sabit bir analiz yapılmaması gerekmektedir. Mahkemeye göre bazı kısıtlamalar, tipik olarak "per se" rekabete aykırı olarak etiketlenen davranış türü ile "tam gelişmiş bir rule of reason" analizi kapsamında analiz edilen davranış türü arasında yer almaktadır. Mahkemeler, rekabete aykırı etkilerin büyük olasılıkla





kolayca tespit edilebildiği durumlarda, “kısaltılmış bir rule of reason” analizi uygulamaktadır. Ancak FTC’ye göre, bu durumlarda uygulanan standart “doğası gereği şüpheli” olarak adlandırmakta ve “per se” davranış olarak değerlendirilmektedir.

FTC’nin “doğası gereği şüpheli” yaklaşımı altında, kısıtlamanın rekabete aykırı etkisini göstermek için ne doğrudan zarar kanıtına ne de piyasa gücünün kanıtına ihtiyaç vardır. Zira itiraz edilen davranışın ortaya koyduğu “rekabeti bastırmaya yönelik olası eğilim” onu “doğası gereği şüpheli” kılmaktadır. FTC’ye göre böyle bir durumda ayrıntılı bir pazar analizi gereksizdir ve Mahkeme bir şüpheli anlaşma tespit ettiğinde, teşebbüs tarafından ilgili pazarda getirilen sınırlamaların sahip olabileceği rekabeti artırıcı gerekçeleri gösterme yükü doğrudan davalıya yani teşebbüse geçmektedir. Bu yaklaşıma ancak “temel bir ekonomi anlayışına sahip bir gözlemci bile söz konusu düzenlemelerin müşteriler ve pazarlar üzerinde rekabeti engelleyici bir etkiye sahip olacağı sonucuna vardığında” izin verilebilmektedir.

Burada FTC, İtiraz Edilen Anlaşmalardaki reklam kısıtlamalarını doğası gereği şüpheli olarak değerlendirmiş olup anlaşmaların arama motorlarına zarar veren bir tür ihaleye fesat karıştırma olduğunu tespit etmiş ve amaç bakımından ihlal sonucuna

varmıştır. Ancak davacı, söz konusu davada doğası gereği şüpheli yaklaşımının uygulanmasının uygun olmadığını ve İtiraz Edilen Anlaşmaların yalnızca etki analizi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Temyiz Mahkemesi de bu konuda davacı ile hemfikir olduğunu dile getirmiştir. Mahkeme’ye göre, her ne kadar reklamlara yönelik kısıtlamalar fiyatları artırma eğiliminde olsa da Mahkeme’nin etki analizini yapması gerektiği düşünülmektedir.

GUESS Kararı

Avrupa Komisyonu (Komisyon) tarafından verilen

GUESS Kararı dikey reklam yasaklarının incelendiği bir karar olması bakımından önem arz etmektedir. Burada GUESS yetkili dağıtıcıları ile akdettiği anlaşma çerçevesinde GUESS’e ait marka ve ticari adların yetkili dağıtıcılar tarafından çevrim içi reklamcılıkta kullanılmasını kısıtlamaktadır. Yukarıda da değinildiği üzere çevrim içi reklamcılıkta reklam verilmesi istenen ibareler için ihaleler düzenlenmektedir. GUESS’in yetkili dağıtıcılarına çevrim içi reklam verme kısıtı getirmesi ile GUESS kendi marka ve ticari adlarına tek reklam veren olarak kalacak ve ihale sürecinde verilen tekliflerin yükselmemesine sebep olacaktır. Bu sayede GUESS fiyat yükseltmeden dilediği fiyatta reklam verecek ve



**Komisyon
GUESS
kararında
doğrudan
amaç
ihlali
olarak
değerlendirdi.**



reklam maliyetlerinin önemli bir kısmını azaltmış olacaktır.

Komisyon GUESS'in uyguladığı reklam yasağını değerlendirirken AB Marka Kanunu kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre ortalama bir internet kullanıcısının reklamın marka sahibinden, ekonomik olarak ona bağlı bir teşebbüsten veya üçüncü bir kişiden kaynaklandığını tespit edemediği veya tespitinin zorlaştığı durumlarda marka sahibine, üçüncü tarafların markayla aynı olan anahtar kelimeyi kullanarak reklam vermesini engelleme imkânı tanımaktadır. Somut olayda ise Komisyon, GUESS'in seçici dağıtım sistemindeki yetkili dağıtıcıların GUESS marka adını kullanmasını engellenmesini yerleşik içtihat kapsamında bir karşılığı olmadığı zira ortalama internet kullanıcısının burada ürünlerin kökeni hakkında herhangi bir karışıklık yaşamamasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Komisyon yukarıda açıklanan nedenlerle GUESS'in yetkili dağıtıcılara karşı uygulamalarını Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlama amacına sahip olduğunu tespit etmiştir. Bu bakımdan Komisyon anahtar kelimelere ilişkin reklam kısıtlamasını "amaç" bakımından ihlal olarak değerlendirmiştir.

Ancak Komisyon tarafından 10.05.2022 tarihinde yayımlanan Dikey Grup Muafiyet Yönetmeliği (Yönetmelik) ile Komisyon'un çevrim içi satışlara ilişkin analizlerin detaylandırıldığı görülmektedir. İlgili yönetmelikte çevrim içi satışlar ve reklam hizmetlerine ilişkin anlaşmaların dikey anlaşmalar kapsamında değerlendirileceğine hükmedilmiş olup yönetmelik ile tesis edilen grup muafiyetinin 101. maddenin üçüncü fıkrasını yerine getirdikleri yeterli kesinlikle varsayılabilen dikey anlaşmalarla sınırlandırılacağı ifade edilmiştir.

Yönetmeliğin 3. maddesinin (e) bendinde; "çevrim içi satışlara ve çevrim içi reklamlara yönelik kısıtlamalar, bu Yönetmelik ile oluşturulan grup muafiyetinden yararlanmalıdır. Doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya taraflarca kontrol edilen diğer faktörlerle birlikte, alıcının veya müşterilerinin sözleşme kapsamındaki mal veya hizmetleri satmak için interneti etkin bir şekilde kullanmasını engelleme amacı taşıması kaydıyla, yönetmelik belirli bölgeler veya müşteriler veya fiyat karşılaştırma hizmetleri veya arama motoru reklamcılığı gibi tüm bir çevrim içi reklamcılık kanalının engellenmemesi durumunda bu yönetmelikten yararlanabilmektedir" ifadesine yer verilmiştir.

Bu çerçevede Komisyon'un GUESS kararında doğrudan amaç ihlali olarak değerlendirdiği hususun yayımlanan Yönetmelikte dikey ilişkiler içerisinde değerlendirilmesinin mümkün olabileceği ve bir çevrim içi kanalın tamamen engellenmemesi kaydıyla muafiyetten faydalanabileceği ifade edilmektedir.

