

# REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 21

Sayı/Number: 1

Haziran/June 2020

E-ISSN 2651-4990  
ISSN 1302-552X

 **REKABET  
KURUMU**

ISSN 1302 -552X

E-ISSN 2651-4990

# REKABET DERGİSİ

## COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume:21 • Sayı/No:1 • Haziran/June 2020

Altı ayda bir yayımlanan hakemli dergi  
*Refereed journal published semi-annually*

REKABET KURUMU ADINA SAHİBİ  
OWNER ON BEHALF OF PUBLISHER TURKISH COMPETITION AUTHORITY  
Bırol KÜLE

SORUMLU MÜDÜR / MANAGING DIRECTOR  
Dr. Mehmet Fazıl ÖZKUL

**EDİTÖRLER / EDITORS**

Ömer Faruk ÇELİK  
Dilara Nur Cansu ISLAM  
Muhammed Ali BEKTEMUR

**YAYIN KOMİSYONU / EDITORIAL BOARD**

Dr. Faik Metin TİRYAKİ  
Haluk Recai BOSTAN  
Zeynep MADAN  
Ömer Faruk ÇELİK  
Dilara Nur Cansu ISLAM  
Muhammed Ali BEKTEMUR

**YAYIN SEKRETERİ / PUBLISHING SECRETARY**

Özlem ERDOĞAN

**DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD**

Prof. Dr. İzak ATILYAS (Sabancı Üniversitesi)  
Prof. Dr. Mehmet BARCA (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)  
Prof. Dr. Lale DAVUT (Emekli Öğretim Üyesi)  
Prof. Dr. Ercüment ERDEM (Avukat)  
Prof. Dr. Celal GÖLE (Atılım Üniversitesi)  
Prof. Dr. Nihat IŞIK (Kırıkkale Üniversitesi)  
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)  
Prof. Dr. Fuat OĞUZ (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)  
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY (Emekli Öğretim Üyesi)  
Prof. Dr. Turgut TAN (Bilkent Üniversitesi)  
Prof. Dr. Erol TAYMAZ (Orta Doğu Teknik Üniversitesi)  
Prof. Dr. Metin TOPRAK (İstanbul Üniversitesi)  
Prof. Dr. Unal ZENGİNOBUZ (Boğaziçi Üniversitesi)  
Doç. Dr. Mahmut YAVAŞI (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Fatih Cemil ÖZBUĞDAY (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Hamdi PINAR (Bilkent Üniversitesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Murat ŞAHİN (İzmir Demokrasi Üniversitesi)

**YÖNETİM YERİ / MANAGING OFFICE:**

Üniversiteler Mahallesi 1597. Cadde No: 9 06800  
Bilkent-Çankaya/ANKARA

Telefon-Faks / Telephone-Fax: (90) 312 291 44 44 - (90) 312 291 40 00

E-posta / E-mail: rekabetdergisi@rekabet.gov.tr

Web Adresi / Web Address:

<https://dergi.rekabet.gov.tr>

Basım Tarihi / Publication Date: Eylül / September 2021

Baskı / Print: Pelin Ofset (0312) 395 25 80

**Rekabet Dergisi**, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir. Yazılarda belirtilen düşünce ve görüşlerden yazarlar sorumludur; bu düşünce ve görüşler Rekabet Kurumu açısından bağlayıcılık teşkil etmez.

**Competition Journal** is a refereed journal published semi-annually by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial organization. Any opinions expressed in the Competition Journal represent solely the views of contributing writers and not necessarily those of the Turkish Competition Authority.

# İÇİNDEKİLER

## **Reklam Harcamaları ve Rekabet Hukuku**

*Advertising Expenditures and Antitrust*

Nazlı VAROL / 4

## **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

*Impacts of Amending Act No. 7246 to the Act on the Protection of Competition No. 4054 Regarding the Consequences in Private Law*

Av. Başak BAŞAR / 64

## **Me, Myself and Amazon: The Challenges Digital Marketplaces Pose to Eu Competition Law**

*Ben, Kendim ve AMAZON: Dijital Pazaryerlerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Uygulaması Bakımından Yarattığı Zorluklar*

Can SARIÇİÇEK / 122

## **Otomotiv Sektöründe Bir Mikro Düzenleme Örneği Olarak Rekabet Kurumu Tebliği ve Makro Görünüme Etkisi**

*Turkish Competition Authority's Communique as an Example of Microeconomic Regulation and its Impact on Macro View in the Automotive Industry*

Recep GÜNDÜZ / 200

## **Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları / 256**

*Publication Policy and Notes for Contributors / 264*

# Reklam Harcamaları ve Rekabet Hukuku

02 Temmuz 2020'de alındı; 17 Eylül 2020'de kabul edildi.  
Araştırma Makalesi

 Nazlı VAROL\*

## Özet

*Bu çalışmanın amacı reklam harcamalarının belirleyenlerini iktisat literatürü çerçevesinde incelemek ve rekabet hukuku çerçevesinde reklam harcamalarının nasıl değerlendirildiğini ortaya koymaktır. Çalışma sonucunda reklam harcamalarına yönelik kısıtlamaların da rekabet ihlali oluşturabileceği ve pazar analizlerinde reklam harcamalarının da değerlendirmeye alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Reklam Harcamaları, Reklam, Pazar Analizi, Dorfman Steiner, Rekabet Hukuku, Sanayii İktisadi.*

\* Rekabet Kurumu, Daire Başkanı, <https://orcid.org/0000-0001-9466-7903>. Çalışmada yer verilen görüşler, yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumu'nu bağlayıcı değildir.

# Advertising Expenditures and Antitrust

Received 02 July 2020; accepted 17 September 2020  
Original Article

Nazlı VAROL 

---

## Abstract

*The objective of this study is to examine the determinants of advertising expenditures in the context of economics literature and to put forward how advertising expenditures are handled in competition law. In the conclusion, it is emphasized that agreements on advertising can restrict competition and advertising expenditures should be taken in to account in market analysis.*

**Key Words:** *Advertising Expenditures, Advertising, Market Analysis, Dorfman Steiner, Competition Law, Industrial Economics.*

## GİRİŞ

Günlük hayatımızda sıkça karşılaştığımız reklam mesajları, piyasa süreci içerisinde firma kararları ile ortaya çıkmış, piyasanın ve ürünün yapısı ile belirlenmiş karmaşık bir sürecin ürünüdür. İktisadi olarak reklam, tüketici tercihlerini etkileyerek reklam verenin faydasına bir etki yaratan iletişim aracıdır. Firmanın ürününün karşılaştığı talep eğrisini etkileyen her türlü pazarlama faaliyeti de reklam olarak tanımlanabilmektedir. Reklamlar ürünün ismini tanıtabilir, ürünün özellikleri, kalitesi ve/veya fiyatı hakkında detaylı bilgi verebilir, imajını güçlendirebilir, ürünü rakip ürünlerle karşılaştırabilir veya reklamın içerdiği bilginin ötesinde sadece piyasaya sinyal vermek amacıyla yapılabilir.

Bir pazardaki rekabete ilişkin yapılan ekonomik analizler büyük oranda fiyat ve fiyatlama davranışları üzerine yoğunlaşsa da, firmalar rekabet sürecinde reklamı<sup>1</sup> da kullanmaktadır. Türkiye’de yapılan toplam medya ve reklam yatırımının 2018 yılında 11.002 milyon TL olmasının da reklamın pazarlarımızdaki önemine dikkat çektiği söylenebilecektir (*Reklamcılar Derneği Türkiye’de Tahmini Medya ve Reklam Yatırımları 2018 Yılı Sonu Raporu*, s. 4).

Reklam iktisadi anlamda iki açıdan incelenmekte olup ilk olarak tüketici tercihlerini nasıl değiştirdiğine, ne tür reklamların, hangi tür tüketiciler üzerinde daha etkili olduğuna bakılmaktadır. Diğer bir inceleme konusu ise reklam harcamalarının endüstri çapında nasıl çalıştığıdır. Bu kapsamda reklam harcamalarının piyasadaki kâr ve piyasa yoğunlaşma düzeyini nasıl ve neden etkilediği, reklam harcamalarının piyasa değişkenleri ve ürün özellikleri tarafından nasıl etkilendiği incelenmektedir. Bu konuda yapılmış ampirik çalışmalar da genel olarak reklam harcamaları ve yoğunlaşma oranı arasındaki ilişkiyi veya reklam harcamaları ile kâr oranları arasındaki ilişkiyi araştırmaktadır (örneğin Comanor ve Wilson, 1954, 1957; Greer, 1945, 1957; Sutton, 1963; Chen ve Water, 2013).

Bu çalışma endüstriyel iktisat kapsamında, reklam harcamalarının endüstri bazında nasıl belirlendiğini ve reklam harcamalarının rekabet hukuku bünyesinde nasıl değerlendirildiğini incelemeyi, bu çerçevede rekabet hukuku bünyesinde reklam ve pazarlama faaliyetlerine ilişkin

<sup>1</sup> Bu çalışma kapsamında “reklam” iktisadi anlamda reklam harcamalarını ve genel pazarlama faaliyetlerini içermektedir.

konuların gündeme geldiği durumlarda iktisadi yönden yapılan değerlendirmelere kapsamlı bir kaynak oluşturmayı amaçlamaktadır.

## 1. REKLAM HARCAMALARI

İktisat teorisi kapsamında reklam harcamalarına geçmeden önce reklam harcamaları ve talep arasındaki ilişkiye değinmek gerekmektedir. İlk olarak reklam ile reklama konu olan ürün birbirlerinden ayrı iki mal olarak değerlendirilmekte, fakat nitelik itibarıyla tamamlayıcı mallar olarak ele alınmaktadır. Bu husus talep esnekliklerinin değerlendirilebilmesi açısından önemlidir. Eğer reklam ve reklamı yapılan ürün tamamlayıcı mallarsa, reklam ne kadar fazlaysa, ürün de o kadar çok talep ediliyordu. Bu nedenle reklam düzeyi firma için ürünün talep eğrisini, dışarı doğru kaydıran bir etkidir ve firmalar reklam harcamalarının düzeyini belirleyerek, talepte bir kaymaya yol açabilirler.

Reklam ayrıca ürünü, rakip ürünlerden farklılaştırmanın bir yoludur. Yapılan reklamlar sayesinde aslında rakip olan ürünlerin, tüketicilerin gözünde birbirleriyle ikame edilebilirliği düşürülebilmektedir. Böylece yine ürünün talep eğrisi dışarı doğru kayacaktır.

Reklamın işlevi piyasadaki ürünler ve hizmetlerin kalite ve fiyat bilgilerinin sağlanmasıdır. Kaldor'a göre herhangi bir reklamın sağlayıcısı her zaman reklamı yapılan ürünün de sağlayıcısıdır. Bu nedenle reklam ve reklamı yapılan ürün birlikte satılan ürünlerdir ve aslında birlikte tek bir fiyata satılırlar (Kaldor, 1950, s. 2). Reklamın alıcı için fiyatı sıfırdır, maliyeti ise, reklamı yapılan ürünün fiyatının içine yedirilir. Bu sebeple reklam, maliyetinin altına sağlanan bir üründür. Bu da aslında çok ürünlü bir firmanın uygulayabileceği bağlama benzeri bir metoda benzemektedir. Reklama (minör ürün) bir harcama yapılması ve reklamın maliyetinden aşağı satılması, asıl ürüne (majör ürün) olan talebi arttırıyorsa ve bu da minör üründen (reklamdan) edilen zarardan fazlaysa, minör ürüne (reklama) harcama yapmak mantıklı olacaktır. Tam rekabette reklamın finansmanı asıl üründen sağlanamaz. Çünkü tam rekabette bütün talepler tam esnekler ve bir ürünün fiyatı arttırıldığında tüm müşteriler diğer firmaya kaçar. Reklamın finansmanı asıl üründen ancak eksik rekabette sağlanabilir (Kaldor, 1950, s. 2).



## 1.1. Sanayi İktisadında Reklam Harcamaları

### 1.1.1. Dorfman-Steiner Koşulu

Endüstri ve firma düzeyinde reklam harcamalarının belirleyenlerini inceleyen model Dorfman ve Steiner'in (1954) modelidir. Bu model, tekeli statik bir model olup, kâr maksimizasyonu yapan bir firmanın fiyat ve reklam düzeyini belirlemesinden yola çıkılarak, reklam harcaması ile talebin fiyat ve reklam esneklikleri arasında bir ilişkiye ulaşılmıştır.

Dorfman ve Steiner'in modelinde reklam harcaması, firmanın talep eğrisini bir şekilde olumlu etkileyen ve firmanın maliyet fonksiyonuna sabit maliyet olarak yansıyan her türlü harcamayı ifade etmektedir. Reklamın etkisinin, talebi kaydırmak olduğu bir modelde, tekeli firma, reklam ve fiyat düzeyini belirlemektedir. (1.1) numaralı denklem Dorfman-Steiner koşulunu göstermektedir.

$$\frac{E_a}{E_d} = \frac{p^A A}{pQ} \quad (1.1)$$

Burada  $p^A$  marjinal reklam maliyetini,  $p$  firmanın fiyatını,  $A$  reklam düzeyini,  $E_a$  firmanın malına olan talebin reklam esnekliğini,  $E_d$  talebin fiyat esnekliğini göstermektedir. Söz konusu denklem tekeli bir firmanın kâr maksimizasyonunun birinci sıra koşullarından türemiş olması nedeniyle, optimal reklam harcamaları / satış hasılatı oranını vermektedir. Varsayım, bir firmanın fiyatını ( $p$ ) ve reklam düzeyini ( $A$ ), kârını en çoklamak için belirlediğidir. Kârlılık denklemi<sup>2</sup>

$$\pi = pQ(p, A) - C(Q(p, A)) - p^A A - F \quad (1.2)$$

olarak alınmış olup,  $Q_p(p, A) < 0$ ,  $Q_A(p, A) > 0$  ve  $Q_{AA} < 0$ <sup>3</sup> olarak varsayıldığından reklam harcamalarının artmasıyla, ürüne olan talep eğrisini dışarı doğru paralel olarak kayacağı dikkate alınmıştır.

<sup>2</sup>  $\pi$ : kar,  $Q = Q(p, A)$ : talep fonksiyonu,  $C(Q)$ : maliyet fonksiyonu,  $F$ : sabit maliyet,  $p^A$ : marjinal reklam maliyeti.

<sup>3</sup> Bu çalışma kapsamında değişkenlerin alt simgeleri birinci dereceden türevlerini, eğer iki alt simge varsa ikinci dereceden türevlerini göstermektedir.

Dorfman-Steiner koşulundan görüldüğü üzere bir tekelinin<sup>4</sup> optimal reklam harcamaları / satış hasılatı oranı, ürünün talebinin reklam esnekliğinin, fiyat esnekliğine oranına eşittir<sup>5</sup>. Fakat koşuldan satışların reklam düzeyini belirlediği anlaşılmalıdır çünkü reklam düzeyi ve satış miktarı aynı anda belirlenmektedir (Tirole, 1998, ss. 102-103). Dorfman-Steiner koşulunun bir diğer özelliği ise yine (1.1) numaralı denklemden görülebilmektedir. Buna göre reklam sadece eksik rekabet piyasalarında gerçekleşebilecek bir olaydır. Tam rekabetçi bir piyasada marjinal maliyet ( $MC$ ) fiyata ( $P$ ) eşit olacak,  $\frac{P - MC}{P}$

sıfıra eşit olacak ve optimal reklam harcamalarının satış hasılatına oranı da sıfıra eşit olacaktır. Bu sonuç rekabetçi bir piyasada reklam yapılmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Tam rekabet piyasasındaki bir firma, talep sonsuz esnek olduğundan dolayı zaten bütün üretimini satmaktadır ve firmanın reklam yapmaya ihtiyacı yoktur. Ayrıca tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren bir firmanın reklam yapması durumunda, satışlarının piyasadaki payı düşük olduğundan toplam talebi etkileyebilme gücü de düşüktür<sup>6</sup>.

Söz konusu koşula göre sonuç olarak, tüketicilerin reklam mesajlarına yanıt verme oranı ne kadar yüksekse ve fiyattaki değişimlere yanıt verme oranı ne kadar düşükse, optimal reklam harcamalarının satış hasılatına oranı o kadar yüksek olacaktır.

Dorfman-Steiner'in makalesinin üzerine pek çok eleştiri ve geliştirme yapılmıştır. İlk olarak, Dorfman-Steiner koşulunun dayandığı bu statik ve tekeli modelde reklamın etkisi bir seferlik görünmektedir. Buna, reklamın etkisinin daha uzun dönemli olduğu söylenerek karşı çıkmaktadır. Cari dönemde yapılan reklam cari dönem talebini etkilemekle beraber, kısmen de olsa gelecekteki ürün talebini de etkilemektedir. Bu durumda yapılan reklam harcamalarının getirisi uzun döneme yayılacaktır. Cowling (1972) cari dönemde yapılan reklamın gelecek dönemler üzerinde çeşitli nedenlerden ötürü etkisi olabileceğini ifade etmektedir. Bu nedenlerden ilki, reklamın tüketici davranışlarını şekillendirmede birikerek artan etkisi olabileceğidir. İkinci

<sup>4</sup> Modelde başka bir firmanın tepkisine yer verilmemesi nedeniyle model tekeldir.

<sup>5</sup> Dorfman Steiner koşulu, talep eğrisi fiyat ve reklam düzeyinden bağımsız değilse geçerlidir. Örneğin ters doğrusal talep eğrisinin varlığı durumunda Dorfman Steiner koşulu reklam yoğunluğunun bire eşit olduğu bir özdeşliğe dönüşmektedir (Stacey, 2005).

<sup>6</sup> Bu, tam rekabetçi bir piyasada bir otorite eliyle yapılan reklamın, talebi etkilemeyeceği anlamına gelmemektedir.

bir neden sürü etkisidir. Yapılan reklama bir grup tüketici tepki verirken, diğer tüketiciler ise bu etkilenmiş tüketiciler sayesinde etkileniyorsa, reklam ileriki dönemlere yayılan bir etki yaratabilir. Son bir neden ise cari dönemde yapılan reklamdan tüketicilerin hemen etkilenip, hemen harekete geçmesinden ziyade, ileriki dönemlerde harekete geçebilmesidir.

Nerlove ve Arrow (1962, s. 134), dinamik bir modelde optimal reklam harcamalarının nasıl oluşacağını modele yıpranma ekleyerek ifade etmişlerdir: Bir ıskonto oranı ( $\delta$ ) uygulanıp ve zaman içerisinde yıpranma haddi ( $\alpha$ ) dikkate alınarak Dorfman – Steiner koşulu şu şekilde yeniden yazılabilecektir (Davut, 2002):

$$\frac{p^A A}{pQ} = \frac{E_a}{E_d(\alpha + \delta)} \quad (1.3)$$

Reklam harcamalarının satış hasılatına oranı, ıskonto oranı ve yıpranma haddi ne kadar düşükse, o kadar yüksek olacaktır. Böylece model, reklam harcamalarının uzun vadeli getirilerini dikkate alır hale getirilmiştir.

(1.1) numaralı denkleme ulaşılan modelde yer alan bir diğer eksiklik ise modelin tekeli niteliğinden dolayı rakip firmaların tepkilerinin dikkate alınmamış olmasıdır. Model tekeli olmaktan çıkarılıp, bir oligopol modeli haline getirildiğinde; rakip firmaların hem fiyat, hem de reklam harcamalarına tepki verebilmelerine izin verilmektedir.

Oligopol bir pazarda faaliyet gösteren bir firma için optimal reklam harcamaları düzeyinin rakibin nasıl davranacağına bağlı olduğu Dorfman-Steiner koşulu geliştirilerek gösterilmiştir. Bir firmanın ürününe olan talebinin fiyat esnekliği ile o ürünün piyasa talebinin fiyat esnekliği, firmanın piyasa payı ve rakip firmaların beklenen tepkileri arasında bir ilişki vardır. Bu nedenle  $E_d$ 'nin, rakiplerin tepkilerini de içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Needham, (1976) (1.1) numaralı denklemi geliştirerek belirtilen ilişkiye göre firmanın ürününe olan talebin fiyat esnekliğinin şu şekilde yazılabileceğini ortaya koymuştur<sup>7</sup>:

$$E_d = \frac{E_m}{S_f} + E_s \frac{S_r}{S_f} \quad (1.4)$$

<sup>7</sup> Burada piyasa talebinin fiyat esnekliğini, firmanın fiyatındaki marjinal değişim karşısında rakiplerinin piyasaya sunduğu miktardaki marjinal değişimi, firmanın pazar payını, rakiplerin pazar payını ifade etmektedir.

Bu denklemde rakiplerin, firmanın ürünün fiyatındaki değişimlere yönelik miktar bazındaki tepkilerine ilişkin firma beklentileri yer almaktadır.

Rakiplerin reklam alanındaki tepkileri ve bu tepkiler konusundaki firma beklentileri, talebin reklam esnekliğini etkileyecektir (Needham, 1976 ve Schmalensee, 1972). Bu etkiyi analiz edebilmek için firmanın ürününe yönelik talebe ( $Q = Q(p, A)$ ) rakiplerin reklam düzeyi ( $\bar{A} = \bar{A}(A)$ ) eklenebilir. (1.2) numaralı kâr denklemi tekrar yazıldığında;

$$\pi = pQ(p, A, \bar{A}(A)) - C(Q(p, A, \bar{A}(A))) - p^A A \quad (1.5)$$

(1.5) numaralı denklemin  $A$  ve  $p$  ye göre maksimize edilmesi ve yeniden düzenlenmesiyle aşağıdaki denkleme ulaşılmıştır:

$$\frac{p^A A}{pQ} = \frac{E_A + E_{Ar} E_k}{S_f + \frac{E_s S_r}{S_f}} \quad (1.6)$$

Burada rakiplerin davranışları sabitken, firmanın ürününe olan talebin reklam esnekliği, rakiplerinin reklam harcaması değiştiği durumda, firmanın ürününe olan talebin, rakip firmanın reklamına göre esnekliği ve rakiplerin reklam harcaması değiştiği durumda, firmanın reklam düzeyini ifade etmektedir. (1.6) numaralı denklem Dorfman-Steiner koşulunun rakiplerin fiyat ve reklam konusundaki tepkileri dikkate alınarak değiştirilmiş hali olup optimal reklam harcamaları / satış hasılatı oranını göstermektedir<sup>8</sup>.

Dorfman ve Steiner'in makalelerinde ulaştıkları önemli sonuçlardan bir diğeri, tam rekabet piyasasında talep sonsuz esnek olduğundan reklam yapılmayacağı; düşük esneklikli bir talep eğrisine sahip, ürünlerin birbirinden farklılaştığı bir pazarda, müşterileri kapmak için yüksek reklam harcaması yapılacağıdır. Normalde ürünler arası bir farklılık yoksa fakat reklam vasıtasıyla bir farklılaştırma yaratılabilecekse, firmalar karşılaştıkları çok esnek talep eğrisinin esnekliğini düşürebilmek için reklam yapmayı tercih edeceklerdir. Bununla birlikte, tekeli

<sup>8</sup> (1.6) ancak rakipler hem fiyat hem de reklam konusunda tepki vermedikleri durumda tekeli durumu gösteren Dorfman-Steiner koşuluna dönüşebilecektir.

durumda, eksik rekabet piyasalarına göre reklam yapmanın daha az etkin olduğu ve tekelin ürettiği ürünün çeşidine bağlı olarak optimal reklam düzeyinin değişeceği söylenmektedir (Dorfman ve Steiner, 1954, s. 831).

Dorfman-Steiner koşulunda yer alan esnekliklerin oranı, ürünlerin bireysel özelliklerine göre değişecektir. Önemli bir ayrım, üretim malları ile tüketim malları arasındadır. Örneğin üretim malları piyasasındaki alıcıların daha bilgili, ikna edici reklamdan daha az etkilenir durumda ve büyük ihtimalle daha az ürün arasından seçim yapıyor olmalarından dolayı, tüketim malları talebinin reklam esnekliği, üretim malları talebinin reklam esnekliğine göre daha yüksek olacaktır.

### 1.1.2. Yoğunlaşma ve Ters U Hipotezi

Dorfman-Steiner koşuluna göre firmalar ne kadar çok reklam yaparsa, o kadar çok marjinal birim üzerinden satış yapmaktadırlar ve ne kadar çok reklam yaparlarsa talep reklama o kadar hassas hale gelmektedir. Tam rekabet piyasasında faaliyet gösteren bir firma, hem bütün üretimini hâlihazırda satıyor olmaktan, hem de karşılaştığı sonsuz esnek talep eğrisinin esnekliğini etkileyecek şekilde reklam yapabilecek güçte olmadığından, reklam yapmayacaktır. Tekelci bir firma ise, zaten tüketicileri kendisine çekebileceği bir rakibi olmadığından reklam yapmayı tercih etmeyecektir. Sadece talebi kaydırmak amaçlı tüketicileri bilgilendirici veya ikna edici reklam yapması mümkündür. Bu nedenle de bir tekelinin reklam harcaması düşük düzeyde olacaktır. Bununla beraber eksik rekabet piyasasında faaliyet gösteren firmanın yapacağı reklam ise, hem piyasa talebini etkileyecek, hem de rakiplerinin pazar payının bir bölümünü ele geçirmesini sağlayabilecektir. Bu durumda en yüksek reklam harcamasının bu tür piyasalarda gerçekleşmesi beklenecektir. Bu noktada aslında çoğu pazarın eksik rekabet koşullarına sahip olduğu unutulmamalıdır.

Bu çerçevede ilk olarak Greer (1971) çalışmasında reklam harcamaları ve yoğunlaşma arasında doğrusal olmayan ters U-tipi bir ilişki olduğunu göstermiş; ürünlerin farklılıklarının reklam ve yoğunlaşma arasındaki ilişkiyi etkileyebileceğine, yoğunlaşma ve reklam harcamaları arasındaki ilişkinin doğrusal olmayıp kuadratik olabileceğine değinmiştir. Daha açık bir ifadeyle, reklam belirli bir yoğunlaşma oranına kadar firmalar için önemli bir rekabet aracı

olmakta, ancak yoğunlaşmanın daha yüksek düzeylerinde firmaların, birbirlerinin etkisini bertaraf eden karşılıklı reklamlardan kaçınması ve reklam harcaması güdülerinin azalması beklenmektedir.

Greer'a (1971, ss. 20-22) göre reklam harcamaları sadece pazardaki yoğunlaşmayla belirlenmemektedir. Bunun sebebi, tam rekabette talebin sonsuz elastikiyetinden dolayı hiç reklam yapılmazken, eksik rekabet piyasalarında yoğunlaşma artarken bir noktaya kadar reklam yoğunluğunun da artacak olması, ama bir düzeyden sonra düşmeye başlayacak olmasıdır. En uç durum olan tek elde ürünün çeşidine göre talebi kaydırmak amaçlı reklam verilebilirken, piyasada başka üretici olmaması nedeniyle genelde reklam harcamaları oldukça düşük düzeyde olacaktır. Ürünün türüne göre düzeyi değişmekle birlikte, Greer yoğunlaşma ile reklam yoğunluğu arasında her durumda ters U şeklinde bir ilişki olduğunu öne sürmektedir.

Ornstein'a (1976, s. 900) göre ise reklam harcamaları ile piyasadaki yoğunlaşma düzeyi arasında direkt bir bağ yoktur. Büyük firmalar çeşitli nedenlerden dolayı, küçük firmalara göre daha fazla reklam yaptığı için ve yoğunlaşma arttıkça büyük firmaların sektördeki ortalama reklam yoğunluğundaki payları arttığından, yoğunlaşma ve reklam düzeyi pozitif ilişkili görünmektedir. Fakat Sutton'a (1974) göre reklam harcamaları ve yoğunlaşma arasında ters U biçiminde bir ilişki mevcuttur. Sutton bir firmanın reklam harcamalarının, tamamen reklam sayesinde artan kârın beklenen değeriyle doğru orantılı olduğunu (reklamın beklenen değeri) ve sektörler arası reklam yoğunluğu farklılıklarının, sektörler arasında reklamın beklenen değerinin farklılaşmasından kaynaklandığını varsaymaktadır. Reklamın beklenen değeri, reklamın başarılı olması durumunda elde edilecek kârdaki artış (dürtü etkisi) ve reklamın başarılı olma ihtimaline (şans etkisi) bağlıdır (Sutton, 1974, s. 57). Reklam bir firmanın kârını ya satışlarını diğer firmalardan müşteri çekerek veya toplam talebi yükselterek ya da kâr marjını yükselterek artırmaktadır. Sutton'ın yoğunlaşma ve reklam harcamaları arasındaki bağlantı hakkındaki yorumları şu şekildedir: Yoğunlaşmanın çok düşük olduğu pazarlarda, ürün veya satıcı heterojenliği nedeniyle firmalar reklam vermek isteyebilirler. Bu durumda şans etkisi ortalama, dürtü etkisi ise düşük olacaktır. Orta düzeyde yoğunlaşma olan pazarlarda ise firmaların yine ortalama bir şans etkisinin yanında, dürtü etkisi daha yüksek olacaktır. Çok yüksek yoğunlaşma görülen pazarlarda ise orta düzeydekine göre hem dürtü etkisi hem de şans etkisi düşük olacak

ve bu nedenle reklamın beklenen değeri de düşük olacaktır. Buradan reklamın beklenen değerinin, ortalama yoğunlaşma olan pazarlarda en yüksek olacağı görülmektedir. Reklam harcamalarının, reklamın beklenen değeriyle paralel hareket edeceği düşünüldüğünde, reklam harcamaları ile yoğunlaşma oranı arasında da ters U şeklinde bir bağıntı olacaktır. Sutton bu hipotezini 25 sektörün verileriyle test etmiştir ve sonuçta ters U hipotezini doğrulayan sonuçlara ulaşmıştır. Buna göre; çok düşük yoğunlaşma olan piyasalarda reklam yapılmamakta, çok yüksek yoğunlaşma yaşanan piyasalarda ise reklam sadece pazarı büyütmek için kullanılmaktadır. Ornstein ise yaptığı test sonucunda yoğunlaşmanın reklam harcamalarını çok az etkilediği ve aralarında ters U biçiminde bir ilişki olduğuna dair bir kanıt olmadığı sonuçlarına ulaşmıştır (1976, s. 900).

Yoğunlaşma ve reklam harcamaları arasındaki ilişkinin yönü üzerine de farklı görüşler vardır. Greer'in iddiasındaki gibi reklamlardan yoğunlaşmaya doğru bir nedensellik olduğu görüşünün yanı sıra, pazarın yapısının bir unsuru olan yoğunlaşma düzeyinden reklama doğru bir nedensellik olduğu görüşü de mevcuttur. Bu konunun mantığı asıl olarak giriş engelleri başlığı altında tartışılacaktır.

Sonuç olarak, reklam ve yoğunlaşma oranı arasındaki ilişkinin doğrusal değil, ters U biçiminde, kuadratik bir şekilde ifade edilmesinin daha doğru olduğu düşünülmektedir.

### 1.1.3. Reklam Harcamalarını Belirleyen Diğer Faktörler

Reklam harcamalarının belirlenmesinde en önemli etkenler ürüne ilişkin talebin esnekliği, fiyat - maliyet marjı ve pazardaki yoğunlaşma düzeyidir. Yapılan çalışmalarda bu değişkenlerin yanı sıra, piyasa koşullarını ve talebi temsil eden başka değişkenler de yer almıştır.

Reklama yapılan harcamalar sağlanan bilgi düzeyi açısından ve ulaştığı kişi sayısı açısından değişebilir. Ayrıca reklam tekniklerine bağlı olarak, aynı bilgiyi daha güçlü bir şekilde ileten bir reklam daha maliyetli olduğundan, müşteri başına düşen reklam maliyetinin yüksek olması da, reklam harcamalarının farklılaşmasına yol açabilir. Kaldor (1950) buradan bilgilendirici ve ikna edici reklamlar arasındaki ayrıma ulaşmıştır. Bilgilendirici reklamlarda, reklam harcaması ya daha fazla bilginin aynı sayıda insana ulaşmasından ya da aynı düzeyde bilginin daha fazla sayıda insana ulaşmasından artacaktır. Eğer aynı bilgi,

aynı sayıda insana ulaşıyorsa fakat sadece bilginin veriliş şekli daha kuvvetli oluyorsa (reklamın daha fazla tekrarı veya aynı bilginin sadece daha büyük harflerle yazılması gibi) bu durum ikna edici reklama işaret etmektedir. Fakat aslında her reklamın hem ikna edici, hem de bilgilendirici özellikleri vardır. Her reklam en azından ürünün ismini barındırır, yani içeriği az da olsa bilgilendiricidir ve yine her reklam ürünün daha fazla satılması için ikna etme amacını güder.

Ferguson ve Ferguson (1994) bir endüstrideki reklamların ikna edici mi yoksa bilgilendirici mi olduğunun, endüstrideki pazar paylarının durağanlığından anlaşılabilceğini söylemektedirler. Eğer endüstride ikna edici reklamlar ağırlıktaysa, endüstrideki çapraz esneklikler düşük olacağından, pazar paylarının daha durağan olması gerekmektedir. Reklam başka ürünlere bağlı bir ürün olarak, tüketicilerin talebine karşılık üretilmemektedir ve bu nedenle sağlanacak reklamın düzeyi diğer ürün ve servislerin aksine tüketiciler tarafından direkt olarak belirlenmemektedir. Bununla beraber bilgilendirici reklam, tüketicilerin arama maliyetlerini düşürür. Hazır olarak ulaştırılan bilgi sayesinde kurtulduğu arama maliyeti eğer tüketicinin ürünü aldığı anda yanına ayrıca ödemesi gereken reklam maliyetinden yüksekse, kaynakların kullanımında etkinsizlik oluşmayacaktır.

Bilgilendirici ve ikna edici reklamların etkileri yoğunlaşma oranı ve kârlılık üzerinde görülmektedir. İkna edici reklam tüketicilerin zevkini değiştirerek, marka bağımlılığı yaratarak hem firmanın pazar gücünü hem de fiyatları arttırmayı amaçlamaktadır. Tüketicilerin tercihlerini değiştirirken, tüketicilerin fiyatlardaki değişimlere verdikleri tepkileri düşürmekte ve ayrıca ürünler arası çapraz fiyat esnekliğini de düşürmektedir. Sonuç olarak firmanın ürününün karşılaştığı talep eğrisinin esnekliğini düşüren ikna edici reklam, firmanın piyasa gücünü de arttırarak, bir giriş engeli yaratmaktadır.

Bilgilendirici reklam ise, bilgi asimetrisi yaşanan pazarlarda, tüketicilerin ürün hakkında daha fazla bilgi sahibi olarak, tercihini daha doğru bir şekilde yapmasını sağlamaktadır ve pazardaki tüm firmalar reklam yaptığı anda, tüketiciler fiyat değişimlerine daha duyarlı hale gelecektir. Bilgilendirici reklam sayesinde yeni firmalar ürünlerini tanıtarak kendileri için daha rahat bir pazar payı elde edebileceklerdir; diğer bir deyişle piyasaya girişleri kolaylaşacaktır. Böylece, daha esnek bir talep eğrisi söz konusu olacak ve pazara giriş engelleri azalacaktır. Tüm bu özellikler, pazardaki yoğunlaşma oranı ve kârlılık üzerinde etkili



olacaktır. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi, reklamın aynı anda hem bilgilendirici hem de ikna edici özelliği olabileceği için bu değişkenler üzerindeki net etki belirli değildir (Ferguson, 1992). Bagwell (2001) ise tüketicilerin ürünler hakkında daha fazla bilgi sahibi olmasından yola çıkarak, bilgilendirici reklamın genel olarak daha kaliteli ürünler için yapılacağını belirtmektedir.

Doyle (1968, s. 413) mutlak fiyat düzeyinin reklam harcamalarını etkileyen faktörlerden biri olduğunu belirtmiştir. Düşük fiyatlı ürünlerde, tüketicilerin yanılmaları halinde katlanmaları gereken maliyet ve faydalarındaki kayıp, yüksek fiyatlı bir ürüne göre daha az olduğu için reklamlara daha fazla güvenmektedirler. Bilgilendirici ve hatta ikna edici reklamın satışlar üzerindeki etkisi söz konusu durumda daha yüksek olduğundan firmalar daha çok reklam vermek isteyecektir.

Pagoulatos ve Sorensen (1976) tüketim malları endüstrilerinde üretim malları<sup>9</sup> endüstrilerine göre daha yüksek reklam yoğunluğunun söz konusu olacağını söylemişlerdir. Bunun iki temel nedeni vardır. İlk olarak tüketim malları üretim mallarına göre reklam yoluyla daha kolay farklılaştırılabilmektedir. İkinci olarak ise reklam, üretim mallarının aksine tüketim malları için potansiyel müşterilere ulaşmanın daha etkin bir yoludur. Uri (1987) ise, tüketim mallarının, üretim mallarından farklı olmadığını, asıl farklılığın tüketiciler ve üreticilerin birbirinden farklı olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Nihai tüketicilerin reklama karşı tepkisinin daha yüksek olmasının sebebi, tüketicilerin marka imajından daha rahat etkilenmesi ve sık kullanılan mallarda tüketicilerin üreticilere nazaran, reklamı deneyime ikame olarak almasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir farklılık ise, üreticilerin sınırlı bir ürün grubu için piyasadan alım yapması, bu alımda yanlış tercih yapılmasının sonucunda yüksek maliyetlerle karşılaşması ve bu sınırlı ürün grubu hakkında bir tüketiciye göre çok daha bilgili olmasıdır. Benzer sonuca ulaşan bir tanımlama da perakende olmayan satışların müşterilerinin reklama perakende müşterilerine göre daha duyarlı olduklarıdır (Sutton, 1996, p171).

Nelson (1970) tüketicilerin, üreticilere nazaran ürünler hakkında daha az bilgili olduğunu belirtmiştir. Kalite hakkındaki bilgi, fiyat hakkındaki bilgiden, daha zor ulaşılması nedeniyle daha değerlidir.

<sup>9</sup> Üretim malları yoğun olarak başka bir ürünün üretiminde girdi olarak kullanılan mallardır.

Tüketiciler ise bu tür bilgilere deneyim veya arama yoluyla ulaşabilirler. Buradaki ayırım, aramanın mı yoksa deneyimin mi daha ucuza mal olacağıyla ilgilidir. Nelson bu çerçevede, ürünleri iki gruba ayırmaktadır: arama malları ve deneyim malları. Deneyim malları, özellikleri satın almadan ve kullanmadan kolayca anlaşılabilen, arama malları ise, özellikleri hakkında satın almadan önce daha kolay bilgi sahibi olunabilen mallardır. Nelson çalışmasında, deneyim mallarında reklam yoğunluğunun daha yüksek olacağı sonucuna ulaşmıştır. Nelson, yapılacak reklamın da ürün çeşidine göre farklı olacağını belirtmektedir. Arama mallarına yapılan reklam daha çok ürünün özellikleri, kalitesi, farklılığı gibi doğrudan bilgiyi içerecek şekilde olacakken, deneyim malları için yapılacak reklam daha çok ürünün markasına ve imajına yönelik olacaktır. Bu nedenlerle Nelson, deneyim mallarında reklam yoğunluğunun daha yüksek olacağını da belirtmekte, üstelik deneyim malları için daha ziyade ikna edici ve yanıltıcı reklam söz konusu olabileceken arama mallarında ise bilgilendirici reklamın daha uygun görüldüğünü ifade etmektedir. Ayrıca her iki çeşit mal grubu için geçerli olmak üzere, dayanıklı olmayan mallar için dayanıklı mallara göre daha yüksek reklam harcamaları yapılacağını belirtmektedir (benzer görüşler için Porter (1974) ve Brush (1976)). Tüketicilerin dayanıklı ürün alımları zaman içerisinde çok sık değildir ve bu tür ürünlerde reklam harcamalarının daha yoğun olması beklenmektedir. Bir endüstride üretilen ürünün dayanıklı olmaması ise o ürünün ikna edici reklam yoluyla satılmasını kolaylaştıracaktır (Comanor ve Wilson, 1974).

Nelson'un, deneyim mallarında ürünün kalitesini önceden bilmek imkânsız olduğundan ikna edici reklamların yapılması gerektiği noktasından devam eden Milgrom ve Roberts (1986), reklamların ürünün kalitesi hakkında sinyal verdiğini belirtmektedirler. Yüksek kalitede bir ürünün tekrar satılma imkânı daha yüksek olduğu için yüksek kaliteli ürün üreten üreticinin ilk satışa verdiği değer, düşük kaliteli ürüne üreticisine göre daha yüksek olacaktır. Bu nedenle yüksek kaliteli ürünün üreticisi, reklama daha çok yatırım yapacaktır. Buna göre eğer düşük kaliteli ürün üreten üreticinin kâr marjı çok daha yüksekse ve satış fiyatları aynıysa, bu sefer kalite ve reklam harcamaları ters yönde ilişkili olacaktır ve tüketiciler bu durumu anladığında ise endüstri reklam harcamaları sıfırlanacaktır. Ancak bu model sadece piyasaya yeni giren ve kalitesi genel olarak bilinmeyen ürünler için

geçerlidir. Kurdukları modelin sonucunda Milgrom ve Roberts, reklamın kalite için bir sinyal olabileceğini, ancak fiyat sinyalinin de var olduğunu, sinyal olarak hangisinin kullanılacağını ise tamamen kaliteler arası maliyet farklılıklarına dayandığını belirtmektedirler. Ancak Nelson'un tersine daha kaliteli ürünler üreten üreticilerin daha çok reklam vereceği sonucuna ulaşılmıştır.

Reklam harcamaları düzeyini belirleyen bir başka etken ise, pazardaki ürünlerin homojenlik seviyesidir. Pazardaki ürünler ne kadar heterojense, tüketicilerin gözünde ürünler arası ikame edilebilirlik düzeyi o kadar düşük olacaktır. Homojen ürünlerin bulunduğu bir durumda, reklamın etkisi artacak ve bu nedenle reklam harcamaları da artacaktır (Gisser, 1991). Ancak Greer'a (1971) göre endüstrideki ürünler birbirinden belirgin bir şekilde farklılaştırılabilirse, daha çok tanıtılacak özellik olması nedeniyle firmalar daha çok reklam harcaması yapabilir. Bunun yanı sıra yasal düzenlemeler gibi nedenlerden dolayı fiyat rekabeti yapılamayan pazarlarda, reklam vasıtasıyla firmalar rekabet edebilir.

Borden (1942), firmanın faaliyet gösterdiği pazar büyümekteyse, pazardaki ürünler birbirlerinden ayrıştırılabilirlerse, ürünlerin dışarıdan anlaşılabilen kalitesi, dışarıdan anlaşılabilene göre daha yüksekse, kişilerin alım davranışı duygusal ve etkilenebilir durumdaysa, ürünün fiyatı çok düşük ve satış düzeyi çok yüksekse<sup>10</sup> reklamın daha etkin olabileceğini belirtmiştir. Etkin bir şekilde reklam yapabilmek imkânı, reklam harcamalarını arttıracaktır.

Nerlove ve Arrow (1962), makalelerinde talebi etkileyen değişkenler ve optimal reklam harcamaları / satış hasılatı düzeyi arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedirler. İlk olarak, endüstri büyüme oranı çoğu kez reklam harcamalarının belirleyicilerini araştıran çalışmalarda bir bağımsız değişken olarak kullanılmıştır. Talepteki hızlı büyümenin genelde yeni ürünlerin piyasaya girişini teşvik edeceği düşünülmektedir. Bu tür ürünler pazara girerken yoğun olarak reklam yapılacağı için artan taleple birlikte kârın reklam harcamalarına ayrılan yüzdesi artabilecektir. Sonuç olarak talepteki artışın bu yönüyle reklam harcamalarını arttırıcı bir etki gösterebileceği düşünülmektedir. Bununla beraber, talepteki hızlı büyüme, satışlarda da artışa yol açacağı için, reklam yoğunluğunun artışında bir engel de oluşturabilecektir.

Brush (1976), talep büyürken, kârın genelde satış hasılatından daha hızlı büyüdüğünü belirterek, firmaların bu fazla kârlarını reklam

harcamalarına yatırılabileceklerini ifade etmiştir. Büyüme sırasında, firmaların pazar payını diğer firmaların satışlarını düşürmeden arttırma imkânı daha rahat olacaktır. Bu büyümeyi kendi pazar payını arttırma amacına yönelik olarak kullanabilmek için firma reklam harcamalarını arttırma yolunu seçecektir.

Pagaoulatos ve Sorensen'e (1981, s. 740) göre çıktıdaki büyüme ile reklam yoğunluğu arasında pozitif ilişki beklenmektedir. Bunun nedeni ilk olarak, hızlı büyümenin genelde yeni ürünlerin piyasaya girişini ifade etmesi ve genelde yeni ürünler için yüksek düzeyde reklam yapılmasıdır.

Reklam yoğunluğunun dış ticaret koşullarından etkilendiği görüşü de makalelerde yer almaktadır. Bu görüşe göre iç piyasa verileri ile hesaplanmış olan yoğunlaşma düzeyi yüksek ithalata maruz kalan piyasalarda olduğundan yüksek hesaplanmaktadır. Bu durumda yüksek yoğunlaşmaya sahip endüstrilerin daha düşük yoğunlaşma düzeyine sahip olan endüstriler gibi tepki vereceği belirtilmekte ve reklam yoğunluğunun planlanandan daha düşük olması beklenebilecektir (Pagoulatos ve Sorensen, 1976). Yüksek ihracat yapılan endüstriler için ise eğer firmalar uluslararası fiyat farklılaştırması yapabiliyorsa bu durumda da firmaların kârlılıklarının daha yüksek olması beklenmektedir (Pagoulatos ve Sorensen, 1976). Daha yüksek kârlılığın daha yüksek reklam yoğunluğu anlamına gelebileceği belirtilmektedir.

Martin de (1979a) tahmin ettiği reklam yoğunluğu denklemine, endüstrideki ithalatın satışlara oranını, dış ticaret koşullarının talebi etkilemesi nedeniyle eklemiştir ve yaptığı ampirik çalışma sonucunda, bu değişkenin, reklam yoğunluğunu negatif yönde etkilediği sonucuna ulaşmıştır.

#### **1.1.4. Bir Giriş Engeli Olarak Reklam**

Bir pazardaki reklam harcamaları düzeyini belirleyen faktörler, yukarıda değerlendirilmiştir. Fakat reklamı etkileyen çok önemli iki unsur olan, fiyat - maliyet marjı ve yoğunlaşma oranı, pazara giriş engellerinin olup olmadığından etkilenmektedirler. Literatürde, reklam harcamalarının pazara giriş önünde önemli bir engel niteliği taşıdığı şeklinde yaygın bir görüş vardır. Bu nedenle, bu kısımda reklamın bir giriş engeli olması özelliğine değinilecektir.

Pazara giriş engeli bir girişimcinin pazara hızlı girişini engelleyen her türlü faktör; uzun dönem giriş engeli ise sadece yeni giriş yapacak firmanın katlanacağı, ama mevcut firmaların katlanmadığı bir maliyet olarak ifade edilmektedir (Carlton ve Perloff, 1994, ss. 76-77). Bir giriş engeli mevcut firmaların marjinal maliyet üzerinde fiyat belirlemelerine izin verirken, yeni firmalar için pazara girişi kârsız kılan herhangi bir faktördür (Ferguson, 1974, s. 10)

Giriş engellerinden biri sayılan ölçek ekonomileri, reklamı etkileyen başka bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. En başta reklamın bir giriş engeli olduğu noktasına, çok yüksek düzeyde reklam harcamalarının, daha yüksek tekelci güce ve normal üstü kârlara yol açtığı görüşünden gelmektedir. Bu görüş, reklamın marka bağımlılığını arttırarak markalar arasındaki çapraz talep esnekliklerini düşürmesi nedeniyle, tüketicilerin yeni markalara kaymasını engelleyeceği düşüncesinden, reklamın ölçek ekonomilerine sahip olarak, küçük ölçekli firmaların pazara girişini etkisiz kılacağı fikrinden doğmaktadır (Kessides, 1986). Bu nedenle genelde reklamın giriş engelleri üzerine olan etkisi reklam ile kârlılık arasındaki kurulan denklemlerle ölçülmeye çalışılmıştır.

Reklam sabit maliyet özellikleri taşıdığından, eğer reklam ürünün satışı için gerekiyorsa veya piyasaya girişte reklam etkisi mevcutsa, reklamın pozitif ölçek ekonomileri yaratma özelliği bulunmaktadır. Reklamda ölçek ekonomilerinin varlığı, öncelikle Comanor ve Wilson (1979) tarafından tartışılmıştır. Buna göre, ölçek ekonomileri sadece reklam harcamalarının büyüklüğüyle değil aynı zamanda firmanın genel büyüklüğüyle de ilgilidir. Reklamda ölçek ekonomilerinin iki kaynağı vardır. İlki büyük üreticilerin reklam maliyetlerinin daha düşük olması, ikincisi ise daha fazla mesaj içeren reklamın daha etkin olmasıdır. Ayrıca eğer belirli bir düzeyde reklam zorunluysa ve reklamın maliyeti yüksekse, reklam piyasaya girişte sermaye engeline de yol açabilecektir (Spence, 1980).

Demsetz (1982), Reekie ve Bhojrub (1981), reklam harcamalarıyla kâr marjları arasındaki ilişkinin çok az veya sıfır olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Hirschey (1981) ise, sadece aşırı düzeyde reklam yapan firmalarda, reklamda orta düzeyde ölçek ekonomilerine rastlamıştır ve ölçek ekonomilerinin negatif etkisinin diğer ekonomistlerce abartıldığını belirtmiştir.

Cubbin (1981) de sektörler arasındaki reklam harcamaları ile kâr marjları arasındaki korelasyonun sadece Dorfman Steiner koşulunda belirtildiği gibi tekelleri güç farklılıklarına dayandığına ve giriş engellerine işaret etmediğine ulaşmıştır.

Needham'a (1976) göre firmanın ürünü için olan talebin fiyat esnekliği ve optimal  $\frac{p-MC}{p}$  veriliyken, firmanın pozitif kâr edip etmeyeceği, reklam harcamaları / satış hasılatı oranına, o da talebin reklam esnekliğine bağlıdır. Bu durumda pazara girişin gerçekleşmesi giriş yapacak firmanın optimal reklam harcamaları / satış hasılatı oranına bağlıdır. Reklamın başarılı olması ise talebin reklam esnekliğine ve rakiplerin reklama karşı tepkisine bağlıdır.

Ürün farklılaştırması ve reklam yoğunluğu arasındaki ilişki de önemlidir. Tüketim mallarında tüketicilerin mevcut ürünlerin gövelli özellikleri konusunda yeterince bilgi sahibi olmaması nedeniyle reklam yoluyla ürünler farklılaştırılabilmektedir. Bir pazardaki ürün farklılaşma düzeyi, rakip ürünler arasındaki çapraz talep ve arz esneklikleriyle ölçülebilir. Düşük çapraz talep esneklikleri alıcıların ürünleri birbirinden daha farklı gördüklerini ve kolayca diğer ürüne geçmeyeceklerini gösterir. Düşük çapraz arz esneklikleri ise arz ikamesinin düşüklüğünü yani üreticinin rakip ürünü üretmeye kolayca geçemeyeceğini gösterir. Bu durumda düşük arz ve talep esneklikleri pazara giriş engellerinin varlığı konusunda bir gösterge olacaktır (Kessides, 1976).

Diğer bir görüşe göre, reklam tekelleri güce yol açmadığı gibi, aslında rekabeti arttırmaktadır. Reklam, alternatif ürünlerin varlığı ve fiyat-kalite özellikleri hakkında bilgi sağlamakta, tüketicilerin katlanması gereken arama maliyetlerini düşürmekte ve böylece marka bağımlılığını düşürmektedir. Bu nedenle reklam, giriş engeli oluşturmaktan çok pazara girişi kolaylaştırmaktadır (Telser, 1964, s. 558).

Bu teoriler ampirik çalışmalar çerçevesinde test edilmiştir. Kessides'in (1986) yaptığı test sonucunda, reklamların bilgilendirici olduğuna; reklamın batık maliyet şeklinde bir giriş engeline yol açtığına; normal üstü kâr eden ve kısa dönemli zararları karşılayabilen firmaların, pazara yeni bir giriş olduğunda daha saldırgan davrandığına ve yeni giriş yapacak firmadan elde edilecek bedavacılık (*free-rider*) etkisi düşükse mevcut firmaların daha saldırgan davrandığına ulaşılmıştır. Fakat aynı zamanda Kessides, karşı görüşe de destek çıkacak şekilde, yeni giriş yapan firmaların reklamın önemli rol oynadığı pazarlarda daha başarılı olduğunu görmüştür.

Symeonidis (1999, s. 125) de yaptığı çalışmada sektöre etkin giriş için gereken minimum etkin ölçeğe sahip tesis kurma batık maliyeti yüksek sektörlerle göre reklam yoğun sektörlerde, rakipler arası rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın, daha düşük olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Piga (2000, s. 608) ise optimal üretim ve reklam harcaması düzeyinin belirlendiği duopol bir pazarda rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın ancak firmalar önceden pazarlık yapıyor ve indirim imkânı çok sınırlıysa mümkün olabileceğini oyun teorisini kullanarak göstermiştir.

Ölçek ekonomilerinin yanı sıra marka bağımlılığının, reklamın yarattığı başlıca giriş engellerinden biri olduğu iddia edilmektedir. Reklamın yarattığı marka bağımlılığının birkaç dönem sürüyor olması otomatik olarak geçmişte yapılan reklam harcamalarının giriş engeli yarattığı anlamına gelmemektedir. Yaratılan bağımlılığın yıllar içerisinde değeri düşmektedir (Schmalensee, 1972). Mevcut firmanın bağımlılık etkisi yaratan geçmişten etkisi kalan reklam düzeyi ve güncel reklam düzeyinin toplamı, piyasaya yeni girecek firmanın baş etmesi gereken reklam düzeyidir. Fakat mevcut firma için de değeri devam eden geçmiş reklam harcaması da aslında muhasebe kayıtlarında cari dönemde görünecektir. Bu nedenle, eğer bir talep asimetrisi yoksa hem pazara yeni girecek firmanın hem de mevcut firmanın birim satışlara düşen reklam maliyeti eşittir. Bu durumda pazara yeni girecek firma aslında sadece mevcut firmaların, eski reklam harcamalarının henüz yıpranmamış kısmı kadar ek bir reklam maliyeti üstlenecektir. Bu nedenle yeni firmanın markasını tanıtmak için mevcut firmalardan daha çok reklam yapacağı ve bunun giriş engeli olduğu yönündeki iddialara Demsetz katılmamaktadır (Demsetz, 1982).

Bu çerçevede yüksek reklam yoğunluğunun ölçek ekonomileri ve batık maliyetler nedeniyle pazara giriş engeli yarattığı genel kabul görse de, aslında pazara yeni girişi yapacak firmanın, mevcut firmaların geçmiş dönemde yaptığı reklam harcamalarının yıpranmamış kısmıyla güncel harcama miktarını yapması gerekmektedir. 1.1. numaralı bölüm genelinde yer verilen araştırmalardan elde edilebilecek diğer sonuçlar aşağıda listelenmiştir:

- Reklam yoğunluğu ile kâr marjları arasında aynı yönlü bir ilişki bulunmaktadır (Dorfman ve Steiner, 1954).
- Reklam yoğunluğu ile pazar yoğunlaşma oranı arasında aynı yönlü (Ornstein, 1976) veya quadratik (Greer, 1971; Sutton, 1974) ilişki olması beklenmektedir.

- Ürünlerin ara mal olması reklam yoğunluğunu negatif etkilemektedir (Buxton, David & Lyons, 1984; Uri, 1987).
- Arama maliyetlerinin daha yüksek olması nedeniyle dayanıklı mallarda reklam yoğunluğunun dayanıksız mallara göre daha düşük olması beklenmektedir (Nelson, 1970)
- Yeni ürünlerin piyasaya girişinde daha yoğun reklam yapılması beklendiğinden, endüstri çıktısındaki büyüme oranı ile reklam yoğunluğu arasında pozitif ilişki beklenmektedir (Pagaoulatos ve Sorensen, 1981).
- Dış ticaret koşullarının da endüstri reklam yoğunluğu üzerinde etkisi olabilmektedir. Endüstri ithalatının satışlara oranı, talep aracılığıyla, reklam yoğunluğunu negatif olarak etkileyebilmektedir (Martin, 1979a). İlgili üründe uluslararası fiyat farklılaştırması yapılabilmesi durumu ve ihracat yoğunluğu da reklam yoğunluğunu etkileyebilen unsurlardandır (Pagoulatos ve Sorensen, 1976).
- Pazardaki ürünlerin heterojenliği reklam yoğunluğunu arttıran unsurlardandır (Zellner, 1989; Gisser, 1991).

## 1.2. Reklam Harcamaları Üzerine Yapılmış Ampirik Çalışmalar

Reklam harcamalarını belirleyen faktörler üzerine çok sayıda ampirik çalışma yapılmıştır. Bazı çalışmalarda reklam harcamaları açıklayıcı değişken olarak yer alsa da iki değişken arasındaki ilişki üzerine bir yorum getirdikleri için bu bölümde yine de yer verilmiştir. İlk bölümde Türkiye'ye ait verilerle, ikinci bölümde ise diğer ülkelerin verileriyle reklam harcamalarını etkileyen faktörler üzerine yapılmış ampirik çalışmalar yer almaktadır.

### 1.2.1. Türkiye İçin Yapılmış Çalışmalar

Türkiye için yapılmış reklam harcamalarını inceleyen çalışmalar genelde sadece reklam harcamalarının belirleyicileri üzerine değildir. Bu nedenle aşağıda, bir şekilde reklam harcamalarını da içeren ve aslında piyasa yapısını inceleyen çalışmaların ilgili bölümlerine de yer verilmektedir.

Bal ve Şengök (2003) çalışmalarında 82 dört haneli Türk imalat endüstrisi için analizler yapmışlardır. İlk olarak reklam yoğunluğu ile



yoğunlaşma arasında aşağıda görülen kuadratik ilişkiyi tanımlamışlar ve denklemi 1998 yılına ait yatay kesit veriler kullanarak tahmin etmişlerdir:

$$A = a + bCR_4 + cCR_4^2 \quad (2.1)$$

Burada  $A$  reklam yoğunluğunu göstermektedir. Bu denklemin tahmininden elde edilen hiçbir katsayı istatistiksel olarak anlamlı çıkmamıştır. İkinci olarak aynı denklemi, yoğunlaşma oranı ve reklam yoğunluğu değişkenlerinin 1998/1993 yılları değişim hızları değerlerini kullanarak yeniden tahmin etmişlerdir. Bu tahmin sonucunda reklam yoğunluğu değişim hızı ile yoğunlaşma oranı değişim hızı arasında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki tespit edilmiştir. Değişim hızları cinsinden tahmin edilen bu denklemden hareketle yazarlar minimum yoğunlaşma artış hızını da hesaplamışlardır. Bu optimum değeri bulmak için tahmin edilen denklemin türevini sıfıra eşitleyerek buradan  $CR_4$  değişkenini çekmişlerdir. Diğer bir deyişle minimum yoğunlaşma artış hızını hesaplamak için aşağıdaki denklemden yararlanmışlardır:

$$\frac{dA}{dCR_4} = b + 2cCR_4 = 0 \quad (2.2)$$

Bu denklemde  $A$  ve  $CR_4$  sırasıyla reklam yoğunluğunun ve yoğunlaşma oranının değişim hızlarını göstermektedir. Yazarlar bu hesaplamadan hareketle, reklam yoğunluğu değişim hızı ile yoğunlaşma oranı değişim hızı arasındaki doğrusal olmayan ilişkinin yapısını şu şekilde ortaya koymuşlardır: Yoğunlaşma oranının yıllık artış hızı %14,5'i aşana kadar reklam yoğunluğu artış hızı azalmakta, bu seviye aşıldıktan sonra ise yoğunlaşma oranı artış hızı arttıkça reklam yoğunluğu artış hızı da artmaktadır.

Reklamın bir giriş engeli olduğuna değinen Yolaç (2001), aslında reklamın bir çeşit ürün farklılaştırması yöntemi olduğuna ve bu nedenle de bir giriş engeli oluşturduğuna değinmektedir. Reklam yoğunluğunun da açıklayıcı değişkenler arasında yer aldığı bir kâr denklemini, ISIC 4 basamaklı 85 imalat sanayii alt sektörü için 1997 verileri kullanarak tahmin etmiştir. Buna göre reklam, açıklama gücü en yüksek modelde anlamlı çıkmıştır. Elde edilen bu sonuç, reklam harcamalarının, talebin fiyat esnekliğini azaltmak suretiyle, kârlılığın artmasına neden olduğu şeklinde yorumlanmıştır.

Şengök'ün (2002), ISIC-Rev.3 kodlama sistemine göre dört basamaklı 112 imalat sanayii alt sektörünün 1998 yılı verileri kullanılarak yatay kesit analizi yapılan çalışmasında yoğunlaşma oranı bağımlı değişken, reklam yoğunluğu ise açıklayıcı değişken olarak alınmıştır. Aradaki ilişki hem doğrusal, hem ikinci dereceden (kuadratik) alındığında istatistiksel olarak anlamlı bir ilişkiye ulaşılamamıştır. Bunun üzerinde yoğunlaşma oranı %30 ile %70 arasında olan 57 endüstri için doğrusal bir regresyon denklemi tahmin edilmiş ve pozitif doğrusal ilişki anlamlı bulunmuştur.

İkinci olarak Şengök, talebin reklam esnekliğinin açıklayıcı değişken ve talebin fiyat esnekliğinin bağımlı değişken olduğu bir doğrusal regresyon denklemi tahmin etmiştir. Bu denklemin tahmin sonucuna göre talebin reklam esnekliği, talebin fiyat esnekliğini pozitif olarak etkilemektedir.

Cılasun (2003), Türk imalat endüstrilerinde 1993 - 1999 yılları arası panel verileri kullanarak piyasaya giriş ve çıkış denklemleri tahmin etmiştir. Her iki çeşit denklemde de reklam yoğunluğunu (reklam harcamalarının toplam endüstri çıktısına oranını) açıklayıcı değişken olarak almıştır. Her ne kadar bu değişken ürün farklılaştırmasını yansıtmak amacıyla regresyonlara dâhil edilmiş olsa da, tahmin sonucunda reklam yoğunluğu sadece çıkış denkleminde %5 seviyesinde anlamlı çıkmış; giriş üzerinde ise bir etkisi olmadığı görülmüştür.

Gürleyik (2004), 1993 - 2000 yılları arasında 65 imalat endüstrisini kapsayan verilerle bir kârlılık denklemi tahmin etmiştir. Denklemin açıklayıcı değişkenlerinden reklamı, %1 düzeyinde sadece En Küçük Kareler (EKK) yönteminde anlamlı bulmuş, diğer yöntemlerle sadece %10 seviyesinde anlamlı bulabilmiştir. Tahmin sonuçlarına göre, negatif ve anlamsız çıkan değişken katsayısının, reklamın ikna edici ve bilgilendirici özelliklerinin çatışmasından kaynaklandığını ileri sürmektedir.

Uğurlu (2007),  $CR_4$  ve  $CR_4^2$  değişkenleri arasında yüksek korelasyon çıkması sebebiyle yoğunlaşmayı doğrusal olarak aşağıda yer verilen reklam yoğunluğu modelini 66 Türk imalat endüstrisine ait 1993-1999 yılları arasındaki verileri kullanarak tahmin etmiştir:<sup>11</sup>

$$\frac{A}{S} = \beta_0 + \beta_1 CR_4 + \beta_2 PCM + \beta_3 CGD + \beta_4 DGD + \beta_5 \frac{X}{S} + \beta_6 \frac{M}{S} + \beta_7 GR + \varepsilon$$

<sup>11</sup> Burada PCM endüstri fiyat - maliyet marjını, CGD tüketim malı kukla değişkenini,

(2.3)

Buna göre, ilk olarak fiyat, marjinal maliyetin ne kadar üzerindeyse ilave her birim satıştan elde edilen kâr o kadar çok olmakta, buna bağlı olarak da optimal (kârı maksimize eden) reklam harcaması düzeyi o kadar yüksek olmaktadır<sup>12</sup>. Aynı bulguyu, firmaların reklam harcamalarına karar verirken kârlılıklarına baktıkları şeklinde yorumlamak da mümkündür. İkinci olarak, ihracat yoğunluğu değişkeni reklam yoğunluğunun anlamlı ve negatif bir belirleyeni olarak bulunmuştur. Bu bulgu, ihracat yoğunluğu yüksek olan endüstrilerin, yoğunlaşma oranıyla ölçülenden daha rekabetçi olabileceği ve buna bağlı olarak da daha az reklam harcaması yaptıkları savına destek vermektedir. Son olarak, anlamlı bulunan diğer bir değişken endüstri büyümesidir. Bu değişken için bulunan pozitif katsayı, endüstri talebindeki büyüme arttıkça piyasaya giriş yapan yeni firmaların ürünlerini müşteriye tanıtabilmek için yoğun olarak reklama ihtiyaç duymalarına ve mevcut firmalarınsa büyüyen pazardaki paylarını korumak ve hatta arttırmak için reklam bütçelerini arttırmalarına bağlanabilir. Bu çalışma sonucunda endüstri yoğunlaşma oranı ile reklam yoğunluğu arasında ters U biçiminde bir ilişki desteklenirse de ilişkinin pozitif yönlü olabileceğine dair bulgulara ulaşılmıştır.

Türk imalat endüstrileri için yapılan ampirik çalışmalar aşağıdaki şekilde özetlenebilecektir:

- Reklam yoğunluğu ile yoğunlaşma oranı arasında pozitif doğrusal ilişkiyi destekleyen çalışmalar bulunmaktadır (Şengök, 2002; Uğurlu, 2007).
- Kârlılık ile reklam harcamaları arasında pozitif ilişki görülmüştür (Yolaç, 2001; Uğurlu 2007). Ayrıca reklam yoğunluğu ile talebin fiyat esnekliği arasında pozitif ilişkiye ulaşılmıştır (Şengök, 2002).
- İhracat yoğunluğu yüksek olan endüstrilerin, yoğunlaşma oranıyla ölçülenden daha rekabetçi olabileceği ve buna bağlı olarak da daha az reklam harcaması yaptıkları savı desteklenmiştir (Uğurlu, 2007).
- Büyüyen endüstrilerde reklam yoğunluğunun daha yüksek olduğu görülmüştür (Uğurlu, 2007).

DGD dayanıklı mal kukla değişkenini, ve sırasıyla ihracat ve ithalat yoğunluğunu, GR de endüstri büyüme oranını ifade etmektedir.

<sup>12</sup> Bu sonuç Dorfman-Steiner koşulunu desteklemektedir.

### **1.2.2. Diğer Ülkeler İçin Yapılmış Reklam Yoğunluğu Denklemi Çalışmaları**

Diğer ülkeler adı altında geçen çalışmalar, aslen İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) verileri ile yapılmıştır. Yoğunlukla, reklam yoğunluğu ile fiyat - maliyet marjı veya endüstri yoğunluğu üzerine olan bu makalelerin önemli noktalarına aşağıda birleştirilerek yer verilmekte ve daha detaylı olarak tablolştırılmaktadır:

Ele alınan ampirik çalışmaların bazı önemli sonuçları aşağıdaki tabloda özet halinde verilmektedir:

**Tablo 1 - İncelenen Yabancı Ampirik Çalışmaların Sonuçları**

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Malı	Not
1964	Telser	1947, 1954, 1958	ABD	Değişimler arası (-) ilişkisi		Reklamı yapılan ürünlerin yapılmayanlara göre daha pahalı olduğunu bulmasına rağmen, bunun reklamın bir giriş engeli olduğunu kanıtlamadığını belirtmiştir.				Daha az reklam yapılan durumda pazar paylarının durağan olduğu belirtilmiştir.
1964	Johnson	-	ABD			-	Satış miktarıyla pozitif ilişki bulunmuştur.			Yoğun reklam faaliyetlerinin, yüksek marka cirolarıyla bağdaştırılmasına, bunun da reklamın tekel olma yönünde bir çabadan ziyade rekabetin bir aracı olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir.
1967	Mann, Henning ve Meehan	1952-1965	ABD	+						
1967	Comanor ve Wilson	1954-1957	ABD	+ <sup>13</sup>	+					Ürünlerin farklılaştırılabilirliği pazarlarda reklamın daha karlı bir aktivite olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>13</sup> Demsetz (1982) ise Comanor ve Wilson'ın bulduğu reklam yoğunluğu ile kar oranları arasındaki pozitif korelasyonun sadece değişkenlerin hesaplama yöntemlerinden kaynaklandığını iddia etmektedir.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1969	Telser	1957-1959	ABD	Anlamlı doğrusal bir sonuca ulaşmamıştır.						
1971	Sherman ve Tollison	1947-1960	ABD		<sup>14</sup>					Pazar payları ile reklam yoğunluğu arasında pozitif korelasyon bulunmuştur.
1971	Greer	1947-1957	ABD	∩		İlişkisiz				
1972	Schmalen-sec	1956-1957	ABD					Ayrım var <sup>15</sup>		
1972	Cowling	-	ABD							Cari reklam harcamalarının, gelecek yıllarda da etkisinin devam ettiğini sonucuna ulaşılmıştır.
1973	Vernon ve Nourse	1969	ABD	Belirsiz <sup>16</sup>	+ (Da-yanıklı olmayan mallarda)			Ayrım yapılmış	Ayrım yapılmış	

<sup>14</sup> Ancak reklam yoğunluğu / satış hasılatı oranının kar üzerindeki etkisinin ise anlamsız olduğuna ulaşılmış ve reklamın piyasaya gücüne değil, piyasaya gücünün reklama yol açtığını belirtmişlerdir.

<sup>15</sup> Ulusal reklam harcamalarının sadece dayanıklı mallara yaptığı harcamalar ve tüketicilerin dayanıksız mallara yaptığı harcamalar ve bir önceki dönemin ulusal reklam harcamalarına dayandığı bir regresyon tahmin edilmiş, bunun sonucunda ise tüm değişkenlerin ulusal reklam harcamalarını pozitif etkilediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>16</sup> Kar oranının bağımlı değişken olduğu regresyonun tahmin edilmesi sonucunda ise, sadece reklam harcamaları / satış hasılatı oranı ve kar oranı arasında, reklamın giriş engeli olduğunun bir göstergesi olarak kabul ettikleri istatistiksel olarak anlamlı bir ilişkiye ulaşılmıştır.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma $\Omega^{17, 18}$ (Tüketim malları endüstrilerinde)	Kâr Marjı/Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1974	Sutton	1963	ABD						Ayrım yapılmış	
1974	Bloch	1950-1953	ABD		Kârlılık bağımlı değişken iken anlamlı bir ilişkiye ulaşamamıştır.					
1975	Cowling, Cable, Kelly ve McGinness		UK	$\Omega^{19}$	$+^{20}$			Ayrım yapılmış		

<sup>17</sup> En yüksek reklam harcamalarının ortalama yoğunlaşma düzeyine sahip endüstrilerde gerçekleştiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

<sup>18</sup> Rees (1975) Sutton'ın ulaştığı reklam yoğunluğu ve endüstri yoğunlaşma düzeyi arasındaki ilişkinin ters U şeklindeki oluşumunun o kadar belirgin olmadığını ve bir dizi hata sonucu ortaya çıktığını belirtmiştir. Özellikle yüksek yoğunlaşmanın görüldüğü endüstrilerde, söz konusu ilişkinin belirginlikten uzak olduğunu ifade etmiştir.

<sup>19</sup> Rekabetçi pazarlarda yoğunlaşma düzeyi, reklam yoğunluğunu %4 etkilerken, oligopolcü pazarlarda %20, duopolde ise %15 etkilemektedir.

<sup>20</sup> Reklamın, fiyat - maliyet marjlarını etkileyerek bir giriş engeli oluşturduğu sonucuna ulaşarak, çoğu durumda hem dayanıklı hem de dayanıklı olmayan ürünler için reklamın pazar payları üzerinde pozitif bir etkiye sahip olmasının ve reklaımla yoğunlaşma arasındaki bağlantının, reklamın minimum etkin ölçüğü yükseltmesinden kaynaklandığına kanaat getirmişlerdir.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1976	Reekie	1970-1971	ABD		İlişki yok					
1976	Brush <sup>21</sup>	1957-1959	ABD	+			+			
1976	Ornstein <sup>22</sup>	1963	ABD	(Düşük bir etki)					Ayırım yapılmış	
1979a	Martin, 1979a	1963-1967	ABD	∩	+			Ayırım yapılmış	Ayırım yapılmış	Reklam yoğunluğunun talebin özelliklerini belirleyen değişkenlere de bağlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.
1979b	Martin, 1979b	1963-1967	ABD	∩	+		-		+	
1979	Farris ve Buzzel	1971-1977	ABD							Reklam yoğunluğu / satış hasılatı oranının, üreticinin pazar payı düşüğe veya ürün lüks malsa ve fiyatı çok yükseğe veya ürün çok ucuzsa ve sık sık alınıyorsa, daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>21</sup> Buna göre reklam yoğunluğu; yoğunlaşma oranı, yoğunlaşma oranının karesi, talepteki büyüme oranı, pazar büyüklüğünü temsil eden o pazardaki nakliye miktarı ve ürünün dayanıklılığı gösteren bir kukla değişken tarafından açıklanmaktadır. Çalışmada, kukla değişkeninin, talepteki büyüme oranının ve nakliye miktarının istatistiksel olarak anlamlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yazar, endüstri reklam yoğunluğunda görülen açıklanamayan sapmaların, ürünlerin kendine has özelliklerinden kaynaklandığını , bu çeşitliliklerin sadece dayanıklı mal ayrımıyla veya ölçüm hatalarıyla açıklanamayacağını belirtmiştir. Ayrıca, reklam yoğunluğu ve yoğunlaşma oranı arasındaki ilişkinin doğrusal olarak daha iyi açıklandığı da ifade edilmiştir.

<sup>22</sup> Bradburd (1980), Ornstein'in hipotezinde, büyük firmalar küçük firmalara göre daha çok reklam yaptıkları için endüstri yoğunlaşma oranı ve reklam yoğunluğunun pozitif olarak ilişkili olduğunu belirtmiştir.



Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1980	Bradburd	1967	ABD	Sadece tüketim mallarında + ilişkisi					+ <sup>23</sup>	
1981	Reekie ve Bhoynrub	1968-1977	UK		+	Reklamın gelire varlık olarak eklenmesi halinde marj-daki pozitif ilişkiye ulaşılma-dığı belirtilmektedir. Bu ise reklamın bir giriş engeli olmadığını göstergesi olarak yorumlanmaktadır.				
1981	Pagoulatos ve Sorensen	1967	ABD	+	+		Reklam yoğunluğunu etkilemiyor.		+	Talebin fiyat esnekliği reklamı etkilemiyor.
1981	Hirschey	1947-1974	ABD			Reklamın aslında giriş-leri kolaylaştırdığı, fakat lider olmayan firmaların büyümesinde sınırlı bir kısıtlayıcı etkisi bulunduğu gösterilmiştir.				

<sup>23</sup> Bradburd (1980), tüketim veya üretim mallarından bahsedildiğinde, sadece satışların en çok kime yapıldığına dair bir oranın ifade edildiğini belirtmiştir. Aslen tüketim ve üretim mallarında, piyasadaki yoğunlaşma düzeyinin reklam yoğunluğu üzerindeki etkisinin farklı olduğu düşüncesi, üreticilerin tüketicilere nazaran ürünler hakkında sistematik olarak daha bilgilili olduğu varsayımından kaynaklanmaktadır. Üreticilerin ve tüketicilerin karışık olduğu bir örnekte bu varsayım altında, yoğunlaşmanın, reklam üzerindeki etkisi, tüketim mallarında olduğundan yüksek, üretim mallarında ise olduğundan görece düşük tahmin edilecektir. Bu sorunun çözümü için bir yöntem, regresyon denklemine, tüketim ve üretim malları ayrımını gösterecek kulluk değişkenler eklemektir. Diğer bir yöntem ise, iki kategori için ayrı regresyonlar tahmin etmektir.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1982	Hirschey	1967	ABD			Çok yüksek reklam yoğunluğu olan endüstrilerde reklamda orta düzeyde ölçek ekonomilerine rastlanmıştır.				
1983	Weiss, Pascoe ve Martin	1975	ABD	∩					Ayırım yapılmış <sup>24</sup>	
1983	Gupta <sup>25</sup>	1968	Kanada	+ (belirsiz)	+				Kolayda tüketim mallarında +	
1984	Kardasz ve Stollery	1965-1970	Kanada	+					Ayırım yapılmış yoğunluğu ilişkisi bulunmuştur.	
1984	Connolly ve Hirschey	1977	ABD	∩	+				+	

<sup>24</sup> Tüketim malları endüstrilerinde, yoğunlaşma oranı haricindeki tüm değişkenler anlamsız çıkmıştır. Reklam yoğunluğu ise endüstri yoğunlaşma oranı %56 düzeyine ulaştığında en yüksek seviyesine ulaşmaktadır. Üretim malları ve tüketim malları endüstrileri birlikte alındığında ise, alıcı yoğunlaşması hariç tüm değişkenler anlamlı bir etkiye sahip çıkmış, ayrıca reklam yoğunluğunun da %54 endüstri yoğunlaşması seviyesinde maksimuma ulaştığı gözlenmiştir.

<sup>25</sup> Gupta'ya (1983) göre sermayenin yabancı ağırlıklı olması daha çok reklam verilmesine yol açmaktadır. Yoğunlaşma oranı ve mutlak sermaye gereksinimi, sadece söz konusu değişkenlerden biri regresyondan çıkarıldığında anlamlı çıkmaktadır. Mutlak sermaye gereksinimi ile reklam yoğunluğu arasında pozitif ilişki tespit edilmiştir.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1985	Buxton, David ve Lyons	1968	UK	∩ <sup>26</sup>					+	
1986	Coate ve Uri	1976	ABD	∩	+			-	+	
1986	Kessides	1972-1977	ABD			Evet <sup>27</sup>				
1986	Bayer ve Lancaster	1976	ABD							Firma büyüklüğü ile ortalama reklam maliyeti arasında anlamlı bir ilişki gözlemlenmiştir.
1987	Uri	1977	ABD	∩			+ (ayrıca satış miktarıyla pozitif ilişki)	+	+	Markalar arasında bariz bir ayrım varsa, tüketicilerin reklamları, ürün hakkında deneyime ikame gördüğü belirtilmektedir.
1988	Cubbin ve Dombberger		ABD			Firmaların ortalama olarak yarısının pazara yeni bir giriş olduğu reklam faaliyetlerini artırma yoluna gittiklerine ulaşılmıştır.				
1989	Zellner	1977	ABD	+	Anlamsız					Endüstrideki toplam nakliye düzeyindeki artış (+), her ürün grubundaki marka sayısı (+), pazara yeni ürün sunumu (-)

<sup>26</sup> Ortalamadan düşük yoğunlaşmaya sahip endüstrilerde CR4 arttıkça, reklam yoğunluğunda önemli bir artış gözlenirken, aynı zamanda, tüketicilere yapılan satışların da arttığı gözlemlenmiştir. Yoğunlaşma oranının sadece tüketiciye doğrudan satışlar mevcutsa etkilediği sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>27</sup> Piyasaya girişin başarılı olma ihtimali yüksek olduğunda, mevcut firmaların koruyacakları daha yüksek karlar olduğunda ve agresif reklam faaliyetine girişmenin maliyeti görece düşük olduğunda, mevcut firmaların daha agresif reklam faaliyetine giriştiği gözlemlenmiştir.

Reklam Yoğunluğunu Açıklamak Üzere Modele Getirilen Değişken										
Yayın Tarihi	Yazar	Veri Aralığı	İlgili Ülke	Yoğunlaşma	Kâr Marjı/ Kâr Oranı	Reklam Giriş Engeli Mi	Satışlarda Büyüme	Dayanıklı Mal	Tüketici Mali	Not
1991	Gisser	1977	ABD	+	+					
1998	Willis ve Rogers	1987	ABD	HHI, J	+		Anlamsız		Anlamsız	
2002	Delorme, Klein, Kammerschen ve Voeks	1982, 1987, 1992	ABD	Anlamsız (-)	Anlamsız		Anlamsız			
2002	Lee	1983	Kore	HHI, $\cap$	Tüketim malları (+), Üretim malları (-)				+	
2006	Resende	1996	Brezilya	+	- <sup>28</sup>	Giriş engellerinin reklam yoğunluğunu negatif yönde etkilediği gösterilmiştir.		-		
2016	Chen ve Waters	2013	ABD	HHI, $\cap$	+			Ayrılmış (-)		

**Kaynak:** Tablo 1'de yer verilen makaleler.

**Not:** “ $\cap$ ” sembolü çalışmada reklam yoğunluğu ile yoğunlaşma arasında bir ters U ilişkisi bulunduğunu; “ $\text{J}$ ” sembolü ise ilgili çalışmada ilişkinin J şeklinde gözlemlendiğini göstermektedir.

<sup>28</sup> Kar marjının etkisinin negatif olmasını reklamların bilgilendirici yönünün daha baskın olmasına bağlanmıştır.

Burada Comanor ve Wilson (1967), Greer (1971), Martin (1979a), Kardasz ve Stollery (1984), Gupta (1983), Connolly ve Hirschey (1984), Coate ve Uri (1986), Zellner (1989), Gisser (1991), Delorme, Klein, Kamerschen ve Voeks (2002), Chen ve Waters'ın (2016) tahminlerini eş anlı denklem istemi içerisinde gerçekleştirdiklerini belirtmek gerekmektedir. Buxton, David ve Lyons (1984) denklemdeki değişkenler arasında korelasyon olduğundan, Greer'in (1971), Sutton'ın (1974), Reekie'nin (1976), ve Strickland ve Weiss'in (1976) tahminlerinin yanıltıcı olduğunu belirtmiştir.

Reklam yoğunluğu değişkeninin yer aldığı ampirik çalışmalarda şu noktalar dikkat çekmektedir:

- Görece yeni makalelerde Herfindahl - Hirschman İndeksi (*HHI*), en büyük 4 veya 6 firma yoğunlaşma oranına ( $CR_4$  veya  $CR_6$ ) tercih edilmektedir. Bunun nedeni de yoğunlaşma oranının firmalar arası pazar payı farklılıklarını yansıtamamasıdır.
- Ölçek ekonomisi kavramı iki noktayı kapsamaktadır. İlk kavram büyük ölçekli firmaların reklam harcamaları / satış hasılatı oranının, küçük firmalara göre daha düşük olmasıdır. İkincisi ise yapılan reklam harcamalarının, firmaya satışlardaki artış olarak geri dönüşünün, reklam harcamaları yükseldikçe, reklam harcamalarındaki yükselmeden daha çok artmasıdır.
- Fiyat - maliyet marjının reklam yoğunluğu üzerindeki etkisini ölçen çalışmaların çok büyük bir bölümü, söz konusu etkinin pozitif olduğu sonucuna ulaşmıştır ve bu, Dorfman-Steiner koşulunu destekler niteliktedir.
- Endüstri yoğunlaşması ile reklam yoğunluğu arasındaki ilişki konusunda ampirik çalışmaların sonuçları arasında tam bir uyum yoktur. Bununla beraber ters U biçimindeki ikinci dereceden ilişki görece göze çarpmaktadır.
- Tüketim malları ve üretim malları ayrımı çoğu araştırmacılar tarafından benimsenmiştir. Bunun sebebi olarak da tüketicilerin üreticilere göre reklama daha duyarlı olması gösterilmiştir.
- Reklamın hem giriş engeli olduğu yönünde, hem de olmadığı ve sadece giriş engeli olan pazarlarda reklama ihtiyaç duyulmadığı yönünde araştırma sonuçları mevcuttur.

## 2. REKABET HUKUKUNDA REKLAM HARCAMALARI

Reklama ilişkin düzenlemelerin genel olarak Türk Ticaret Kanunu ve 4077 sayılı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında olduğu düşünülse de ilgili kanunlarla sadece yanıltıcı, aldatıcı reklam yasaklanmaktadır. Oysaki reklam, piyasa mekanizmasının değişkenlerinden biridir. Nitekim Dorfman Steiner (1954) modeliyle firma davranışları içerisindeki önemi anlaşılan reklam, üretim fonksiyonuna fiyatın yanında bir rekabet unsuru olarak girmiştir. Dolayısıyla bu değişkene yönelik kısıtlamalar da rekabeti sınırlandırabilmekte ve tıpkı rakipler arasında fiyat tespitinde olduğu gibi fiyat içerikli reklamların yasaklanmasının da rekabet üzerinde önemli sınırlayıcı etkisi ortaya çıkabilmektedir.

Yalnızca fiyat içerikli reklamların yanı sıra bilgilendirici reklamlar da rekabeti etkilemektedir. Zira bu türdeki reklamlar bilgi asimetrisi olan pazarlarda tüketicilerin alışverişlerini tercihlerine daha uygun yapmasını sağlamaktadır. Dolayısıyla bilgilendirici reklamların yasaklanmasının da rekabet üzerinde sınırlayıcı bir etkisi olması muhtemeldir. Ancak dayanıklı mallarda reklamın etkisi görece düşmektedir. Bunun nedeni tüketicilerin sadece reklama güvenmek yerine, ürünün arama maliyetlerine katlanmayı tercih edebilmeleridir (Comanor ve Wilson, 1974, böl. 3-4).

Reklam ve rekabetin tam olarak ilişkilendirilmesine uygun örneklerden biri Resende'nin 2006 tarihli makalesidir. Resende burada, fiyat dışı rekabetin önemli bir aracı olan reklamlar ve bu kapsamda değerlendirilen çeşitli promosyonların, eksik rekabet olan pazarlarda çok önemli rol oynadığını belirtmektedir. Bu tür pazarlarda reklam, özellikle olağan fiyat rekabetini destekleyen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Resende reklamın bilgilendirici yönünün güçlü olduğu durumlarda, reklamın rekabeti tetikleyeceğini ve genelde fiyat indirimleriyle beraber görüldüğünü belirtmektedir (Resende, 2006).

Somut olarak reklam kısıtlamaları olan piyasaların incelendiği çalışmalarda reklam kısıtlamalarının/yasaklarının pazarın yoğunlaşma oranını ve dolayısıyla rekabeti etkilediği ortaya konmuştur. Eckard (1991) (akt. Clark, 2003, s. 6), sigara endüstrisinde reklam yasağına kadar pazar payları yavaş yavaş düşen lider teşebbüslerin, reklam yasağı ile beraber giderek güçlendiğini belirtmiş, Holak ve Reddy (1986) (akt. Clark, 2003, s. 6) benzer sonuçlara ulaşmıştır. Reklam yasaklarını

malt içecekleri endüstrisinde inceleyen Sass ve Saurman (1995) (akt. Clark, 2003, s. 6) da pazar yoğunlaşma oranının reklam yasağıyla beraber arttığını açıklamıştır. Bu örneklerin yer aldığı makalenin yazarı Clark ise aslen kahvaltılık gevrek pazarında çocukların psikolojilerini etkilediği gerekçesiyle Quebec’de getirilen reklam yasağını incelemiş, inceleme sonucunda sadece reklam yasağı getirilen bölgede fiyatların arttığını ve bu durumun reklam yasaklarının rekabeti kısıtladığını gösterdiğini belirtmiştir.

## **2.1. ABD ve AB Rekabet Hukukunda Reklam Kısıtlamalarına Yönelik Yaklaşım**

### **2.1.1. ABD Uygulaması**

Reklamın rekabet süreci üzerindeki etkilerinin tespit edilmesine ilişkin çalışmalar en yaygın olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) görülmektedir. Bu kısımda ABD uygulamasına uygulayıcı kurum ayırımına gidilmeden ve yatay-dikey anlaşmalardan başlanmak suretiyle genel olarak yer verilecektir.

ABD Federal Ticaret Komisyonunun (FTC) yetkileri arasında, yanıltıcı reklamın yasaklanmasının ve haksız rekabetin önlenmesinin yanı sıra, piyasalardaki rekabeti düzenleme açısından reklamlarla ilişkili çeşitli uygulamalar da bulunmaktadır. Bu kapsamda reklamları yasaklayan anlaşmalar ve özellikle fiyat reklamlarının kısıtlanması, eğer tüketicileri önemli bilgiden mahrum bırakıyorsa veya kısıtlamaların etkinlikle desteklenmeyen bazı antirekabetçi etkileri olduğu görülüyorsa engellenmektedir.

FTC’nin Antitrust Kanunlarına İlişkin Rehberinde, Rakipler Arası Diğer Anlaşmalar başlığı altında reklamı kısıtlayıcı anlaşmalara da yer verilmektedir (“*Other Agreements Among Competitors*”, 2020). Söz konusu anlaşmaların Sherman Yasası çerçevesinde *rule of reason* analizine tabi tutulduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda yanıltıcı olmayan reklam, tüketicilerin rakip ürünlerin fiyat ve kalitesi konusunda bilgi almalarını sağladığından bu reklamların serbest piyasa sistemi için önemli olduğu, rakiplerin birbirlerine getirdiği sınırlamaların yasaklanabileceği ifade olunmaktadır. Bununla beraber ABD’de rakipler arası anlaşmalardaki reklam kısıtlarının *per-se* ihlal olduğuna ilişkin kararlar da bulunmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi’nin

Blackburn vs. Sweeney kararında firmalarını ayıran avukatların rakip olduğu belirtilerek ayrılmaya ilişkin anlaşmanın içerdiği reklam yasağı nedeniyle pazar paylaşımına yol açtığı ifade edilmiş ve ilgili anlaşma *per-se* ihlal sayılmıştır. Zira incelenen teşebbüsler müşterilerini özellikle reklam yoluyla bulmaktadır ve belirli bir bölgede reklam yapmama yasağı getiren bir anlaşma maddesi Sherman Yasası'nın 1. maddesi kapsamına girerek *per-se* ihlal sayılmıştır<sup>29</sup> (53 F. 3rd 7th Circuit, 1995, ss. 825-827).

Bunun yanı sıra FTC, genelde rekabeti olumlu yönde etkileyen niteliğe sahip ortak üretim anlaşmalarında, reklam stratejilerine ilişkin rekabeti kısıtlayabilecek yan anlaşmaların da olabileceğini belirtmektedir. Bu tür anlaşmalar, anlaşma taraflarının bağımsız kararlarını sınırlayarak, pazar gücünü arttırıcı ve/veya pazar gücünü kullanmayı kolaylaştırıcı etkiler doğurabilecektir (*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, ss. 13-14).

FTC'nin reklam yasaklamalarının yaygın olduğu profesyonel meslekler bakımından da açıklamaları vardır. Öncelikle avukat reklamları üzerine olan onaylanmış personel görüşünde, avukatlarca yapılan yanıltıcı reklamların yasak olduğu, bununla beraber *New York Unified Court System*'in doğru ve yanıltıcı olmayan reklamları yasaklamasının, New York'taki yasal hizmetler pazarında rekabeti sınırlayıcı etkisinin muhtemel olduğu belirtilmektedir. Bu konuya yönelik FTC uzmanlarının görüşlerinin şu noktalara odaklandığı ifade edilmiştir ("Commission Approves Staff Comments on Attorney Advertising to New York Unified Court System; FTC Staff Issues Advisory Opinion Concerning the NPIA to St. Johns Health System". 2006):

1. Medya reklamlarının şekil ve içeriğine yönelik bazı değişiklik önerilerinin, mutlaka yanıltıcı reklama yönelik olmadığı ve bu şekilde aslında tüketicilere önemli bilgiler ileten ve aslında rekabeti tetikleyen yanıltıcı olmayan reklamların da engellendiği,
2. Reklamın aldatıcılığı bir açıklamayla düzeltilemiyorsa ancak o zaman yasaklanması gerektiği,
3. Bütün reklamların Baronun Avukatlık Disiplin Komitesi'nde aleni olarak dosyalanması gibi önerilmiş bir zorunluluğun, tüketici fiyatlarını arttıracağı ve bu kadar geniş bir uygulamadan kaynaklanacak tüm faydaların, rekabet üzerindeki olumsuz etkileri aşamayacağı,

<sup>29</sup> Benzer bakış açısı için bkz. *US. vs Greater Des Moines Hospital Ass. at A.* (S.D. Iowa, 05.03.1993);



4. Önerilmiş değişikliklerin boyutunun, avukatları çevrimiçi avukat eşleştirme sistemlerine katılımdan alıkoyacağı ve muhtemelen tüketicilere zarar vereceği ifade edilmekte; sadece yanıltıcı reklamlarla sınırlı olacak şekilde getirilecek kısıtlamaların tüketiciler için daha iyi olacağı belirtilmektedir.

*California Dental Association*'a (CDA) ilişkin FTC dosyasında, etik kodlarının reklam yasağı içermesi nedeniyle rekabeti kısıtladığı belirtilmektedir<sup>30</sup>. CDA'nın reklam yasakları fiyata, indirimlere, garantiye ve sunulan hizmet çeşitlerine ilişkin reklam yapılmasını kapsamaktadır. Örneğin CDA, üyelerinin hizmet ücretlerinin “düşük”, “makul”, “her keseye uygun” olduğunu duyurmalarını yasaklamış; para iadeli garantileri aldatici bulmuş, öğrencilere yapılan ücretsiz muayenelerin sonuçları ile birlikte diş hekiminin isim ve adresinin yayınlanmasını aktif pazarlama saymıştır. FTC, ücret (fiyat) reklamına ilişkin kısıtlamaların rekabeti kısıtladığına karar vermiş, CDA'nın getirdiği kısıtlamaları yasaklamıştır. Daha sonra CDA temyize gitmiş ve sürecin sonunda mahkeme yeterli delil bulunmaması nedeniyle dosyayı reddetmiştir. Bununla beraber en sonunda CDA'nın FTC'nin yasaklama kararını uygulaması nedeniyle FTC dosyayı yeniden açmamaya karar vermiştir (“FTC Dismisses Complaint Against California Dental Association”, 2001). Benzer şekilde FTC 2003 yılında *National Academy of Arbitrators*'ın üyelerinin hizmetlerinin fiyat ve kalitesi hakkında reklam yapmasını yasaklayarak rakipler arasında rekabeti bozduğuna karar vermiştir.

FTC'nin en büyük çevrimiçi lens perakendecisi *1-800 Contacts* hakkındaki kararında, teşebbüsün rakip çevrimiçi lens satıcıları ile onlineda rekabetçi reklamı kısıtlayan anlaşmalar yapması değerlendirilmiştir. Söz konusu anlaşmalar tüketicilerin daha düşük fiyatlardan haberdar olmasını engelleyerek *1-800 Contacts*'in rakiplerinden yüksek fiyat uygulamasına olanak tanımaktadır. Söz konusu kısıtlama *rule of reason* analizine tabi tutulmuş, kısa analizle rekabeti engellediği belirtilmiş ve teşebbüsten etkinlikleri ispatlaması istenmiştir. Anlaşmaların çevrimiçi satışların toplam %79'unu gerçekleştiren satıcılarla yapılması, yanıltıcı olmayan reklamların kısıtlanmasıyla tüketicilerin ödediği fiyatın yükselmesi ve fiyat reklamlarının görünmemesinin ilgili arama motorlarının

<sup>30</sup> Benzer dosya için bkz: Realcomp II, Ltd., basın duyurusu (“FTC Rules Michigan Realtors' Group Reduced Competition, Harmed Consumers by Restricting Access to Discount Realtors' Listings on its Multiple Listing Service and Public Web Sites” 2009)

değerini düşürmesi anlaşmaların rekabeti kısıtlayıcı yönleri olarak değerlendirilmiştir. *1-800 Contacts*'in konuya ilişkin sunduğu etkinlik savunması, anlaşmaların tarafları dava masraflarından kurtardığı ve ticari marka haklarını koruduğuna yöneliktir. FTC söz konusu etkinliklerin reklam yasaklarının yarattığı antirekabetçi etkileri haklı çıkarmadığını belirterek ilgili anlaşmaların düzeltilmesini istemiştir (“FTC Commissioners Find that 1-800 Contacts Unlawfully Harmed Competition in Online Search Advertising Auctions, Restricting the Availability of Truthful Advertising to Consumers”, 2018).

ABD’de dikey anlaşmalarda reklama yönelik getirilebilecek hükümlere ilişkin kurallar Reklam ve Pazarlama Ödemelerine İlişkin Rehber’de (*Guides For Advertising Allowances and Other Merchandising Payments and Services*, 2020) ortaya konulmaktadır. Buna göre Robinson Pactman Yasası’nın 2d ve e maddeleri çerçevesinde sağlayıcıların müşterilerine yani yeniden satıcılara oransal olarak aynı koşulları sunması gerektiği ifade edilmektedir. Burada reklama ilişkin hususlar da indirim sistemi içerisinde değerlendirilmektedir. Tüm tanıtım hizmetleri ve ödeneklerin her alıcı bakımından oransal olarak eşit sağlanması gerekmektedir. Örneğin alıcı teşebbüsün yapacağı reklamların %50’si sağlayıcı teşebbüs tarafından karşılanmalıdır. Bir diğer husus sağlanan reklam imkânlarının tüm rakip alıcılar için ulaşılabilir olmasıdır. Bu kapsamda sağlayıcıdan ürün alan birbirlerine rakip tüm alıcılara pratikte işlerine yarayabilecek ve fiilen ulaşabilecekleri reklam imkânları sunulması gerekmektedir. Ancak bu uygulama sağlayıcıdan ürün almayan diğer rakip yeniden satıcıları da pazardan dışlayacak nitelikte olmamalıdır. Örneğin bir sağlayıcı medya kanalında ortak reklam planı sunmaktayken bazı alıcılar söz konusu plandan pratikte yararlanamayacak kadar küçükse, sağlayıcının ilgili alıcıların yararlanabileceği alternatif reklam yöntemleri sunması gerekmektedir. Ayrıca sağlayıcının sunduğu reklam imkânları hakkında da alıcıları bilgilendirmesi gerekmektedir. Sağlayıcının ürün satışında aracı veya toptancıları kullanması, kendisini bu kurallara uyma gerekliliğinden kurtarmamaktadır. Bunun yanı sıra sağlayıcının konuya ilişkin yaptığı ödemelerin sadece bu amaçla kullanılmasını temin etmesi gerekmektedir. Bu konudaki bir ihlal iddiası durumunda sağlayıcının yapılan ödemelerin üretimde, satışta veya dağıtımda maliyetlerin azalmasını sağladığını göstermesi savunma olarak kabul edilmemektedir (*Guides For Advertising Allowances and Other Merchandising Payments and Services*, 2020).

FTC'nin Dikeyde Antitrust Kurallarına İlişkin Rehberinde yer alan Üretici Tarafından Dayatılmış Koşullar kısmında ise sağlayıcının reklamını yaptığı asgari fiyattan daha düşük fiyata ilişkin yeniden satıcının reklam yapmasının, ilgili reklamın finansmanını yeniden satıcı yapıyorsa mümkün olabileceği belirtilmektedir. Buna sebep olarak reklam finansmanının verilme sebebinin markalar arası rekabetin etkinleştirilmesi olmasından kaynakladığı belirtilmektedir (“Manufacturer-imposed Requirements”, 2020). Nitekim Universal Music & Video Distribution Corp. ve UMG Recordings, Inc. (2000) dosyasında pazarın %85'ini kapsayan beş büyük distribütörün kendileri finanse etseler bile indirimli fiyat reklamı yapamayacak olmaları, bu yasağın mağaza içini bile kapsamaması ve tek ihlalin bile önemli ceza mekanizmasına tabii olması FTC tarafından makul bulunmamış, bu tür bir yasaklamanın distribütörlerin tüketicileri indirimli fiyatlardan haberdar etmelerini imkânsız kıldığı belirtilmiştir. Diğer yandan söz konusu reklam programlarının kimi durumlarda fiyat seviyelerinde olumsuz etkileri olabildiği de ifade edilmiştir.

Reklam harcamaları birleşme devralma incelemelerinde genellikle pazara giriş engelleri çerçevesinde dikkate alınmaktadır. FTC ve ABD Adalet Bakanlığı'nın (DOJ) ortak yayımladığı Birleşme Rehberi Üzerine Görüş Metni'nde (2006, s. 38) pazara giriş analizi kısmında, devralma sonucunda oluşacak satış imkânlarına odaklanılacağı belirtilmektedir. Tüketici ürünleri pazarları bakımından, iyi bilenen markaların yoğun olduğu pazarlarda başarılı bir girişin uzun bir süre boyunca önemli miktarda reklam harcaması gerektirdiği ifade edilmektedir. Zira ancak bu şekilde dağıtım kanallarında genele yayılmak mümkün olmaktadır. Bununla birlikte söz konusu reklam harcama ve faaliyetlerini gerçekleştirmek mutlaka pazara başarılı bir giriş olacağını da göstermemektedir.

Örnek olarak, *Nestle-Dreyer's* devralmasında FTC antirekabetçi etkileri giderecek şekilde pazara girişin muhtemel ve yeterli olmayacağı belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak yeni ve bilinmeyen bir dondurma markasının kârlı bir şekilde pazara girmesinin çok zor olacağı gösterilmiştir (2003). Zira pazara giriş için yoğun reklam harcaması yapılması gerekmektedir.

Benzer şekilde Columbia Bölge Mahkemesi'nde görülen *L'Oreal USA, Inc., L'Oreal S.A., and Carson, Inc.* dosyasında devralmanın pazardaki konsantrasyonu önemli ölçüde arttıracığı belirtilmiş,

marka bilinirliğinin önemli olduğu pazara zamanında ve yeterli girişin olmayacak olmasının, başka sebeplerin yanı sıra büyük ölçekli reklam harcaması gerekliliğinden de kaynaklandığı ifade edilmiştir (2000).

Bu çerçevede ABD uygulamasında reklama ilişkin getirilen kısıtlamalara *rule of reason* yaklaşımı benimsense de fiyat reklamlarına getirilen kısıtlamalara olumlu yaklaşılmadığı anlaşılmakta, bunun yanı sıra reklamın giriş engeli niteliğinin değerlendirmelerde dikkate alındığı görülmektedir.

### 2.1.2. AB Uygulaması

Reklam kısıtları Avrupa Birliği rekabet hukuku çerçevesinde daha çok profesyonel hizmetler ekseninde tartışılmaktadır. Reklam kısıtlarından yana olanlar özellikle profesyonel hizmet verenle o hizmetin tüketicisi arasındaki bilgi asimetrisine vurgu yapmaktadırlar. Bu görüşe göre tüketicilerin profesyonel hizmetler hakkındaki bilgileri değerlendirebilmeleri güçtür ve bu nedenle yanıltıcı ve manipüle edici beyanlara karşı özel bir korumaya ihtiyaçları bulunmaktadır<sup>31</sup>. Ancak bu durum tüketilmeden önce asıl değeri anlaşılmayan, avukatlık veya sağlık hizmetleri gibi ürün ve hizmetler için geçerlidir. Profesyonel hizmetlerde, daha önce hizmet alınmamış ise, hizmet alınmadan önce o hizmetin değeri bilinmemektedir. Bu tür hizmetlerde yasaklamanın amacı tüketicinin mağdur olmamasıdır. Ancak değeri kullanımdan önce daha kolay tahmin edilebilen ürünlerde bilgi asimetrisinin azalmasına paralel olarak, reklamın, tamamen sağlayıcı lehine yanıltıcı bilgi ileterek, müşterinin mağdur olmasına yol açması çok güçtür (*Communication From The Commission Report on Competition in Professional Services*, 2004, s. 13)

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 101(1). maddesinin kapsamı profesyonel hizmetlerin yanı sıra diğer ürün ve hizmetleri de içermektedir. Jones ve Suffrin'in (2008, s. 902) genel anlamda teşebbüslerin imalat sanayii ürünleri veya ortak marka (*common brand*) ürünlerinin reklamını ortak yapma konusunda anlaşmalarının, bireysel reklam yapımları önünde bir engel

<sup>31</sup> Bununla birlikte, aynı Komisyon raporunda reklam kısıtlarının potansiyel negatif etkilerini ortaya koyan ampirik çalışmaların sayısının giderek arttığı, bu çalışmaların reklam kısıtlarının profesyonel hizmetler için ödenen ücretleri, bu hizmetlerin üzerinde olumlu bir etki yapmaksızın artırabileceklerini gösterdiği belirtilmektedir.

bulunmuyorsa 101(1) çerçevesinde cezalandırılmadığını belirtmektedir. Bununla beraber ürün farklılaştırmasının ve reklam harcamalarının önem taşıdığı oligopol pazarlarda bu durum farklılaşabilmektedir. *Milchförderungsfonds* kararında Alman süt sektörü bir süt pazarlama fonu oluşturmaktadır. Bu fon da evlere ulaştırılan süt üzerine koyulan zorunlu ödemeden karşılanmaktadır. Fonun amacı süt ürünlerinin ihracatını arttırmak için reklam yapabilmektir. Komisyon bu reklam kampanyasının 101(1). madde kapsamında rekabeti bozduğuna ve Alman ihracatçılarının yurtdışında pazar gücünü yapay olarak arttırdığına hükmetmiştir. Sadece ürünün geldiği ülkeyi tanıtmayan ve yabancı ürünleri kötülemeyen markasız (*generic*) reklam tüm ihracatçıları faydalandırarak olsa da, marka bazlı reklamın rakip teşebbüslerin satış imkânını olumsuz etkileyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca bağımsız üreticilerin diğer şekilde fiyatlarında yükselmeye yol açacağı halde reklamdaki hiçbir maliyete katlanmadan faydalanacağı ifade edilmiştir (EC, 1984, ss. 35-42) .

*Belasco* kararında Belçikalı üreticiler Belasco birliği bünyesinde ortak bir marka altında satılan ürünlerinin birlikte reklamını yapmak üzerine anlaşmışlardır. Avrupa Adalet Divanı ürünlerin standardizasyonunun ve ortak reklam anlaşmasının amacının anlaşmanın ortak fiyat listesi ve satış kotası uygulaması olan diğer hükümlerinin zorlanması olduğuna hükmetmiştir. Söz konusu anlaşmanın 101(1). madde kapsamında olduğu sonucuna ulaşılmıştır (ECJ, 1989).

Türk rekabet hukukunda olduğu gibi 101(1). madde kapsamında olan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmalar 101(3). madde çerçevesinde muafiyet analizine tabi tutulmaktadır. *Vezoso* (2018) rekabeti sınırlayıcı anlaşmalarda reklam harcamalarına ilişkin etkinliklerin, muafiyet analizinde etkinlik kazanımları kapsamında kabul edilmesinin zor olduğunu ifade etmektedir. Bilindiği üzere muafiyet analizinin aşamalarından biri de anlaşmanın tüketiciye faydalarının değerlendirilmesidir. *Vezoso* (2018) Online Seyahat Acenteleri (OSA) ve ilgili anlaşmalı oteller arasındaki anlaşmaları bu konuya örnek olarak vermiştir. Bu anlaşmalarda fiyata ilişkin maddeler de yer almaktadır. Oteller çevrimiçi platformlardan 'arama, karşılaştırma ve rezervasyon' hizmetlerini paket olarak talep etmektedir. Bu pazarda OSA'lar sağlayıcı, otelciler ise müşteri konumunda olup, arama karşılaştırma ile reklam giderleri, her rezervasyon yapıldığında alınan bir komisyon ücreti altında bu otelciler tarafından karşılanmaktadır. Fiyat yapısı platform tarafından sağlanan tüm hizmetlerin otel tarafından karşılanmasını sağlayacak şekildedir. Bu

nedenle fiyat yapısının beklenen etkisi nihai tüketici bakımından otel fiyatlarının artması yönündedir. Dolayısıyla düşük komisyon ücretlerinin nihai tüketiciye yansıtacağı varsayılmaktadır. Piyasa yapısı gereği, tüketicilerin OSA'ların yüksek reklam harcamalarından ne kadar faydalandığı şüpheli olarak nitelendirilmiştir. Bu durum OSA ile anlaşma yapan oteller için de geçerlidir zira platformların yüksek reklam harcamaları otellerin OSA'ya bağımlılığını ve komisyon ücretlerini yükseltebilmektedir<sup>32</sup>.

Bunun yanı sıra anlaşmalarda yer alan en çok kayırılan müşteri (EKM) maddesinin değerlendirildiği ilgili pazardaki dikey kısıtlamadan etkilenen de, reklamın direkt kullanıcısı olarak otelcilerdir. Bir anlaşmanın rekabeti kısıtlayıcı etkisi ne derece büyükse tüketicilere yansıtması gereken etkinliklerin de o derece yüksek olması gerekmektedir. Vezzoso (2018, s. 370) OTA anlaşmalarındaki EKM maddelerinin fiyat tespiti anlaşmaları ile benzer etkileri olabileceğini, dolayısıyla rekabeti fiyatı dışı yöntemlerle kısıtlaması ve özellikle reklam gibi tüketici üzerindeki olumlu etkisi hâlihazırda belirsiz olan bir etkinlik ile muafiyet tanınmasının zor olduğunu ifade etmektedir.

ABD'ye benzer şekilde AB'de de reklam harcamaları giriş engelleri arasında değerlendirilmektedir. *United Brands* (UB) kararında Avrupa Adalet Divanı reklam ve tanıtımın UB'nin yüksek pazar payını artırdığını çünkü diğer markasız ve farklı markalı muzlarla arasındaki yüksek fiyat farklılığına rağmen tüketicinin *chiquita* markalı ürünleri tercih etmesine yol açtığını belirtilmiştir. Böylece UB *chiquita* markasıyla kendini farklı konumlandırmıştır. Bunun sonucunda Avrupa Adalet Divanı da yeni rakiplerin çok büyük çaplı reklam kampanyaları yürütme zorunluluğundan kaynaklanan giriş engellerine maruz kaldığını ifade etmiştir. (ECJ, 1978) Benzer şekilde *Nestle-Perrier* birleşmesinde de Avrupa Komisyonu yeni giriş yapacak her firmanın yüksek reklam harcamalarıyla karşılaşacak olmasını hâkim durumun varlığıyla bağlantılı bulmuştur (Jones ve Sufrin, 2008).

Bu çerçevede Komisyonun reklama ilişkin kısıtlamalara etki temelli yaklaştığı, reklama ilişkin doğan etkinliklerin pek kabul görmediği,

<sup>32</sup> Vezzoso (2018) bu analizlerini, Bundeskartellamt, Hotel Reservation Service (HRS), Case B 9-66/10; Düsseldorf Higher Regional Court (OLG), VI - Kart. 1/14 (V); Autorité de la concurrence, Case 15-D-06; Konkurrensvetket, Case 596/201; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Case I779 B; Bundeskartellamt, Booking, Case B 9-121/13; Swiss Competition Authority, Wettbewerbskommission, Booking, HRS, Expedia, Verfügung, 19 October 2015 kararlarına dayandırmaktadır.

reklam harcamalarının genellikle giriş engelleri çerçevesinde gündeme geldiği görülmektedir.

## 2.2. Türk Rekabet Hukukunda Reklam ve Reklam Harcamaları

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde yapılan analizlerde reklam, 4. madde açısından reklam yasağı ve kısıtlaması içeren rekabeti sınırlayıcı yatay anlaşmalar/uyumlu eylem/teşebbüs birliği kararları, reklam/promosyon yönleri olan dikey anlaşmalar; 6. madde açısından hâkim durum tespiti, giriş engeli ve reklam harcamaları yoluyla dışlama/ayırmıcılık; 7. madde analizi açısından ise giriş engeli yönüyle önem taşımaktadır.

Reklamın 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği ilk husus teşebbüslerin anlaşma yoluyla reklam yasağı getirmeleri veya reklam harcamalarının düzeyine/yöntemine ilişkin kararlar almalarıdır. Bu duruma örnek olarak serbest mesleklerde yer alan reklam yasakları veya ilaç ve eczacılık sektörlerinde yer alan reklam yasakları verilebilir. Bununla beraber ilgili yasaklar genel olarak eczacılık sektöründe olduğu gibi sektöre özel kanunlara dayandığından 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemektedir.

Rekabet Kurulu (Kurul), 02.08.2007 tarihli, 07-63/764-272 sayılı *Masko* kararında, Masko Kooperatifi'nin teşebbüs birliği kararıyla Masko'daki iş yerlerine reklam içerikli pano ve afiş konulmaması, ıskonto oranı, kampanya ve fiyat yazılarının yazılmaması, camlara veya bina cephelerine rekabete ilişkin veya reklam amaçlı duyurular yazılamayacağı ve asılamayacağı hususunda karar alınmış ve uyulmaması durumunda ceza mekanizması koyulmuştur. Ancak şikâyetçi teşebbüsler ilgili yasakla cirolarının %30'a yakın düştüğünü iddia etmektedir. Kararda 4077 sayılı Kanun'un haksız rekabet hükümlerinin kapsamı dışında olduğu belirtilen ilgili yasaklamanın, özellikle küçük ölçekli teşebbüslerin reklam imkânlarını kısıtladığı, rekabet üzerinde kayda değer etki yaratmasının muhtemel olduğu belirtilmiştir. Kararda şu ifadeler yer almaktadır: *"Ekonomik teoriye göre reklam, tüketicileri farklı ürünler hakkında bilgilendirerek ve satın alma kararlarını daha bilgili bir şekilde vermelerini sağlayarak tüketiciler yönünden ve rakipler üzerinde rekabetçi bir baskı oluşturarak satıcılar yönünden rekabeti arttırmaktadır ve rekabetin bir parçasıdır. Dolayısıyla reklam kısıtlamaları bilgi edinmenin maliyetini artırarak, tüketicilerin*

*kendileri için en uygun olan fiyat ve kalite bileşimini arama maliyetlerini yükseltecek ve sonuç olarak rekabeti ve toplam refahı azaltacaktır. Ayrıca reklamın ve özellikle karşılaştırmalı reklamın pazara yeni girecek firmalar ve yeni bir ürünü pazara sunan yerleşik firmalar için çok önemli bir rekabet aracı olduğu görüşü geniş bir şekilde kabul görmektedir.”* Yanıltıcı olmayan bilgilendirici nitelikteki söz konusu reklamların tüketicilerin arama maliyetlerini düşürdüğü, tüketicinin kendisi için doğru ürüne, dolayısıyla etkin olan firmaya yönelmesini kolaylaştırarak rekabeti desteklediği belirtilmiştir. Sonuç olarak teşebbüs birliği kararının, rekabeti kısıtlayabilecek bir karar olduğu belirtilmiş ancak fiyat tespiti, pazar paylaşımı gibi ağır bir rekabet sınırlaması içermediğinden şikâyetin reddine ve Masko Kooperatifi’ne, sitede yer alan mağazaların konuyla ilgili mevzuatın izin verdiği ölçüde ilan, afiş, yazı asmak gibi yöntemlerle ticari faaliyetlerinin bir gereği olarak giriştikleri reklam faaliyetlerini yasaklamaması gerektiği, aksi takdirde bu tür bir yasaklamanın 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturabileceği yönünde aynı Kanun’un 9. Maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde yazılı görüş gönderilmesine karar verilmiştir.

24.04.2018 tarihli, 18-12/228-103 sayılı *Diye* kararında *Media Barometer*<sup>33</sup> hizmeti 4054 sayılı Kanun’un özellikle 4. maddesi kapsamında değerlendirilmekte ancak bilgilerin maliyet verisi ve toplu nitelikte olması vb. nedenlerle rakipler arası koordinasyona yol açmadığı sonucuyla reddedilmektedir. Bununla beraber, televizyon kanallarının *Media Barometer*’a ilişkin görüşlerinde “*Media Barometer, yıllık ve aylık bazda tahmin ettiği medya enflasyon oranı açıklamalarıyla, bütçe harcamalarının kısılmasına sebebiyet vererek, reklam harcamalarını suni bir şekilde daraltmaktadır. (...) Artık piyasa bu sebeple sürekli düşen fiyatlardan ve uzayan vade sürelerinden toparlanamaz hale gelmiştir. Media Barometer reklam veren havuzundaki müşterilerine fayda sağlama vaadiyle, dünyadaki en düşük televizyon reklam fiyatlarını daha da düşürmektedir*” ifadeleri yer almaktadır. Burada yer alan reklam harcama bütçelerinin suni olarak kısıldığı iddiasının reklam harcamaları denklemini vasıtasıyla test edilebileceği düşünülmektedir.

30.05.2019 tarihli, 19-20/291-126 sayılı *BKM Express* kararında muafiyet incelemesinde piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin

<sup>33</sup> *Media Barometer* reklam verenlerce paylaşılan fiyatları içeren bir bilgi havuzudur, reklam fiyatlarının oluşmasına etki etmektedir.



ortadan kalkmaması şartı altında, reklam ve harcama bütçesi dikkate alınmıştır. Bu kapsamda *BKM Express*'in rakip dijital cüzdan hizmeti veren teşebbüslerden çok daha yüksek reklam ve kampanya bütçesi bulunması sayesinde geniş kitlelere ulaşabildiği, üye iş yeri ve kullanıcı sayısını artırabildiği; ancak rakip teşebbüslerin bu boyutta finansal bütçesi bulunmadığı ve bu nedenle *BKM Express* ile rekabet edemedikleri ifade edilmektedir. Kararda BKM'nin (Bankalar Arası Kart Merkezi) reklam/tanıtım faaliyetleri için harcadığı tutarın *BKM Express*'ten elde ettiği gelirlerin yaklaşık altı katı olmasının rakiplerin üye işyerlerine BKM'nin sağladığı avantajları sağlayamayacaklarının göstergesi olduğu belirtilmiştir.

Reklam harcamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında öncelikle hâkim durum tespitinde dikkate alındığına değinmek gerekmektedir. Bu yöndeki kararlar arasında 02.06.2005 tarihli, 05-38/487-116 sayılı Ülker kararı, 18.10.2011 tarihli 11-34/742-230 sayılı *Turkcell* kararı ve 23.08.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı *Intergum* kararı sayılabilir. Bu kararlarda hâkim durum analizi kapsamında giriş engelleri altında marka bilinirliği ve imajı için yapılan reklam harcamalarının bütçe içindeki payının ve dolayısıyla reklam yoğunluğunun yüksek olduğu belirtilerek bu durumun pazar gücüne işaret ettiği ifade olunmaktadır. Bununla birlikte Ülker ve *Intergum* kararlarında yoğun reklam harcamalarının pazarı genel olarak büyüttüğüne de değinilmektedir. Bu kararlardan pazardaki reklam yoğunluğu seviyesinin yoğunlaşmış bir pazara ve pazar gücüne işaret ettiği anlaşılmaktadır.

6. madde kararlarında reklam harcamalarının özellikle bir giriş engeli olarak değerlendirildiği dikkat çekmektedir. 08.03.2018 tarihli, 18-07/111-58 sayılı Çiçeksepeti kararında yer alan iddialardan biri Çiçeksepeti'nin yoğun şekilde reklam ve tanıtım harcaması yaparak aynı ölçüde reklam ve tanıtım bütçesi ayıramayan rakiplerini piyasadan dışladığıdır. Kararda reklam ve tanıtım maliyetleri pazara giriş engelleri arasında sayılmıştır<sup>34</sup>. İlgili kararda reklam maliyeti “Ürün kataloğunun hazırlanması, çevrimiçi satış ürünlerinin belirlenmesi, ürünlerin fotoğraflarının çekilmesi ve sitenin tasarlanması, ürünlerin fotoğraflarının siteye yüklenmesi, sitenin güncel tutulması gibi işlemlerden oluşan reklam maliyetleridir” şeklinde tanımlanmış ve giriş

<sup>34</sup> Benzer şekilde 19.10.2004 tarihli, 04-66/951-229 sayılı kararda da hâkim durum tespitinde ve giriş engeli olarak reklam harcamaları dikkate alınmıştır.

engeli olarak tanımlanan maliyet kalemleri arasında en yüksek kalemi reklam harcamalarının oluşturduğu ifade edilmiştir. Bunun sebebinin da pazarın çok taraflı bir platform olmasından kaynaklanan şebeke etkileri olduğu ifade olunmuştur.

14.10.2010 tarihli, 10-65/1363-505 sayılı *Coca-Cola* kararında yüksek reklam harcamaları ve bu şekilde yaratılan marka bağımlılığına 10.9.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı *Coca-Cola* kararına atıf yapılarak değinilmiştir. 10.9.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı muafiyet kararında reklam harcamalarının giriş engeli özelliği nedeniyle pazardaki teşebbüslerin ve özellikle Cola Turka'nın pazara giriş için yaptığı reklam harcamalarının yoğunluğu incelenmiştir. Bu noktada yüksek reklam harcamaları hâkim durumun göstergesi olmanın yanı sıra pazar gücünü kötüye kullanmanın da bir yolu olabileceği ifade edilebilir. Pazara yeni bir oyuncu gireceği sırada aşırı reklam harcaması yapmak suretiyle, ilgili oyuncunun maliyetlerini yükselterek pazardan dışlamak mümkündür. Burada ne kadar reklamın aşırı reklam olduğunu hesaplarken Demsetz'in (1982) görüşünden yararlanabilecektir. Pazara yeni giriş yapacak firmanın yapması gereken reklam harcaması, mevcut firmaların güncel reklam harcaması artı geçmiş dönemlerde yapılan harcamanın yıpranmamış kısmı olduğundan, bu miktarın hâkim durumdaki teşebbüsçe arttırılması kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde reklam harcamalarının hâkim durum tespiti dışında da dikkate alındığı Kurul kararları bulunmaktadır.

24.7.2008 tarihli, 08-47/647-244 sayılı *OPET* kararında reklam harcamaları yoluyla hâkim durumun kötüye kullanılabilmesine ilişkin olarak şu ifadeler dikkat çekmektedir: *“Bir sadakat programının ya da promosyonun “yıkıcı” bir dışlayıcı davranış olup olmadığının değerlendirilmesi açısından rekabet hukuku kapsamında değişik kriterler göz önüne alınmaktadır. Bir teşebbüs fiyatını indirerek yıkıcı fiyat uygulamak yerine promosyon ve reklam harcamalarını yüksek düzeylere çıkarmayı tercih edebilmektedir. Söz konusu harcamalar özellikle düşük pazar paylarına sahip rakip teşebbüsler için önemli bir yük teşkil ederek maliyetlerinin artmasına ve bu teşebbüslerin piyasa paylarını düşürerek pazardışına itilmelerine yolaçabilecektir. Aşırı ilave promosyon harcamaları bir teşebbüsün ortalama değişken maliyetini satış fiyatının üzerine çıkartıyor ise bu durum “yıkıcı promosyon” olarak adlandırılmaktadır. Ancak mevcut promosyon maliyetlerinin hâlihazırdaki satışlarla mı yoksa uzun süreli satışlarla mı ilgilendirilmesinin zorluğu büyük bir problem*

olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle özellikle pazardaki rakiplere oranla göreceli olarak çok yüksek promosyon harcamalarında bulunulması “yıkıcı satış artırıcı kampanyaların” inceleme altına alınması için bir gösterge olabilecektir. Keza, promosyonların yeni rakipler geldiği anda başlaması ve rakipler pazar dışına çıktığı zaman kesilmesi de “incelemeye değerlik” bakımından göz önüne alınması gereken hususlardır.” Bu karardan da görülebileceği üzere pazardaki hâkim teşebbüsün yeni giriş halinde reklam ve/veya promosyon harcamalarını yükseltmesi kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmektedir. Thomas da (1999, s. 552) pazara yeni girişi zorlaştırmak için mevcut firmaların reklam harcamalarını arttırmayı tercih edebildiğini kahvaltılık sektörü verileriyle göstermiştir.

07.11.2019 tarihli, 19-38/575-243 sayılı Google kararında ise aşırı fiyat iddiaları değerlendirilirken reklam harcamaları da dikkate alınmıştır. Reklam harcamalarının rekabetin konusu olarak alındığı dosyada, dikkat çekici başka bir nokta da yer almaktadır. Dosya konusu olayda aşırı fiyat değerlendirmesinde ekonomik değer testinin uygulanmasının iki açıdan mümkün olmadığı belirtilirken “Birincisi Google’ın reklam maliyetinin hesaplanması, ürünün aldığı tıklama ile orantılı olduğundan kârlılık oranının hesaplanması ve makul kâr marjının ne olduğunun belirlenmesi mümkün değildir” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu durum aslında kârlılık denkleminde yer alan reklam harcamalarına işaret etmektedir. Böyle bir durumda optimal reklam harcamalarının belirlenmesi için (2.3) numaralı reklam denklemi gibi bir denklem kullanılabilir (Uğurlu, 2007, s. 82). Kararda işaret edilen makul kâr marjı ise reklam harcamalarını içeren Akay, 2007’de (s. 72) yer alan kârlılık denkleminde benzer bir kârlılık denklemiyle veya bir eş anlı denklemler sistemiyle tahmin edilebilecektir. Bununla beraber karşılaştırma için benzer bir piyasa veya benzer bir rakip ihtiyacı bulunmaktadır. Bu durum söz konusu analizler önünde önemli bir zorluk olarak nitelendirilebilir.

26.05.2005 tarihli, 05-36/453-106 sayılı kararda Coca-Cola Meşrubat San. ve Tic. A.Ş.’nin (CCT) alıcılar arasında ayrımcılık yaparak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiası incelenmiştir. Şikâyetçi TAB Gıda<sup>35</sup>, CCT’nin ortak reklam faaliyetleri için McDonald’s’a yaptığı harcamalar olabileceği, söz konusu harcamaların satış fiyatı üzerinden yapılan bir indirim olduğu dikkate alındığında

bir ayrımcılık doğurabileceği iddia edilmiştir. Yapılan değerlendirmede net fiyatlamasının Burger King'in aleyhine olduğuna ulaşılmıştır. Ancak ortak reklam harcamalarını dikkate alarak yapılan indirimden kaynaklanan fiyat farklılaştırmasının fiyat ayrımcılığı olarak değerlendirilmemesi gerektiği ifade olunmuştur. Olay şu şekilde yorumlanmıştır: “*McDonald's ve Burger King CCT'ye reklam hizmeti vermektedirler. Doğal olarak bu reklam hizmetinin bir bedeli vardır ve bu bedel yapılan reklam ile doğru orantılıdır. Bu bağlamda, CCT'nin söz konusu reklam aktiviteleri için McDonald's'i daha çok tercih etmesinin ve bu nedenle buradaki aktiviteler için daha çok bütçe ayırmasının fiyat ayrımcılığı oluşturmadığı açıktır.*” Yapılan değerlendirmede şurup ürünüde CCT'nin fiyat farklılaştırması yaptığı göz önüne alınsa bile ürünün maliyetler arasındaki payının çok düşük olması nedeniyle bu yolla rekabette dezavantajlı duruma getirilmenin mümkün olmayacağı belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra Kurul'un reklam pazarlarını ayrı olarak aldığı, reklamda rekabeti incelediği pek çok kararı bulunmaktadır. Konuyla en ilgili 01.10.2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı *Sahibinden* kararında reklam/ilan verebilmenin önemine değinilmiş ve Sahibinden.com'un reklam fiyatlarının aşırı olup olmadığı değerlendirilmiştir<sup>36</sup>. Ancak teşebbüslerin ve/veya sektörlerin optimal reklam harcamalarının tespitine yarayan reklam denkleminin reklam fiyatlarının belirlenmesine yardımcı olamayacağı düşünülmektedir.

Bununla beraber reklam harcamalarını rekabetin bir parçası olarak dikkate alan Kurul kararları da bulunmaktadır. 02.06.2005 tarihli, 05-38/487-116 sayılı Ülker kararında reklam harcamaları yoluyla Ülker'in pazarın genel büyümesine katkıda bulunduğuna ve reklam yoluyla pazar gücü elde ettiğine değinilmektedir. 05.01.2017 tarihli, 17-01/12-4 sayılı *Booking.com* kararında ise platformun küçük işletmelerin ek reklam harcamalarına katlanmaksızın reklam/tanıtım yapma imkânına kavuşmasının bir rekabet avantajı olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>37</sup>.

Birleşme devralma işlemlerinde de reklam harcamaları hâkim durum dosyalarına benzer şekilde pazar gücü analizlerinde kullanılmaktadır.

<sup>36</sup> İlgili karar aşırı fiyat tespiti ispatının somut olarak yapılamadığı gerekçesiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 18.12.2019 tarihli, E.2019/946, K:2019/2625 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

<sup>37</sup> Benzer tanıtım yorumu için bkz. 05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* ve 09.06.2016 tarihli, 16-20/347-156 sayılı *Yemek Sepeti* kararları.

23.08.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı *Intergum* devralma kararında reklam harcamalarına özellikle dikkat çekildiği görülmektedir. Sakız sektöründe esas yatırım gerektiren hususun “*marka bilinirliği elde etmek için gerekli olan batık maliyet niteliğindeki reklam/pazarlama*” harcamaları olduğu belirtilmiş, Intergum’un reklam harcamalarının da Falım markasının gücü ile ilgili ipucu verdiği ifade edilmiştir (s. 12). Yeni çıkan ürün için yapılan reklam harcamasının bilinir ürünün birkaç katı olduğu tespit edilmiş olup pazara yeni giriş gerçekleştirmek için katlanılması gereken reklam harcamalarının yüksek olduğu gösterilmiştir. Rakip konumundaki firma “*batık maliyet niteliğinde reklam harcamalarının yüksekliği nedeniyle, pazara yeni girecek bir oyuncunun ancak ... yılda değişken maliyetlerini karşılayabilecek hale geleceğini, ... yıl içinde dahi ... YTL’nin üzerinde kümülatif zarar kaydedeceğini hesaplamış, bu nedenle önümüzdeki dönemde bu pazara yeni giriş beklemediğini dile getirmiştir*” (s. 13). İlgili kararda pazara başarılı giriş için reklam harcamalarının çok yüksek olması işleme koşullu izin verilmesindeki önemli noktalardan biridir.

Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz’un 5. dipnotunda ise bir pazardaki reklam harcamalarının düzeyinin o pazardaki teşebbüslerin ürünlerine ilişkin farklılaştırma çabalarına yönelik bir gösterge niteliğinde olduğu ve ürünler arası ve farklılaştırma çabalarına işaret edebileceği belirtilmektedir.

4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında değerlendirme yapılan dosyalarda, 6. madde değerlendirmelerinde olduğu gibi genel olarak reklam harcamalarının yüksekliği bir giriş engeli olarak el alınsa da<sup>38</sup> 01.06.2016 tarihli ve 16-19/311-140 sayılı nihai inceleme kararında, alkollü içecekler sektöründeki reklam yasağı nedeniyle, reklam yapılamamasının da önemli bir giriş engeli olduğu belirtilmektedir<sup>39</sup>. Bu durum reklam kısıtlarının da rekabeti engellediğine işaret etmektedir.

Son olarak 7. maddede değerlendirmelerinde yapılan *ex ante* analizde (2.3) numaralı denklem ve benzeri reklam denklemleri veya denklem sistemlerinin kullanılabilmesi bir alan bulunduğu düşünülmektedir. Potansiyel rekabetin durumu ve kısıtlanmasına ilişkin olarak sektörün

<sup>38</sup> Yatay Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi Hakkında Kılavuz, s.20, Örneğin, 11.07.2007 tarihli, 07-59/675-234 sayılı *Türk Telekom* kararı.

<sup>39</sup> Benzer yorum için bkz. 25.08.2009 tarihli, 09-38/925-218 sayılı; 18.11.2009 tarihli, 09-56/1325-331 sayılı; 17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı alkollü içkiler sektöründeki devralma kararları.

reklam denklemi tahmin edilerek pazarda yapılması gereken reklam harcaması düzeyi hesaplanabilecek ve bu şekilde pazara giriş imkânları incelenebilecektir.

Reklam denklemi bir endüstride yapılması gereken optimal reklam harcamalarına işaret etse de rekabet hukukuna ilişkin analizlerde sadece bir sektörün kısa bir kesiti incelendiğinden tek başına tahmin edilecek bir denklem olarak kullanım alanı sınırlıdır. Bununla beraber söz konusu reklam denklemi, genel piyasa değişkenleri ile reklam yoğunluğu arasındaki ilişkiyi açıklamakta ve buna dayanmaktadır. Bu ilişkiler rekabet hukukunda yapılacak analizlerde tek başlarına da dikkate alınabilecektir ve reklam harcamalarının sadece bir giriş engeli olarak değerlendirilmekten başka şekillerde de yardımcı olabileceği kanaatine varılmıştır<sup>40</sup>.

## SONUÇ

Rekabet hukuku çerçevesinde fiyat ve arz gibi temel değişkenlere ilişkin kısıtlamalar öncelik taşısa da, diğer rekabet unsurlarına yönelik kısıtlamalar da pazarda rekabeti olumsuz etkileyebilir. Kâr maksimizasyonu yapan bir firmanın dikkate aldığı unsurlardan biri de reklam harcamaları olduğundan, reklam harcamaları düzeyinin nasıl tespit edildiği ve sektör bazında nasıl belirlendiği de önem taşımaktadır.

Bu çalışma kapsamında reklam harcamalarına ilişkin literatüre ve ampirik çalışma sonuçlarına yer verilmiş olup ardından dünya ve Türk rekabet hukuku kapsamında reklam harcamalarının nasıl ele alındığına değinilmiştir. Kararların incelenmesi sonucunda reklam denkleminin ve reklam değişkenini içeren kârlılık denklemlerinin de sınırlı da olsa analizlerde kullanılabilmesi değerlendirilmiştir. Bununla beraber kârlılık, yoğunlaşma, dış ticaret, ara mal olma hali ve benzeri değişkenler ile reklam yoğunluğu arasındaki ilişkilerin tek başlarına dikkate alınmasının, reklam denkleminin veya eş anlamlı denklem sistemlerinin tahmini yönteminin kullanılmasından çok daha kolay ve hızlı olacağı da açıktır. Bu çerçevede reklam yoğunluğunun çok yüksek olmasının pazarda rekabet eden oligopollere işaret edebileceği, artan reklam yoğunluğunun pazara giriş yapmak isteyenleri engelleme amacı

<sup>40</sup> Piyasa değişkenleri ile reklam yoğunluğu arasındaki ilişkilere detaylı şekilde 1.1. bölümde yer verilmiştir.

taşıyor olabileceği gibi genel değerlendirmelerde bulunulabilecek ve reklam yoğunluğundaki değişikliklerin rekabet ihlallerini tanımlamada yardımcı olabileceği söylenebilecek olmakla beraber 1.1. bölümde yer verilen ayrıntılar da gözden kaçırılmamalıdır. Zira değişkenler arası ilişkiler tek başına değil diğer pazar koşulları da dikkate alındığında bir anlam taşımaktadır.

Sonuç olarak rekabet hukukuna ilişkin yapılan analizlerde fiyat ve arzın yanı sıra reklamın ve kâr maksimizasyonu yapan bir teşebbüsün dikkate aldığı tüm değişkenlere önem verilmesi, bu değişkenlere ilişkin kısıtlamaların da rekabeti olumsuz etkileyebileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatine varılmıştır.

**KAYNAKÇA**

- Akay, A. (2007). *Türk imalat endüstrilerinde yoğunlaşma: Bir panel veri analizi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Ankara.
- Bagwell, K. (2001). *The economics of advertising, introduction*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <http://mmrg.pbworks.com/w/file/48538261/Bagwell%2001w.pdf>
- Bal, M.N. ve Şengök, Z.N. (2003). *Reklam ve piyasa yapısı iktisat, seçme yazılar*. İstanbul: G.Ü. İ.İ.B.F Yayını.
- Bayer, K.D. ve Lancaster K.M. (1986). Are there scale economies in advertising? *The Journal of Business*, 59(3), 509-526.
- Bloch, H. (1974). Advertising and profitability: a reappraisal. *Journal of Political Economy*, 82, 267-286.
- Borden, N.H. (1942). *The economic effects of advertising*. Chicago: Richard D. Irwin.
- Bradburd R.M. (1980). Advertising and Market concentration: a re-examination of ornstein's spurious correlation hypothesis. *Southern Economic Journal*, 47, 531-539.
- Brush, B.C. (1976). The influence of market structure on industry advertising intensity. *The Journal of Industrial Economics*, 25, 55-67.
- Buxton, A.J., Davies, S.W. ve Lyons, B.R. (1984). Concentration and advertising in consumer and producer markets. *The Journal of Industrial Economics*, 32(4), 451-464.
- Carlton, D. ve Perloff, J. (1994). *Modern industrial organization*. New York, NY: Harper Collins College Publishers.
- Cılasun, S.M. (2003). *Türk imalat endüstrilerimde piyasaya giriş ve piyasadan çıkış: bir dinamik panel veri analizi*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Ankara
- Clark, C.R. (Mayıs, 2003). *Advertising restrictions and competition in the children's breakfast cereal industry*, Centre Interuniversitaire de Recherche en Analyse des Organisations. Erişim Tarihi: 15.02.2020, <https://depot.erudit.org/retrieve/79/2003s-30.pdf>
- Coate, M.B. ve Uri, N. (1986). A simultaneous equations model of profitability, concentration and marketing expense. *Journal of Behavioral Economics*, 15(3), 1-15.



- Comanor, W.S. ve Wilson, T.A. (1967). Advertising market structure and performance. *The Review of Economics and Statistics*, 49(4), 423-440.
- Comanor, W.S. ve Wilson, T.A. (1974). *Advertising and market power*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Comanor, W.S. ve Wilson, T.A. (1979). The effect of advertising on competition: A survey. *Journal of Economic Literature*, 17, 453-476.
- Connolly, R.A. ve Hirschey, M. (1984). R&D, market structure and profits: A value-based approach. *The Review of Economics and Statistics*, 66(4), 682-686.
- Cowling, K. (1972). Optimality in firms' advertising policies: An empirical analysis. İçinde K. Cowling (Ed.) *Market structure and corporate behaviour: Theory and empirical analysis of the firm*. London: Gray - Mills Publishing Ltd. Cowling; K.
- Cowling, K., Cable, J., Kelly M. ve T. McGuinness (1975). *Advertising and economic behaviour*. London: Macmillan.
- Cubbin, J. (1981). Advertising and the theory of entry barriers, *Economica*, 48, 289-298.
- Cubbin, J. ve Domberger, S. (1988). Advertising and post-entry oligopoly behaviour. *The Journal of Industrial Economics*, 37(2), 123-140.
- Davut, L. (2002). *Sanayi iktisadı: Piyasa yapısı unsurları*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Delorme, C.D., Klein, P.G. , Kamerschen, D.R. ve Voeks, L.F. (2002). Structure, conduct and performance: a simultaneous equations approach. *Applied Economics*, 35, 13-20.
- Demsetz, H. (1982). Barriers to entry. *The American Review*, 72, 47-57.
- Dorfman, R. ve Steiner, P.O. (1954). Optimal Advertising and optimal quality. *The American Economic Review*, 14(5), 826-836.
- Doyle, P. (1968). Advertising expenditure and consumer demand. *Oxford Economic Papers*, 20(3), 394-416.
- Electronic Code of Federal Regulations (2020). *Part 240-Guides for advertising allowances and other merchandising payments and services*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=6f6e1520a0783570bd38f54af29e47c2&mc=true&node=pt16.1.240&rgn=div5>

- European Commission. (09.02.2004). *Communication from the commission report on competition in professional services*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52004DC0083>
- Farris, P. W. ve Buzzell, R.D. (1979). Why advertising and promotional costs vary: Some cross-sectional analyses. *Journal of Marketing*, 43,112-122.
- Ferguson, J. M. (1974). *Advertising and competition: theory, measurement, fact*. Cambridge: Ballinger.
- Ferguson, J. M., Ferguson, G. J. (1994). *Industrial economics: Issues and perspectives*. London: Macmillan.
- Ferguson, P.R. (1992). *Industrial economics: Issues and perspectives*. London: Macmillan.
- Federal Trade Commission. (15.02.2001). *FTC dismisses complaint against California Dental Association*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2001/02/ftc-dismisses-complaint-against-california-dental-association>
- Federal Trade Commission. (2006). *Commission approves staff comments on attorney advertising to new york unified court system; FTC staff issues advisory opinion concerning the NPJA to St. Johns Health System*. Erişim Tarihi: 16.04.2020, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2006/09/commission-approves-staff-comments-attorney-advertising-new-york>
- Federal Trade Commission. (2.11.2009). *FTC rules Michigan Realtors' Group reduced competition, harmed consumers by restricting access to discount realtors' listings on its multiple listing service and public web sites*. Erişim Tarihi: 17.04.2020, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2009/11/ftc-rules-michigan-realtors-group-reduced-competition-harmed>
- Federal Trade Commission. (14.11.2018). *FTC commissioners find that 1-800 Contacts unlawfully harmed competition in online search advertising auctions, restricting the availability of truthful advertising to consumers*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/11/ftc-commissioners-find-1-800-contacts-unlawfully-harmed>
- FTC. (2020). *Manufacturer-imposed requirements*. Erişim Tarihi: 10.02.2020, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-supply-chain/manufacture-imposed>

- FTC. (2020). *Other agreements among competitors*. Erişim Tarihi: 16.04.2020, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/other-agreements-among>
- Federal Trade Commission ve U.S. Department of Justice. (2000) *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*. Erişim Tarihi: 22.04.2020, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/dealings-competitors/ftcdojguidelines.pdf>
- Federal Trade Commission ve U.S. Department of Justice. (2006). *Commentary on the horizontal merger guideline*. Erişim Tarihi: 20.04.2020, <https://www.justice.gov/atr/commentary-horizontal-merger-guidelines>
- Gisser, M. (1991). Advertising, concentration and profitability in manufacturing. *Economic Inquiry*, 29, 148-165.
- Gupta, V.K. (1983). A Simultaneous determination of structure, conduct and performance in canadian manufacturing. *Oxford Economic Papers*, 35, 281-301.
- Greer, D.F. (1971). Advertising and market concentration. *Southern Economic Journal*, 38(1), 19-32.
- Gürleyik, H.Y. (2004). Türk imalat endüstrilerinde yapı-davranış-performans paradigması altında *kârlılığın belirleyenleri: Bir panel veri analizi*. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Ankara.
- Hirschey, M. (1981). The effect of advertising on industrial mobility. *The Journal of Business*, 54(2), 329-339.
- Hirschey, M. (1982). Economies of scale in advertising. *Managerial and Decision Economics*, 3, 24-28.
- Johnson, H.G. (1964). The economics of advertising. *The Advertising Quarterly*, 13, 9-14.
- Jones, A. ve Sufrin, B. (2008). *EC Competition Law Text, Cases, and Materials*. (3. Baskı) Londra: Oxford University Press.
- Kaldor, N. (1950). The economic aspects of advertising. *The Review of Economic Studies*, 18, 1-27.
- Kardasz, S.W. ve Stollery, K.R. (1984). Simultaneous equation models of profitability, advertising and concentration for Canadian manufacturing industries. *Quarterly Journal of Business and Economics*, 23, 51-6.
- Kessides, I.N. (1986). Advertising, sunk costs, and barriers to entry. *The Review of Economics and Statistics*, 68(1), 84-95.

- Lee, C.Y. (2002). Advertising, its determinants, and market structure. *Review of Industrial Organization*, 21, 89–101.
- Mann, H.M., Henning, J.A. ve Meehan, J.W. (1967), Advertising and concentration: An empirical investigation. *The Journal of Industrial Economics*, 16, 34-45.
- Martin, S. (1979a). Advertising, concentration and profitability: The simultaneity problem. *The Bell Journal of Economics*, 10, 639-644.
- Martin, S. (1979b). Entry barriers, concentration and profits. *Southern Economic Journal*, 46, 471-488.
- Milgrom, P. ve Roberts, J. (1986). Price and advertising signals of product quality. *The Journal of Political Economy*, 94, 796-821.
- Needham, D. (1976). Entry barriers and non-price aspects of firms' behavior. *The Journal of Industrial Economics*, 25(1),29-43.
- Nelson, P. (1970). Information and consumer behaviour. *The Journal of Political Economy*, 78(2), 311-329.
- Nerlove, M. ve Arrow, K.J. (1962). Optimal advertising policy under dynamic conditions. *Economica*, 29(114), 129-142.
- Ornstein, S.I. (1976). The advertising-concentration controversy. *Southern Economic Journal*, 43(1), 892-902.
- Pagoulatos, E. ve Sorensen, R. (1976). International trade, international investment and industry profitability of us manufacturing. *The Southern Economic Journal*, 42(3), 425-434.
- Pagoulatos, E. ve R. Sorensen (1981). A simultaneous equation analysis of advertising, concentration and profitability. *Southern Economic Journal*, 47(3), 728-741.
- Piga, C.A.G. (2000) Competition in a duopoly with sticky price and advertising. *International Journal of Industrial Organization*, 18, 595-614.
- Porter, M.E. (1974). Consumer behaviour, retailer power and market performance in consumer goods industries. *The Review of Economics and Statistics*, 56(4), 419-436.
- Reekie, W.D. (1976). Advertising and market structure: Another approach. *The Economic Journal*, 85, 156-164.
- Reekie, D.W. ve P.Bhoyrub (1981). Profitability and intangible assets: Another look at advertising and entry barriers. *Applied Economics*, 13, 99-107.
- Rees, R.D. (1975). Advertising, concentration and competition: a comment and further results. *The Economic Journal*, 85(337), 165-172.

- Reklamcılar Derneği. (2018). *Reklamcılar Derneği Türkiye’de tahmini medya ve reklam yatırımları 2018 yılsonu raporu*. Erişim Tarihi: 24.09.2019, <https://www.rd.org.tr/assets/uploads/bf6ab5b5-0d86-4bc3-92a7-da47c165cb61.pdf>
- Resende, M. (2006). The determinants of advertising intensity in the brazilian manufacturing industry: An econometric study. *Nova Economica Belo Horizonte*, 16(3), 407-422.
- Schmalensee, R. (1972). *The economics of advertising*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company.
- Sherman, R. ve Tollison, R. (1971). Advertising and profitability. *The Review of Economics and Statistics*, 53(4), 397-407.
- Spence, A.M. (1980). Notes on advertising, economies of scale, and entry barriers. *The Quarterly Journal of Economics*, 95(3), 493-507.
- Stacey, B. (2005). Is the Dorfman-Steiner rule always optimal?. *The American Economist*, 49, 75-77.
- Strickland, A.D., Weiss, L.W. (1976). Advertising, concentration, and price-cost margins. *Journal of Political Economy*, 84, 1109-1121.
- Sutton, C.J. (1974). Advertising, concentration and competition. *The Economic Journal*, 84(333), 55-59.
- Sutton, J (1996). *Sunk Costs and market structure: Price Competition, advertising, and the evolution of concentration*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.
- Symeonidis, G. (1999), Cartel Stability in advertising-intensive and R&D-intensive industries. *Economic Letters*, 62, 121-129.
- Şengök, Z.N. (2002), *Reklam harcamalarının farklı piyasa türlerine göre ekonomik etkileri ve Türkiye örneği*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Ankara.
- Telser, L.G. (1964). Advertising and competition. *Journal Of Political Economy*, 72, 537-62
- Telser, L.G. (1969). Another look at advertising and concentration. *The Journal of Industrial Economics*, 18, 85-94.
- Thomas, L.A. (1999). Incumbent firms’ response to entry: Price, advertising, and new product introduction. *International Journal of Industrial Organization*, 17, 527-555.
- Tirole, J. (1998), *The theory of industrial organization*. MIT Press, Cambridge: Massachusetts.

- Uğurlu, N. (2007). *Türk imalat endüstrilerinde reklam harcamalarının belirleyeni*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, Ankara.
- Uri, N.D. (1987). A Re-examination of the advertising and industrial concentration relationship. *Applied Economics*, 19, 427-435.
- Vernon, J.M. ve Nourse, R. (1973). Profit rates and market structure of advertising intensive firms. *Journal of Industrial Economics*, 22, 1-20.
- Vezzoso, S. (2018). Online platforms, rate parity and the free-riding defence. İçinde P. Nihoul, P. Van Cleynenbreugel. *The roles of innovation in competition law analysis* (ss. 341-376). Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing.
- Weiss, L.W., Pascoe, G. ve Martin, S. (1983). The size of selling costs. *The Review of Economics and Statistics*, 65(4), 668-672.
- Willis, M.S. ve Rogers, R.T. (1998). Market share dispersion among leading firms as a determinant of advertising intensity. *Review of Industrial Organization* 13, 495-508.
- Yolaç, S.E. (2001). *Piyasa yapısını belirleyen faktörler, performansın ölçümü ve türkiye imalat sanayinde bir uygulama*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı, İstanbul.
- Zellner, J.A.(1989). A simultaneous analyses of food industry conduct. *American Journal of Agricultural Economics*, 105-115.

### **ABD Kararları**

- FTC, In the Matter of California Dental Association, Docket No: 9259, File No. B191356 (25.03.1996).
- FTC, In the Matter of Universal Music & Video Distribution Corp. and UMG Recordings, Inc., Docket No: C-3974, File Number: 971 0070 (30.08.2000).
- FTC, In the Matter of National Academy of Arbitrators, Docket No: C-4070, File Number: 011 0242 (13.01.2003).
- FTC, In the Matter of Nestlé Holdings, Inc., Dreyer's Grand Ice Cream Holdings, Inc., and Dreyer's Grand Ice Cream, Inc., Docket No: C-4082, File Number: 021 0174 (25.06.2003).
- In The US District Court for The District of Columbia L'Oreal USA, Inc., L'Oreal S.A., and Carson, Inc., Competitive Impact Statement, Civil Action No: 1:00CV01848 (08.08.2000).

US Court of Appeals, 7<sup>th</sup> Circuit. Blackburn v. Sweeney, 53 F.3d 825 (03.05.1995).

US Court of Appeals, 9<sup>th</sup> Circuit. California Dental Association v. FTC, 526 U.S. 756 No.97-1625 (24.05.1999).

### **Avrupa Birliği'ndeki Kararlar**

European Court of Justice, United Brands Company and United Brands  
Continental BV v Commission of the European Communities:  
Chiquita Bananas. Case 27/76 (14.02.1978).

European Commission, Nestlé/Perrier Case IV/M.190 (22.07.1992)

European Commission, Milchförderungsfonds, Case IV/28.930  
(07.12.1984).

European Court of Justice (5<sup>th</sup> Chamber), C Belasco and others  
v Commission of the European Communities. Case 246/86  
(11.07.1989).

### **Rekabet Kurulu Kararları**

- 07.11.2019 tarihli, 19-38/575-243 sayılı *Google* kararı.  
30.05.2019 tarihli, 19-20/291-126 sayılı *BKM Express* kararı.  
01.10.2018 tarih ve 18-36/584-285 sayılı *Sahibinden* kararı.  
24.04.2018 tarihli, 18-12/228-103 sayılı *Diye* kararı.  
08.03.2018 tarihli, 18-07/111-58 sayılı *Çiçeksepeti* kararı.  
05.01.2017 tarihli, 17-01/12-4 sayılı *Booking.com* kararı.  
09.06.2016 tarihli, 16-20/347-156 sayılı *Yemek Sepeti* kararı.  
01.06.2016 tarihli ve 16-19/311-140 sayılı *SABMiller* kararı.  
05.11.2013 tarihli, 13-61/851-359 sayılı *Biletix* kararı.  
18.10.2011 tarihli, 11-34/742-230 sayılı *Turkcell* kararı.  
17.08.2011 tarihli, 11-45/1043-356 sayılı *Mey İçki* kararı.  
14.10.2010 tarihli, 10-65/1363-505 sayılı *Coca-Cola* kararı.  
18.11.2009 tarihli, 09-56/1325-331 sayılı *Burgaz* kararı.  
25.08.2009 tarihli, 09-38/925-218 sayılı *Tekel Birası* kararı.  
24.7.2008 tarihli, 08-47/647-244 sayılı *OPET* kararı.  
10.9.2007 tarihli, 07-70/864-327 sayılı *Coca-Cola* kararı.  
23.08.2007 tarihli, 07-67/836-314 sayılı *Intergum* kararı.  
11.07.2007 tarihli, 07-59/675-234 sayılı *Türk Telekom* kararı.  
02.08.2007 tarihli, 07-63/764-272 sayılı *Masko* kararı.  
02.06.2005 tarihli, 05-38/487-116 sayılı *Ülker* kararı.  
26.05.2005 tarihli, 05-36/453-106 sayılı *Coca-Cola* kararı.





# Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi

10 Aralık 2020'de alındı; 11 Şubat 2021'de kabul edildi.  
Araştırma Makalesi

Av. Başak BAŞAR\*

## Öz

*Makalenin amacı 24.06.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7246 sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yapılan değişikliğin özel hukuk alanındaki sonuçlara etkisini incelemektir. 7246 sayılı Kanun gerekçesinden, değişikliğin esas amacının Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan değişiklikte özel hukuk alanını ilgilendiren hususlarda ilk olarak, muafiyet kurumu ile ilgili kendi kendine değerlendirme yöntemi getirilmektedir. İkinci olarak, birleşme ve devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltması da hukuka aykırılık hali kapsamına alınmaktadır. Üçüncü olarak, de minimis kuralı ile kayda değer ölçüde rekabeti sınırlamayan rekabet ihlalleri soruşturma konusu dışında bırakılmaktadır. Son olarak, taahhüt ve uzlaşma kurumları, değişiklikte yeni getirilen düzenlemelerdendir. Bu çalışma kapsamında, bahsi geçen değişikliklerin toplum ve kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması açısından yeterli olup olmadığı ve değişikliklerin özel hukuk alanındaki yaptırımlara etkisi tartışılmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Geçersizlik, tazminat, muafiyet, taahhüt, uzlaşma

\* Turanlı ve Başar Avukatlık ve Arabuluculuk Ofisi, Avukat, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora öğrencisi, e-posta: av.basakbasar@gmail.com, Orcid ID: 0000-0002-2723-8436.

# Impacts of Amending Act No. 7246 to the Act on the Protection of Competition No. 4054 Regarding the Consequences in Private Law

Received 10 December 2020; accepted 11 February 2021  
Original Article

Av. Başak BAŞAR 

---

## Abstract

*The purpose of the article is to examine the effect of the consequences of the amendments made in the Law on the Protection of Competition with Law No. 7246 published in the Official Gazette on 24.06.2020 in the field of private law. It is understood from the justification of Law No. 7246 that the main purpose of the amendment of law is to harmonize with the European Union acquis. With the amendment in private law, firstly, the method of self-assessment of the exemption authority is introduced. Secondly, merger and acquisition agreements, which significantly reduce competition, are also considered illegal. Thirdly, with the de minimis rule, competition violations that do not significantly restrict competition are excluded from being the subject of investigation. Finally, commitment decisions and settlement procedures are among the newly introduced regulations with the amendment. Whether the aforementioned amendments are sufficient in terms of protecting the rights and interests of society and individuals and the effects of the changes on private law sanctions are discussed within the scope of this study.*

**Key words:** *Invalidity, compensation, exemption, commitment decision, settlement*

## GİRİŞ

Rekabet hukukunda yaptırımlara yer verilmesinin temel amacı, rekabet ihlallerinin önlenerek tam ve adil rekabet düzenine ulaşılmasıdır. Nitekim sistemin suistimal edilmesine engel teşkil edecek denetleyici mekanizmalar ile toplumsal refahın artmasına katkıda bulunmaktadır. Kamu hukuku yaptırımıyla ağırlıklı olarak kamu düzeninin bozulmasına engel olunurken, özel hukuk yaptırımıyla öncelikli olarak kişilerin hak ve menfaatleri korunmaktadır. Rekabet hukukunda yasaklanan faaliyetler esasen kişiler arasında ve özel hukuk alanında doğduğundan, özel hukuk alanında yaptırımlara da ihtiyaç duyulmaktadır. Yaptırımlar ile caydırıcılık sağlanabilecek, iş ortamı iyileştirilebilecek ve rekabet güçlendirilecektir. Toplumsal faydanın yanı sıra, bireysel olarak kişilerin özel hukuk ilişkilerinden doğan hakları korunabilecektir. Böylelikle bir bütün halinde etkin bir rekabet hukuku düzenine ulaşılabilecektir (Aşçıoğlu Öz, 2000, ss. 15-18; Gül, 2000, ss. 5-7; Sanlı, 2000, s. 14; Akıncı, 2001, s. 8; Badur, 2001, ss. 18-26; Topçuoğlu, 2001, s. 41; Aslan, 2007, s. 713; Ateş, 2009, s. 59; Rat, 2015, ss. 528-529; Başar, 2018, ss. 17-19; Cengiz, 2018, ss. 55-57).

Türk rekabet hukukunun temel kanunu olan Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RKHK), 13.12.1994 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. RKHK’nin rekabet hukukunda güncel gelişmelere ve Avrupa Birliği (AB) müktesebatına uyum sağlayabilmesi adına RKHK’de değişiklik yapılması gerektiği, doktrinde sıklıkla dile getirilmiştir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) anti tröst hukukunda, adli mahkemelerden ihlalin önlenmesi, ihlale son verilmesi ya da ihlalin tespiti talep edilebilmektedir. Bu anlamda, rekabet otoritesi tarafından verilen idari nitelikli bir karardan farklı olarak, yargı kararının elde edilmesi mümkün olabilmektedir. Türk rekabet hukukunda kişilik haklarına saldırıya dair Türk Medeni Kanunu m.25’te belirlenen davaların açılıp açılmayacağına dair tartışmalara mahal vermeksizin, bu konuda özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği savunulmaktadır (Özsunay, 2005, ss. 131, 144-145). Bir başka örnek olarak, sözleşme kurma zorunluluğu düzenlemesi ile hâkim durumdaki teşebbüslerin menfaatlerine göre tercih ettikleri teşebbüsler ile işbirliğine girerek,

münhasırlık kayıtları içeren anlaşma gibi eşitliği bozacak nitelikteki işlem ve eylemlerinin önlenmesi mümkün olabilmektedir. Nitekim sözleşme kurma zorunluluğu düzenlemesi, kişilerin mal ya da hizmeti elde etmeye dair menfaatine hizmet etmekte ve daha etkin bir çözüm sunulmaktadır (Ayrancı, 2003, ss. 233-234, 246-247). Bu noktada özellikle birbirleriyle bağlantılı dikey bütünleşik piyasalarda kullanılan zorunlu unsur doktrininin bahsetmek gerekmektedir. Rekabet hukukunda kullanılan zorunlu unsur doktrinine göre, yalnızca hâkim durumda olan teşebbüsten mal veya hizmetin sağlanması mümkün ise, bu teşebbüsün mal veya hizmet vermeyi reddetmesi hâkim durumun kötüye kullanılması hali oluşturmaktadır (Aslan, 2007, ss. 498-500). Rekabet Kurulu Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. ve Telsim Mobil Telekomünikasyon Hizmetleri A.Ş.'nin, İŞ-TİM'in ulusal dolaşım talebini reddetmeleri suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması yönünde ihlalin olup olmadığına dair kararında<sup>1</sup>, zorunlu unsur doktrininin unsurlarına değinmektedir. Kararda, zorunlu unsurun hâkim durumdaki teşebbüslerin sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin özel bir uygulama olduğu açıklanmaktadır. Zorunlu unsur doktrininin uygulanması açısından üç temel unsurun arandığı görülmektedir. Zorunlu unsurun benzerinin piyasada makul şartlarda yapılamaması, bu unsura sahip teşebbüsün hâkim durumda olması ve sözleşmeyi kurmayı reddetmenin haklı gerekçeye dayanmaması gerekmektedir. Zorunlu unsur doktrininin kanunda düzenlenmemesinin ve içtihatlarla bırakılmasının eksiklik olduğu savunulmaktadır (Özsunay, 2005, s. 148).

24.01.2014 tarihinde TBMM'ye sunulan; ancak, komisyon inceleme aşamasında kadük olan kanun tasarısı, doktrinde tartışılmıştır.

<sup>1</sup> Rekabet Kurulu, 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı kararı. Kararda, Turkcell ve Telsim Operatörlerinin telekomünikasyon alt yapı hizmetleri pazarında birlikte hâkim durumda oldukları, bu yapıya alternatif altyapı bulunmadığı yani alt yapı hizmetlerinin zorunlu unsur niteliğinde olduğu, bu unsurun piyasaya giriş engeli olarak birlikte kullanılabileceği açıklanmaktadır. Kararda hâkim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilmekte ise de, Yargıtay 11. H.D. 10.02.2011 tarihli ve 2009/3852 E., 2011/2528 K. sayılı kararında, Rekabet Kurulu kararının Danıştay 13. D. 2005/6632 E., 2005/5890 K. sayılı ve diğer dosyalarında iptal edildiği, zorunlu unsurun yalnızca piyasaya giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil, diğer tüm teşebbüsler için zor olması gerektiği, Aycell A.Ş.'nin kendi altyapısını oluşturduğu, ayrıca hakim durumda olan teşebbüslerin de bu altyapıyı ayrı ayrı oluşturduğu, şu halde altyapının alternatifinin oluşturulmasının mümkün olduğu sonucuna varılmış ve tazminat istemi reddedilmiştir.

Tasarı doktrinde daha önce tavsiye edilen bir takım düzenlemeleri içermektedir. Örneğin, idari işlemlere karşı Rekabet Kuruluna iptal davası açma yetkisi verilmesi (Aslan, 2007, ss. 78-80) dâhil rekabet savunuculuğu kurumunun düzenlenmesi söz konusuydu. Aynı şekilde, rekabet ihlalinin önlenmesi, tespiti veya ihlale son verilmesinin zarar görenler tarafından adli mahkemeden talep edilebilmesi yönünde düzenlemeye yer verilmişti. Ancak doktrinde dile getirilen Rekabet Kurulunun rekabet ihlallerinin tespiti aşamasında teknik anlamda yanlış kullandığı ileri sürülen ispat, delil kavramlarının yeniden düzenlenmesi (Budak, 2007, ss. 150; Konuralp, 2007, s. 18), Rekabet Kurulu kararının adli mahkemeler tarafından bekletici mesele yapılması gerektiğine dair açık yasal bir bağ kurulması<sup>2</sup> (Arı, 2005, ss. 239-244; Aslan, 2007, ss. 798-799; Şahin, 2013, s. 227), önceden belirlenecek bazı ihlal türleri yönünden tazminat davalarında kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi (Arı, 2005, ss. 219-220; Şahin, 2013, ss. 184-185) gibi çoğaltılabilecek örneklerdeki tavsiyelerin yer almaması da tasarının eksikliği yönünde eleştirilere yol açmıştır.

RKHK'de değişiklik yapılması rekabet hukuku alanındaki reformları takip etmek adına bir zorunluluk teşkil ettiğinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair 7246 Sayılı Kanun (7246 Sayılı Kanun) 16.06.2020 tarihinde kabul edilmiş

<sup>2</sup> Yargıtay 11. H.D. 23.06.2006 tarihli ve 2005/3755 E. 2006/7408 K. sayılı kararında aynen "Tazminata karar verebilmek için, ilgili anlaşma veya uygulamanın 4054 s. Yasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması zorunludur ki, bu tespitte önce Rekabet Kurulu ve Kurul kararına karşı da Danıştay görevlidir. Bu sebeplerle mahkemece, öncelikle, davacının bu davadan önce 4054 s. Yasa'ya göre Rekabet Kuruluna başvurup başvurmadığının araştırılması, başvurmuşsa, davalı eylemlerinin 4054 s. Yasa'ya aykırılığın tespiti yönünden, bu başvuru neticesini ve kesinleşmesini bekleyerek sonucuna göre karar vermesi, Rekabet Kuruluna davadan önce başvurmamışsa, eldeki bu davayı Rekabet Kuruluna başvurma olmadan dinlenemeyeceği ve henüz dava açma zamanı gelmediği nazara alınarak karar vermesi gerekirken, bu hususları yerine getirilmeden işin esasına girilerek, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmadığından kararın davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir." açıklamasıyla, ihlalin tespitinde tek yetkilinin Rekabet Kurulu ve idari yargı olduğuna işaret ederek, kararın bekletici mesele yapıldığı görülmektedir. Rekabet Kurulu kararının iptali ile somut uyuşmazlıkta delil durumunun değişeceği ve delillerin yeniden değerlendirilmesi gerekeceği, bu gerekçeyle kararın bekletici mesele yapılması yönünde bir görüşün, somut uyuşmazlığın çözümüne işaret etmesi gerektiği görüşündeyiz. Rekabet Kurulu kararı ile idare mahkemesi kararının delil niteliği göz ardı edilemeyecek olsa da, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde somut olayda hukuka aykırılık unsurunun varlığını tespit etmenin adli mahkemenin görevi kapsamında olduğu değerlendirilmelidir.

ve 24.06.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. RKHK'de yapılan değişiklik, bazı hukuki kurumları yeniden düzenlemekte ve önemli değişiklikler içermektedir. Her ne kadar rekabet hukuku kapsamında doktrinde tartışılan ve getirilen önerileri karşılamıyor olsa da, küresel ekonomik düzende sınırlayıcı ve denetleyici görev üstlenen rekabet hukuku alanında gelişmelere ayak uydurmak adına yapılan değişiklik, önemli bir adımdır. Nitekim 7246 Sayılı Kanun genel gerekçesinde de küresel düzeyde yaşanan değişim ve ihtiyaçlar sonucunda, rekabet hukukunun çağdaş düzeye ulaşması ve Rekabet Kurumunun daha aktif ve etkili hale getirilmesinin amaçlandığı açıklanmaktadır.

RKHK'de, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler arasında, rekabetin sınırlandırılmasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına etki edecek nitelikte düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Bu çalışmanın amacı, yapılan değişikliklerin rekabet hukuku uygulamasının özel hukuk alanındaki sonuçlarına etkisini değerlendirmektir.

## **1. MUAFİYET**

### **1.1. Genel Olarak**

RKHK m.4 ile hangi faaliyetlerin yasaklandığı düzenlenmektedir. İlgili madde:

“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.” hükmünü amirdir.

Piyasada birden fazla teşebbüsün bir araya gelerek, işbirliği içerisinde rekabeti sınırlaması hedeflenen tam rekabeti bozmakta, sosyal ve ekonomik olarak oldukça geniş çerçevede olumsuz etki doğurmaktadır. Bu sebeple, rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri yasaklanmaktadır. RKHK m.4'te alım-satım şartlarının tespit edilmesi, piyasaların bölüşülmesi, kaynakların paylaşılması, arz talep miktarının kontrol edilmesi, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin

zorlaştırılması, piyasaya giriş engellerinin konulması gibi bazı rekabeti sınırlayan hukuki işlem ya da eylemler örnek olarak verilmektedir.

RKHK m.4 kapsamında, ilk olarak teşebbüsler arasında rekabeti sınırlama amacıyla yapılan anlaşmaların hukuka aykırı olduğu belirlenmektedir. Rekabet hukukunda rekabeti sınırlayan anlaşma, sözleşmeden daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Şekil ya da diğer geçerlilik koşullarına aykırı anlaşmalar da dâhil olmak üzere, birden çok tarafın kendilerini bağlı hissettikleri her türlü irade uyuşması, anlaşma kavramına dâhil kabul edilmektedir<sup>3</sup> (Sanlı, 2000, s. 76; Aydoğdu, 2001, s. 15; Cengiz, 2006, s. 46; Aslan, 2007, ss. 143-160; Ateş, 2009, ss. 86-91; Yiğit, 2013, ss. 59; Kesici, 2017, ss. 9, 125).

İkinci olarak, teşebbüs birliklerinin aldığı karar ve eylemler rekabeti sınırlamayı amaçladığı takdirde yasaklanmış faaliyetlerdendir. Kararın uygulanmaması veya bağlayıcı olmaması ise karar ve eylemlerin hukuka aykırı sayılmasına engel değildir (Akıncı, 2001, ss. 180; Badur, 2001, s. 73; Başar, 2018, ss. 40-41).

Üçüncü olarak, teşebbüsler arası karşılıklı uyumlu irade beyanı olmaksızın teşebbüslerin iradesiyle oluşan ve rekabeti sınırlama amacı taşıyan bilinçli paralel davranışlar, uyumlu eylem olarak tanımlanmaktadır ve yasak kapsamındadır<sup>4</sup>. Buna karşılık, bilinçli paralellik eyleminin rekabeti sınırlama amacı taşıyormaması, ekonomik ve rasyonel gerekçelerle açıklanabilmesi halinde uyumlu eylemden bahsedilmeyecektir (Sanlı, 2000, ss. 79-81; Akıncı, 2001, s. 143; Aydoğdu, 2001, ss. 19-20; Badur, 2001, s. 65; Topçuoğlu, 2001, ss. 198-201; Aslan, 2007, ss. 155, 158).

RKHK m.5 ile aynı madde hükmünde aranan şartların varlığı halinde rekabeti sınırlayan eylem ve işlemler, RKHK m.4 hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmaktadır. Böylelikle şartları taşıyan

<sup>3</sup> Aksi görüşte olan Topçuoğlu (2001, s. 168), hukuken bağlayıcı olmayan durumlarda anlaşma halinden değil, uyumlu eylemin varlığından bahsedilmesinin daha isabetli olduğu görüşündedir. Ayrıca Danıştay 13. D. 08.01.2018 tarihli ve 2011/2010 E. 2019/69 K. sayılı kararında “Medeni Hukuk’un geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanıldığı, anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının bir öneminin olmadığını belirttiği, dikey ilişkinin de 4. madde kapsamında bir anlaşma olarak ele alınması gerektiği” ifade edilmektedir.

<sup>4</sup> Rekabet Kurumu (2015), *17. Yıllık Rapor*, s. 16. Erişim Tarihi 05.11.2020, [http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fraporlar%2f17yillik\\_rapor.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fG%C3%BCncel%2fraporlar%2f17yillik_rapor.pdf)

hukuki işlem ve eylemler, bireysel muafiyet kapsamında kabul edilmektedir. Nitekim bu halde, toplumsal refahın artması amacına katkı sağlayan ve geçerliliğini sürdürmesi halinde daha yararlı bir çözüm sunan faaliyetlerin varlığından bahsedilmektedir (Aslan, 2007, s. 440; Başar, 2018, s. 109).

Muafiyet kurumunun tarihsel gelişiminde, “*rule of reason*” ve “*per se rule*” olarak bilinen doktrinler ilk olarak *Sherman Act* ile ABD antitröst hukukunda yer almıştır. Bu doktrinler, teşebbüslerin işlem ve eylemlerini, rekabeti sınırlayan ve rekabet yanlısı olmak üzere ikiye ayırmaktadır. *Rule of reason* adı verilen doktrin gereğince, teşebbüslerin faaliyetlerinin makul görülebilir kılacak olumlu etkilerin olması halinde, hukuka uygunluk söz konusu olur. Böylelikle tüm rekabet ihlalleri değil, etkileri olumsuz sonuçlar doğuran ihlaller yasaklanmaktadır. *Per se rule* doktrini ise, faaliyetleri değerlendirme yapmaksızın ve faaliyetten teşebbüslerin bu ihlalden kaynaklı olarak çıkar elde etmesine imkân tanımaksızın doğrudan yasaklamayı öngörmektedir. Bu doktrinde, teşebbüslerin faaliyetlerinin piyasa üzerinde olumlu etkisi olup olmadığı ise uygulanacak yaptırımlar yönünden önem arz etmemektedir. Buna karşılık, *rule of reason* doktrini teşebbüslere kendilerini haklı gösterme imkânı tanımakta ve şüpheden yararlanmalarına imkân vermektedir (Liakopoulos, 2018, ss. 288-289). 1898 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Joint-Traffic Association*<sup>5</sup> kararı ile fiyat tespitinin ekonomik gerekçelerle ve iflasın önlenmesi adına yapıldığı savunması dinlenmemiş, buna rağmen ilk kez rekabetin doğrudan ve dolaylı ihlali ayrımına gidilmiştir. Kararda, fiyat tespiti sebebiyle doğrudan rekabeti ihlali söz konusu olduğundan başka bir araştırmaya ihtiyaç olmadığı, bu nedenle faaliyetin *per se* doktrinine aykırı olduğu tespit edilmiştir. Buna rağmen *rule of reason* doktrininin gelişmesine öncülük eden bir karar olarak anılmaktadır (Akıncı, 2001, s. 215). 1911 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesinin bu kadar geniş kapsamlı genel bir yasağın, rekabet ihlalinin makul olması ölçütüne göre değerlendirilmesi gerektiği yorumuyla karar<sup>6</sup> *rule of reason* doktrini açısından kılavuz olarak kabul edilmiştir (Liakopoulos, 2018, s. 290). Karar ile *Shearman Act'in* asıl amacının tüketicinin refahını

<sup>5</sup> American Supreme Court, (1898), United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505.

<sup>6</sup> American Supreme Court, (1911), Standart Oil vs. United States, Case 221. U.S.1.



sağlamak olduğu belirlenerek, doğal sonucu rekabetin sınırlandırılması olmayan faaliyetlerin rekabete etkisinin değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır (Akıncı, 2001, s. 216). *Rule of reason* doktrininin uygulanmasıyla, *per se rule* doktrinine nazaran, daha seçici davranılarak yaptırımın uygulanmasına ve teşebbüslere faaliyetlerinin makul olduğunun açıklamalarına fırsat verilmesine rağmen, bu doktrinin hukuki öngörülebilirliği sarsması önemli bir eleştiri noktası olarak görülmektedir. Bu yaklaşım, analizin maliyeti ve zorluğu sebebiyle de eleştirilmektedir (Liakopoulos, 2018, ss. 288-291). Buna karşılık bahsi geçen yaklaşım teşebbüs faaliyetlerinin, teknolojik yenilikleri benimsenmesi, küçük işletmelerin ekonomik bağımsızlığı ve çeşitlilik gibi sosyal faydalar çerçevesinde değerlendirilmesini daha makul ve yararlı görmektedir. Faaliyetin rekabet ihlaline yol açıp açmayacağı ve rekabet yanlısı olup olmadığına dair ayırım yapabilmek için, ilgili pazarın ve ekonomik faktörlerin analizi yapılmakta ve nihai olarak kamu yararına aykırı bir ihlal olup olmadığı tespit edilmektedir (Markham, 1955, s. 291). Bu noktada özellikle tüketici refahının artmasının ölçüt alınması gerektiği, bu ölçütün ihlalden toplumun nasıl etkilendiğinin anlaşılması yönünden daha kolay ve avantajlı olduğu savunulmaktadır (Hovenkamp, 2017, ss. 84, 118, 132).

AB rekabet hukukuna bakıldığında, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Roma Antlaşması'nın modernleştirilmesi sürecinin ilk adımında, muafiyet kurumunun m.81/3'de<sup>7</sup> düzenlendiği görülmektedir. Ardından, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 82 ve 83 maddelerinin uygulanmasına ilişkin 1/2003 sayılı Tüzükle<sup>8</sup> reform olarak nitelendirilen önemli değişiklikler ve yenilikler AB rekabet hukukuna kazandırılmıştır (Ata, 2009, ss. 36-38; Jenny, 2014, ss. 701-702). Ayrıca m.81/3'ün

<sup>7</sup> Roma Antlaşması'nın adı, 2007 tarihli Lizbon Antlaşmasıyla 'Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma' olarak değiştirilmiştir. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.101'de ise rekabeti sınırlayan anlaşma, kararlar ve uyumlu eylemler yasaklanmakta ve geçersiz sayılmaktadır. Muafiyet kurumu m.101/3'de düzenlenmektedir.

<sup>8</sup> 1/2003 sayılı Konsey Uygulama Tüzüğü, 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. European Council (2003), *Council regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the treaty (text with EEA relevance)*, Erişim Tarihi: 16.10.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>

uygulanmasına ilişkin direktif<sup>9</sup> yayımlanmıştır. Muafiyet kurumunun doğrudan uygulanabilmesi ve kendi kendine değerlendirme yönteminin getirilmesi 1/2003 sayılı Tüzük ile yapılan önemli değişikliklerdendir. Adı geçen tüzüğün 2, 3 ve 4. paragraflarında, muafiyet kurumuna ilişkin düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesi ve etkili denetim mekanizmasının kurulması ile yönetimin basitleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bildirim sistemi, rekabet otoritelerinin ihlal vakalarına yoğunlaşmalarını engellemekte ve teşebbüslere maliyet yüklemektedir. Bu sebeple sistemin doğrudan uygulanabilir bir istisna sistemine dönüştürülmesi gerektiği açıklanmaktadır. Yapılan reformla faaliyetlerin muafiyetten yararlanabilmesi için bildirim yükümlülüğü kaldırılmıştır ve muafiyet kurumu gerçek bir yasal istisna haline getirilmiştir. Şartların yerine getirildiğini ispat yükü ise, muafiyet kurumundan yararlanmak isteyen teşebbüslerdedir ve bu teşebbüslerin rekabet ihlali amacı olmaması gerekmektedir. AB Adalet Divanı üye devletlerin rekabet otoritelerinin yetkilerine dair bir uyumsuzluğa ilişkin kararında<sup>10</sup>, 1/2003 sayılı Tüzüğü modernizasyon düzenlemesi olarak anmakta, bu düzenleme ile muafiyet kararı alınabilmesi için AB Komisyonuna bildirim yükümlülüğünün kaldırıldığını, yasal istisna sisteminin getirildiğini açıklamaktadır. Böylelikle ulusal mahkemelerin ve rekabet otoritelerinin, rekabet ihlallerine yoğunlaşabileceği ve AB rekabet hukuku kurallarını uygulanması ile çok daha yakından ilişkili hale getirildiği dile getirilmektedir.

AB rekabet hukukunda rekabet ihlali amacının tespiti halinde, *per se* kuralının uygulanmasına benzer şekilde, faaliyet ekonomik analiz ile gerekçelendirilemeyecektir ve yasaktır (Liakopoulos, 2018, ss. 302-305). Bu noktada belirtilmelidir ki, AB rekabet hukukunun *per se rule* ve *rule of reason* doktrinlerini doğrudan ABD rekabet hukukundan aktardığı söylenemeyecektir. *Rule of reason* AB hukuku için bir başlangıç noktası olabilirse de, AB hukukunda topluluk pazarının özellikleri göz önüne alınarak muafiyet kurumu oluşturulmuştur ve daha gelişmiş analiz yöntemleri kullanılmaktadır. Muafiyet incelemesinde,

<sup>9</sup> European Commission (2004), *Communication from the commission notice guidelines on the application of article 81(3) of the treaty (2004/C 101/08) (Text with EEA relevance)*, Erişim Tarihi: 17.10.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>

<sup>10</sup> The Court of Justice of the European Union, (2010), Case, C375/09.

ekonomik etkinlik ve kamu menfaatleri açısından da değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca *rule of reason* doktrinine benzer şekilde, teşebbüslere faaliyetin fayda sağlayacağını açıklama fırsatı sağlanmakta, buna karşılık ekonomik analizin getirdiği öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik sorunu beraberinde getirilmektedir (Liakopoulos, 2018, ss. 302, 314-315).

## 1.2. 7246 sayılı Kanun'un Muafiyet Kurumuna İlişkin Düzenlemesi

RKHK'de muafiyet kurumu m.5 ile düzenlenmektedir. Değişiklik öncesi madde metninin ilk fıkrası şu şekildedir:

“Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olanlardan fazla sınırlanmaması.”

7246 Sayılı Kanun m.1 ile bireysel muafiyet kurumunu düzenleyen RKHK m.5/1 değiştirilmiş ve 2. fıkra eklenmiştir. Yapılan değişiklik sonrası RKHK m.5/1 ve m.5/2 şu şekildedir:

“Aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muafır:

- a) Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,
- b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,
- c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,
- d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.

İlgili teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, 4 üncü madde kapsamındaki anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararının muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilir.”

Muafiyet kurumu ile kanun koyucu, rekabeti sınırlayan bazı işlemlerin yasak kapsamında olmadığını belirlemektedir. Buna göre, malların üretimi, dağıtımı veya hizmetlerin sunulmasında gelişme ve iyileşme sağlayacak, tüketicinin fayda sağladığı, yalnızca bu amaçların elde edilmesi oranında rekabetin sınırlandığı ve ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin sınırlandırılmadığı hallerde, bireysel muafiyet şartlarının varlığından söz edilebilecektir. Rekabet Kurulu kararlarında<sup>11</sup>, *rule of reason* doktrinine benzer olarak muafiyet kurumunun varlığına işaret edilmekte, bu doktrinin uygulanmasının istisnai olduğu belirlenmekte ve amaç yönünden rekabeti kısıtlayan faaliyetler söz konusu olduğunda, etki yönünden ekonomik analizin yapılmasına gerek olmadığı altı çizilmektedir. Sözü edilen muafiyet şartları yönünden 7246 sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmemiştir.

Muafiyet kurumuna yönelik olarak 7246 sayılı Kanun ile iki temel değişiklik yapılmıştır. RKHK m.5/1'de yapılan değişiklikle, hükümde gösterilen muafiyet şartlarının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları m.4 hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmaktadır. Değişiklikten önce, RKHK'de gösterilen muafiyet şartlarının varlığı halinde, teşebbüslerin başvurması halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının m.4 hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına dair karar verebilme yetkisi Rekabet Kuruluna aitti. Diğer bir deyişle, bireysel muafiyet kararı, Rekabet Kurulu tarafından verilebilmekteydi. Yapılan değişiklikle Rekabet Kurulu tarafından ayrıca karar verilmesine gerek olmaksızın, şartların varlığı halinde hukuki işlem ya da eylemin bireysel muafiyet kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Muafiyet kurumu ile ilgili ikinci değişiklik, RKHK m.5'e eklenen 2. fıkra ile yapılmaktadır. Fıkra ile ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin, muafiyet şartlarını taşıdığı Kurul tarafından tespit edilmesi amacıyla Rekabet Kuruluna başvurabileceği düzenlenmektedir. Böylelikle,

<sup>11</sup> Rekabet Kurulu, 22.11.2018 tarihli 18-44/703-345 sayılı kararı, Rekabet Kurulu, 20.06.2019 tarihli 19-22/353-159 sayılı kararı.

Rekabet Kurul'un muafiyet kararı yetkisi yerini almak üzere, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin talebi halinde Rekabet Kuruluna muafiyetin varlığını tespit yetkisi verilmektedir.

7246 sayılı Kanun'un gerekçesinde, bu değişikliğin muafiyet rejiminin hukuki belirliliğini artırma amacıyla getirildiği ifade edilmektedir. AB uygulamasında 2003 yılında gerçekleştirilen reformla düzenlenen 'kendi kendine değerlendirme' yönteminin benimsenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir. Madde gerekçesinde kendi kendine değerlendirme yöntemi şu şekilde açıklanmaktadır. Teşebbüsler ilk olarak grup muafiyeti düzenlemelerinden yararlanıp yararlanmadıklarına bakmalıdırlar. Grup muafiyetinden yararlanamamaları halinde RKHK'de belirlenen bireysel muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadıklarını değerlendirmelidirler. Teşebbüsler talep ettikleri takdirde, bu tespiti Rekabet Kuruluna başvurarak yaptırabilecektir.

### **1.3. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Geçersizlik Yaptırımına Etkisi**

RKHK'ye aykırılığa yönelik RKHK m.4 ile düzenlenen geçersizlik yaptırımı, en önemli özel hukuk yaptırımlarından biridir. Muafiyet kurumunda yapılan değişikliğin, geçersizlik yaptırımı yönünden etkisinin açıklanabilmesi için öncelikle hangi tür rekabeti sınırlayan faaliyetlerin geçersizlik yaptırımına tabi tutulduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

RKHK m.56 incelendiğinde, hükmün lafzından yalnızca rekabeti sınırlayan teşebbüsler arası anlaşmalar ve teşebbüs birliklerinin bu tür kararlarının yasaklandığı ve geçersiz sayıldığı düşünülebilmektedir. Ancak doktrinde hangi tür faaliyetlerin geçersizlik yaptırımına tabi tutulacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır (Başar, 2018, ss. 75-78). Doktrinde rekabeti sınırlayan birleşme ve devralma işlemlerinin de geçersizlik yaptırımına tabi tutulacağı kabul edilmektedir (Sanlı, 2000, ss.390, 394; Güven, 2003, s. 459). Buna karşılık özellikle hukuki eylemlerle vücut bulan uyumlu eylemler ve hâkim durumun kötüye kullanılması bakımından tartışma oldukça kapsamlıdır. Hâkim görüşe göre (Sanlı 2000, s. 397; Akıncı, 2001, s. 329; Aksoy, 2004, s. 18;

İkizler, 2005, s. 355; Aslan, 2007, s. 771; Güven, 2008, s. 735; Ünal, 2009, s. 407) uyumlu eylemler hukuki işlem niteliği taşımadığından, geçersizlik yaptırımına tabi tutulamazlar. Buna karşılık, uyumlu eylemler yönünden muafiyet kararı verilebilmesi karşısında, geçersizliklerinden de söz edilebilmesi gerekmektedir. Nitekim uyumlu eylemler, hukuki işleme dayanabilir veya sonucunda hukuki işlemler meydana gelebilir. Bu halde, hukuki işlemler yönünden geçersizlik yaptırımı uygulanabilecektir (Başar, 2018, ss. 76-77). Aynı şekilde, her ne kadar hukuki eylem niteliğindeki davranışlar yönünden geçersizlikten bahsedilemezse de, hâkim durumun kötüye kullanılması eylemlerinin dayandığı veya meydana getirdiği hukuki işlemlerin geçersizliğinden söz edilebilir. Örneğin, bu durum anlaşma ya da kararlar gerçekleştirilmişse, geçersizlik yaptırımının bu işlemlere uygulanması söz konusu olacaktır (Sanlı, 2000, s. 390, 394; Aksoy, 2004, s. 36; Ünal, 2009, s. 409).

RKHK'de 13.07.2005 tarihinde 5388 sayılı Kanun ile m.5'te yapılan değişiklikle, madde metnindeki "ilgililerin talebi üzerine" ibaresi kaldırılmıştır. Buna ek olarak, m.10/1'de yer alan "4 üncü madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Kurula bildirilir. Bildirilmemiş anlaşmalara muafiyet hükümleri uygulanmaz. Zamanında yapılmamış bildirimlere muafiyet verilmesi halinde muafiyet, bildirim tarihinden itibaren geçerlidir." düzenlemesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bildirim şartı kaldırılmadan önce, Rekabet Kuruluna bildirim yapılmamasının işlemi doğrudan geçersiz sayılmasına yol açmadığı görülmektedir. Muafiyet şartlarının var olduğu somut olayda, bildirim şartının yerine getirilip getirilmemesi geçersizlik yaptırımı yönünden farklı sonuçlara yol açmaktadır. Rekabet Kuruluna süresinde bildirim yapılmadığı takdirde, bildirim yapılmıyaya kadar anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar askıda geçersiz sayılacaktır ve bildirim tarihinde geçerlilik kazanacaktır. Bildirim süresinde yapılmış ise işlem yapıldığı an geçerli sayılacaktır (Topçuoğlu, 2001, ss. 288-299; Arı, 2004, ss. 204-205; Aslan, 2007, s. 770). Bu değişiklikle beraber, Rekabet Kuruluna yapılacak bildirim şart olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. Böylelikle, 13.07.2005 tarihinde 5388 sayılı Kanun ile Rekabet Kurulundan bireysel muafiyet kararı alınması halinde geçersizlik yaptırımının uygulanması yönündeki farklılıklar da ortadan kalkmıştır (Aslan, 2007, ss. 770-771).

Rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ve uyumlu eylemler, bireysel muafiyet kapsamında olduğu takdirde hukuka uygun kabul edilmektedir (Aşçıoğlu Öz, 2000, s. 179; Arı, 2004, s. 195; Cengiz, 2006, ss. 369-370; Aslan, 2007, s. 770; İnan ve Piker, 2007, s. 104; Güven, 2008, s. 751; Kesici, 2017, s. 205). Diğer bir deyişle bireysel muafiyetin şartları olduğu takdirde, rekabeti sınırlayan hukuki işlemler geçersizlik yaptırımına tabi tutulmamaktadır. Doktrinde muafiyet kararlarının hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağı, yalnızca yaptırımların uygulanmasının engelleneceği görüşü de söz konusudur (Aksoy, 2004, s. 29; Topçuoğlu, 2001, s. 292).

7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, Rekabet Kurulu tarafından bireysel muafiyet kararı verilmesi halinde, hukuki işlemin hangi andan itibaren geçerli sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Buna ek olarak geçersizlik türüne ilişkin tartışmalar da söz konusudur. Geçersizlik kavramıyla, kural olarak kesin hükümsüzlük kastedilmektedir ve hukuki işlemin baştan itibaren geçersiz olduğu ifade edilmektedir (Aşçıoğlu Öz, 2000, s. 178; Akıncı, 2001, s. 331; Topçuoğlu, 2001, s. 287; Aksoy, 2004, s. 36; Arı, 2004, s. 197; Özsunay, 2005, s. 143; Aslan, 2007, s. 770). Doktrinde ilk görüş (Gürzumar, 2002, s. 47; Arı, 2004, s. 202), muafiyet ile ilgili düzenlemeler sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımının RKHK'de düzenlenen sisteme uygun düşmeyeceği ve kendine özgü bir geçersizlik kurumu olduğunu savunmaktadır. Hukuki işlem, idari işlemle geçersizlik yaptırımından muaf tutulduğundan ve yalnızca idari işlemin izin verdiği süre boyunca geçerli olduğundan, geçersizliğin kesin bir nitelik taşıyamayacağı ifade edilmektedir. İkinci görüş (Özsunay, 2005, s. 143; Sanlı, 2007, s. 22; Güven, 2008, ss. 719-720; Kesici, 2017, s. 9) muafiyet kararı henüz verilmemiş kararlar yönünden askıda geçersizliğin söz konusu olduğunu ileri sürmekte ve işlemin muafiyet kararı ile geçerli olacağını ileri sürmektedir. Böylelikle geciktirici şarta bağlı bir geçersizlik türünün varlığını savunmaktadır. Bu görüş, kanunun emredici hükmüne aykırılık halinde işlemin geçerliliğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak, bu görüşün geciktirici şarta bağlı bir geçersizlik türü olduğu savına karşı, muafiyet kararı ile birlikte geçersiz olan işlemin geçerli hale geldiği ileri sürülerek, esasen bozucu şarta bağlı geçersizlik hali olduğu savunulmaktadır (Özsunay, 2005, s. 143). Üçüncü görüş (Topçuoğlu,

2001, s. 291; Aksoy, 2004, s. 38; Aslan, 2007, ss. 774-777), muafiyet kapsamına giren bir işlemde bahsederken, muafiyet kararına kadar işlemin askıda geçerli olduğunu belirtmektedir. Muafiyetin geri alınabilmesi, yenilenmesi, süresinin dolması gibi hallerin var olma ihtimali gözetilerek, kararın varlığı süresince işlem geçerlidir. Bu görüşün savunucuları ise, askıda geçersizlik halinin söz konusu olamayacağını, nitekim geçersizliğin sonradan sıhhat kazanamayacağını veya eksik bir unsurun sonradan tamamlanamayacağını açıklamaktadır.

Doktrinde işlemin geçersizlik yaptırımının türü yönünden tartışmaya yol açan, bireysel muafiyetin talep halinde idari bir işlem ile verilmesi halinin, mehz AB düzenlemeleriyle uyuşmadığı görülmektedir. Nitekim AB hukukunda geçersizlik kuralının uygulanmayabileceği durumları düzenleyen m.81(3)'ün uygulanmasına ilişkin direktif m.10'a göre, esasen rekabeti sınırlayan faaliyetin muafiyet koşullarını taşıması halinde yasaklanmış olduğundan bahsedilmemektedir. Kendi kendini değerlendirme yönteminin bir sonucu olarak, muafiyet koşullarının varlığı anından itibaren ve bu koşulların devam ettiği süre boyunca, geçersiz bir hukuki işlemde bahsedilmesi mümkün değildir.

7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce de muafiyet kararı verilmesinin, işlemin muafiyet şartlarını taşıdığını gösterdiği ve dolayısıyla işlemin esasen şartların varlığı anından itibaren hukuka uygun olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Nitekim faaliyet esasen muafiyet kararı anından itibaren değil, şartların var olduğu ilk andan itibaren şartları taşımaktadır. RKHK m.5'te düzenlenen muafiyet kurumu, geçersizlik yaptırımının uygulanmadığı halleri işaret eder. Diğer bir ifadeyle, Rekabet Kurulunun bireysel muafiyet kararı, işlemin RKHK'de öngörülen şartları taşıdığını göstermektedir. Bu durumda Rekabet Kurulu yalnızca muafiyet şartlarının varlığını tespit ederek, işlemin geçerli olduğuna dair idari işlem tesis etmektedir. Muafiyet kararının işlemin kurucu unsurlarından olduğundan bahisle Rekabet Kurulu tarafından karar verilmeden önce işlemi geçersiz saymak, kurumun getiriliş amacına hizmet etmemektedir. Bu sebeple muafiyet kararı verilmesi ile birlikte işlemin doğduğu andan itibaren geçerli saymak gerekmektedir. Muafiyet kararı verilmemiş anlaşmalar ise kesin hükümsüzdür. Böylelikle, muafiyet kurumunun amacından



sapması engellenir ve karar verinceye kadar geçen süredeki faaliyetler sebebiyle teşebbüsün yaptırımla karşılaşmasına engel olunur. Türk hukukunda değişiklikten önce bu tartışmalar varken, mehaz AB hukukunda önceden belirlenen muafiyet şartlarının taşınması halinde, faaliyetin yasaklandığından bahsedilememektedir. Bu sonucun doğması için herhangi bir kararın varlığı da gerekmemektedir (Başar, 2018, ss. 85-86).

7246 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte RKHK tarafından aranan şartların var olduğu hallerde, rekabeti sınırlayan anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin Rekabet Kurulu tarafından muafiyet kararı verilmesi beklenmeksizin hukuka uygun kabul edilmesi gerekmektedir. 7246 sayılı Kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, hukuka aykırılık tespitinde öncelikle grup muafiyetinden yararlanma ihtimalinin olup olmadığına bakılmaktadır. Daha sonra bireysel muafiyet için aranan şartların somut olayda mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. Gerek mehaz AB hukuku ile uyumsuzluk, gerekse var olan düzenlemenin yarattığı hukuki belirsizliğin getirdiği tartışma ve sorunların kaldırılması adına, bireysel muafiyet kurumunun yeniden düzenlenmesi isabetlidir.

#### **1.4. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Tazminat Yaptırımına Etkisi**

Rekabetin sınırlandırılmasına sebep olan ve yasak olduğu belirlenen faaliyetler, bireysel muafiyet şartları söz konusu olduğu takdirde, hukuka aykırı kabul edilmemektedir. Muafiyet şartlarının varlığı halinde, bu faaliyetin yasaklanması ekonomik ve toplumsal olarak faydalı görülmemektedir. Bu sebeple, RKHK'nin açık düzenlemesiyle hukuka aykırılık halinin kalkıp kalkmadığı önem taşımaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m.63 kapsamında kanunun verdiği yetkiye dayanan bir fiil, hukuka aykırı sayılmamaktadır. Bu kapsamda, faile tanınan hak ve yetkinin kullanılmasının söz konusu olması halinde hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedilecektir (Uygur, 2012, ss. 400-401; Şahin, 2013, s. 163; Yiğit, 2013, s. 206; Eren, 2015, s. 601). Dolayısıyla bireysel muafiyet kapsamında olan bir faaliyet sebebiyle teşebbüsün tazminat yaptırımıyla karşılaşması söz konusu olmayacaktır.

Rekabet hukukunda gerek bireysel muafiyet gerekse grup muafiyeti kapsamındaki işlem ve eylemler hukuka uygun kabul edilir. Bu noktada, değişiklikten önce doktrinde bireysel muafiyet kararı verilinceye kadar yapılan işlem ve eylemlerden doğan zararın tazmininin mümkün olup olamayacağı tartışmalıydı. Bireysel muafiyet kararı verilinceye kadar, hukuka uygunluk halinin olmadığı, işlemin geçersiz olduğu ileri sürülmekte ve bu sebeple bu süreçte rekabeti sınırlayan teşebbüsten tazminat talep edilebileceği ileri sürülmekteydi (Arı, 2004, ss. 231, 239-244). Buna karşılık, muafiyet kararı verilinceye kadar işlemin şartları taşıdığı ve Rekabet Kurulunun araştırma ile yalnızca bu durumu tespit ettiği savunulmaktaydı. Muafiyet kararı şarta veya yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlandığı hallerde ise şart ve yükümlülüklerin yerine getirildiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim bu kararların verilmesi rekabetin sınırlanmasını mazur gösterecek daha üstün toplumsal bir menfaatin var olduğuna işaret etmekteydi. Rekabet Kurulu kararı ise, hukuki belirlilik ilkesi gereğince işlemin hukuka uygun olduğunu teyit etmekteydi (Başar, 2018, ss. 109-111). Bireysel muafiyet kararının Rekabet Kurulu tarafından veriliyor olması ve bu ana kadar rekabeti sınırlayan faaliyetlerin geçerli olup olmadığının tespitinin gerekmesi, doktrinde farklı yorumlara yol açtığı gibi<sup>12</sup>, kişiler bakımından hukuki belirliliği oldukça zedelemekteydi. Bu sebeplerle, bireysel muafiyet için kendi kendini değerlendirme yönteminin getirilmesi isabetlidir. RKHK'de yapılan değişikliklerle birlikte, bireysel muafiyet kararının Rekabet Kurulu tarafından verilmesine gerek bulunmamaktadır. Şartları taşıyan her faaliyet, bireysel muafiyetten kendiliğinden yararlanacak ve hukuka aykırılığın ortadan kalktığı kabul edilecektir. Bu hususta ilgili teşebbüs ve teşebbüs birlikleri, Rekabet Kurulundan bireysel muafiyet kapsamında olduklarının tespitini talep edebilecektir.

Faaliyetin grup muafiyeti kapsamında kaldığına dair savunmalar doğrudan adli mahkemeler tarafından incelenebilmektedir (Arı, 2004, s. 231, İnan ve Piker, 2007, s. 107; Şahin, 2013, ss. 162-167). Değişiklikle birlikte işlemin bireysel muafiyet kapsamında kaldığına dair savunmalar da adli mahkemeler tarafından Rekabet Kurulunun

<sup>12</sup> Bkz. yukarıda "1.3. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Geçersizlik Yaptırımına Etkisi" bölümünde yer verilen kesin hükümsüzlük, askıda geçersizlik ve askıda geçerlilik görüşleri.

tespit kararı olmasa dahi incelenebilecektir. Bu noktada doktrinde adli mahkemeler tarafından, muafiyetin tespiti amacıyla Rekabet Kuruluna başvuru için uygun süre verilmesinin ve başvurunun bekletici mesele yapılmasının uygun olduğu savunulmaktadır (Arı, 2005, s. 243; Aslan, 2007, s. 799; Güven, 2008, s. 783). Konunun Rekabet Kurulunun ihtisas alanına girdiği gözetildiğinde, kararın sıhhati için gerekli olan hallerde Rekabet Kurulundan tespit kararının alınmasının bekletici mesele yapılması uygun olan çözümdür. Bu hallerde, Rekabet Kurulu ile adli mahkemeler arasında, bekletici mesele yapılma yönünden yasal bir bağın kurulması gerekliliği yönündeki doktrindeki görüş doğrultusunda düzenleme yapılması gerekliliği söz konusudur.

### **1.5. Muafiyet Verilmesinin Belirli Şartların veya Belirli Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesine Bağlanması**

Bireysel muafiyetin belirli şartların veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanması hakkındaki RKHK m.5/3 halen yürürlüktedir. İlgili fıkra “Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.” hükmünü içermektedir. Esasen bu fıkra ile muafiyet verilecek işlemlerin detaylı olarak incelenmesinin istenildiği anlaşılmaktadır.

Muafiyet kararının süreye, şarta veya yükümlülüğe bağlanmasına dair fıkroda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce muafiyet kararı Rekabet Kurulu tarafından verildiğinden, Rekabet Kurulu tarafından bireysel muafiyet kararı süreye, şarta ya da yükümlülüğe bağlanabilmekteydi. Ancak, yeni getirilen sistem ile yürürlükte kalan bu fıkranın birbiriyle uyumsuz olduğu görüşünderiz. Bu uyumsuzluk karşısında değişiklikten sonra bireysel muafiyet kararı Rekabet Kurulu tarafından verilmediğinden ve kendi kendini değerlendirme yöntemi geçerli kılındığından, öncelikle bu fıkranın nasıl uygulanacağı tartışılmalıdır.

Bireysel muafiyet kararının süreye, şarta veya yükümlülüğe bağlanması, halen Rekabet Kurulu tarafından verilebilecek bir karardır.

Her ne kadar bireysel muafiyetin varlığından bahsedilmesi için Rekabet Kurulu kararı aranmayacaksa da, Rekabet Kuruluna bireysel muafiyet kapsamında olduğuna dair tespit kararı verilmesi için başvuru yapılabilmektedir. Aynı şekilde ihbar veya şikâyetle rekabet ihlali iddiası söz konusu olduğunda, bireysel muafiyet şartlarının varlığı Rekabet Kurulu tarafından incelenebilir. Bu hallerde, Rekabet Kurulu, bireysel muafiyet kararının şartlarının mevcut durumda sağlanmadığını, şartların sağlanması adına şartların ya da yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğine karar verebilecektir. Aynı şekilde, faaliyetin pazar üzerindeki etkilerinin incelenebilmesi adına muafiyet süreye bağlanabilecektir.

Bireysel muafiyet kararının süreye bağlanması halinde, belirli bir süre yasak kapsamı dışında tutulacak bir faaliyetin varlığından söz edilecektir. Şu halde, tespit başvurusunda bulunan teşebbüsler yönünden bu husus açıkça belirlenebilecek ve belirlenen süre sonunda faaliyetin muafiyet kapsamında kalma halinin sürüp sürmediğinin yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Tespit başvurusuna bulunmayan teşebbüsler yönünden ise, Rekabet Kurulu ya da adli mahkemelerin önüne gelen somut olaya göre hareket edilmesi gerekecektir. Rekabet Kurulu uzmanlık gerektiren bu hususta, bireysel muafiyet şartlarının belirli bir süre sonra somut olayda var olduğundan bahsedilemeyeceğine dair karar verebilecektir. Bu noktada, Rekabet Kurulunun muafiyet şartlarının mevcut olduğunu tespit etmesi de mümkündür. Ancak konunun uzmanlık gerektirmesi karşısında, adli mahkemeler yönünden bireysel muafiyet şartlarının belirli süre sonra ortadan kalkabileceği somut bir olayın varlığının tespitinin oldukça güç olduğu söylenebilir.

Bireysel muafiyetin şartın ya da yükümlülüğün yerine getirilmesine bağlanması da aynı şekilde Rekabet Kuruluna yapılacak tespit başvurusunda söz konusu olabilecektir. İlgili fıkranın devamında, şarta bağlanan işlemlerin, şartın yerine getirildiği tarihten itibaren geçerli olacağı belirlendiği görülmektedir. Rekabet Kurulunun işlemin bireysel muafiyet şartlarını taşımadığı; ancak, belirlediği şart veya yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde bireysel muafiyet şartlarını taşıyacağını tespit etmesi mümkündür. Bu durumda, teşebbüsün şartları veya yükümlülükleri yerine getirdiği andan itibaren işlemin

geçerli olduğundan bahsedilebilecektir. Rekabet Kuruluna bireysel muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadıkları yönünde tespit başvurusunda bulunmayan teşebbüsler yönünden ise, şarta veya yükümlülüğe bağlanması gereken aksi halde bireysel muafiyet şartları taşımayan bir faaliyetten bahsedileceği anlaşılmaktadır.

## 2. BİRLEŞME VE DEVRALMA

### 2.1. Genel Olarak

Birleşme ya da devralma bir teşebbüsün hisselerinin ya da malvarlığının bir kısmının ya da tamamının devredilmesine yarayan ya da yönetim üzerinde kontrol sağlayan her türlü hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır (Erdem, 2001, s. 199; Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, s. 93). 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ (2010/4 sayılı Tebliğ) m.5'te,

“ Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

- a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da
- b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması,

Kanununun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, teşebbüslerin birleşmesi ve teşebbüslerin kontrolünün devralınması birleşme ve devralma olarak nitelendirilmektedir.

Her türlü birleşme ve devralma işlemi Rekabet Kurulunun incelemesine tabi değilken, RKHK m.7 kapsamına giren birleşme ve devralmalar Rekabet Kurulunun iznine tabidir. Rekabet Kurulunun hangi tür birleşme ve devralma işlemlerinin izne tabi olacağını belirleme yetkisi ve bu hususta düzenleyici işlem olarak tebliğ çıkarma yetkisi söz konusudur. Önleyici denetim kurumu olarak düzenlenen izin alma işlemi, 2010/4 sayılı Tebliğ ile düzenlenmektedir. Tebliğ ile ciro esaslı bildirim eşiği ölçütüne göre izin alınacak birleşme ve devralma işlemleri tespit edilmektedir (Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, s. 103).

RKHK m.10'a göre Rekabet Kurulu tarafından verilen izinle birlikte birleşme ve devralma işlemi geçerli sayılmaktadır. Bu hususta işlemin hukuken geçerlilik kazanması için izin alınması gerektiği halde Rekabet Kuruluna bildirmeyen anlaşmaların geçersizliğinin türü doktrinde tartışmalıdır. Aslan'a (2007, s. 781) göre izin alması gerektiği halde başvuru yapılmayan birleşme ve devralma işlemi yok hükmündedir. Erdem (2001, s. 213) ve Sanlı (2000, s. 444)'ya göre ise bu halde askıda geçersizlik söz konusudur. RKHK ve tebliğ hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, izin alınması gereken birleşme ve devralmalar yönünden izin başvurusunda bulunulmadığı hallerde, geçersiz bir işlem den söz edilmelidir. Bir şekilde Rekabet Kurulu tarafından incelenerek geçerli sayılan bir işlem olduğu takdirde ise, birleşme ve devralma karar tarihinden itibaren geçerli sayılacaktır (Başar, 2018, s. 92).

## **2.2. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikle Birleşme ve Devralma İşlemlerine İlişkin Düzenleme**

RKHK'de her türlü birleşme ve devralma işlemleri yasaklanmamaktadır. Birleşme ve devralma işlemlerinin hangi halde yasak kabul edileceği açıklanmadan önce, hâkim durum kavramının tanımlanması gerekmektedir. RKHK m.3'te hâkim durum belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleme gücü olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, ekonomik güç, bağımsız davranabilme gücü ve devamlılık unsurlarının bir arada olması halinde hâkim durumdan bahsedilmektedir<sup>13</sup>. Hâkim durumda olan teşebbüs ya da teşebbüslerin, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde piyasadaki hâkim durumu hukuki işlem ya da eylemlerle kötüye kullanması RKHK m.6 ile yasaklanmaktadır. RKHK'nin yasak kapsamında olduğunu belirttiği fiil hâkim durumda olma değil, hâkim durumun kötüye kullanılmasıdır. Hâkim durumun kötüye kullanılması, rekabetin sınırlandırılması sonucu doğurabileceği gibi yalnızca teşebbüsün kendisi ya da bir başkası lehine haksız avantaj sağlama amacı taşıması da söz konusu olabilir. Rekabetin sınırlandırılmasının tespit edilmesi zorluk

<sup>13</sup> Rekabet Kurumu, 17. Yıllık Rapor (2015), s. 16.

teşkil etse dahi, haksız avantaj sağlanması halinde her halde istenen rekabet düzeninin olumsuz etkileneceği tartışmasızdır. Bu sebeple rekabetin sınırlanması sonucunun doğması veya teşebbüsün kendisine ya da bir başkasına haksız avantaj sağlanması durumunda, hâkim durumun kötüye kullanılması halinden bahsedilecektir (Aşçıoğlu Öz, 2000, s. 160; Doğan, 2017, s. 276). Doktrinde hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin en sık verilen örnekler, aşırı fiyatlama, fiyat tespiti, fiyat sıkıştırması, seçici fiyatlandırma, mal vermeyi reddetme, indirim sistemleri, kelepçeleme, piyasa kapama, bağlı mal veya hizmet satışı, tekelci işlemler, bilgi veya teknoloji lisansını vermekten kaçınma, ithalat ve ihracat yasaklamaları gibi hallerdir (Tekinalp, 2000, s. 75; Sanlı, 2011, ss. 36-37; Yeşil, 2020, ss. 36-37).

7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce RKHK m.7 düzenlemesi şu şekildedir:

“Bir ya da birden fazla teşebbüsün hâkim durum yaratmaya veya hâkim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.”

Görüldüğü üzere, RKHK m.6 ile hâkim durumda olmak tek başına yasak kapsamında değilken, RKHK m.7’de hâkim durum yaratılması ya da güçlendirilmesine yönelik birleşme ve devralma işlemi yasaklanmaktadır ( Erden, 2001, ss. 116-117; Güven, 2008, ss. 261-262). Düzenlemeye göre, birleşme ve devralmanın hukuka aykırı kabul edilmesi için hâkim durum yaratılması ya da hâkim durumun güçlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, ancak bu sonucun varlığı halinde rekabeti sınırlayan bir birleşme ve devralma işlemi olduğu kabul edilmekteydi (Erdem, 2001, s. 207; Aksoy ve Yavuz, 2009, s. 10; Ateş, 2009, s. 74; Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, s. 105). Dolayısıyla Rekabet Kurulu tarafından inceleme, hâkim durum ölçütü çerçevesinde yerine getirilmekteydi. Rekabet Kurulunun inceleme aşamasında rekabetin önemli ölçüde azaltılması ölçütüne yer vermesi

nadir görüldüğü gibi RKHK'de bu hususta düzenleme olmaması karşısında bu ölçütün işlevsiz olduğu ifade edilmekteydi (Sanlı ve Ardiyok, 2013, s. 88; Kesici, 2017, ss. 94-95).

7246 sayılı Kanun m.2 ile yapılan değişiklik sonrası RKHK m.7. düzenlemesinde yasak kapsamında olan birleşme ve devralmalar şu şekilde belirlenmektedir:

“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.”

Böylelikle 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişikle, hâkim durum yaratan ya da hâkim durumu güçlendiren birleşme ve devralma işlemlerinin yanı sıra, RKHK m.7 kapsamında etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak diğer birleşme ve devralma işlemleri de yasak kapsamında kabul edilmektedir. Rekabet Kurulu da, izin başvurularında etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olup olmadığı yönünde değerlendirme yapmaktadır<sup>14</sup>.

### **2.3. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğin Birleşme ve Devralma İşlemlerinin Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

Değişikliğe ilişkin 7246 sayılı Kanun'un genel gerekçesine bakıldığında, bu düzenlemeyle AB mevzuatıyla uyumlu olarak etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması testinin getirildiği ifade edilmektedir. Madde gerekçesinde ise başta hâkim durum yaratılması veya hâkim durumun güçlendirilmesinin rekabeti sınırladığı belirtilerek, hâkim durum

<sup>14</sup> Rekabet Kurulu, 03.12.2020 tarihli 20-52/726-322 sayılı kararında, hedef şirketin Türkiye'de faaliyetinin bulunmaması ve etkilenen pazarda teşebbüslerin toplam pazar paylarını dikkate alarak, işlem sonucunda etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılmadığı sonucuna varmış ve devralma işlemine izin vermiştir. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu, 26.11.2020 tarihli 20-51/703-311 sayılı kararı.



yaratılması ya da güçlendirilmesinin geçmiş dönem uygulamasından yararlanmak ve hukuki belirliliği sağlamak adına örnek olarak verildiği ifade edilmektedir. Etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması halinin olduğu her türlü birleşme ve devralma yasak kapsamına alınmaktadır. Şu halde Rekabet Kurulu etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak her türlü birleşme ve devralma izin başvurusunu reddedecektir. Bu anlamda yasağın kapsamı genişletilmektedir. Dolayısıyla, yasak kapsamında sayılacak birleşme ve devralma işlemleri yönünden geçersizlik yaptırımı söz konusu olabilecektir.

Rekabeti sınırlandıran birleşme ve devralma işlemleri yönünden tazminat yaptırımı konusunda doktrinde tartışma söz konusudur. Tazminat hakkı kenar başlığı taşıyan RKHK m.57, RKHK'ye aykırı eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabetin sınırlandırılması halinde veya hâkim durumun kötüye kullanılması halinde, meydana gelen zararın tazmini gerektiği düzenlenmektedir. Doktrinde ilk görüşe göre (Gürzumar, 2002, ss. 50-51; Sanlı, 2003, s. 272; Utku vd., 2012, ss. 135-136; Kesici, 2017, ss. 100-104) birleşme ve devralmanın haksız fiil sorumluluğuna yol açması güçtür. Özellikle hukuka aykırılık bağının tespiti güç olacaktır. Ayrıca hâkim durum yaratma veya güçlendirme yasak kapsamında kabul edildiğinden, hâkim durumun kötüye kullanılmasına dair maddenin işletilmesi yeterli olacaktır. Hukuka aykırılık bağının varlığında aranan normun kimi ve hangi menfaati koruduğunu belirleyen normun koruma amacı teorisine göre de birleşme ve devralmaların yasaklanması kamu menfaatinin korunmasıdır. Buna karşı olan hâkim görüşe göre (Topçuoğlu, 2001, s. 298; Sayhan, 2005, ss. 41-42; Tekinalp, 2005, ss. 259-262; Aslan, 2007, s. 784; Güven, 2008, ss. 739-740; Ateş, 2009, s. 307; Şahin, 2013, s. 154; Başar, 2018, s. 107), RKHK'ye aykırı her türlü faaliyetin koşulları oluşması kaydıyla tazminat yaptırımı ile sonuçlanmasının RKHK'nin amacına uygun çözüm olduğu yönündedir. Nitekim tazminata dair hükmün temel amacı rekabetin sınırlandırılmasının önlenmesidir. Uygulamada bu halle karşılaşılmasının güç olması, tazminat yaptırımından muaf tutulmak için yeterli bir iddia değildir. Ulaşılması istenilen rekabet düzenine katkı sağlayacak çözüm, rekabet ihlalleri sonucunda şartları oluştuğu takdirde kişilerin doğan her türlü zararının karşılanmasıdır. Aynı şekilde, birleşme ve devralma işlemlerine dair düzenlemelerin,

yalnızca kamu menfaatini korumak amacıyla getirildiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Birleşme ve devralma işleminin rekabeti sınırlaması sonucu kişiler arası menfaatler de ihlal edilebilir. Ayrıca 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, birleşme ve devralma işleminin rekabeti sınırladığı hallerin genişletilmesi karşısında, hâkim durumun kötüye kullanılmasına dair hükümlerle sorunun çözülmesi yeterli olmayacaktır. Şu halde, hâkim durum yaratan ya da hâkim durumu güçlendiren birleşme ve devralmalar başta olmak üzere, etkin rekabeti önemli ölçüde azaltan birleşme ve devralma işlemleri koşulları var olduğu takdirde tazminat yaptırımıyla karşılaşılabilecektir.

### 3. DE MINİMİS KURALI

#### 3.1. Genel Olarak

Genel olarak *de minimis* kuralı, hukukun değer atfetmediği, hukuken önemsiz sayılan işlem ve eylemlerin dışlanması olarak tanımlanabilir (Merhacı ve Erkan, 2018, s. 50). Rekabet hukukunda ise, rekabeti sınırlayan faaliyetlerin bazıları ticari hacmin küçüklüğü sebebiyle etkisini hissettirmemekte, bu faaliyetleri tespit etmeye çalışılmak üzere maliyetli olabilmekte ve hatta tespiti mümkün olmayabilmektedir. Bu hallerde, zaman, emek ve iş gücü maliyetinin, rekabet ihlalinin neden olduğu toplumsal maliyetten daha fazla olabilmesi karşısında, etkisine göre bazı faaliyetler incelenmeyebilir. Her ne kadar bu faaliyetler rekabeti sınırlıyor olsa da, işlem hacmi ve kapsamının küçüklüğü sonucunda, ihlalin etkisi hissedilmeyecek boyutta kalmaktadır. Bu tür faaliyetlerin, bazı yaptırımların kapsamı dışında bırakılmasına '*de minimis*' kuralı adı verilmektedir. Böylelikle, rekabetin hissedilir derecede sınırlanmadığı faaliyetler, istisna olarak soruşturma kapsamı dışı bırakılmaktadır (Şahin, 2013, s. 169).

Mehaz AB Hukukuna bakıldığında ilk olarak, 2001 yılında Roma Antlaşması (ATA) m.81(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildirimi<sup>15</sup> yayımlanmıştır. (ATA) m.81(1) Uyarınca

<sup>15</sup> European Commission (2001), *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the treaty establishing the European Community (de minimis) (1) (2001/C368/07)*, Erişim tarihi: 19.09.2020, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:EN:PDF>

*De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildiriminin amacı, rekabeti kayda değer ölçüde sınırlamayan faaliyetleri tanımlamaktır. İlgili pazar ve etkilenen pazar da dikkate alınarak, pazar payı eşliğinin, rekabet ihlallerinde kayda değerlik yönünden ölçüt olarak belirlendiği görülmektedir. Bu kapsamda kalan faaliyetler yasak kapsamında sınıflandırılmayacak ve incelemeye alınmayacaktır. Daha sonra 2014 yılında, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİA) m.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildirimi<sup>16</sup> yayımlanmıştır. ABİA m.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildiriminde de, rekabeti kayda değer olarak sınırlamayan faaliyetlerin belirlendiği görülmektedir. Doğrudan rekabeti sınırlama amacı taşıyan işlem ve eylemler yönünden, *de minimis* kuralının uygulanmayacağını açıkça belirlemektedir. Pazar payı ve ciro eşliğinin ölçüt olarak belirlendiği ABİA m.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildiriminde, belirlenen eşğin altında kalan anlaşmaların, rekabeti sınırlasa dahi yasaklı faaliyet olarak değerlendirilmeyeceği belirlenmektedir. Düzenlemede eşiklerin altında kalan bu faaliyetler, güvenli liman olarak adlandırılmaktadır. Her iki bildirim de, teşebbüsler arası anlaşmaların yanı sıra teşebbüs birliği kararları ve uyumlu eylemler yönünden *de minimis* kuralının uygulanmasına imkân tanımaktadır.

Rekabeti kayda değer olarak sınırlamayan faaliyetler, *de minimis* kuralı gereğince AB Komisyonunda soruşturma konusunu oluşturmayacaktır. Rekabeti sınırlama amacı taşıyan işlem ve eylemlere, *de minimis* kuralının uygulanmaması ve AB Komisyonuna dava açma konusunda takdir yetkisi verilmesi, '*by object*' adı verilen ölçüte göre belirlenmektedir. ABİA m.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildiriminde esas revizyon, *by object* ölçütü getirilmesi ile gerçekleşmiştir. Bu bildirim 2. paragrafında atıf yapılan Adalet Divanı kararında<sup>17</sup>, yerleşik içtihatlar gereğince, faaliyetin amacı rekabetin sınırlanması ise, faaliyetin somut etkilerini

<sup>16</sup> European Commission (2014), *Communication from the Commission — Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the treaty on the functioning of the European Union -De Minimis Notice* (2014/C 291/01), Erişim Tarihi: 19.09.2020, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>

<sup>17</sup> The Court of Justice of the European Union, (2012), Case C-226/1, paragraph 35,36,37.

incelemeye gerek bulunmamaktadır. Bu noktada, ihlaller amacına göre (*by object*) ve etkiye göre (*by effect*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Faaliyet doğası gereği kişilerin haklarına zarar verdiği takdirde, piyasadaki etkisi incelenmeyecek ve *by effect* ölçütü dikkate alınmayacaktır. *By object* ölçütüne göre, ticareti etkileyebilecek nitelikteki ve rekabeti sınırlama amacı olan anlaşma, doğası gereği ve herhangi somut bir etkiden bağımsız olarak kayda değer sayılmaktadır (Scordamaglia Tosis, 2014, ss. 698-700). AB Adalet Divanı kredi kartında değişim ücretine ilişkin kararında<sup>18</sup> belirtildiği üzere, faaliyetin amacına ya da etkisine göre kısıtlanması, mahkemelerin yorumuna bırakılmıştır. Bir faaliyetin hem etki bakımından hem de amaç bakımından rekabete aykırı olduğuna karar verilmesi mümkündür.

ABİAm.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildirimi'nin 13. paragrafındaki *by object* ölçütüne göre rekabeti sınırlama amacı olan ve ticareti etkileyecek anlaşmalar *de minimis* kuralı gereğince belirlenen eşiklerin altında kalsa dahi, güvenli limanda sayılmayacak ve soruşturma konusu edilebilecektir. *By object* ölçütüne ilişkin örnek olarak, ürünlerin üçüncü kişilere satılırken fiyatların sabitlenmesi, üretim veya satışların sınırlandırılması, müşterinin tahsisi verilmektedir. Bu örnekler, tüm rekabeti sınırlandırma amacı olan faaliyetleri içermemektedir. Ayrıca, AB Komisyonu grup muafiyeti kararlarında belirlenen katı sınırlamalara giren anlaşmaların da *de minimis* kuralından yararlanamayacağı belirlenmektedir.

Rekabet Kurulunun bir kararında<sup>19</sup>, ABİA m.101(1) Uyarınca *De Minimis* Kuralına İlişkin AB Komisyonu Bildirimi "Amaç Yönünden Rekabet Kısıtlarına İlişkin Kılavuz" olarak anılmaktadır ve bilgisayar ve konsol oyunlarının perakende satışını yapan teşebbüslerin yeniden satış fiyatının tespiti yönündeki anlaşmasının<sup>20</sup> rekabeti kısıtlar nitelikte olduğu, etki analizi yapılmasına ihtiyaç olmadığı belirtilmektedir.

<sup>18</sup> The Court of Justice of the European Union, (2019), Case C228/18, paragraph 1,109.

<sup>19</sup> Rekabet Kurulu, 07.11.2016 tarihli 16-37/628-279 sayılı kararı.

<sup>20</sup> Rekabet Kurulu yeniden fiyat belirlemeye ilişkin olarak, tüketicinin ihlalden zarar görüp görmediği, dikey fiyat belirlemesinin rakipler arasında yatay bir fiyat birliğine dönüşüp dönüşmediği, rakipler arasında rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığına göre *rule of reason* yaklaşımını da benimseyebilmekte ve etki analizi yapılmasına gerek görebilmektedir. Bkz. Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli 07-63/767-275 sayılı kararı. Ayrıca, Rekabet Kurulu 24.8.2006 tarihli ve 06-59/773-226 sayılı kararında, yeniden fiyat belirlemesinin tek başına soruşturma açılması yönünde etkili olmadığını, yeniden fiyat belirlemenin etkilerinin de incelendiği görülmektedir.

### 3.2. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliği ile De Minimis Kuralının Düzenlenmesi

Türk Hukukunda, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce *de minimis* kuralı ile soruşturma konusu edilmeye dair istisna getirilmiş değilken dahi, Rekabet Kurulu bazı kararlarında bu kuralı soruşturma açmama gerekçesi olarak göstermekteydi<sup>21</sup>.

7246 sayılı Kanun m.8 ile RKHK m.41'e eklenen fıkra ile *de minimis* kuralı:

“Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.” şeklinde düzenlenmektedir.

Değişikliğe ilişkin 7246 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde kamu kaynaklarının verimli kullanılması adına AB mevzuatında da yer alan, rekabeti kayda değer ölçüde sınırlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarının soruşturma konusu yapılmaması düzenlemesinin getirildiği açıklanmaktadır. Madde gerekçesinde ise 2005-2019 yılları arasında AB ilerleme raporlarının *de minimis* kuralına dair uyum sağlanmasına işaret ettiği açıklanarak, Rekabet Kurumu kaynaklarının öncelikli olarak önemli ihlallere yönlendirilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir.

*De minimis* kuralına ilişkin getirilen bu düzenleme incelendiğinde, ilk olarak pazar payı ve ciro gibi ölçütler dikkate alınarak bazı faaliyetlerin soruşturma konusu yapılmamasına dair Rekabet Kuruluna tebliğ çıkarma yetkisi verildiği görülmektedir. Buna göre *de minimis* ölçütünün hangi faaliyetlerde ve hangi ölçütlere göre kullanılacağı, Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğlere göre belirlenecektir. 16.03.2021 tarihinde 2021/3 sayılı Rekabeti Kayda Değer Ölçüde Kısıtlamayan Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Teşebbüs Birliği Karar ve Eylemlerine İlişkin Tebliğ (2021/3 sayılı Tebliğ) Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>21</sup> Rekabet Kurulu, 26.12.2019 tarihli ve 19-46/772-333 sayılı kararı, Rekabet Kurulu, 04.04.2019 tarihli ve 19-14/189-85 sayılı kararı.

İkinci olarak, soruşturma konusu dışında bırakılacak faaliyetlerin, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemleri olduğu görülmektedir. Bu hususta birleşme ve devralma işlemlerine yer verilmemesinin nedeni, bu işlemlerin kendisine özgü izin prosedürünü takip ediyor olmasıdır<sup>22</sup>. Hâkim durumun varlığından bahsedilebilmesi için ticari hacminin büyüklüğü göz önüne alındığından, *de minimis* kuralına tabi hâkim durumun kötüye kullanılması halinin olması ihtimalinin olmadığı görülmektedir.

Üçüncü olarak, her ne kadar Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak tebliğ kapsamında soruşturma konusu yapılmaması gereken bir işlem ya da eylem olsa da, bu faaliyetler fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlal oluşturuyorsa, bu eylemlerin soruşturma kapsamı dışında bırakılması mümkün olmayacaktır. 2021/3 sayılı Tebliğ m.2 kapsam başlıklı düzenleme ile açık ve ağır ihlaller açıkça kapsam dışında bırakılmaktadır. Açık ve ağır ihlal ise, m.4'de pazarda rekabeti doğrudan ya da dolaylı olarak engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikteki, rakip teşebbüsler arasında fiyat tespiti, müşterilerin, sağlayıcıların, bölgelerin ya da ticaret kanallarının paylaşılması, arz miktarının kısıtlanması veya kotalar konması, ihalelerde danışıklı hareket, gelecekte uygulanması planlanan fiyat, üretim ya da satış miktarı gibi rekabete duyarlı bilgilerin paylaşılması, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arası ilişkide alıcının sabit veya asgari satış fiyatının belirlenmesi, konularında gerçekleşen anlaşma ve/veya uyumlu eylemler ile bu konulara ilişkin teşebbüs birliği karar ve eylemleri olarak tanımlanmaktadır.

2021/3 sayılı Tebliğ m. 5'de rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma ve kararlar tanımlanmaktadır. Anlaşma kavramı, Tebliğin tanımlar bölümünde m.4/1-b gereğince anlaşma ve uyumlu eylemleri kapsamaktadır. Rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda, tarafların sahip olduğu toplam pazar payı, etkilenen ilgili pazarlarda yüzde onu aşmıyorsa rekabetin kayda değer ölçüde kısıtlanmadığından bahsedilebilir. Görüldüğü üzere rakip teşebbüsler arasındaki

<sup>22</sup> 2010/4 sayılı Tebliğ m.7 ile, ciro ölçütü getirilmekte ve belirlenen ciro eşliğini aşan teşebbüslerin birleşme ve devralma işlemleri Rekabet Kurulundan izin almak zorundadır.

anlaşmalarda, tarafların toplam pazar payı dikkate alınmaktadır. Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda ise, tarafların her birinin pazar payının, etkilenen ilgili pazarlarda yüzde on beşi aşmaması yeterlidir. Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda, tarafların her birinin ayrı ayrı pazar payı ölçüt alınmaktadır. Teşebbüs birliği kararları yönünden ise, teşebbüs birliği üyelerinin sahip olduğu toplam pazar payının, ilgili pazarların hiçbirinde yüzde onu aşmaması aranmaktadır. 2021/3 sayılı Tebliğ m.5/6 gereğince, eşiklerin aşılması doğrudan rekabetin kayda değer ölçüde kısıtlandığı anlamına gelmemektedir.

Tebliğ ile düzenlenen pazar payı eşikleri, belirlilik sağlanması adına getirilen bir düzenleme ise de, Rekabet Kurulunun bu hususta bağlı yetkisi değil, takdir yetkisi söz konusudur. Nitekim 2021/3 sayılı Tebliğ m.6 gereğince eşiklerin altında kalan anlaşma ve kararları Rekabet Kurulu soruşturma konusu yapmayabilir. Ancak, Rekabet Kurulu gerekli görürse, bu anlaşma ve kararlar hakkında soruşturma başlatabilecektir.

### **3.3. 7246 sayılı Kanun Değişikliği ile De Minimis Kuralının Getirilmesinin Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

AB mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında yapılan *de minimis* kuralı düzenlemesi, yalnızca Rekabet Kurulunun soruşturma açma işlemine ilişkindir. Kişiler arası ilişkilerden kaynaklanan ve özel hukuk alanında sonuç doğuracak uyuşmazlıkta *de minimis* kuralı geçerli olmayacaktır. Diğer bir deyişle, *de minimis* ölçütü sebebiyle soruşturma açılmayan rekabeti sınırlayan faaliyete ilişkin, özel hukuk alanındaki sonuçların düzenlendiği hükümler uygulanabilir. Ancak doktrinde bir görüş (Sayhan, 2005, ss. 48-49), *de minimis* kuralının rekabeti sınırlayan faaliyeti yasak kapsamından çıkardığını ileri sürmektedir. Buna karşılık, normun koruma amacı teorisinden hareket edildiğinde ve madde gerekçesinden faaliyetin kamu kaynaklarının boşuna harcanmasının önlenmesi sebebiyle soruşturma kapsamı dışında bırakıldığı göz önüne alındığında, özel hukuk alanındaki sonuçlar yönünden *de minimis* kuralının hukuka uygunluk sebebi olamayacağı görülmektedir (Şahin, 2013, s. 170; Kesici, 2017, s. 144; Başar, 2018, ss. 33-35). Kaldı ki,

rekabet ihlali genel ekonomik düzende etkisini hissettirmiyor olsa da, kişiler nezdinde bireysel etkisi hissedilebilir düzeyde olabileceği gibi hukuka aykırılık sebebiyle zararın tazmini her halde bir hak olarak kendisini göstermektedir.

## 4. TAAHHÜT

### 4.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda giderek yaygınlaşan taahhüt kurumuyla, teşebbüslerin ihlali kabul etmesine gerek olmaksızın, ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine ilişkin sunacakları taahhütle soruşturma sona erdirilmektedir. Teşebbüs açısından oldukça maliyetli soruşturma sürecinden kurtulma imkânı sağlanmakta, ticari sırların ortaya çıkması engellenmekte ve ticari itibarın korunması mümkün olmaktadır (Arı vd., 2009, ss. 231-261; Dunne, 2014, s. 405; Rat, 2015, s. 534; Odabaş Buba, 2017, ss. 18-20). Buna ek olarak, karar verilmeden önce gerekli düzeltmeleri yapmaları halinde şirketlere bir fırsat tanınmakta, ekonomik ve hukuki belirsizlik bertaraf edilmektedir. Diğer bir deyişle, teşebbüslere uygulanacak yaptırıma dair ekonomik kaygılar ve teşebbüs tarafından yapılacak savunmaların bu yaptırıma etkisine dair belirsizlik ortadan kalkmaktadır. Nitekim taahhüt kurumunun işletilmesi ile birlikte, teşebbüslerin faaliyetleri soruşturmaya konu edilmemekte veya açılmış ise soruşturma sona erdirilmektedir (Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, s. 115; Dunne, 2014, s. 405; Rat, 2015, s. 544). Kamu menfaati açısından bakıldığında ise, hem rekabet otoritesinin delil elde etmek adına kamu kaynaklarının israfı önlenmekte, hem de kısa sürede rekabet ihlali önlenmektedir. Ayrıca, rekabet ihlalinin önlenmesi ve ortadan kaldırılması yönünden daha etkin çözüm yöntemleri ortaya çıkabilmektedir (Dunne, 2014, s. 405; Jenne, 2014, s. 703; Rat, 2015, s. 533). Buna ek olarak, taahhüt kurumu ile kısa sürede rekabet ihlallerinin engellenebilmesi söz konusu olacağından, ihlalin piyasadaki etkisinin kalkması sonucunda rekabet hukuku ile hedeflenen toplumsal faydaya ulaşmak amacına hizmet edileceği görüşünderiz.

Mehaz AB Hukukunda, modernleşme ve reform olarak nitelendirilen 1/2003 sayılı Tüzüğün yayımlanması ile taahhüt



kurumu düzenlenmiştir. 1/2003 sayılı Tüzük m.9'da teşebbüslerin piyasadaki endişeleri gidermek yönünde AB Komisyonuna verecekleri taahhütler ile AB Komisyonunun işlem yapmasına gerek olmayacağı belirlenmektedir. Taahhüt kurumu, pazardaki rekabet sorunlarına alternatif çözüm getirilebilmek amacıyla getirilmiştir. Uzlaşma kurumuyla karşılaştırıldığına<sup>23</sup>, taahhüt kurumunun işletilmesi için ihlalin kabulü ya da ihlalin tespit edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Adalet Divanı'nın kabulcü banka ve ihraççı banka arasında işlem gerçekleştiğinde söz konusu olan takas ücretine ilişkin kararında<sup>24</sup>, AB Komisyonu tarafından 2002 yılında çok taraflı takas ücretini belirleyen karara ilişkin muafiyet verildiği, 2007 yılında AB Komisyonu'nun bu ücrete ilişkin bazı kararların rekabeti etki yönünden kısıtladığına dair karar verdiğini, 2019 yılında ise sınır ötesi ödeme kuralları yönünden ilişkin bazı kararların amaç yönünden rekabeti ihlal ettiği görüşünün bildirildiği belirtilmektedir. Ancak, kredi kartı düzenleme yetkisini haiz teşebbüslerin bu ücretin düşürülmesi ya da sınırlandırılması için 2010, 2014 ve 2019 yılında taahhüt sundukları, bu taahhütlerin resmi bir rekabet ihlali tespiti içermediğinin altı çizilmektedir. Taahhüt kurumu ile resmi olarak ihlal tespiti yapılmıyor olsa dahi, teşebbüsün pazar davranışlarını etkileyebilen ve pazarda yapısal değişiklik yaratabilen bağlayıcı çözüm sunulması mümkün olmaktadır (Dunne, 2014, ss. 399-400, 402).

Taahhüde ilişkin RKHK'de düzenleme yapılmadan önce, RKHK'nin m.9/3 kapsamında Rekabet Kurulunun ihlal ile ilgili karar vermeden önce, ihlale ne şekilde son vereceklerine ilişkin görüşlerini yazılı olarak bildirebilmesi, aynı şekilde m.16 ve m.17 kapsamında verilen taahhütlere uyulması halinin para cezalarında ölçüt olarak belirlenmesi karşısında, doktrinde taahhüt benzeri uygulamanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Sözü edilen hükümlerle, teşebbüslerin ihlal teşkil eden faaliyetlerine son vermesiyle ve taahhüt kurumuyla aynı sonuçlara ulaşılabileceği savunulmaktadır (İnan, 2001, ss. 106-107; Pektaş, 2008, s. 65; Arı vd., 2009, s. 264; Varlı, 2019, ss. 124-125). Nitekim Rekabet Kurulu da, m.9/3 kapsamında teşebbüslerin ihlale ne şekilde son vereceklerine dair Kurul görüşüne uygun davranacaklarını taahhüt

<sup>23</sup> Bkz. aşağıda "5.1. Genel Olarak" bölümünde, uzlaşma kurumunda teşebbüsün ihlali kabul etmesi gerektiğine dair açıklamalar.

<sup>24</sup> The Court of Justice of the European Union (2019), Case C228/18, paragraph 61.

etmeleri söz konusu olursa, soruşturma açılmasına gerek olmayacağına dair karar vermiştir<sup>25</sup>. Ancak, ilgili madde hükmünün taahhüt kurumunu tam olarak karşıladığını ileri sürmek güçtür. Rekabet Kurulunun bu madde kapsamında verdiği görüşler, bağlayıcı nitelikte değil, tavsiye niteliğindedir. Teşebbüslerin tavsiye kararına uymamasının, doğrudan yaptırıma bağlanmaması, ilk önemli sorundur. İkinci olarak görüşün ilk inceleme aşamasında dahi verilebilmesi, oldukça erken bir evredir ve taahhüt kurumuyla hedeflenen ihlali ortadan kaldırma amacına hizmet edemeyecektir. Ayrıca Rekabet Kurulunun incelemesinin nihai karara bağlanması gerekmesi karşısında, ilgili madde hükmünün uygulanmasının her zaman soruşturmayı sona erdireceğini ileri sürmek yerinde olmayacaktır (Odabaş Buba, 2017, ss. 36-41).

#### **4.2. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikle Taahhüt Kurumunun Düzenlenmesi**

RKHK'nin "Soruşturmaya Başlanması, Taahhüt ve Uzlaşma" olarak başlığı değiştirilen 43. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiş ve eklenen yeni fıkra ile taahhüt kurumu şu şekilde düzenlenmiştir:

"Yürütülmekte olan bir önaraştırma ya da soruşturma sürecinde 4 üncü veya 6 ncı madde kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesine yönelik olarak ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birliklerince taahhüt sunulabilir. Kurul söz konusu taahhütler yoluyla rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse bu taahhütleri ilgili teşebbüs ya da teşebbüs birlikleri açısından bağlayıcı hale getirerek soruşturma açılmamasına veya açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine karar verebilir. Rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlallerle ilgili olarak taahhüt kabul edilmez. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.

Kurul, üçüncü fıkraya göre bir karar verdikten sonra aşağıdaki hallerde tekrar soruşturma açabilir:

- a) Kararın alınmasına temel teşkil eden herhangi bir unsorda esaslı değişiklik olması,

<sup>25</sup> Rekabet Kurulu 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar; Rekabet Kurulu 08.01.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar; Rekabet Kurulu 20.05.2009 tarih ve 09-23/494-120 sayılı karar, Rekabet Kurulu, 15.11.2012 tarihli ve -57/1538-551 sayılı karar.

- b) İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin verdikleri taahhütlere aykırı davranmaları,
- c) Kararın taraflarca sunulan eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgiye dayanılarak verilmiş olması.”

Değişikliğe ilişkin 7234 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde, AB ile birçok ülke uygulamasında olan taahhüt kurumu ile rekabet karşıtı zararların büyümesinin önlenmesi ve kamu kaynaklarının etkin kullanılmasının hedeflendiği açıklanmaktadır. Madde gerekçesinde ise, rekabet kaygılarının giderilmesinin taahhüt edildiği ve bu taahhüdün yeterli ve zamanında olduğunun Kurul tarafından kabul edildiği durumlarda, taahhüt ile soruşturma süreci sonlanabileceği ve zararın büyümesinin önlenerek kamu kaynaklarının daha etkin kullanılabileceği ifade edilmektedir.

Maddemetni incelendiğinde, RKHK m.4 ve yam.6 kapsamında ortaya çıkan rekabet sorunlarının giderilmesi adına taahhüt sunulabileceği belirlenmektedir. Böylelikle birleşme ve devralma işlemlerinde taahhüt sunulması<sup>26</sup> bu madde kapsamında yapılmamaktadır. Esasen birleşme ve devralma işlemleri yönünden de, öncelikle kanunla düzenleme yapılması, daha sonra usul ve esasları hakkında tebliğ ile düzenleme yapılması doktrinde uygun görülen çözümdür (Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, ss. 108).

Rekabet Kurulu 27.11.2020 tarihinde, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmalarda ve Soruşturmalarda Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ Taslağı’nı (2021/2 sayılı Tebliğ) kamuoyu ile paylaşmış ve 16.03.2021 tarihinde Resmi Gazetede 2021/2 sayılı Tebliğ yayımlanmıştır.

<sup>26</sup> Birleşme ve devralmalar yönünden 2010/4 sayılı Tebliğ m.14’de düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre, birleşme ve devralma işlemindeki rekabet sorunları için teşebbüslerin taahhüt sunması mümkündür. Ancak, bu taahhütler sorunu tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Kurul taahhüdün yerine getirilmesini sağlamak adına, izin kararında teşebbüslere şart ve yükümlülük yükleyebilmektedir. Danıştay 13. D. 17.06.2014 tarihli 2012/2013 E. ve 2014/2507 K. sayılı kararında, sinema salon hizmeti veren AFM Uluslararası Film Prodüksiyon çoğunluk hisselerinin Mars Sinema Turizm şirketi tarafından alınmasına ilişkin Rekabet Kurulu izin kararı incelenmiş, elden çıkarma taahhüdü yerine getirilmesinin dahi rekabetçi endişeleri gidermeye yeterli olmadığı belirterek izin kararı iptal edilmiştir.

2021/2 sayılı Tebliğ m.2 ile kanuni düzenlemeye uygun olarak ağır ve açık ihlaller kapsam dışı bırakılmıştır. 2021/2 sayılı Tebliğ m.4/1-a'da açık ve ağır ihlaller rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması olarak tanımlanmaktadır. Belirtilmelidir ki, ABD ve AB uygulamasında taahhüt mekanizması kartellere uygulanmamakta, bunun yerine uzlaşma kurumu tercih edilmektedir (Arı vd., 2009, s. 270; Dunne, 2014, s. 405; Odabaş Buba, 2017, s. 53).

Rekabet Kurulu, verilen taahhütle ilgili rekabet sorunlarının giderilebileceğine kanaat getirirse, taahhüt bağlayıcı hale getirilebilmekte ve daha sonra soruşturma açılmamasına veya açılmış soruşturmanın sona erdirilmesine karar verilebilmektedir. Örneğin, Rekabet Kurulunun Havaş kararında<sup>27</sup>, gümrüklü havalimanlarında geçici antrepo hizmetlerine dair belirlenen depo değişikliği ücreti ile özellikle ithal malların rakip depolara geçişinin engellendiği iddiasıyla yaptığı incelemede, Havaş tarafından depo geçiş ücreti uygulamasının kaldırılacağı ve her ne ad altında olursa olsun yeniden depo değiştirme sebebiyle ücret uygulamayacağını taahhüt etmesiyle, taahhüdün rekabet sorununu gidereceği sonucuna varılarak soruşturmanın sonlandırılmasına karar verilmiştir. Taahhüdün rekabet sorununu giderip gidermeyeceği hususunda Rekabet Kuruluna takdir yetkisi verilmektedir. Ancak bu yetkinin sınırını, rakipler arası fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ya da arz miktarının kısıtlanması yönündeki açık ve ağır ihlaller oluşturmaktadır. Bu hallerde Rekabet Kurulunun taahhüt kabul etme yetkisi bulunmamaktadır.

Taahhütün soruşturmanın hangi aşamasında uygulanmasının uygun olacağı önemli bir tartışma noktası oluşturmaktadır. Rekabet Kurulunun ilk inceleme aşamasında m.9 kapsamında görüş bildirerek dosyanın sonuçlandırıldığı kararları söz konusudur (Arı vd., 2009, s. 274)<sup>28</sup>. Henüz faaliyete ilişkin inceleme ve veri toplamanın söz konusu olmadığı ilk inceleme aşamasında m.9'un işletilmesi, teşebbüslere yeterli bilgi olmadan hakkaniyete aykırı olarak yük getirdiği ve çelişkili uygulamalara yol açtığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Önaraştırma ve soruşturma aşamasında taahhüt verme mümkün olmalıdır (Arı

<sup>27</sup> Rekabet Kurulu, 05.11.2020 tarihli 20-48/655-287 sayılı kararı.

<sup>28</sup> Rekabet Kurulu, 13.12.2007 tarihli ve 07-90/1156-559 sayılı karar, Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli ve 07-63/767-275 sayılı karar.

vd., 2009, ss. 274-275). Buna ek olarak, taahhüt kurumunun işlevsel olabilmesi adına soruşturma aşamasının son aşamalarında değil, makul bir zamanda uygulanması yönünde düzenleme yapılarak açıklık getirilmesi, özellikle dinamik pazarlarda taahhüdün değiştirilebilmesi ya da teşebbüslerin yeni önerilerle gelebilmesi yönünde düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir (Pektaş, 2008, ss. 66-68).

2021/2 sayılı Tebliğ m.5/1'e göre, teşebbüsler önaraştırma veya soruşturma sürecinde, taahhüt sunma talebinde bulunabilmektedir. Ancak, soruşturma aşamasında taahhüt bildiriminde bulunabilmesi, soruşturma açıldığının bildirilmesinden itibaren üç aylık süre ile sınırlandırılmaktadır. 2021/2 sayılı Tebliğ geçici m.1 gereğince, soruşturma açılmadan itibaren üç aylık süre geçen soruşturmalarda, taahhüt sunmada üç aylık süre koşulu aranmayacaktır. Belirlenen sürenin aşılması halinde, taahhüt sunma talebi dikkate alınmayacaktır. Buna ek olarak Rekabet Kurulu, 2021/2 sayılı Tebliğ m.6/2'de verilen yetki çerçevesinde, rekabet sorunlarının yeteri kadar açık ortaya konulmaması ve daha detaylı inceleme gerektirmesi halinde, taahhüt hakkında karar vermesi erteleyebilir.

2021/2 sayılı Tebliğ m.8/1 gereğince sunulan taahhüt metninde taahhüt açık olmalı ve alternatif taahhütler içermemelidir. 2021/2 sayılı Tebliğ m.9 gereğince taahhüdün dört temel özelliğinin olması aranmaktadır. Bunlar, taahhüdün rekabet sorunlarıyla orantılı, bu sorunları gidermeye elverişli, kısa sürede yerine getirilebilir ve etkili şekilde uygulanabilir olmasıdır. Kanuna uygun davranılacağı gibi genel taahhütler kabul edilmeyeceği gibi üçüncü kişilerin eylemlerine yönelik taahhütte bulunulması da kabul edilmeyecektir.

#### **4.3. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliğiyle Taahhüt Kurumunun Getirilmesinin Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

Mehaz AB hukukunda, özel hukuk yaptırımlarına diğer yaptırımlar kadar önem verildiği, ulusal mahkemelerin bu yaptırımların uygulanmasında ana rol üstlendiği görülmektedir. Bu husus Tazminat

Davalarına İlişkin AB Direktifinde<sup>29</sup> vurgulanmakta ve teşvik edilmektedir. Tazminat Davalarına İlişkin AB Direktifi m.9/1 ile üye devletler AB Komisyonunun ihlal kararlarının, ulusal mahkemelerde ihlalin varlığına kesin delil teşkil etmesini garanti etmektedir. Buna karşılık, taahhüt kararının tazminat davalarına etkisine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Taahhüt kararının varlığı halinde, zarar gören tazminata esas hukuka aykırı fiilin varlığını ispat etmek zorundadır. Bu durumun taahhüt kurumunun, AB hukukunda özel hukuk yaptırımlarının etkinliğini azalttığı ileri sürülmektedir (RAT, 2015, ss. 536-540).

Taahhüt söz konusu olduğunda, her ne kadar teşebbüslerin soruşturma ve idari yaptırımlardan kaçınması mümkün olsa da, özel hukuk alanındaki sonuçların uygulanmasına devam edilmektedir. Ancak, taahhüt kurumu özel hukuk alanında bazı olumsuz etkilere yol açmaktadır.

İlk olarak, taahhüt verilmesi ihlalin kabulüne bağlanmamaktadır. Taahhüt kurumunun ihlalin varlığının kabul edilmesine bağlanması halinde, teşebbüse karşı ikame edilen özel hukuk davalarının artacağı düşünülmekte, bu sebeple teşebbüs açısından olumsuz sonuçları nedeniyle taahhüt kurumunun işletilemeyeceği savunulmaktadır (Arı vd., 2009, s. 270; Topçuoğlu ve Dolmacı, 2011, ss. 107-108). Her ne kadar bu tespit yerinde olsa da, ihlalin varlığı söz konusu olduğu takdirde, zarar görenlerin hukuka aykırı fiili ispat yönünde önemli sorunlarla karşılaşacağı görülmektedir. Rekabetin sınırlanmasının tespiti uzmanlık gerektirdiği gibi Rekabet Kurulunun soruşturma aşamasındaki geniş yetkileri ile elde edilebilen deliller, hukuka aykırı fiil unsurunu ortaya koyabilmektedir. Böylelikle taahhütten önce veya taahhütten de ihlal edilmesi halinde, faaliyetin ya da faaliyete bağlı işlemlerin geçersizliğinin ileri sürülmesi güçleşecektir. Aynı şekilde zarar görenler, özellikle tüketiciler açısından, Rekabet Kurulu tarafından soruşturma açılmayan faaliyetlere ilişkin hukuka aykırı fiilin

<sup>29</sup> European Parliament and European Council (2014), *Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, Erişim Tarihi: 20.01.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

ispatı zorluk teşkil edecek ve zararın tazmin edilememesi söz konusu olabilecektir. Delillerin çoğunluğunun teşebbüsler nezdinde olması karşısında delillere erişim önündeki engeller kaldırılmadan ve ispata ilişkin özel düzenlemelere yer verilmeden ( Özsunay, 2005, s. 146; Kortunay, 2009, ss. 97, 124)<sup>30</sup>, taahhüt kurumunun öncelikli olarak getirilmesi, ihlalde bulunan teşebbüs lehine bir yaklaşımdır. Ancak, rekabetin sınırlanmasının taahhüt mekanizmasıyla durdurulması halinde en azından zararın artmasının önleneyeceği söylenebilecektir.

İkinci olarak, zarar görenlerin dosyaya erişim hakkının sağlanması yönünde açık düzenleme yapılması gerekmektedir. Ticari sırlar hariç olmak üzere, önceden belirlenecek bir takım belge ve verilere üçüncü kişilerin erişiminin sağlanması, tazminat yaptırımını ile zarar görenlerin haklarının korunması açısından işlevsel olacaktır. Aynı şekilde, Kurul kararının taahhütleri ve bu taahhütlerin nasıl yerine getirileceğini içermesi ve açık olması gerekmektedir (Pektaş, 2008, ss. 67-68).

Üçüncü olarak, taahhüt verilirken pazar testi adı verilen üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması yöntemine dair RKHK'de düzenleme yapılmamıştır. Ancak, 2021/2 sayılı Tebliğ'de bu yönde düzenlemeye yer verilmekte ve pazar testi yapılması esasları şu şekilde belirlenmektedir. 2021/2 sayılı Tebliğ m.10/1 kapsamında Rekabet Kurulu taahhüdü değerlendirir ve m.10/2 kapsamında soruşturma açılmamasına, açılmış bulunan soruşturmaya son verilmesine veya ya da taahhüt hakkında şikâyetçinin ve üçüncü kişilerin görüşlerinin alınmasına karar verir. 2021/2 sayılı Tebliğ m.11 gereğince, şikâyetçinin ve üçüncü kişilerin görüşünün alınmasına karar verilmesi halinde, on gün içinde ilgiliye rekabet sorunlarını ve taahhüt metninin ticari sıklardan ve gizli bilgilerden arındırılmış özeti gönderilir veya Rekabet Kurumuna ait internet sayfasında yayımlanır. Rekabet Kurulu tarafından belirlenen süre içinde ilgili kişiler görüşlerini Rekabet Kuruluna bildirir. Taahhüt

<sup>30</sup> İspat ilişkin düzenlemelere ek olarak hukukumuzda kusurlu sorumluluk prensibini benimsenmiş olması karşısında, AB hukukunda önerilen doğrultusunda, hukuka aykırılık fiilinin ispatlanması halinde, bu fiilin mazur görülebilir bir hatadan kaynaklanmadığını ispat yükü teşebbüse yüklenerek kusur ispatı dengelenmelidir. Aynı şekilde dava açılış masraflarının makul şekilde tespit edilmesi, davacının dava açmada haklı gerekçeleri olduğu ve buna rağmen ihlal ispat edilemediği takdirde, tüm masrafların teşebbüs üzerinde bırakılmasına düzenlemeler yapılabilir. (Kortunay, 2009, s. 102, 113).

metninde olduğu gibi, görüş metni ile birlikte görüş metninin ticari sır ve gizli belgelerden arındırılmış nüshası da gönderilmeli, buna ek olarak varsa gizlilik talepleri Rekabet Kuruluna bildirilmelidir. Daha sonra, Rekabet Kurulu taahhüdü yeniden değerlendirmeye alır. Taahhüdün uygun bulunması halinde taahhüt bağlayıcı hale getirilir ve soruşturma sona erer. Uygun bulunmama halinde, Rekabet Kurulu doğrudan taahhüt sürecini sona erdirebileceği gibi Rekabet Kurulu değerlendirmeleri çerçevesinde ilgili teşebbüse, taahhütte değişiklik yapılması yönünde bir kereye mahsus süre verilmesi kararı verilebilir.

AB hukukunda 1/2003 sayılı Tüzük m.27/4'te karar alınmadan önce, olayın kısa bir özeti, taahhüdün ana içeriği ya da önerilen taahhüt planı duyurulur. Bu duyuruda, teşebbüslerin ticari sırların korunmasındaki meşru beklentileri dikkate alınmalıdır. AB Komisyonu tarafından duyurulan içeriğe bir aydan az olmamak üzere verilen süre içerisinde üçüncü kişiler görüşlerini sunabilir. Pazar testi sonucunda, gerektiği takdirde taahhüt içeriğinin revize edilmesi gerekir. Testin, pazar endişelerini giderdiği sonucuna ulaşıldığı takdirde ise, AB Komisyonu taahhüdün uygulanması yönünde resmi bir karar alır (Dunne, 2014, ss. 403-404; Jenny, 2014, s. 707; Rat, 2015, s. 529). Türk rekabet hukukunda da, AB uygulamasında olduğu gibi taahhüt içerik ve bilgilerinin yayımlanarak üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması daha uygun çözümdür. 2021/2 sayılı Tebliğ çerçevesinde, her taahhüt talebi başvurusuna ilişkin değil, yalnızca Rekabet Kurulu tarafından görüş alınmasına karar verilen hallerde pazar testi uygulaması söz konusu olacaktır. Her ne kadar bu yöntem usul ekonomisi açısından daha avantajlı ise de, pazar testi yapılmasının rekabet otoritesinin takdir yetkisi bırakılması söz konusudur. Buna karşılık, pazar testi ile şikâyetçinin, ihbar edenin, tüketicilerin, dolaylı ya da doğrudan müşterilerin, rakiplerin ve ilgili diğer kişilerin görüşü alınarak öngörülen taahhütlerin pazar üzerindeki etkilerin araştırılması mümkün olduğu gözetilmelidir. Pazar testi yöntemiyle, üçüncü kişilerin de konuyla ilgili bilgi ve delillerini sunma, ihlalin kendileri üzerindeki etkilerini açıklama imkânı olacaktır. Rekabet ihlali analiz edilebilecek ve piyasadaki endişeler görülebilecektir. Bu görüşler teşebbüslerle de paylaşılacaktır. Gerekli görüldüğünde taahhüt içeriği revize edilebilecektir. Hatta içerik



değişikliğinin kapsamlı olması halinde, pazar testinin de yenilenmesi ihtiyacı doğabilecektir. Bu sebeplerle, doktrinde pazar testi aşamasının önemine özellikle vurgu yapıldığı, taahhüt kurumu yönünden anahtar rol oynadığının savunulduğu görülmektedir (Arı vd., 2009, ss. 275-276; Rat, 2015, s. 529; Odabaş Buba, 2017, ss. 9-10). Bu kapsamda zarar görenlerin görüşlerinin alınmaması durumunda, ihlallerin kişiler üzerindeki etkilerin açıklanması imkânının ortadan kaldırılması, etkin olmayan taahhüt içeriğiyle sürecin sonlanması ve özel hukuk alanında doğan hakların kullanılmasının etkinliğinin azalması söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple Rekabet Kurulunu pazar testi takdir yetkisini kullanırken, ihlalden etkilenenleri göz önüne alması, pazar testi yapılmaması sonucu doğuran kararlarına öngörülebilir ölçütler getirilmesi gerekmektedir.

Dördüncü olarak, teşebbüslerin taahhüt kararına uymamaları halinde bundan zarar görenlerin, taahhütlerin uygulanması konusunda tedbir kararı dâhil mahkeme kararı alabilmeleri söz konusu olmalıdır. Nitekim zarar görenlerin idari yaptırım uygulanmasını sağlamak adına Rekabet Kuruluna başvurmasının yanı sıra, taahhüdün doğrudan uygulanmasının sağlanması yönünde menfaati var olabilir ve zararın artmasını önlenmek adına tedbir kararı verilmesine ihtiyaç duyulabilir. Bu halde taahhüt kararına uyulmamasının hukuka aykırı olduğunun ispatında taahhüt kararının varlığı yeterli olacaktır. Taahhüde aykırı davranış ve zararın ise ispatı gerekecektir (Pektaş, 2008, s. 44).

## 5. UZLAŞMA

### 5.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunda rekabet otoritelerinin soruşturma yoluyla ihlali tespit ederek yaptırım uygulamasından daha etkin ve daha hızlı alternatif arayışlar sürmektedir (Şahin, 2018, ss. 838-847). AB rekabet hukukunda kartellerle mücadele ön plandadır. 2008 yılında uzlaşma kurumunun benimsenmesi, kartellerle mücadelede önemli bir reform olarak nitelendirilmektedir. 622/2008 sayılı AB Komisyonu

Yönetmeliği<sup>31</sup> ve Uzlaşma Bildirimi<sup>32</sup> ile kartel yoluyla gerçekleşen ihlallere dair soruşturmalarda, bazı prosedürlerin kaldırılması sonucunda, soruşturmanın daha etkin ve daha hızlı sonuçlanması mümkün olmaktadır ve rekabet kurallarının caydırıcı etkisi güçlenmektedir. Usul ekonomisi açısından uzlaşma kurumu oldukça etkili bulunmaktadır (Hüschelrath, & Laitenberger, 2015, ss. 1-3).

Rekabet hukukunda uzlaşma, rekabet otoritesiyle soruşturmaya konu faaliyeti gerçekleştiren teşebbüsün anlaşmaya vararak süreci sonlandırabilecekleri alternatif bir usuldür (İnce ve Ünübol, 2015, ss. 28-29). Uzlaşma kurumunun işletilebilmesi için ilk olarak, ihlalin varlığı ve ihlal sebebiyle üstlenilmesi gereken sorumlulukların kabul edilmesi gerekir. İkinci olarak, rekabet otoritesi ile işbirliği yapılarak, soruşturmanın etkin şekilde sonuçlandırılmasına katkı sağlanması gerekmektedir. Üçüncü olarak, teşebbüs soruşturma sürecine yönelik bazı haklardan feragat edebilmelidir. Ancak hakkın kaybedilmesi söz konusu olacağından, bunun önceden kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Dördüncü olarak, teşebbüslerin bu kuruma uygun hareket etmesi halinde, cezalarında ceza adaletine uygun şekilde indirim uygulanması ve uygulanacak indirim ile yaptırımların önceden açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Son olarak uzlaşma kararı yazılı olmalı ve yayımlanmalıdır (Pektaş, 2008, ss. 15-16; İnce ve Ünübol, 2015, ss. 28-29; Varlı, 2019, ss. 25-26).

Uzlaşma kurumu, teşebbüs yönünden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak zamandan ve masraftan tasarruf sağladığı gibi ticari sınırların açığa çıkmasının engellenmesi, itibarın korunması, yaptırımın düşürülmesi, hukuki belirlilik sağlanması gibi faydalar sağladığından tercih edilmektedir. Özellikle hukuki belirliliğin sağlanması, teşebbüslerin uzlaşma kurumunu tercih etmelerinin en

<sup>31</sup> European Commission (2004), *Commission regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases*, Erişim Tarihi: 25.10.2020, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:0005:EN:PDF>

<sup>32</sup> European Commission (2003), *Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases (text with EEA relevance) (2008/C 167/01)*, Erişim Tarihi: 25.10.2020, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>

önemli sebebidir. Elde edilecek faydaların, karşılaşılabilecek risklerin, soruşturma usul ve kapsamının belirliliği teşebbüsü uzlaşmaya teşvik edecektir (Pektaş, 2008, ss. 20-21; İnce ve Ünübol, 2015, ss. 38-41; Şahin, 2018, ss. 840-841; Varlı, 2019, ss. 27-31). Kamu menfaati yönünden ise, rekabet otoritesinin iş yükünün hafifletilmesinin yanı sıra soruşturmanın uzunluğu sebebiyle soruşturma sürecinde ilgili pazarda rekabetin daha çok bozulması ve zarar görenlerin zararının artması engellenebilmektedir (Pektaş, 2008, s. 20). Pazarın dinamik bir pazar olması halinde, günün rekabet düzeninde halen geçerli gerekçelerle ihlalin tespit edilmesi soruşturmanın uzamamasını da gerektirebilmektedir (Gürkaynak, 2014, s. 17). Buna karşılık yargısal denetimin azalması ve teşebbüsün yargı yolundan ve bir takım haklarından feragat etmesi bu kurumun eleştirilmesine neden olmaktadır (Şahin, 2018, ss. 840-841; Varlı, 2019, ss. 27-31).

## **5.2. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikle Uzlaşma Kurumunun Düzenlenmesi**

7246 sayılı Kanun ile RKHK'de değişikliğe gidilmeden önce, uzlaşmaya ilişkin RKHK'de açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, RKHK m.9/3 ile Rekabet Kurulu, karar almadan önce, teşebbüsün ihlale ne şekilde son vereceğine dair görüş bildirebilmektedir. Rekabet Kurulunun görüş bildirmesine dair hükmün, doktrinde bir nevi uzlaşmaya davet olarak değerlendirildiği görülmektedir (Pektaş, 2008, s. 52). Aynı şekilde RKHK m.16/6'da, kanuna aykırılıkların ortaya çıkarılması amacıyla işbirliği yapan teşebbüslere, teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına; etkinlik, zamanlama ve nitelik ölçütleri dikkate alınarak ceza verilmemesi veya cezada indirim yapılmasına yönelik düzenleme yer almaktadır. Yine Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmeliğin 6. maddesi ile Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 5. ve 6. maddesi kapsamında, ihlalin kabul edilmesi ve aktif işbirliği yapılması halinde cezadan indirim yapılması veya ceza verilmemesi mümkündür. Doktrinde bu düzenlemelerin, uzlaşma olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir. Nitekim Rekabet

Kurulu ihlalin kabul edilmesi ve işbirliği olduğu takdirde, cezalardan indirim yoluna gitmektedir (Arı vd, 2009, ss. 280-281; Şahin, 2018, ss. 842-843).

RKHK m.43'e eklenen 5, 6, 7, 8 ve 9 fıkraları ile uzlaşma kurumu şu şekilde düzenlenmektedir:

“Soruşturmaya başlanmasından sonra Kurul, ilgililerin talebi üzerine veya resen, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını göz önüne alarak uzlaşma usulünü başlatabilir. Kurul, hakkında soruşturma başlatılan ve ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden teşebbüs veya teşebbüs birlikleri ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabilir.

Bu çerçevede Kurul, hakkında soruşturma açılan taraflara, ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettikleri bir uzlaşma metni sunmaları için kesin bir süre verir. Verilen süre geçirildikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz. İhlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla soruşturma sonlandırılır.

Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilir. Bu madde uyarınca idari para cezası tutarlarında indirim uygulanmış olması 5326 sayılı Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrası kapsamında indirim yapılmasına engel teşkil etmez.

Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz.

Uzlaşmaya ilişkin diğer usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan yönetmelik ile belirlenir.”

Değişikliğe ilişkin 7246 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, soruşturmaların genel maliyetinin azaltılması ve ihlalin sonlandırılması sayesinde elde edilecek kamusal faydalar dikkate alınarak, AB ve birçok ülkede var olan uzlaşma kurumunun getirildiği açıklanmaktadır.

Uzlaşma kurumuna ilişkin m.43 incelendiğinde, soruşturmanın başlaması aşamasından soruşturma raporunun tebliğine kadar geçen süreç içerisinde uzlaşma prosedürünün Kurul tarafından başlatılabileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Uzlaşma için ön şart, hakkında soruşturma başlatılan teşebbüsün, ihlalin varlığı ile

kapsamını kabul etmesidir. Bu halde, idari para cezasında %25'e kadar indirim yapılabilmektedir. Ayrıca, düzenlemede uzlaşma metninde yer alan hususların uzlaşmanın taraflarınca dava konusu edilemeyeceği belirtilerek, uzlaşma kurumuna uygun şekilde yargı yolu kapatılmaktadır.

Türk hukukunda uzlaşma kurumu rekabeti sınırlayan anlaşma, teşebbüs birliği karar ve eylemleri, uyumlu eylem, hâkim durumun kötüye kullanılması faaliyetleri için öngörülen bir düzenleme iken, AB hukukunda uzlaşma kurumu kartel ihlallerine yönelik bir mekanizma olarak ortaya çıkmıştır. Temel amacın rekabet ihlalleriyle etkin şekilde mücadele etmek olması karşısında, Türk hukukunda kapsamın kartel ihlalleriyle sınırlandırılmaması, isabetli görülmektedir (İnce ve Ünübol, 2015, ss. 28-29; Şahin, 2018, s. 843). Teşebbüsün soruşturma sürecinde sözlü savunma toplantısından vazgeçmesi gibi bazı haklardan vazgeçilmesi düzenlemede yer almamaktadır. Buna karşılık yargı yoluna başvurudan feragat söz konusudur. Karara karşı yargı yolunun tamamen kapatılması, hak arama hürriyetine ve adil yargılanma hakkına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Buna çözüm olarak, uzlaşma kurumunun doğası gereğince, teşebbüslerin yargı yoluna başvurmayacağından hareketle, yargı yolunun açık tutulmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir. Bu noktada, yargı yolunun kısıtlamaya tabi tutulması ve tamamen kaldırılmaması; ancak, yargı yoluna başvurma hakkına ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesi de önerilmektedir (İnce ve Ünübol, 2015, s. 61; Şahin, 2018, ss. 844-845).

### **5.3. 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikle Uzlaşma Kurumunun Getirilmesinin Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

RKHK'nin açık düzenlemesinden anlaşıldığı üzere, uzlaşma kurumu Rekabet Kurulu tarafından yapılan soruşturma ve idari para cezasına ilişkin sonuç doğurmaktadır. Bu bağlamda rekabeti sınırlayan faaliyetin özel hukuk alanındaki sonuçları uygulanmaya devam edecektir. Buna karşılık uzlaşma kurumunun özel hukuk alanındaki sonuçları etkilediği görülmektedir. Öncelikle, uzlaşma süreci soruşturmanın süresini

etkilemekte, kararlar daha az bilgi içermekte ve daha kısa olmaktadır. Kararlar hukuka aykırılık unsuru yönünden detaylı bir tespit içermediğinden, tüm zarar görenlerin zararının tazmin edilebileceği sonucuna ulaşamayacaktır (Pektaş, 2008, s. 24; Hüschelrath, & Laitenberger, 2015, s. 25). Ancak, uzlaşma kurumu yalnızca ihlalin kabul edilmesi halinde verilebileceği için, hukuka aykırılık unsurunun varlığının ispatı konusunda delil teşkil edecektir. Ayrıca uzlaşma halinde daha kısa sürede karar verilmesi, özel hukuk davalarında süreç konusunda avantaj sağlayacaktır (Hüschelrath, & Laitenberger, 2015, ss. 25-26; Şahin, 2018, s. 845).

Doktrinde rekabet ihlalinin kaynaklanan tazminat davalarında, zararı aşan miktarda ve üç kat oranında tazminata ilişkin düzenlemenin uzlaşma kurumunun uygulanmasına engel olacağı ifade edilmektedir (Kortunay, 2009, s. 130; Şahin, 2018, s. 845). Ancak, uzlaşma kurumu ile daha hızlı ve daha etkin bir çözüm sunulmasına rağmen, kişilerin uğradığı zararın giderilmesi gerekmektedir. Rekabet ihlalinin zarar görenlerin zararının tazmin edilmesine dair, RKHK m.57'de yer alan üç katı oranındaki tazminat düzenlemesinin cezalandırma amacına yönelmiş olduğu ve cezalandırıcı tazminat niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Özden Merhacı, 2003, ss. 193-194; Aksoy, 2004, s. 53; Cengiz, 2006, s. 403). Rekabet ihlalinde, ihlalin ve zararın tespitinde yaşanacak güçlükler ile yapılacak masraflar zarar görenlerin tazminat hakkını kullanması ihtimalini düşürmekte ve caydırma amacına ulaşamamaktadır (Akıncı, 2001, ss. 377,388). Bu durumda, tarafların menfaatlerinin nasıl dengeleneceği tartışılmalı ve denkleştirici adalet göz önüne alınmalıdır. İlk olarak tazminat tutarı zararı ve maliyeti karşılamalıdır. İkinci olarak eşitlik ve etkinlik ilkelerine riayet edilmelidir (Başar, 2018, s. 128). Uzlaşma kurumundan yararlanma nihai olarak teşebbüslerin inisiyatifine bırakıldığından, zarar görenlerin menfaatleri dikkate alınmalı ve büyük ölçüde uzlaşma kurumunun özel hukuktaki sonuçları üzerinde kısıtlama yapılmasından kaçınılmalıdır. Doktrinde müteselsil sorumluluk yerine, her teşebbüsün kendi faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan zararlar sınırlı olarak sorumlu olması yönünde düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır (Kekevi, 2008, ss. 185). Zararı aşan tazminat düzenlemesi gibi müteselsil sorumluluk esası da genel olarak doktrinde eleştirilen bir düzenlemedir. Nitekim rekabet

ihlallerinin açığa çıkarılması oldukça zorlu bir süreçtir ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına, zarar verenin zarar görenle işbirliği yapması koşuluyla, yalnızca kendi verdiği zarardan sorumlu olmasının, işbirliği ihtimalini arttıracak savunulmaktadır. Uzlaşma kurumunda da özel hukuk alanındaki sonuçlar yönünden teşebbüsün bir menfaat elde etmesi düşünülmüyorsa, teşebbüsün aynı işbirliği davranışını zarar görenle de yapması denkleştirici adalet yönünden uygun olmalıdır. Nitekim AB uygulamasında da birlikte müteselsilen sorumluluğun esas alınması gerektiği ifade edilmektedir (Başar, 2018, s. 140)<sup>33</sup>.

## SONUÇ

Güncel gelişmelere uyum sağlayabilmesi ve etkili bir rekabet düzeni oluşturabilmesi için RKHK'de değişiklik yapılması gerektiği, doktrinde uzun süredir dile getirilmektedir. 24.06.2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, bu ihtiyacın bir sonucudur.

Rekabetin güçlendirilmesi ve gerçek anlamda serbest rekabet düzenine ulaşılabilmesi, kamu hukuku yaptırımlarının yanı sıra özel hukuk alanındaki yaptırımların da etkili olmasına bağlıdır. Bu çalışmada, rekabet ihlali söz konusu olduğunda, özel hukuk yaptırımları açısından getirilen yeni düzenlemelerin etkisi tartışılmaktadır.

İlk olarak, RKHK m.5'e ilişkin olarak yapılan değişiklikle muafiyet kurumu yeniden düzenlenmektedir. Mevzuat AB hukukunda 1/2003 sayılı tüzükle yapılan rekabet hukuku reformuyla, muafiyetin uygulanması için bildirim şartı kaldırılmış, muafiyetten doğrudan yararlanmak mümkün hale gelmiş ve kendi kendine değerlendirme yöntemi benimsenmiştir. Ancak muafiyet kurumundan yararlanmak için, rekabet ihlali amacı olmaması şarttır.

Muafiyet kurumu yönünden yapılan ilk değişiklik, RKHK'de belirtilen muafiyet şartlarının varlığı halinde, faaliyet, yasak kapsamı

<sup>33</sup> Tazminat Davalarına İlişkin AB Direktifi m.11'de birlikte müteselsil sorumluluk esasının belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Direktifin m.11/2'de, bu kuralın istisnası olarak, 2003/361/EC tavsiye kararında tanımlanan küçük ya da ortak ölçekli işletmeler için ihlal sırasında pazar payının %5'in altında olması veya birlikte müteselsil sorumluluğun teşebbüsün ekonomik varlığını tehlikeye sokması halinde, teşebbüsün sadece doğrudan ve dolaylı alıcılar yönünden sorumluluğunun var olduğu belirlenmektedir.

dışında bırakılmaktadır. Rekabet Kurulu tarafından faaliyetin bireysel muafiyet kapsamında olduğu yönünde bir karar verilmesi dahi, muafiyet şartları var ise faaliyet geçerli olacaktır ve hukuki sonuç doğuracaktır. İkinci değişiklik ise, muafiyet şartlarının varlığının Rekabet Kurulundan tespitinin istenebilmesine ilişkindir. Böylelikle, Türk rekabet hukukunda da kendi kendine değerlendirme yöntemi benimsenmektedir.

Bireysel muafiyet kararının Rekabet Kurulu tarafından verilmesi, özellikle geçersizlik yaptırımını yönünden tartışmalara yol açmıştır. Yeni düzenleme ile bireysel muafiyet koşulları var olduğu sürece, faaliyet geçersizlik yaptırımına tabi tutulmayacak ve bu sonucun doğması Rekabet Kurulu ya da mahkeme kararının varlığı şartına bağlı olmayacaktır. Aynı şekilde, bireysel muafiyet şartlarının varlığı halinde hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edileceğinden, tazminat yaptırımı söz konusu olmayacaktır. Hukuki belirliliğin sağlanması adına yapılan değişiklik isabetlidir.

İkinci olarak, RKHK m.7'ye ilişkin yeni düzenleme ile birleşme ve devralmanın hukuka aykırı kabul edildiği haller genişletilmektedir. Eski düzenlemeye paralel olarak hâkim durum yaratılması ya da hâkim durumun güçlendirilmesi halinde birleşme ve devralma yasaktır. Buna ek olarak, getirilen yeni düzenleme ile etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak birleşme ve devralmalar da yasak kapsamına alınmaktadır. Bu değişiklik sonucu, etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucu doğuran birleşme ve devralmalar geçersizlik ve tazminat yaptırımıyla karşılaşabilecektir.

Üçüncü olarak, RKHK m.41'e eklenen fıkra ile *de minimis* kuralı düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile rekabeti kayda değer ölçüde sınırlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları soruşturma konusu yapılmayacaktır. Açık ve ağır ihlal hallerinde, rekabet kayda değer ölçüde sınırlandırılmasa dahi, faaliyet soruşturma konusu yapılacaktır. Buna karşılık, soruşturma konusu yapılmayan ve *de minimis* kuralı kapsamında kalan faaliyetler, özel hukuk yaptırımları yönünden hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmeyecektir.

Dördüncü olarak, RKHK m.43'te düzenlenen taahhüt kurumuyula, teşebbüsler tarafından ihlal kabul edilmeksizin verilecek bağlayıcı taahhütle, soruşturmanın sona erdirilmesi ya da nihai olarak cezada



indirim yapılması mümkün hale gelmiştir. Türk hukukunda, AB ve ABD rekabet hukuklarından farklı olarak, kartel ihlallerine yönelik taahhüt kurumunun işletilmeyeceği açık olarak düzenlenmemektedir. Buna karşılık, hükümle açık ve ağır ihlal hallerinde taahhüt kurumunun işletilemeyeceği düzenlenmektedir.

Taahhüt kurumunun özel hukuk alanında bazı olumsuz etkileri söz konusudur. İhlalin varlığı kabul edilmediğinden ve soruşturma yapılmadan karar verilebildiğinden, kişilerin tazminat davalarında hukuka aykırılık unsurunu ortaya koyması güçleşmektedir. Bu anlamda zarar görenlerin dosyaya erişim hakkı düzenlenmeli, kararlarda taahhüt ve içerikleri net ve açık olmalıdır. Olayın kısa özeti, içeriği ve önerilen taahhüt planı sunulacak üçüncü kişilerin görüşlerinin alınmasını gerektiren bu testin her ihlalde aranmaması, ihlalin pazar üzerindeki etkilerinin tam olarak giderilememesi sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca, teşebbüslerin taahhüde uymaması halinde bundan zarar görenlerin tedbir dâhil mahkeme kararı ile icranın sağlanabilmesi hakkının olmaması eksiklik olarak görülmektedir.

Beşinci ve son olarak, RKHK m.43'te uzlaşma kurumu düzenlenmektedir. Hakkında soruşturma başlatılan teşebbüsün ihlalin varlığını kabul etmesi gerekmektedir. Uzlaşma sonucu verilecek karara karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmekte, yargı yolunun tamamen kapatılmasının hak arama hürriyetine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Uzlaşma, AB hukukunda kartel ihlallerine yönelik bir düzenleme iken, Türk rekabet hukukunda tüm rekabet ihlalleri yönünden işletilebilmektedir. Uzlaşma soruşturma sürecini etkilediğinden ve kararlar daha az bilgi içerdiğinden, kişilerin ihlale ilişkin bilgileri sınırlanmış olmaktadır. Ancak ihlalin kabul edilmesi, mahkemeler nezdinde hukuka aykırılık unsurunun ispatı yönünden önemli bir avantajdır. Uzlaşma halinde tazminat yaptırımının sınırlanması yönündeki görüşler ise, kişilerin hak ve menfaatlerini göz ardı edecek şekilde ele alınmamalı ve denkleştirici adalet çerçevesinde sorun çözümlenmelidir. Teşebbüslerin işbirliği davranışı içerisinde olması halinde, müteselsil sorumluluğun kaldırılması gibi bir takım sınırlamalar getirilmesi, dengeleyici bir çözüm olacaktır.

## KAYNAKÇA

- AKINCI, A. (2001), *Rekabetin yatay kısıtlanması*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi no: 5, Ankara: Rekabet Kurumu.
- AKSOY, M. N. (2004), *Rekabetin korunması hakkında kanuna aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçları*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- AKSOY, N. ve YAVUZ, Ş. (2009), Birleşme ve devralma işlemlerinde rekabet kurulunun denetim yetkisinin hukuki niteliği ve sınırları, *Rekabet Dergisi* 2(10), 7-27.
- ARI, Z. (2004), *Rekabet hukukunda danışıklık kavramı ( anlaşma, karar ve uyumlu eylem ) ve hukuki sonuçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARI, H. M, AYGÜN, E. ve KEKEVİ, G. (2009) Rekabet hukukunda taahhüt ve uzlaşma, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII*, 229-294,
- ASLAN, Y. (2007), *Rekabet hukuku, teori-uygulama-mevzuat*, Ankara: Ekin Kitapçılık.
- AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000) , *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet hukukunda hâkim durumun kötüye kullanılması*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- ATA, Ç. D. (2009), *Rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalara olumlu yaklaşım: rule of reason ışığında Roma Antlaşması 81. madde ve muafiyet*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- ATEŞ, M. (2009), AB'ye uyum bağlamında Türk rekabet hukuku ve politikasına genel bir bakış, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, (1), 55-88.
- AYDOĞDU, M. (2001), Türk ve Avrupa Birliği rekabet hukuku bakımından anlaşma, uyumlu eylem ve kararların rekabeti sınırlaması (engellemesi, bozması veya kısıtlaması), *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan*, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 13-29.
- AYRANCI, H. (2003), Sözleşme Kurma Zorunluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (3), 229-252.
- BADUR, E. (2001), *Türk Rekabet hukukunda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar (uyumlu eylem ve kararlar)*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- BAŞAR, B. (2018), *Rekabetin korunması hakkında kanuna aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçları*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- BUDAK, A.C. (2007), AT Konsey ve Komisyonunun Yeni Rekabet Tüzükleri ve Rekabet Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Işığında Delillerin Toplanması ve İspat, *Perşembe Konferansları*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- CENGİZ, D. (2006), *Türk rekabet hukukunda uyumlu eylem ve bu eylemin hukuki sonuçları (örnek model olarak Amerika Birleşik Devletleri ve mehzaz olarak Avrupa Birliği rekabet hukuku sistemlerinin ışığında)*, İstanbul: Beta Yayınları.
- CENGİZ, D. (2018), Avrupa Birliği ve Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerinden zarar görenlerin tazminat talep haklarına ilişkin sorunlar ve çözümleri, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 53-131.
- CÖMERT AKBAY, B. (2018), Türk rekabet hukukunda özel hukuk cezası, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 4(2), 149-175.
- DOĞAN, C. (2017), Rekabet hukuku ihlalden doğan sorumluluğun hukuki temeli ve buna bağlı sorunlara ilişkin kısa bir değerlendirme, *BATIDER*, 33(4), 301-311.
- DUNNE, N. (2014), Commitment decisions in EU competition law, *Journal of Competition Law and Economics*, 10(2), 399-444.
- ERDEM, E. (2001), Türk İsviçre rekabet hukuklarında birleşme ve devralmalar, *Prof Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- EREN, F. (2015), *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre hazırlanmış borçlar hukuku genel hükümler*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün alıcılara ayrımcılık yaparak hâkim durumunu kötüye kullanması*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- GÜRKAYNAK, G. (2014), AB rekabet hukuku uygulamasında komisyon ve teşebbüsler arasında uzlaşma ve sulh; *Rekabet Dergisi*, 5(1), 35-76.
- GÜRZUMAR, O. (2002), 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesine aykırı sözleşmelerin tabi olduğu geçersizlik rejimi, *Rekabet Dergisi* (12), 3-76.
- GÜVEN, P. (2003), *Türk rekabet hukukunda ve Avrupa Birliği rekabet hukukunda birleşme ve devralmaların denetlenmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- HOVENKAMP, H. (2017), The rule of reason, *University of Florida Levin College of Law, No.1(70)*, 81-167.
- HÜSCHEL RATH, K. ve LAITENBERGER, U. (2015), The settlement procedure in EC cartel cases: an empirical assessment, *ZBW Discussion Papers, No.25-064*.
- İKİZLER, M. (2005), *Rekabet hukukunda uyumlu eylemler: Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan hukukları açısından karşılaştırmalı bir inceleme*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- İNAN, N. (2001), AB Rekabet Hukuku Uygulama Tüzüğünde (17/62) yenilikler, *Perşembe Konferansları*, Ankara: Rekabet Kurumu, 89-117.
- İNAN, N. ve PİKİER, M. (2007), *Rekabet hukuku el kitabı*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü.
- İNCE, E. ve ÜNÜBOL, N. (2015), Uzlaşma: belirsizliğe yolculuk; *Rekabet Dergisi, (16)*, 27-73.
- JENNY, F. (2014), Worst decision of the EU court of justice: the alrosa judgment in context and the future of commitment decisions, *Fordham International Law Journal, No. 38(3)*, 701-770.
- KEKEVİ, H. G. (2008), *ABD, AB ve Türk rekabet hukukunda kartellerle mücadele*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- KESİCİ, B. (2017), *Rekabet hukukunun ihlalden kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- KONURALP, H. (2007), Rekabet Hukukunda Deliller ve Değerlendirilmesi; Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu V, 11-22, Ankara: Rekabet Kurumu.
- KORTUNAY, A. (2009), AB rekabet hukukunda tazminat davalarına yönelik reform çalışmaları ve Türk hukuku bakımından “*De Lege Ferenda*” düşünceler, *Rekabet Dergisi, 1(10)*, 81-138.
- LIAKOPOULOS, D. (2018), Protection of competition through the principle of legal certainty: the role of the court of justice of the European Union, *Revista de Direito da Universidade FUMEC, No. 13(2)*, 286-334.
- MARKHAM, J. W. (1955), The per se doctrine and the new rule of reason, *Southern Economic Journal, No. 1(22)*, 22-31.
- ODABAŞ BUBA, H. (2017), *AB ve Türk rekabet hukukunda rekabet ihlallerine ilişkin taahhüt yöntemi*, Uzmanlık Tez Serisi No: 156, Ankara: Rekabet Kurumu.

- ÖZSUNAY, E. (2005), Rekabet kısıtlamalarının özel hukuk alanındaki sonuçları, Amerikan, Alman, İsviçre ve AB rekabet hukuklarının ışığında 4054 sayılı RKK'daki çözümlerin değerlendirilmesi, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*, Ankara: Rekabet Kurumu, 117-153.
- ÖZDEN MERHACI, S. (2003), *Karşılaştırmalı hukukta cezalandırıcı tazminat (punitive damages)*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZDEN MERHACI, S. ve ERKAN, V. U. (2018), Angola-Amerikan hukukundan Kıta Avrupası hukukuna- özel hukukta De Minimis kuralı, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 49-70.
- PEKTAŞ, M. (2008), *Rekabet hukukunda alternatif bir yol: uzlaşma*, Uzmanlık Tez Serisi no: 94, Ankara: Rekabet Kurumu.
- RAT, D. (2015) , Commitment decisions and private enforcement of EU competition law: friend or foe?, *World Competition*, No. 38(4), 527-546.
- SANLI, K. C. (2000), *Rekabetin korunması hakkındaki kanunda öngörülen yasaklayıcı hükümler ve bu hükümlere aykırı sözleşme ve teşebbüs birliği kararlarının geçersizliği*, Ankara: Rekabet Kurumu.
- SANLI, K. C. (2003), Türk rekabet hukukunda haksız fil sorumluluğu, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Ankara: Rekabet Kurumu, 211-276.
- SANLI, K. C. (2007), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısı taslağı'nın özel hukuk alanında getirdiği değişikliklerinin değerlendirilmesi, *Rekabet Dergisi*, (30), 3-73.
- SANLI, K. C. (2011), Rekabet Kurulunun Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesine ilişkin yaptırım politikası hakkında değerlendirme, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu*, Ankara: Rekabet Kurumu, 15-66.
- SANLI K. C.ve ARDIYOK, Ş. (2013), Şirketler için rekabet hukuku rehberi, İstanbul: ICC Türkiye Yayınları.
- SAYHAN, İ. (2005), Rekabet hukukunda tazminat sorumluluğu bakımından hukuka aykırılık unsuru ve sorumluluğun sınırı, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 5(3), 29-61.

- SCORDAMAGLIA TOUSİS, A. (2014), New de minimis communication: 'de minimis' and 'by object' restrictions of competition law, *Journal of European Competition Law and Practice*, 5(10), 698-700.
- ŞAHİN, M. (2013), *Rekabet hukukunda tazminat talepleri ABD, AB ve Türk rekabet hukuklarında*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ŞAHİN, M. (2018), Kartellerle mücadelede uzlaşma yöntemi ve yargısal denetimi, *Manisa Celal Bayar Üniversitesi İ.İ.B.F.* 25(3), 838-847.
- TEKİNALP, Ü. (2000), ATAD Kararları Işığında Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri, *Perşembe Konferansları*, Ankara: Rekabet Kurumu, 73-96.
- TEKİNALP, Ü. (2005), Rekabet sınırlamaları ve hâkim durumun kötüye kullanılması yasağına aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçları, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III*, Ankara: Rekabet Kurumu, 259-265.
- TOPÇUOĞLU, M. (2001), *Rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası işbirliği davranışları ve hukuki sonuçları*, Rekabet Kurumu, Ankara.
- TOPÇUOĞLU, M. ve DOLMACI, N. (2011), Yoğunlaşmaların (birleşme ve devralmaların) kontrolünde şartlı izin ve 2010/4 sayılı tebliğin getirdiği yenilikler, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 91-124.
- UTKU, H., POLAT B. ve DENİZ S. (2012), Rekabet hukukunda haksız fiil sorumluluğu ve tazminat davalarında usul sorunları, *Rekabet Dergisi*, 1(13), 103-136.
- UYGUR, T. (2012), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu şerhi*, (1.cilt), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÜNAL, A. (2009), Rekabet hukukunun sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüne müdahalesi, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII*, Ankara: Rekabet Kurumu, 395-416.
- VARLI, E. B. (2019), *Türk rekabet hukukunda uzlaşma prosedürü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- YEŞİL, T. (2020), *Rekabet ihlallerinin özel hukuk sonuçları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

YİĞİT, İ. (2013), *Rekabet ihlallerinden doğan tazminat sorumluluğu*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

## Elektronik Kaynaklar

European Commission (2001), *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the treaty establishing the European Community (de minimis) (1) (2001/C 368/07)*, Erişim tarihi: 19.09.2020, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:368:0013:0015:EN:PDF>

European Commission (2004), *Communication from the commission notice guidelines on the application of article 81(3) of the treaty (2004/C 101/08) (Text with EEA relevance)*, Erişim Tarihi:17.10.2020,

<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=celex%3A52004XC0427%2807%29>

European Commission (2014), *Communication from the Commission — Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the treaty on the functioning of the European Union -De Minimis Notice (2014/C 291/01)*, Erişim Tarihi: 19.09.2020,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:291:FULL&from=EN>

European Commission (2003), *Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases (Text with EEA relevance) (2008/C 167/01)*, Erişim Tarihi: 25.10.2020,

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:167:0001:0006:EN:PDF>

European Commission (2004), *Commission regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases*, Erişim Tarihi: 25.10.2020,

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:171:0003:0005:EN:PDF>

European Council (2003), *Council regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down*

*in Articles 81 and 82 of the treaty (Text with EEA relevance), Erişim Tarihi: 16.10.2020,*

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=EN>

European Parliament and Council (2014), *Directive 2014/104/Eu Of The European Parliament And Of The Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, Erişim Tarihi: 20.01.2021,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>

Rekabet Kurumu (2015), *17. Yıllık Rapor*, s. 16. Erişim Tarihi 05.11.2020, [http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2f-G%C3%BCncel%2fraporlar%2f17yillik\\_rapor.pdf](http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2f-G%C3%BCncel%2fraporlar%2f17yillik_rapor.pdf)

## **Kararlar**

American Supreme Court, (1898), United States v. Joint Traffic Association, 171 US 505.

American Supreme Court, (1911), Standart Oil vs. United States, 221 US 1.

Danıştay 13. D. 17.06.2014 tarihli 2012/2013 E. ve 2014/2507 K. sayılı karar.

Danıştay 13. D. 08.01.2018 tarihli ve 2011/2010 E. 2019/69 K. sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 09.06.2003 tarih ve 03-40/432-186 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 25.12.2003 tarih ve 03-83/1003-405 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 08.01.2004 tarih ve 04-01/27-9 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 24.8.2006 tarihli ve 06-59/773-226 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli 07-63/767-275 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 13.12.2007 tarihli ve 07-90/1156-559 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 20.05.2009 tarih ve 09-23/494-120 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 15.11.2012 tarihli ve -57/1538-551 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 07.11.2016 tarihli 16-37/628-279 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 22.11.2018 tarihli 18-44/703-345 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 04.04.2019 tarihli ve 19-14/189-85 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 20.06.2019 tarihli 19-22/353-159 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 26.12.2019 tarihli ve 19-46/772-333 sayılı karar.

Rekabet Kurulu, 03.12.2020 tarihli 20-52/726-322 sayılı karar.



Rekabet Kurulu, 05.11.2020 tarihli 20-48/655-287 sayılı karar.  
Rekabet Kurulu, 26.11.2020 tarihli 20-51/703-311 sayılı karar.  
The Court of Justice of the European Union, (2010), Case, C375/09.  
The Court of Justice of the European Union, (2012), Case C-226/1.  
The Court of Justice of the European Union (2019), Case C228/18.  
Yargıtay 11. H.D. 23.06.2006 tarihli ve 2005/3755 E. 2006/7408 K.  
sayılı karar.  
Yargıtay 11. H.D. 10.02.2011 tarihli ve 2009/3852 E., 2011/2528 K.  
sayılı karar.



# Me, Myself and Amazon: The Challenges Digital Marketplaces Pose to Eu Competition Law\*

Received 25 February 2021; accepted 17 April 2021  
Original Article

Can SARIÇİÇEK\*\*

## Abstract

*The digital era, keeps challenging the competition law enforcement. The more the digital undertakings face antitrust investigations the more uncertainty emerges for the parties involved. Therefore, this study is aimed at analysing the challenges digital marketplaces can pose to EU competition law enforcement. Prior to any conduct or abuse analysis, the relevant market must be defined and the market power of the concerned undertaking in that relevant market must be measured, both of which are complicated in two-sided and rapidly changing digital marketplaces. This difficulty of successfully handling these exercises may shift the emphasis, in some cases, to establishing possible abuses. However, establishing an abuse is also challenging in digital marketplaces, in which an intervention too early can disincentivize innovation whereas an intervention too late might result in foreclosure. Digital marketplaces are well-suited for exclusionary abuses that may create entry barriers and eventually foreclose the markets. As a matter of fact, digital marketplaces are also susceptible to exploitative abuses. However, those are difficult to establish and can be required to be accompanied by exclusionary abuses to indicate an abuse. In this context, the study discusses the extent to which these abuses may emerge in digital marketplaces and how to analyse the conditions for an abuse regarding the specifics of the digital marketplaces. Finally, the study aims to discuss whether remedies would work in digital marketplaces successfully, since their design, implementation and monitoring is complicated. Furthermore, the study suggests that competition law is flexible enough to deal with novel situations, although can be complemented via specific regulations to provide transparency, competitive processes and to avoid many, if not all, abuses.*

**Keywords:** Competition Law, Amazon, Digital, Marketplaces, Two-Sided Markets, Multi-Sided Markets

\* This article is based on the thesis of the author presented for the master program in Freie Universität Berlin.

\*\* Turkish Competition Authority, Deputy Head of Department, csaricicek@rekabet.gov.tr, Orcid Id:0000-0001-6921-2229. The views and opinions expressed in the article are those of the author and do not necessarily reflect those of Turkish Competition Authority.

# Ben, Kendim ve AMAZON: Dijital Pazaryerlerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Uygulaması Bakımından Yarattığı Zorluklar

25 Şubat 2021'de alındı; 17 Nisan 2021'de kabul edildi.  
Araştırma Makalesi

Can SARIÇİÇEK

## Öz

Dijital çağ, rekabet hukuku uygulamasına her geçen gün daha fazla meydan okumaktadır. Dijital pazarlarda faal teşebbüsler rekabet hukuku soruşturmalarıyla karşılaştıkça, tüm ilgili taraflar belirsizlikle karşılaşmaktadır. Bu nedenle, bu çalışma, dijital pazaryerlerinin AB rekabet hukuku uygulaması bakımından ortaya çıkarabileceği zorlayıcı durumları incelemeyi hedeflemektedir. Herhangi bir rekabeti bozucu davranış veya kötüye kullanma analizinden önce, ilgili pazarın tanımlanması ve ilgili teşebbüsün söz konusu pazardaki pazar gücünün ölçülmesi gerekmektedir. Ancak çift taraflı ve sürekli değişen yapısıyla dijital pazaryerleri, söz konusu çalışmaların yürütülmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bazı incelemeler bakımından ağırlık, olası ihlallerin tespiti çalışmalarına verilmelidir. Bununla birlikte, dijital pazaryerleri bakımından kötüye kullanma hallerinin ortaya konulması da oldukça zorlayıcıdır. Zira, çok erken müdahale, teşebbüslerin inovasyon güdüsünü azaltabileceksen, çok geç müdahale ise pazarın kapanmasına yol açabilecektir. Dijital pazaryerleri, giriş engelleri yaratan ve uzun vadede pazarın kapanmasına sebebiyet veren dışlayıcı ihlaller bakımından oldukça müsait bir yapıdadır. Dijital pazaryerleri, sömürücü ihlallere de yatkındır, ancak sömürücü ihlallerin tespiti güçtür ve ihlal olarak kabul edilebilmeleri için, dışlayıcı ihlallere eşlik etmeleri koşulu aranabilmektedir. Bu kapsamda, söz konusu ihlal türlerinin dijital pazaryerlerinde nasıl ortaya çıkabileceğini ve ihlal için aranan koşulların, dijital pazaryerlerinin yapısı içinde nasıl değerlendirilebileceği tartışılmaktadır. Son olarak, yapısal ve/veya davranışsal çözümlerin, tasarım, uygulama ve denetleme gibi yönlerden taşıdıkları zorlukları dikkate alarak dijital pazaryerlerinde başarılı olup olmayacağı tartışılacaktır. Ayrıca, rekabet hukukunun yeni durumlarla başa çıkmak için yeterince esnek olduğu; ancak, ilgili pazarlarda şeffaflığı rekabetçi süreçleri sağlamak ve tüm ihlalleri değilse bile birçok ihlali baştan engellemek üzere özel regülasyonlar ile desteklenebileceği ortaya konulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Rekabet Hukuku, Amazon, Dijital, Pazaryerleri, Çift-Taraflı Pazarlar, Çok-Taraflı Pazarlar

## List of Abbreviations

AFCA	Austrian Federal Competition Authority
AG	Advocate General
Art.102	Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union
CCB	Canada Competition Bureau
CCPC	Irish Competition and Consumer Protection Commission
CJEU	Court of Justice of the European Union
CSS	Comparison Shopping Service/s
DOJ	United States Department of Justice
EC	European Commission
e.g.	Exempli Gratia
EP	European Parliament
ESS	Economies of Scale and Scope
EU	European Union
FBA	Fulfillment by Amazon
FTC	United States Federal Trade Commission
GC	General Court
GFCO	German Federal Cartel Office
ICA	Italian Competition Authority
INE	Indirect Network Effects
JFTC	Japan Fair Trade Commission
LCC	Luxembourg Competition Council
OFT	Office of Fair Trading
Regulation	Regulation 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services
SME	Small and Medium-Sized Enterprises
SSNIP	Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price
TPS	Third Party Seller/s
Tying	Tying and Bundling
US	United States

## I. INTRODUCTION

*“Pramila Jayapal:<sup>1</sup> Does Amazon have access and use third-party seller data when making business decisions? And just a yes or no will suffice sir.*

*Jeff Bezos: I cannot answer that question yes or no. What I can tell you is we have a policy against using seller-specific data to aid our private label business but I can not guarantee you that that policy has never been violated.”<sup>2</sup>*

This statement was made by Jeff Bezos, on US House Judiciary Antitrust Subcommittee Hearing on *“Online Platforms and Market Power, Part 6:Examining the Dominance of Amazon, Facebook, Google and Apple”* which was a part of the ongoing investigation of competition and dominance in the digital platforms in addition to the adequacy of existing antitrust laws and enforcement.<sup>3</sup>

On the other side of the Atlantic, Margrethe Vestager announced a preliminary investigation into Amazon; *“The question here is...data, because if you as Amazon get the data from [TPS], which can be of course completely legitimate because you can improve your service to these [TPS], well, do you then also use this data to do your own calculation; what is the new big thing, what is it that people want, what kind of offers do they like to receive, what makes them buy things.”<sup>4</sup>* This concern first emerged<sup>5</sup> in EC’s E-Commerce Sector Inquiry; *“Marketplace operators sometimes act as an online retailer on their platform in direct competition with [TPS]. Competitively sensitive data provided by TPS to marketplaces or generated on marketplaces in relation to [TPS] transactions (bestsellers, transactional prices, pricing plans, inventory levels, supplier data) could - absent any safeguards in place - be used in order to boost the retail activities of the marketplace operators at the expense of TPS... [raising] competition*

<sup>1</sup> US Congresswoman.

<sup>2</sup> 27.07.2020, <https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=31113>(Last Access:30.07.2020).

<sup>3</sup> Press Release, 06.07.2020, <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3114>, (Last Access:10.08.2020).

<sup>4</sup> Press Conference by Commissioner Margrethe Vestager, 19.09.2018, <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-160574> (Last Access:10.08.2020).

<sup>5</sup> Ibid.

concerns.” (EC, 2017, p.651) Furthermore, many people<sup>6</sup> have been talking<sup>7</sup> about the “dual role” of Amazon, which provides a marketplace for TPS and acts as a retailer on the same marketplace itself.

Subsequently, GFCO and AFCA initiated abuse of dominance proceedings regarding Amazon’s terms of business and practices towards TPS on Amazon.de.<sup>8</sup> However, GFCO clarified that issues regarding the use of marketplace data, ranking and Buy Box were subject to examinations conducted by EC and thus were not covered.<sup>9</sup> According to GFCO *“this dual...model allow...platforms to develop a strong market position based on increased network effects resulting from the large variety they offer...which can result in [TPS] being dependent on...platforms. There is also the risk that...[TPS] can be disadvantaged or even squeezed out of the market due to unfavourable conditions...[GFCO] wants to keep markets open and prevent e-commerce from being concentrated in the hands of only a few players...which would dramatically reduce customers’ choice options.”* (GFCO, 2018, p.4; OECD, 2019, p.10-12) Moreover,

---

<sup>6</sup> Recently there has been a series of articles raising concerns about Amazon’s dual role. Competing with Amazon on Amazon, Greg Bensinger, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304441404577482902055882264>; Third-party-sellers and Amazon - a double-edged sword in e-commerce, Jennifer Rankin, <https://www.theguardian.com/technology/2015/jun/23/amazon-marketplace-third-party-seller-faustian-pact>; Got a Hot Seller on Amazon? Prepare for E-Tailer to Make One Too, Spencer Soper, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-20/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-e-tailer-to-make-one-too>; ‘You’re Stupid If You Don’t Get Scared’: When Amazon Goes From Partner to Rival, Jay Greene, Laura Stevens, <https://www.wsj.com/articles/how-amazon-wins-1527845402>; Amazon Sellers Say The Tech Giant Is Crushing Them With Competitive Pricing, Leticia Miranda, <https://www.buzzfeednews.com/article/leticiamiranda/amazon-sellers-say-the-tech-giant-is-crushing-them-with#.jdyrW1KZj>; How Amazon Steers Shoppers to Its Own Products, Julie Creswell, <https://www.nytimes.com/2018/06/23/business/amazon-the-brand-buster.html>; KHAN, L.M., “Amazon’s Antitrust Paradox”, 126(3) The Yale Law Journal 710 (2017).

<sup>7</sup> Footnote 4.

<sup>8</sup> Press Release, GFCO, 29.11.2018, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29\\_11\\_2018\\_Verfahrenseinleitung\\_Amazon.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&v=2)(Last Access:25.07.2020). Case Summary, AFCA, 17.07.2019, p.1, [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Downloads/standpunkte/BWB\\_Amazon-Fallbericht\\_20190717.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/BWB_Amazon-Fallbericht_20190717.pdf)(Last Access:25.07.2020).

<sup>9</sup> Case Summary, GFCO, B2-88/18, 17.07.2019, p.2, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5)(Last Access:25.07.2020).

LCC<sup>10</sup>, ICA<sup>11</sup>, JFTC<sup>12</sup>, CCB<sup>13</sup> have also initiated proceedings regarding similar concerns. Subsequently, EC initiated an in-depth investigation to take a closer look at Amazon's business practices and dual role to assess whether Amazon's use of sensitive data from TPS breaches EU competition rules.<sup>14</sup>

Accordingly<sup>15</sup>; Amazon continuously collects data about the activity on its platform<sup>16</sup> and preliminarily appears to use competitively sensitive information about TPS, their products and transactions on the marketplace.<sup>17</sup> Therefore “... *whether and how the use of accumulated*

<sup>10</sup> Amazon ServicesEurope, LCC, Case 2019-MCP-01, 03.07.2019, <https://conurrence.public.lu/content/dam/conurrence/fr/actualites/2019/Decision-2019-MC-01-Version-unique-.pdf> (Last Access:25.07.2020). Amazon ServicesEurope, LCC, Case 2017-C-02, 21.07.2020, <https://conurrence.public.lu/content/dam/conurrence/fr/decisions/abus-de-position-dominante/2017/decision-2017-c-02/decision-2017-c-02-version-publique.pdf> (Last Access:15.09.2020).

<sup>11</sup> Case A528-FBA AMAZON, ICA, Measure n.27623, 10.04.2019, [https://www.agcm.it/docmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/\\$File/p27623.pdf](https://www.agcm.it/docmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/$File/p27623.pdf) (Last Access:25.07.2020).

<sup>12</sup> <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/15/amazon-japanese-headquarters-raided-regulator-antitrust-fair-trade-commission> (Last Access:06.08.2020); <https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-regulator-to-probe-amazon-rewards-plan/> (Last Access:06.08.2020); <https://asia.nikkei.com/Business/Companies/Japan-s-antitrust-regulator-to-probe-Amazon-s-loyalty-program> (Last Access:06.08.2020).

<sup>13</sup> <https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/08/competition-bureau-seeks-input-from-market-participants-to-inform-an-ongoing-investigation-of-amazon.html> (Last Access:30.08.2020).

<sup>14</sup> Press Release, EC, Antitrust:EC opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon, 17.07.2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291) (Last Access:10.08.2020).

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Amazon is suggested not to be a platform but to be an aggregator, which is less likely to exclude rivals but more likely to exploit the consumers. (Schrepel, 2020)

<sup>17</sup> Cases with a data aspect were mostly concerned with merging databases. Microsoft/LinkedIn, EC Decision COMP/M.8124, 06.12.2016, C(2016) 8404; Thomson/Reuters, EC Decision COMP/M.4726, 19.02.2008, C(2008) 654. Use of data as privacy infringement, to obtain advantage against competitors has been a recent claim. (Graef, 2018; Costa-Cabral & Lynskey, 2017). Recently, privacy infringement to exploit consumers, conducted by Facebook led to an abuse of dominance proceedings, where GFCO stated that Facebook gained a competitive edge over its competitors. GFCO, Case Summary, B6-22/16, 15.02.2019, p.11, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (Last Access:25.07.2020). Finally, EC's Amazon investigation is concerned with the data of rivals which could be used to exclude competitors.



*TPS data by Amazon as a retailer affects competition, the role of data in the selection of the winners of the “Buy Box” and the impact of Amazon’s potential use of competitively sensitive TPS information on that selection.”* will be investigated.<sup>18</sup> *“Buy Box is displayed prominently on Amazon and allows customers to add items from a specific retailer directly into their shopping carts. Winning the “Buy Box” seems key for TPS as a vast majority of transactions are done through it.”*<sup>19</sup> EC’s concerned about the dual role that may incentivise Amazon to self-favour its own business in the marketplace, therefore putting the TPS at a competitive disadvantage (Gassler, 2019, p.563-564; Bostoen, 2019). Amazon and TPS have an asymmetrical relationship, given that Amazon’s infrastructure, based on the accumulated TPS data, is invisible to them (Resca & Bygstad, 2015). Thus, it is important to understand how the use of TPS data affects the ranking of products in the digital marketplace (Bostoen, 2019), particularly in Buy Box.

The investigation presents four main challenges; (i) defining a relevant market, (ii) establishing Amazon’s dominance, (iii) demonstrating an abuse, and (iv) coming up with a remedy that could create the desired outcome. EC may follow the path of Google Shopping decision<sup>20</sup>, may rely on the general theory of discrimination or refusal to deal, and may even update margin squeeze for platform economy (Bostoen, 2019). Consequently, this study aims to question, what implications digital marketplaces pose to EU competition law, and to discuss possible implications regarding the Amazon Marketplace investigation to the possible extent. Corresponding to the challenges set out above, Section-II provides an overview of Amazon’s activities and business strategies. Section-III firstly provides possible challenges that digital marketplaces pose on the exercises of market definition and demonstration of dominance and then analyses, in light of literature, possible abuses under Art.102, regarding Amazon’s collection and use of TPS’s data. Section-IV aims to discuss any possible and effective remedies and to discuss the benefits and drawbacks of ex-ante regulation. Finally, a

---

<sup>18</sup> Footnote 16.

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Google Search (Shopping), EC Decision AT.39740, 27.07.2017.

conclusion, pointing to the key concepts for a better future approach, is provided.

## II. ME, MYSELF AND AMAZON<sup>21</sup>

Amazon, founded by Jeff Bezos as an online bookstore which soon became the point of reference for anyone who had anything to sell online (Ramo, 1999). Amazon, mainly being an online retailer, vigorously expanded the product range (Krishnamurty, 2004, p.8), to benefit from cross-selling (Krishnamurty, 2004, p.8),<sup>22</sup> ESS,<sup>23</sup> and to become a big player<sup>24</sup> in the online retail market (Krishnamurty, 2004, p.8-9). Amazon also introduced FBA, where the shipping is fulfilled by Amazon instead of TPS, pro-competitively benefiting both parties; and Amazon Prime,<sup>25</sup> offering fast and free delivery, exclusive deals and discounts to loyal customers who are less willing to consider other online retailers for shopping and unwilling to switch even when the membership fee is increased (Kahn, 2017, p.752-753). Therefore, today Amazon is *“a marketing platform, a delivery and logistics network, a payment service, a credit lender, an auction house, a major book publisher, a producer of television and films, a fashion designer, a hardware manufacturer and provider of cloud server space and computing power”*. (Kahn, 2017, p.713)

---

<sup>21</sup> Me, myself and I: Emphasizes speaker's loneliness; only me, me alone, without companionship. <https://english.stackexchange.com/questions/323942/what-does-me-myself-and-i-mean>(Last Access:06.08.2020).

<sup>22</sup> Consumers would buy everything else from Amazon due to the established relationship. (Krishnamurty, 2004, p.8-9)

<sup>23</sup> Amazon had already incurred the fixed costs of developing the digital marketplace and expanding the product range would allow spreading of these fixed costs across a larger pool of transactions. (Krishnamurty, 2004, p.8-9)

<sup>24</sup> Selling books is not enough to become a leading online retailer. (Krishnamurty, 2004, p.8-9)

<sup>25</sup> [https://www.amazon.com/amazonprime?\\_encoding=UTF8&%2AVersion%2A=1&%2Aentries%2A=0](https://www.amazon.com/amazonprime?_encoding=UTF8&%2AVersion%2A=1&%2Aentries%2A=0)(Last Access:11.08.2020). Although consumers use the marketplace free of charge, by paying a fee, they are entitled to special services and better terms and conditions for other services, whereas TPS pay a commission depending on the goods they sell (often 15%) and, in some cases, a fee for using the marketplace. (GFCO, 2019, p.9).

Marketplace refers to a place wherein goods and services are bought and sold. When operated online, it becomes a digital marketplace,<sup>26</sup> which may function only as an intermediary, simply matching the sellers with buyers, or as a hybrid model where the intermediary also competes in the same (retail) market with the TPS (OECD, 2019, p.9). Amazon first operated as an online retailer, directly selling products to consumers, then opened up the digital marketplace to TPS to sell their products directly to consumers and became hybrid by creating the highly-concerning dual role that its customers are also its competitors.<sup>27</sup> Therefore, TPS' sales have increased from 3% in 1999 to 58% in 2018, decreasing Amazon's first-party sales.<sup>28</sup> Amazon accounts for roughly half of online retail sales in the US (Sprague, 2020, p.253-254) and well over 40% of online retail sales in Germany (GFCO, 2019, p.10). Consequently, Amazon expanded the amount of data it collects through TPS and has been scrutinised, due to its established power in the online retail market and possible consequences of that power (Kahn, 2017, p.715).

As a digital marketplace, Amazon uses algorithms to predict what consumers wish to buy and an integrated search engine to enhance their experience (Lincoln, 2018, p.6).<sup>29</sup> Algorithms are used for collecting and analyzing consumers' data regarding their preferences and previous searches, enabling Amazon to better compete for that particular attention and to do more efficient and profitable marketing

---

<sup>26</sup> Digital marketplaces usually have lower prices than the brick-and-mortars and increase the welfare by offering more diversified products with increased availability and by creating new goods/services. These markets are subject to high sunk costs, which could create entry barriers and favour concentration. (Cambini, et.al., 2011, p.3-6, 16-17; Maggiolino, 2017, p.13-16)

<sup>27</sup> Firms, simultaneously collaborate and compete under cooperation, which could increase market growth, efficiency and competitiveness for all parties involved. However improving the competitive position could be another driver behind this model, which requires attention. (Ritala, 2014, p.236).

<sup>28</sup> Amazon Annual Report, Letter to Shareholders, (2018), p.1, [https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc\\_financials/annual/2018-Letter-to-Shareholders.pdf](https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/annual/2018-Letter-to-Shareholders.pdf) (Last Access:13.09.2020).

<sup>29</sup> Amazon collects, analyses and utilizes customers' data and improves the online shopping experience by predicting the stocks to keep, understanding consumer's preferences, offering other, complementary products and prices based on consumer's willingness to pay. (Townley, 2017, p.1).

(Gal & Elkin-Koren, 2017, p.309).<sup>30</sup> Consumers also use Amazon to research products, prices and user reviews, thus half of all online retail consumers, search for products first on Amazon (Kahn, 2017, p.714).<sup>31</sup> Therefore, TPS pay Amazon to be listed in the “results” of relevant searches and be visible to customers. The same algorithms, on the other hand, could potentially be used to facilitate collusion or oligopolistic coordination (Gal & Elkin-Koren, 2017, p.312). Furthermore, algorithms can serve to facilitate abusive practices of dominant undertakings. However, the actual mechanisms adopted by firms are not clear regarding their objectives, how those objectives are achieved and by following which criteria (Chen & Wilson, 2017, p.34).<sup>32</sup> Thus, Amazon could potentially harm competition way beyond its possible negative effects on price and output (Kahn, 2017, p.717).

Amazon’s Buy Box, which is operated via an algorithm, is one of the main concerns in EC’s investigation. Buy Box appears on the right-hand side of the desired product’s page, calling consumers to ‘Add to cart’. When consumers proceed to buy through this section, the seller (Amazon itself or a TPS) ranked highest by the algorithm at that time will show up.<sup>33</sup> The rest of the sellers, grouped in a separate list at the bottom, need to win the Buy Box to make more sales, which becomes more crucial when customers use Amazon on mobile (Evans, 2016)

<sup>30</sup> “A particular type of algorithmic pricing, dynamic pricing, is designed to optimize price changes...allowing online retailers to more effectively use the vast amount of information they collect” however, “As pricing strategies become...interconnected, a few large retailers using algorithms could change the pricing behaviour of the [whole] industry.” (Cavallo, 2018, p.7). This effect on the whole industry could give rise to Art.101 concerns of foreclosure. But due to limits of this study, this concern will only be remarked.

<sup>31</sup> Amazon, draws 85 million unique monthly visitors (Matta & Lowe & Zhang, 2017, p.189). Visiting e-commerce platforms pre-shopping, has become a consumer habit, effecting the traditional markets, where online purchases increased by %50 in 2017 (Kilpatrick, 2018, p.39). In 2018, 33.5% of all UK e-commerce transactions went through Amazon which became the default online option, where 59% of 16-36-year olds ‘always’ or ‘often’ start their online shopping (Furman, et.al., 2019, p.36; OECD, 2019, p.5).

<sup>32</sup> Discounts and positive product reviews influence the product demand (Chong, 2015, p.5142,5151-5152). Customer service channels, return policies, reputation, brand and product variety can lead to higher prices, where higher customer reputation is negatively associated with price; and shipping times, restocking fees, number of ratings, the featured merchant designation have no effect on price (Dirusso, 2011, p.425-427).

<sup>33</sup> <https://feedvisor.com/university/amazon-buy-box/> (Last Access:11.08.2020).

since the Buy Box display on mobile devices aggravates the position of non-Buy-Box sellers. Buy Box is “*a matching mechanism between buyers and sellers in the marketplace...[which]...must balance the interests of customers (low prices, good service), [TPS] (revenue), and Amazon (revenue, overall health of the platform)*” (Chen & Wilson, 2017, p.34; Alijani, et. al., 2019, 18:1, 18:2, 18:3). Buy Box is important for sellers, firstly, because a vast majority of transactions are done through it and the algorithm decides which sellers will sell and which sellers will not. Secondly, the winner of the Buy Box, can create Amazon pay-per-click ads<sup>34</sup> and sponsored listings for the product, where others can not.<sup>35</sup> When customers search for a product, Amazon operates as a search engine and provides the relevant results just like Google.<sup>36</sup> The same applies to the Buy Box where random ranking would risk delivering poor results,<sup>37</sup> thus the algorithm ensures that only trusted sellers with reasonable prices win.<sup>38</sup> Although Amazon does not reveal the inputs that the algorithm depends on when making decisions, the sellers with new products, better prices, less shipping costs and less handling time would be eligible to win the Buy Box.<sup>39</sup> Buy Box algorithm, not only uses price, which has the highest weight, but also other inputs such as customer feedback, which has significant weight, too.<sup>40</sup>

Considering the competitive advantages of Amazon against TPS, Buy Box could be problematic. Amazon collects and analyses a vast amount of TPS data, develops and controls the algorithms that are decisive for Buy Box while offering other services (delivery) to TPS. Therefore, it is important to understand how Amazon uses TPS' data when making business decisions. Amazon is operating in a market

<sup>34</sup> <https://www.junglescout.com/blog/how-to-win-the-buy-box/>(Last Access:11.08.2020).

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> <https://www.webfx.com/blog/marketing/amazon-buy-box-algorithm/>(Last Access:11.08.2020).

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> <https://sellercentral-europe.amazon.com/forums/t/buy-box-explanation/226407/3>(Last Access:11.08.2020).

<sup>40</sup> The classifier with the inputs (sellers' price relative to the lowest offer, average customer rating, positive feedback percentage, enrolment in FBA) was able to predict Buy Box winners with 75-85% accuracy. (Chen & Wilson, 2017, p.38; Chen, et.al., 2016, p.1339-1349).

with high fixed costs and network effects, which is prone to tipping and creating entry and expansion barriers (Stigler, 2019, p.35, 40-41, 43).<sup>41</sup> If Amazon uses TPS' data when making business decisions (product range, prices) it could affect the entry and competition in the market by exercising market power. In that regard, there would be less entry, less investment, less innovation in the market (Stigler, 2019, p.75; Furman, et.al., 2019, p.44) and less quality, choice and high prices for consumers (Stigler, 2019, p.81; Furman, et.al., 2019, p.44). Vertically integrated digital marketplaces could distort the consumer side of the market since the vertical integration leads to greater platform profits where total consumer surplus and total welfare are generated on the platform.<sup>42</sup> Furthermore, digital marketplaces can often act as potential bottlenecks or gateways for both consumers and TPS; if a TPS or a product can not be found easily, then its chances of drawing in consumers in the digital marketplace are significantly low (Schaper, 2015, p.69-71). The marketplace operator determines the type of competition and coordination equilibrium, which brings the highest profits (Ryan, et.al., 2012, p.997, 1011-1012). Supposing that the marketplace operator is seen as providing better and more secure products/services, which is true for Amazon, consumers prefer engaging in transactions with the marketplace operator rather than TPS (Ryan, et.al., 2012, p.997, 1011-1012). Moreover, if the marketplace allows preferential listing or search result manipulation for some sellers, then *"smaller firms can [be] bumped to an unfindable ranking"* (Schaper, 2015, p.71; Zhu & Liu, 2018, p.2618-2619).

Digital marketplaces depend on the TPS to create value for consumers (Graef, 2019, p.448-449) and provide a unique opportunity for SME's to reach consumers and access to markets (Graef, 2019, p.448-449). Despite that mutual dependency, digital marketplaces have competitive advantages and superior bargaining power compared to TPS that could lead to abuses (Graef, 2019, p.448-449) particularly when the marketplace has a dual role, like Amazon (Graef, 2019, p.448-449).

<sup>41</sup> According to behavioral economics, consumer behaviour could create entry barriers. (Stigler, 2019, p.41-42; Cambini, et.al., 2011, p.3-6,16-17).

<sup>42</sup> Still, vertical integration, increases efficiencies and mitigates surplus destructions (Tremblay, 2016, p.17,24).

### III. ARTICLE 102 AND ASSESSMENT OF PROSPECTIVE ABUSES

To analyse possible abuses Amazon's conduct could give rise to, Art.102 must be read with the interpreting case law. Art.102 prohibits unilateral conducts of dominant undertakings that limit competition, efficiency and choice for customers in the relevant market and thus reduce welfare (Faull & Nikpay, 2014, p.332-335; Whish & Bailey, 2015, p.206-207; Jones & Sufrin, 2014, p.272).<sup>43</sup> To invoke Art.102 prohibition, the undertaking should be dominant in the relevant market and there needs to be a conduct that falls under the categories of abuse. However defining a relevant market and establishing dominance in two-sided markets, as the one Amazon operates in, is challenging. Further, Art.102 provides examples of abuses that are consistently declared to be indicative,<sup>44</sup> which does not impose an open-ended liability on dominant undertakings at the stake of legal certainty (Nazzini, 2016, p.2) and the dominant undertakings should be able to assess the lawfulness of their conduct with a reasonable degree of certainty.<sup>45</sup>

#### A. Defining a Relevant Two-Sided Market

Market definition is a key element of EU competition law, especially for Art.102 cases, because any competitive assessment must be made with respect to the relevant market. Defining relevant markets is a complicated task and, moreover, online platforms, require a more complex and fine-tuned market definition process, because of their two-sided nature, extreme returns to scale, network externalities and data characteristics (Cremer, et.al., 2019, p.2-3; Evans, 2016; Auer & Petit, 2015, p.426; Sokol & Ma, 2017, p.43). In two-sided markets,

---

<sup>43</sup> Also see Guidance on the EC's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7, 24.02.2009, prg.4-7.

<sup>44</sup> Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v EC, CJEU Case C-6/72 [1973] ECR 215; Tetra Pak International SA v EC, CJEU Case C-333/94 [1996] ECJ I-5951; British Airways plc v EC, CJEU Case C-95/04 [2007] ECR I-2331.

<sup>45</sup> Deutsche Telekom AG v EC, CJEU Case C-280/08 [2010], ECR I-9555, prg.202.

firms serve two or more different consumer groups whose demands are interlinked so that the demand of the consumer group on one side is affected from the participation of the consumer group on the other side (Evans, 2003, p.325,331). The firm can internalize the INE that emerge from the mutual attraction of the two customer groups, however, the customer groups cannot do that on their own, so they are dependent on the platform to interact them (Evans, 2003, p.325,331). INE could give rise to tipping and more concentrated markets (Evans, 2013, p.6) where the winner takes it all (Jones & Sufrin, 2014, p.362). Although multi-homing or product differentiation can mitigate possible tipping effects, once the tipping occurs as a result of a first-mover advantage, it may be too difficult for both consumer groups to switch to another platform. Therefore, intervention at such markets should be immediate before an undertaking becomes dominant.<sup>46</sup> In two-sided markets, firms aim to serve more customers on both sides to benefit from INE more (Rysman, 2009, p.125,129), therefore, firms cross-subsidize between participants, which is vital for the functioning of the marketplace, where sellers pay to list their products and advertisers pay to publish advertisements, buyers are usually free of charge (OECD, 2019, p.14).

Considering these features of two-sided markets, it is clear that tools used to define markets in the classical industries are not directly applicable and needed to be adapted.<sup>47</sup> Standard tools such as SSNIP test, hypothetical monopolist test or critical loss analysis may lead to incorrect conclusions (OECD, 2019, p.14; Aktekin, 2017, p.101-102). Although, supply-side and demand-side substitution are still applicable (Kilpatrick, et.al., 2018, p.20-21), determining the substitutes for the platform or one of the platform's sides requires a fine-tuned assessment (Mandrescu, 2017b, p.410,413). Nevertheless, markets where "*platforms are closely involved in the transaction*" (e.g. Amazon), should be distinguished from the markets where "*platforms are less closely involved*" (Mandrescu, 2017b, p.410,413; Filistrucchi, et.al.,

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> Surveyed countries confirmed that the market definition in traditional competition law framework is also applicable to online sales platforms. (Kilpatrick, et.al., 2018, p.20-21; OECD, 2019, p.28).



2014, p.293). When platforms are closely involved in the transaction, the market may be defined as the supply of relevant product or service to customers, not as the general supply of intermediation services which would affect the way market power is assessed (Mandrescu, 2017b, p.410,413; Filistrucchi, et.al., 2014, p.293). Furthermore, narrow definitions may include only the platforms providing the same services (Amazon, eBay) however a broader definition could also include brick-and-mortars or other online sales of the same products (Mandrescu, 2017b, p.410,413; OECD, 2019, p.28). But there's no definite conclusion regarding these channels' substitutability (Mandrescu, 2017b, p.410,413; OECD, 2019, p.28).<sup>48</sup> Furthermore, "a typology-based approach" can provide guidance, however, that's a static approach for such dynamic platforms with a countless number of business models (Mandrescu, 2018, p.453,470). Thus, a case-by-case definition of two-sided markets could be more promising for online platforms; regarding the specifics of each case, the specific features of the relevant platform, "*the type of interaction it provides*" (Mandrescu, 2018, p.472-476) and the nature of competition within. Moreover, since these are rapidly changing markets, the emphasis may better be on identifying the infringements (Cremer, et.al., p.3-4; OECD, 2019, p.29) instead of market definition.

Amazon operates in a typical two-sided market, offering services both to consumers and TPS, while closely involving in transactions. Therefore the market is assumed to be "*digital marketplace services*"<sup>49</sup> or "*online trading platforms*"<sup>50</sup>. Elaborately, the market may be considered as "*platform services*"<sup>51</sup> "*only [for] companies which do not have the means to ensure their own visibility on the Internet*"<sup>52</sup> or "*intermediation services to TPS for the purchase and selling of goods and services on e-commerce*

<sup>48</sup> Case-by-case analysis always provides better answers, considering consumer preferences, product characteristics, technological and business innovation. However, the "*one-stop-shop*" offered by Amazon is no equal to any brick-and-mortar. (Thepot, 2013, p.205-217).

<sup>49</sup> Case Summary, GFCO, p.10.

<sup>50</sup> Case Summary, AFCA, prg 4.

<sup>51</sup> Case Summary2, LCC, prg.38.

<sup>52</sup> Case Summary, LCC, prg.15-16.

*platforms*”<sup>53</sup> excluding ‘TPS’ online shops<sup>54</sup>, because the intermediation function of Amazon, differentiates it from other online shops of ‘TPS’.<sup>55</sup>

## **B. Measuring Market Power in Two-Sided Markets**

Market power, when measured properly, plays a crucial role in competitive assessment as to distinguish between the abusive behaviour of a dominant firm and the legal behaviour of a normal firm.<sup>56</sup> An undertaking has substantial market power if it is capable of profitably increasing prices above the competitive level for a significant time,<sup>57</sup> including other ways of influencing competition as decreasing output, innovation, variety or quality of goods or services, to the advantage of itself.<sup>58</sup> However, two-sided markets are challenging for measuring the market power, since the two sides are linked and an assessment of the overall market power of a platform has to take this link into account. However, it can be argued that traditional indicators of market power could still be used, albeit adjusted; *“revenue shares, profits, barriers to entry could be indicators for market power of the whole platform, user shares, user shares relative to number of potential users, Mark-up/Lerner index could be indicators for market power of the markets on each side of the platform where share of usage volume and direct evidence could be indicators for market power in both platform and market.”* (CERRE, 2019, p.69-70)

Market shares of all sides of the platform can be measured and evaluated within the overall structure considering the linked demands and feedback loops (Collyer, et.al., 2017, p.4-5). However, using market shares raises issues (CERRE, 2019, p.70; Schepp & Wambach,

---

<sup>53</sup> Case Summary, ICA, prg.39.

<sup>54</sup> Ibid., prg.47.

<sup>55</sup> Ibid., prg.48.

<sup>56</sup> The meaningful growth of online platforms may give rise to structural concentration that the players hold a substantial market power or dominant position (Kilpatrick, et.al., 2018, p.25-26).

<sup>57</sup> Guidance Paper, prg.11; *United Brands v EC*, CJEU Case C-27/76, [1978] ECR 207, prg.65.

<sup>58</sup> Ibid.

2016, p.121; OECD, 2014, prg.141), since choosing the right shares to measure differs from platform to platform regarding whether one side pays to use it or not, whether the products/services are differentiated and whether the platform is also a competitor for one side of the platform (Collyer, et.al., 2017, p.4-5). Moreover, calculating the continuously changing shares and demonstrating dominance based on them is difficult regarding the dynamic characteristics of the markets (Mandrescu, 2017b, p.413-416). Amazon is competing with one side (TPS) of the platform thus it is crucial to distinguish the parties on each side of the market not to disrupt the measuring of market shares.<sup>59</sup>

Market shares can be calculated as revenue shares or user shares. Revenue shares, the sum of revenues from all sides of the platform, could be meaningful if the business models of undertakings are similar (CERRE, 2019, p.70). Subscriber/user numbers, even the usage volumes can be used when the platforms are used heterogeneously (CERRE, 2019, p.70-72). Furthermore, competitors with insignificant shares could indicate that the competitive pressure is either ineffective or non-existent on the dominant undertaking.<sup>60</sup> Still, market shares are not good at indicating market power in two-sided markets and thus it is suggested to refrain from strict thresholds (CERRE, 2019, p.81-82). Also when market shares are insufficient to determine the dominance, various economic advantages can be considered; barriers to entry and expansion (Whish & Bailey, 2015, p.194-196); direct and INE (CERRE, 2019, p.82-83), ESS<sup>61</sup>, multi-homing and differentiation (GFCO, 2016, p.9-17), switching costs (CERRE, 2019, p.83), access to data (CERRE, 2019, p.83), control of an essential facility, superior

---

<sup>59</sup> This identification of the parties in both sides of the market is also essential for market definition (Wiethaus, 2015, p.508).

<sup>60</sup> Certain barriers are associated with building an immense data infrastructure and developing an algorithm, which takes very long time (Chirita, 2015, p.115; Cremer, et.al., 2019, p.4). Even in apparently fragmented markets, being an “unavoidable trading partner” or having “intermediation power” could give rise to market power, which is relevant for Amazon.

<sup>61</sup> Case C-27/76, BPB Industries plc & British Gypsum Ltd v EC, CJEU Case C-310/93 [1995] ECR I-865.

technology<sup>62</sup>, innovation potential (GFCO, 2016, p.9-17), the extent of activity integration<sup>63</sup>, vertical integration, well-established distribution systems<sup>64</sup>, brand image<sup>65</sup>, first-mover status.<sup>66</sup> Furthermore, significant entry barriers could give rise to remarkable market power (Thepot, 2013) causing tipping. These advantages are all relevant for Amazon, regarding its activities and business strategies mentioned above. Moreover, ESS on Amazon's side could be reinforced by direct and INE on the demand side (Schepp & Wambach, 2016, p.121-122; OECD, 2014, prg.63-65). Moreover, by collecting data, Amazon creates a positive feedback loop and reusing that data results in more ESS, which strengthens Amazon's position (Schepp & Wambach, 2016, p.121-122; OECD, 2014, prg.63-65). The data Amazon collects, including TPS' is not available to market entrants, thus creates an entry barrier (Shelanski, 2013, Graef, 2015) leading to dominance (Cremer, et.al., 2019, p.4). Furthermore, Amazon can observe all the features of the market, such as prices, demand and supply generated on the platform which creates ESS and provides a competitive advantage over competitors.

The multi-homing/single-homing characteristics of the consumers on both sides of the markets can also be taken into consideration when analysing market power. Single-homing on the free side of the market may give rise to market power, however, multi-homing on the paid-for-side of the market does not imply the absence of market power (Collyer, et.al., 2017, p.5). The importance of the platform for consumers and the availability of other platforms must be analysed with consumers' willingness to switch and the availability of cross-platform search<sup>67</sup>. For

<sup>62</sup> Case C-27/76, prg.82-84, Hoffman La-Roche v EC, CJEU Case C-85/76 [1979] ECR 461, prg.48, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v EC CJEU Case C-322/81 [1983] ECR 3461, Eurofix-Bauco v Hilti, EC Decision IV/30.787 and 31.488, OJ [1988] L 65, 11.03.1988, prg.69, Michelin, EC Decision COMP/E-2/36.041/PO, OJ [2002] L 143/1, 31.05.2002, prg.182-183.

<sup>63</sup> Case C-27/76, prg. 69-81, 85-90.

<sup>64</sup> Case IV/30.787 and 31.488, prg.69, Napier Brown-British Sugar, EC Decision OJ [1988] L 284/41, 19.10.1988, prg.56, Case C-322/81, prg.191-195.

<sup>65</sup> Case C-27/76, prg.91-94, Case C-322/81, p.184.

<sup>66</sup> Astra Zeneca v EC, GC Case T-321/05, [2010] ECR II-2805, prg.276-283.

<sup>67</sup> The strength of consumers' biases towards default options should be considered, particularly for Buy Box concerns (Collyer, et.al., 2017, p.6; Cremer, et.al., 2019, p.50).

sellers, multi-homing is not attractive, since it is difficult to build up a reputation on several platforms which generates revenue depending on the number of transactions on that particular platform (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21). Multi-homing is additionally difficult for sellers that sell unique items and need to attract a large group of consumers to create demand (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21). Therefore, transferring reputation creates switching costs and reduces revenues for sellers (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21). Buyers are also effected by reputation and single-homing incentives of sellers to some extent (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21) since they have very limited benefits from multi-homing (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21), reinforcing the one-stop-shop effect. Furthermore, platforms create switching costs for buyers by offering better conditions, loyalty programmes, delivery and other services (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.57-58; Cremer, et.al, 2019, p.57-58; Budzinski & Kohler, 2015, p.21), thus creating a lock-in effect for buyers (Thepot, 2013) and preventing them from discovering alternatives. Moreover, the “*increasing conglomeration of functions*” (OECD, 2019, p.30), strengthens platforms’ position and functions as a bottleneck for access to that broader range of services and products offered (Furman, et.al., 2019, p.36). Thus platforms have an increasing “*intermediation power*” (Schweitzer, et.al., 2018, prg.6) on participants’ dependency.

According to previous investigations, Amazon.de generates the second-largest sales volume after Amazon.com, the revenues of which are generated from online retail business and digital marketplace services (fees and commissions from TPS) (GFCO, 2019, p.9). Amazon.de is the largest in Europe, accounting for 40-50% of all the European Marketplaces’ sales volume (GFCO, 2019, p.9) and a large part of German online sales of well over 40% (GFCO, 2019, p.10). Although

indicating this, GFCO did not perform any dominance assessment,<sup>68</sup> however, addressed the significance of Amazon.de as a gatekeeper for customer access due to its large customer base, some of which use Amazon.de either primarily or exclusively for their purchases (GFCO, 2019, p.10). Additionally, AFCA surveyed Austrian TPS and found that their sales were generated nearly 64% on Amazon.de, 15% on their online shops and 7% on brick-and-mortars or other online sales platforms.<sup>69</sup> TPS' share of sales on Amazon.de has increased between 2014 and 2018 from 55% to 64% when the share of the sales on their online shops decreased from 21% to 15%.<sup>70</sup> In 2017, approximately every second Euro spent online in Austria is spent on Amazon.de amounting to 1.4 billion Euros.<sup>71</sup> TPS that generate around 70% volume of their sales on Amazon.de stated that there are not enough relevant alternatives to Amazon.de, while TPS, generating around 54% volume of their sales on Amazon.de stated that there are relevant alternatives to Amazon.de.<sup>72</sup> Therefore, a representative sample of TPS hardly have any relevant alternatives to reach their customers, largely prepared to accept 5-10% price increases on the part of Amazon, regardless of the relevant alternatives, the vast majority of their sales are substantiated on Amazon.de, a large portion sell exclusively on Amazon.de, other sales channels are rarely mentioned as alternatives and only contribute a small share of sales, all of which indicate that Amazon.de has market power.<sup>73</sup>

Furthermore, according to LCC, having one of the most visited websites among online platforms and often ranking high in the results of search engines do not allow any conclusions to be drawn about the position held by Amazon on the relevant market.<sup>74</sup> Nevertheless,

<sup>68</sup> Interestingly, The German Act Against Restraints of Competition, Section 18(4) states that "An undertaking is considered to be dominant if it has a market share of at least 40 percent". The digital marketplace market is dominated by Amazon with some competition from eBay (Furman, et.al., 2019, p.37).

<sup>69</sup> Case Summary, AFCA, prg.18.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid., prg.16.

<sup>72</sup> Ibid., prg.20.

<sup>73</sup> Ibid., prg.25.

<sup>74</sup> Case summary, LCC, prg.18-21.

the market definition process requires a multi-homing analysis; *“establish[ing] whether the available platforms change depending on the product offered, whether the different platforms are interchangeable for consumers and...if they are competitors for Amazon”*.<sup>75</sup> Additionally, ICA held that Amazon seemed to hold a dominant position in the intermediation services on e-commerce platforms<sup>76</sup> considering visitor numbers,<sup>77</sup> reputation,<sup>78</sup> conglomerated business model with several roles.<sup>79</sup> In addition, the INE created by accumulated transaction data<sup>80</sup> provided Amazon with a position not to be counterbalanced by any other seller.<sup>81</sup>

### C. Prospective Abuses

Art.102 prevents *“a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of”*<sup>82</sup> competition on the merits. Furthermore, dominant undertakings, *“in specific circumstances, may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.”*<sup>83</sup> Therefore, dominant undertakings are expected to compete on merits,<sup>84</sup> requiring lawful activities where Art.102 and relevant case law provide the criteria to distinguish abusive conducts from legitimate market behaviours. In markets with first-mover advantages, abuses could have significant long-term effects and belated intervention could result in foreclosure of the markets (Cambini, et.al., 2011, p.20). Contrarily, untimely

<sup>75</sup> Ibid., prg.17.

<sup>76</sup> Case summary, ICA, prg.73.

<sup>77</sup> Ibid., prg.66.

<sup>78</sup> Ibid., prg.69.

<sup>79</sup> Ibid., prg.71.

<sup>80</sup> Ibid., prg.70.

<sup>81</sup> Ibid., prg.72.

<sup>82</sup> AKZO Chemie BV v EC, CJEU Case C-62/86 [1991] ECR I-3359, prg.70.

<sup>83</sup> Case C-322/81, prg.57, ITT Promedia NV v EC GC Case T-111/96, [1998] ECR II-2937, prg.139.

<sup>84</sup> “Competition on merits” is a balancing exercise, aims to prevent over enforcement and under enforcement to achieve legal certainty to the most possible extent.

interventions could lessen the innovation incentives, particularly in digital marketplaces where strong direct and INE exist (Cambini, et.al., 2011, p.20).

Amazon investigation resembles the highly debated Google Shopping decision,<sup>85</sup> which is a missed opportunity to clarify discriminatory abuses while applying to self-preferencing (Bergqvist, 2019, p.8). Google Shopping seems to be built on discriminatory abuses, despite the high standard of proof (Bergqvist, 2019, p.8). However, case law<sup>86</sup> has already established that self-preferencing could be qualified as abuse under Art.102(c) (Graef, 2019, p.474). Moreover, EC could establish new forms of abuse, particularly to identify the behaviours of digital platforms (Mäihäniemi, 2017, p.4).

## 1. Exclusionary Abuses

### a) Discrimination

According to Art.102(c), “*applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage*” may constitute an abuse. However, differentiated treatment is a common business practice and should be distinguished from discrimination.<sup>87</sup> Differentiation takes three main forms; (i) “*pure self-preferencing*”, where a vertically integrated undertaking treats its own products/services more favourably than other products/services, to exclude rivals from the market, (ii) “*pure*

<sup>85</sup> Case AT.39740, which has been appealed; Google and Alphabet v EC, GC T-612/17, [2017] OJ C369.

<sup>86</sup> HOV SVZ/MCN, EC Decision IV/33.941 [1994] OL L 104/34, 23.04.1994, prg.248; Deutsche Bahn v EC, GC Case T-229/94, ECLI:EU:T:1997:155; Deutsche Bahn v EC, CJEU Case C-436/97 ECLI:EU:C:1999:205; GT-Link v EC, CJEU Case C-242/95 ECLI:EU:C:1997:376, prg.41; Irish Sugar plc v EC, GC Case T-228/97, [1999] ECR II-2969, prg.164, Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail, EC Case COMP/C-1/36.915, [2001], OJ L 331/40, 15.12.2001, prg.132.

<sup>87</sup> Amazon’s delivery services constitute this type of differentiation. Amazon provides visibility, better search ranking and better access to customers that use its delivery services. Amazon, excludes rivals in logistics market where undertakings other than its customers are active. Customers are required to use delivery service to gain benefits in marketplace, instead of quality or commercial success considerations (Graef, 2019, p.452).



*secondary-line differentiation*”, where a non-vertically integrated undertaking treats other products/services differently in a market it is not competing to exploit the downstream customers, (iii) *“hybrid”*, where an undertaking treats other products/services differently in a market it is not competing to favour its own business in a different market, which contains both exclusionary and exploitative elements (Graef, 2019, p.452-453; O’Donoghue & Padilla, 2013, p.775-779; Jones & Sufrin, p.397-398).<sup>88</sup> Therefore, the previously mentioned behaviours of Google and Amazon both constitute the first form of differentiated treatment.

In cases with exclusionary abuses, enforcement of Art.102(c) is twofold; in most cases where exclusionary abuses were accompanied by discriminatory elements, analysis was conducted regarding that particular abuse<sup>89</sup> (e.g.margin squeeze, predatory pricing) however in fewer exclusionary cases where the dominant undertaking only engaged in discriminatory practices, Art.102(c) has been applied (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.780; Geradin, et.al., 2012, p.307; Nazzini, 2016, p.10-15). Those few cases involved favouring of dominant undertaking’s downstream business to the detriment of downstream rivals which are also customers (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.780; Geradin, et.al., 2012, p.307; Nazzini, 2016, p.10-15). Hence, Amazon’s use of acquired TPS data in Buy Box ranking to favour its products in the retail market at the expense of its competitors could account for a possible Art.102(c) application (Jones & Sufrin, 2014, p.569). Interpreted with case law, four essential elements are required to apply Art.102(c) (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.789); (i) equivalent transactions with other trading parties, (ii) dissimilar conditions, (iii) a competitive disadvantage, (iv) no objective justification. Furthermore, a well-established type of discrimination is *“discrimination by vertically-integrated dominant firms against downstream rivals”* which resembles Amazon’s conduct and requires (v) vertical integration (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.803-807).

<sup>88</sup> Also see BdKEP/Deutsche Post AG and Bundesrepublik Deutschland, EC Decision COMP/38.745, 20.10.2004, prg.64-66,93.

<sup>89</sup> Although discrimination can be a component of the exclusionary conduct, it is yet important to keep those two abuses distinctively. (Nazzini, 2016, p.13; OECD, 2016, p.23).

First, there needs to be equivalent transactions with other trading parties. Since Art.102(c) requires that the competitive disadvantage should be on “other” trading parties, it is not possible to apply this provision to “*discriminative behaviour between one’s self and others*” (Akman, 2017, p.329). The discriminatory practices against trading parties must “*hinder the competitive position of some of the business partners...in relation to the others*”.<sup>90</sup> Thus, the trading parties that are subjected to discrimination do not include the dominant undertaking itself (Nazzini, 2015, p.308). Nevertheless, consistent with case law, Art.102(c) applies to dominant undertaking’s self-favouring practices to the detriment of its competitors (Nazzini, 2015, p.308, footnote 169). Furthermore, to understand whether the transactions are equivalent to one another, the compared products/services must have similarities (e.g.functionality, characteristics, cost of supply, etc.), the transactions should have similar commercial context and should be continuing or coinciding in time (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.789-795; Whish & Bailey, 2015, p.804). These elements and all the circumstances affecting the costs of transactions (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.795) should be compared including whether they have different rates of return for the dominant undertaking or not (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.795). Amazon has transactional relations with TPS where Amazon operates the marketplace and TPS pay a fee to list and sell their products on the marketplace. According to EC, mere business contracts between the dominant undertaking and trading parties are sufficient, provided that it is concerned with offering services.<sup>91</sup> Thus it is clear that contracts between Amazon and TPS are business contracts that are similar in their functions and characteristics and presumed to be continuing for the time being. However, if certain conditions are effecting the fee or the scope of the service offered by Amazon, analysis requires more caution.

Second, there needs to be dissimilar conditions, applied to that equivalent transactions. Dissimilar conditions could be price or non-price based (Bergqvist, 2020, p.1) and could be practiced by “*applying*

<sup>90</sup> Case C-95/04, prg.144.

<sup>91</sup> Case COMP/38.745, prg.3,8,90,92.

*dissimilar conditions to equivalent transactions*” or “*applying equivalent conditions to dissimilar transactions*”.<sup>92</sup> The terms and conditions of the transactions should be compared to determine whether the applied conditions are similar or not. If Amazon provides better conditions, such as better Buy Box ranking, for some TPS, with a condition of them benefiting from other services or paying extra fees, that could constitute dissimilar conditions for other TPS who are parties to equivalent transactions regarding the main function and commercial nature of those transactions. Furthermore, depending on how Amazon uses TPS data, discrimination could occur between Amazon and TPS or among TPS, depending on the way the Buy Box algorithm works. If the algorithm favours Amazon in Buy Box ranking, fed by the TPS data which provides Amazon with a strong command on that highly-transparent market, that clearly would be discrimination in the form of self-favouring to the detriment of its competitors.<sup>93</sup>

Third, there needs to be a competitive disadvantage that trading parties are placed into; “*the discriminatory behaviour tends to distort that competitive relationship...to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others.*”<sup>94</sup> Nevertheless, case law<sup>95</sup> does not expressly require proof of actual quantifiable deterioration in competitiveness, thus the standard of proof is low (Jones & Sufrin, 2014, p.574). This condition raises a few questions as to whether the trading parties need to be competitors in the same market or not (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.798-799)<sup>96</sup> what should be the nature of that competition (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.798-799) and what should be the extent of the disadvantage (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.799-801). Case law clarifies that trading parties need to be competitors<sup>97</sup> however no “*head to head competition*” is required (O’Donoghue & Padilla, 2013,

<sup>92</sup> Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg EC Decision COMP/36.568, 23.07.2004, prg.276.

<sup>93</sup> Footnote 181.

<sup>94</sup> Case C-95/04, prg.144.

<sup>95</sup> Ibid., prg.143, Case C-525/16, MEO, ECLI:EU:C:2018:270, prg.37.

<sup>96</sup> Also see Kanal 5 Ltd v. Föreningen Svenska Tonsätteres Internationella Musikbyrå (STIM) upa., CJEU Case C-52/07, [2008] ECR I-9275, prg.46.

<sup>97</sup> Case C-52/07, prg.46.

p.798-799)<sup>98</sup>, and the likeliness of affecting the rivals' competitiveness (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.801-802)<sup>99</sup> (e.g.quality of the services they offer) (Chirita, 2015, p.122) is sufficient, all of which emphasize the importance of case-by-case analysis (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.802-803). Amazon and TPS are competitors in the online retail market, where better ranking on Buy Box would surely affect TPS' competitiveness compared to Amazon or other TPS because better ranking always generates more sales/revenues for that particular seller and others will be having difficulty in competing. However, the causation behind better rankings should be analysed as to whether the algorithm (fed by TPS data) always treats Amazon's retail business or some TPS better than other TPS or is it just that consumers prefer Amazon or a particular TPS because they are well-known and trustworthy than others.

Considering the elements of discriminatory behaviour is fulfilled, there would be an abuse unless there is an objective justification for such behaviour,<sup>100</sup> claims of which have to be based on factors external to the undertaking, such as health and safety.<sup>101</sup> Furthermore, the objective justification requires an assessment of proportionality (Whish & Bailey, 2015, p.222); meaning that objective justification would be inadmissible when the dominant undertaking aims to strengthen its position and abuse it<sup>102</sup> or when it seeks to justify the alleged behaviour by arguing objective necessity<sup>103</sup>. Moreover, as an assumption, conducts with exclusionary effects cannot be objectively justified<sup>104</sup>, since those *“practices.. have an exclusionary effect on [as efficient] competitors... and strengthening [the] dominan[ce]...by using methods other than... competition on the merits.”*<sup>105</sup> Therefore, the exclusionary effects, caused

<sup>98</sup> Also see Case C-95/04, prg.144-145,149.

<sup>99</sup> Also see Case C-95/04, prg.143-145.

<sup>100</sup> Telemarketing (CBEM) v CLT and IPB, CJEU Case C-311/84, EU:C:1985:394; Case C-85/76; Case C-322/81; Case C-95/04.

<sup>101</sup> Guidance Paper, prg.29.

<sup>102</sup> Sot. Lelos kai Sia EE v GlaxoSmithKline A EVE Farmakeftikon Proionton, CJEU Case C-468/06 [2008] ECR I-7139, prg.50.

<sup>103</sup> Post Danmark A/S v Konkurrencerådet, CJEU Case C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, prg.40-41.

<sup>104</sup> Case C-95/04, prg.90.

<sup>105</sup> Case C-209/10, prg.25.

by discriminatory practices must be established,<sup>106</sup> which requires an effect-based analysis for Amazon's Buy Box ranking as whether the self-favouring, or discriminating among TPS results in the exclusion of rivals. However, the nature of the algorithm makes it difficult to argue whether there's a "legitimate commercial reason"<sup>107</sup> that can justify the alleged conduct or not. Since the decisions are made by algorithms, regarding the way they are fed (how to use and prioritise which data) such "Robo-sellers" are recognised as their principals' agent in competition law (Mehra, 2015, p.8, 47-50)<sup>108</sup> Therefore, Amazon should prove that the algorithm is not fed via TPS data to self-favour itself or to discriminate among TPS.

Although no dominant undertaking has succeeded yet (Whish & Bailey, 2015, p.223), EC provides the opportunity to defend the conduct via efficiencies, if four cumulative conditions are met.<sup>109</sup> Although the two-sided market structure reduces the feasibility of a successful justification (Mandrescu, (2017b), p.419-422), Amazon could always argue the existence of efficiencies that increase consumer welfare. However, providing sufficient evidence that the efficiencies outweigh negative effects and that there are no less anti-competitive alternatives to the conduct would be compelling for Amazon.

As a final element, there should be a vertical integration (Maggiolino, 2017, p.19): *"The [discriminatory] behaviour may...distort competition on an upstream or a downstream market...between suppliers or customers of that undertaking. Co-contractors of that undertaking must not be favoured or disfavoured in the area of the competition which they practise amongst themselves."*<sup>110</sup> Thus, a vertically integrated dominant undertaking and downstream/ upstream market on which firms compete should be found (Geradin, et.al., 2012, p.299). That vertical relation could be either one of "business partners" or "co-contractors" or "suppliers/ customers" (Akman, 2017, p.333). Amazon is a vertically integrated undertaking supplying digital marketplace services (upstream market)

<sup>106</sup> Case Summary, LCC, prg.28-29.

<sup>107</sup> Case C-322/81, prg.90.

<sup>108</sup> Also see (Mäihäniemi, 2017, p.4) for an opposing perspective.

<sup>109</sup> Guidance Paper, prg.30.

<sup>110</sup> Case C-95/04, prg.143.

to TPS, who are its customers and also rivals to its retail business (downstream market) in the same marketplace. Furthermore, although debated (Jones & Sufrin, 2014, p.398; O'Donoghue & Padilla, 2013, p.779; Geradin & Petit, 2006, p.479,487; Nazzini, 2011, p.250-251; Geradin, et.al., p.305-307). Art.102(c) is not limited to vertical discrimination (Bergqvist, 2019, p.12) and when cross-subsidizing is possible for Amazon because of the two-sided market structure, it could be used to drive competitors out of the market (Kerber & Schwalbe, 2008, p.208, 366). However, when the exclusion of rivals predominates the discrimination element (Nazzini, 2016, p.11) an input or vertical foreclosure (Nazzini, 2016, p.17)<sup>111</sup> would be likely and it will be analysed below, whether the conduct accounts for a refusal to deal or margin squeeze (Nazzini, 2016, p.17-18).

## **b) Predatory Pricing**

Competing on merits does not mean that dominant undertakings should refrain from vigorously competing with smaller competitors or new entrants<sup>112</sup> and dominant firms have the right and should be encouraged to compete on price<sup>113</sup>, where less efficient undertakings should not be offered safe haven against vigorous competition including from the dominant undertakings<sup>114</sup>. On the other hand, price competition in some forms will not be regarded as competition on the merits<sup>115</sup>.

The prior legal test for predatory pricing was based on price-cost comparisons with proof of intent that (i) prices below AVC must be regarded as abusive<sup>116</sup>, (ii) prices below ATC, but above AVC, must be

<sup>111</sup> Also see Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2008] OJ C265, 18.10.2008, prg.31.

<sup>112</sup> Case C-62/86.

<sup>113</sup> Opinion of AG Nial Fennelly in Joined CJEU Cases C-395/96 and C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafa-Lines A/S v EC* [2000] ECR I-1365, prg.117.

<sup>114</sup> *Ibid.*, prg.132.

<sup>115</sup> Case C-62/86, prg.70.

<sup>116</sup> *Ibid.*, prg.71

regarded as abusive if determined as part of a plan for eliminating a competitor.<sup>117</sup> Nevertheless, proof of a realistic chance for recoupment is not a precondition.<sup>118</sup> A dominant firm may signal to new entrants not to enter the market and rely on the reputation effect<sup>119</sup> where the risk of foreclosure<sup>120</sup> is sufficient for an abuse. The final legal test clarified that prices below AVC are prima facie abusive while pricing above AVC and below ATC requires proof for an overall elimination strategy to be abusive and prices above ATC benefit from a safe harbour.<sup>121</sup> According to EC, proof of intent is not necessary but evidence of a detailed plan to exclude a competitor, prevent entry or preempt the emergence of a market, or of concrete threats of predatory action will be considered.<sup>122</sup> Thus, predatory pricing can occur only in certain conditions (Jones & Sufrin, 2014, p.403).

Amazon is suggested to be (i) willing to forego profits for growth, (ii) expanding into multiple business areas by undercutting and acquiring existing firms, (iii) leveraging dominance from the retail market to the delivery services market, (iv) producing private labeled goods by exploiting TPS data (Kahn, 2017, p.746-783). But whether the technology advantage or vigorous price competition as such may lead to predatory pricing in competition law sense is complicated. Offering copy-cat products with lower prices than TPS does not mean that products are sold below cost and does not give rise to competitive concern (Höppner & Westerhoff, 2018, p.4). But the concern emerges from the fact that Amazon could only offer those product/price combinations by unfairly gathering and using TPS data which excludes all business risks and enables ESS (Höppner & Westerhoff, 2018, p.4).

Additionally, predation analysis is complicated in two-sided markets where (i) cross-subsidizing occurs and prices below cost may not be indicative, (ii) dynamic pricing makes identifying the price a difficult

<sup>117</sup> Ibid., prg.72.

<sup>118</sup> Case C-333/94; France Telecom SA v EC, GC Case T-340/03 [2007] ECR II-107, prg.226-228, France Telecom SA v EC, CJEU Case C-202/07 [2009] ECR I-2369, prg.37,110-113.

<sup>119</sup> Guidance Paper prg.68.

<sup>120</sup> Case C-333/94, prg.44.

<sup>121</sup> Case C-209/10, prg.36.

<sup>122</sup> Guidance Paper prg.66.

task, (iii) cost structure could complicate the as-efficient competitor test, (iv) although not a precondition, recoupment assessment could become very difficult, if not impossible (OECD, 2019, p.32-33). However, all those practical difficulties are related to Chicago School's predatory pricing model whereas more recent theories of reputation and signalling are based on the asymmetric information which could be used by the dominant undertaking to disinform competitors and cause them to exit the market or not to enter in the first place (Kerber & Schwalbe, 2008, p.362-366). Furthermore, *"if the dominant undertaking is better informed about cost or other market conditions, or can distort market signals about profitability, it may engage in predatory conduct so as to influence the expectations of potential entrants and thereby deter entry."* and doing repeatedly dominant undertaking may be seeking reputation for predatory conduct.<sup>123</sup> However, it is not necessary to demonstrate that competitors truly exited the market, the disciplining effects on competitors are sufficient for foreclosure.<sup>124</sup> Amazon has all the relevant information about the marketplace; prices, costs, supply, demand, etc. and thus it is the best-informed actor in the market, with a power of governance. Therefore, it could easily influence TPS' expectations and may deter the entry of new sellers to the marketplace.<sup>125</sup> Predatory pricing is difficult to prove, since the high fixed but low variable costs in such markets may confuse the tests based on AVC, however, it could be a rational strategy in those, prone to tipping, dynamic markets (Jones & Sufrin, 2014, p.419). Yet, since marketplaces use dynamic pricing, the entire pricing structure must be considered instead of individual suspicious prices (Mandrescu, 2017b, p.418-419). Also, dynamic pricing enables platforms to offer different prices to different customers at any given time, some of which could be predatory, while others not. Although predatory pricing could be considered as enhancing consumer welfare in the short-run, in the

<sup>123</sup> Guidance Paper prg.68.

<sup>124</sup> Ibid., prg.69.

<sup>125</sup> Amazon's 2019 revenue is \$280.5 billion, profits are only \$11.6 billion, signalling that the market may not be profitable. <https://www.businesswire.com/news/home/20200130005814/en/Amazon.com-Announces-Fourth-Quarter-Sales-21-87.4>(Last Access:05.09.2020)



long-run market may be foreclosed to other players and Amazon may even become quasi-monopolistic.

### c) Refusal to Deal

Dominant firms have the right to choose their trading partners and dispose freely of their property<sup>126</sup> however Art.102 may require them to enter into and continue contractual relations (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.509). This duty is highly debated since it interferes with undertakings' rights and it may disincentivize investments and improvements (Jones & Sufrin, 2014, p.510; Whish & Bailey, 2015, p.737-739) However, in rare circumstances of vertical foreclosure, it may be essential that Art.102 provides a balance between foreclosure and free-riding risks; so the market is opened to competition and investment incentives are protected. According to EC, "*problems arise when the dominant undertaking competes on the downstream market with the buyer whom it refuses to supply*" and when the refused input is needed to manufacture a product or provide a service in the downstream market.<sup>127</sup> Thus the legal conditions (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.527-530)<sup>128</sup> for abuse are that the refusal (i) relates to a product/service that is objectively necessary to be able to compete effectively on a downstream market, (ii) is likely to lead to the elimination of effective competition on the downstream market, (iii) is likely to lead to consumer harm(prevention of emerging new products/slowing the innovation<sup>129</sup>).<sup>130</sup>

Amazon could give rise to refusal to deal claims regarding the access to (i) digital marketplace that diversifies consumer choice (Kahn,

<sup>126</sup> Guidance Paper, prg.75.

<sup>127</sup> Guidance Paper, prg.76.; Joined CJEU Cases C-6/73 and C-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v EC, [1974] ECR 223, prg.25

<sup>128</sup> Also see Oscar Bronner v EC, CJEU Case C-7/97 [1998] ECR I-7791, prg.41.

<sup>129</sup> Joined CJEU Cases C-241/91 and C-242/91, RTE and ITP v EC, [1995] ECR I-743, prg.54, Tierce Ladbroke SA v EC, GC Case T-504/93 [1997] ECR-II-923, prg.131, IMS Health v NDC Health, CJEU Case C-418/01, [2004] ECR I-5039, prg.37, Microsoft Corporation v EC GC Case T-201/04, [2007] ECR II-3601, prg.643-654.

<sup>130</sup> Guidance Paper, prg.81.

2017, p.768-774), (ii) delivery services established by Amazon which creates low costs due to ESS and captures TPS (Kahn, 2017, p.774-780), (iii) consumer data, cumulated through years of operating the digital marketplace (Kahn, 2017, p.785-786). Amazon controls the access conditions to the upstream market and accumulates sensitive data of TPS, thus creates the possibility to successfully foreclose the downstream market to rivals (Graef, 2019, p.477-479). Although, firstly, there needs to be “a refusal to deal” (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.538; Whish & Bailey, 2015, p.740), an actual refusal is not necessary and ‘constructive refusals’, unduly delaying or degrading the supply or involving imposition of unreasonable conditions in return for the supply, is sufficient.<sup>131</sup> Amazon could both actually (closing TPS accounts) and constructively (charging high access fees, conditional offers for better access, FBA enrollment for better ranking) refuse access to the marketplace via different behaviours, and self-favouring in Buy Box ranking could have the same effect for some TPS. Additionally, such difficulties cumulatively could form a pattern of abuse aimed at foreclosing the market to TPS.<sup>132</sup> Secondly, a downstream and an upstream market (vertical integration) is needed (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.541; Whish & Bailey, 2015, p.740-741, 748), where the upstream market input is essential for competing on the downstream market (Whish & Bailey, 2015, p.742-748) Amazon is a vertically integrated firm, providing upstream digital marketplace services to the downstream retail market.

Thirdly, the input at issue must be indispensable which could be demonstrated by establishing that it is not economically viable to create a second<sup>133</sup> digital marketplace or own delivery services for TPS; “*no actual or potential substitute on which competitors in the downstream market could rely so as to counter - at least in the long-term - the negative consequences of the refusal.*”<sup>134</sup> Although being less advantageous, possible alternatives must be analysed<sup>135</sup> to determine whether competitors

<sup>131</sup> Guidance Paper, prg.79.

<sup>132</sup> Telekomunikacja Polska, EC Decision COMP/39.525, 22 June 2011, prg.713.

<sup>133</sup> Case C-7/97, prg.46.

<sup>134</sup> Guidance Paper, prg.83.

<sup>135</sup> Case C-418/01, prg.28.

could effectively duplicate the input in the foreseeable future.<sup>136</sup> However, the existing less advantageous alternatives do not render the indispensability of that input (Lao, 2013, p.298) which is the most debated condition for online platforms, particularly Amazon<sup>137</sup> and it should be analysed whether marketplace platform is indispensable or not (OECD, 2019, p.33)<sup>138</sup> and whether other digital marketplaces, TPS' online shops or brick-and-mortars constitute alternatives. Discussions mentioned above regarding the market definition suggest that Amazon is one of a kind and could be regarded as indispensable and that other alternatives are sure less advantageous for TPS. Some TPS do not have an own online shop, and others with an own online shop would still be excluded from the customer base of Amazon, which is immense due to INE and would be impossible to duplicate efficiently by other marketplaces/TPS. Moreover, *“termination of an existing supply arrangement is more likely to be found to be abusive than a de novo refusal to supply”* and the dominant undertaking must demonstrate why circumstances have changed.<sup>139</sup> Many TPS argue that their agreements have been terminated by Amazon without further evidence or statement. If Amazon found supplying TPS viable and then terminated those agreements it should demonstrate how the conditions changed (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.569-578). The second debatable input is the delivery services that Amazon established itself. However, delivery services are difficult to argue as an indispensable input<sup>140</sup> and where disincentivising Amazon from such investments must be avoided. Yet, these services could raise tying-bundling concerns<sup>141</sup> which will be discussed below. The third input is the consumer data that Amazon accumulated throughout the years which may form an indispensable input of production for other

<sup>136</sup> Guidance Paper, prg.83.

<sup>137</sup> It is argued that there is no basis for refusal to deal since the algorithm is not an essential input but a trade secret. Therefore, such conducts could be regarded as a form of tying, considering the contractual relationship between the dominant undertaking and its rivals (Chirita, 2015, p.122-123; Edelman, 2015, p.365).

<sup>138</sup> Also see Case Summary2, LCC, prg.53-56.

<sup>139</sup> Guidance Paper, prg.84.

<sup>140</sup> Case C-7/97.

<sup>141</sup> Case Summary, ICA.

market participants and may not be readily available on the market or be reasonably reproducible (Graef, 2016, p.154) which is also true for the platform itself as an input. By refusing access to datasets, Amazon may foreclose competition and engage in abusive conduct to extend its dominance in the upstream market to the downstream market (Graef, 2016, p.279-280). Furthermore, that accumulated data includes TPS data which could be used to favour Amazon's own business, which will be discussed below.

Fourthly, there needs to be an elimination of effective competition which is difficult to assess and prove (Nazzini, 2016, p.20-21). However, if there is an indispensable output, refusal to supply is liable to eliminate, immediately or over time, effective competition in the downstream market<sup>142</sup> and the "likelihood" of elimination of competition is sufficient.<sup>143</sup> When Amazon refuses 'TPS' access to the marketplace, there's no immediate effect, however, over time, the more TPS are refused the more the market is foreclosed and the more the competition is eliminated. Finally, there should be no objective justification as capacity limitations, quality degradation, security, shortage of supply, for denying the access (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.563-566). Since EU institutions interpret this condition strictly (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.563-566), there is doubt that they will be accepted.

#### **d) Margin Squeeze**

A vertically integrated firm, dominant in an upstream market and supplying a key input to customers that also compete with it in a downstream market (Whish & Bailey, 2015, p.796), could give rise to vertical foreclosure by applying a specific pricing scheme. By charging a high price for that input it controls, dominant undertaking reduces the profit margin for rivals and prevents even equally efficient

<sup>142</sup> Guidance Paper, prg.85.

<sup>143</sup> Joined Cases C-6/73 and C-7/73, prg.25,33; Case C-7/97 prg.38,40; Case C-418/01, prg.47; Konkurrentverket v TeliaSonera Sverige AB, CJEU Case C-52/09, [2011] ECR I-527, prg.67; Case C-209/10, prg.44; Post Danmark A/S v Konkurrenserådet, CJEU Case C-23/1, ECLI:EU:C:2015:651, prg.67,69.

competitors to trade profitably in the downstream market on a lasting basis,<sup>144</sup> which constitutes a margin squeeze abuse. Although case law primarily dealt with liberalised state monopolies, there's no need to demonstrate regulatory obligations<sup>145</sup> and essential facilities<sup>146</sup> to have a margin squeeze. Thus, the margin squeeze test is not limited to former state monopolies and could be applied extensively:<sup>147</sup> *“where a [digital] marketplace competes at the retail level with [TPS] which access final customers via its platform, this creates at least the possibility of margin squeeze.”* (OECD, 2019, p.36). Furthermore, although TPS have other options to sell their goods,<sup>148</sup> the margin squeeze could still be an abuse.

The elements of a margin squeeze are as follows (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.372; Whish & Bailey, 2015, p.798): (i) vertical integration (ii) an input, important for downstream competition, (iii) an input price, high enough to deny efficient rivals to trade profitably, (iv) anticompetitive effects, (v) no objective justification. Firstly, similar to the refusal to deal there needs to be a vertical integration, and Amazon is accepted to be vertically integrated. Secondly, the relevant input should be important for the downstream competition, however, “importance” is different from and does not need to be equal to “indispensability” which is required for a refusal to deal.<sup>149</sup> Additionally, a price may amount to an abusive margin squeeze even when the dominant undertaking is not under a duty to deal (Whish & Bailey, 2015, p.800). As discussed above, Amazon is regarded to be an indispensable platform to compete in the online retail market, which satisfies the “importance” condition at the outset.

Thirdly, as the conducts that exclude firms as efficient as dominant undertaking are of priority<sup>150</sup>, there needs to be an “as efficient competitor” which is denied to trade profitably. Downstream rivals'

<sup>144</sup> Guidance Paper, prg.80.

<sup>145</sup> Case C-52/09, prg.47-59.

<sup>146</sup> Ibid., prg.69-77.

<sup>147</sup> Online platforms bring margin squeeze back (Bostoen, 2017).

<sup>148</sup> There's no requirement of indispensibility to have an abusive conduct (OECD, 2019, p.36). Also see Case C-52/09, prg.69-77.

<sup>149</sup> Telefonica and Telefonica de Espana v EC, GC Case T-336/07, [2012], ECLI:EU:T:2012:172, prg.176-181; Case C-52/09, prg.54-58.

<sup>150</sup> Guidance Paper, prg.23.

profitability, regarding dominant undertakings' pricing, is assessed via "equally-efficient competitor test" regarding "*whether the dominant firm's own downstream operations could trade profitably on the basis of the wholesale price charged to [TPS] for the relevant input*" (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.376) relying on dominant undertaking's costs.<sup>151</sup> Therefore, based on Amazon's costs, it should be analysed whether it can trade profitably on the online retail market given the wholesale prices it charges to TPS for digital marketplace access and the retail prices it charges to consumers in the downstream market.<sup>152</sup> Moreover, self-referencing is not limited to costs but involves access conditions to the market, requiring an analysis of whether Amazon would be able to efficiently compete on the downstream market if operated with the same access conditions of TPS (Graef, 2019, p.479) where "all the circumstances" need to be considered on a case-by-case basis.<sup>153</sup>

As a fourth condition, the anticompetitive effects of the conduct must be demonstrated<sup>154</sup> including the potential exclusion of as efficient competitors from the market, which is a necessary pre-condition.<sup>155</sup> Thus, any exclusionary effects on TPS on the online retail market had to be demonstrated. If TPS, as-efficient rivals, were unable to cover LRAIC<sup>156</sup> on the online retail market due to the margin between the wholesale price of access to the marketplace and the retail prices of comparable goods sold, then the potential of exclusion must be accepted. Additionally, since Amazon has a significant market position and benefits from significant INE, brand recognition, etc., the margin could create entry barriers to the online retail market and strengthen Amazon's position (OECD, 2019, p.36). Finally, there needs to be no objective justification for the relevant conduct. The objective justification considerations for predatory pricing could also apply to margin squeeze cases (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.394) except

<sup>151</sup> Case C-280/08; Case T-336/07; Case C-52/09.

<sup>152</sup> This comparison must be done between the likes (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.388-390).

<sup>153</sup> Case C-52/09, prg.28.

<sup>154</sup> Case C-280/08, prg.250.

<sup>155</sup> Case C-52/09, prg.64.

<sup>156</sup> Guidance Paper, prg.80.

meeting competition defence and defences for which supportable and legitimate reasoning is not provided.<sup>157</sup>

### e) Tying and Bundling

Tying is a widely used business behaviour (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.596) of combined selling of more than one product (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.596-597). Tying could enhance consumer welfare and could also harm consumers by excluding competitors where pinpointing the exact trade-off between the two effects is highly challenging (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.598-609). According to Art.102(d) only "*making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts*" would be abusive tying, however case law<sup>158</sup> broadened the scope of conducts considered as abusive tying (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.598-599) though requiring a rule of reason analysis of balancing the possible efficiencies with foreclosure effects (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.611-613). Within this context, to have an abusive tying, there needs to be (i) an undertaking, dominant in the tying market, (ii) distinct tying and tied products, (iii) likelihood of leading to anti-competitive foreclosure, (iv) no/no sufficient efficiencies to counterbalance the anticompetitive effects.<sup>159</sup>

Online platforms have less frequent tying practices, usually not amounting to infringements (OECD, 2019, p.34). Platforms offering multiple services of product ranking, delivery, etc., like Amazon, complicate the assessment of tying criteria in such markets (OECD, 2019, p.35; Mandrescu, 2017b, p.410-414) requiring a fine-tuned framework for tying practices in platform markets (OECD, 2019, p.35; Mandrescu, 2017b, p.410-414). First, Amazon's dominance in the tying

<sup>157</sup> Wanadoo Espana v Telefonica, EC Case COMP/38.784, [2008] OJ C-83/5, 02.04.2008, prg.622-652.

<sup>158</sup> Hilti v EC, GC Case T-30/89, [1991] ECR II-1439; Tetra Pak v EC, GC Case T-83/91, [1994] ECR II-755, Tetra Pak v EC, GC Case T-51/89, [1990] ECR II-309; Case C-333/94; Case T-201/04.

<sup>159</sup> Guidance Paper, prg.50,62.

market (digital marketplace), must be demonstrated.<sup>160</sup> Considering that Amazon is dominant in that market, for which product listing is an inseparable feature, it should be analysed whether there is a distinct tied product as delivery services. However, this analysis is challenging since it is debated (i) whether zero-price services should be considered as discrete services (Newman, 2015, p.149) and (ii) whether very similar online products should be treated as discrete products (Akman, 2017; Edelman, 2015). Although consumer demand is the main decisive feature for this assessment ( Jones & Sufrin, 2014, p.499), supply-side considerations and commercial usage may also be relevant (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.618-623). Furthermore, in constantly evolving industries, products that are initially distinct could become a single product.<sup>161</sup> Nevertheless for Amazon, the distinction is somehow clearer than other platforms, where digital marketplace and delivery services are neither similar nor zero-price services, both of which have its demand and can be considered as distinct products. Moreover; *“two products are distinct if, in the absence of tying...a substantial number of customers would purchase or would have purchased the tying product without also buying the tied product from the same supplier.”*<sup>162</sup> Therefore, it should be analysed whether TPS would still opt for Amazon's delivery services, if supplying this service from Amazon isn't linked to having a better ranking in Buy Box, and if they would prefer other delivery service providers otherwise.

Thirdly, regarding foreclosure, the likely harm to consumer welfare is sufficient (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.623-624) and although not a formal requirement, coercion is considered for understanding the effects of tying (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.627-628). Coercion, means, having no choice of obtaining the product separately. However, assessing coercion in digital marketplaces is challenging regarding

<sup>160</sup> The dominant firm has network externalities, ESS and control over data privileges that could be translated as an advantage to other services that the undertaking offers. In this case the undertaking may engage in bundling, but when the bundling provides too little efficiency than the conduct must be strictly scrutinized, which gives rise to leverage concerns (Cremer, et.al, 2019, p.66).

<sup>161</sup> Case T-201/04, prg.913.

<sup>162</sup> Guidance Paper, prg.51.



whether consumers are forced to consume the tied product or not.<sup>163</sup> Consumers' not having incentives to consume another product is problematic<sup>164</sup> when tying is accompanied with a promise of favourable treatment to consumers that are buying the products together or with a pricing incentive that no rational consumer buys the products separately (Faull & Nikpay, 2014, p.445-461). When the delivery services offered by Amazon are tied to better TPS rankings in Buy Box of marketplace services, TPS are offered a promise of favourable treatment in marketplace services if they also buy the delivery services from Amazon, thus forcing TPS to get the delivery services from Amazon too (Graef, 2019, p.470). Moreover, coercion should be analysed regarding the effects of not using Amazon's delivery services on Buy Box rankings (Graef, 2019, p.470-471). If TPS are downgraded so that they cannot effectively compete unless they also use Amazon's delivery, then the tying practice could be considered as having an element of coercion (Graef, 2019, p.470-471). Another point to consider is that the conduct of tying needs to foreclose the market for the tied product (delivery services) and if there are still other providers available in that market, it should be accepted that Amazon's conduct did not foreclose the market (Graef, 2019, p.470-471). However, since the likelihood is sufficient for foreclosure, although other providers exist in delivery services, their competitive deterioration will be sufficient. Finally, there should be no efficiency gains; benefiting consumers (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.628). Yet, in two-sided markets counterbalancing foreclosure with efficiencies becomes a very difficult exercise (OECD, 2019, p.35).

TPS, using FBA, obtain better positioning in Buy Box even with higher prices than and will have a better sales performance than other TPS that have a disadvantage for not using Amazon's delivery services.<sup>165</sup> Thus, giving preferential treatment to TPS that use FBA, is capable of limiting the growth and creating entry barriers for other

---

<sup>163</sup> Prominence exists in online platforms and a favourable listing of a TPS' products, may effectively choose instead of consumers themselves (Edelmann, 2015). Oppositely, see (Akman, 2017).

<sup>164</sup> Case T-201/04, prg.971.

<sup>165</sup> Case summary, ICA, prg.78-81.

logistic services for digital marketplaces, by strengthening Amazon's dominance on intermediation e-commerce markets and extending its dominance to the logistics services market.<sup>166</sup>

## f) Forced Free-Riding

Forced free-riding<sup>167</sup> “occurs when a platform appropriates innovations made by other firms which depend<sup>168</sup> on the platform for access to consumers” (Shelanski, 2013, p.1699). Such conduct harms competition by disincentivizing both downstream rivals and upstream platform from innovation and continuous development of products (Shelanski, 2013, p.1699). Furthermore, if excluding rivals is cheap/easy enough, it becomes an alternative to innovation (Wu, 2012, p.313,319) for the dominant undertaking. Thus to promote innovation, preventing the exclusion of innovators by dominant undertakings must be the primary concern (Wu, 2012, p.313,319).

Extreme amounts of accumulated TPS data avails Amazon to observe the best-selling products and all sensitive information about any product; such as prices, supply, price elasticities of demand, sales and consumer reviews. Amazon uses this opportunity and makes business decisions, by offering the same best-selling products of TPS and in some cases even producing the products itself (Kahn, 2017, p.781-782; Stone, 2013). Consequently, by using its position to spot better selling products, Amazon increases its sales without exposing itself to any risks, whereas TPS undertake the initial costs and uncertainties of the business (Kahn, 2017, p.782-783). For example, on similar grounds, Google was alleged to “*unfairly scrape or misappropriate the*

<sup>166</sup> Ibid., prg.85; FBA boosts TPS's sales, allows them to increase the selling price, which reduces Amazon's relative competitiveness however increases service revenues, both of which benefit Amazon. (Lai, et.al., 2018)

<sup>167</sup> The incentives of platforms to imitate and enter the product spaces of successful complementors; (Zhu & Liu, 2018, p.2620; Farrell & Katz, 2000, p.413; Jiang, et.al., 2011, p.757; Parker & Alstyne, 2017, p.3015).

<sup>168</sup> DHL, Onlinehändler im Spannungsfeld von Wachstum und Marktkonzentration, 2018, <https://www.dpdhl.com/content/dam/dpdhl/de/media-center/media-relations/documents/2018/dhl-e-commerce-studie-ifh-koeln-onlinehaendler-102018.pdf>(Last Access:20.08.2020)

*content of...competing websites, pass this content off as its own and... threaten to delist...rivals...from...search results when they protested the misappropriation of their content.*<sup>169</sup> Conducts as such could diminish the rivals' incentives to invest in bringing new/innovative content/services in the future and could reduce undertaking's own incentive to innovate in the relevant markets<sup>170</sup> both of which raise strong concerns.<sup>171</sup> Therefore, forced free-riding could potentially be abusive if efficient competitors are foreclosed (OECD, 2019, p.37). As the list of abuses are not exhaustive in Art.102 (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.256-258), such concerns may be addressed under the broad concept of discriminatory leveraging, which will be discussed below, since Amazon uses it's dominance in the digital marketplace to gain a better position in the online retail market,.

On the other hand, retailers have been producing private label products for years without creating much anti-competitive concern, yet private labels may increase the bargaining power of large retailers and may reduce manufacturer's incentives to innovate due to transferred commercial risks, and prices will increase in the long run due to limited competition in downstream markets (Nevo & Bergh, 2017, p.297-298). Moreover, conducts as such may be argued to result in lower prices benefiting consumers, however, it may also be argued that consumers do not benefit at all in the end by lower prices, where quality, choice and innovation are restricted by the very same conduct. Amazon's entry into the markets where TPS compete can be found to be discouraging (existing/prospective) TPS and reducing the number of innovative products consumers can reach.<sup>172</sup> On the other hand, Amazon's entry would increase the demand for those products, benefiting consumers with its efficient delivery system, even though

---

<sup>169</sup> Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc., FTC File No:111-0163, (2013), footnote 2, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf) (Last Access:15.09.2020).

<sup>170</sup> Ibid.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Amazon, having a massive bargaining power relative to TPS, can easily enter their markets, yet TPS lack the power and means to effectively retaliate or deter its entry (Zhu & Liu, 2018, p.2639-2642).

this will result in more demand for Amazon,<sup>173</sup> creating ambiguous welfare effects.

### **g) Leveraging and Self-Preferencing**

Leveraging is the conduct of dominant undertakings that creates an artificial advantage to them. Thus it can be abusive if undertakings, dominant in a market, leverage their position to a separate market instead of competing on merits.<sup>174</sup> The effects of leveraging could be more severe when the dominant undertaking has competitive advantages resulting from inherit network externalities or its privileged access to data (Cremer, et.al., 2019, p.7). Self-preferencing is a form of leveraging (Cremer, et.al., 2019, p.7) that can be described as treating one's own products/services preferentially when competing on the same platform with other products/services provided by other undertakings (Cremer, et.al., 2019, p.7). Although self-preferencing exists in many businesses, from online platforms to brick-and-mortars, it could function as an extension of market power and could foreclose better services for both sides of the market (Wiethaus, 2015, p.510; Graef, 2019, p.450). Self-preferencing would be abusive when the market power is extended without any pro-competitive rationale (Cremer, et.al., 2019, p.7). Self-preferencing could also distort competition in downstream markets. Thus the owner of an indispensable input should compete on merits and should not use its dominance to achieve competitive advantages on other markets, or to put it more simply, should not leverage by self-preferencing its products, which would distort the competition and disadvantage the rivals, as well as harming innovation and customers.<sup>175</sup> Such practices also raise dynamic efficiency concerns; when the vertically integrated platform competes on quality, static efficiency may be positive whereas it would

---

<sup>173</sup> Although Amazon's entry may discourage existing/prospective TPS to bring fewer innovative products to the platform, may also reduce the costs of offered products and attract more customers, which may in return incentivize more TPS to join the platform (Zhu & Liu, 2018, p.2639-2642).

<sup>174</sup> Joined Cases C-6/73 and C-7/73, prg.25; Case C-311/84, prg.27.

<sup>175</sup> Case T-201/04, prg.1088,1344.

be negative when the platform competes on price, therefore the welfare effects of self-favouring on consumers are ambiguous (Krämer, et.al., 2017, p.51-52).

On similar grounds with Amazon, Google was accused of favourably positioning and displaying its CSS in its general search results pages, compared to competing CSS<sup>176</sup>. Rankings of competing CSS were reduced by algorithms, while Google's CSS is prominently positioned and never demoted by those algorithms.<sup>177</sup> Google is found to have used its dominance in the general search market to gain an artificial advantage in the CSS market.<sup>178</sup> According to EC, leveraging as such is a well-established, independent form of abuse,<sup>179</sup> and cannot be regarded as a refusal to supply.<sup>180</sup>

Digital marketplaces, regulate the rules governing the interactions take place on the platform<sup>181</sup> and when platforms have a dual role (Cremer, et.al., 2019, p.60), those rules may be designed to allow abusive self-preferencing and platforms that display product ranking, such as Amazon may sell those better rankings to TPS (Cremer, et.al., 2019, p.5-6) resulting in a similar situation observed in Google decision. Thus, Amazon's alleged behaviour could give rise to self-preferencing via its conduct regarding Buy Box, where the algorithm favours Amazon and uses the TPS data which creates positive externalities for Amazon. However, this favouring may continue at the expense of TPS, if the market is homogeneous and not segmented (Budzinski & Kohler, 2015, p.33-34) with strong substitution elasticity between the sellers and buyers of the products (Budzinski & Kohler, 2015, p.33-34).

Self-preferencing is not explicitly prohibited in Art.102 and could be abusive even without indispensability, therefore any claim should

<sup>176</sup> Case AT.39740, prg.2,344.

<sup>177</sup> Ibid., prg.344.

<sup>178</sup> Ibid., prg.341.

<sup>179</sup> Ibid., prg.649.

<sup>180</sup> Ibid., prg.341 implied that general search could be an essential facility, but prg.650-651 held that there's not a concern of passive refusal, but a concern of active behaviour and the Bronner criteria are irrelevant.

<sup>181</sup> Platforms regulate the access to and exclusion from the platform; how to offer products, access to data generated on the platform, delivery and return standards (Cremer, et.al., 2019, p.5-6,60; Choudary, et.al., 2016, p.159).

be subjected to an effects test (Cremer, et.al., 2019, p.7,66). In Google decision effects assessment revealed that general search services were an irreplaceable source of traffic which is important for CSS' ability to compete, while revealing that the conduct had the potential of foreclosing competing CSS,<sup>182</sup> resulted in growth for Google's product search and CSS,<sup>183</sup> and had no objective justification.<sup>184</sup> Furthermore, it is also observed that consumers were negatively affected because of not seeing the most relevant results for their queries and innovation was negatively affected since the rivals were disincentivised from innovation, as they did not expect to attract a sufficient volume of user traffic to compete with Google.<sup>185</sup> Moreover, due to not competing on merits Google did not have the urge to improve its own service and was disincentivised from innovation.<sup>186</sup> The decision gave rise to a very high burden of proof regarding Google's biased algorithm moved the traffic towards its own products, which requires substantial resources to be invested in any successful case (Bergqvist, 2019, p.7-8).

In this regard, Amazon's conduct should also be subjected to an effects test to assess whether it forecloses the market to TPS and whether disincentivises TPS or itself from innovation. However, the high burden of proof regarding the role of the algorithm is also relevant for Amazon. Yet, dominant firms, due to their special responsibility, should not use their self-regulation power to distort competition (Cremer, et.al., 2019, p.5-6). Therefore, when a self-regulating platform serves as an intermediary in a market with entry barriers, it could be required to prove that self-preferencing has no exclusionary effects on the market (Cremer, et.al., 2019, p.5-6).

## 2. Exploitative Abuses

Digital marketplaces can be of great concern for observing exploitative abuses (OECD, 2019, p.38), defined as *“directly or indirectly imposing*

<sup>182</sup> Case AT.39740, prg.593.

<sup>183</sup> Ibid., prg.342.

<sup>184</sup> Ibid., prg.660.

<sup>185</sup> Ibid., prg.595,598.

<sup>186</sup> Ibid., prg.596.

*unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions*” in Art.102(a). Conducts regarded as exploitative abuses include; charging unfair (excessive) prices, price discrimination (to non-rival consumers) and imposing unfair terms and conditions<sup>187</sup> all of which are concerned with the use of market power to the detriment of consumers.

### a) Excessive Pricing

Although excessive pricing could exist along with exclusionary abuses, the one defined in Art.102(a) has a narrower scope, aiming at excessive prices exploiting the consumers. In an economic sense, the dominant firm abuses its power by extracting rents from consumers and harms consumer welfare (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.732). Normally one would not expect, excessive prices to exist in the market since the law of supply and demand will counterbalance such prices. Although this definition is economically debated (Kerber & Schwalbe, 2008, p.357-358) generally a price is accepted to be *“excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied”*<sup>188</sup>. To assess whether a price reasonably relates to the economic value of the supplied product it should *“be determined whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and if...affirmative”*,<sup>189</sup> an unfair price *“may be examined either by reference to whether the price is unfair in itself or unfair by comparison with competing products”*.<sup>190</sup> It is clear that there’s *“a clear distinction between...[an excessive] profit margin and [an unfair] price.”*<sup>191</sup> and the “economic value” cannot simply be determined by the approximate costs incurred in the provision of product/service, thus non-direct factors (demand,

<sup>187</sup> GFCO and AFCA dealt with the exploitative theories of harm, mainly the terms and conditions of the contract, restricting sellers’ commercial activity on marketplace (GFCO, 2019, p.8).

<sup>188</sup> Case C-27/76, p.250; Case C-242/95, p.39; General Motors Continental NV v EC, CJEU Case C-26/75, [1975] ECR-1367, prg.12; British Leyland Plc v EC CJEU Case C-226/84 [1986] ECR 3263, [1987] 1 CMLR 185, prg.27.

<sup>189</sup> Case C-27/76, p.252; prg; Case C-26/75; Case C-226/84.

<sup>190</sup> Isabella Scippacercola and Ioannis Terezakis v EC, CJEU Case C-159/08 [2009] ECR I-49, prg.47.

<sup>191</sup> Case COMP/36.568, prg.147-149; Sundbusserne v Port of Helsingborg, EC Decision COMP/36.570, 23.07.2004, prg.85.

initial investment costs, the intangible value of assets, opportunity costs) must be taken into account in a case-by-case analysis.<sup>192</sup> Although demand changes so rapidly in digital marketplaces, so that it may fail to serve as a criterion, it should still be considered when determining the exact economic value of a product supplied by digital marketplaces.

Since the application Art.102(a) is highly controversial, it is not an enforcement priority (OECD, 2019, p.38; O'Donoghue & Padilla, 2013, p.765) for EC and in that manner is rarely<sup>193</sup> applied. Nevertheless, the number of cases could increase with regards to the digital economy<sup>194</sup> where fairness and equality seem to be given more and more prominence (Pablo, 2017, p.147; Ezrachi & Stucke, 2018).<sup>195</sup> Thus the enforcement principles must be clarified (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.775) which could start with the analysis of market structure regarding barriers to entry, credible alternatives for consumers, the maturity of competitive environment bearing in mind in mature ones investment and innovation play little to no role (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.776). At first glance it may be argued that excessive pricing is unlikely to become a significant problem in online retail markets driven by price competition, however as the competition matures and dominant retailers emerge it could become a problem (OECD, 2019, p.38).

Excessive pricing could occur on both sides of digital marketplaces where it is so complex to analyse such claims due to the two-sided market structure, subsidization, zero prices (when relevant), and the value of the accumulated data (Mandrescu, 2017b, p.418-419). Although important, when analyzing excessive pricing, there's no need to show that market structure is affected, only the effect on consumers must be demonstrated. Thus the prices and the price-cost margins of the dominant firm are compared to competitive benchmarks and if

<sup>192</sup> Ibid., p.207.

<sup>193</sup> See. OECD, "Background Note on Personalised Pricing in the Digital Era", (2018), DAF/COMP(2018)13, Fig.12; shows that of all the categories of abuses held by EC between 2000-2017, only 7% are exploitative.

<sup>194</sup> Although the number of cases increase, enforcement under Art.102(c) is unlikely (Botta & Wiedemann, 2019, p.478).

<sup>195</sup> The meaning of fair pricing, which is needed to understand the pricing behaviours in online competition, changes across time and place (Cavallo, 2018, p.29).



those comparisons mostly demonstrate substantial differences, there probably is an abuse (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.775; Whish & Bailey, 2015, p.762-766). Consistent comparisons should be based on "objective, appropriate and verifiable" criteria,<sup>196</sup> which when applied, the significant and persistent difference between the rates could indicate abuse.<sup>197</sup> Moreover, the benchmarks should contain valuable information to allow drawing meaningful and consistent conclusions.<sup>198</sup> Thus, available data regarding similar products would allow more consistent benchmarking regarding the excessive pricing allegations towards Amazon. However, digital marketplaces have a high ratio of fixed to variable costs (OECD, 2019, p.38-39), thus a persistent and significant difference between the rates should be demonstrated to indicate abuse.

## **b) Price Discrimination (Secondary-Line)**

Discrimination by a dominant undertaking towards its customers with whom it does not compete on the same market may be considered as an exploitative abuse under Art.102(c) (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.778). However as the conduct, neither disadvantages competitors nor provides any competitive advantage, such practices are not attractive for dominant firms (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.778-779) that are expected to have a valid reason when doing so (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.779). From an economic perspective, this type of price discrimination could be considered as pro-competitive and welfare increasing due to increased supply (Jones & Sufrin, 2014, p.397), or lower prices than possible uniform prices (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.811). Consequently, a decision to label such conduct as abusive could be welfare decreasing and even anti-competitive by restricting free business decisions of undertakings (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.810-811; Kerber & Schwalbe, 2008, p.362). EU institutions have

<sup>196</sup> AKKA/LA v Konkurences Padome, CJEU Case C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689, prg.51.

<sup>197</sup> Ibid., prg.61.

<sup>198</sup> E.g. rivals offer similar products, the dominant firm sells a similar product in other relevant markets (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.775-776).

treated this category of price discrimination as abusive only in very limited circumstances where the dominant firm was also guilty of a series of other abuses (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.811). Thus, secondary line price discrimination is a “*dying*” form of abuse since only found to be abusive in very limited circumstances (O'Donoghue, 2018).<sup>199</sup>

Collecting vast amounts of data regarding past consumption habits and internet searches, in addition to developing sophisticated analysis tools and algorithms; digital marketplace operators are well-suited for applying price discrimination (Maggiolino, 2017, p.7). As mentioned above, price discrimination could be treated as abusive when accompanied by other abuses and adds to the distortion caused to the competition.<sup>200</sup> Competition law is better suited than ex-ante regulation to deal with such practices (Botta & Wiedemann, 2019, p.8,19) which may increase dominant firms' output and enable customers to obtain products that they would not be able to do if otherwise.

### **c) Abuse of Monopsony Purchasing Power**

Access payments (slotting allowances, pay-to-stay, listing fees) are an important item of cost for TPS who are required to make payments to digital marketplaces to stock their goods within that marketplace (OECD, 2019, p.39). Such payments could give rise to buyer power concerns, which usually occurs in vertically structured markets where the dominant buyer can depress the prices of goods below the competitive level (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.841; Kilpatrick, et.al., 2018, p.25,67) and consequently reduce the capacity and market participation as well as allocative efficiencies (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.841). Furthermore, when the buyer is also dominant in the downstream market, it may even increase sale prices (O'Donoghue

<sup>199</sup> Also see Case C-525/16.

<sup>200</sup> Price discrimination is highly related with fairness, whereas economics deal with efficiencies and unfairness is not enough to initiate legal intervention unless efficiency is distorted or consumer welfare is reduced (Townley, et.al., 2017, p.31-49; Maggiolino, 2017, p.13-16).

& Padilla, 2013, p.841). Thus, for monopsony power to be abusive, there should be a correlation with market power on the seller side.<sup>201</sup> Moreover, the lower prices caused by buyer power can be abusive in exceptional circumstances, e.g. when accompanied by discrimination.<sup>202</sup> However, analysing conducts additionally under buyer power in case of additional abuses (e.g. excessive pricing, discrimination) would provide nothing further under Art.102.

Still, when access to a digital marketplace is considered indispensable to be able to compete within the downstream market, charging high fees for differing reasons can be regarded as unfair and exploitative (OECD, 2019, p.39). However, such an assessment can provide nothing to the assessment of conduct under excessive pricing or leveraging. JFTC launched an investigation regarding Amazon's altered loyalty program that requires TPS to cover the cost of discounting their products on Amazon Japan.<sup>203</sup> Unilaterally altering the contracts of TPS by overburdening them, could be deemed as abuse of dominance.<sup>204</sup> Nevertheless, the issue could also be resolved under vertical restraints analysis.

## VI. TO REMEDY OR NOT TO REMEDY

### 1. The Final Challenge: Remedy

The last challenge for EC is how to remedy abusive conducts that emerge in digital marketplaces. EC is empowered to impose fines on undertakings and require them to bring the infringement to an end when they infringe Art.102.<sup>205</sup> To that end, EC can impose behavioural or structural remedies; which should be "*proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement*

---

<sup>201</sup> Reduction in Travel Agent Commissions By Aer Lingus plc., CCPC Case COM/15/02, 10.06.2003, prg.2.13.

<sup>202</sup> BetterCare Group Ltd/North & West Belfast Health and Social Services Trust, OFT Case CE/1836-02, 18.12.2003, prg.56.

<sup>203</sup> Footnote 14.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L 1, 04.01.2003, Art.23(2),7,Recital.12.

*effectively to an end.*<sup>206</sup> However, structural remedies could only be imposed when “*there is no equally effective behavioural remedy or any equally effective behavioural remedy would be more burdensome...than the structural remedy.*”<sup>207</sup> Although the boundaries between the two can sometimes be ambiguous (Kokkoris & Shelanski, 2014, p.540; Lindsay, 2006, p.517), structural remedies permanently change the dominant undertaking’s or market’s structure (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.880; Ezrachi, 2006, p.460), while behavioural remedies require the dominant undertaking to act or to abstain from acting in a particular way (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.880; Ezrachi, 2006, p.460). Behavioural remedies are prioritised over structural remedies<sup>208</sup> because Art.102 infringements by nature emerge as the conduct of dominant undertakings (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.880). Also contrary to the US,<sup>209</sup> EC is known for preferring behavioural remedies.

Granted that a dominant undertaking is found to be infringing Art.102, the first objective would be to terminate the infringement, however preventing repetitions or eliminating the consequences of abuse may require remedies (O’Donoghue & Padilla, 2013, p.883). A remedy designed as such must effectively terminate the infringement and prohibit other conducts that may have an equivalent effect. Nonetheless, remedies must be proportionately imposed in the least burdensome way.<sup>210</sup>

Pricing abuses (predatory pricing, margin squeeze), could be easily remedied by raising the price to a non-exclusionary level, but as EC is not a price regulator and should not engage in price control (Jones & Sufrin, 2014, p.726), some other mechanisms should be considered. Excessive pricing is also problematic from a competition

<sup>206</sup> Regulation 1/2003, Art.7, Recital.12.

<sup>207</sup> Ibid.

<sup>208</sup> Regulation, Art.7,Recital.12.

<sup>209</sup> Previously, DOJ explicitly preferred structural remedies (DOJ, 2004, p.7-9). However, both structural and behavioral remedies may be useful, depending on the circumstances of the relevant case (DOJ, 2011, p.4,12). This approach is now effecting the way US deals with the tech-giants and thus “*the calls for breaking up the...giants*” is the current issue (Woodcock, 2020, p.53).

<sup>210</sup> Joined Cases C-241/91 and C-242/91, prg.93; Germany v Council, CJEU Case C-426/93, [1995] ECR I-3723, prg.42.

authority perspective as it can also require price regulation however when accompanied by an exclusionary abuse, that conduct must be terminated first, which will probably ease the pricing behaviour too (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.928-931). Refusal to deal abuses may be remedied by compulsory dealing or granting access on non-discriminatory terms, however it is advisable to avoid some sort of regulation with respect to price or contract terms (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.941). In Art.102 cases, non-discrimination obligations are more frequently observed regardless of the conduct, however, such obligations are difficult to effectively implement and monitor (O'Donoghue & Padilla, 2013, p.930). Moreover, in innovation-driven digital marketplaces, remedies should be implemented with caution to not reduce innovation incentives of the dominant firm.

In Google decision, EC preliminarily had the view that to remedy the conduct; *“Google should treat its own CSS, and those of rivals in the same way...not [interfering] with...the algorithms...or...[design of the] search results pages...[but meaning that] the most relevant services... would be selected to appear in Google’s search results page.”*<sup>211</sup> However, the prohibition decision departed from the preliminary view (Vesterdorf & Fountoukakos, 2018, p.3,5) and left the floor to Google; *“there is more than one way...of bringing that infringement effectively to an end, it is for Google...to choose between those various ways.”*<sup>212</sup> This approach, emphasizes the result rather than the way to it, provides ‘equal treatment’ as a leading principle (Vesterdorf & Fountoukakos, 2018, p.5); *“Any measure chosen...should...ensure that Google treats competing CSS no less favorably than its own CSS within its general search results pages.”*<sup>213</sup> Consequently, as a remedy, Google introduced an arms-length auction that enables rival CSS to bid for access to the shopping unit in competition with Google for the placement of product ads, on equal terms (Vesterdorf & Fountoukakos, 2018, p.5,16). Such a mechanism maintains non-discriminatory access processes to the shopping unit. However, such behavioural remedies are challenging

<sup>211</sup> The Statement of Objections, Fact Sheet, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_4781](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_4781) (Last Access: 14.08.2020).

<sup>212</sup> Case AT.39740, prg.698.

<sup>213</sup> Case AT.39740, prg.699.

for self-preferencing abuses, since any required changes to the design of the algorithm may be difficult for EC to handle and monitor.<sup>214</sup> Nevertheless, the decision does not restrict Google from charging access fees unless fees have the same or equivalent object or effect as the established infringement.<sup>215</sup> Consistent with case law, fees would ensure Google to be appropriately remunerated, which is a right for undertakings that are supplying their rivals with non-discriminatory access to valuable input (Vesterdorf & Fountoukakos, 2018, p.18).

On the other hand EC's Amazon investigation is mainly concerned with TPS data and how it affects the competition on the retail market and the selection of the winners of the Buy Box. In the US, scholars and policymakers have proposed breaking up Amazon, which essentially means a structural separation between Amazon's marketplace and retail activities (Bostoen, 2019). However, for EC, behavioural remedies are prioritised over structural remedies and it is clear that, unbundling Amazon or divesting marketplace business that it cannot compete with TPS, will harm consumer welfare, efficiency and innovation (Budzinski & Kohler, 2015, p.37-40). Thus, possible behavioural remedies should be considered first.

Firstly, if Amazon is found to be abusing its dominance by using the competitively sensitive TPS data to somehow affect the selection of the Buy Box, Google alike remedies can be considered. However, self-preferencing abuses are challenging to remedy and a restorative element should be included (Cremer, et.al., 2019, p.7). Therefore, providing access to Buy Box for all TPS on a non-discriminatory basis will ensure competition, both among TPS and with Amazon, on equal terms. Additionally, if TPS data is found to be affecting the winner of

<sup>214</sup> Although that difficulty calls for a structural remedy (e.g.unbundling) since platforms differ from traditional infrastructures, that could not be an automatised answer to self-preferencing abuses (Cremer, et.al., 2019, p.67; OECD, 2019, p.46-47). But could still provide a relevant reference point (Vesterdorf & Fountoukakos, 2018, p.11; Budzinski & Kohler, 2015, p.23).

<sup>215</sup> Case AT.39740, prg.700. Rivals recently complained that the remedy was not providing the desired results. Additionally Vestager stated that *"We may see a show of rivals in the shopping box...a pickup to clicks for merchants. But we still do not see much traffic for viable competitors...to CSS"* WebSummit, Lisbon, (2019). <https://www.reuters.com/article/us-eu-alphabet-antitrust/eus-vestager-says-googles-antitrust-proposal-not-helping-shopping-rivals-idUSKBN1XH2I8>(Last Access:14.08.2020)

the Buy Box, EC could require Amazon to halt using the data as an input of the Buy Box algorithm. However, that could be complicated, since the Buy Box algorithm will need to be re-executed with a different input set, from the very beginning, which also requires EC's monitoring. In the context of this remedy, it can be considered to make Buy Box results to show the best 5-10 offers where consumers can create their own Buy Box or make Amazon offer two different Buy Boxes, one showing the results of Amazon, while the other showing a set of results of TPS in line with the non-discrimination obligation. Additionally, limiting the ways that Amazon could use TPS data could be another potential remedy (Bostoen, 2019). Similarly, providing 'firewalls', a milder separation where business units still operate under the same umbrella (Bostoen, 2019)<sup>216</sup> would allow easier monitoring of the remedy while reinforcing the continuity of investments in the digital marketplace where Amazon is dominant (Cowen, 2020, p.10). Secondly, if the competition among digital marketplaces is found to be affected by Amazon's collecting, analysing and using TPS data; EC should demonstrate how Amazon abused its dominance on the upstream market via using TPS data against other digital marketplace operators<sup>217</sup> giving rise to exclusionary abuses discussed above.

As it can be deduced, no remedy fits all scenarios, thus all remedies need to be adapted to the individual infringement of the individual undertaking (Cowen, 2020, p.10). Unfortunately, remedies mostly could only prevent probable future infringements but cannot undo the anti-competitive harm caused by the declined quality of services offered, which affects both competitors and customers (Chirita, 2015, p.115). Therefore, a better alternative is to impose a fine and back it up with a restorative remedy as discussed above or with compensation for reduced visibility<sup>218</sup> or refused access of the past (Cremer, et.al., 2019, p.68).

---

<sup>216</sup> Such a remedy could prevent possible Art.101 allegations, since Amazon is in direct competition with TPS that it exchanges data with. Therefore, prohibiting Amazon from using that data in its own business decisions via firewalls would prevent liability under Art.101 and could also help constraining differentiated treatment more effectively (Graef, 2019, p.497-498).

<sup>217</sup> This allegation also includes possible Art.101 considerations, but due to the scope of this study, only possible Art.102 considerations will be discussed.

<sup>218</sup> Restrained online visibility affects SMEs more adversely, since they have limited sources to create their own online shops (Kilpatrick, et.al., 2018, p.206-209).

## 2. Regulation as an Alternative to Remedies

Right after complaints began that the remedy introduced by Google was not providing the desired results, EP questioned whether EC favoured an ex-ante regulation in the digital sector, given that systemic issues are believed to be more easily resolved through legislation rather than antitrust cases.<sup>219</sup> Furthermore, the adequateness of competition law instruments in addressing competitive concerns in digital platforms has increasingly been questioned and although competition law tools seem “ill-suited” for digital platforms they are flexible enough to be adequate (Edelmann, 2015, p.397).<sup>220</sup> However, this flexibility should not compromise foreseeability, legal certainty and the right to a fair trial (Nazzini, 2015, p.4; Krämer, et.al., 2017, p.65-66). Although adjusted competition law tools are adequate, such an adjustment is not an easy task, which requires excessive efforts in such unforeseeable markets (Mandrescu, 2017a, p.353-354). Those fine-tuned competition tools must still be supported with daring and immediate enforcement (Furman, et.al., 2019; Stigler, 2019) since insufficient intervention could be more hazardous in such markets than undue intervention (Furman, et.al., 2019; Stigler, 2019). Nevertheless, due to INE in digital platforms, it is not possible to foresee ex-ante, whether market power will do good or bad regarding competition and efficiency considerations (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.60). Although it has been debated whether to regulate these markets, intervention beyond competition law enforcement is not a priority for the time being (Haucap & Heimeshoff, 2014, p.60).

Yet, ex-ante regulation could complement and benefit competition law enforcement in many ways; providing a competitive, entry free environment for other players, protecting innovation and being proactive before platforms tip (Furman, et.al., 2019; Stigler, 2019).

<sup>219</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-003869\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-003869_EN.html)(Last Access:15.08.2020).

<sup>220</sup> Competition law is required to be adapted and refined to the characteristics of online platforms (Cremer, et.al., 2019, p.3; Kilpatrick, et.al., 2018, p.38; Budzinski & Kohler, 2015, p.43).



Thus, recently,<sup>221</sup> Fairness Regulation<sup>222</sup> has entered into force,<sup>223</sup> providing a partial ex-ante regulation for online intermediation services, covering<sup>224</sup> both digital marketplaces and search engines. The regulation reflects EC's approach against large online platforms and aims to protect companies that depend on online platforms for reaching consumers<sup>225</sup> while safeguarding the innovation potential of platforms.<sup>226</sup>

Firstly and most importantly, Regulation requires digital marketplaces and search engines to be more transparent about their search result rankings by publishing and updating "*the main parameters determining ranking and the reasons for the relative importance of those main parameters as opposed to other[s]*" (Cremer, et.al., 2019, p.63-65)<sup>227</sup> on their websites, which should be publicly available and understandable in the eyes of platform users.<sup>228</sup> Additionally, they are required to acknowledge the possible influence of remuneration payments on ranking,<sup>229</sup> however not required to disclose algorithms or any information that would mislead consumers or harm them through manipulation of search results.<sup>230</sup> Thus, by providing a "*ranking neutrality*", (Bergqvist, 2019, p.3) provision aims to prevent any selective/biased ranking or discriminatory self-favouring.

<sup>221</sup> Regulation came about in a very short time which indicates the urgency of the matter and the interest in EU level to address perceived shortcomings of the existing framework (Bergqvist, 2019, p.2).

<sup>222</sup> Regulation 2019/1150 of the EP and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services OJ L 186, 11.7.2019.

<sup>223</sup> Art.19; Fairness Regulation applies from 12.07.2020.

<sup>224</sup> Art.1(2) of the Regulation.

<sup>225</sup> 1 million businesses and almost half (42%) of SME in EU use digital marketplaces to sell their products/services and nearly 50% of EU businesses experience problems on online platforms. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1168](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1168) (Last Access:15.08.2020), Also see <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market> (Last Access:15.08.2020).

<sup>226</sup> Ibid.

<sup>227</sup> Also see Fairness Regulation, Art.5(1).

<sup>228</sup> Fairness Regulation, Art.5(1),5(2),5(5).

<sup>229</sup> Regulation, Art.5(3).

<sup>230</sup> Regulation, Art.5(6). Disclosure of algorithms, could create a set of problems for EC, thus it is better to monitor the behaviour based on the relevant factors effecting the ranking (Chirita, 2015, p.116).

Secondly, Regulation requires digital marketplaces and search engines to publish any differentiated treatment they give or might give, referring to the main economic, commercial or legal considerations for such differentiated treatment.<sup>231</sup> Thirdly, Regulation requires digital marketplaces to include in terms and conditions a description of *“the technical and contractual access, or absence thereof, of [TPS] to any personal data or other data, or both, which [TPS] or consumers provide for the use of the online intermediation services concerned or which are generated through the provision of those services.”*<sup>232</sup> Thus, regulating the relationship between the digital marketplaces and TPS regarding; terms and conditions, restriction, suspension and termination of contracts, etc., the Regulation aims to cover a broad range of probable abuses that online platforms could engage into.

Accordingly, online platforms are essential for undertakings offering online goods/services and they are susceptible to manipulation, through selective ranking which could be anti-competitive. This concern, calls for an enforcement priority under Art.102, also gave rise to this Regulation (Bergqvist, 2019, p.4), which clarifies the law, for all the players in the market, including dominant undertakings, thus more efficiently protects the overall structure of the market (Chirita, 2015, p.130). Although the Regulation faced criticism<sup>233</sup>, it is still needed. The future will tell whether it will be sufficient to obtain the desired objectives,<sup>234</sup> but competition enforcement<sup>235</sup> could be promoted via ex-ante regulation since they are complementing and reinforcing each other in many ways. First, investigations take time and incurs costs for both parties. EC has been investigating Google since 2010 and fined the undertaking three times from 2017 to 2019, amounting to a rough total of €8.25 billion. Additionally, investigations take several years

<sup>231</sup> Regulation, Art.7.

<sup>232</sup> Regulation, Art.9.

<sup>233</sup> Regulation was criticized that it was aiming to curb the power of huge platforms, particularly Google and Amazon. Thus, the relevant tech giants were concerned about the Regulation and engaged in lobbying against it.

<sup>234</sup> It is argued that, Regulation’s potential to create certain desired results on the market is unpredictable and there’s no guarantee that regulation will outpace judicial developments (Graef & Costa-Cabral, 2020, p.29).

<sup>235</sup> Competition law must function as a background regime (Cremer, et.al., 2019, p.53).

to be completed,<sup>236</sup> which creates an advantage to the investigated undertaking by giving it the time that it needs to secure its position in the relevant market. To crown it all, too much effort and time are spent on appeals. Regulation, mitigating these complications, could help competition law enforcement to better serve its purpose.

Regulation can provide a transparent legal framework for undertakings and prevent many, if not all, infringements before they come alive in the market. Thus, it could be a “competitive risk assessment” for online platforms, also functioning as a pre-remedy for competitively sensitive aspects of the markets. Furthermore, Regulation can increase the scrutiny by guiding the undertakings, resulting in compliant behaviour. The special responsibility of dominant undertakings (Sauter, 2019)<sup>237</sup> also plays a role where their dominance and responsibilities are clarified and emphasized before any infringement. Concludingly, Regulation can support the effectiveness of competition law rules (Krämer, et.al., 2017, p.66-68). However, if the Regulation does not work and anti-competitive conducts emerge, competition law enforcement could always step in, however this time, more efficiently.

Those benefits of Regulation should not underestimate the prohibition under Art.102 which is best suited to face novel situations, whereas the lack of trust in that prohibition could result from; (i) stepping outside the comfort zone of EC’s guidance regarding Art.102., (ii) relatively early stage of the process of administrative and case law refinement of Art.102 for digital markets (Graef & Costa-Cabral, 2020, p.24). Contrarily, Regulation could limit the flexibility of competition law and trouble the enforcement in such fast-evolving markets (OECD, 2019, p.44), thus, it should be prepared through dialogue with stakeholders. Although it is yet not possible to say whether the dominant undertakings operating via algorithms can be successfully regulated, due to them being complex and ill-fit for

---

<sup>236</sup> Google Shopping Investigation took 7 years, Google AdSense and Google Android Investigations both took 3 years to be completed, whereas Amazon Investigation has been going on for more than one year.

<sup>237</sup> Also see Case 322/81, prg.55-56, Case T-228/97, prg.112, Joined Cases C-395/96 and C-396/96, prg.37, Case C-209/10, prg.72-88, Case C-23/1, prg.114-121.

competition law, such a regulatory dialogue is required (Mehra, 2015, p.50-55). Moreover, it seems promisable due to EC's on-going work<sup>238</sup> and ambition to regulate those players.

## V. CONCLUSION

The digital era brought many challenges for competition law enforcers. Figuring out how to apply existing tools, understanding the dynamics of the markets and diagnosing the problem, if exists, are huge deals. Consequently, digital undertakings, are facing antitrust investigations which bring uncertainties for the parties involved. Recently, Amazon faced with competitive investigations, due to increased scrutiny regarding its collection of TPS data on Amazon Marketplace. This collection and use of TPS data by Amazon, has been a concern since the opening up of the marketplace to TPS to sell their products, which created the highly concerning the dual role for Amazon. Amazon is providing marketplace services to TPS and competing with them in the online retailing market, while having the opportunity to collect vast amounts of TPS data. Recently, TPS have been complaining about how their data could be abused by Amazon which is operating in a two-sided market that is prone to tipping, thus having the desire to abuse its position.

This study aimed at analysing the challenges digital marketplaces can pose to EU competition law. This is a question which competition law enforcers around the world are trying to answer. However, before analysing a conduct and possible abuses that may result from, two main challenges await: defining a relevant market and measuring the market power. Digital marketplaces are two-sided markets which are complicating both exercises. Two-sided markets are affected by INE's and the demands on both sides of the markets are interrelated which should be taken into account when adapting the market definition and market power measuring tools for any relevant analysis. Market definition analysis requires determining the typology and business

---

<sup>238</sup> <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>(Last Access:10.09.2020)

models of the digital marketplaces, as their involvement in a transaction can differentiate the possible market definition and analysis of market power that comes after. However, the substitutability of other digital marketplaces, digital shops and brick-and-mortar shops is the most debated yet not resolved aspect of defining a relevant “digital marketplace” market. Measuring market power for digital marketplaces can be tougher in some instances, thus relevant economic advantages should be carefully considered. Digital marketplaces, create positive feedback loops and offer conglomeration of services, which in turn strengthen their position via creating entry barriers and increasing their intermediation power. Moreover, digital marketplaces are rapidly changing which further adds to the difficulty of successfully handling these exercises, thus the emphasis may be in some cases shifted to establishing possible abuses.

Nevertheless, establishing an abuse is also challenging in digital marketplaces where intervention too early can disincentivize innovation and intervention too late could result in foreclosure. Therefore, this study analysed how TPS data could be abused and used to facilitate other abuses. Discrimination in the form of self-preferencing is the most claimed type of abuse in such digital markets. Although it is debated how to sufficiently establish a discriminatory abuse, case law very well established that self-preferencing can be abusive under Art.102, particularly when accompanied by the usage of vastly accumulated TPS data. Furthermore, the acquired TPS data can facilitate other abuses. When the rivals are excluded rather than discriminated, an input or vertical foreclosure, in the form of refusal to deal or margin squeeze is likely. Digital marketplaces are well-suited for both types of abuses and those conducts could create entry barriers, eventually foreclosing the markets. Both can be claimed regarding the marketplace itself, delivery services offered and the accumulated data. However, any of those claims need to establish indispensability, which is possible probably except delivery services. TPS data could also eliminate any business risks for digital marketplaces and could give rise to forced-free-riding and predatory pricing. Nevertheless, since it is difficult to establish predatory pricing in such markets with dynamic

pricing, the overall pricing structure should be the focus of the analysis. Although consumers could benefit from lower prices in the short run, in the long run, they may be harmed by less quality and less choice alongside market foreclosure and less innovation, which constitute the basis of a very critical theory of harm in such innovation-driven dynamic markets. Delivery services offered by digital marketplaces, give rise to tying concerns since the “coercion” is ensured by promising better ranking for TPS that also buy the delivery services from the digital marketplace operator. TPS demand is decisive in this assessment and when TPS, which do not buy delivery services, are downgraded in rankings and disadvantaged, the conduct could be considered as extending the market power to other markets.

Digital marketplaces are also susceptible to exploitative abuses. However, those are difficult to establish and expected to be persistent and can be required to be accompanied by exclusionary abuses to indicate abuse, in which case they provide nothing further under Art.102.

The final challenge after establishing an abuse is whether and how to design a remedy. Remedies must terminate the relevant abuse and prevent conducts with equivalent effects. However, designing a remedy in digital markets is complicated, since the widely used non-discrimination remedies are difficult to efficiently implement and monitor. Furthermore, the proposed remedy should not disincentivize the digital marketplace operators from innovation, which is one of the main drivers of competition in those markets. Additionally, remedies are needed to be adapted to the specifics of the case. Competition law has been questioned regarding its adequateness for dealing with such markets. Although competition law may seem ill-suited for dynamic digital markets, it is still flexible enough to deal with novel situations. Therefore, despite being a priority, Regulation could complement competition law enforcement and provide transparency regarding probable abuses and how to avoid them. This mechanism could prevent abuses before occurring and by promoting competitive processes and free entry, could proactively balance the dependency of SME on digital marketplaces with the innovation incentives of

marketplace operators. Consequently, Regulation could result in more compliance and less abuse, reducing the time, effort and money spent on investigations. Nonetheless, competition law could still come into play when Regulation is insufficient to create the desired results.

## BIBLIOGRAPHY

### Books&Textbooks

- CHOUDARY, S., ALSTYNE, M.W., PARKER, G., “Platform Revolution:How Networked Markets Are Transforming the Economy-and How to Make Them Work for You”, (Norton&Company, 2016).
- FAULL, J., NIKPAY, A., “The EU Law of Competition” (OUP, 3<sup>rd</sup> Ed., 2014).
- GERADIN, D., LAYNE-FARRAR, A., PETIT, N., EU Competition Law and Economics, (OUP, 2012).
- GRAEF, I., EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms Data as Essential Facility, 68 International Competition Law Series (Wolters Kluwer, 2016).
- GRAEF, I., “Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies Between Competition, Consumer and Data Protection Law in Digital Markets”, in *Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach* 121 (M. Bakhoum et.al. Ed., Springer Verlag 2018).
- JONES, A., SUFRIN, B., “EU Competition Law”, (OUP, 5<sup>th</sup> Ed., 2014).
- KERBER, W., SCHWALBE, U., “Economic Principles of Competition Law” in *European Community Practice and Procedure* 202 (Günther HIRSCH, et.al Ed., Sweet&Maxwell, 2008).
- KILPATRICK, B., KOBEL, P., KELLEZI, P., “Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions”, LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property, and Unfair Competition (Springer International, 2018).
- KOKKORIS, I., SHELANSKI, H., “EU Merger Control:A Legal and Economic Analysis”, (OUP, 2014).
- KRISHNAMURTHY, S., “Amazon.Com - a Comprehensive Case History”, E-Commerce Management: Text and Cases, (Southwest, 2004), <https://ssrn.com/abstract=662821>, (Last Access:06.08.2020).



- LINCOLN IV, C.E.A., "Porter Analysis: A Business Strategy of Amazon.com Through a Value Chain and Comparative Advantage Analysis of Amazon's Trademarks and Intangibles", (2018), <https://ssrn.com/abstract=3234380>, (Last Access:11.08.2020).
- LINDSAY, A. "The EC Merger Regulation:Substantive Issues", (Sweet&Maxwell, 4<sup>th</sup> Ed., 2006).
- NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Art.102*" (OUP, 2011).
- O'DONOGHUE, R., PADILLA, J., "The Law and Economics of Article 102 TFEU", (Hart, 2<sup>nd</sup> Ed., 2013).
- STONE, B., "The Everything Store: Jeff Bezos and the Age of Amazon", (Little, Brown and Company, 2013).
- WHISH, R., BAILEY, D., "Competition Law" (OUP, 8<sup>th</sup> Ed., 2015).

### **Journal Articles**

- AKMAN, P. "The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law", 2017(2) *Journal of Law, Technology and Policy* 301, (2017).
- AKTEKİN, E., "Relevant Product Market Definition In Two-Sided Markets Under EU Competition Law", 18(1) *Competition Journal* 84 (2017).
- ALIJANI, R., et.al, "The Segmentation-Thickness Tradeoff in Online Marketplaces", 3(1) *Proc. ACM Meas. Anal. Comput. Syst.* 18:1, (2019).
- AUER, D., PETIT, N., "Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy," 60(4) *The Antitrust Bulletin* 426, (2015).
- BERGQVIST, C., "Discrimination and Self Favoring in the Digital Economy", *The Challenges of Regulating and Enforcing Competition Law Conference, Bucherest*, (2019), [https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Bergqvist\\_paper.pdf](https://law.haifa.ac.il/images/ASCOLA/Bergqvist_paper.pdf) (Last Access:25.08.2020).
- BERGQVIST, C., "Discriminatory abuse - The missing link in the more effect based approach" *Legal Studies Research Paper Series, No.2020-90*, University of Copenhagen, (2020).

- BOSTOEN, F., "Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze?", Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, No:42, (2017) <https://ssrn.com/abstract=3075237> (Last Access: 18.08.2020).
- BOTTA M., WIEDEMANN, K., "Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision", 10(8) Journal of European Competition Law & Practice 465 (2019).
- BUDZINSKI, O., KOHLER, K.H., "Is Amazon The Next Google?", 20 Ilmenau Economics Discussion Papers No:97, (2015).
- CAMBINI, C., MECCHERI, N., SILVESTRI, V., "Competition, Efficiency and Market Structure in Online Digital Markets. An Overview and Policy Implications." ERIEP Selected Papers No:2, (2011), <http://revel.unice.fr/eriep/index.html?id=3212> (Last Access: 11.08.2020).
- CAVALLO, A., "More Amazon Effects: Online Competition and Pricing Behaviours", NBER Working Paper Series, No.25138, (2018), <https://www.nber.org/papers/w25138.pdf> (Last Access: 11.08.2020).
- CHEN, L., MISLOVE, A., WILSON, C., "An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace", WWW'16: Proceedings of the 25th International Conference on World Wide Web, Canada (2016), <https://www.ccs.neu.edu/home/amislove/publications/Amazon-WWW.pdf> (Last Access: 16.08.2020).
- CHEN, L., WILSON, C. "Observing Algorithmic Marketplaces In-The-Wild", 15(2) ACM SIGecom Exchanges 34 (2017).
- CHIRITA, A.D., "Google's Anti-Competitive and Unfair Practices in Digital Leisure Markets", 11(1) The Competition Law Review 109 (2015).
- CHONG, A.Y.L., CH'NG, E., LIU, M.J., LI, B., "Predicting Consumer Product Demands via Big Data: the Roles of Online Promotional Marketing and Online Reviews", 55(17) International Journal of Production Research 5142 (2015).
- COLLYER, K., MULLAN, H., TIMAN, N., "Measuring Market Power In Multi-Sided Markets", CPI Antitrust Chronicle, (2017), <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp->

- [content/uploads/2017/09/CPI-Collyer-Mullan-Timan.pdf](#) (Last Access:14.08.2020).
- COSTA-CABRAL, F., LYNSKEY, O., “Family Ties: the Intersection Between Data Protection and Competition Law in EU Law”, 54(1) *Common Market Review* 11 (2017).
- COWEN, T., “No need to try to break up the tech giants - we have other options available”, *Concurrences Competition Law Review, Digital&Competition* 8, No:1-2020, (2020).
- DIRUSSO, D.J., MUDAMBI, S.M., SCHUFF, D.,”Determinants of Prices in an Online Marketplace”, 20(5) *Journal of Product&Brand Management* 420 (2011).
- EDELMANN, B., “Does Google Leverage Market Power Through Tying and Bundling?”, 11(2) *Journal of Competition Law&Economics* 365 (2015).
- EVANS, D.S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, 20(2) *Yale Journal on Regulation* 325 (2003).
- EVANS, D.S., “Economics of Vertical Restraints for Multi-Sided Platforms”, Coase-Sandor Institute for Law&Economics Working Paper No.626, (2013), [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1187&context=law_and_economics) (Last Access:13.08.2020).
- EVANS, D.S., “Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms” Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No.753, (2016), [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2468&context=law_and_economics) (Last Access:11.08.2020).
- EZRACHI, A. “Behavioral Remedies in EU Merger Control - Scope and Limitations”, 29(3) *World Competition* 459 (2006).
- EZRACHI, A., STUCKE, M.E., “The Fight Over Antitrust’s Soul”, 9(1) *Journal of European Competition Law&Practice* 1 (2018).
- FARRELL, J., KATZ, M.L., “Innovation, rent extraction, and integration in systems markets”, 48(4) *Journal of Industrial Economics* 413 (2000).

- FILISTRUCCHI, L., GERADIN, D., DAMME, E., AFFELDT, P., “Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice”, 10(2) *Journal of Competition Law&Economics* 293 (2014).
- GAL, M.S., ELKIN-KOREN, N., “Algorithmic Consumers”, 30(2) *Harvard Journal of Law&Technology* 309 (2017).
- GASSLER, M. “National and International Developments: The Austro-German Proceedings Against Amazon and its Online Marketplace”, 10(9) *Journal of European Competition Law& Practice* 563 (2019).
- GERADIN, D., PETIT, N., “Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?”, 2(3) *Journal of Competition Law&Economics* 479 (2006).
- GRAEF, I., “Market Definition and Market Power in Data: the Case of Online Platforms,” 38(4) *World Competition* 473 (2015).
- GRAEF, I., “Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competiiton Law and Economic Dependence”, 38 *Yearbook of European Law* 448 (2019).
- GRAEF, I., COSTA-CABRAL, F., “To Regulate or Not to Regulate Big Tech”, *Concurrences Competition Law Review, Digital&Competition* 24, No:1-2020, (2020).
- HAUCAP, J., HEIMESHOF, U., “Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Interner Driving Competition or Market Monopolization?”, 11 *International Economics and Economic Policy* 49 (2014).
- HÖPPNER, T., WESTERHOFF, P., “The EU’s Competition Investigation into Amazon’s Marketplace”, (2018), <https://ssrn.com/abstract=3495203> (Last Access:31.07.2020).
- JIANG, B., JERATH, K., SRINIVASAN, K., “Firm strategies in the “mid tail” of platform-based retailing”, 30(5) *Marketing Science* 757 (2011).
- KHAN, L.M., “Amazon’s Antitrust Paradox”, 126(3) *The Yale Law Journal* 710 (2017).
- LAI, G., LIU, H., XAIO, W., “Fulfilled by Amazon: A Strategic Perspective of Competition at the E-commerce Platform”, (2018), <https://ssrn.com/abstract=3270958> (Last Access:20.08.2020).

- LAO, M., "Search, Essential Facilities, and the antitrust Duty to Deal", 11(5) *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 298 (2013).
- MAGGIOLINO, M., "Personalised Prices in European Competition Law", *Bacconi Legal Studies Research Paper No:2984840*, (2017), [https://www.academia.edu/33434806/PERSONALIZED\\_PRICES\\_IN\\_EUROPEAN\\_COMPETITION\\_LAW](https://www.academia.edu/33434806/PERSONALIZED_PRICES_IN_EUROPEAN_COMPETITION_LAW) (Last Access:11.08.2020).
- MÄIHÄNIEMI, B., "Lessons From the Recent Commission's Decision on Google. To Favor Oneself or Not, That is the Question", Working Paper, (2017), University of Helsinki, [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Maihaniemi.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Maihaniemi.pdf) (Last Access:26.08.2020).
- MANDRESCU, D., "Applying EU Competition Law to Online Platforms: The Road Ahead - Part 1", 38(8) *European Competition Law Review* 353 (2017a).
- MANDRESCU, D., "Applying EU Competition Law to Online Platforms: The Road Ahead - Part 2", 38(9) *European Competition Law Review* 410 (2017b).
- MANDRESCU, D., "Applying (EU) Competition Law to Online Platforms: Reflections on the Definition of the Relevant Market", 41(3) *World Competition* 453 (2018).
- MATTA, R., LOWE, T.J., ZHANG, D., "Competition in the Multi-Sided Platform Market Channel", 189(C) *International Journal of Production Economics* 40 (2017).
- MEHRA, S., "Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the time of Algorithms", *Legal Studies Research Paper Series No.2015-15*, Temple University (2015), [https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Mehra\\_ONLINEPDF1.pdf](https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Mehra_ONLINEPDF1.pdf) (Last Access:21.08.2020).
- NAZZINI, R., "Google and the (Ever-Stretching) Boundaries of Article 102", 6(5) *Journal of European Competition Law&Practice* 301 (2015).
- NAZZINI, R., "Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google", 11<sup>th</sup> Annual Conference of

- the GCLC, Brussels, (2016), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2815081](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2815081) (Last Access:13.08.2020).
- NEWMAN, J.M., “Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations”, 164 *University of Pennsylvania Law Review* 149 (2015).
- NEVO, H., BERGH, R.V., “Private Labels: Challenges for Competition Law and Economics”, 40(2) *World Competition* 271 (2017).
- O’DONOGHUE, R., “The Quiet Death of Secondary Line Discrimination as an Abuse of Dominance: Case C-525/16 MEO” 9(7) *Journal of European Competition Law&Practice* 443 (2018).
- PABLO, A.L., “Competition Law as Fairness”, 8(3) *Journal of European Competition Law&Practice* 147 (2017).
- PARKER, G., ALSTYNE, M.W., “Innovation, openness, and platform control”, 64(7) *Management Science* 3015 (2017).
- RAMO, J.C., “Jeff Bezos: King of the Internet,” 154(26) *Time* (1999).
- RESCA, A., BYGSTAD, B, “Amazon and the Self”, 45(3) *SIGCAS Computers&Society* 25 (2015).
- RITALA, P., GOLNAM, A., WEGMANN, A., “The Competition-Based Business Models: The Case of Amazon.com”, 43 *Industrial Marketing Management* 236 (2014).
- RYAN, J.K., SUN, D., ZHAO, X., “Competition and Coordination in Online Marketplaces”, 21(6) *Production and Operations Management* 997 (2012).
- RYSMAN, M., “The Economics of Two-Sided Markets”, 23(3) *Journal of Economic Perspectives* 125 (2009).
- SAUTER, W., “A duty of care to prevent online exploitation of consumers? Digital dominance and special responsibility in EU competition law”, *TILEC Discussion Paper, DP 2019-002*, (2019) [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3353280](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3353280) (Last Access:08.09.2020).
- SCHAPER, M.T., “Competing in the Online Marketplace: Contemporary Issues for SMEs and Their Regulators”, 22(1) *Small Enterprise Research* 69 (2015).
- SCHEPP, N.P., WAMBACH, A., “On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment”, 7(2) *Journal of European Competition Law&Practice* 120 (2016).

- SHELANSKI, H.A., "Information, Innovation and Competition Policy for the Internet," 161(6) *University of Pennsylvania Law Review* 1663 (2013).
- SOKOL, D.D., MA, J., "Understanding Online Markets and Antitrust Analysis," 15(1) *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 43 (2017).
- SPRAGUE, R., "It's a Jungle Out There: Public Policy Considerations Arising from a Liability-Free Amazon.com", 60(2) *Santa Clara Law Review* 253 (2020).
- THEPOT, F. "Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets" 36(2) *World Competition* 195 (2013).
- TREMBLAY, M.J., "Vertical Relationships within Platform Marketplaces", 7(3) *Games* 17 (2016).
- TOWNLEY, C., MORRISON, E., YEUNG, K., "Big Data and Personalized Price Discrimination in EU Competition Law", King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: No.2017-38, (2017), [https://www.researchgate.net/profile/Karen\\_Yeung/publication/322721843\\_Big\\_Data\\_and\\_Personalized\\_Price\\_Discrimination\\_in\\_EU\\_Competition\\_Law/links/5a6b31c9a6fdcc2aedee78e2/Big-Data-and-Personalized-Price-Discrimination-in-EU-Competition-Law.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Karen_Yeung/publication/322721843_Big_Data_and_Personalized_Price_Discrimination_in_EU_Competition_Law/links/5a6b31c9a6fdcc2aedee78e2/Big-Data-and-Personalized-Price-Discrimination-in-EU-Competition-Law.pdf) (Last Access: 11.08.2020).
- WIETHAUS, L., "Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective", 6(7) *Journal of European Competition Law & Practice* 506 (2015).
- WOODCOCK, R.A., "Digital Monopoly without Regret", *Concurrences Competition Law Review, Digital & Competition* 53, No:1-2020, (2020).
- WU, T., "Taking innovation seriously: Antitrust enforcement if innovation mattered most", 78(2) *Antitrust Law Journal* 313 (2012).
- VESTERDORF, B., FOUNTOUKAKOS, K., "An Appraisal of the remedy in the Commission's Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical

Reading of the Case Law”, 9(1) Journal of European Competition Law&Practice 3 (2018).

ZHU, F., LIU, Q., “Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com” 39(10) Strategic Management Journal 2618 (2018).

## **EU Legislation**

Council Regulation No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, [2003] OJ L 1, 04.01.2003.

Guidance on the EC’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/7, 24.02.2009.

Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2008] OJ C265, 18.10.2008.

Regulation 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services [2019] OJ L 186, 11.7.2019.

## **EC Decisions**

Eurofix-Bauco v Hilti, EC Decision, OJ [1988] L 65, 11.03.1988.

Napier Brown-British Sugar, EC Decision, OJ [1988] L 284/41, 19.10.1988.

HOV SVZ/MCN, EC, Decision IV/33.941 [1994] OL L 104/34, 23.04.1994.

Deutsche Post AG - Interception of cross-border mail, EC, Decision COMP/C-1/36.915, [2001] OJ L 331/40, 15.12.2001.

Michelin, EC Decision, OJ [2002] L 143/1, 31.05.2002.

Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg, EC Decision COMP/36.568, 23.07.2004.

Sundbusserne v Port of Helsingborg, EC Decision COMP/36.570, 23.07.2004.



- BdKEP/Deutsche Post AG and Bundesrepublik Deutschland, EC, Decision COMP/38.745, 20.10.2004.
- Thomson/Reuters, EC, Decision COMP/M.4726, C(2008) 654, 19.02.2008.
- Wanadoo Espana v Telefonica, EC Decision COMP/38.784, [2008] OJ C-83/5, 02.04.2008.
- Telekomunikacja Polska, EC Decision COMP/39.525, 22.07.2011.
- Microsoft/LinkedIn, EC, Decision COMP/M.8124, C(2016) 8404, 06.12.2016.
- Google Search (Shopping), EC, Decision AT.39740, 27.07.2017.

## **EC Publications**

- CREMER, J., MONTJOYE, Y.A., SCHWEITZER, H., “Competition Policy for the Digital Era”, Final Report, EC, (2019).
- EC, Communication, “Online Platforms and the Digital Single Market: Opportunities and Challenges for Europe” COM(2016) 288 Final, (2016).
- EC, Staff Working Document, Accompanying the document Report from the EC to the Council and the EP Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD/2017/0154 Final, 10.05.2017.
- Press Conference by Commissioner Margrethe Vestager, 19.09.2018, <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-160574> (Last Access: 10.08.2020).
- Press Release, 06.07.2020, <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3114>, (Last Access: 10.08.2020).
- Press Release, EC, Antitrust: EC opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon, 17.07.2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291) (Last Access: 10.08.2020).
- The Statement of Objections, Fact Sheet, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_15\\_4781](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_15_4781) (Last Access: 14.08.2020).

## EU Case Law

Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v EC, CJEU Case C-6/72 [1973] ECR 215.

Joined CJEU Cases C-6/73 and C-7/73, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v EC, [1974] ECR 223.

General Motors Continental NV v EC, CJEU Case C-26/75, [1975] ECR-1367.

United Brands v EC, CJEU Case C-27/76, [1978] ECR 207.

Hoffman La-Roche v EC, CJEU Case C-85/76 [1979] ECR 461.

NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v EC, CJEU Case C-322/81 [1983] ECR 3461.

Telemarketing (CBEM) v CLT and IPB, CJEU Case C-311/84, EU:C:1985:394.

British Leyland Plc v EC, CJEU Case C-226/84 [1986] ECR 3263, [1987] 1 CMLR 185.

Tetra Pak v EC, GC Case T-51/89, [1990] ECR II-309.

Hilti v EC, GC Case T-30/89, [1991] ECR II-1439.

AKZO Chemie BV v EC, CJEU Case C-62/86 [1991] ECR I-3359.

Tetra Pak v EC, GC Case T-83/91, [1994] ECR II-755.

BPB Industries plc and British Gypsum Ltd v EC, CJEU Case C-310/93 [1995] ECR I-865.

Joined CJEU Cases C-241/91 and C-242/91, RTE and ITP v EC, [1995] ECR I-743.

Germany v Council, CJEU Case C-426/93, [1995] ECR I-3723.

Tetra Pak International SA v EC, CJEU Case C-333-94 [1996] ECJ I-5951.

Deutsche Bahn v EC, GC Case T-229/94, ECLI:EU:T:1997:155.

GT-Link v EC, CJEU Case C-242/95 ECLI:EU:C:1997:376.

Tierce Ladbroke SA v EC, GC Case T-504/93 [1997] ECR-II-923.

ITT Promedia NV v EC, GC Case T-111/96, [1998] ECR II-2937.

Oscar Bronner v EC, CJEU Case C-7/97 [1998] ECR I-7791.

Deutsche Bahn v EC, CJEU Case C-436/97 ECLI:EU:C:1999:205.

Irish Sugar plc v EC, GC Case T-228/97, [1999] ECR II-2969.

- Joined CJEU Cases C-395/96 and C-396/96 *Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v EC*, [2000] ECR I-1365.
- IMS Health v NDC Health*, CJEU Case C-418/01, [2004] ECR I-5039.
- British Airways plc v EC*, CJEU Case C-95/04 [2007] ECR I-2331.
- France Telecom SA v EC*, GC Case T-340/03, [2007] ECR II-107.
- Microsoft Corporation v EC*, GC Case T-201/04, [2007] ECR II-3601.
- Sot. Lelos kai Sia EE v GlaxoSmithKline A EVE Farmakeftikon Proionton*, CJEU Case C-468/06 [2008] ECR I-7139.
- Kanal 5 Ltd v. Föreningen Svenska Tonsatterses Internationella Musikbyra (STIM) upa*. CJEU Case C-52/07, [2008] ECR I-9275.
- France Telecom SA v EC*, CJEU Case C-202/07 [2009] ECR I-2369.
- Isabella Scippacercola and Ioannis Terezakis v EC*, CJEU Case C-159/08 [2009] ECR I-49.
- Deutsche Telekom AG v EC*, CJEU Case C-280/08 [2010], ECR I-9555.
- Astra Zeneca v EC*, GC Case T-321/05, [2010] ECR II-2805.
- Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, CJEU Case C-52/09, [2011] ECR I-527.
- Post Danmark A/S v Konkurrenserådet*, CJEU Case C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172.
- Telefonica and Telefonica de Espana v EC*, GC Case T-336/07, [2012], ECLI:EU:T:2012:172.
- Post Danmark A/S v Konkurrenserådet*, CJEU Case C-23/1, ECLI:EU:C:2015:651.
- Google and Alphabet v EC*, GC Case T-612/17, [2017] OJ C369.
- AKKA/LA v Konkurences Padome*, CJEU Case C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689.
- MEO*, CJEU Case C-525/16, ECLI:EU:C:2018:270.

## Opinions of AG

Opinion of AG Nial Fennelly in *Joined CJEU Cases C-395/96 and C-396/96 Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie Maritime Belge SA and Dafra-Lines A/S v EC* [2000] ECR I-1365.

## US Legislation, Cases and Other Sources

US House Judiciary Antitrust Subcommittee Hearing on “*Online Platforms and Market Power, Part 6: Examining the Dominance of Amazon, Facebook, Google and Apple*” as part of the Committee’s ongoing investigation of competition in the digital marketplace, 27.07.2020, <https://judiciary.house.gov/calendar/eventsingle.aspx?EventID=3113> (Last Access:30.07.2020).

Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices in the Matter of Google Inc., FTC File No:111-0163, (2013) [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/295971/130103googlesearchstmtofcomm.pdf) (Last Access:15.09.2020).

DOJ “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies”, (2004).

DOJ “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies”, (2011).

## National Authority Decisions and Publications

Press Release, GFCO, 29.11.2018, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29\\_11\\_2018\\_Verfahrenseinleitung\\_Amazon.pdf?blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.pdf?blob=publicationFile&v=2) (Last Access:25.07.2020).

Case Summary, GFCO, B2-88/18, 17.07.2019, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?blob=publicationFile&v=5> (Last Access:25.07.2020).

GFCO, “Competition restraints in online sales after Coty and Asics - what’s next?” Series of papers on Competition and Consumer Protection in the Digital Economy, (2018) [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe\\_Digitales\\_IV.pdf?blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_IV.pdf?blob=publicationFile&v=2) (Last Access:25.07.2020).

Case Summary, GFCO, B6-22/16, 15.02.2019, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?blob=publicationFile&v=4> (Last Access:25.07.2020).

GFCO, The market power of platforms and networks, Executive Summary, (2016), [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4) (Last Access:25.07.2020).

Case Summary, AFCA, 17.07.2019, [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/Downloads/standpunkte/BWB\\_Amazon-Fallbericht\\_20190717.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/Downloads/standpunkte/BWB_Amazon-Fallbericht_20190717.pdf) (Last Access:25.07.2020).

Amazon ServicesEurope, LCC, Case 2019-MCP-01, 03.07.2019, <https://concurrency.public.lu/content/dam/concurrency/fr/actualites/2019/Decision-2019-MC-01-Version-unique-.pdf> (Last Access:25.07.2020).

Amazon ServicesEurope, LCC, Case 2017-C-02, 21.07.2020, <https://concurrency.public.lu/content/dam/concurrency/fr/decisions/abus-de-position-dominante/2017/decision-2017-c-02/decision-2017-C-02-version-publique.pdf> (Last Access:15.09.2020).

Case A528-FBA AMAZON, ICA, Measure n.27623, 10.04.2019, [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/\\$File/p27623.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/$File/p27623.pdf) (Last Access:25.07.2020).

Reduction in Travel Agent Commissions By Aer Lingus plc., CCPC Case COM/15/02, 10.06.2003.

BetterCare Group Ltd/North & West Belfast Health and Social Services Trust, OFT Case CE/1836-02, 18.12.2003.

## Online Publications

SCHREPEL, T., “Google, Facebook and Amazon are no platforms”, CONCURRENTIALISTE, 27.07.2020, <https://leconcurrentialiste.com/not-platforms/> (Last Access:30.08.2020).

BOSTOEN, F., “Amazon cases on the move, Bundeskartellamt closes proceedings while European Commission opens formal investigation”, CoRe Blog, 12.11.2019, <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/amazon-cases-on-the-move/> (Last Access:10.08.2019).

## Web Sources

Competing with Amazon on Amazon, Greg Bensinger, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304441404577482902055882264> (Last Access:06.08.2020).

Third-party-sellers and Amazon - a double-edged sword in e-commerce, Jennifer Rankin, <https://www.theguardian.com/technology/2015/jun/23/amazon-marketplace-third-party-seller-faustian-pact> (Last Access:06.08.2020).

Got a Hot Seller on Amazon? Prepare for E-Tailer to Make One Too, Spencer Soper, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-20/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-e-tailer-to-make-one-too> (Last Access:06.08.2020).

'You're Stupid If You Don't Get Scared':When Amazon Goes From Partner to Rival, Jay Greene, Laura Stevens, <https://www.wsj.com/articles/how-amazon-wins-1527845402> (Last Access:06.08.2020).

Amazon Sellers Say The Tech Giant Is Crushing Them With Competitive Pricing, Leticia Miranda, <https://www.buzzfeednews.com/article/leticiamiranda/amazon-sellers-say-the-tech-giant-is-crushing-them-with#.jdyrW1KZj> (Last Access:06.08.2020).

How Amazon Steers Shoppers to Its Own Products, Julie Creswell, <https://www.nytimes.com/2018/06/23/business/amazon-the-brand-buster.html> (Last Access:06.08.2020).

<https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/15/amazon-japanese-headquarters-raided-regulator-antitrust-fair-trade-commission> (Last Access:06.08.2020).

<https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-regulator-to-probe-amazon-rewards-plan/> (Last Access:06.08.2020).

<https://asia.nikkei.com/Business/Companies/Japan-s-antitrust-regulator-to-probe-Amazon-s-loyalty-program> (Last Access:06.08.2020).

<https://english.stackexchange.com/questions/323942/what-does-me-myself-and-i-mean> (Last Access:06.08.2020).

<https://feedvisor.com/university/amazon-buy-box/>, (Last Access:11.08.2020).

<https://www.junglescout.com/blog/how-to-win-the-buy-box/> (Last Access:11.08.2020).

<https://www.webfx.com/blog/marketing/amazon-buy-box-algorithm/>  
(Last Access:11.08.2020).

<https://sellercentral-europe.amazon.com/forums/t/buy-box-explanation/226407/3> (Last Access:11.08.2020).

<https://www.amazon.com/amazonprime?encoding=UTF8&%2AVersion%2A=1&%2Aentries%2A=0>, (Last Access:11.08.2020).

WebSummit, Lisbon, (2019). <https://www.reuters.com/article/us-eu-alphabet-antitrust/eus-vestager-says-googles-antitrust-proposal-not-helping-shopping-rivals-idUSKBN1XH2I8> (Last Access:14.08.2020)

[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-003869\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-003869_EN.html) (Last Access:15.08.2020)

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1168](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1168)  
(Last Access:15.08.2020)

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market> (Last Access:15.08.2020)

<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/08/competition-bureau-seeks-input-from-market-participants-to-inform-an-ongoing-investigation-of-amazon.html> (Last Access:30.08.2020).

<https://www.businesswire.com/news/home/20200130005814/en/Amazon.com-Announces-Fourth-Quarter-Sales-21-87.4> (Last Access:05.09.2020).

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market> (Last Access:10.09.2020).

## Other

Amazon Annual Report, (2018), [https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc\\_financials/annual/2018-Annual-Report.pdf](https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/annual/2018-Annual-Report.pdf) (Last Access:13.09.2020).

Amazon Annual Report, Letter to Shareholders, (2018), [https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc\\_financials/annual/2018-Letter-to-Shareholders.pdf](https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/annual/2018-Letter-to-Shareholders.pdf) (Last Access:13.09.2020).

CERRE, Market Definition and Market Power in the Platform Economy Report, (2019).

FURMAN, J., et.al., Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, (2019).

- KRÄMER, J., SCHNURR, D., STREEL, A., “Internet Platforms and Non-Discrimination Project Report”, CERRE, (2017).
- OECD, “Data Driven Innovation for Growth and Well-being: Interim Synthesis Report”, (2014).
- OECD, “Price Discrimination, Background note by the Secretariat”, (2016), DAF/COMP(2016)15.
- OECD, “Background Note on Personalised Pricing in the Digital Era”, (2018), DAF/COMP(2018)13.
- OECD, “Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note”, (2019), DAF/COMP(2018)3.
- DHL, Onlinehändler im Spannungsfeld von Wachstum und Marktkonzentration, 2018, <https://www.dpdhl.com/content/dam/dpdhl/de/media-center/media-relations/documents/2018/dhl-e-commerce-studie-ifh-koeln-onlinehaendler-102018.pdf> (Last Access: 20.08.2020).
- SCHWEITZER, H., HAUCAP, J., KERBER, W., WELKER, R., Modernising the law on abuse of market power, Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, (2018).
- Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, (2019).



# Otomotiv Sektöründe Bir Mikro Düzenleme Örneği Olarak Rekabet Kurumu Tebliği ve Makro Görünüme Etkisi

23 Nisan 2020’de alındı; 02 Nisan 2021’de kabul edildi.

Araştırma Makalesi

Recep GÜNDÜZ\*

## Öz

*Rekabet Kurumunun otomotiv sektöründeki dikey anlaşmalara yönelik grup muafiyeti tebliğleri, yeni motorlu araçların satışından yedek parça ve servis hizmetlerine kadar oldukça geniş bir alanı düzenlemekte ve sektörde rekabetçi bir yapının oluşturulmasına katkı sağlamaya çalışmaktadır. Bu niteliği itibarıyla tebliğler, sektöre yönelik en önemli mikroekonomik düzenlemelerden biri olarak dikkat çekmektedir. Makro politika ve hedeflerle mikro düzenlemeler arasında bir uyumun olması gerektiği ön kabulünden hareketle bu çalışmamızda, tebliğlerle getirilen düzenlemelere yer verilecek ve ardından bu düzenlemelerin makro hedef ve öngörülere ne ölçüde katkı sağladığı/sağlayabileceği incelenecektir.*

**Anahtar kelimeler:** *Otomotiv Tebliği, grup muafiyeti, mikro düzenleme, mikro reform.*

\* Papara Elektronik Para A.Ş., Kamu İlişkileri ve Strateji Direktörü, Orchid ID: 0000-0001-6471-1942. Çalışmada yer alan görüşler, yazarın kendi görüşleri olup Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir.

# Turkish Competition Authority's Communique as an Example of Microeconomic Regulation and its Impact on Macro View in the Automotive Industry

Received 23 April 2020; accepted 02 April 2021  
Original Article

Recep GÜNDÜZ 

## Abstract

*Turkish Competition Authority's block exemption communiqués on vertical agreements in the motor vehicles sector regulate a wide range of issues from sales of new motor vehicles to spare parts and after-sale services and these communiqués aim to contribute to the formation of a competitive structure. In this respect, communiqués highlight as one of the most important microeconomic regulations related to the motor vehicles sector. In this paper, depending on the pre-acceptance that there should be a harmony between macro policies and targets and micro regulations, we examined the regulations covered by the communiqués and explored how these regulations contributed or may contribute to the macro view and targets in the automotive industry.*

**Keywords:** *Communiqués on Motor Vehicles Sector, block exemption communiqués micro regulations, micro reforms.*

## GİRİŞ

Otomotiv sektörü 20. yüzyılda yaşanan ekonomik dönüşüme damgasını vuran sektörlerin başında gelmektedir. Günümüzde otomotiv sektörü bakımından hayati konu sektörün esaslı biçimde dönüşüme uğramasıdır. Bu değişimin merkezinde kullanılan malzemenin niteliği, çevreye duyarlı teknolojilerin gelişmesi, elektrikli otomobillerin yaygınlaşmaya başlaması ve otonom sürüş teknolojilerinin gelişmesi bulunmaktadır (TEPAV, 2013, s. 31). Öte yandan küresel ekonomik gelişmelere paralel olarak otomotiv üretimi ve pazarı da Doğu'ya kaymakta ve BRICS ekonomilerinin otomotiv endüstrisindeki ağırlığı artmaktadır (McKinsey, 2013, s.7). Değişen koşullar, otomotiv sektörüne yönelik yabancı yatırımlar bakımından daha rekabetçi bir küresel çevre ile karşı karşıya kalınmasına neden olmaktadır. Bu durum sadece araştırma geliştirme yatırımlarının önemini arttırmamakta, bu alanda somut yatırımların gerçekleştirilmesi ihracat odaklı sektörün başarısının devamı açısından adeta bir ölüm-kalım meselesi haline gelmektedir.

İmalat sanayi, yan sanayi ve ilişkili olduğu hizmet sektörü ile birlikte ele alındığında otomotiv sektörü Türkiye ekonomisi içinde istihdama, dış ticaret hacmine, araştırma-geliştirme kapasitesine ve ülkenin rekabet gücü ile üretim olanaklarına çok önemli katkılar sunmaktadır (TOBB, 2012, s.16). Türkiye tarafından elektrikli ve otonom özelliklere sahip bir otomobil markası yaratılması hedefi gelişmiş teknolojilere uyum ve rekabetçi gücün artırılması/korunması bakımından hem otomotiv ana sanayi hem de yan sanayi bakımından iddialı ve önemlidir.

Rekabet Kurumunun (Kurum) sektörün tüketici bakımından nevi şahsına münhasır özelliklerini de göz önünde bulundurarak 1998 yılından bu yana yayınlaya geldiği otomotiv sektöründeki dikey anlaşmalara yönelik muafiyet tebliğleri, yeni motorlu araçların satışından yedek parça ve servis hizmetlerine kadar oldukça geniş bir alanı düzenlemekte ve rekabetçi bir yapının oluşturulmasına katkı sağlamaya çalışmaktadır. Bu niteliği itibarıyla tebliğler, sektöre yönelik en önemli mikroekonomik düzenlemelerden biri olarak dikkat çekmektedir. Makro politika ve hedeflerle mikro düzenlemeler arasında bir uyumun olması gerektiği ön kabulünden hareketle bu çalışmamızda, öncelikle Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan önceki tebliğler ile birlikte 2017/3 sayılı Tebliğ'in getirdiği düzenlemelere yer verilecek

ve ardından bu düzenlemelerin makro hedef ve öngörülere ne ölçüde katkı sağladığı/sağlayabileceği incelenecektir. Kanımızca Türkiye'nin otonom özelliklere sahip yerli elektrikli otomobil üretme hedefinin otomotiv dağıtımında, servis hizmetlerinde, yedek parça üretim ve dağıtımında yol açacağı potansiyel değişim, mevcut düzenlemeleri ve etkilerini anlamayı daha da önemli kılmaktadır.

## 1. OTOMOTİV SEKTÖRÜNDE MİKRO DÜZENLEME ÖRNEĞİ OLARAK REKABET KURUMU TEBLİĞLERİ

Gümrük Birliği süreci sonrasında Avrupa Birliği (AB) uygulamaları ile paralel biçimde Türkiye de motorlu taşıtlar sektörünün nevi şahsına münhasır özelliklerini göz önüne alarak bu sektörü diğer sektörlerden ayıran birtakım düzenlemeler getirmiştir. Yeni motorlu taşıtların dağıtımından, satış sonrası hizmetlerin sunumuna ve yedek parça dağıtımına ilişkin her alanda etkin rekabetin tesisini, tüketici refahının arttırılmasını ve kaynak tahsisinde etkinliği hedefleyen<sup>1</sup> bu düzenlemeler hiç şüphesiz sektöre ilişkin önemli bir mikro düzenleme örneğidir. Mikro düzenlemelerin başarısını etkileyen önemli bir unsur düzenlemelerin sektör gerçekleri ile uyumu ve sektörün makro görünümü ve hedefleri ile sergilediği ahenktir. Bu anlamda, çalışmamızın bu bölümünde günümüze kadar ülkemizde Kurum tarafından bu alanda yayımlanan tebliğlere yer verilecek ve bu tebliğlerin hedeflere ne ölçüde ulaştıkları analiz edilecektir.

Bu değerlendirmeye geçmeden önce sektör için önemli bir mikro düzenleme örneği olarak nitelenen ve motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti sağlayan tebliğlerin hukuki mahiyetine kısaca değinmekte fayda görülmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 5. maddesinde düzenlenen muafiyet rejimi, aynı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olan rekabeti sınırlayıcı işlem ve eylemlerin olumlu ve olumsuz yönlerinin tartılmasına ve olumlu yönü ağır basıyor ise 4. madde yasağında istisna tutulmasına imkân vermektedir. Rekabet Kurulu somut bireysel olayın özellikleri nedeniyle Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyet tesis edebileceği

<sup>1</sup> Kurum tarafından bugüne kadar yayımlanan tüm tebliğlerin uygulanmasına ilişkin kılavuzlarda tebliğlerin amacı bu biçimde tanımlanmıştır.

gibi, belirli konulardaki anlaşma türlerini 4. madde yasaklamasından muaf tutan ve ilgili herkese uygulanan grup muafiyetleri de tesis edebilmektedir. Grup muafiyetleri tebliğ biçimindeki genel düzenleyici işlemlerle tesis edilmekte olup bu alanda tebliğ çıkarma yetkisi münhasıran Rekabet Kuruluna aittir (Sanlı, 2000, s. 225). Grup muafiyeti tebliğleri belirli konulardaki anlaşmalara objektif kriterler getirmek suretiyle söz konusu kriterleri sağlayan anlaşmaların Kuruma bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta, bu vesileyle hem sektördeki oyuncular açısından hukuki öngörülebilirlik sağlamakta (Gazioğlu, 2005, s. 68) hem de Rekabet Kuruluna ilgili sektörler veya alanlara rekabetçi müdahalelerde bulunma yetkisi vermektedir. Motorlu taşıtlar sektöründe dağıtımın, genellikle bir kategori olarak tanımlanabilecek benzer kısıtlamalar içeren yeniden satış anlaşmaları ağıyla örgütlenmesi, söz konusu anlaşmaların bireysel olarak değerlendirilmesi yerine, Kanun'un 5. maddesinin öngördüğü yetkiyle bir grup muafiyeti düzenlemesine gidilmesini gündeme getirmiştir (Gazioğlu, 2005, s. 67).

Kurul, motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalara ilişkin bugüne kadar ilki 1998 yılında (1998/3 sayılı Tebliğ), ikincisi 2005 yılında (2005/4 sayılı Tebliğ) ve son olarak 2017 yılında (2017/3 sayılı Tebliğ) olmak üzere motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalar için grup muafiyeti tebliği yayımlamıştır.

Bu noktada motorlu taşıtlar sektörünün nevi şahsına münhasır özelliklerinin ne olduğu ve neden bu sektörde ayrı bir rekabet düzenlemesine ihtiyaç duyulduğu önemlidir. Ülkemizdeki düzenlemelere temel teşkil eden tüzükleri yayımlayan AB Komisyonu'nun bu sorulara verdiği iki esas gerekçe bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bunlardan ilki motorlu taşıt harcamalarının tüketici bütçeleri nezdinde sahip oldukları payın yüksekliği ve ikincisi ise ortak pazar / tek pazar hedefi doğrultusunda AB genelinde var olan fiyat farklılıklarının giderilmesidir<sup>3</sup>. Ülkemiz açısından AB Komisyonu'nun ortak pazar / tek pazar hedefinin geçerliliği bulunmadığından genellikle sektörün tüketici açısından

<sup>2</sup> AB'nin bugüne kadar bu alanda 1985 (123/85 sayılı Tüzük), 1995 (1475/95 sayılı Tüzük), 2002 (1400/2002 sayılı Tüzük) ve 2010 (461/2010 sayılı Tüzük) yıllarında yayınladığı dört Tüzük bulunmaktadır.

<sup>3</sup> AB Komisyonu Rekabet Komiseri Philip Lowe'un konuya ilişkin açıklamaları için [http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor\\_vehicles/legislation/explanatory\\_brochure\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_en.pdf)

önemi göz önüne alınarak düzenleme yapıldığı belirtilmektedir<sup>4</sup>. Bununla birlikte, AB ile müktesebat uyumu meselesi de önemli nedenler arasındadır. Gerçekten de Gümrük Birliği ve ardından üyelik müzakereleri çerçevesinde Türkiye birçok alanda olduğu gibi rekabet hukuku alanında da yürürlükte bulunan grup muafiyeti mevzuatını ve ek olarak AB organlarınca geliştirilen düzenlemeleri Türk mevzuatına aktarmak konusunda önemli bir çaba sarf etmiştir.

Bu durumun bir yansımasının motorlu taşıtlara ilişkin tebliğlerde de görülmesi ve özellikle Türkiye pazarı ile AB pazarı arasındaki farklılıkların söz konusu düzenlemelerde dikkate alınmaması zaman zaman eleştiri konusu olmuştur. Bu eleştirilerin odak noktasında Avrupa'daki bölgeler (ülkeler) arasındaki farklılıkları gidermek için getirilen kuralların Türkiye'de bu amaca hizmet etmeyeceği açıkken aynen aktarılması, AB ülkelerinin kendi markalarının yurt içi pazar payları göz önüne alınarak tespit edilen pazar payı eşiklerinin aynen korunması ve özellikle satış sonrası pazara ilişkin Türkiye'nin kayıt dışı ekonomik boyutunu dikkate almadan bazı düzenlemelere gidilmesi bulunmaktadır (İTO, 2006, s.20-22). Bununla birlikte Kurum'un özellikle 2013 yılında tebliğin uygulama sonuçlarını analiz etmek ve sorun alanlarını tespit etmek adına başlattığı sektör araştırması raporu ülkemize özgü bir düzenleme hedefi bakımından önemlidir.

Sektöre özgü bir tebliğin olması zaman zaman eleştiri konusu olsa da, sektöre ilişkin ayrı rekabet düzenlemelerinin var olmasını haklı kılan önemli ekonomik gerekçelerin varlığı göz ardı edilmemelidir. Motorlu taşıtların geniş coğrafyalara dağıtımının gerektirdiği yoğun sermaye ihtiyacı, alt pazarda dikey ilişkileri ve işbirliklerini zorunlu kılmış (Crane, 2017, s. 183-184), satış sonrası pazar da müşteriler nezdinde önemini arttırmıştır. Otomotiv üreticilerinin/sağlayıcılarının güçlü konumları ve güçlü konumun alt pazardaki ilişkiler ve uygulamalar nedeniyle tüketici refahını azaltabilecek potansiyelinin olması bu düzenlemelerin en temel ekonomik gerekçesi olarak dikkat çekmektedir (Crane, 2017, s. 184). Elbette zaman içinde gerek sektörde yaşanan gelişmeler (satış pazarında artan rekabet, yedek parça ve satış sonrası hizmetler bakımından artan rekabet ihtiyacı vb.) ve gerekse gözetilen başkaca hedefler (tek pazar vb.) bu alanda getirilen düzenlemelerin de zaman içinde değişmesine neden olmuştur.

<sup>4</sup> 2017/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Grup Muafiyeti Tebliği'ni Açıklayıcı Kılavuz s. 13.

Ülkemizde Rekabet Kurumu tarafından bugüne kadar bu alanda yayımlanan üç tebliğ farklı kurallar/düzenlemeler getirmiş ve fiili etkileri farklı düzeylerde olsa da otomotiv pazarında artan rekabetten tüketicilerin de faydalanmasını hedeflemiştir. Bu düzenlemelerin otomotiv sektöründe artan rekabetin tüketiciye yansıtılması konusunda ne ölçüde başarıya ulaştığı analizinden önce pazarda var olan ve düzenlemelerin odak noktasını oluşturan dağıtım yapısına daha yakından bakmakta fayda bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle motorlu taşıtlar sektöründe Kurum'un mikro düzenlemelerine konu olan alanlar genel hatları ile anlatılacak ve ardından bu alanlarda yapılan düzenlemelerin detaylarına yer verilecektir.

### **1.1. Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dağıtım Yapısı, Dağıtım Anlaşmaları ve Mikro Düzenlemelere Konu Olan Alanlar**

Sektörde faaliyet gösteren motorlu taşıt üreticileri/distribütörleri yeni motorlu taşıtların dağıtımını, bunların bakım onarım hizmeti ve yedek parçalarının dağıtımını olmak üzere üç alanda dağıtım ağı oluşturmakta ve bu kapsamda dikey işbirliklerine girmektedirler. Bu dağıtım kanallarının münhasıran düzenlenmesi veya seçici dağıtım sistemi esaslarına göre belirlenmesi mümkündür. Münhasır dağıtım sistemi ve seçici dağıtım sistemi 2017/3 sayılı Tebliğ'de şöyle tanımlanmıştır:

Münhasır dağıtım sistemi, sağlayıcının belli bir bölgede yeniden satış için ürünlerini tek bir dağıtıcıya satmayı taahhüt ettiği, aynı zamanda dağıtıcının münhasır olarak oluşturulmuş diğer bölgelere yapacağı aktif satışların sınırlandırıldığı bir dağıtım sistemidir. Seçici dağıtım sistemleri ise, sağlayıcının anlaşma konusu ürünü, belli kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan ya da dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da söz konusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği dağıtım sistemidir.

Seçici dağıtım sisteminde dağıtıcıların niteliksel kriterlere göre seçilmesi (niteliksel seçici dağıtım sistemi) veya sayılarının sınırlandırılması (niceliksel seçici dağıtım sistemi) mümkündür.

#### **1.1.1. Yeni Motorlu Araçların Dağıtım Yapısı**

Yeni motorlu araçların dağıtımında motorlu araç üreticileri ya da distribütörlerin (sağlayıcılar) geleneksel olarak yetkili satıcı kanalını

kullandıkları görülmektedir. Mevcut durumda, bayi ağları yeni motorlu taşıtların dağıtımında esas iş modeli olup, sağlayıcıların kendi dağıtım kanallarını kullanması istisnai durumdur (Gazioğlu, 2005 s. 66). Bununla birlikte 20. yüzyılın başında şekillenen bu dağıtım yapısı günümüzde değişme eğilimi göstermektedir. Bunun en önemli göstergesi elektrikli araçların üretimi ve yaygınlaştırılmasında önemli katkıları olan Tesla'nın kendisine seçtiği dağıtım stratejisidir. Zira ürettiği elektrikli otomobillerin dağıtımında Tesla, “*Iphone’lar Apple Store’larda satılıyorsa Tesla’lar da Tesla Store’larda satılmalıdır*” yaklaşımını benimsemiş görünmektedir<sup>5</sup>. Bir başka ifade ile Tesla ile birlikte bayi ağları ve dağıtım alanındaki dikey işbirliklerinin önemi yakın gelecekte azalabilecektir. Bu yaklaşım şimdiden Amerika da bile çok güçlü konumda bulunan bayi örgütlerinin tepkisini çekmiş ve Tesla birçok eyalette birbiri ardına açılan davalar ve yapılan eyalet düzenlemeleri ile ayrı bir dağıtım ağı kurmaya zorlanmıştır (Lao, Feinstein & Lafontaine, 2015). Öyle ki, Amerika’daki bu tartışmalara Federal Ticaret Komisyonu (FTC) da dâhil olmak zorunda kalmış, otomotiv endüstrisinin geleneksel beşiği konumundaki Detroit’e ev sahipliği yapan Michigan eyaletinde Tesla'nın kendi dağıtım ağını kurmasının engellenmesine yönelik bir düzenlemeye FTC bir çalışma raporu ile katkıda bulunmuştur<sup>6</sup>. Söz konusu raporda FTC açık biçimde Tesla'nın yanında yer almış ve “*Sağlayıcılar rekabetçi baskıya dikey bütünleşme ile karşılık vermeyi seçtiklerinde, tüketiciler bu durumdan genellikle daha düşük fiyatlar ve artan kalite sayesinde fayda sağlarlar. Buna karşın, bu dikey bütünleşmeye hükümetler tarafından müdahale edildiğinde veya yasaklandığında, tüketiciler daha kötü hizmet ve yüksek fiyatlara maruz kalırlar*” değerlendirmesinde bulunmuş ve hangi sistemin daha etkin olduğuna karar vereceklerin tüketiciler olduğunu savunmuştur (FTC, s.5). Bu tartışma her ne kadar henüz AB ve ülkemiz gündemine uzak bir tartışma gibi görünse de kanımızca hibrit ve elektrikli arabaların daha önemli hale geleceği, siparişlerin ve seçimin çevrimiçi mecralarda yapılacağı, dolayısıyla bayilerin sadece teslim noktalarına dönüşebileceği önümüzdeki dönemlerde gündemimize muhakkak gelecek olan bir tartışmadır.

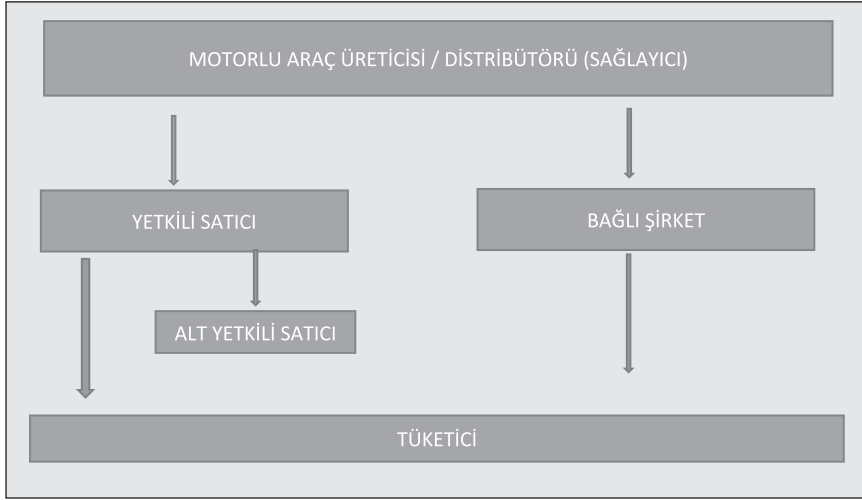
<sup>5</sup> <https://www.tesla.com/blog/tesla-approach-distributing-and-servicing-cars>; Son Erişim Tarihi: 5.4.2021

<sup>6</sup> [https://www.ftc.gov/system/files/documents/advocacy\\_documents/ftc-staff-comment-regarding-michigan-senate-bill-268-which-would-create-limited-exception-current/150511michiganautocycle.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/advocacy_documents/ftc-staff-comment-regarding-michigan-senate-bill-268-which-would-create-limited-exception-current/150511michiganautocycle.pdf) Erişim Tarihi: 13.07.2021



Bu önemli parantezi kapattıktan sonra aşağıda AB’de ve ülkemizde hala daha yaygın olan geleneksel yeni motorlu araç dağıtım sisteminin yapısına ve bu alanda rekabet hukuku kapsamında mikro düzenleme konusu olan alanlara yakından bakmak gerekmektedir. İnceleme konusu tebliğlerin de esas aldığı geleneksel dağıtım sisteminin yapısı aşağıdaki şekilde gösterilmektedir.

### Şekil 1: Yeni Motorlu Taşıtların Dağıtım Sistemi



**Kaynak:** Şengören, 2012, s.10

Yeni motorlu araçların dağıtım kanalında rekabet politikaları çerçevesinde AB’de ve ülkemizde bugüne kadar yapılan mikro düzenlemelere bakıldığında gerek markalar arası ve gerekse marka içi rekabetin tesis edilmesinin en esaslı kaygı olduğu görülmektedir<sup>7</sup>. Bu bakımından sağlayıcıların rekabetçi dağıtım yapılarını kurabilmeleri ve bu alanda etkin karar alabilmeleri adına belirli ölçüde esnekliklerinin olması her zaman önemsenmiştir. Getirilen düzenlemelerde grup muafiyetinden yararlanabilmek için dağıtıcıların sözleşmede belirlenen

<sup>7</sup> Yeni motorlu araçların dağıtımında dağıtıcılara çok markalı hizmet vermek ve ek satış yerleri açmak gibi haklar tanıyan 2005/4 sayılı mülga Tebliğ’in yürürlükteki 2017/3 sayılı Tebliğ’e göre markalar arası rekabeti daha da önemsedğini belirtmek kanımızca mümkündür. Bununla birlikte yayımlanan tüm kılavuzlar marka içi rekabetin tesisinin önemli bir politika hedefi olduğuna işaret etmektedir.

bölgelere odaklanmalarına imkân sağlayan münhasır dağıtım sistemleri ile yetkisiz satıcılara dağıtımı kısıtlayan ve marka imajının korunmasına katkı sağlayan seçici dağıtım sistemlerinin birlikte sunulması veya zaman zaman bunlar arasında tercih imkânının sağlayıcılara tanınmaya çalışıldığı görülmektedir. AB'de 1985 yılında yürürlüğe konulan 123/85 sayılı Tüzük'te<sup>8</sup> sektörde hem marka içi hem de markalar arası rekabetin olduğu varsayımından<sup>9</sup> hareketle seçici ve münhasır dağıtım sistemlerinin birlikte uygulanmasına izin verilerek<sup>10</sup> sağlayıcılara yeni motorlu araçların dağıtım ağlarını kurmakta önemli bir esneklik sağlanmıştır. Aynı yaklaşım daha sonra yürürlüğe giren 1475/95 sayılı Tüzük'te<sup>11</sup> ve aynı dönemde ülkemizde yürürlüğe konulan 1998/3 sayılı Tebliğ'de de benimsenmiştir. Buna karşın otoritelerin pazardaki rekabet koşullarına ilişkin algılarının değişmesine bağlı olarak AB'de ve ülkemizde zaman zaman münhasır ve seçici dağıtım sistemlerinin birlikte uygulanmasının önüne geçilmeye çalışıldığı ve sağlayıcıların bu sistemden birini seçmeye zorlandıkları da görülmektedir. Münhasır ve seçici dağıtım sistemlerinin birlikte uygulanabileceğine dair güven ilk olarak AB'nin 1400/2002 sayılı Tüzüğü'nde<sup>12</sup> sarsılmış ve her iki dağıtım sisteminin grup muafiyetinden yararlanması belirli eşiklere bağlanmıştır<sup>13</sup>. Bu yaklaşım aynı dönemde ülkemizde yürürlüğe giren 2005/4 sayılı Tebliğ tarafından benimsenmiş ve yürürlükteki 2017/3 sayılı Tebliğ tarafından da korunmuştur. Bu değişikliğin ardındaki temel argüman, her iki dağıtım sisteminin birlikte uygulandığı hallerde marka içi rekabet üzerinde etkili olan rekabetçi faktörlerin azalmasıdır.

<sup>8</sup> OJ L 15, 18.1.1985

<sup>9</sup> Report on The Evaluation of Regulation (EC) No 1475/95 on The Application of Article 85(3) of The Treaty To Certain Categories of Motor Vehicle Distribution and Servicing Agreements, COM(2000)743 final, 15.11.2000. para 171.

<sup>10</sup> OJ L 15, 18.1.1985, m. 4.

<sup>11</sup> OJ L 145, 29.6.1995, Madde 4.

<sup>12</sup> OJ L 203/30, 1.8.2002

<sup>13</sup> Komisyon 1400/2002 sayılı Tüzüğünde motorlu taşıtlar sektörünün kendi nitelikleri gereğince pazar payı eşiklerinin dikey anlaşmalara ilişkin düzenlemeden daha yüksek olması gerektiğini ifade etmiştir (Paragraf 7). Bu çerçevede sağlayıcı pazar paylarının, münhasır dağıtım sisteminin seçilebilmesi için %30'u, yeni motorlu araçların satışı pazarında niceliksel dağıtımın uygulanabilmesi için %40'ı ve satış sonrası hizmetler pazarında niceliksel seçici dağıtımın uygulanabilmesi için %30'u aşmaması gerektiğini düzenlemiştir. Belirtilen eşiklerin aşılması durumunda söz konusu dağıtım sistemi bireysel muafiyet incelemesine tabi tutulmaktadır.

Yeni motorlu araçların dağıtımına ilişkin mikro düzenlemelerde, marka içi rekabetin tesisi bakımından alt pazardaki yetkili satıcıların konumuna bazı düzenlemelerde özel bir vurgu yapıldığı ve önem verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerin arkasında yatan temel düşünce, güçlü sağlayıcılar karşısında konumları ve fiyat ve satış politikalarına ilişkin bağımsızlıkları güvence altına alınan yetkili satıcıların marka içi rekabette daha etkin rol oynayacaklarıdır<sup>14</sup>. Aksi bir durumda güçlü bir sağlayıcının fiyat ve satış politikaları konusunda daha etkin olmasının yetkili satıcılar ve farklı bölgeler arasındaki rekabeti baskılayacağı ve ciddi yatırımlar gerçekleştiren yetkili satıcıların yatırımlarını riske atacağı varsayılmaktadır. AB'de 2010 yılına ve ülkemizde 2017 yılına kadar yapılan düzenlemelerde sağlayıcı karşısındaki konumunu güçlendirmek adına yetkili satıcının satış fiyatını belirleme serbestisinin, sağlayıcı ile yapacağı sözleşmenin sürelerinin, bu sözleşmeye ilişkin feshi ihbar sürelerinin ve feshin gerekçeye dayandırılması zorunluluğunun, sözleşme devri hakkı ve anlaşmazlık durumunda bağımsız uzmana gitmek gibi oldukça kapsamlı hakların düzenlemelerle güvence altına alındığı görülmektedir. Bununla birlikte, AB'de 461/2010 sayılı Tüzükle bu alanda esaslı bir paradigma değişikliğine gidildiği ve yetkili satıcılar lehine olan sözleşme süresi dışındaki tüm düzenlemelerden vazgeçildiği görülmektedir<sup>15</sup>. Ülkemizde de 2017/3 sayılı Tebliğ ile benzer bir yaklaşımın sergilendiği ve sözleşme süresi ile feshi ihbar süreleri haricinde yetkili satıcılar lehine olan düzenlemelerden vazgeçildiği görülmektedir. Kurul'un bu politika değişikliğinde uygulamada karşılaşılan sorunların, sektör raporunun bulgularının ve mevzuattaki değişikliklerin bileşik bir etkisinin olduğu düşünülmektedir. Bu anlamda sektördeki gelişmelere bağlı olarak mikro politikaların da değişiklik gösterdiği görülmektedir.

Yeni motorlu araçların dağıtımını alanında önemsenen bir diğer konu olan markalar arası rekabetin tesisi bakımından en önemli konu şüphesiz

<sup>14</sup> AB Komisyonu tarafından yayımlanan 1475/95 sayılı Tüzük Değerlendirme Raporunda da benzer bir tespit yer verilmiştir.

<sup>15</sup> 461/2010 sayılı Tüzükte sözleşme süresi en fazla 5 yıl olarak belirlenmiş, feshi ihbar süresi, feshin gerekçeli olması, sözleşme devri ve bağımsız hakeme gitme gibi alanlarda düzenlemeye yer verilmemiştir. Satış pazarına ilişkin atıfta bulunulan dikey kılavuz aracılığıyla, sınırlı hallerde yeniden satış fiyatının tespit edilebileceği belirtilmiştir.

“çok markalılığa” ilişkin düzenlemelerdir. İlk olarak AB’de 1475/95 sayılı Tüzük’te tüketicilerin seçim özgürlüklerinin genişletilmesi gerekçesi ile yetkili satıcılara getirilen “*ayrı tüzel kişilik, satış yeri ve yönetimi altında rakip markaları satabilme hakkı*”<sup>16</sup> 1400/2002 sayılı Tüzük’te daha da genişletilmiş ve dağıtıcılara “*aynı tüzel kişilik altında ve mağazanın farklı bölümlerinde*” rakip markaları satma hakkı getirmiştir<sup>17</sup>. Bununla birlikte 461/2010 sayılı Tüzük’te bu alanda da esaslı bir değişikliğe gidilerek, ilgili pazarlarda rekabetin arttığı bunun Tüzük’ten daha çok dış faktörlerin etkisinden kaynaklandığı, dolayısıyla satış pazarında kısıtlayıcı düzenlemelere gerek olmadığı gerekçesi<sup>18</sup> ile bu düzenlemeden vazgeçilmiştir. Satış pazarında çok markalılığa ilişkin olarak ülkemiz de benzer bir düzenleme mantığından hareket etmiş, alıcıların çok markalı faaliyet gösterme hakları 2005/4 sayılı Tebliğ’de en geniş biçimde tanımlanmış fakat satış pazarının rekabetçi seyrettiği tespiti doğrultusunda 2017/3 sayılı Tebliğ’de bu düzenlemeden vazgeçilmiştir.

## 1.1.2. Satış Sonrası Hizmetler

### 1.1.2.1. Bakım Onarım Hizmetleri Pazarı

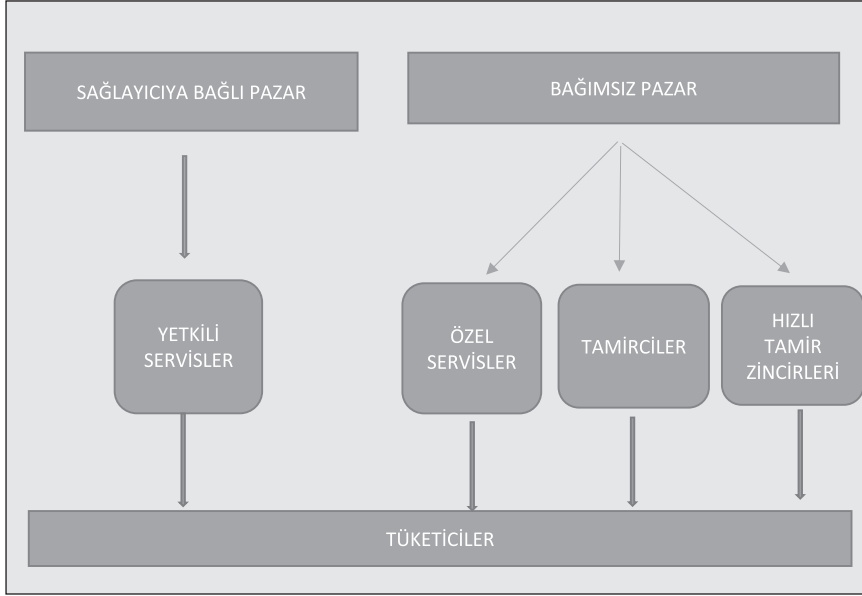
Motorlu taşıtlar pazarındaki satış sonrası hizmetler hem tüketiciler, hem sağlayıcılar ve hem de mikro düzenlemeler bakımından en az satış pazarı kadar büyük önem arz etmektedir. Nitekim güvenlik bakımından zaruri olan bakım onarım hizmetleri tüketiciler bakımından da toplam sahiplik maliyetinin %40’ını oluşturmakta (Gazioğlu 2005, s.21) ve sağlayıcılar bakımından bakım onarım maliyetleri satış faaliyetlerinden daha kârlı olmaktadır (Şengören, 2012, s.10). Satış pazarına göre daha karmaşık bir yapıya sahip olan bakım onarım hizmetlerinin dağıtımına ilişkin pazardaki oyuncular ve dağıtım ağlarına aşağıdaki şekilde yer verilmiştir:

<sup>16</sup> 1475/95 sayılı Tüzük, m. 7

<sup>17</sup> 1400/2002 sayılı Tüzük Madde 5(1)(b)(c)

<sup>18</sup> 1400/2002-Değerlendirme Raporu, s.11-12.

## Şekil 2: Bakım Onarım Pazarında Dağıtım Yapısı



**Kaynak:** Şengören, 2012, s.10.

Yeni motorlu araçların dağıtım pazarı ile kıyaslandığında satış sonrası hizmetler pazarı, motorlu araçların dağıtımından daha fazla kârlılığa sahip olması sebebiyle sağlayıcılar ve yetkili dağıtıcılar açısından da büyük önem arz etmektedir (Rekabet Kurumu, 2014, s.75). Son yıllarda motorlu taşıtların dayanıklılığındaki artışa bağlı olarak servis aralıklarının artması, satış sonrası hizmetlerden gelen gelirlerini düşürse de, bu düşüş, eskiyen araç parkının servis ihtiyacındaki artış ile telafi edilmektedir (Gazioğlu, 2005, s.15). Bu nedenle bu alanda yetkili dağıtıcı ve servislerin yüksek pazar gücünden dolayı bir rekabet açığı olduğu ve bu alanda artacak rekabetin tüketicilere daha olumlu yansıtacağı kabul edilmektedir.

Satış sonrası hizmetlere ilişkin Gazioğlu (2005) tarafından yapılan değerlendirme halen geçerliliğini korumaktadır:

Sağlayıcının yetkili ağında bulunan teşebbüsler ve bağımsız teşebbüsler olmak üzere iki grup tarafından verilmektedir. İlk grupta motorlu taşıt üreticisinin yetkili satıcılık ağında bulunan yetkili dağıtıcılar ve yine taşıt üreticisinin ağında yer alan ancak araç satışı yapmayan yetkili servisler bulunmaktadır. İkinci grupta yer alan bağımsız teşebbüsler ise bağımsız tamirciler ve hızlı-tamir zincirlerinden

oluşmaktadır. Garanti kapsamında yapılan tamirat ve değişimler konusunda da üreticiler, yetkili dağıtıcılarını ve servislerini yetkilendirmektedirler. Tüketiciler çoğunlukla araçlarının garanti kapsamı dışına çıkmasını önlemek için garanti süresi içerisinde araçların tamir ve bakımını yetkili dağıtıcı ve servislerde yaptırmayı tercih etmektedirler. Garanti süresinin yol açtığı bir anlamda kapama etkisi, garanti süresinin bitimi ile birlikte ortadan kalkmakta ve yetkili dağıtıcı ve servisler pazardaki alternatif oyuncuların rekabetiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bağımsız tamirciler, belli bir marka konusunda uzmanlaşan ve teknik ekipman bakımından yeterli teşebbüsler olabildiği gibi, birçok markaya birden hizmet veren teşebbüsleri de içermektedir (s.16-17).

Pazarın bu yapısından dolayı bakım onarım hizmetlerine yönelik yapılan düzenlemeler de sağlayıcıya bağlı dağıtım kanalına yönelik düzenlemeler ile bağımsız pazara yönelik düzenlemeler olarak ikiye ayrılmaktadır. Sağlayıcılar yeni motorlu araçların satışı, bakım onarım hizmetleri ve yedek parçaların dağıtımını için genellikle aynı dağıtım ağını kullanmaktadır. Bu nedenle yukarıda yeni motorlu araç dağıtımında marka içi ve markalar arası rekabetin tesisine ilişkin yapılan düzenlemeler (dağıtım sistemlerinin seçimi, dağıtıcının satışı fiyatını belirleme serbestisi, sözleşme süreleri, feshi ihbar süresi, feshin gerekçeli olması, sözleşme devri ve anlaşmazlık durumunda bağımsız uzmana gitme hakkı ve çok markalılık) hakkında ifade edilen hususlar sağlayıcıya bağlı bakım onarım hizmetleri ve yedek parça dağıtımına ilişkin sözleşmeler için de geçerlidir.

Bununla birlikte satış sonrası hizmetlerde bağımsız bakım ve onarım pazarının güçlendirilmesine yönelik düzenlemelere özel bir önem verildiği görülmektedir. Bu alanda artan rekabetin tüketici refahına doğrudan ve olumlu katkı sağlayacağı varsayılmaktadır. Bağımsız pazarın rekabet gücünü arttırabilmek adına teknik bilgi temininin ve yedek parçaya erişimin bu alandaki düzenlemelerin odağında olduğu görülmektedir. Araçların artan teknolojik donanımı nedeniyle zaman içerisinde teknik bilginin bağımsız pazarın faaliyetlerinde daha önemli bir girdi haline gelmesi üzerine ilk olarak AB'de 1475/95 sayılı Tüzük ile sağlayıcılara bağımsız tamircilere teknik bilgi sağlama yükümlülüğü getirilmiştir<sup>19</sup>. 1400/2002 sayılı Tüzük'te ise bu hakkın kapsamı daha da genişletilmiş ve sağlayıcılara, teşhis ekipmanı, yazılım ve donanımlar da

<sup>19</sup> 1475/95 sayılı Tüzük, m. 6 (1).

dâhil olmak üzere bağımsız tamircilere teknik bilgiyi yetkili servislerle aynı koşullarda sağlama zorunluluğu getirilmiştir<sup>20</sup>. Söz konusu haklar AB’de başka düzenlemelerle korumaya alındığından 461/2010 sayılı Tüzük’te bu düzenlemelere ayrıca yer verilmemiştir. Bağımsız tamircilerin rekabet gücü bakımından önem arz eden bir başka konu olan yedek parçaya erişim de AB’de hem 1400/2002 hem de 461/2010 sayılı Tüzüklerde güvence altına alınmış ve yetkili satıcıların bağımsız pazar oyuncularına yedek parça satışlarının kısıtlanması yasaklanmıştır. Ülkemiz uygulamalarında da benzer bir yaklaşım dikkat çekmektedir. Buna göre 1998/3 sayılı Tebliğ’de sağlayıcılara bağımsız tamircilere teknik bilgi sağlama yükümlülüğü getirilirken, 2005/4 sayılı Tebliğ’de bu hak genişletilmiş, 2017/3 sayılı Tebliğ’de ise başka düzenlemelerin mevcut olduğuna işaret edilerek düzenleme Tebliğ dışında tutulmuştur.

### 1.1.2.2. Yedek Parça Pazarı

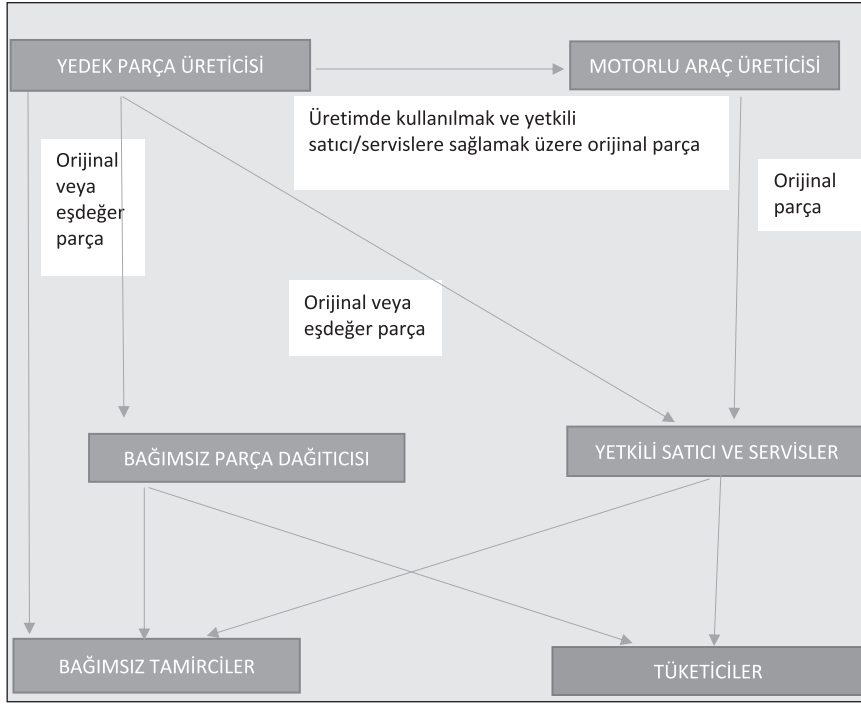
Satış sonrası hizmetler bakımından ikinci dağıtım kanalı, bakım onarım hizmetleri ile de doğrudan ilişkili olan yedek parça dağıtım kanalıdır. Motorlu taşıtların bakım/onarımında kullanılan parçalar, orijinal yedek parçalar ve orijinal olmayan yedek parçalar olarak ikiye ayrılmaktadır. Orijinal yedek parçalar, 2017/3 sayılı Tebliğ’de şöyle tanımlanmaktadır:

Bir motorlu taşıtın montajında kullanılan parçalarla aynı kalitede olan ve motorlu taşıt üreticisi tarafından söz konusu yedek parçaların üretimine ilişkin olarak getirilen teknik özelliklere ve üretim standartlarına göre üretilmiş yedek parçaları (Motorlu taşıtın parçaları ile aynı üretim bandında üretilen yedek parçalar da bu kapsamdadır. Bu parçaların, söz konusu taşıtın montajında kullanılan parçalarla aynı kalitede olduğunun ve taşıt üreticisi tarafından getirilen teknik özelliklere ve üretim standartlarına göre üretildiğinin parça üreticisi tarafından belgelendirilmesi halinde, aksi kanıtlanana kadar, orijinal yedek parça olduğu varsayılır.) (Madde 4 (i))

Orijinal yedek parçalar üzerinde fiyat rekabeti baskısı yaratan orijinal olmayan yedek parçaların bir bölümü orijinal yedek parçalarla aynı veya daha yüksek kalitede üretilirken 2017/3 sayılı Tebliğ’deki tanım da buna işaret etmektedir:

Eş değer kalitede yedek parça Bir motorlu taşıtın montajında kullanılan orijinal parçaların değiştirilmesi amacıyla üretilen, ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen deney ve muayene metotlarına göre orijinal parçayla kıyaslanarak tespit edilen kütle, boyut, malzeme, işlevsellik gibi kriterlere uygunluğu, akredite bir kuruluş tarafından belgelendirilmiş parçayı ifade eder. (Madde 4 (f))

### Şekil 3: Yedek Parça Pazarında Dağıtım Yapısı



**Kaynak:** Şengören, 2012, s.11.

Tıpkı bakım onarım pazarı gibi yedek parça pazarı da AB müktesebatında olduğu kadar Kurum tebliğlerinde de özel önem atfedilen ve detaylı düzenlemelere yer verilen bir alandır. Bu düzenlemeler hem yedek parça yan sanayisinin gelişimi hem de yedek parça pazarında daha fazla oyuncunun katılımı ile yaşanacak rekabetin tüketici refahına katkısı bakımından önemlidir. Bu alanda gerçekleştirilen düzenlemelerde, yedek parça üreticilerinin alt pazara daha aktif ve doğrudan ulaşmalarını temin etmenin; bağımsız parça dağıtıcılarını sağlayıcılar karşısında ve bağımsız tamircileri de yetkili



dağıtıcılar karşısında rekabetçi kaygılarla korumanın ana hedefler olduğu söylenebilir. Bu anlamda araç üreticilerine orijinal parça temininde bulunan yedek parça üreticilerinin, fiili olarak veya sözleşmesel hükümlerle alt pazara erişiminin engellenmesi önemli bir rekabet kısıtı olarak algılanmıştır. İlk olarak AB'de 1475/95 sayılı Tüzük ile bağımsız yedek parça üreticilerinin yetkili veya bağımsız servislere satışlarının kısıtlanması yasaklanmış ve yedek parça üreticilerinin kendi marka ve logolarını kullanma hakkı güvence altına alınmıştır<sup>21</sup>. Bu yaklaşım AB'de bugüne kadar yapılan tüm düzenlemelerde varlığını devam ettirmiştir. AB'de bağımsız yedek parça üreticilerinin alt pazara erişimini kolaylaştırmayı hedefleyen bir başka düzenleme ise 1400/2002 sayılı Tüzük ile rakip yedek parçalara ilişkin rekabet etmeme hükümlerinin yasaklanması olurken<sup>22</sup> 461/2010 sayılı Tüzük'ün kılavuzunda bu yöndeki hükümlerin grup muafiyeti kapsamında ele alınamayacağı ve bireysel muafiyet değerlendirmesine tabi tutulacağı düzenlenmiştir<sup>23</sup>. Bu alanda sektör açısından hayati nitelikte bir başka düzenleme orijinal ve eş değer yedek parça tanımlarının yapılması olmuştur. Satış sonrası hizmetlerde tüketici güveninin ve araç güvenliğinin temini bakımından oldukça önemli olan bu düzenleme ilk olarak AB'de 1044/2002 sayılı Tüzük ile gündeme gelmiş ve garanti kapsamında yapılan tamir haricinde eş değer yedek parçanın kullanımının yasaklanamayacağı düzenlenmiştir. 461/2010 sayılı Tüzük'ün kendisinde doğrudan yer almasa da Tüzük'ün Uygulanmasına İlişkin Kılavuz'da eş değer ve orijinal parça kullanımının yasaklanmasının bireysel muafiyet değerlendirmesine tabi olacağı düzenlenmiştir. İlerleyen bölümlerde detaylarına yer verileceği üzere, bu düzenlemeler Kurul tarafından yayımlanan tebliğlerde de aynen yer bulmuştur.

Otomotiv sektöründeki dağıtım yapılarına ve mikro düzenlemelerle bu ağ yapısı içinde hedeflenen etkilere ilişkin kısa açıklamanın ardından aşağıda öncelikle ülkemizde çıkarılan tebliğlerin zaman içerisinde hangi düzenlemelerle neyi hedeflediği açıklanacaktır.

## 1.2. 1998/3 Sayılı Rekabet Kurumu Tebliği

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesinin hemen ardından çıkarılan 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtların Dağıtım

<sup>21</sup> 1475/95 sayılı Tüzük, m.6, 10.

<sup>22</sup> 1400/2002 sayılı Tüzük m.5/1 (a)

<sup>23</sup> Motorlu Taşıtlar Sektörüne İlişkin Kılavuz para. 55.

ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, ülkemizde motorlu taşıt sektöründeki dağıtım anlaşmalarını düzenleyen ilk tebliğ olup, o dönem AB'de yürürlükte bulunan 1475/95 sayılı Tüzük'ün dilimize çevrilmesi sonucu hukukumuzda kazandırılmıştır (Esen, 2011, s.321).

Arkasında AB Komisyonunda olduğu gibi zengin bir içtihat birikimi olmadan çıkarılan Tebliğ yine de ülkemizde çıkarılacak düzenlemelere temel teşkil etmesi bakımından yararlı olmuştur. Tebliğ Türkiye'de daha önce herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, genellikle anlaşmanın güçlü tarafı konumundaki sağlayıcılar lehine birçok kısıtlama içeren motorlu taşıt dağıtım anlaşmalarının, Kanun'un 5. maddesinde sayılan muafiyet şartlarını yerine getirir hale gelmesini sağlaması bakımından önemlidir (Gazioğlu, 2005, s.67).

### 1.3. 2005/4 Sayılı Tebliğ

Esinlendiği 1475/95 sayılı AB Tüzüğü'nün 2002 yılında yerini 1400/2002 sayılı Tüzük'e bırakmasının ardından ülkemizde de 1998/3 sayılı Tebliğ'in modernizasyonu gündeme gelmiştir. 2005/4 sayılı Tebliğ'in açıklanmasına ilişkin Kılavuz'da, Tebliğ'in hedefi şu şekilde belirtilmiştir:

“..rekabetçi bir piyasa hedefine ulaşmak amacıyla, sağlayıcılara dağıtım ve servis ağını oluşturmada esneklik sağlayan, yetkili satıcı ve servislerin sağlayıcı karşısındaki bağımsızlığını güçlendiren, yedek parça üreticilerinin rekabete dâhil olmalarını sağlayan, bağımsız tamircilerin bakım onarım hizmetlerine ilişkin teknik bilgi, teçhizat ve teşhis cihazlarına erişiminin kolaylaştırılmasını sağlayarak, bu şekilde artan rekabetin tüketicilere etkin dağıtım sistemleri ve düşük fiyatlarla olabildiğince fazla yansıtılmasının önünü açan bir düzenleme getirildiği ifade edilmiştir (Kılavuz, s. 2-3).

2005/4 sayılı Tebliğ'in kapsamına bakıldığında, yeni motorlu taşıtların, bunların yedek parçalarının ya da tamir ve bakım hizmetlerinin alımı, satımı veya yeniden satımına ilişkin yapılan dikey anlaşmaların, dikey sınırlamalar içermeleri halinde bu Tebliğ'de düzenlenen koşullara uymak kaydıyla, grup muafiyetinden yararlanabilecekleri görülmektedir<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> 2005/4 sayılı Tebliğ md. 2.

Mikro düzenleme çerçevesinde değerlendirildiğinde 2005/4 sayılı Tebliğ'in yeni motorlu araçların satışı ve satış sonrası bakım onarım pazarlarına yönelik olarak aşağıda sıralanan dört hedefi amaçladığını belirtmek mümkündür:

- Sağlayıcılara dağıtım ve servis ağını oluşturmada esneklik sağlamak, dolayısıyla sağlayıcıların markalar arası rekabette daha etkin kararlar almasına imkân tanımak,
- Yetkili dağıtıcıların ve servislerin sağlayıcı karşısındaki konumunu güçlendirmek, böylelikle perakende pazarda teşebbüslerin yatırımlarını korumak ve daha rekabetçi kararlar almasını güvence altına almak,
- Yedek parça üreticilerinin rekabete daha etkin dâhil olmalarını sağlamak, motorlu taşıt üreticilerinin ve distribütörlerinin yedek parçalar bakımından tek sağlayıcı haline gelmesini engelleyerek tüketici zararına yol açacak fiyat katılığının ve tekeli kârların önüne geçmek,
- Bağımsız tamircilerin bakım onarım hizmetlerine ilişkin teknik bilgiye, teçhizat ve teşhis cihazlarına erişiminin kolaylaştırılması yoluyla tüketicilere alternatif oluşturmalarının önünü açmak ve böylelikle motorlu taşıtların satın alınmasından sonra en önemli harcama kalemi olan bakım onarım hizmetlerinde rekabeti tüketici lehine tesis etmek.

Genel olarak değerlendirildiğinde söz konusu amaçlar ve bu amaçlar doğrultusunda yapılan düzenlemeler sektörde hem markalar arası rekabetin tesisi üzerinden sektöre dinamizm kazandıran hem de satış ve satış sonrası hizmetler bakımından tüketici refahını önceleyen anlayış ile oldukça önemli düzenlemeler olarak dikkat çekmektedir. Bununla birlikte bu amaçlara hizmet etmek adına yapılan düzenlemelerin AB müktesebatı ile birebir aynı olması bu düzenlemelerin Türkiye pazarı için uygun olmadıkları yönünde bir takım eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu eleştirilerin yanı sıra uygulamada yaşanan pratik birtakım sorunlar, Kurulu Tebliğ'in modernizasyonu konusunda AB'yi takip etmek yerine öncelikle 2005/4 sayılı Tebliğ'in ülkemize özgü uygulama sonuçlarını ölçümlemek için sektör araştırması yapmaya itmiş ve ardından 2017/3 sayılı Tebliğ çıkarılmıştır.

#### 1.4. 2017/3 sayılı Tebliğ

2017 yılında yürürlüğe giren yeni Tebliğ'in önceki mülga tebliğlerden en önemli farkı, halen rekabetçi sorunların devam ettiği gerekçesiyle odak noktasına satış sonrası hizmetleri (bakım onarım hizmetleri ve yedek parça pazarları) alan bir tebliğ olmasıdır. Nitekim Kurul, 2005/4 sayılı Tebliğ'e ilişkin değerlendirmelerinde de satış sonrası pazarlarda rekabetçi endişelerin sürdüğünü, bu pazarın satış pazarından farklı olarak daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasının gerekli olduğunu ve hedeflere ulaşacak bir Tebliğ'in gerekli olduğunu açıkça ifade etmiştir<sup>25</sup>. Her bir pazar bakımından 2017/3 sayılı Tebliğ'in yaklaşımı aşağıda özetlenmiştir.

##### 1.4.1. Dağıtım Pazarı Bakımından

2017/3 sayılı Tebliğ, yerini aldığı 2005/4 sayılı Tebliğ'in genel sistematüğini korumakla beraber, yapılan sektör araştırmasının sonuçlarını da göz önüne alarak, özellikle satış pazarında etki doğuran muafiyetin genel koşullarına birtakım yenilikler getirmiştir. Dağıtım pazarı itibarıyla 2005/4 sayılı Tebliğ ile 2017/3 sayılı Tebliğ arasındaki farklılıkları genel olarak aşağıdaki gibi özetlemek mümkün görünmektedir:

- 2005/4 sayılı Tebliğ'de Kurul, genel koşullar ile sağlayıcı karşısında daha güçsüz konumda bulunan dağıtıcıları korumak, yaptıkları yatırımları belirli süreler için güvence altına alarak pazardaki rekabete daha fazla dâhil olmalarını tesis etmek ve böylelikle marka içi rekabeti arttırmak amacıyla devir serbestisi, feshin gerekçeli olması ve hakem koşulu gibi sözleşme tarafı alıcılar lehine sonuçlar doğuran birtakım düzenlemeler getirirken, yeni Tebliğ'de bu düzenlemelerden vazgeçilmiştir. Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere, söz konusu düzenlemeler uygulama aşamasında önemli engeller ile karşılaşılmasına yol açmıştır. Kurul 2017/3 sayılı Tebliğ'in açıklanmasına ilişkin Kılavuz'da, "*devir serbestisine ve feshin gerekçeli olmasına ilişkin düzenlemelerle hedeflenen amaçlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ve ilgili diğer mevzuatın hükümleri ile de ulaşılabileceğini*" ifade

<sup>25</sup> Sektör Araştırması Raporu s. 15 ve 2017/3 Kılavuzu s.1-3.

etmiştir. Bir başka ifade ile Kurul, söz konusu düzenleme alanlarının, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine müdahale niteliği taşıdığını, ayrıca tek başına rekabet ihlali oluşturmadığını ve uygulamada bu koşullar yerine getirilmediğinde 4054 sayılı Kanun'un tanıdığı araçlarla müdahale imkânının bulunmadığını ifade ederek<sup>26</sup>, yeni Tebliğ'de bu düzenlemelere yer vermemiştir. Önceki Tebliğ'de var olan hakem şartının da fiiliyatta Türk hukuk sistemi ile çelişmesi nedeniyle bu düzenlemenin de 2017/3 sayılı Tebliğ'de yer almadığı görülmektedir. Rekabet Kurulunun yetki alanı çerçevesinde fiili uygulama güçlüğü nedeniyle pazarda anlamlı bir etki doğurmadığı tespit edilen bu düzenlemelerden vazgeçilmiş olması teşebbüsler bakımından ek işlem maliyetlerinin önlenmesi itibarıyla kanımızca da isabetli bir politika tercihi olmuştur. Piyasadan alınan sinyaller değişimi işaret ettiği zaman değişikliklerin gerçekleşmesi Kurum tebliğleri ile yapılan mikro düzenlemeler ve piyasa gerçeklikleri arasındaki diyalektiği göstermesi bakımından önemlidir. Bununla birlikte önceki Tebliğ'de de yer bulan sözleşmelerin fesih sürelerine ilişkin düzenlemeler 2017/3 sayılı Tebliğ'de de korunmuş, marka içi rekabetin söz konusu süreler ile korunması amaçlanmıştır.

- 2017/3 sayılı Tebliğ'de dikkat çeken önemli bir diğer farklılık, motorlu taşıtların dağıtımını bakımından çok markalı dağıtım yapısının ve ek satış yerleri açma serbestisinin kısıtlanmasına imkân tanınmasıdır. Bu düzenlemelerden çok markalılık, motorlu taşıtların dağıtımında markalar arası rekabetin tesis edilmesi hedefi bakımından önemli bir düzenleme olarak dikkat çekmekteydi. Öyle ki Kurul, satış pazarındaki çok markalılığa aykırı düzenlemelerin pazarda giriş engeline yol açacağı gerekçesi ile söz konusu sözleşme hükümlerine bireysel muafiyet dahi tanımamıştır<sup>27</sup>. Sektör araştırması da 2005/4 sayılı Tebliğ'in uygulama döneminde çok markalı satış yerlerinin, aynı lokasyon içindeki çok markalılık da dahil olmak üzere, arttığı tespitinde bulunmuştur<sup>28</sup>. Sektör araştırmasında benzer sonuçlara

<sup>26</sup> 2017/3 Kılavuzu s. 2

<sup>27</sup> 11.7.2007 tarih ve 07-59/684-240 sayılı; 22.4.2010 tarih ve 10-33/512-186 sayılı kararlar.

<sup>28</sup> Sektör Araştırması Raporuna göre 2005/4 sayılı Tebliğ öncesinde %10'lar seviyesinde bulunan aynı lokasyon içerisindeki çok markalılık Tebliğ sonrasında %20'lere yaklaşmıştır. Bunun yanı sıra farklı lokasyondaki çok markalılığın da arttığı, binek ve hafif ticari araçlarda aynı lokasyondaki çok markalılığın Tebliğ ile birlikte %8,59'dan %17,62 seviyelerine çıktığı, sektördeki dağıtım kanallarında en önemli oyuncu konumunda olan 3S servislerde çok markalılığın Tebliğ döneminde %219 düzeyinde artış gösterdiği sektör araştırmasının sonuçları arasında yer almaktadır (Sektör Araştırması Raporu s.61)

ek satış yerleri bakımından da ulaşıldığı görülmektedir<sup>29</sup>. Hal böyleyken Kurul, motorlu taşıtların dağıtım yapısının genel olarak rekabetçi bir yapı arz etmesi, 2005/4 sayılı Tebliğ dönemi sonrasında binek araç fiyatlarında artış yaşanmaması gibi sektör araştırmaları bulgularını, satış pazarında katı dağıtım kurallarının uygulanmaması için bir gerekçe olarak yorumlamış<sup>30</sup> ve söz konusu düzenlemeleri genel koşullardan çıkartmıştır. Yedek parça dağıtım ve bakım onarım pazarlarında ise, Kurul'un rekabetçi kaygıları devam ettiğinden bu pazarlarda, satış pazarından farklı olarak çok markalılık ve ek satış yerlerine ilişkin önceki düzenlemeler korunmuştur.

Bu farklılıklarının yanı sıra 2017/3 sayılı Tebliğ dağıtım sistemleri bakımından bir değişiklik getirmemiş ve motorlu taşıt dağıtım sistemleri yine seçici dağıtım sistemleri ve münhasır dağıtım sistemleri olarak öngörülmüş sadece farklı pazar payı eşikleri %30 olarak yeknesaklaştırılmıştır.

#### 1.4.2. Yedek Parça Pazarı Bakımından

Yedek parça pazarı itibarıyla bakıldığında ise 2017/3 sayılı Tebliğ'de yedek parça daha detaylı olacak biçimde yeniden tanımlanırken, etkin rekabetin tesisi bakımından özellikle ispat standardına ilişkin iyileştirmeler yapılmıştır. 2017/3 sayılı Tebliğ'de orijinal yedek parçaların önceki Tebliğ ile paralel biçimde üç tip altında tanımlandığı görülmektedir<sup>31</sup>. Bu çerçevede, yine önceki Tebliğ ile paralel biçimde 2017/3 sayılı Tebliğ sağlayıcı standartlarına uygun üretilmekle birlikte sağlayıcıya değil piyasaya sürülen ürünlerin orijinal vasfını belgelendirme yetkisi yedek parça üreticisine aittir. Bu parçaların 'orijinal' olma vasfı aksi ispat edilene kadar geçerlidir (Ay, 2017 s.90). Bununla birlikte önceki Tebliğ döneminde de var olan ispat standardında kullanılacak belgenin ve yöntemin ne olacağı hakkında belirsizlik söz konusudur.

<sup>29</sup> Sektör Araştırması Raporuna göre Tebliğ uygulama sonuçlarının analiz edildiği dönem itibarıyla ek satış noktaları toplam dağıtıcıların %20'sini, ek servis noktaları toplam servislerin %10'unu oluşturmaktadır (Sektör Araştırması Raporu s. 60).

<sup>30</sup> 2017/3 Kılavuzu s. 3.

<sup>31</sup> Buna göre orijinal yedek parçalar: (i) motorlu taşıt üreticileri tarafından üretilen parçalar (ii) motorlu taşıt üreticilerine tedarik edilmek üzere üretilen parçaları (iii) motorlu taşıt üreticisi için de üretim yapan bağımsız yedek parça üreticisinin ilgili motorlu taşıt üreticisine tedarik etmediği ancak motorlu taşıt üreticisinin sağladığı teknik özelliklere ve üretim standartlarına uygun olarak üretilen ve piyasaya sürülen yedek parçalardır.

2017/3 sayılı Tebliğ veya Kılavuz bu konuda herhangi bir düzenlemeye veya belgeleme standardına işaret etmemiş; belgelendirmeye ilişkin uygun yol ve yöntemi piyasaya bırakmıştır. Bu tercih konunun rekabet hukukunu aşkın yönleri olması nedeniyle kanımızca da isabetli olmuştur. Öte yandan, sigorta şirketlerinin zorunlu sigorta ve kasko poliçeleri kapsamındaki bakım onarım faaliyetlerinde kullanılacak yedek parçaların tanımlarına ilişkin uyumsuzlukların da giderilmesi kapsamında dönemin Hazine Müsteşarlığı (bundan böyle Hazine ve Maliye Bakanlığı'na atfen Hazine Bakanlığı olarak kullanılacaktır) tarafından yürütülen uzun soluklu çalışmalar sonrasında çıkarılan düzenlemelerin de 2017/3 sayılı Tebliğ'i tamamlar nitelikte olduğu görülmektedir. 2015/2 sayılı Motorlu Araç Sigortalarında Eşdeğer Parça Belirleme Esaslarına ilişkin Genelge'nin 1. maddesine göre eşdeğer (muadil) parça tanımlanmış ve eşdeğer parça sertifikasyonu yapacak olan belgelendirme kuruluşlarına TURKAK veya Uluslararası Akreditasyon Forumu çatısı altında ISO standardına uygun olarak akredite edilmiş olması şartı getirilmiştir.

2015/16 sayılı Motorlu Taşıtlı Sigortalarında Logosuz Orijinal Yedek Parça Belgeleme Esaslarına İlişkin Genelge<sup>32</sup>'nin ekinde ise sigorta şirketlerine bağımsız orijinal yedek parça üreticilerinden temin edilen logosuz yedek parçalar için 'Orijinal Yedek Parça Kalite Beyan Örneği' düzenlenmesi şart koşulmaktadır. Bahse konu beyan örneği belgesinde, ispat standardı için bağımsız orijinal yedek parça üreticisinin, yedek parçanın araç üretiminde ve montajında kullanılan yedek parçalar ile aynı standartlarda üretildiğinin beyan edilmesi yeterlidir. Ay (2017, 349), söz konusu beyan belgesinin bağımsız üreticiler tarafından sağlayıcı firma spesifikasyonlarına ve standartlarına uygun üretilmiş orijinal yedek parçaların belgelendirilmesinde de kullanılabileceği görüşünü dile getirmiştir.

Sektör araştırması raporunda da ifade edildiği üzere, 2005/4 sayılı Tebliğ'deki yedek parça tanımındaki muğlaklıklar ve özellikle eş değer yedek parçanın ispat yönteminin ne olacağına ilişkin belirsizlikler eş değer yedek parça kullanımının sınırlı kalmasına yol açtığından<sup>33</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ'de eş değer yedek parçaya ilişkin hükümlerin daha

<sup>32</sup> <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/11/Motorlu-Ara%C3%A7-Sigortalar%C4%B1nda-Logosuz-Orijinal-Par%C3%A7a-Belgeleme-Esaslar%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Genelge-201516.pdf> Erişim tarihi 27.07.2021

<sup>33</sup> Sektör Araştırması Raporu s. 110.

da detaylandırıldığı görülmektedir. Tebliğ’de eş değer yedek parça “ilgili mevzuat çerçevesinde belirlenen deney ve muayene metotlarına göre, orijinal parçayla kıyaslanarak, tespit edilen kütle, boyut, malzeme, işlevsellik gibi kriterlere uygunluğu, akredite bir kuruluş tarafından belgelendirilmiş parça” olarak tanımlanmıştır<sup>34</sup>. Bu anlamda 2017/3 sayılı Tebliğ’in önceki düzenlemeden en önemli farkı eş değer kalitedeki yedek parçanın mevzuat standartlarına uygun olup olmadığı ve orijinal yedek parça ile aynı kalitede olup olmadığının akredite bir kuruluş tarafından onaylanması şartının getirilmiş olmasıdır. 2015/4 sayılı mülga Tebliğ’de bu ispat yükümlülüğü tamamen parça üreticisi teşebbüse bırakılmakta idi. Yapılan bu düzenleme, pazardaki rekabet bakımından önemli olmakla birlikte doğrudan rekabet hukukunun kapsamına girmeyen yedek parçaların standartlara uygunluğunun tespitini yetkili kuruluşlara havale etmesi bakımından da isabetli bir düzenlemedir. 2015 yılında Hazine Bakanlığı yapılan düzenlemeler de Kurul’un bu tarz bir politika tercihinde bulunmasını kolaylaştırmıştır. Zira Hazine Bakanlığı tarafından yayımlanan Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında, hasarlı araç onarımında eş değer yedek parçanın kullanımına ilişkin düzenlemeler yapılmış ve kaza tarihine göre model yılından itibaren üç yılı geçmeyen motorlu araçlarda hasar gören parçanın onarımı mümkün değilse, önce orijinal yedek parça, orijinal yedek parçanın bulunmaması halinde ise eş değer yedek parçanın kullanımının mümkün olduğu düzenlenmiştir<sup>35</sup>. Eserin önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere, sektör araştırması raporunun bulguları sigorta şirketleri ile bağımsız yedek parça üreticileri ve bağımsız servisler arasındaki ilişkinin yoğunlaştığına işaret etmekte, eş değer yedek parçanın yaygın kullanım alanlarından biri olarak sigorta poliçeleri kapsamında yapılan onarım hizmetlerini işaret etmektedir. Dolayısıyla Hazine Bakanlığı düzenlemeleri ve 2017/3 sayılı Tebliğ birlikte ele alındığında eş değer yedek parçanın yaygın kullanılmasının önünde ‘belgelendirme’ ve bağımsız yedek parça üreticileri tarafından üretilen eş değer yedek parçaların pazarda yaygın kullanılmaması sorununun önüne geçilebileceği değerlendirilmektedir.

<sup>34</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.4/(f).

<sup>35</sup> Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, B.2.”Tazminat ve Giderlerin Ödenmesi” /2.1 bendi. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150514-5.htm> Erişim tarihi: 27.07.2021



Öte yandan yedek parça pazarına ilişkin olarak bir önceki Tebliğ'de de yer alan, sağlayıcı için üretim yapan yedek parça üreticisinin ürettiği yedek parçaları yetkili veya özel servislere, bağımsız yedek parça dağıtıcılarına ve doğrudan tüketiciye satabilme hakkı; yetkili servislerin yedek parçayı bağımsız parça üretici teşebbüslerden temin edebilme hakkı ve yedek parça üreticisinin ürettiği yedek parça üzerine kendi logosunu koyabilme hakkı gibi düzenlemelerin 2017/3 sayılı Tebliğ'de de korunduğu görülmektedir.

### 1.4.3. Bakım Onarım Hizmetleri Pazarı Bakımından

Sektör araştırması raporunda sağlayıcıların pazardaki gücü sebebiyle özel servislerin ve bağımsız hizmet sağlayıcıların pazarda hedeflenen rekabet gücünün gerisinde kaldıkları tespitinin yer aldığı bakım onarım pazarında yeni Tebliğ ile gelen değişikliklerden biri 3S kuralına ilişkindir. 2017/3 sayılı Tebliğ'e ilişkin Kılavuz'da da ifade edildiği üzere, "taşıt sağlayıcıları tarafından yetkili dağıtıcılara satış ile birlikte satış sonrası hizmetleri verme yükümlülüğünün getirilmesi veya yetkili servislere satış sonrası hizmetlerle birlikte yeni motorlu taşıt dağıtımı yükümlülüğü getirilmesi grup muafiyetinden yararlanamayacak"<sup>36</sup> bununla birlikte bakım onarım hizmetlerinin sunumu ile yedek parçaların dağıtımı birlikteliğini zorunlu kılan dikey anlaşmalar grup muafiyetinden faydalanacaktır. Daha yalın bir ifade ile dile getirecek olursak, satış sonrası pazarda faaliyet göstermek isteyen dağıtıcılara bakım onarım hizmetleri ile yedek parça dağıtım hizmetlerini birlikte sunma zorunluluğu getirilebilecek ancak yeni motorlu araçların dağıtım zorunluluğu getirilemeyecektir.

2005/4 sayılı mülga Tebliğ'de satış sonrası pazarda bağımsız / özel servislerin bakım onarım pazarında yetkili servisler üzerinde rekabetçi baskı yaratabilmeleri bakımından önem atfedilen teknik bilgiye erişim konusu da 2017/3 sayılı Tebliğ'de farklı ele alınmıştır. Konunun Bilim Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Euro 5 ve Euro 6 Yönetmeliklerinde<sup>37</sup> ayrıntılı biçimde ele alındığından bahisle teknik

<sup>36</sup> 2017/3 Kılavuzu s. 15.

<sup>37</sup> Söz konusu yönetmelikler: Hafif Yolcu ve Ticari Araçlardan Çıkan Emisyonlar Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik ve Ağır Hizmet Araçlarından Çıkan Emisyonlar Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmeliklerdir.

bilgiye erişim Tebliğ kapsamında düzenlenen bir alan olmaktan çıkarılmıştır. Bu durum 2017/3 sayılı Tebliğ'in AB düzenlemeleri ile de benzer bir yaklaşım içerisinde olmasına yol açmaktadır.

Öte yandan Kurul'un önceki Tebliğ'in uygulanması aşamasında ortaya çıkan 'atipik' bir sorunu mevcut Tebliğ'in açıklanmasına ilişkin kılavuzda çözümlenmeye çalıştığı görülmektedir. Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere, 2005/4 sayılı Tebliğ kapsamında teknik bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranıldığı takdirde uygulanacak yaptırım konusu net olmaktan uzak idi; zira teknik bilgi bağımsız tamircilere sağlayıcı tarafından verilmez iken, Tebliğ'in dizaynı gereği sağlayıcı ile birlikte dikey anlaşmanın tarafı olan yetkili dağıtıcı veya servis de muafiyet kapsamı dışında tutulmakta ve Kanun'un 4. maddesi kapsamında sorumluluğu gündeme gelmekte idi (Şengören, 2012, s.67). Bu önemli usul sorunu, 2017/3 sayılı Tebliğ'e ilişkin Kılavuz'da teknik bilgiye ilişkin uyumsuzlukların Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde ele alınabileceği yönünde bir atıf ile giderilmeye çalışılmıştır. Aynı zamanda Kılavuz, Kanun'un 6. maddesi kapsamındaki değerlendirmede Euro 5 ve 6 Yönetmeliklerindeki hükümlerin değerlendirmede esas alınabileceğini de düzenlemektedir<sup>38</sup>. Kanımızca bu düzenleme de önceki Tebliğ'in bir uygulama eksikliğini gidermesi bakımından önemli bir uygulamadır.

Yeni motorlu araçların dağıtımı, bakım onarımı ve yedek parça pazarlarına ilişkin bu genel değerlendirmelerin ardından çalışmanın bu bölümünde bir önceki Tebliğ ile aynı sistematik dâhilinde kaleme alınan 2017/3 sayılı Tebliğ'in düzenlemeleri, bir önceki Tebliğ'den farklılaştığı noktalar vurgulanmak suretiyle incelenecektir.

#### 1.4.4. Muafiyetin Genel Koşulları

Bir önceki Tebliğ ile benzer bir sistematik içerisinde 2017/3 sayılı Tebliğ de 5. maddesi kapsamında grup muafiyetinden yararlanabilecek dikey anlaşmalarda bulunması gereken şartları düzenlemiştir. Bu genel şartlar içerisinde, dağıtım sistemleri için öngörülen pazar pay eşikleri, sözleşme süreleri ve feshi ihbar sürelerine uyulması bulunmaktadır.

2005/4 sayılı Tebliğ'de benimsenen münhasır dağıtım için %30; nicel seçici dağıtım için %40 olarak belirlenen farklı eşik sistemi

<sup>38</sup> 2017/3 Kılavuzu s. 4.

uygulamasından 2017/3 sayılı Tebliğ'de vazgeçilmiş; tarafların pazar paylarının %30 eşliğinin altında kaldığı dikey anlaşmalar bakımından münhasır, nicel veya nitel seçici dağıtım sistemlerinden herhangi birinin uygulanmasının anlaşmayı grup muafiyetinin dışına çıkarmayacağı düzenlenmiştir. Tarafların pazar payının %30'u aştığı hallerde ise anlaşmanın grup muafiyetinden faydalanabilmesi bakımından nitel seçici dağıtım sisteminin benimsenmesi gerekmektedir. 2017/3 Kılavuzu'nda önceki Tebliğ'de belirlenen farklı pazar payları sisteminin oyuncular bakımından zorluk yarattığı bu nedenle sistemin basitleştirilmesi ve tek bir eşik sistemine bağlanmasının tercih edildiği ifade edilmiştir<sup>39</sup>.

Muafiyetin bir diğer şartı, dikey "anlaşmanın en az beş yıl süreli olması ve anlaşmada yer alacak olan yenileme isteğini anlaşmanın sona ermesinden asgari altı ay önce bildirmeyi her iki tarafın da kabul etmesi veya anlaşmanın belirsiz süre için yapılması halinde feshi ihbar süresinin her iki taraf için de iki yıl" olması gerekliliğidir<sup>40</sup>. Söz konusu düzenlemeler ile dağıtıcıların Tebliğ uyarınca sınırlandırılmayacak davranışlarda bulunduğu takdirde sağlayıcının anlaşmayı derhal sona erdirmesinin ve yaptığı yatırımlar nedeniyle kendine bağımlı hale gelen dağıtıcılar üzerinde sağlayıcıların fırsatçı davranışlarda bulunmasının önüne geçilerek<sup>41</sup> marka içi rekabetin tesisi amaçlanmıştır<sup>42</sup>.

Feshe ilişkin önceki mülga Tebliğ ile 2017/3 sayılı Tebliğ arasındaki önemli bir diğer fark hiç şüphesiz feshin haklı gerekçeler içermesine ilişkindir. Daha önce de ifade edildiği üzere, 2005/4 sayılı Tebliğ sağlayıcının dağıtıcıya yapacağı fesih ihbarnamesinde feshin objektif ve detaylı biçimde gerekçelendirilmesi düzenlenmekte idi. Gerek uygulamada yaşanan sorunlar, gerek konunun bir rekabet hukuku meselesinden ziyade borçlar hukuku meselesi olması ve gerekse Kurul'un bugüne kadar fesih gerekçelerine ilişkin değerlendirmelerinde mahkemeleri işaret etmesi gibi nedenlerle ve sektör araştırması bulguları çerçevesinde bu düzenlemenin yeni Tebliğ'de yer almaması isabetli olmuştur.

<sup>39</sup> 2017/3 Kılavuzu s.10

<sup>40</sup> Tebliğ ile iki yıl olarak belirlenen feshi ihbar süreleri önceki tebliğde de yer alan bazı istisnai hallerin varlığında bir yıla indirilebilecektir. Bu istisnalar, sağlayıcının anlaşmaya son vermesi halinde dağıtıcıya tazminat ödemek durumunda olması ve dağıtım sisteminin önemli bir kısmının ya da tamamının sağlayıcı tarafından yeniden düzenlenmesinin zorunlu olmasıdır.

<sup>41</sup> Sanlı, Görüş s. 5.

<sup>42</sup> 2017/3 Kılavuzu s.11

Bununla birlikte ‘sözleşmenin haklı nedenle feshi’ 2005/4 sayılı Tebliğ’de yer bulmuş ve asgari sözleşme süresi ve feshi ihbar sürelerine ilişkin düzenlemelerin tarafların haklı nedenle fesih hakkını kullanmalarına engel teşkil etmediği hükme bağlamış idi. Bununla birlikte 2017/3 sayılı Tebliğ’de ve Kılavuzunda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum ilk bakışta tarafların belirli süreli sözleşmelerde süresine kadar, belirsiz süreli sözleşmelerde ise iki yıllık ön şartı karşılayıncaya kadar sözleşme ile bağlı oldukları gibi bir anlam çıkarılması mümkün olsa da (Alkan, 2018, 58) kanımızca sözleşmenin haklı nedenlerle feshi borçlar hukuku genel hükümleri çerçevesinde her zaman ele alınabileceği açık bir konudur. Dolayısıyla Tebliğ’de ya da Kılavuz’da yer almaması bu hakkın kullanılamayacağı anlamına gelmemelidir. Kanımızca Kurul da sözleşmelerin haklı nedenle feshedilmesinin doğrudan bir rekabet hukuku meselesi olmaması nedeniyle bu hükümlere Tebliğ’de yer vermemiştir.

#### **1.4.5. Anlaşmanın Grup Muafiyetinden Yararlanmasını Engelleyen Sınırlamalar**

2017/3 sayılı Tebliğ’in 6. maddesinde, dikey sözleşmelerde yer alması halinde sözleşmenin tamamını grup muafiyetinin kapsamı dışında çıkaracak ağır düzenlemelere yer verilmiştir. Her ne kadar söz konusu ağır kısıtlamaların sayısı bir önceki Tebliğ’e göre azaltılmış olsa da düzenlemelerin esasta benzer düzenlemeler olduğunu belirtmek mümkündür.

Buna göre ağır kısıtlamalardan ilki dağıtıcının yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin kısıtlamalardır. Kanun’un 4. maddesinin ihlali anlamına gelebilecek dağıtıcının yeniden satış fiyatının belirlenmesi ya da aynı etkiyi doğuracak nitelikte doğrudan ya da dolaylı uygulamalar anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaracaktır<sup>43</sup>. Kesin veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi kaydı ile tavsiye satış fiyatı bu yasaklamanın kapsamı dışında bulunmaktadır.

Dağıtıcının satış yapacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar da tıpkı 2005/4 sayılı mülga Tebliğ’de olduğu gibi ağır kısıtlamalar arasında yer almaktadır. Tebliğ’de bu durumun dört istisnası düzenlenmiştir. Bu istisnalar, “(i) alıcıların müşterilerince yapılacak

<sup>43</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.6/1(a)

satışları kapsamaması kaydı ile sağlayıcı tarafından kendisine veya bir başka alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması (ii) toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcıların son kullanıcılara yapacağı aktif ya da pasif satışların kısıtlanması (iii) sağlayıcı tarafından seçici dağıtım sistemi üyelerinin dağıtım ağı haricindeki bağımsız dağıtıcılara aktif satış yasağı getirilmesi ve (iv) birleştirmek amacıyla tedarik edilen parçaların satışına ilişkin sınırlamalar getirilmesidir<sup>44</sup>.

Anlaşmayı grup muafiyeti kapsamı dışına bırakan bir diğer düzenleme seçici dağıtım sistemi üyelerinin son kullanıcıya araç ve parça satışının kısıtlanmasıdır<sup>45</sup>. Esasen bu kısıtlama seçici dağıtım sisteminin temel özelliğinden kaynaklanmaktadır zira yetkili olmayan bağımsız dağıtıcılara ürün satmama kistasına tabi olan seçici dağıtım sistemi üyelerine münhasır bölge atanmadığı gibi bu dağıtım sistemi üyelerinin nihai tüketiciye yapacağı satışlar bakımından da bir kısıtlamanın getirilmemesi esastır. Benzer şekilde seçici dağıtım sistemi üyeleri arasındaki satışların kısıtlanması da anlaşmayı muafiyet kapsamı dışına çıkaracak ağır kısıtlamalar arasında yer almaktadır<sup>46</sup>.

Motorlu taşıt dağıtımını ile yedek parça dağıtımının ve bakım onarım hizmetlerinin bir arada sunulmasının sağlayıcı tarafından zorunlu tutulması dikey anlaşmaları grup muafiyetinin kapsamı dışında tutan sınırlamalardandır<sup>47</sup>. Buna göre taşıt sağlayıcıları tarafından yetkili dağıtıcılara satış ile birlikte satış sonrası hizmetleri verme yükümlülüğü getirilemeyecek ve fakat bakım onarım ve yedek parça dağıtımının birlikteliğini zorunlu kılan anlaşmalar grup muafiyetinden faydalanacaktır<sup>48</sup>. Bu düzenleme, rekabet açığı olduğu değerlendirilen satış sonrası hizmetlerde rekabeti arttırmayı amaçlamaktadır. Benzer şekilde Tebliğ'in 6. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde özel servislerin yedek parçaya erişimini engelleyen kısıtlamaların da anlaşmaları grup muafiyetinin dışında bırakması da bu bağlamda düşünülmelidir.

Son olarak Tebliğ bir önceki Tebliğ'de benimsenen yaklaşımı koruyarak, yedek parça pazarında da rekabeti arttırmak ve bağımsız

<sup>44</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.6/1(b)

<sup>45</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.6/1(c)

<sup>46</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.6/1(ç)

<sup>47</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ md 6/ (d) (e)

<sup>48</sup> 2017/3 Kılavuzu s. 15.

yedek parça üreticilerinin satış sonrası pazara daha etkin girişini temin edebilmek bakımından yedek parça dağıtımına ilişkin kısıtlamaları da ağır kısıtlamalar çerçevesinde değerlendirmiştir. Buna göre, motorlu taşıt sağlayıcısının kendisine yedek parça temin eden yedek parça sağlayıcıları ile yaptığı anlaşmalar ile yedek parça sağlayıcılarının genel olarak satış sonrası pazarlara girişini doğrudan ya da dolaylı yolla engellemesi<sup>49</sup>; sağlayıcının, garanti kapsamındaki ücretsiz sunulan hizmetler haricinde, başka kaynaklardan temin edilen orijinal ya da eş değer yedek parça kullanımının engellenmesi<sup>50</sup> ve sağlayıcı tarafından yedek parça üreticilerinin kendi logolarını yedek parçalar üzerine yerleştirme haklarının engellenmesi<sup>51</sup> anlaşmaları grup muafiyetinin kapsamı dışında bırakacaktır.

#### **1.4.6. Rekabet Etmeme Yükümlülüğü ve Ek Tesis Yeri Açılmasının Kısıtlanması**

2005/4 sayılı mülga Tebliğ'de özel hükümler başlığı altında değerlendirilen ve anlaşmanın bütününe değil, ancak rekabet ihlali teşkil eden hükmün kendisini grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran bazı tip hükümler, 2017/3 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü ve ek tesis yerinin açılması başlığı altında değerlendirilmiştir.

Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere rekabet etmeme yükümlülüğü ve ek tesis yerlerinin açılmasına ilişkin 2005/4 sayılı Tebliğ ile 2017/3 sayılı Tebliğ arasında özellikle yeni motorlu araçların dağıtımına ilişkin önemli bir farklılık söz konusudur. Önceki Tebliğ'de satış, bakım onarım ve yedek parça pazarlarının hepsini kapsayan bir rekabet etmeme yükümlülüğü (çok markalılık) düzenlemesine yer verilirken, yeni Tebliğ'de bu pazarlar için farklı politikalar benimsenmiş ve bağımsız yedek parça dağıtıcıları ile bakım onarım faaliyetinde bulunan özel servislere has bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir.

Bunun yanı sıra 2005/4 sayılı Tebliğ'de yer alan sağlayıcıya özel personel istihdamına, teşhir yerlerinin ayrılmasına, sağlayıcının dağıtıcının finansal kiralama hizmeti vermesini engellemesine ilişkin düzenlemeler de yeni Tebliğ'de yer almayan düzenlemeler olarak dikkat çekmektedir.

<sup>49</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ md 6/ (g)

<sup>50</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ md 6/ (ğ)

<sup>51</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ md 6/ (h)

## Rekabet Etmeme Yükümlülüğü Bakımından

Tebliğ rekabet etmeme yükümlülüğünü şöyle tanımlamıştır:

alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin yeni motorlu taşıtların satışı pazarında %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın almasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük ve satış sonrası pazarı yönünden geçen yıl alımlarının %30'undan fazlasının sağlayıcıdan veya başka bir teşebbüsten satın almasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülüktür (Tebliğ'in 4(1)/k)

Buna göre sağlayıcıdan yapılacak %80'i aşan alımlarda uygulanacak sadakat indirimleri, primler dolaylı yollara örnek olarak sıralanmıştır<sup>52</sup>.

Yeni motorlu araçların dağıtımını bakımından 2017/3 sayılı Tebliğ, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ne yakın bir mantık çerçevesinde ele alınmıştır. Buna göre:

“belirsiz süreli veya beş yıldan uzun olacak şekilde tanınmak istenen rekabet etmeme yükümleri grup muafiyetinden yararlanamayacak; süresi beş yılı aşmayan veya beş yıldan sonraki uzatmanın her iki tarafın açık iradesi ile mümkün olduğu ve alıcının beş yıllık süre sonunda rekabet etmeme yükümlülüğüne son vermesini engelleyen herhangi bir koşulun olmadığı hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanabilecektir (Kılavuz, s.18).

Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği gibi bu düzenleme sektör araştırmasının bulguları ile de çelişmektedir. Zira sektör araştırması çok markalılığın yaygınlaştığı, dolayısıyla sektördeki markalar arası rekabete olumlu katkıları olduğu tespitinde bulunur ve bu anlamda düzenlemenin yerindeliğine işaret ederken, yeni Tebliğ'de bu uygulamadan geri adım atıldığı görülmektedir.

Satış pazarının aksine, yedek parça pazarında, halen rekabetçi kaygıların devam etmesi gerekçesiyle, bir önceki Tebliğ'dekine benzer bir rekabet etmeme yükümlülüğü politikasının tercih edildiği görülmektedir.

Tebliğ'in 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre yedek parça dağıtımını bakımından “(i) alıcıya anlaşmanın süresi içinde

getirilen her türlü rekabet etmeme yükümlülüğü (ii) alıcıya anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü (iii) seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların ürünlerini satmama yükümlülüğü grup muafiyetinden faydalanamayacaktır". Bununla birlikte alıcıya anlaşma süresi içinde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilememesi kuralının istisnası bağımsız yedek parça sağlayıcılarının kurdukları yedek parça dağıtım ağlarıdır. Söz konusu ağlar bakımından 2017/3 sayılı Tebliğ, bağımsız yedek parça dağıtıcılarına süresi beş yıla kadar olmak üzere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanacağını düzenlemiştir<sup>53</sup>.

Söz konusu düzenlemelerle alıcıların sağlayıcıdan başka kaynaklardan da yedek parça alabilmesi teşvik edilmek istenmiş, %30'luk bir eşik getirilmesi ile de dağıtım ağı mensuplarının en az üç farklı sağlayıcıdan mal satın alması ve böylelikle parça sağlayıcıların da rekabet gücünü arttırması hedeflenmiştir<sup>54</sup>.

Bakım onarım pazarında da yedek parça sağlayıcıları pazarındaki benzer bir yaklaşımın sergilendiği görülmektedir. Buna göre bakım onarım hizmetlerinin sağlanmasında, sağlayıcı tarafından alıcıya anlaşma süresi boyunca veya anlaşmanın sona ermesinden sonra herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmeyecek, getirildiği takdirde söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanamayacaktır<sup>55</sup>. Tıpkı yedek parça pazarında olduğu gibi bakım onarım pazarında da rekabet etmeme yükümlülüğünün bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre bir sağlayıcıya ait bakım onarım zinciri içerisinde bakım onarım servisi veren zincir servislere bu istisna çerçevesinde beş yıla kadar olmak üzere getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyetinden yararlanabileceklerdir<sup>56</sup>. Bir önceki Tebliğ'de olmayan bu düzenleme ile getirilen bu istisnanın amacı yedek parça dağıtım pazarında olduğu gibi, sağlayıcıların ağ kurmak adına yapacakları batık maliyetin geri dönüşünün sağlanması ve sağlayıcıları ağ kurmaya teşvik etmektir<sup>57</sup>. Öte yandan bu istisna ile bakım onarım pazarında daha fazla bağımsız ve özel servisin pazara

<sup>53</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m.7/1(b)/1

<sup>54</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ Kılavuzu, s.19.

<sup>55</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ Kılavuzu, s. 21.

<sup>56</sup> 2017/3 sayılı Tebliğ m. 7/1(c)/1

<sup>57</sup> 2017/3 Kılavuzu, s. 20-21.



girişi, böylelikle hem yetkili servisler üzerindeki rekabetçi baskının arttırılması hem de genel olarak bakım onarım pazarında rekabetin artması hedeflenmiş olup, bu durum sektör araştırmasının bulguları ile de paralellik arz etmektedir.

### Ek Tesis Yeri Bakımından

2017/3 sayılı Tebliğ'in 7. maddesinin ikinci fıkrası “yedek parçaların dağıtımı ve/veya bakım onarım hizmetleri bakımından, seçici dağıtım sisteminin uygulandığı hallerde ek tesis yerlerinin açılması ile ilgili olarak getirilen doğrudan veya dolaylı yükümlülükler grup muafiyeti uygulanamayacağını” hükme bağlamaktadır. Düzenleme yedek parça dağıtımı ve bakım onarım hizmetleri bakımından geçerli olduğundan yeni motorlu araçların satışında sağlayıcı yetkili satıcının ek satış yeri açmasını kısıtlayabilecektir. Daha önce ifade edildiği üzere bu düzenlemenin gerekçesi satış pazarında rekabetçi bir görünümün bulunması ve sağlayıcıların dağıtım sistemleri üzerinde kısıtlayıcı hükümler uygulamanın gerekli görülmemesidir.

## **1.5. Rekabet Kurumu Tebliğlerinin Genel Olarak Değerlendirilmesi**

İlki 1998 yılında sonuncusu ise 2017 yılında yayımlanan Rekabet Kurumu Tebliğlerinin otomotiv pazarının hem satış hem de satış sonrası pazarlarda rekabetçi bir yapı tasarımı felsefesi içerdiği görülmektedir. Her ne kadar bu hedefe ulaşmak adına tercih edilen yöntemler, pazardaki rekabet algısı çerçevesinde zaman içerisinde değişiklik gösterse de genellikle aşağıdaki politikaların hedeflendiği görülmektedir:

- 1998/3 sayılı Tebliğ sonrasında sektördeki tüm dikey nitelikte anlaşmalar kapsama alınmış, böylelikle sektörün geneline yönelik bir düzenleme yapılabileceği hale gelmiştir.
- Dağıtım anlaşmalarında sağlayıcıların münhasır ve seçici dağıtım sistemlerini birlikte uygulamaları, pazardaki rekabet sonuçları nedeni ile sınırlandırılmıştır.
- Yeni motorlu araçların dağıtımına ilişkin pazarda, farklılaşan nispetlerde de olsa, sağlayıcıların dağıtım ağlarında belirli ölçüde esnekliğe sahip olmalarına izin verilmiş; bu durum sözleşme

süreleri ve feshi ihbar süreleri gibi marka içi rekabeti hedefleyen düzenlemelerle dengelenmiş ve zaman zaman da çok markalılık uygulamaları ile desteklenmiştir.

- Rekabetçi kaygının satış pazarına göre daha yoğun olduğu satış sonrası hizmetlerde, yedek parça pazarındaki üreticilerinin bağımsızlığını güçlendiren ve satış sonrası pazara girişi kolaylaştıran önlemler alınmıştır.
- Benzer şekilde, bakım onarım pazarında da rekabet açığı, niteliksel seçici dağıtım sistemi marifeti ile yetkili servis sayısı artırılarak ve yetkili servis ağı üzerinde rekabetçi baskı yaratan bağımsız servislerin rekabet gücü yükseltilerek giderilmeye çalışılmış, bu kapsamda teknik bilgidен yedek parça erişimine kadar detaylı ve önemli düzenlemeler yapılmıştır.

Yapılan düzenlemelere bakıldığında mikro ölçekte otomotiv pazarının her seviyesinde tüketici refahına katkıda bulunacak rekabetçi bir pazar yapısı tasarımının hedeflendiği görülmektedir. Bu hedef, sektörde makro politikaları tamamlayan Rekabet Kurulunun önemli bir fonksiyonudur.

## **2. REKABET KURUMU TEBLİĞLERİNİN OTOMOTİV SEKTÖRÜNÜN MAKRO GÖRÜNÜMÜNE ETKİSİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME**

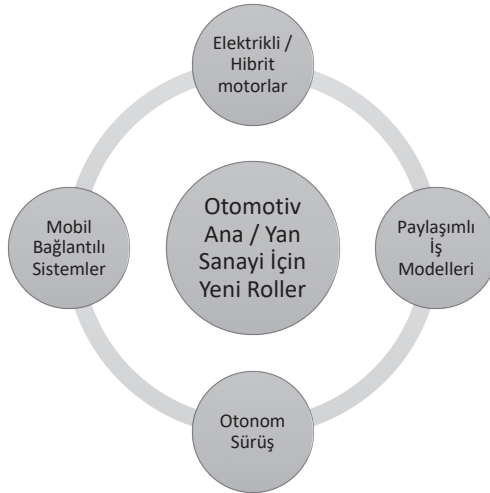
### **2.1. Otomotiv Pazarının Görünümü**

#### **2.1.1. Otomotiv Pazarında Global Trendler**

Otomotiv endüstrisinde küresel anlamda gelişim ve dönüşüm Türk otomotiv sektörünün bugününü olduğu kadar geleceğini de etkileyen/ etkileyecek en temel parametrelerdir. Küresel anlamda bakıldığında otomotiv sektöründe üç önemli kırılma yaşanmaktadır. Bunlardan ilki 20. yüzyılın başından itibaren otomotiv endüstrisine yön veren Detroit ile 21. yüzyılın parlayan yıldızı Silikon Vadisi'nin işbirliği ve/veya rekabetidir (Trop, 2016). Küresel otomotiv endüstrisinde dijitalleşme, otonom sürüşe sahip yeni araç teknolojileri konularında büyük bir devrim yaşanmakta ve hızlı gelişmeler Google ve Tesla'yı uzun vadede geleneksel otomobil üreticilerinin en önemli rakibi yapmaktadır (Fallah, 2017).

Küresel ısınma kaygılarının tetiklediği emisyon salınımının azaltılması çabaları, hibrit motorlar ve özellikle elektrikli araç gibi alternatif yakıt tüketebilen teknolojileri de yaygınlaştırmaya başlamıştır. Küresel anlamda artan çevre hassasiyeti ve buna göre şekillenen regülasyonlar fosil yakıt kullanan araçların geleceğini tehdit etmektedir. Sıfır emisyon, dünyada giderek daha fazla ülke tarafından uygulanan bir politika haline gelirken, İngiltere, Almanya, Norveç ve Fransa gibi ülkeler benzinli ve dizel araç kullanımını yasaklayacağını açıklamış durumdadır ve her yıl bu ülkelere yenileri eklenmektedir. Dünyanın en büyük otomobil pazarı olan Çin'in de, sıfır emisyon planını açıklaması bu politikanın uzun vadede otomotiv endüstrisini kaçınılmaz biçimde değiştireceğini göstermektedir (PWC, s. 33-37) Bu nedenle, otomotiv endüstrisinde rekabet üstünlüğü elde etmek isteyen otomotiv firmalarının ve ülkelerin öncelikle atması gereken adım endüstrideki mevcut trendleri yakalayabilen AR-GE alanındaki faaliyetlerini daha da güçlendirmeleridir (Pişkin, 2017 s. 13).

Bu gelişmeler ışığında otomotiv endüstrisinde değişen değer zinciri ve yetkinliklerin merkezinde dört unsurun ön plana çıktığını belirtmek mümkündür: Elektrikli/hibrit motorlar, otonom sürüş, mobil bağlantılı sistemler ve paylaşımlı iş modelleri (TAYSAD, 2020, s.4). Gelişen bu yeni trendler hem otomotiv ana sanayi hem de yan sanayi için hayati önemdeki yeni roller belirlemektedir.



Yeni global trendlerin yol açtığı bir başka etki de sektörde gözlemlenen birleşme devralmalarla birlikte farklı sektörlerin iş

birliklerinin/ortaklıklarının artmasıdır. Bunun temelinde özellikle yazılım, mobil entegrasyon gibi alanlarda firmaların yetkinliklerini geliştirme ihtiyaçlarının yattığı görülmektedir. TAYSAD (2020, s. 8) tarafından da ifade edildiği gibi “birleşme ve satın alma faaliyetleri; mevcut ürünlerin geleceğe uyumlu hale gelmesini sağlamak üzere elde edilen bilgi birikimi kullanılarak, portföy genişletme hedefiyle yazılım ve elektrik / elektronik yoğun alanlara” odaklanmaktadır.

Otonom sürüş teknolojilerinin geliştirilmesi için teknoloji firmalarının pazara girmesinin yanı sıra bağlanabilirlik ve dijitalizasyonun gelişimi, araçların aynı zamanda birer veri merkezine dönüşmesini de beraberinde getirmektedir. Ekonominin her alanında olduğu gibi otomotiv alanında da verinin rekabet bakımından önemi daha da artacağından, bu alanın da ileride rekabet otoritelerinin ilgi alanına girmesi ve hatta bir regülasyon konusu haline gelme ihtimali giderek güçlenmektedir (Wolfgang Kerber, 2019, s 15-20).

Öte yandan, elektrikli ve/veya otonom sürüşe sahip otomobillerin yansıra geleneksel otomotiv pazarında da ciddi gelişme ve dönüşümler yaşanmaktadır. Ekonomik/ticari gücün merkezinin Doğu’ya doğru kaymasıyla birlikte başta BRICS ülkeleri olmak üzere gelişmekte olan ülkelerin ağırlığı otomotiv pazarında da daha yoğun hissedilmektedir (TEPAV, 2013). OICA verilerine göre Çin’in 2009 yılı itibarıyla ABD’yi geçerek en büyük otomotiv pazarı ve üreticisi olduğu görülmektedir.

### 2.1.2. Türk Otomotiv Pazarının Genel Görünümü

Genç ve artan nüfus ile birlikte, kişi başına düşen araç sayısı ve yaşlı araç parkının olması Türk otomotiv pazarının iç pazarda sahip olduğu ciddi potansiyelin bir göstergesi olarak görülmektedir (KPMG, 2018). Türkiye 2015 yılında 1000 kişiye düşen 183 otomobil ortalaması ile kişi başına düşen otomobil sayısı bakımından alt sıralarda yer almaktadır<sup>58</sup>. Avrupada Türkiye ile benzer nüfusa sahip Almanya’da 52 milyon motorlu taşıt bulunurken Türkiye’de bu rakam 18 milyon civarındadır (Moch, 2016, s.1). Halen en önemli pazarlardan biri olmasına rağmen, Türkiye’dekinin aksi yönde bir görünüm sergileyen AB pazarının orta ve uzun vadede iç talebinin azalması beklenirken Türkiye’de artması beklenmektedir.

<sup>58</sup> LMC Automotive İstatistikleri, <http://lmc-auto.com/news-and-insights/publicdata/>

Türk otomotiv sektörü ihracat bakımından da başarılı bir grafik çizmektedir. TÜİK verilerine göre motorlu kara taşıtları ve motorları ihracatı 2005 yılında 9,5 milyar dolardan 2019 yılında 23,9 milyar dolara çıkmıştır<sup>59</sup>. 2017 yılında ulaşılan üretim seviyesi ile Türkiye kara taşıtları üretimi sıralamasında Avrupa'da 5. dünyada ise 15. sırada yer almaktadır<sup>60</sup>. Buna göre sektör AB pazarında ABD ve Japonya gibi rakipleri geride bırakarak daha fazla ihracat gerçekleştiren rekabetçi ve yenilikçi bir sektör olarak ön plana çıkmaktadır.

Türk otomotiv sektörü, güçlü uluslararası ortaklıkları, gelişmiş tedarik sanayisi, mevzuat değişimine uyum yeteneği ve düşük işgücü maliyeti avantajını uluslararası rekabette etkin kullanmaktadır (Başkak ve Mihçioğlu, 2017, s. 9). Türk otomotiv sektörü aynı zamanda sayıları giderek artan inovasyon merkezleri ile Ar-Ge ve tasarım konusunda artan küresel rekabete ayak uydurabilmek adına önemli adımlar atmaktadır. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı verilerine göre Aralık 2019 itibarıyla Türkiye genelinde faaliyet gösteren AR-GE merkezi sayısı 1227 olup bunların 129 adedi otomotiv yan sanayi, 24 adedi ise otomotiv sektörüne yöneliktir<sup>61</sup>. Bunun yanı sıra, açıklanan Türkiye Otomotiv Sektörü Strateji Belgesi ve Eylem Planı'nda öngörülen elektrikli otomobil üretim hedefi ile birlikte Ulusal Odak projesi kapsamında ülkemizde üretilmesi önem arz eden aksam ve parçaların üretilmeye başlanması sektörün geleceği açısından önemli ve stratejik hedefler olarak öne çıkmaktadır. Bu olumlu gelişmelere rağmen artan uluslararası rekabete ve dönüşüme uyum sağlamak bakımından sektörün endüstriyel tasarım, patent ve uluslararası standartlara uyum konusunda daha çok yatırım çekmesi gerekmektedir. Endüstri 4.0 teknolojilerinin daha yaygın biçimde kullanılabilmesi bakımından yetişmiş işgücü başta olmak üzere önemli engellerin aşılması sektör bakımından hayati önem arz etmektedir.

İç pazar itibarıyla değerlendirildiğinde ise, giderek artan vergi oranlarının sektörün önündeki en büyük engellerden biri olduğu sıklıkla dile getirilen bir konudur. Pazar büyüklüğü ile uluslararası

<sup>59</sup> TÜİK tarafından GTIP 87 kapsamında belirlenen otomotiv dış ticaret verilerine göre. <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Dis-Ticaret-104>

<sup>60</sup> OICA verilerine göre. <https://www.oica.net/category/production-statistics/2017-statistics/>

<sup>61</sup> <https://www.sanayi.gov.tr/istatistikler/istatistiki-bilgiler/mi0203011502> Erişim Tarihi: 27.07.2021

yatırımlar arasındaki ilişki nedeniyle, artan vergi oranlarının küçülttüğü pazar uluslararası yatırımların çekilmesi bakımından da bir dezavantaj yaratmaktadır. Doğu Avrupa, Çin, Hindistan gibi otomotiv alanında agresif büyüyen ülkelerin daha düşük maliyetle üretim yapabilme potansiyeli, Türkiye'nin yeni yabancı yatırımları çekmek için sahip olduğu düşük işgücü maliyeti avantajı üzerinde de bir tehdit oluşturmaktadır (KPMG, 2018, s11).

Otomotiv yan sanayi itibarıyla değerlendirildiğinde ise sektörün potansiyelinin altında kaldığını belirtmek mümkündür. Ülkemizdeki tedarikçilerin yeni teknolojilere uyum sağlama konusunda yaşadıkları problem önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki küresel olarak teknoloji tabanlı ürünlere olan talep artışına rağmen, düşük katma değerli ürünlere yoğunlaşma sektörün performansını olumsuz yönde etkilemektedir (TAYSAD, 2020, s 12). Otomotiv ana sanayisi ile yan sanayi arasındaki ilişkilerin arzulanan ölçekte olmaması, sözleşmesel ilişkilerin yan sanayi oyuncularının gelişimi konusunda olumlu sonuçlar vermemesi ve yan sanayinin ana sanayiye bağımlı kalarak satış sonrası pazarlarda doğrudan faaliyet gösterememesi, Türk otomotiv yan sanayisinde ölçek bakımından önemli sıkıntılar yaratmaktadır (Ceylan, 2015).

Son dönemde orijinal ve eş değer yedek parça tanımlamaları ve belgelendirmeleri konusunda önemli adımlar atılmış olsa da halen bu alanda var olan eksiklikler hem yedek parça üreticileri hem de satış sonrası pazarlarda hizmet alan tüketiciler bakımından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır.

## **2.2. Kurum Tebliğlerinin Otomotiv Sektörüne Etkileri**

### **2.2.1. Mikro Reformlar ve Rekabet Kurumu İlişkisi**

Piyasaların daha etkin işlemlerini sağlayacak ya da firmaların verimliliğini arttıracak yapısal dönüşümler ya da mikro reformlar dönem dönem gelişmekte olan ülke gündemlerini daha fazla meşgul eden konular arasında yer almaktadır. Mikro reformlar, para ve maliye politikası dışındaki araçlarla kaynak tahsis mekanizmasını değiştirmeyi amaçlayan sanayi politikası ve bunun alt dalları olan yatırım politikası, teknoloji politikası, rekabet politikası ve bölgesel kalkınma politikası gibi uzun vadeli büyümeyi etkileyen politikalar ile yakından ilgilidir

(Swaroop, 2016, s.1). Global rekabet baskısı altında yurt içi piyasaların etkin işlemesine ilişkin yapısal birtakım önlemler almaksızın sürdürülebilir büyümeyi sağlamaya çalışmak bir anlamda akıntıya karşı kürek çekmektir. Nitekim 2007 TEPAV tarafından yayımlanan İkinci Nesil Reform Sürecinin Özellikleri (Ağustos, 2007) raporunda mikro reformlar “*bir yandan makro ekonomik istikrarın temelini korurken bir yandan da mikro odaklı serbest piyasa ekonomisinin kurumsal alt yapısını güçlendiren ve iktisadi aktörlerin daha verimli faaliyetlere yönelmesi için uygun teşvikler sunabilen ikinci nesil reformlar*” olarak tanımlanmış ve uzun vadeli sürdürülebilir büyüme üzerine vurgu yapılmıştır.

Otomotiv sektörü özelinde bakıldığında Kurum, rekabetçi bir pazar yapısı hedefi doğrultusunda hem verdiği kararlarla hem de çalışmanın önceki bölümlerinde detaylı biçimde incelenen tebliğleri aracılığıyla sektöre yönelik mikro müdahaleler gerçekleştirmektedir. Verdiği kararlarla pazarın etkinliğini azaltan teşebbüs faaliyetlerine müdahale eden Rekabet Kurulu, bugüne kadar çıkardığı tebliğlerle pazardaki sözleşmeler üzerindeki kısıtlamalar/düzenlemeler vasıtasıyla pazarın rekabetçi tasarımına yapısal olarak müdahale etme imkânını elinde bulundurmaktadır. Bu bölümde tebliğlerle hedeflenen pazar tasarımı ile sektörün makro görünümü arasındaki uyum daha yakından incelenecektir.

### **2.3. Otomotiv Tebliğleri ile Hedeflenen Pazar Tasarımı ve Makro Görünüm İle Uyum**

#### **2.3.1. Hedeflenen Pazar Tasarımı**

Rekabet Kurulu tarafından bugüne kadar çıkarılan motorlu taşıtlar tebliğleri ile otomotiv pazarında genel olarak bir “*pazar tasarımının*” yapılmaya çalışıldığını belirtmek mümkündür. Söz konusu pazar tasarımının odağında “*düşük giriş engelleri*” “*rekabetçi pazar ekosistemi*” ve “*tüketici refahı*” gibi temel parametreler bulunmaktadır. Bu çerçevede Kurul, otomotiv endüstrisini dağıtım/satış, bakım onarım ve yedek parça olmak üzere üç seviyeye ayırmış ve her bir seviyede zamanın koşulları içinde değişen rekabet seviyesini ölçümleyerek alınacak önlemleri tayin etmiştir.

1998 yılında yayımlanan ilk Tebliğ ile Kurul, otomotiv pazarındaki piyasa tasarımının ilk adımlarını atmış, o döneme kadar sektörde yaygın

biçimde kullanılan ve temelde piyasa aksaklığı yaratan satış fiyatının tespiti ve bölge ve müşteri paylaşımı gibi ağır rekabet ihlallerinin önüne geçmiştir. Ardından yayınladığı 2005/4 sayılı Tebliğ'de ise söz konusu rekabetçi pazar tasarımını daha detaylı düzenlemeler ile hayata geçirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda hem marka içi hem de markalar arası rekabeti arttırmak adına sektörde uygulanan dağıtım sistemleri yeniden tasarlanmış; birlikte uygulandığında rekabet seviyesini azaltan seçici ve münhasır dağıtım sistemlerinin birlikte uygulanmasının önüne geçilmiştir. Yine aynı mantıkla, rekabetin yoğun /eksik olduğu pazarlarda dağıtım sistemlerinin uygulanabilmesi için farklı eşikler getirilerek rekabetin dengelenmeye çalışıldığı görülmektedir. Ayrıca satış sonrası pazarlara Tebliğ'in sağladığı muafiyet kapsamında girişlerin arttırılması, giriş engellerinin azaltılması bakımından 3S koşulu olarak bilinen koşul kaldırılmış böylelikle satış sonrası pazarda faaliyet göstermek isteyen teşebbüslere satış zorunluluğu getirilmesinin önüne geçilmiştir. 2017 yılında yayımlanan en son Tebliğ'de ise, rekabet açığının devam ettiği satış sonrası pazarlara yoğunlaşmış ve bir önceki Tebliğ kapsamında özellikle satış pazarında görülen sözleşmesel ilişkilere aşırı müdahale yaklaşımından vazgeçilmiştir. Bununla birlikte yedek parça ve bakım onarım pazarlarında rekabetin arttırılması bugüne kadar yayımlanan her tebliğin en önemli hedefleri arasında yer almıştır.

Görüldüğü gibi otomotiv sektöründeki rekabet koşulları ve rekabet seviyesindeki değişime paralel olarak düzenlemeler de güncellenmiştir. AB müktesebatına uyum Kurum açısından önemli bir politika hedefi olsa da, bu durum başlı başına Kurul'un düzenlemelerinin Türkiye pazarı gerçekleri ile uyuşmadığı anlamına gelmemektedir. Etkin bir piyasa tasarımı bakımından yapılan düzenlemelerin zaman içerisinde pazardan alınan sinyaller çerçevesinde değiştirilmesi, Kurul tarafından yapılan mikro düzenlemelerin piyasanın gerçekliklerine uyum sağlayan dinamik yapıda olmasını göstermesi bakımından önemlidir.

Bugüne kadar yayımlanan motorlu taşıtlar tebliğlerinde, rekabetçi otomotiv pazarı tasarımının merkezinde aşağıda sıralanan unsurların bulunduğunu belirtmek mümkündür:

- Ülkemizde yeni motorlu araçların satışına ilişkin pazar genellikle rekabetçi bir yapıda iken satış sonrası hizmetlerde (bakım onarım ve yedek parça pazarlarında) rekabet arzu edilen seviyede değildir. Bu nedenle bu pazarlara yönelik düzenlemeler de farklılaşmakta, satış sonrası pazara ilişkin daha kapsamlı bir düzenleme ile daha müdahaleci bir yaklaşım sergilenmektedir.



- Bununla birlikte markalar arası rekabet, Kurul tarafından otomotiv pazarının tüm katmanlarında benimsenen bir hedeftir. Bu nedenle, markalar arası rekabette daha etkin kararlar alabilmelerini teminen sağlayıcılara, dağıtım ve servis ağını oluşturmada esneklik sağlamak hedeflenmiştir. Aynı zamanda satış, yedek parça ve servis dağıtım kanallarında çok markalılığı da Tebliğ ile güvence altına almak suretiyle markalar arası rekabetten hem pazarın hem de tüketicilerin azami fayda sağlaması amaç edinilmiştir.
- Kurul piyasa tasarımıında markalar arası rekabet kadar marka içi rekabeti de önemli bir politika hedefi olarak benimsemiştir. Bu hedef doğrultusunda yetkili satıcıların, dağıtıcıların ve servislerin sağlayıcı karşısındaki konumu güçlendirilmiş, perakende pazarda teşebbüslerin yatırımları korunmuş, böylece sağlayıcıdan bağımsız ve rekabetçi kararlar alınması güvence altına alınmış; bu suretle dağıtım pazarlarındaki teşebbüslerin daha etkin biçimde rekabet etmeleri temin edilmeye çalışılmıştır.
- Yedek parça ve bakım onarım pazarları Kurul'un rekabet seviyesini arttırmak adına özel çaba sarfettiği pazarlar olarak dikkat çekmektedir. Kurul bu pazarlarda sözleşmesel ilişkiler yoluyla yaratılan ya da fiilen var olan çeşitli giriş engellerinin pazarda fiyat katılıklarına ve piyasa etkinsizliğine yol açtığı kanısında olduğundan, bu giriş engellerini azaltacak özel birtakım önlemler almıştır. Bu çerçevede Kurul, otomotiv ana sanayii bakımından da hayati önemi haiz olan yedek parça sektöründe daha etkin bir rekabet sağlayabilmek adına motorlu taşıt üreticilerinin ve distribütörlerinin yedek parçalar bakımından tek sağlayıcı haline gelmesini engellemeye çalışmakta ve yedek parça üreticilerinin satış sonrası pazarlara erişimini kolaylaştırarak pazarın genişlemesine ve teşebbüslerin ölçeklerinin büyümesine katkıda bulunmayı hedeflemektedir. Şüphesiz artan rekabetten, satış sonrası hizmetlerde tüketicilerin de istifade etmeleri ilk hedef ile bağlantılı diğer bir hedeftir.
- Yedek parça pazarlarına benzer hedef setleri bakım onarım pazarı bakımından da benimsenmiştir. Buna göre, bağımsız tamircilerin bakım onarım hizmetlerine ilişkin teknik bilgiye, teçhizata ve teşhis cihazlarına erişiminin kolaylaştırılması yoluyla tüketicilere alternatif oluşturmalarının önünü açmak<sup>62</sup> ve böylelikle motorlu

taşıtların satın alınmasından sonra en önemli harcama kalemi olan bakım onarım hizmetlerinde rekabeti tüketici lehine tesis etmek bu pazarda benimsenen en önemli politika olarak dikkat çekmektedir.

Görüldüğü üzere Kurul, tebliğler vasıtasıyla otomotiv pazarında rekabetçi bir piyasa tasarımı gerçekleştirebilmek uğruna sektörün kılcal damarlarına kadar girmiş ve oldukça detaylı ve fakat somut politika hedefleri ortaya koymuştur. Bu durum piyasalarda rekabetçi ortamın tesisini, piyasa aksaklıklarının giderilmesini sağlayacak yapısal önlemlerin alınması anlamında mikro reform ve politikaların geliştirilmesi ve uygulanması bakımından oldukça önemlidir. Öte yandan benimsenen bu politikaların ve hedef setlerinin Türk otomotiv sektörünün görünümü ile ahenk göstermesi de elzemdir.

### **2.3.2. Hedeflenen Pazar Tasarımın Otomotiv Sektörünün Makro Görünümü İle Uyum**

#### ***Satış Pazarı Bakımından***

Çalışmanın önceki bölümlerinde ortaya konulduğu üzere, yeni motorlu taşıtların satışına ilişkin olarak Türk otomotiv sektörü özellikle ihracatta oldukça başarılı bir grafik çizmektedir. Kurdaki ve vergi oranlarındaki artış nedeni ile 2017 ve özellikle 2018 yıllarında sektör yurt içi pazarda daralma yaşasa da yeni motorlu araçların satışında son yıllarda ciddi büyüklüklere erişebilmektedir. Türkiye’de hem kişi başına gelirin hem de çalışma yaşındaki nüfusun yakın gelecekte artması yönünde beklentiler ve gelişmiş pazarlara kıyasla düşük otomobil sahipliği oranı sektör bakımından potansiyel bir talep olarak yorumlanmaktadır.

Türk otomotiv sektöründe satış pazarına ilişkin önemli bir diğer tespit, pazardaki rekabet seviyesinin değerlendirilebilmesi bakımından bir gösterge olarak kullanılabilen HHI<sup>63</sup> ve CR4<sup>64</sup> gibi yoğunlaşma oranlarının görece düşük olması, bu anlamda

<sup>63</sup> Herfindahl–Hirschman Index: Piyasa yoğunlaşmasını piyasadaki bütün teşebbüslerin pazar paylarının karelerinin toplanması şeklinde ifade eden endekstir. HHI endeksinin 1.000’in altında olması rekabetçi, 1.000 ile 1.800 arasında olması orta derece yoğunlaşmış, 1.800’ün üzerinde olması yoğunlaşmış bir pazar yapısına işaret etmektedir.

<sup>64</sup> En büyük dört teşebbüsün temsil ettiği toplam piyasa üretiminin nispi payını ölçmektedir.

görece rekabetçi bir pazarı işaret etmesidir. Rekabet Kurumu Sektör Araştırması Raporunun da ortaya koyduğu üzere:

Binek araç pazarında HHI endeksi 1.000 seviyesinin altında seyretmekte ve 2002 yılından bu yana azalma trendi içinde olduğu görülmektedir. Geçtiğimiz yıllarda binek araç pazarındaki yoğunlaşma oranları düşerken, hafif ticari araç pazarındaki yoğunlaşma artmıştır. Ağır ticari araç pazarındaki HHI oranı ise her yıl 1.200 seviyesinin üzerinde seyretmiş ve artış trendi göstermiştir. (Sektör raporu, s.41)

Bununla birlikte sektöre genel olarak bakıldığında söz konusu parametrelerin satış pazarı bakımından yoğunlaşmanın az, markalar arası rekabetin yüksek olduğu bir yapıya işaret ettiğini belirtmek mümkün görünmektedir.

Satış pazarında yoğunlaşma oranının az ve rekabetin görece yüksek olduğunun bir başka göstergesi satış pazarında kâr marjlarının düşük seyretmesidir. Bu nedenle distribütör ve yetkili bayiler oto kiralama ve ikinci el araç satışı gibi yeni kar merkezleri arayışı içine girmişlerdir. Sektör Araştırması Raporu da yeni motorlu araç satışında Türkiye pazarındaki sağlayıcıların kâr marjlarının 2003-2008 döneminde sürekli düşüş gösterdiğine, 2008'de %1,16 seviyelerine kadar indiğine ve takip eden yıllarda bu oran bir miktar yükseliş gösterse de en fazla %4'ler seviyesine çıkabildiğine işaret etmektedir. Bu durum, kâr oranlarının %20'lere kadar çıktığı yedek parça pazarından farklı olarak, araç satış pazarında aşırı kârdan bahsedilemeyen bir rekabet ortamına işaret etmektedir.

Bu makro görünüm çerçevesinde, Rekabet Kurulu tebliğlerinin yeni motorlu taşıtların satışı pazarında hedeflediği rekabetçi piyasa tasarımının ana hatlarını aşağıdaki gibi sıralamak mümkün görünmektedir:

- Yeniden satış fiyatının tespiti, bölge / müşteri kısıtlaması ya da satış hizmetlerinin satış sonrası hizmetlerin dağıtımına bağlanması gibi ağır kısıtlamalarla satış pazarında etkin rekabetin bozulmaması,
- Marka içi rekabetin tesis edilmesi, bu uğurda rekabetçi yapıyı tesis etmekte kullanılacak asgari gerekliliklerin sağlayıcı ile dağıtıcı arasındaki sözleşmesel ilişkilerde muafiyet koşulu olarak belirlenmesi,
- Gerekli asgari kısıtlamalar dışında sağlayıcılara dağıtım sistemleri üzerinde esneklik sağlayarak markalar arası rekabetin tesis edilmesi,
- Münhasır ve seçici dağıtım sisteminin birlikte uygulanması engellenerek, pazarda daha rekabetçi bir ekosistemin oluşturulması.

Satış pazarının rekabetçi bir yapıya işaret eden makro göstergeleri ve Rekabet Kurumunun mikro düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde, pazarın geldiği rekabetçi noktada tebliğlerin de önemli katkılarından olduğunu belirtmek mümkün görünmektedir. Marka içi rekabetin sağlanması bakımından pazarda dağıtım sözleşmelerinin sürelerinin belirlenmesinden, fesih bildirimlerine ve markalar arası rekabeti hedefleyen çok markalılığa kadar çok sayıda düzenleme pazarın şekillenmesine katkıda bulunmuştur. Öte yandan, satış pazarında daha müdahaleci bir tavır sergileyen 2005/4 sayılı Tebliğ'in ardından pazarın geldiği rekabetçi seviye ekseninde değerlendirildiğinde, Rekabet Kurumunun mikro düzenlemelerinde satış pazarında sağlayıcılara daha geniş esneklik tanıyan bir yapının tercih edilmesi anlaşılır ve tutarlı bir görünüm sergilemektedir. Özellikle 2017/3 sayılı Tebliğ çok markalılık, ek satış yerlerinin açılması ve feshin objektif kriterlere dayanması, hakem hakkı gibi satıcı ile distribütör arasındaki borçlar hukuku ilişkilerine de müdahale eden hükümleri kaldırarak satış pazarında sağlayıcıların özgürlüklerini daha da arttırmıştır.

Kanımızca çok markalılığın satış pazarında kaldırılması dışındaki düzenlemelerin hepsi, sağlayıcılar nezdindeki gereksiz işlem maliyetlerini kaldırarak kaynak etkinliğine ve pazardaki rekabetçi yapıya katkıda bulunmuştur. Bununla birlikte, Kurum'un bizzat yürüttüğü sektör araştırmasının bulguları da, 2005/4 sayılı Tebliğ'de satış pazarı için de öngörülen çok markalılığın, aynı lokasyon içindeki çok markalılığın arttırılması gibi güç bir hedefi bile tuttuğunu ve bu anlamda markalar arası rekabetin arttırılmasına katkıda bulunduğunu göstermekte iken yeni Tebliğ'de bu politikadan neden vazgeçildiğini anlamak güç görünmektedir. Seçici dağıtım sistemi çerçevesinde belirlenen yüksek kriterleri karşılamak için distribütörlerin ciddi yatırımlara katlanması, buna karşın satış kanalında kâr marjlarının düşük olması ve distribütörlerin farklı kâr merkezlerine yönelmesi gibi sektör realiteleri de karşımızda durur iken çok markalılık uygulamasından vazgeçilmesi kanımızca doğru bir politika tercihi olmamıştır. Öyle görünmektedir ki 2017/3 sayılı Tebliğ AB müktesebatındaki karşılığı ile tam bir uyumu yakalamak adına ülkemizde uygulaması başarıya ulaşan satış pazarında çok markalılık uygulamasını feda etmiştir.

Öte yandan, makro göstergeler ağır vergi yükü nedeniyle pazar büyüklüğü potansiyelinin altında kalan Türk otomotiv sektörünün yakın gelecekte yeni yatırımları çekmek için, büyüyen pazarları

ile dikkat çeken gelişmekte olan ekonomiler ile daha ciddi bir yarış içerisinde olacağına işaret etmektedir. Bu durumda yeni yatırımların daha cazip kılınması bakımından da satış pazarında çok markalılık uygulamasının devam etmesi kanımızca daha doğru bir politika tercihi olurdu. Zira çok markalılık en çok pazara yeni girecek olan ve henüz ciddi bir pazar payı bulunmayan sağlayıcılar bakımından önem arz etmekte ve giriş engellerini azaltmaktadır. Daha stratejik bir bakış açısıyla ele alındığında, satış pazarında çok markalılığın Türkiye Otomotiv Sektörü Strateji Belgesi ve Eylem Planı (2016-2019) kapsamında üretilmesi planlanan yerli elektrikli otomobilin etkin bir dağıtım ağına kısa sürede ulaşmasına da katkı sağlayabileceğini varsaymak mümkündür.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, mikro düzenleme kapsamında ele alındığında Rekabet Kurumu tebliğlerinin, satış pazarında bugüne kadar önemli düzenlemeler gerçekleştirdiğini, bu düzenlemelerin doğrudan ya da dolaylı olarak pazarın rekabetçi seviyesine katkıda bulunduğunu, bu durumun tek istisnasının son tebliğ ile satış pazarında uygulamasından vazgeçilen çok markalılık olduğunu belirtmek mümkündür.

### ***Yedek Parça Pazarı Bakımından***

Makro açıdan bakıldığında Türk yedek parça sanayisi, Türkiye'nin önemli ihracat üssü olması ve büyüyen araç parkı sayesinde gelişen Türk otomotiv ana sanayisinin de desteğini arkasına alarak son yıllarda önemli bir gelişim kaydetmiştir. Çalışmanın önceki bölümlerinde ifade edildiği üzere yan sanayi, mamul üretim kapasitesi, mamul çeşitliliği ve ulaştığı standartlar itibarıyla, ülkemizde imal edilen taşıt araçları için gerekli olan yedek parçaları önemli ölçüde karşılayabilecek düzeye erişmiştir. Bununla birlikte otomotiv yan sanayinin sektörün yeni teknolojilere ayak uydurmakta zorluk çekmesi önemli bir eksiklik olarak dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra ithal araç oranının yüksekliği ve ithal parçaya dayalı üretim sonucunda otomotiv yan sanayisinde ithalatın artması, ihracatın ithalatı karşılama oranını önemli ölçüde düşürmüştür. Ürün gruplarına göre değerlendirildiğinde “otomotiv yan sanayii ürünleri ihracatı oransal olarak 1998’de toplam otomotiv

sektörü ihracatının %63'ünü oluştururken, 2016 yılında bu oran %37'ye gerilemiştir<sup>65</sup>.

Pişkin (2017) otomotiv yan sanayinin görünümüne ilişkin aşağıdaki değerlendirmeyi yapmaktadır:

Otomotiv yan sanayinde 1000'in üzerinde firma faaliyet göstermesine rağmen, kabul edilebilir üretim standartlarına sahip, taşıt araçları imalat sanayiine direkt olarak orijinal parça imal eden, uluslararası pazarlarda rekabet ederek ihracat yapan firma sayısı 300 - 350 civarındadır. Diğer firmalar ise küçük ölçekli üretim tesislerini oluşturmakta ve büyük çoğunluğu da genellikle yenileme pazarına yönelik üretim yapmaktadır (Pişkin, 2017, s.12).

Pazarda üretim gerçekleştiren firmaların önünde bugüne kadar eş değer ya da orijinal yedek parça üretiminin belgelendirilmesine ilişkin süreç ve yetkili kuruluş yokluğundan kaynaklanan önemli problemler var olmuştur.

Makro anlamda bakıldığında dikkat çeken bir başka husus ise otomotiv yan sanayinin ülkemizde otomotiv ana sanayiine ciddi ölçüde bağlı olması, yan sanayinin genellikle araç üreticilerine ve montaj sanayiine yönelik çalışması, yenileme pazarına yönelik üretimin ise sınırlı kalmasıdır. Bu bakımdan sektör temsilcileri tarafından dile getirilen, son beş yılda iç pazarda yan sanayi üreticilerinin istenen pazar büyüklüklerine ulaşamadıkları önemli bir tespittir<sup>66</sup>. Otomotiv yan sanayinin ana sanayiye bağımlılığı Rekabet Kurumu sektör araştırması raporunda da çarpıcı biçimde ortaya konulmuştur:

Yedek parça pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin 2002-2011 yılları arasındaki cirolarına bakıldığında, sektörün genelinde montaja yönelik yedek parça üretiminin ağırlıklı olduğu, yenileme pazarına yapılan üretimlerden elde edilen cironun ise yıllar içinde büyüme göstermekle birlikte toplam ciro içindeki yerinin sınırlı kaldığı görülmektedir. Dikkat çekici bir diğer nokta ise yedek parça üreticileri için yenileme pazarına yönelik üretimdeki ve satışlardaki kârlılık % 12'nin üzerinde seyrederken montaja yönelik yedek parça satışlarındaki karlılığın %5-10 arasında değişmesi; yenileme pazarına yönelik satışlardaki kar marjının daha yüksek olmasına karşın bu pazara yönelik satışların daha düşük olmasıdır.

<sup>65</sup> Pişkin, S. (2017). *Türkiye Otomotiv Sanayii Rekabet Gücü ve Talep Dinamikleri Perspektifinde 2020 İç Pazar Beklentileri*. İstanbul: Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Ekonomik Araştırmalar, s. 39.

<sup>66</sup> <http://www.istekobi.com.tr/sectorler/otomotiv-yan-sanayi-s3/sektore-bakis/otomotiv-yan-sanayi-b3.aspx> Erişim tarihi 27.04.2021

Bu durumun başlıca nedenleri arasında montaja yönelik satışların yenileme pazarındaki satışların esas belirleyicisi olması, yetkili servislerin tedariklerinde sağlayıcı firmalara bağımlılıklarının yüksek olması, orijinal ve eş değer yedek parça tanımında sorunlar olması sayılabilecektir (Sektör Araştırması Raporu, s. 100-102).

Çizilen bu makro çerçeve içerisinde Rekabet Kurumunun yedek parça pazarına yönelik mikro düzenlemelerine bakıldığında, hedeflenen rekabetçi piyasa tasarımının odağında yedek parça temin kanallarındaki yoğunlaşmanın önüne geçmek ve yedek parça üreticilerinin bağımsızlıklarını güçlendirmek ve satış kanallarını çeşitlendirmek olduğu görülmektedir. Yedek parça üreticilerinin bağımsızlıklarının güçlendirilmesine ve satış sonrası pazarlara erişimlerine yönelik en önemli tebliğ düzenlemesi, yedek parça üreticilerinin satış sonrası pazarlara girişlerinin doğrudan ya da dolaylı olarak engellenmesinin anlaşmaları grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran ağır kısıtlamalar arasında sayılmasıdır. Buna göre, motorlu taşıt sağlayıcısının kendisine yedek parça temin eden yedek parça üreticileri ile yaptıkları anlaşmalarla yedek parça sağlayıcılarının genel olarak satış sonrası pazarlara girişinin engellenmesi grup muafiyetinin dışında tutulmaktadır. Söz konusu düzenleme ile Rekabet Kurulu, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren sözleşme hükümlerinin birden çok motorlu taşıt üreticisi tarafından kullanılması halinde oluşacak paralel ağların motorlu taşıt sağlayıcılarının daha fazla tekel kârı elde etme ihtimalini ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.

Daha önce ifade edilen yan sanayinin ana sanayiye yüksek derecede bağlı olması ve montaj dışındaki alanlarda büyümemesi göz önüne alındığında bu düzenlemenin ne kadar önemli bir hedef barındırdığı daha net anlaşılacaktır. Benzer şekilde Tebliğ'in ağır sınırlamalar arasında saydığı, garanti kapsamı dışındaki işlemlerde sağlayıcının başka kaynaklardan (yedek parça üreticilerinden) elde edilen yedek parçaların kullanımının engellenmesi ya da sağlayıcıların kendi logolarının kullanımının engellenmesi de yedek parça üreticilerinin satış sonrası pazarlara girmelerini hedefleyen önemli düzenlemelerdir. Bununla birlikte bu düzenlemeler önceki tebliğlerde de yer bulmuş ancak sektör araştırması bulgularının da işaret ettiği üzere, sektördeki yapıyı değiştirmemiştir. Yedek parça üreticileri, ağırlıkla montaja

yönelik çalıştıkları ve bu alanda ana sanayi ile etkin bir üretim modeli ve işbirliği gerçekleştiremedikleri için etkin bir ölçüğe ulaşmakta güçlük çekmektedir. Yurt içinde sınırlı pazara erişebilmek sadece ciroları değil, teknolojik dönüşüm için gerekli yatırımları da etkilemektedir. Bunun doğal sonucu rekabet gücünü kaybeden bir Türk otomotiv yan sanayisinin oluşmasıdır. Nitekim bu durum en açık biçimde ithalat rakamlarında görülmektedir. Her ne kadar istenilen başarıyı elde edememiş görünse de bu durum Rekabet Kurumu tarafından yapılan bu düzenlemelerin gereksiz olduğu anlamına gelmemektedir. Kanımızca Kurul bu alanda hedeflerine ulaşmak adına sadece düzenleme yapmak ile yetinmemeli, gerektiği takdirde resen inceleme yetkisini de kullanarak otomotiv ana sanayi ile yan sanayi arasındaki yedek parça etrafındaki ilişkileri daha yakından incelemelidir.

Öte yandan yedek parça üreticilerinin ürettiği orijinal ya da eş değer kalitedeki yedek parçaların satış sonrası pazarlara girememesinin bir diğer etkisi de, özellikle yetkili servis kanalında, motorlu taşıt sağlayıcısının tek temin kaynağı haline gelmesidir. Bu durum aynı zamanda bağımsız servislerin yedek parçaya erişiminin de önünde engel teşkil etmektedir. Bu bakımdan tebliğlerin yedek parça pazarındaki en önemli katkılarından biri de orijinal ve eş değer yedek parça tanımlamalarına yer vermek, bu tanımlarda zaman içinde iyileştirmeler yapmak, koşulları sağlayan yedek parçaların, satış sonrası pazarlara yönelmesine imkân tanımaktır. Gerek tanımların yapılması gerekse belgelendirmeye ilişkin sorunların çözülmesinde tebliğlerin ülkemizde öncülük ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yedek parça üreticilerinin orijinal ya da eş değer yedek parça ile satış sonrası pazarlarda yaygınlaştırılması araç üreticilerinin dağıtım kanalları ve orijinal yedek parça üzerindeki rekabeti artırması bakımından da önemlidir.

Son olarak, dağıtım pazarından farklı olarak yedek parça pazarında çok markalılık halen geçerli olsa da Kurul özellikle son tebliğ düzenlemesinde yedek parça pazarında rekabet etmeme yasağına bir istisna getirmiştir. Kural olarak yedek parça dağıtımı bakımından, alıcıya anlaşmanın süresi içinde getirilen her türlü rekabet etmeme yükümlülüğü, alıcıya anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak getirilen rekabet etmeme yükümlülüğü ve seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların ürünlerini satmama yükümlülüğü grup muafiyetinden faydalanamayacaktır<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> 2017/2 sayılı Tebliğ, md 6.



Bununla birlikte alıcıya anlaşma süresi içinde rekabet etmeme yükümlülüğü getirilememesi kuralının istisnası bağımsız yedek parça sağlayıcılarının kurdukları yedek parça dağıtım ağlarıdır. Söz konusu ağlar bakımından 2017/3 sayılı Tebliğ, bağımsız yedek parça dağıtıcılarına süresi beş yıla kadar olmak üzere getirilen rekabet etmeme yükümlülüğünün grup muafiyetinden yararlanacağını düzenlemiştir. Bu durum bir politika hedefi olarak yetkili servislerin ve bağımsız tamircilerin birden çok marka ile çalışmalarına imkan tanırken bir yandan da pazara yeni girecek bağımsız yedek parça üreticileri bakımından pazardaki giriş engellerini azaltmaktadır.

Dolayısıyla yedek parça bakımından değerlendirildiğinde, makro görünümün işaret ettiği yapısal sorunlar ile Rekabet Kurumu düzenlemelerinin kapsadığı alanların örtüştüğü görülmektedir. Bununla birlikte, Kurum'un bu alandaki düzenlemelerini daha aktif bir yaklaşımla destekleyebileceği düşünülmektedir.

### ***Bakım Onarım Pazarı Bakımından***

Tıpkı yedek parça pazarı gibi bakım onarım hizmetleri pazarı da Rekabet Kurulu tebliğlerinde rekabetçi kaygının ön planda olduğu ve bu nedenle satış pazarına göre daha detaylı düzenlemelere konu olan bir alandır. Bakım onarım maliyetleri araç alımından sonra tüketiciler bakımından esaslı bir harcama kalemi teşkil ettiğinden pazarın bu seviyesindeki rekabet tüketici refahı ile de doğrudan ilgilidir.

Bakım onarım pazarında yetkili servisler ile herhangi bir yetkilendirilmiş dağıtım ağı içinde yer almaksızın pazardaki araçlara bakım onarım hizmeti veren bağımsız (özel) servisler iki ana oyuncu olarak dikkat çekmektedir. Yetkili servisler genellikle bir veya daha fazla markanın bakım onarımını konusunda uzmanlaşırken, bağımsız servislerin uzmanlıkları farklılaşmakta, boya, kaporta gibi hizmet alanında veya marka özelinde uzmanlık gösterebilmektedirler. Son yıllarda pazarda yaygınlık göstermeye başlayan bir başka bakım onarım pazarı oyuncusu ise bakım onarım zincirleridir. Hızlı tamir zincirleri esasen bağımsız servis niteliğinde olmakla birlikte, klasik onarım yöntemlerine göre daha hızlı ve kurumsal şekilde bakım onarım hizmeti veren teşebbüslerdir<sup>68</sup>.

Başta özel servis kanalı olmak üzere, bakım onarım hizmetleri pazarı ülkemizde kurumsal niteliği otomotiv sektörünün öteki katmanlarına göre daha zayıf olan bu nedenle de veriye erişimin güç olduğu pazarlar olarak dikkat çekmektedir. TOBB verilerine göre;

Türkiye’de motorlu araçların tamir ve bakımı alanında faaliyet gösteren teşebbüs sayısı 2012 yılında 6.625 ve 2013 yılında 6.773 iken 2011 yılı itibarıyla aktif olarak faaliyet gösteren yaklaşık 2.000 adet yetkili servis bulunmaktadır. Yetkili servislerin yarısına yakını satış, servis ve yedek parça hizmetini bir arada verirken (3S), diğer yarısı ise sadece servis olarak faaliyet göstermektedir. Satış ve servis noktası olarak faaliyet gösterenlerin sayısı ise oldukça sınırlı kalmaktadır (TOBB, 2012, s.12-14).

Sektör araştırması raporunun bakım onarım pazarının genel görünümüne ilişkin işaret ettiği önemli bir husus “*yetkili servislerin cirolarının inceleme dönemi boyunca enflasyonun üzerinde artış gösterdiği buna karşın bağımsız servislerin cirolarının dalgalı bir seyir izlediği ve yetkili servislere göre daha düşük olduğudur*”<sup>69</sup>. Bu çerçevede rapor, “*yetkili dağıtıcıların bakım onarım hizmetlerinden elde ettikleri ortalama gelirlerinin daha yüksek olması nedeniyle pazardaki konumlarının bağımsız servislere göre daha güçlü olduğuna*”<sup>70</sup> işaret etmiştir. Bu tespitin Rekabet Kurulu tebliğlerinde de dikkate alınan bir makro gösterge olduğu dikkat çekmektedir. Bu nedenle tebliğlerin mikro seviyede, hem yetkili servis ağı üzerinden marka içi rekabetin arttırılması hem de bağımsız servislerin yetkili servis ağı üzerinde rekabetçi baskı yaratması amacını güttüğü görülmektedir. Bu bağlamda Rekabet Kurulunun bakım onarım pazarı özelinde rekabetçi pazar tasarımının temelinde;

- Satış, servis ve yedek parça satışının birlikteliğine ilişkin zorunluluğun kaldırılması, bakım onarım pazarında niteliksel seçici dağıtım sistemini zaruri kılacak eşik sistemlerinin belirlenmesi suretiyle yetkili servis ağına daha fazla teşebbüsün girmesi ile marka içi rekabetin arttırılması,
  - Çok markalılık ile markalar arası rekabetin güçlendirilmesi,
  - Bağımsız servislerin yetkili servis ağı üzerinde daha etkin rekabetçi baskı yaratabilmelerini teknik bilgidен yedek parça erişimine kadar gerekli önlemlerin alınması
- hedeflerinin bulunduğunu belirtmek mümkündür.

<sup>69</sup> Sektör Araştırması Raporu, s.73

<sup>70</sup> Sektör Araştırması Raporu, s.74

Kurul 2005/4 sayılı Tebliğ ile 1998/3 sayılı Tebliğ'den farklı olarak satış ve servis hizmetlerinin zorunlu birlikteliğini ortadan kaldırmıştır. Böylelikle, teşebbüsler isterlerse faaliyetlerini sadece satış veya sadece servis hizmetleri ile sınırlı tutabilme hakkına kavuşmuşlardır. Bu durum öncelikle rekabetin görece daha sınırlı ve yetkili servis ağında daha yüksek kar marjının bulunduğu bakım onarım pazarında teşebbüslerin sadece bakım onarım hizmeti sunabilmek adına pazara girişlerinin önünü açmıştır. Her ne kadar 2017 yılında getirilen düzenleme ile satış sonrası hizmetlerin birlikte sunumu (bakım onarım ve yedek parça dağıtımı) zorunlu tutulabilse de düzenlemenin temel felsefesini halen koruduğunu belirtmek mümkün görünmektedir.

Bakım onarım pazarında yetkili servis ağına girişi kolaylaştıran bir başka etken satış sonrası pazarda, Tebliğ tarafından öngörülen pazar payı eşikleri nedeniyle çoğunlukla niteliksel seçici dağıtım sistemi uygulamak durumunda kalmalarıdır. Niteliksel seçici dağıtım sistemine ilişkin sektör araştırması raporunun aşağıdaki değerlendirmesi önemlidir:

“Bu dağıtım sisteminde yetkili servis sayısına kısıtlama getirilemediğinden, niteliksel kriterleri sağlaması halinde dileyen teşebbüsün yetkili servis olarak atanması gerekmektedir. Bu düzenleme ile yetkili servislerin sağlayıcı karşısındaki konumunun güçlendirilmesi ve tüketicinin daha fazla servis noktasına ulaşımının sağlanması ve pazara girişlerin kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Nitekim sektör araştırması raporu 2005/4 sayılı Tebliğ'in belirlediği bu hedefe ulaşmakta başarılı olduğunu göstermektedir. Zira 2005/4 sayılı Tebliğ öncesi duruma göre pazardaki yetkili servis adedi %28,36 oranında artış göstermiştir.” (Sektör Araştırması, s.71-72).

Bakım onarım pazarında da yedek parça sağlayıcıları pazarındakine benzer bir yaklaşımın sergilendiği görülmektedir. Buna göre bakım onarım hizmetlerinin sağlanmasında, sağlayıcı tarafından alıcıya anlaşma süresi boyunca veya anlaşmanın sona ermesinden sonra herhangi bir rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmeyecek, getirildiği takdirde söz konusu rekabet etmeme yükümlülüğü grup muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bu genel kural, markalar arası rekabetin nimetlerinden tüketicilerin faydalanmasına katkıda bulunmaktadır. Bununla birlikte tıpkı yedek parça pazarında olduğu gibi bakım onarım pazarında da rekabet etmeme yükümlülüğünün bir istisnası bulunmaktadır. Buna göre bir sağlayıcıya ait bakım

onarım zinciri içerisinde bakım onarım servisi veren zincir servisler bu istisna çerçevesinde beş yıla kadar olmak üzere getirilen rekabet etmeme yükümlülükleri de grup muafiyetinden yararlanabileceklerdir. Bir önceki Tebliğ'de olmayan bu düzenleme ile getirilen bu istisnanın amacı yedek parça dağıtım pazarında olduğu gibi, sağlayıcıların ağ kurmak adına yapacakları batık maliyetin geri dönüşünün sağlanması ve sağlayıcıları ağ kurmaya teşvik etmektir, bir anlamda pazara yeni girişlerin önündeki engelleri azaltmaktır. Öte yandan bu istisna ile bakım onarım pazarında daha fazla bağımsız ve özel servisin pazara girişi, böylelikle hem yetkili servisler üzerindeki rekabetçi baskının artırılması hem de genel olarak bakım onarım pazarında rekabetin artması hedeflenmiş olup, bu durum sektör araştırmasının bulguları ile de paralellik arz etmektedir.

Son olarak Kurul, rekabetin artırılması bakımından önemli bir başka aktör olan bağımsız servisleri de güçlendirmek adına önemli yapısal önlemler de almıştır. Bağımsız teşebbüslerin teknik bilgiye ve yedek parçaya erişimlerine ilişkin sağlayıcılara getirilen yükümlülüklerle, bağımsız servislerin yetkili servisler karşısında tüketiciler bakımından bir alternatif oluşturmalarının sağlanması hedeflenmiştir<sup>71</sup>. Teknik bilgi taleplerinin diğer mevzuatta düzenlendiği gerekçesi ile 2017 yılında yapılan son düzenlemede yer almaması Kurul'un bu düzenlemeden tamamen vazgeçtiği anlamını taşımamaktadır. Zira Kurul, 2017/3 sayılı Tebliğ'e ilişkin Kılavuz'da, rekabet hukuku tekniği bakımından da daha isabetli bir yol tercih ederek, teknik bilgi talebine ilişkin meselelerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında ele alınabileceğini açıkça düzenleyerek bu alandaki hassasiyetini devam ettirmiştir.

### 3. SONUÇ YERİNE

Sürdürülebilir büyümenin tesisi bakımından sık sık gündeme gelen mikro reformlar, bir yandan makro ekonomik istikrarın temelini korurken bir yandan da serbest piyasa ekonomisinin mikro odaklı kurumsal alt yapısını güçlendiren ve iktisadi aktörlerin daha verimli faaliyetlere yönelmesi için uygun teşvikler sunabilen ikinci nesil reformlar olarak tanımlanmaktadır. Otomotiv sektörü, Rekabet Kurumunun mikro reformların hayata geçirilmesi adına pazarlarda ifa

<sup>71</sup> Sektör Araştırması Raporu, s. 70.

ettiği ya da edebileceği fonksiyonları gösterebilmesi bakımından oldukça isabetli bir örnektir. Türkiye'nin en önemli ihracat sektörlerinden biri olan otomotiv endüstrisinin bugün arz ettiği rekabetçi görünümde tek etken olmasa da önemli bir etken Rekabet Kurumunun bugüne kadar yayınladığı motorlu taşıtlar sektöründeki dikey anlaşmalar ve uyumlu eylemlere ilişkin grup muafiyeti tebliğleridir. Söz konusu tebliğlerde, sektörün satış, bakım onarım ve yedek parça gibi farklı katmanları ayrı ayrı değerlendirilerek rekabetçi bir pazar tasarımı ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu pazar tasarımı elbette sektörün makro gerçekliklerinden ayrı düşünülemez. Yapılan incelemede Rekabet Kurulu tarafından tebliğler yolu ile yapılan mikro düzenlemelerin genel olarak makro görünüm ile uyum arz ettiği görülmektedir. Tebliğlerin sektörden gelen geri bildirimlere duyarlı ve dinamik yapıda olmaları ise mikro düzenlemelerin ilerleyen dönemlerde daha da etkin işleyen piyasalar yaratması adına teminat niteliğindedir. Kanımızca bu araç bir mikro politika enstrümanı olarak otomotiv ve diğer sektörlerde daha etkin biçimde kullanılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- Alkan, G. (2018). *Rekabet Hukuku Açısından Motorlu Taşıtlar Sektöründe Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti*. Ankara: Seçkin Kitapevi
- Ay, Ö. (2017). *Otomotiv Sektöründeki Dağıtım Sözleşmelerinden Kaynaklanan Hukuki İlişkilerin Rekabet Hukuku Düzenlemeleri Açısından İncelenmesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Baskak, M., & Mihçioğlu, E. (tarih yok). *Otomotiv Endüstrisinde Ana Firma-Tedarikçi İlişkileri Ve Bir Anket Uygulaması*. İstanbul.
- Ceylan, S. (2015). *Otomotiv Ana Sanayi Yan Sanayi İlişkileri Sorunlar – Çözüm Önerileri*.
- Crane, D. A. (2017). Why Intra-brand Dealer Competition Is Irrelevant to the Price Effects of Tesla's Vertical Integration. *U. Pa. L. Rev. Online* 165, s. 179-190.
- Esen, E. (2011). Motorlu Taşıtlar Dağıtım Ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 19, s. 313-331.
- Fallah, A. (2017). Car companies should be very scared of Apple, Google and Tesla. *Car Advice*.
- Gazioğlu, U. (2005). *Motorlu Taşıtlar Sektöründe Rekabet: Dağıtım Ve AB Düzenlemeleri, Rekabet Kurumu Yayınları*,. Ankara: Rekabet Kurumu.
- İstanbul Ticaret Odası. (2006). *Motorlu taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti*. İstanbul: İTO Yayınları.
- KPMG. (2018). *Otomotiv: Sektörel Bakış*.
- Lao, M., Feinstein, D., & Lafontaine, F. (2015). *Direct to Consumer Auto Sales: It's not Just About Tesla*. Washington: FTC.
- McKinsey. (2013). *The road to 2020 and beyond: What's driving the global automotive industry?*
- Moch, P. (2016). Driving Change: A Snapshot of Automotive Industry in Turkey. *İstanbul Policy center - Mercator Policy Brief*. İstanbul.
- Pişkin, S. (2017). *Türkiye Otomotiv Sanayii Rekabet Gücü ve Talep Dinamikleri Perspektifinde 2020 İç Pazar Beklentileri*. İstanbul: Türkiye Sınai Kalkınma Bankası Ekonomik Araştırmalar.
- PriceWaterHouse Cooperation. (2019). *The Automotive Industry and Climate Change: Framework and Dynamics of CO2 Revolution*.
- Rekabet Kurumu. (2014). *Motorlu Taşıtlar Sektör Araştırması Raporu*. Ankara: Rekabet Kurumu.

- Sanlı, K. (2000). *RKHK'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*. Ankara.
- Swaroop, V. (2006). *World Bank's Experience with Structural Reforms for Growth and Development*. World Bank Group Discussion Paper.
- Şengören, Z. (2012). *Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmaların Düzenlenmesinde Yeni Dönem: AB Uygulamaları Işığında Türkiye İçin Yol Haritası*. Ankara: Rekabet Kurumu.
- T.C. Ekonomi Bakanlığı. (2016). *Otomotiv Ana ve Yan Sanayi*. Ankara: T.C. Ekonomi Bakanlığı Sektör Raporları.
- TAYSAD. (2020). *Köklü Değişikliklerin Eşiğinde: Türkiye Otomotiv Tedarikçileri Endüstrisi*. İstanbul.
- TEPAV. (2013). *Dünya ve Türkiye Otomotiv Sektörü*. Ankara.
- TEPAV. (2007). *İkinci Nesil Reform Sürecinin Öncelikleri*. Ankara: TEPAV.
- Trop, J. (2016). As Detroit And Silicon Valley Compete For Automakers' Business, LA Is The Real Hotbed Of Innovation. *Forbes*.
- Türkiye Odalar Borsalar Birliği. (2012). *Türkiye Otomotiv Ticaret Meclisi Sektör Raporu*. Ankara: TOBB.
- TÜSİAD. (2007). *Ekonomik Görünüm ve Politikalar*. İstanbul.
- Wolfgang Kerber, 2019. "Data-sharing in IoT Ecosystems from a Competition Law Perspective: The Example of Connected Cars," *MAGKS Papers on Economics 201921*, Philipps-Universität Marburg, Faculty of Business Administration and Economics, Department of Economics.
- World Bank. (2003). *Global economic prospects and the developing countries 2003 : investing to unlock global opportunities*.

## **AB Komisyonu Rekabet Hukuku Mevzuatı**

- Commission Regulation (EEC) No 123/85 of 12 December 1984 on The Application of Article 85(3) of The Treaty to Certain Categories of Motor Vehicle Distribution and Servicing Agreements. OJ L 15, 18.1.1985.
- Commission Regulation (EC) No 1475/95 of 28 June 1995 on The Application of Article 81(3) of The Treaty To Certain Categories of Motor Vehicle Distribution and Servicing Agreements, OJ L 145, 29.6.1995.

Report on The Evaluation of Regulation (EC) No 1475/95 on The Application of Article 85(3) of The Treaty To Certain Categories of motor Vehicle Distribution and Servicing Agreements, COM(2000)743 final, 15.11.2000.

Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on The Application of Article 81(3) of The Treaty To Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices in The Motor Vehicle Sector, OJ L 203/30, 1.8.2002.

Distribution And Servicing of Motor Vehicles in The European Union Commission Regulation (EC) No 1400/2002 Of 31 July 2002 on The Application of Article 81(3) of The Treaty to Categories of Vertical Agreements and Concerted Practices In The Motor Vehicle Sector Explanatory Brochure.

### **Rekabet Kurulu Kararları**

29.3.2007 tarih ve 07-29/265-96 sayılı karar.

11.7.2007 tarih ve 05-88/1226-356 sayılı karar.

10.4.2008 tarih ve 08-28/325-108 sayılı karar.

14.8.2008 tarih ve 08-50/738-294 sayılı karar.

8.1.2009 tarih 09-01/8-7 sayılı karar.

25.2.2009 tarih ve 09-08/155-48 sayılı karar.

16.9.2009 tarih ve 09-42/1055-267 sayılı karar.

25.11.2009 tarih ve 09-57/1349-345 sayılı karar.

22.4.2010 tarih ve 10-33/512-816 sayılı karar.

23.09.2010 tarih ve 10-60/1274-480 sayılı karar.

13.10.2011 tarih ve 11-52/1309-460 sayılı karar.

18.04.2011 tarih ve 11-24/464-139 sayılı karar.



# YAYIN İLKELERİ VE MAKALE YAZIM KURALLARI

## 1. YAYIN İLKELERİ

1. Yayın hayatına 2000 yılında başlayan Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu tarafından altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir. Rekabet Dergisi'nde, rekabet hukuku, politikası ve sanayi iktisadı alanlarındaki Türkçe veya İngilizce özgün makalelere, vaka yorumları ve benzeri görüşler ile haberlere yer verilmektedir.

2. Rekabet Dergisi'nde yayımlanmak üzere rekabetdergisi@rekabet.gov.tr adresine gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergimize gönderilen makaleler, **Turnitin intihal programı** aracılığı ile taranıp, intihal raporları editörlerimiz tarafından incelenmektedir. İncelemede, intihal oranı, intihal raporunun içeriği ile birlikte değerlendirilmektedir. Başka eserlerin yanı sıra yazarın önceki çalışmalarından intihal yapması da kabul edilmemektedir. Değerlendirmede intihal yönünden olumsuz bulunan makaleler yazara iade edilir.

3. Yazarlar, yazılarıyla birlikte, iletişim adresi, telefon ve elektronik posta bilgilerini sunmalıdır. Gönderilen yazılar, editörler tarafından içerik ve "Makale Yazım Kuralları" başlığı altında belirtilen kurallara uygunluk bakımından değerlendirilir. Ardından, yazarın ismi gizlenerek konu hakkında uzman iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilecek ve bu durum yazara en kısa sürede bildirilecektir. Gerekli durumlarda üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulabilir.

4. Rekabet Dergisi'nde yayımlanacak her bir yazı karşılığında yazarına telif ücreti olarak **net 2.000TL** ödenir. Ayrıca 10 adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

## 2. MAKALE YAZIM KURALLARI

1. İlk sayfada şu bilgiler yer almalıdır:

a) Yazının Türkçe ve İngilizce başlığı (Siyah ve tümü büyük harf karakterinde),

b) Yazarın adı, çalıştığı kuruluş ve yazarın **ORCID numarası**<sup>1</sup> (Yazı başlığının hemen altında, sayfanın sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise yazarın çalıştığı kuruluş unvanı ile koyu yazı karakteriyle ORCID numarası belirtilmelidir),

c) 200 kelimeyi aşmamak üzere Türkçe ve İngilizce özet,

d) Türkçe ve İngilizce olarak en az beş anahtar kelime.

2. Yazılar, kaynakça bölümü dahil olmak üzere çift aralıklı olarak 12 punto Times New Roman karakteri ile yazılmalıdır. Dipnot ve tablolarda ise 10 punto harf büyüklüğü kullanılmalıdır. Dipnotlar numara sırasıyla sayfa altında gösterilmelidir. Tablo ve şekillere numara verilmeli; başlıkları üstünde, kaynakları ise altında yer almalıdır.

3. Kısaltılacak isim ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalıdır.

4. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.

5. Metin içerisindeki başlıklar, “Giriş” ve “Sonuç” hariç olmak üzere harf ya da Roma rakamı kullanılmaksızın aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

---

<sup>1</sup> ORCID, Open Researcher and Contributor ID'nin kısaltmasıdır. ORCID numarasını almak için <http://orcid.org> adresinden ücretsiz kayıt oluşturabilirsiniz.

## 1. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

### 1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

#### 1.1.1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

6. Açıklama notları sayfa altında dipnot şeklinde ifade edilmelidir. Metin içinde gönderme yapılan bütün kaynaklar ise kaynakça başlığı altında gösterilmelidir. Kaynakça alfabetik sıraya göre hazırlanmalıdır. Bir yazarın birden çok eserine başvurulmuşsa bu durumda yakın tarihli eser sonra gösterilmelidir. Bir yazarın aynı tarihli birden çok eseri varsa, yayın tarihleri sonuna "a", "b", "c" gibi harfler eklenmelidir.

Kaynakçadaki ve metin içindeki kısaltmalar aşağıdaki tabloya göre yapılmalıdır.

Açıklama	Türkçe	İngilizce
Sayfa (Page)	s.	p.
Sayfalar (Pages)	ss.	pp.
Editörlü Kitap (Edited Books)	içinde	in
Editör	Ed.	Ed.
Editörler	Ed.	Eds.
Çeviren	ev.	Trans.
Bölüm	bl.	chap.
Diğer Yazarlar	vd.	et al.

Yazarlar metin içinde yapacakları atıflar ve kaynak gösterimi için **American Psychological Association (APA) tarafından yayımlanan Kılavuzun 6. sürümünde** yer alan kurallara uymalıdır<sup>2</sup>. Gönderme yapılırken ve kaynakça düzenlenirken uyulması gereken biçim kurallarına aşağıda yer verilmiştir:

<sup>2</sup> Daha detaylı bilgi için aşağıdaki bağlantıları ziyaret edebilirsiniz:

- Basics of APA Style Tutorial; (<http://flash1r.apa.org/apastyle/basics/index.htm>)
- APA Formatting and Style Guide; (<http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/>)
- Mini-Guide to APA 6th for Referencing, Citing, Quoting (<http://library.manukau.ac.nz/pdfs/apa6thmini.pdf>)

## **Metin İçinde Kaynak Gösterimi**

### **a. Tek Yazarlı Eser:**

Metin içinde kaynak gösterilirken yazarın soyadı, eserin yayın tarihi ve doğrudan aktarmalarda da sayfa numarası verilmelidir.

Genel bir alıntı söz konusu ise (Metin 2005) ya da Metin’e (2005) göre; doğrudan alıntılarda ise (Metin 2005, s. 44), Metin’e (2005, s. 101) göre

### **b. İki Yazarlı Eser:**

İki yazarlı bir çalışmayı metin içinde kaynak gösterirken her iki yazarın soyadlarına yer verilmelidir:

(Kılıç ve Akgün, 2010, s. 33) ya da Kılıç ve Akgün’e (2010) göre

### **c. Üç ve Daha Fazla Yazarlı Eser:**

Metin içinde ilk kez atıf yapıldığında tüm yazarların soyadları verilir; sonraki yerlerde sadece ilk yazarın soyadı verildikten sonra “vd.” eklenir. Yazım dili İngilizce ise “vd.” yerine “et. al.” yazılır:

Kaynak ilk geçtiğinde (Özgümüş, Adaklı& elenk, 2004) sonraki geçişinde (Özgümüş vd., 2004) olarak yer alır.

### **d. Aynı Konu ile İlgili Birden Fazla Atıf Yapılması Durumunda:**

Atıflar tarih sırasına ve aynı tarihteki atıflar isme göre alfabetik olarak sıralanmalıdır: (Karataş ve Küçükçene, 1990; Deluga, 1995; Brockner, Siegel, Daly, Tyler & Martin, 1997; Francisco, 2000; İşbaşı, 2000)

**e. İkincil Bir Kaynaktan Alıntı:**

Çalışmalarda birincil kaynaklara ulaşmak esastır; fakat bazı güçlükler nedeniyle bu kaynağa ulaşılamamışsa göndermede metin içinde alıntılanan ya da aktarılan kaynak belirtilir.

- Bacanlı'nın (1992) (akt. Özden, 1996) çalışmasında...
- Seidenberg's study (1996) (as cited in Peter, 1993)

**f. Yazarı Belli Olmayan Yayınlar:** Raporlar vb.: Metin içindeki ilk göndermede:

Sayfa numarası belli ise (OECD, 2017, s. 84); belli değilse OECD (2017).

**g. İnternette Alınan Kaynaklar:**

Metin içi göndermelerde makale başlığı, bölüm başlığı ya da bir web sayfasının adı çift tırnak içinde dergi, kitap, broşür ya da rapor başlığı ise italik olarak yazılır.

“Hacettepe Üniversitesi Bilgi”, 2010

**Kaynakça**

**a. Tek Yazarlı Kitap:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. Baskı Yeri: Yayınevi.

**Şişman, M. (2007).** *Örgütler ve kültürler*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

**b. İki ya da Daha Fazla Yazarlı Kitap:**

İlk Yazarın Soyadı, İlk Yazarın Adının Baş Harfleri. ve İkinci Yazarın Soyadı, İkinci Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. Yer: Yayınevi.

Yıldırım, A. ve Şimşek, H. (2016). *Sosyal bilimlerde nitel araştırma yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

**c. Gözden Geçirilmiş ya da Genişletilmiş Baskılar:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (Gözden geçirilmiş/genişletilmiş x. baskı). Baskı Yeri: Yayınevi.

Korkmaz, A (2013). *Dil bilgisi terimleri sözlüğü* (Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi.

**d. Yazarı Belirsiz Kitaplar:**

Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. (Yıl). Yer: Yayınevi.

*The 1995 NEA almanac of higher education.* (1995). Washington DC: National Education Association.

**e. İki ya da Daha Fazla Ciltten Oluşan Kitaplar:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (x. cilt). Baskı Yeri: Yayınevi.

Moran, B. (1995). *Türk romanına eleştirel bir bakış* (3. cilt). İstanbul: İletişim.

**f. Çeviri Kitaplar:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde. (Çevirmenin Adının İlk Harfleri. Çevirmenin Soyadı, Çev.) Baskı Yeri: Yayınevi.

Jones, C. I. (2001). *İktisadi büyüme giriş.* (Ş. Ateş, İ. Tuncer, Çev.) İstanbul: Literatür Yayınları.

**g. Makaleler:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl, varsa ay). Makalenin adı yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde. Derginin Adı İtalik ve Her Kelimenin İlk Harfi

Büyük Şekilde, Cilt İtalik Şekilde (Sayı), Sayfa Numara Aralığı. doi: xxxxxx (Varsa)

Anderson, A. K. (2005). Affective influences on the attentional dynamics supporting awareness. *Journal of Experimental Psychology: General*, 154, 258–281. doi:10.1037/0096-3445.134.2.258

#### **h. Yayımlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezleri:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Tezin adı italik olarak, yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde (Yayımlanmamış Yüksek Lisans/Doktora Tezi). Kurumun Adı, Kurumun Yeri.

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin’de kültürlerarasılık*. (Yayımlanmamış Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

#### **i. Editörlü Kitapta/Derlemede Bölüm:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yıl). Yazının başlığı. İçinde Editörün adının/adlarının baş harfi. Editörün soyadı (Ed.), Kitabın adı italik ve ilk harften sonra (özel adlar dışında) bütünüyle küçük şekilde (ss. sayfa numara aralığı). Baskı Yeri: Yayınevi.

Oktar, S., & Eroğlu, N. (2015). Petrolün ilk küresel krizi: 1973 krizi. İçinde N. Eroğlu, H. İ. Aydın (Ed.), *İktisadi krizler ve Türkiye ekonomisi* (ss. 177-190). Ankara: Orion Kitabevi.

Raz, N. (2000). Aging of the brain and its impact on cognitive performance: Integration of structural and functional findings. In F. I. M. Craik, T. A. Salthouse (Eds.), *Handbook of aging and cognition* (2nd ed., pp. 1–90). Mahwah, NJ: Erlbaum.

#### **j. Yazarı Belli Olmayan Yayınlar, Raporlar vb.:**

OECD (2005). *Competition Law and Policy in Turkey*, OECD, Paris.

### **k. Kongre veya Sempozyum Bildirisi:**

Leclerc, C. M., & Hess, T. M. (2005, August). *Age differences in processing of affectively primed information*. Poster session presented at the 113th Annual Convention of the American Psychological Association, Washington, DC.

### **1. İnternet Kaynakları:**

Yazarın Soyadı, Yazarın Adının Baş Harfleri. (Yazının yayım tarihi). Yazının adı italik olarak, yalnızca ilk kelimenin ilk harfi büyük, geri kalanlar özel isim değilse küçük şekilde. Erişim tarihi: Gün Ay Yıl, yazının linki.

DPT. (2004). *Sekizinci beş yıllık kalkınma planı (2001–2005) 2004 yılı programı destek çalışmaları*. Erişim Tarihi: 12.02.2005, <http://ekutup.dpt.gov.tr/program> World Economic Forum (2012). *Quality of science and math education*. Retrieved August, 13 2018 from [http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15\\_Pillar\\_2\\_Business\\_environment\\_FDR12.pdf](http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15_Pillar_2_Business_environment_FDR12.pdf)



## PUBLICATION POLICY AND NOTES FOR CONTRIBUTORS

### 1. PUBLICATION POLICY

1. Competition Journal, which started its life in 2000, is a refereed journal published semi annually by the Turkish Competition Authority. Competition Journal, publishes original articles, case comments and news in Turkish and English in the field of competition law, policy and industrial economics.

2. Articles submitted to the [rekabetdergisi@rekabet.gov.tr](mailto:rekabetdergisi@rekabet.gov.tr) address for publication in the Competition Journal must be neither previously published in nor submitted for publication to other journals. The articles sent to our journal are scanned through **Turnitin plagiarism program** and plagiarism reports are reviewed by our editors. In the review, plagiarism rate is valuated together with the content of plagiarism report. Among other works, plagiarism of the author's previous works is not accepted. Articles found negative for plagiarism are returned to the author.

3. Authors should provide their contact addresses, telephone and electronic mail information alongside their articles. Articles sent are first checked by editors with respect to the content and for their compliance with the rules stated under the heading "Notes for Contributors". Afterwards, they are sent anonymously to two referees who are expert on the subject. According to the reports of the referees, a decision will be made on whether to publish or reject the article or request corrections from the author, and this decision will be notified to the author as soon as possible. If deemed necessary, the opinion of a third referee may be requested.

4. Competition Authority shall pay net TL 2.000 as the copyright fee to the author of each article published in the Competition Journal. Also, 10 copies of the journal shall be sent to the author, free of charge.

## 2. NOTES FOR CONTRIBUTORS

1. The first page of the article must include the following information:

a) Title of the article in Turkish and English (in bold and capital letters),

b) Name of the author, the organization s/he works in and the author's ORCID number<sup>1</sup> (Author's name must be indicated directly below the title of the article, aligned right, and an asterisk must be inserted after the surname. The relevant footnote must indicate the author's title at his/her organization and his/her ORCID number in bold),

c) An abstract of maximum 200 words in Turkish and English,

d) At least five keywords in Turkish and English,

2. Articles, including the bibliography section, must be written with a 12 point Times New Roman font, double-spaced. Footnotes and tables must use 10-point fonts. Footnotes must be included in numerical order at the bottom of each page. Tables and figures must be numbered; their titles must be indicated over the figure/table and the sources below.

3. For its first instance, an abbreviated name must be used in its full form, with the abbreviation included in parenthesis.

4. Foreign terms used in the text must be in italics.

5. With the exception of "Introduction" and "Conclusion," headings within the text must be arranged as follows, without letters or Roman numerals:

---

<sup>1</sup> ORCID is the acronym for Open Researcher and Contributor ID. You can get your ORCID number by creating a free record at <http://orcid.org>.

## 1. BOLD AND ALL CAPS

### 1.1. Bold and Only First Letters in Caps

#### 1.1.1. Bold and Only First Letters in Caps

6. Explanatory notes must be given in footnotes below each page. All sources referenced in the text must be indicated under Bibliography. Bibliography must be in alphabetical order. If more than one title by an author is referenced, titles that are more recent must be listed later. In case an author has more than one title with the same date, letters such as “a”, “b”, “c” must be appended to the date of publication.

Abbreviations in the bibliography and the text itself must follow the rules in the following table:

Explanation	Turkish	English
Page	s.	p.
Pages	ss.	pp.
Edited Books	içinde	in
Editor	Ed.	Ed.
Editors	Ed.	Eds.
Translator	Çev.	Trans.
Chapter	böl.	chap.
Other Authors	vd.	et al.

For references and citations, authors must follow the rules listed in the **sixth edition of the Guidelines published by the American Psychological Association (APA)**.<sup>2</sup> Formatting rules to follow in references and in the bibliography are listed below:

<sup>2</sup>For more information visit the following links:

- Basics of APA Style Tutorial; (<http://flash1r.apa.org/apastyle/basics/index.htm>)
- APA Formatting and Style Guide; (<http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/>)
- Mini-Guide to APA 6th for Referencing, Citing, Quoting (<http://library.manukau.ac.nz/pdfs/apa6thmini.pdf>)

## **Citations Within the Text**

### **a. Work with a Single Author:**

Within the text, the last name of the author, publication date of the work and page number for direct quotations must be given.

For general quotations (Metin 2005) or according to the Metin (2005), for direct quotations (Metin 2005, p. 44), According to the Metin (2005, p. 101)

### **b. Work with Two Authors:**

When citing from a work with two authors within the text, last names of both authors must be given: (Kılıç and Akgün, 2010, p. 33) or According to Kılıç and Akgün (2010)

### **c. Work with Three or More Authors:**

Last names of all of the authors are given in the first citation within the text; afterwards only the first authors name is given followed by “vd.” If the language is English, “et. al.” is used instead of “vd.”

The first reference to the source must be in the form (Özgümüş, Adaklı & Çelenk, 2004), later references in the form (Özgümüş et. al., 2004)

### **d. When There Are More Than One References on the Same Subject:**

The references must be listed by date and those with the same date must be listed alphabetically: (Karataş ve Küçükçene, 1990; Deluga, 1995; Brockner, Siegel, Daly, Tyler & Martin, 1997; Francisco, 2000; İşbaşı, 2000)

### **e. Quotation from a Secondary Source:**

It is ideal to reference the primary source, but if this source cannot be accessed due to various challenges, the reference must cite the source quoted or paraphrased in the text.

- Bacanlı'nın (1992) (akt. Özden, 1996) çalışmasında...
- Seidenberg's study (1996) (as cited in Peter, 1993)

**f. Publications the Authors of Which Are Not Known:** Such as reports, etc.

For the first reference in the text:

If the page number is known, (OECD, 2017, s. 84); if the page number is unknown OECD (2017)

**g. Sources from the Internet:**

For in-text references, article title, chapter title or the name of the webpage must be given in double-quotes; if the source is a journal, book, brochure or report, the title must be italicized.

"Hacettepe University Information", 2010

**Bibliography**

**a. Books with a Single Author:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter. Place of publication: Publishing House.

Şişman, M. (2007). *Örgütler ve kültürler*. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık.

**b. Books with Two or More Authors:**

First Author's Last Name, First Author's Initials. and Second Author's Last Name, Second Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter. Place of publication: Publishing House.

Yıldırım, A. ve Şimşek, H. (2016). *Sosyal bilimlerde nitel araştırma yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

**c. Revised or Extended Editions:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Revised/extended Xth edition). Place of publication: Publishing House.

Korkmaz, A (2013). *Dil bilgisi terimleri sözlüğü* (Gözden geçirilmiş genişletilmiş 5. baskı). Ankara: Bilgi Yayınevi.

**d. Books with Anonymous Writers**

The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter.(Year). Place of publication: Publishing House.

*The 1995 NEA almanac of higher education.* (1995). Washington DC: National Education Association.

**e. Books with Two or More Volumes:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Vol. X). Place of publication: Publishing House.

Moran, B. (1995). *Türk romanına eleştirel bir bakış* (Vol. 3). İstanbul: İletişim.

**f. Translated Books:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). The title of the book italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter (Translator's Initials. Translator's Last Name, Trans.). Place of publication: Publishing House.

Jones, C. I. (2001). *İktisadi büyümeye giriş*. (Ş. Ateş, İ. Tuncer, Çev.). İstanbul: Literatür Yayınları.

**g. Articles:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year, if available month).

Title of the article with only the first letter of the first word in capital and the rest in lower- case. Name of the Journal in Italics and with the First Letter of Each Word in Capital Letters, Volume in Italics (Number), Page Number Range. doi: xxxxxx (if available)

Anderson, A. K. (2005). Affective influences on the attentional dynamics supporting awareness. *Journal of Experimental Psychology: General*, 154, 258–281. doi:10.1037/0096- 3445.134.2.258

#### **h. Unpublished Graduate/Doctorate Theses:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). Title of the thesis in italics and with only the first letter of the first word in capital and the rest in lower- case, except proper nouns (Unpublished Graduate/Doctorate Thesis). Name of the Organization, Place of the Organization.

Sarı, E. (2008). *Kültür kimlik ve politika: Mardin'de kültürlerarasılık*. (Unpublished Doctorate Thesis). Ankara University Institute of Social Sciences, Ankara.

#### **i. Chapter in an Edited Book/Compilation:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year). Title of the article. In Editor's Initials. Editor's Last Name (Ed.), Title of the book italicized and in all lower-case following the first letter (except proper nouns) (pp. page number range). Place of publication: Publishing House.

Oktar, S., & Eroğlu, N. (2015). Petrolün ilk küresel krizi: 1973 krizi. İçinde N. Eroğlu, H. İ. Aydın (Ed.), *İktisadi krizler ve Türkiye ekonomisi* (ss. 177-190). Ankara: Orion Kitabevi.

Raz, N. (2000). Aging of the brain and its impact on cognitive performance: Integration of structural and functional findings. In F. I. M. Craik, T. A. Salthouse (Eds.), *Handbook of aging and cognition* (2nd ed., pp. 1–90). Mahwah, NJ: Erlbaum.

**j. Anonymous Publications, Reports, etc.:**

OECD (2005). Competition Law and Policy in Turkey, OECD, Paris.

**k. Congress and Symposium Papers:**

Leclerc, C. M., & Hess, T. M. (2005, August). *Age differences in processing of affectively primed information*. Poster session presented at the 113th Annual Convention of the American Psychological Association, Washington, DC.

**l. Online Resources:**

Author's Last Name, Author's Initials. (Year of publication). The title of the text, italicized and (except proper nouns) in all lower-case following the first letter of the first word. Retrieved Month Day, Year from link to the text.

DPT. (2004). *Sekizinci beş yıllık kalkınma planı (2001–2005) 2004 yılı programı destek çalışmaları*. Erişim Tarihi: 12.02.2005, <http://ekutup.dpt.gov.tr/program> World Economic Forum (2012). *Quality of science and math education*. Retrieved August, 13 2018 from [http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15\\_Pillar\\_2\\_Business\\_environment\\_FDR12.pdf](http://www3.weforum.org/docs/FDR/2012/15_Pillar_2_Business_environment_FDR12.pdf)



# REKABET DERGİSİ

COMPETITION JOURNAL

Cilt/Volume: 21 Sayı/Number: 1 Haziran/June 2020

## **Reklam Harcamaları ve Rekabet Hukuku**

Advertising Expenditures and Antitrust  
Nazlı VAROL

## **Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçlara Etkisi**

Impacts of Amending Act No. 7246 to the Act on the Protection of Competition No. 4054 Regarding the Consequences in Private Law  
Av. Başak BAŞAR

## **Me, Myself and Amazon: The Challenges Digital Marketplaces Pose to Eu Competition Law**

Ben, Kendim ve AMAZON: Dijital Pazaryerlerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Uygulaması Bakımından Yarattığı Zorluklar  
Can SARIÇİÇEK

## **Otomotiv Sektöründe Bir Mikro Düzenleme Örneği Olarak Rekabet Kurumu Tebliği ve Makro Görünüme Etkisi**

Turkish Competition Authority's Communique as an Example of Microeconomic Regulation and its Impact on Macro View in the Automotive Industry  
Recep GÜNDÜZ

## **Yayın İlkeleri ve Makale Yazım Kuralları**

Publication Policy and Notes for Contributors



Üniversiteler Mahallesi  
1597. Cadde No: 9 06800  
Bilkent-Çankaya/ANKARA  
[www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)

