

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2020-1-064 (Muafiyet/Menfi Tespit)
Karar Sayısı : 21-57/789-389
Karar Tarihi : 25.11.2021

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Birol KÜLE
Üyeler : Şükran KODALAK, Ahmet ALGAN, Hasan Hüseyin ÜNLÜ,
Cengiz ÇOLAK

B. RAPORTÖRLER: Can SARIÇİÇEK, Selin DURSUN, Emircan AKSAKAL,
Betül AYHAN, Uğur Bilgehan BURHAN

**C. BİLDİRİMDE
BULUNAN**

- Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Tic. AŞ
Temsilcisi: Adnan AKGÜN
Esentepe Mah. Oto Caddesi Levent Loft II No:4 K:2 D:10
Şişli/İstanbul

- (1) **D. DOSYA KONUSU:** Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret AŞ ile EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında akdedilen Sulh Sözleşmesi'ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.
- (2) **E. DOSYA EVRELERİ:** Rekabet Kurumu (Kurum) kayıtlarına 14.10.2020 tarih ve 11075 sayılı ile giren başvuruda, Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret AŞ (MODANİSA) ve EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim San. ve Tic. Ltd. Şti. (SEFAMERVE) arasında 04.04.2017 tarihinde akdedilen ve SEFAMERVE'nin, MODANİSA'ya ait "modanisa" ve "nisa" ibarelerini; MODANİSA'nın ise, SEFAMERVE'ye ait "Sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, ilgili markaların sahipliği, tescili ve geçerliliğinden bağımsız olarak Google, Youtube, Bing, Yahoo ve diğer arama motorlarında, Facebook, Twitter, Instagram gibi sosyal medya platformlarında ve diğer tüm arama mecralarında geniş eşleşme ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak eklemeleri, birbirlerinin markalarını internet ortamında hedeflememeleri ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak eklemeleri konulu sulh sözleşmesinin (SÖZLEŞME) 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 4, 6 ve 7. maddelerine aykırılık içermediğinin tespiti, bunun reddedilmesi halinde başvurunun muafiyet bildiri olarak değerlendirilmesi talep edilmiştir. Konuya ilişkin olarak düzenlenen 01.11.2021 tarihli ve 2020-1-064/MM sayılı Muafiyet-Menfi Tespit Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.
- (3) **F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ:** Raportörler tarafından; MODANİSA ile SEFAMERVE arasında akdedilen SÖZLEŞME'ye menfi tespit belgesi verilemeyeceği, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan bireysel muafiyet değerlendirmesi sonucunda; SÖZLEŞME'nin mevcut haliyle anılan maddede belirtilen şartların tamamını sağlamadığı ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmayacağı, bununla birlikte SÖZLEŞME'nin tadil edilmesi ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğünden

arındırılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlayacağı ve bu koşulla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bireysel muafiyet tanınabileceği kanaat ve sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. BİLDİRİME KONU SÖZLEŞME

- (4) Başvuru konusu SÖZLEŞME, MODANİSA ve SEFAMERVE arasında 04.04.2017 tarihinde imzalanmış olan sulh sözleşmesidir. İlgili SÖZLEŞME ile SEFAMERVE'nin, MODANİSA'nın tescilli markası olan "Modanisa" kelimesini ve "nisa" ibaresini; MODANİSA'nın ise SEFAMERVE'nin tescilli markası olan "Sefamerve" kelimesi ile "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, mobil uygulamalarda ve/veya masaüstü platformlarda, Türkiye'deki veya yurtdışındaki tüm internet mecralarında ve Türkiye'de ve yurtdışında geçerli olan tüm hesaplarda, Google, YouTube, Bing, Yahoo, Safari ve diğer arama motorlarında ve Facebook, Twitter, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında; geniş ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak eklemelerinin sağlanması ve çevrim içi reklamcılık ortamlarında bu marka ve ibarelere yönelik reklam hedeflemesi gerçekleştirmelerinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Taraflar, bu marka ve ibarelerin tanınmasını ve internet ortamında verilecek reklam ve ilanlarda karışıklığa mahal verilmemesini sağlama konusunda anlaşmalarını ifade etmişlerdir.
- (5) MODANİSA, çevrim içi mecrada yaşanan marka hakkı ihlallerinin ve haksız rekabet niteliği taşıyabilecek reklam faaliyetlerinin, sürekli şekilde tespit edilmesi, ispatlanması ve kapsamının belirlenmesi gibi hususların dava süreçlerinde güçlük yarattığını, dijital pazarların hızına kıyasla yargı süreçlerinin yavaş ilerlediğini, hukuki menfaatlerinin sürekli tehdide açık bırakıldığını ve tarafların sözleşme konusu haklarının dava yoluyla korunmasında yaşanan söz konusu zorlukların, başvuruya konu sulh sözleşmesinin akdedilmesine sebep olduğunu beyan etmiştir.
- (6) İlgili SÖZLEŞME, taraflara, "negatif ekleme yükümlülüğü", "hedeflememe yükümlülüğü" ve "Tekst, Metatag, Keywords ve AdWords'e ilişkin yükümlülükler" olmak üzere üç başlık altında çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Negatif ekleme yükümlülüğü kapsamında taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tüm tarayıcı ve arama motorlarında, Google AdWords, Facebook, Twitter, Youtube, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında geniş ve sıralı eşleşme türlerinde "negatif kelime" olarak ekleyeceklerdir. Hedeflememe yükümlülüğü kapsamında taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tüm tarayıcı ve arama motorlarında, Google AdWords, Facebook, Twitter, Youtube, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında geniş ve sıralı eşleşme türlerinde reklam verme amacıyla doğrudan veya dolaylı olarak hedeflemeyeceklerdir. Tekst, Metatag, Keywords ve AdWords'e ilişkin yükümlülükler kapsamında ise taraflar, birbirlerinin tescilli markalarını ve sözleşmede yer alan diğer ibareleri, tarayıcı ve arama motorlarında, Google AdWords, Facebook, Twitter, Youtube, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında ilan tekstlerine yazmayacak, tekste eklemeyecek ve yönlendirici kod (*metatag*) olarak hiçbir zaman kullanmayacaklardır.
- (7) Başvuruda, SÖZLEŞME'nin temel amacının özellikle dijital reklam mecralarında karşılaşılan marka hukukuna ilişkin ihtilafların önüne geçilmesi olduğu ifade edilmiştir. Bu sayede, tarafların hukuki menfaatlerinin korunması amacıyla yürütülebilecek dava gibi külfetli süreçlerin işletilmesi ihtiyacının ortadan kalkacağı ve tarafların hukuki belirlilik ve güvene kavuşacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, (i) tüketicilerin iltibas/karıştırma gibi nedenlerle ortaya çıkabilecek yanlış yönelimlerinin önüne

geçilmesinin, (ii) bedavacılığın önlenmesi ile marka yatırımlarının sağlıklı şekilde sürdürülmesinin sağlanmasının, (iii) sahip olunan kıt kaynakların ve özellikle reklam ve tanıtım bütçelerinin daha etkin ve farklı kanallara yönlendirilmesinin hedeflendiği de belirtilmiştir.

- (8) Başvuruda ayrıca, rakiplerin birbirlerinin markalarına reklam vermesi nedeniyle organik arama sonuçlarının olumsuz etkilendiği ve ilgili sonuçların görünürlüğünün ve dolayısıyla aldığı trafiğin azaldığı belirtilmiştir. Bu noktada, kendi markasına trafik almak isteyen teşebbüslerin gerek marka yatırımlarının gerekse de markaya dayalı trafiği korumak amacıyla verilen yüksek reklam ihale teklifleri kapsamında reklam bütçelerinin boşa harcadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla SÖZLEŞME ile hedeflenen bir diğer amacın, bu olumsuz etkilerin önüne geçilmesi ile bütçelerin ve yatırımların daha efektif kullanımının sağlanması olduğu da ifade edilmiştir. Ayrıca ilgili SÖZLEŞME kapsamında, tarafların belirlenen yükümlülüklerden herhangi birini ihlal etmesi halinde karşı tarafa cezai şart ödeyecekleri ve ihlale uğrayan tarafın, zararlarının giderilmesi için tazminat talep etme ve diğer hukuki yollara başvurma haklarının saklı kalacağı düzenlenmiştir.

G.2. TARAFLAR

G.2.1. MODANİSA

- (9) MODANİSA, giyim, ayakkabı, çanta ve aksesuar kategorilerinde, farklı markalara ait ürünleri “www.modanisa.com” alan adlı internet sitesinde listeleyerek satışını gerçekleştiren bir e-ticaret platformudur. MODANİSA tarafından ilgili platformda listelenen ürünler, aşağıda açıklanan üç farklı model kapsamında satışa sunulabilmektedir:
- MODANİSA platformunda listelenen farklı markalara ait ürünlerin, MODANİSA'ya ait ürün deposunda bulunduğu ve platform üzerinden satış gerçekleştirildiği taraflar arasında mahsuplaşmanın gerçekleştirildiği konsinye satış modeli,
 - MODANİSA tarafından tasarlanan ürünlerin, üçüncü taraf üreticilere ürettirilmek ve MODANİSA tarafından satın alınmak suretiyle platform üzerinden satışa sunulması,
 - MODANİSA'nın teknolojik entegrasyon sağladığı markalara ait ürünlerin, MODANİSA platformunda listelenerek satışa sunulması.¹
- (10) MODANİSA, platform üzerinden satılan ürünleri, İstanbul'da bulunan deposundan, birlikte çalıştığı lojistik hizmet sağlayıcıları vasıtasıyla nihai tüketicilere iletmektedir. MODANİSA'nın, çevrim içi e-ticaret platformuna ek olarak, tamamı İstanbul'da bulunan, dört adet fiziksel satış mağazası da bulunmaktadır. MODANİSA, yaptığı açıklamalarda söz konusu mağazaları, ciro getiren bir satış kanalından ziyade, müşteri deneyimini yükseltmeye yönelik “Showroom”lar olarak tanımlamakta ve bu mağazalardan elde edilen cironun, MODANİSA'nın toplam cirosu içindeki payının oldukça düşük seviyede olduğunu ifade etmektedir.
- (11) MODANİSA, kurucu hissedarlar Kerim TÜRE, Yener Özgür ÖZAYDIN, Fatma Lale TÜZÜN YALÇIN, Sami GÜZEL, Seda ÇETİN, Gökhan KAVASOĞLU ile Goldman

¹ Bu satış modelinde markalar, kendi ürünlerine gelen siparişleri günlük olarak MODANİSA'ya iletmekte, MODANİSA da bu ürünleri, sipariş edilen diğer ürünlerle beraber nihai tüketicilere ulaştırmaktadır.

Sachs Group Inc.'in dolaylı tek kontrolü altında olan GLQ Holdings (UK) Ltd.'nin ortak kontrolü altındadır.²

G.2.2. SEFAMERVE

- (12) SEFAMERVE, üçüncü taraf tedarikçilerden temin ettiği ürünleri, “www.sefamerve.com” alan adlı internet sitesinde listeleyerek satışa sunan bir e-ticaret platformudur. İlgili platform üzerinden, üçüncü taraflarca satış gerçekleştirilmemekte; SEFAMERVE, tüm ürünlerin satışını kendi nam ve hesabına gerçekleştirmektedir. SEFAMERVE platformu üzerinden satışı yapılan ana ürün kategorileri; tesettür giyim, dış giyim, başörtüsü, ayakkabı, çanta, aksesuar, spor giyim, ev ve yaşam tekstili, bebek ve çocuk, deniz giyim, market ve kitap olarak sayılmaktadır.
- (13) SEFAMERVE, bahsi geçen e-ticaret platformu dışında, farklı bir kanal üzerinden, herhangi bir ürün satışı gerçekleştirmemektedir. Şirketin ana sözleşmesinde, faaliyet alanı, “internet üzerinden her türlü mal ve hizmetin alım satımını yapmak, dağıtmak, tanıtmak, pazarlama ve ihracatını yapmak” olarak tanımlanmıştır.
- (14) SEFAMERVE %(.....) hisse oranıyla Mehmet OKUR ile %(.....) hisse oranıyla EST Global Inv. BV'nin kontrolü altındadır.

G.3. İLGİLİ PAZAR

- (15) Bildirime konu SÖZLEŞME ile SEFAMERVE'nin, MODANİSA'ya ait “modanisa”, “nisa” ibarelerini, MODANİSA'nın ise SEFAMERVE'ye ait “sefamerve”, “sefa merve” ve “sefa” ibarelerini;
- mobil uygulamalarda ve/veya masaüstü platformlarda,
 - Türkiye'de bulunan veya yurtdışındaki tüm internet mecralarında,
 - Türkiye ve yurtdışı ülkeler için geçerli olan tüm hesaplarda, Google, Youtube, Bing, Yahoo, Safari ve diğer arama motorları ile Facebook, Twitter, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında

geniş eşleşme ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak eklemeleri, birbirlerinin markalarını internet ortamında hedeflememeleri, birbirlerinin kelimelerini tekste yazmamalarını, yönlendirici kod (*metatag*), anahtar kelime (*keyword*), metin reklamı (*AdWords*) vb. uygulamalarda kullanmamaları öngörülmektedir.

G.3.1. Çevrim içi Reklamcılık Sektörüne İlişkin Genel Bilgiler

- (16) Çevrim içi reklamcılığın anlaşılabilmesi için öncelikle, çevrim içi reklamcılık türlerinin yakından incelenmesi önem taşımaktadır. Bununla birlikte, çevrim içi reklamcılık türlerine ilişkin tek bir sınıflandırma olmayıp farklı kaynaklarda farklı sınıflandırmalara yer verilebilmektedir. Avrupa Komisyonu (Komisyon), 2008 yılında aldığı *Google/DoubleClick* kararında³, çevrim içi reklamcılığı, üç farklı değişkene göre kategorize etmiştir. Bu değişkenlerden ilki, reklamın kullanıcı ekranında nasıl görüneceğine yönelik seçim mekanizması (arama bazlı reklam, arama bazlı olmayan reklam ve listeleme reklamları⁴), ikincisi, reklamın formatı (metin, grafik ve zengin

² 13.02.2019 tarih ve 19-07/84-34 sayılı Kurul kararı.

³ Case COMP/M.4731-*Google/DoubleClick*, C(2008) 927.

⁴ Listeleme reklamcılığı (*classified advertising*), belirli bir hizmet veren özel bir internet sitesinde, belirli ürünleri veya hizmetleri listelemek için çevrim içi şirketlere ödeme yapan reklam verenleri içermektedir.

medya), üçüncüsü ise, reklamın dağıtım kanalıdır (doğrudan ve dolaylı satış). Yine Komisyon'un *Microsoft/Yahoo* kararında⁵, çevrim içi reklamcılık, format (metin, görüntü), kullanılan cihaz, fiyatlandırma mekanizması ve seçim mekanizması gibi dört temel kategori altında türlerine ayrılmıştır. Çevrim içi reklamcılığın, arama bazlı reklam, görüntülü reklam (*display advertising*), listeleme reklamcılığı ve e-posta reklamcılığı olacak şekilde sınıflandırıldığı da görülmektedir.

- (17) Benzer şekilde, OECD'nin (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) "Dijital Reklamcılık Pazarındaki Rekabet" başlıklı raporunda, çevrim içi reklamcılığı sınıflandırmanın farklı yolları olduğu belirtilmiş ve çevrim içi reklamcılık; arama ağı reklamcılığı, görüntülü reklamcılık ve çevrim içi video reklamcılığı olmak üzere üç kategori altında incelenmiştir.⁶ Bununla birlikte, söz konusu raporda, içerik sağlayıcılar ve/veya sosyal medya platformları tarafından, doğal (*native*) reklamcılık⁷ ve "*influencer*" (etkileyici) reklamcılığı⁸ benzeri, kullanıcılar tarafından oluşturulan, yeni arama ağı reklamcılığı biçimlerinin sunulduğuna dikkat çekilmiştir. İngiltere Rekabet Otoritesi'nin (*Competition and Markets Authority-CMA*), "Çevrim İçi Platformlar ve Dijital Reklamcılık" konulu sektör araştırmasında ise dijital reklamcılığın, en geniş şekilde; arama reklamcılığı, listeleme reklamcılığı ve görüntülü reklamcılık şeklinde sınıflandırılabilceği belirtilmiştir.⁹
- (18) Öte yandan, çevrim içi reklamcılık hizmetlerini ise arama bazlı reklamcılık hizmetleri ve arama bazlı olmayan reklamcılık hizmetleri olmak üzere iki alt kategoride incelemek mümkündür.

G.3.1.1. Arama Bazlı Olmayan Çevrim İçi Reklamcılık Hizmetleri

- (19) Ticari veya nihai kullanıcıların (hedef kitle) karşısına, internet sitesinde gezinirken, çevrim içi video izlerken veya çevrim içi oyun oynarken çıkan ya da ilgili kullanıcılara e-posta yoluyla gönderilen reklamlar, arama bazlı olmayan çevrim içi reklam türünü oluşturmaktadır. İnternet kullanımının ve internet sitelerinin sayısının artmasıyla birlikte, görüntülü reklam mecraları da artmış ve internet siteleri; grafik, metin ve video gibi farklı türlerdeki görüntülü reklamları yayımlayarak gelir elde etme fırsatı bulmuştur. Arama bazlı olmayan çevrim içi reklamcılıkta, reklam verilen ilgili internet sitelerinin tıklanma sayısı, kullanıcıların ilgili internet sitesinde geçirdikleri zaman ve sitede zaman geçiren kullanıcıların profili (tüketim alışkanlıkları, beğenileri vb.) gibi unsurlar önemli olup bunlar hem içerik sağlayıcıları hem de reklam verenler tarafından yakından izlenmektedir.
- (20) Arama bazlı olmayan çevrim içi reklamcılıkta, reklam alanlarının sağlanması bakımından, doğrudan ve dolaylı satış olmak üzere iki yöntem kullanılmaktadır.

Listeleme reklamlarına ilişkin ödemeler, genellikle, listeleme ücretlerinden veya komisyonlardan oluşmaktadır.

⁵ Case COMP/M.5727 - *Microsoft/ Yahoo! Search Business*, C(2010) 1077.

⁶ <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-in-digital-advertising-markets-2020.pdf>, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

⁷ Kullanıcının haber akışında yer alan içerikle aynı şekilde görünen ancak, aslında, ücretli olan reklamları tanımlamak için kullanılmaktadır.

⁸ Sahip oldukları sosyal medya ve dijital medya kanalları aracılığıyla herhangi bir ürün/hizmet hakkındaki deneyimlerini takipçileri ile paylaşmak yoluyla tanıtım veya pazarlama aktiviteleri yapan, kitleleri etkileme ve yönlendirme gücü bulunan, takipçileri tarafından otorite ve/veya bilirkşi olarak kabul edilen kişilerin, hitap ettiği kitlenin satın alma davranışlarını etkilemesi üzerine yoğunlaşan ücretli reklamlardır.

⁹ https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

İnternet siteleri, genellikle, açılış sayfası gibi en çok ziyaret edilen sayfalarda yer alan ve “premium” olarak nitelendirilen reklam alanlarını, kendi satış ekipleri aracılığıyla reklam verenlere doğrudan satmayı tercih edebilmektedir. Dolaylı satış yönteminde ise internet sitelerinin doğrudan satış ekipleri tarafından satılmayan reklam alanları, reklam aracılık hizmeti sağlayan firmaların portföyüne dâhil edilmekte ve yazılımsal yöntemle reklam verenlere satılmaktadır. Programatik satış alanında faaliyet gösteren çevrim içi sanal reklam platformları, reklam verenler ile içerik sağlayıcılarını sanal ortamda bir araya getirmekte ve doğrudan satılmayan reklam envanterinin yazılımsal ihaleler yoluyla pazarlanmasına aracılık etmektedirler.

- (21) Arama bazlı olmayan çevrim içi reklamcılıkta, ilgili reklam alanlarının sağlanmasında başvurulmuş diğer yöntem ise son dönemde ülkemizde de yaygınlaşmaya başlayan ve programatik satın alma evreninin bir parçası olan, gerçek zamanlı ihale (*Real Time Bidding-RTB*) yöntemidir. Gerçek zamanlı ihale, reklam verenin doğru zamanda, doğru kullanıcıya, doğru içerikle ulaşmasını hedefleyen ve gerçek zamanlı bir ihale sistemi gibi çalışan bir teknolojidir.

G.3.1.2. Arama Bazlı Çevrim İçi Reklamcılık Hizmetleri

- (22) Arama bazlı çevrim içi reklamcılık, ticari ve/veya nihai kullanıcıların (hedef kitle), arama motorlarında belirli kelimeleri kullanarak yaptıkları sorgularla ilgili reklamların, arama sonuç sayfasında gösterilmesidir. İlgili kullanıcılar tarafından arama motoruna bir sorgu girildiğinde, arama motoru, “organik” (*jenerik*) sonuçlar ve “sponsorlu” bağlantılar olmak üzere iki tür sonuç listelemektedir. Organik sonuçlar, arama motoru algoritması tarafından, kullanıcıların sorguları ile en alakalı olacak şekilde belirlenen sonuçlardır. Bu sonuçlar, genellikle, alaka düzeyine göre düzenlenmekte olup internet siteleri, söz konusu sonuçlarda görünmek için herhangi bir ödeme yapmamaktadır. Sponsorlu sonuçlar ise internet sitelerinin, sorguya karşılık gelen sonuçlar arasında ön plana çıkmak için belirli anahtar kelimelere karşılık ödeme yaptıkları, arama bazlı reklamlardır. Ücretli sonuçların, organik sonuçlardan ayrılabilmesi amacıyla etiketler (“reklam” veya “sponsorlu” gibi) kullanılabilen veya ücretli sonuçlar, renkli/gölgeli kutular içinde ya da organik sonuçların üstünde, altında veya yanında, ayrıca kümelenmiş bir konumda yer alabilmektedir.
- (23) Teşebbüsler, yeni müşteri çekebilme ve markaları hakkında farkındalık oluşturabilmek amacıyla arama bazlı reklamcılığı yoğun bir şekilde kullanmaktadır. Arama bazlı reklamcılık, tüketicilerin, rakip ürün veya hizmet sağlayıcıları keşfetmesi ve ilgili fiyatları karşılaştırması için önemli bir yol olarak görülmektedir.¹⁰ Bir arama motoru, bir sorguya yanıt olarak hangi reklamların görüntüleneceğini, kısmen, ilgili sorgunun, reklam verenler tarafından seçilen “anahtar kelimelerle” alaka düzeyine göre belirlemektedir. Reklam verenler, sponsorlu bağlantıya yapılan her bir tıklama başına ücret ödeme (*pay-per-click-PPM*) koşuluyla, diledikleri anahtar kelimeyi/kelimeleri seçmekte özgürdür. Reklam verenler, verilecek olan reklamın içeriğine bağlı olarak, aynı anahtar kelimelerle ilgilenebildiğinden; arama motorları, söz konusu anahtar kelimeleri, açık artırmalar yoluyla satmaktadır. Bir başka deyişle, arama motorları tarafından, reklam verenlerin aynı anahtar kelimeyi satın almalarına izin verilmekte ancak reklam verenler, arama sonuç sayfasının sponsorlu sonuçlar bölümünde konum elde edebilmek için ilgili ihale çerçevesinde birbirlerine karşı teklif vermekte, ihaleyi en yüksek fiyatı teklif eden reklam veren kazanmaktadır.

¹⁰ 1-800 Contacts Inc. vs. Federal Trade Commission - FTC Case No.18-3848, s.7.

- (24) Bu noktada, özellikle, hem arama bazlı reklamcılıkta en bilinen arama motoru olması hem de tarafların akdetmiş oldukları SÖZLEŞME'nin ağırlıklı olarak hedeflediği reklamların sunulduğu reklam mecrası olması nedeniyle Google'ın arama bazlı reklamcılık faaliyetlerinden ve söz konusu faaliyetlerin temelinde yer alan açık artırma sürecinden bahsedilecektir.
- (25) Google Ads Yardım Platformuna¹¹ göre, bahse konu açık artırma süreci temel olarak üç aşamadan oluşmaktadır. Buna göre, bir kullanıcı arama yaptığında, Google Ads sistemi, öncelikle, bu aramayla eşleşen ürün reklamlarını bulmakta; ikinci aşamada, bu reklamlardan uygun olmayan (örneğin, farklı bir ülkeyi hedefleyen veya politika ihlali nedeniyle onaylanmamış olan) reklamları elemekte; son aşamada ise diğer reklamlardan yeterli oranda yüksek sıralamaya sahip olan reklamları arama sonuç sayfasında göstermektedir.
- (26) Google, arama bazlı reklamların sıralamasına esas teşkil eden ve hem ihalede verilen teklifi hem de kaliteyi dikkate alan bir ikinci fiyat ihale modeli uygulamaktadır. Bu ihale modeli çerçevesinde, Google, verilen teklif ile reklam kalitesinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, ortaya çıkan ihale puanını baz alarak reklamları sıralamaktadır. Bu kapsamda, reklam sıralaması aşağıdaki şekilde formüleştirebilmektedir:

$$\text{Reklam sıralaması (Ad Rank)} = \text{Teklif} \times \text{Kalite Skoru}$$

- (27) Böylece, kazanan reklam, her zaman en yüksek teklifi veren reklam olmamakta, bir reklam verenin, açık arttırmada en yüksek teklifi verse dahi en üst sırada yer alamaması olasılığı bulunmaktadır. Örneğin, ihalede düşük teklif veren, fakat yüksek kalite skoruna sahip bir reklam verenin; ihalede daha yüksek teklif veren, ancak daha düşük kalite skoruna sahip (kullanıcı deneyimi kötü, tıklanma yüzdesi düşük vs.) rakibine karşı ihaleyi kazanabilmesi mümkündür.
- (28) Reklamların sıralamasını belirleyen ihale puanının hesaplanmasında, teklifle ilgili olmayan birçok kalite faktörünün dikkate alındığı ve bu faktörler arasında, öngörülen tıklanma oranları (*predicted-click-through-rate, pCTR*) ve reklamların tahmini alaka düzeyi gibi unsurların da bulunduğu bilinmektedir. Öngörülen tıklanma oranı, kullanıcı(lar)ın ilgili reklama tıklama ihtimallerine ilişkin olarak Google tarafından yapılan tahminlerden oluşmaktadır. Bunun yanı sıra, anahtar kelimeler ve hedef sayfasının alaka düzeyi gibi kriterler de kalite skorunu etkilemektedir.
- (29) Reklam verenler, Google'a verdikleri arama bazlı reklamlar bakımından tıklama başına maliyet (TBM) (*cost per click-CPC*) modeli üzerinden ücretlendirilmektedir. Bu modelde reklam verenler, kullanıcıların Google'da gösterilen reklama yaptıkları her bir tıklama başına ödeme yapmaktadırlar. Reklam veren, reklam kampanyasını oluştururken, her bir tıklama için ödemek istediği maksimum TBM tutarını belirleyerek teklif vermektedir. Maksimum TBM teklifi, reklam verenlerin her bir tıklama için ücretlendirilecekleri en yüksek tutar olmakla birlikte, gerçekte ödenen tutar, genellikle, teklif tutarından daha düşük gerçekleşmektedir. Reklam verenlerin, her bir tıklama için ücretlendirildiği bu son tutara gerçek TBM (*actual CPC*) denilmektedir.
- (30) Google tarafından uygulanan ikinci fiyat modeli kapsamında reklam verenin yayınlamak istediği reklam için ödemesi gereken gerçek TBM; ilgili reklamın, bir basamak yukarısında yer alan reklamın ihale puanını geçebilmesi için reklam veren tarafından ödenmesi gereken bedeli temsil etmektedir. Bu açıklamalar ışığında,

¹¹https://support.google.com/google-ads/answer/6349091?visit_id=637666861574917596-4267875607&hl=tr&rd=1, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

Google tarafından gerçekleştirilen reklam sıralamasında, reklam veren A'nın ilk sırada, reklam veren B'nin ise ikinci sırada yer aldığı varsayımıyla A'nın ödeyeceği TBM aşağıdaki formüle göre belirlenmektedir:

$$TBM_A = \frac{\text{Teklif}_B \times \text{Kalite Skoru}_B}{\text{Kalite Skoru}_A}$$

- (31) Bu uygulamayı açıklamak üzere aşağıda yer verilen örnekte, teklifin 5, kalite skorunun 6 olması ve rakip kalite skorunun 8 olması durumunda tıklama başına maliyetin 3,75 olarak gerçekleştiği görülmektedir:

Tablo 1: Gerçek TBM Hesaplama Örneği

Reklam	Teklif	Kalite	Reklam Sıralaması (<i>Ad Rank</i>)	Mevcut TBM
A	4	8	32	5x6/8=3,75
B	5	6	30	-

G.3.1.3. Anahtar Kelimeler İçin Eşleme Türleri

- (32) Arama bazlı reklam vermek isteyen bir internet sitesi, reklamının görüntülenmesi için belirlemiş olduğu anahtar kelimelerin, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen arama sorguları ile ne kadar yakından eşleşmesi gerektiğini belirleyebilmektedir. Örneğin, yine Google örneğinden devam etmek gerekirse, Google tarafından sunulan, anahtar kelime eşleme türleri, temel olarak; “geniş eşleme”, “sıralı eşleme” ve “tam eşleme” olmak üzere üç temel kategoriye ayrılmaktadır. Bununla birlikte, reklam verenler tarafından, Google’ın arama bazlı reklamcılık politikalarında açıkça bahsedilmeyen ancak teorik olarak bilinen değiştirilmiş geniş eşleme (*plus eşleme*) türü de, anahtar kelime eşlemede tercih edilebilmektedir. Diğer yandan, başvuru konusu SÖZLEŞME ile taraflara getirilen yükümlülüklerden birini oluşturan ve reklam verenin sorgulanması halinde kendisine ait reklamın görülmesini engellemek adına, yasaklamak istediği anahtar kelimeleri belirleyebildiği “negatif anahtar kelime eşlemesi” gibi eşleme türleri de mevcuttur. Tüm bu eşleme türlerine ilişkin detaylı bilgiye aşağıda sırasıyla yer verilmiştir.

Geniş Eşleme:

- (33) “Geniş eşleme”, kullanıcılar tarafından yapılan sorgunun tam metninden ziyade anlamına odaklanmakta ve bu nedenle eşleme türünün geniş eşleme olarak tercih edildiği durumlarda; arama motoru, sorgunun, reklam verenin teklif verdiği anahtar kelimelerden biriyle yeterince alakalı olduğunu belirlediğinde reklamı görüntülemektedir.¹² Eş deyişle, sorgu, reklam veren tarafından belirlenen anahtar kelimeler arasında yer alan herhangi bir kelimeyi, herhangi bir sırayla içeriyorsa, kullanıcının arama sorgusu, ilgili anahtar kelimeyle eşleşmekte ve ilgili reklam, kullanıcının sorgu sonuç sayfasında görüntülenmektedir. Örneğin, ‘kırmızı ayakkabı’ kelime öbeğinin, geniş eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamların, kullanıcılar tarafından yapılan birçok farklı sorguda, mesela, “sefamerve kırmızı ayakkabı”, “modanisa kırmızı ayakkabı”, “erkek ayakkabı”, “siyah ayakkabı”, “kırmızı elma” vb. kelime öbekleriyle yapılan aramalarda da kullanıcılara gösterilmesini sağlamaktadır:

¹² FTC Case No.18-3848, s.9-10.

Tablo 2: Geniş Eşleme Örneği

Geniş Eşlemeli Anahtar Kelime	Hangi Aramalar için Reklam Gösterilebilir?
kırmızı ayakkabı	sefamerve kırmızı ayakkabı
	modanisa kırmızı ayakkabı
	erkek ayakkabı
	kırmızı elma
	kadın ayakkabı
Kaynak: Teşebbüslerden Elden Edilen Bilgiler	

- (34) Geniş eşleme türü, arama hacmi (Google kullanıcılarının yaptığı sorgu sayısı) düşük olan kelimelerde, trafiği daha da daraltmamak amacıyla ya da reklam verenlerin, kendi markalarının hatalı varyasyonlarından gelen trafiği kaybetmemelerini sağlamak amacıyla tercih edilebilmektedir. Dolayısıyla bu eşleme türü; reklam verenin, internet sitesine daha fazla ziyaretçi çekmesine, diğer bir deyişle kitlelere olası en geniş ölçekte ulaşmasına yardımcı olmaktadır.

Sıralı Eşleme:

- (35) Bir reklam veren, “sıralı eşleme”yi tercih ettiğinde; arama motoru, ilgili reklamı, yalnızca sorgunun anahtar kelimeyi tam olarak içermesi halinde görüntüleyebilmekte, ancak ilgili anahtar kelimenin öncesine veya sonrasına kelime eklenmesine izin vermektedir.¹³ Sıralı eşleme, anahtar kelime(ler)in başına ve sonuna tırnak işareti konması ile oluşturulur. Buna göre, tırnak içerisinde bulunan kelime(ler), sıralı eşleme için tercih edilmişse, bu anahtar kelime(ler)e verilen reklamlar, kullanıcının ilgili kelimelerle yaptığı sorgulara ilişkin sonuç sayfalarında gösterilmektedir. Örneğin, ‘tenis ayakkabıları’ kelime öbeğinin, sıralı eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamlar, kullanıcılar tarafından yapılan “tenis için ayakkabılar” ya da “kırmızı tenis ayakkabıları” gibi aramalarda da (ilgili aramaların, sorgu kelimeleri tırnak (“ ”) işareti içine alınarak yapılmış olması koşuluyla) gösterilebilmektedir:

Tablo 3: Sıralı Eşleme Örneği

Sıralı Eşlemeli Anahtar Kelime	Hangi Aramalar için Reklam Gösterilebilir?	Hangi Aramalar için Reklam Gösterilmez?
“tenis ayakkabıları”	tenis için ayakkabılar	tenis raketleri ve spor ayakkabıları
	indirimli tenis ayakkabıları al	
	kırmızı tenis ayakkabıları	tenis için koşu ayakkabısı giyilir mi?
	konforlu tenis ayakkabıları	
Kaynak: Google Ads Yardım Platformu		

- (36) Bununla birlikte, bu varsayım altında, sıralı eşleme türü; “tenis” ve “ayakkabı” gibi kelimelerin ayrı ayrı tetiklenmesini ve ilgili kelimelere verilen reklamların, alakasız sorgularda gösterilmesini engellemektedir. Bu nedenle söz konusu eşleme türü, alakasız görünen sonuçların önemli bir kısmının görüntülenmesini engellemektedir. Bununla birlikte, söz konusu eşleme türü, kullanıcıların belirli bir sorgusuna yönelik olarak rakip teşebbüslere ilişkin reklamların, sonuç sayfasında bir arada görüntülenmesini engellememektedir. Bu bakımdan, sıralı eşleme türü, “kırmızı ayakkabı” kelime öbeğiyle sorgulama yapan bir kullanıcının, kırmızı ayakkabı sağlayıcılarının tamamını, diğer bir deyişle, olası tüm seçenekleri görebilmesini sağlamaktadır.

¹³ FTC Case No.18-3848, s.9-10.

Tam Eşleme:

- (37) En hedefe dönük, en spesifik ve gösterilecek reklamlar ya da seçenekler bakımından en kısıtlayıcı eşleme türüdür. Kullanıcıların arama sorguları, reklam verilen anahtar kelimelerle tam olarak aynı ifadeyi veya ilgili anahtar kelimeye oldukça yakın varyasyonları (minimal değişiklik) içeriyorsa ilgili anahtar kelimeye verilen reklamlar görüntülenebilmektedir. Örneğin, '[erkek için ayakkabılar]' kelime öbeğinin tam eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamlar, kullanıcılar tarafından yapılan "ayakkabı erkek", "erkek ayakkabıları", "erkek ayakkabı" ve "erkek için ayakkabı" gibi aramalarda da gösterilebilmektedir.¹⁴

Tablo 4: Tam Eşleme Örneği

Tam Eşlemeli Anahtar Kelime	Hangi Aramalar için Reklam Gösterilebilir?	Hangi Aramalar için Reklam Gösterilmez?
[erkek için ayakkabılar]	ayakkabı erkek	erkek tenis ayakkabıları
	erkek ayakkabıları	
	erkek ayakkabı	erkek çocuk ayakkabıları
	erkek için ayakkabı	
Kaynak: Google Ads Yardım Platformu		

- (38) Bu nedenle tam eşleme türü, reklam verenlerin kullanıcılar ve/veya hedef kitle üzerinde büyük ölçüde kontrol sağlamasına, reklamcılık faaliyetlerinin daha hedefli hale getirilebilmesine ve böylece tıklama oranında bir artış yaşanmasına imkân sağlayabilmektedir.

Değiştirilmiş Geniş Eşleme (Plus Eşleme)

- (39) Değiştirilmiş geniş eşleme, temelde geniş eşlemeye benzemekle birlikte, ek olarak, reklam verenlerin, bazı anahtar kelime öbeklerini, anahtar kelime(ler)in önüne '+' işareti ekleyerek birbirine kilitleyebilmesi imkânını sağlamaktadır. Bunun sonucunda, birbirine kilitli kelime öbeklerine verilen reklamların görüntülenebilmesi için, sorgunun ilgili kelime öbeğini veya en azından yakın varyasyonlarını içeriyor olması gerekmektedir. Örneğin, '+kırmızı+ayakkabı' kelime öbeğinin, değiştirilmiş geniş eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamlar, kullanıcılar tarafından yapılan "kırmızı ayakkabı", "kırmızı ayakkabı", "kırmızı ayakkabı" gibi aramalarda da gösterilebilmektedir. Kullanıcılar, Google arama motorunda arama sorgusu yazdıkları sırada; basit yazım hataları yapabilmekte, harfleri noktalı/noktasız (Örneğin; i, ü, ö yerine ı, u, o veya tam tersi) ve/veya şapkalı/şapkasız (Örneğin; ç, ğ, ş yerine c, g, s veya tam tersi) olacak şekilde yazabilmektedirler. Değiştirilmiş geniş eşleme türü, bu tür hatalı yazımlardan gelen sorguları ve dolayısıyla görüntülenebilecek reklamlar vasıtasıyla elde edilebilecek olası trafiği kaçırmamak için tercih edilebilmektedir.

Negatif Anahtar Kelimeler

- (40) Negatif anahtar kelimeler, bir eşleme türü olmamakla birlikte, reklam verenlere, kendi reklamlarının, seçecekleri belirli anahtar kelimeleri içeren sorgular sonucunda görüntülenmemesi imkânını sağlayan bir araç olarak tanımlanabilecektir. Örneğin, bir bebek bezi satıcısı, verdiği reklamların, "temizlik bezi" veya "şile bezi" gibi kelimelerle yapılan sorgularda görüntülenmesini önlemek için, "temizlik bezi" ve "şile bezi"

¹⁴<https://support.google.com/google-ads/answer/7478529?hl=tr#zippy=%2Cgeni%C5%9F-e%C5%9Fleme%2Ctam-e%C5%9Fleme%2Cs%C4%B1ral%C4%B1-e%C5%9Fleme>, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

kelimelerini negatif anahtar kelime olarak ekleyebilir. Negatif anahtar kelimeler, diğer anahtar kelimeler gibi, tüm eşleme türleri (geniş eşleme, sıralı eşleme veya tam eşleme) için belirlenebilmektedir.¹⁵ Bu kapsamda, eşleşme türlerinin, negatif anahtar kelimelerin belirlenmesi halinde nasıl işlediğine ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.¹⁶

a) Negatif Geniş Eşleme

- (41) Geniş eşlemenin tercih edilmesi halinde, sorguların, belirlenen negatif anahtar kelimeleri, farklı sırayla da olsa içermesi halinde; reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Bununla birlikte negatif anahtar kelimelerin, kelime öbeği şeklinde belirlenmiş olması halinde; sorgunun, ilgili kelimelerden yalnızca birini/bazılarını içermesi halinde, ilgili reklamlar yine de görüntülenebilmektedir. Örneğin, 'koşu ayakkabıları' kelime öbeğinin, reklam veren tarafından, geniş eşlemede negatif anahtar kelime olarak seçilmesi durumunda, ilgili reklamın, hangi sorgulara gösterilebileceği ve hangi sorgulara gösterilemeyeceği aşağıda belirtilmektedir:

Tablo 5: Negatif Geniş Eşleme Örneği

Arama	Reklam Gösterilebilir Mi?
mavi tenis ayakkabıları	√
koşu ayakkabısı	√
mavi koşu ayakkabıları	X
ayakkabılar koşu	X
koşu ayakkabıları	X
Kaynak: Google Ads Yardım Platformu	

b) Negatif Sıralı Eşleşme

- (42) Sıralı eşlemenin tercih edilmesi halinde, sorguların, belirlenen negatif anahtar kelimeleri, aynı sırayla içermesi halinde; reklam verenin ilgili reklamları söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Bu varsayım altında, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen sorgular, negatif anahtar kelimelere ek kelimeler içerebilmekte, ancak negatif anahtar kelime öbeğinin tamamı, ilgili sorguda, öbeğin belirlendiği aynı sırayla bulunduğu sürece, reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Bununla birlikte belirlenen negatif anahtar kelime öbeğinin bir/birden fazla kelimesinde ek karakterler bulunması halinde, negatif anahtar kelime öbeğinin geri kalanı, ilgili sorguda, öbeğin belirlendiği sırayla bulunsa dahi, reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Ancak, negatif kelime öbeği, ilgili sorguda, öbeğin belirlendiği sırayla yer almazsa, reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Örneğin, 'koşu ayakkabıları' kelime öbeğinin, reklam veren tarafından, sıralı eşlemede negatif anahtar kelime olarak seçilmesi durumunda; ilgili reklamın, hangi sorgulara gösterilebileceği ve hangi sorgulara gösterilemeyeceği aşağıda belirtilmiştir.

Tablo 6: Negatif Sıralı Eşleşme Örneği

Arama	Reklam Gösterilebilir Mi?
mavi tenis ayakkabıları	√
koşu ayakkabısı	√
mavi koşu ayakkabıları	X
ayakkabılar koşu	√
koşu ayakkabıları	X
Kaynak: Google Ads Yardım Platformu	

¹⁵ FTC, Case No.18-3848, s.10.

¹⁶ <https://support.google.com/google-ads/answer/2453972?hl=tr>, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

c) Negatif Tam Eşleşme:

- (43) Tam eşlemenin tercih edilmesi halinde, sorguların, belirlenen negatif anahtar kelimeleri, aynı sırayla ve ekstra kelime olmadan içermesi halinde; reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında görüntülenmeyecektir. Bu varsayım altında, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen sorguların, negatif anahtar kelimelere ek kelimeler içermesi halinde, reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu sorgu sonuçlarında yine de gösterilebilmektedir. Örneğin, 'koşu ayakkabıları' kelime öbeğinin, reklam veren tarafından, tam eşlemede negatif anahtar kelime olarak seçilmesi durumunda; ilgili reklamın, hangi sorgulara gösterilebileceği ve hangi sorgulara gösterilemeyeceği aşağıda belirtilmiştir.

Tablo 7: Negatif Tam Eşleşme Örneği

Arama	Reklam Gösterilebilir Mi?
mavi tenis ayakkabıları	√
koşu ayakkabısı	√
mavi koşu ayakkabıları	√
ayakkabılar koşu	√
koşu ayakkabıları	X
Kaynak: Google Ads Yardım Platformu	

G.3.2. Bildirim Konusu SÖZLEŞME'nin Uygulandığı/Uygulanabileceği Reklam Mecraları

- (44) Taraflar, bildirim konu SÖZLEŞME ile ulaşılmak istenen asıl amacın, ağırlıklı olarak Google üzerinden verilen reklamlarda; SEFAMERVE'nin, MODANİSA'ya ait "modanisa", "nisa" ibarelerine, MODANİSA'nın ise SEFAMERVE'ye ait "sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerine reklam vermesinin engellenmesi olduğunu belirtmiştir. İnternet sitelerinin elde ettikleri toplam trafik içerisinde; gerek Google üzerinden elde edilen trafiğin, gerekse de Google metin reklamları (Google AdWords) ve diğer reklam kanalları vasıtasıyla elde edilen trafiğin önemli bir paya sahip olduğu dikkate alındığında¹⁷, başvuru konusu SÖZLEŞME'nin etkilerinin büyük oranda bu mecrada görüleceği anlaşılmaktadır.

Tablo 8: SEFAMERVE Trafik Kanalları İçerisinde Google Hizmetlerinin Yeri

Yıl/Hizmet	Google Organik Trafiği	Google AdWords Trafiği	Google Diğer Reklam Ürünleri Trafiği	Toplam Google Trafiği
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2018	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2019	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2020	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Kaynak: Teşebbüs verileri doğrultusunda hesaplanmıştır.				

¹⁷ Bkz. 12.11.2020 tarih ve 20-49/675-295 sayılı Kurul kararı.

Tablo 9: MODANİSA Trafik Kanalları İçerisinde Google Hizmetlerinin Yeri

Yıl/Hizmet	Google Organik Trafiki	Google AdWords Trafiki	Google Diğer Reklam Ürünleri Trafiki	Toplam Google Trafiki
2014	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2015	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2016	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2017	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2018	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2019	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
2020	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Teşebbüs verileri doğrultusunda hesaplanmıştır.

- (45) Ayrıca taraflar, ilgili SÖZLEŞME ile birbirlerinin markalarına ait ibareleri negatif anahtar kelime olarak ekleme veya hedeflememe yükümlülüğünü de üstlenmiş bulunmaktadır. Başvuruda, söz konusu negatif anahtar kelime olarak ekleme veya hedeflememe yükümlülüğünün, “tüm internet mecraları” için geçerli olduğu belirtilmiş olsa da, arama bazlı reklamcılık faaliyetleri bakımından, teknik olarak yalnızca Google altyapısının, negatif anahtar kelime ekleme imkânını desteklediği dile getirilmektedir. Nitekim Google’ın, arama ağı¹⁸ reklamlarının yanı sıra, görüntülü reklam ağı kampanyalarında¹⁹ da, belirlenen negatif anahtar kelime öbeklerinin, tam konu eşlemesi çerçevesinde kullanılabildiği ve reklam verenlerin, ilgili negatif anahtar kelimelerle betimlenmiş olan reklamlarının, söz konusu sonuçlardan hariç tutulduğu anlaşılmaktadır.²⁰ Eş deyişle, bir internet sitesinde, negatif anahtar kelime ve/veya kelime öbekleri, tam olarak açıkça yer almasa dahi, ilgili internet sitesinin içeriği, konu bakımından, reklam veren tarafından belirlenen negatif anahtar kelime ve/veya kelime öbeğiyle yakından ilgiliyse, reklam verenin ilgili reklamları, söz konusu internet sitesinde gösterilmeyecektir.
- (46) Örneğin, “kadın kot pantolonları” hakkında içerik bulunan bir internet sayfasında “kadın pantolonları” ifadesi tam olarak görünmese/yer almasa bile, söz konusu içeriğin mevcudiyeti ve alaka düzeyi, “kadın pantolonları” kelime öbeğinin negatif anahtar kelime olarak belirlendiği görüntülü reklamların, ilgili internet sitesinde görüntülenmesini engellemektedir.²¹ Benzer şekilde, “modanisa”, “moda nisa”, “nisa”, “nisa”, “modamsa”, “modanisa” veya “modans” gibi kelimelerin, bir reklam veren tarafından negatif anahtar kelime olarak eklenmesi; içeriğinde “MODANİSA” kelimesinin yer aldığı herhangi bir internet sitesinde (Örneğin; milliyet.com.tr de yer alan ve MODANİSA tarafından yapılan yatırımları konu eden bir haber), reklam verenin (Örneğin; SEFAMERVE) ilgili reklamlarının görüntülenmesini engellemektedir.
- (47) Öte yandan, tarafların, Google dışındaki diğer çevrim içi reklam mecralarını (TikTok, Facebook, Instagram, Twitter vb.) da SÖZLEŞME kapsamına dahil ettikleri anlaşılmaktadır. TikTok tarafından sağlanan çevrim içi reklamcılık mecrası, TikTok

¹⁸ Taraflar, Google’ın standart arama ağı reklamları, standart alışveriş (*shopping*) reklamları ve dinamik arama ağı (reklamların aramalara hedeflenmesi için reklam verenin internet sitesinde yer alan içeriği kullanan) reklamlarında, negatif anahtar kelime eklemenin mümkün olduğunu ifade etmiştir.

¹⁹ Google’a bağlı platformlar (Örneğin; App Store, Youtube, Google News vb.) ve Google’a bağlı olmayan iş ortağı internet sitelerinde (Örneğin; mynet.com, haberler.com vb.) ya da uygulamalarda görsel olarak yayınlanan ve tıklandığında kullanıcıları ilgili internet sitesine yönlendiren reklamlara verilen addır.

²⁰ Taraflar, Google’ın YouTube reklamlarında negatif anahtar kelime ekleme özelliğinin bulunduğunu, ancak Google App (uygulamayı kullanması istenilen kitlelere ulaştırmak veya uygulamayı indiren kitlelerin satın alma işlemini gerçekleştirmesini sağlamak için kullanılan reklam türüdür) ve Google Discovery reklam kampanyalarında söz konusu özelliğin bulunmadığını ifade etmiştir.

²¹ <https://support.google.com/google-ads/answer/2453972>, Erişim Tarihi: 08.09.2021.

uygulaması üzerinde kullanıcıların karşısına çıkan video reklamlarından oluşmaktadır. Reklam verenler, söz konusu TikTok reklamlarını, ilgili video reklamlarını izleyen kullanıcıları, TikTok üzerinden kendi internet sitelerine çekebilmek veya kendi mobil uygulamalarının indirilmesini sağlayabilmek için kullanmaktadır. TikTok üzerinde yayınlanacak olan reklamlarda, hedef kitlenin belirlenmesi bakımından; konu, ilgi alanı, yeniden pazarlama gibi kriterlerin yanı sıra, demografi, konum, yaş ve dil gibi kriterler de kullanılabilir. Bu kapsamda, TikTok üzerinde yayınlanacak olan reklamlarda, negatif anahtar kelime ekleme ya da rakip markaları hedeflememe gibi özelliklerin bulunmadığı belirtilmelidir.

- (48) Facebook tarafından sunulan görüntülü reklamcılık mecrasında ise reklam verenler; Facebook üyeleri, site ziyaretçileri, sosyal medya takipçileri, mobil uygulama kullanıcıları veya mağaza ziyaretçilerinden, reklam izni olan kitlelerin verilerini kullanarak ilgili kitleleri hedefleyebilmekte ve/veya Facebook'un benzer kitle seçeneğini kullanarak, bu kitlelerin benzerlerini yaratabilmekte ve bu kitleleri de hedefleyebilmektedir. Her iki durumda da, ilgili reklamlar, hedef kitle olarak ortaya çıkan kullanıcılara/tüketicilere görüntülenmektedir. Bunların yanı sıra, coğrafi hedefleme (bölge, ülke vb.) yapılması ve/veya yaş, cinsiyet, kullanılan dil gibi detaylı kriterler kullanılarak daha detaylı hedeflemeler yapılması mümkün olabilmektedir. Detaylı hedeflemeler sayesinde örneğin, SEFAMERVE tarafından, "MODANİSA ile ilgili internet sitelerine ilgi gösteren veya bu siteleri beğenen kişiler" olarak hedefleme yapılabilecek ve söz konusu internet sitelerinde SEFAMERVE'nin reklamları görüntülenebilecektir. Ayrıca, söz konusu detaylı hedefleme ile belirlenen hedef kitle, ilgili reklam veren tarafından belirlenecek olan diğer hedeflemelere dahil edilebilmekte veya "içermez" denilmek suretiyle ilgili diğer hedeflemelerden çıkartılabilmektedir. Ancak detaylı hedefleme ile belirlenen bahse konu kitlenin, "içermez" denilerek olası diğer hedeflemelerden çıkartılması durumunda; diğer hedeflemelerle, "modanisa" kelimesi kullanılmaksızın ulaşabilecek kitleler de ilgili hedeflemeden çıkacaktır. Bu nedenle söz konusu detaylı hedefleme ile belirlenen kitlenin, diğer hedeflemelerden çıkarılması anlamsız hale gelmektedir. Dolayısıyla, "MODANİSA ile ilgili internet sitelerine ilgi gösteren veya bu internet sitelerini beğenen kişiler", "içerir" denilerek hedeflenebilmekte ancak "içermez" denilerek hedeflenememektedir. Bu nedenle Facebook üzerinde yayınlanacak olan reklamlarda negatif anahtar kelime ekleme ya da rakip markaları hedeflememe gibi özelliklerin tam olarak yer almadığı, ancak benzer sonuçlar doğurabilecek süreçlerin mevcut olduğu belirtilmelidir.
- (49) Başvuruda her ne kadar, Twitter ve Instagram üzerinden yayınlanan reklamlara ilişkin süreçlere detaylı şekilde yer verilmemiş olsa da, söz konusu çevrim içi reklamcılık mecralarında işleyen süreçlerin, Facebook ve TikTok bakımından yukarıda detaylı bir şekilde yer verilen reklamcılık uygulamalarına büyük ölçüde benzerlik taşıdığı ve/veya bu uygulamaların farklı ölçülerdeki birleşiminden oluştuğu değerlendirilmektedir. Bu nedenle mevcut dosya kapsamında, söz konusu, Google dışında yer alan çevrim içi reklamcılık mecralarının, gerek görüntülü reklamcılık temelli olmaları, gerekse de reklamcılık faaliyetlerinin benzer süreçlerle işliyor olması nedeniyle benzer bir değerlendirmeye tabi tutulmaları mümkündür.

G.3.3. İlgili Ürün Pazarı

- (50) Dosya konusu bakımından, ilgili ürün pazarı, teşebbüslerin akdettikleri sözleşmenin etki edeceği pazardır. Bildirim konusu SÖZLEŞME, SEFAMERVE ve MODANİSA'nın birbirlerinin markalarına ilişkin ibareleri, arama motorları ile tüm sosyal medya mecralarında geniş eşleşme ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak

eklemelerine ve birbirlerinin markalarını internet ortamında hedeflemelerine ilişkindir. SÖZLEŞME'nin söz konusu amacı ve kapsamı dahilinde kesin bir ilgili ürün pazarı tanımı yapılması, SÖZLEŞME'nin yol açtığı/açabileceği etkiler ile bu etkilere yönelik olarak yapılacak muafiyet değerlendirmesi bakımından ulaşılabilecek olan sonucu değiştirecek nitelikte değildir. Bununla birlikte, taraflar arasında akdedilen, bildirim konu SÖZLEŞME'den etkilenmesi muhtemel pazarların belirlenmesi, mevcut dosya kapsamında yapılacak olan değerlendirme bakımından önemlidir.

- (51) Bildirim konusu SÖZLEŞME taraflarından MODANİSA, farklı markaları platformunda listeleterek müşterilerine satış yapan bir e-ticaret platformudur. Satış yaptığı temel ürün kategorilerini ise giyim, ayakkabı, çanta ve aksesuar oluşturmaktadır. Bununla birlikte MODANİSA'nın internet sitesi incelendiğinde, ana ürün kategorileri olarak yer almamakla birlikte, kozmetik ve kişisel bakım, ev tekstili ürünleri ve ev elektroniği gibi ürünlerin satışının da gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. SÖZLEŞME'nin diğer tarafı olan SEFAMERVE ise temel olarak giyim, ayakkabı, çanta, aksesuar, ev ve yaşam, kitap ve market ürün kategorileri çerçevesinde perakende satış yapan bir e-ticaret platformudur. Bu noktada, dosya kapsamında değerlendirilmesi gereken ilk husus, fiziksel mağazalar üzerinden yapılan ürün satışlarının çevrim içi kanaldan gerçekleştirilen satışlara ikame olup olmadığıdır. Geniş bir çerçevenin, çok kategorili pazaryerlerini ve/veya fiziksel mağazaları da kapsamı mümkün olmakla beraber, fiziksel mağazaların, çevrim içi kanallara ikame teşkil etmediği genellikle kabul edilmektedir.²²
- (52) Son yıllarda yaşanan teknolojik gelişmeler, internet kullanımının artması, tüketicilerin mağazaya gitmelerine gerek olmaksızın alışveriş yapabilmeleri ve böylece zamandan tasarruf edebilmeleri, tüketici kanunları ile internet üzerinden yapılan alışverişlerdeki hakların korunması, bankacılık kanunları ile yapılan düzenlemeler çerçevesinde kredi kartlarına duyulan güvenin artması, üreticilerin fiziki mağaza açmak için katlanmaları gereken maliyetlerden tasarruf etmeleri gibi nedenlerle e-ticaret alanının, dünyadaki gelişime paralel olarak ülkemizde de geliştiği gözlemlenmektedir.²³
- (53) TÜBİSAD'ın E-Ticaret Etki Analizi 2020 Raporu verilerine göre, yurt içi satıcıların e-ticaret hacmi, 216 milyar TL'ye ulaşmıştır. Ayrıca raporda, %85 ile giyim ürünlerinin, tüketicilerin e-ticarette en yaygın alışveriş yaptığı kategori olduğu belirtilmiştir.²⁴ Ticaret Bakanlığının E-ticaret Bilgi Platformu ise ülkemiz e-ticaret hacmini, 2019 yılının tamamı için 136 milyar TL olarak, 2020 yılı için ise 226,2 milyar TL olarak ölçülemiştir. Bununla birlikte giyim, ayakkabı ve aksesuar sektörü, 2019 yılında 13,9 milyar TL iken; 2020 yılında %38 oranında bir artışla 19,3 milyar TL'ye yükselerek en çok artış gösteren sektörler arasında yer almıştır.²⁵
- (54) Benzer şekilde Digital 2021 Türkiye Raporu'nda²⁶, 2019 yılında, 8,05 milyar Amerikan Doları olarak ölçümlenen ülkemiz perakende e-ticaret büyüklüğünün, 2020 yılı için

²² MANDRESCU, D., "Applying EU Competition Law to Online Platforms: The Road Ahead - Part 2", 38(9) European Competition Law Review 410 s.410,413; OECD, "Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note", (2019), DAF/COMP(2018)3, s.28.

²³ 05.11.2020 tarih ve 20-48/658-289 sayılı Kurul kararı.

²⁴ https://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/tubisad-e-commerce_impact_assessment-launchpresentation.pdf, Erişim tarihi: 10.09.2021.

²⁵ Ticaret Bakanlığı E-ticaret Bilgi Platformu Genel İstatistikler, <https://www.eticaret.gov.tr/istatistikler>, Erişim tarihi: 10.09.2021.

²⁶ Digital 2021 Turkey, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-turkey>, Erişim tarihi: 10.09.2021.

%40,3 oranında bir büyüme ile 11,3 milyar Amerikan Doları seviyesinde gerçekleştiği belirtilmektedir. Ayrıca bu rapora göre, 2019 yılında “moda ve güzellik” kategorisi, 3,31 milyar Amerikan Doları ile perakende e-ticaretten en fazla payı alan ikinci kategori olurken; 2020 yılına gelindiğinde “moda ve güzellik” ürünleri için yapılan toplam harcama, 4,72 milyar Amerikan Doları olarak ölçülmüştür. Bu doğrultuda 2019 ve 2020 yıllarına ait perakende e-ticaret hacimleri karşılaştırıldığında, “moda ve güzellik” kategorisinde %42,5 oranında bir artış yaşandığı anlaşılmaktadır.²⁷ Tüm bu veriler, e-ticaretin ülkemizde her geçen gün büyümekte olduğunu ve özellikle giyim kategorisinin söz konusu büyümeden büyük pay elde ettiğini göstermektedir.

- (55) E-ticaretteki bu gelişmeler, tüketici davranışlarından beslenmekte ve yine tüketici davranışlarına yansımaktadır. Bunun bir sonucu olarak tüketiciler, çevrim içi ve fiziksel mağaza alışverişlerinde farklı beklentilere sahip olmaktadır. Nitekim Kurum’un “E-pazaryerleri Platformları Sektör İncelemesi Ön Raporu”nda²⁸ yer alan tüketici anketi verilerine göre, tüketicilerin, fiziki mağazalar yerine çevrim içi kanalları tercih etmesinin temelindeki en önemli motivasyonun sırasıyla, “uygun fiyat” (%60,7’si)²⁹, “zaman tasarrufu” (%50,4’ü) ve “ürün çeşitliliği” (%45,6’sı) olduğu görülmektedir. Aynı anket kapsamında, tüketicilerin çevrim içi alışveriş yapmalarını caydıran nedenler sorulduğunda ise katılımcıların %26,8’i, “ürünü deneyerek/görerek/dokunarak alma isteği”ni; %22,7’si, “iade gücülüğü”nü; %20,3’ü, “kişisel verileri paylaşma konusunda duyulan endişe”yi; %20,2’si ise “satıcılara güvenmeme ve aldatılma endişe”sini dile getirmektedir. Bu bilgiler ışığında, tüketicilerin internette alışveriş yapmaya yönelik motivasyon kaynakları temel alındığında, çevrim içi kanallar ile fiziki mağazaların tüketicilerin farklı ihtiyaçlarına cevap verdiği ve buna bağlı olarak bu iki kanalın, tüketicilerin gözünde birbirlerine alternatif teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bildirim konusu SÖZLEŞME, tarafların, çevrim içi reklam mecralarında, birbirlerinin markalarına ve ilgili ibarelerine reklam vermemelerine ilişkindir. Bu çerçevede, bildirim konusu SÖZLEŞME’nin etkilemesi muhtemel ilk alanın, çevrim içi kanaldaki satışlar olduğu açıktır.
- (56) Bununla birlikte, tarafların çevrim içi reklam mecralarında birbirlerinin markalarına ve markaların tüm türevlerine reklam vermemeleri yönündeki bildirim konusu SÖZLEŞME, taraflarca satışı gerçekleştirilen tüm ürünler/ürün kategorileri bakımından geçerli olacaktır. Diğer bir deyişle, örneğin, “modanisa” anahtar kelimesi ile arama yapan bir kullanıcı, SEFAMERVE markasına ait “etek” reklamlarını göremeyeceği gibi, “nevresim takımı” reklamlarını da göremeyecektir. Bu durumda, her ne kadar tarafların esas faaliyet alanları, genel bir tanımla “hazır giyim ürünlerinin e-ticareti” üzerine olsa da³⁰, tarafların internet siteleri üzerinden satışa sunulan diğer ürünler de SÖZLEŞME kapsamına dahil olmakta ve ilgili reklam vermemeye anlaşmasından etkilenmektedir.

²⁷ Digital 2021 Turkey, <https://datareportal.com/reports/digital-2021-turkey>, Erişim tarihi: 10.09.2021, s.74-75.

²⁸https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-on-rapor-teslim-tsi_son-pdf, Erişim Tarihi: 12.09.2021.

²⁹ Benzer şekilde TÜBİSAD’ın “E-Ticaret Etki Analizi 2020 Raporu” verilerine göre, %51 ile uygun fiyat, tüketicilerin e-ticaret kanallarını tercih etmesinde öne çıkan ilk nedendir. https://www.tubisad.org.tr/tr/images/pdf/tubisad-e-commerce_impact_assessment-launchpresentation.pdf, Erişim tarihi: 10.09.2021.

³⁰ MODANİSA’nın 2020 yılı toplam cirosu içinde hazır giyim satışlarının payı yaklaşık % (.....), SEFAMERVE’nin 2020 yılı toplam cirosu içinde hazır giyim satışlarının payı ise yaklaşık % (.....) olarak gerçekleştiğinden, tarafların esas faaliyet alanının hazır giyim olduğu değerlendirilmektedir.

Esasen, e-ticaretin her geçen gün büyümesi nedeniyle tüketici ihtiyaçları hızla gelişmekte ve değişmektedir. İnternet siteleri de bu ihtiyaca cevap verebilmek adına, sahip oldukları ölçek ekonomilerinin avantajıyla, satışını gerçekleştirdikleri ürün portföylerini kolaylıkla genişletebilmektedir. Bu nedenle tarafların, hâlihazırda satışını gerçekleştirdikleri ürün portföylerine ileride yeni ürünler eklemeleri mümkündür. Benzer şekilde, geçmiş tarihli Kurul kararlarında da, internet ortamının değişkenliği, her türlü e-ticaretin tek bir site üzerinden yapılabilmesinin mümkün olması gibi sebeplerle bu faaliyetlere yönelik ilgili ürün pazarlarının geniş olarak tanımlanması yaklaşımı benimsenmiştir.³¹ Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bildirim konusu SÖZLEŞME'den etkilenmesi muhtemel ilk pazarın, en geniş haliyle "*e-ticaret hizmetleri pazarı*" olduğu değerlendirilmiştir.

- (57) Öte yandan, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin tarafları olan MODANİSA ve SEFAMERVE'nin ana faaliyet alanlarını, hazır giyim ürünlerinin e-ticareti oluşturmakta olup bu kapsamdaki ürün portföyünün ise genel olarak tesettür/muhafazakâr hazır giyime yönelik olduğu görülmektedir. Taraflar arasındaki rekabetin, hâlihazırda, söz konusu tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünleri üzerinde yoğunlaştığı dikkate alındığında, bildirim konusu SÖZLEŞME'den etkilenmesi muhtemel olan ve daha dar şekilde tanımlanabilecek olan pazarlar "*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" ve "*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" pazarlarıdır.
- (58) Diğer taraftan, yukarıda çevrim içi reklamcılık türlerine ilişkin olarak yer verilen bilgilerden de anlaşıldığı üzere, arama bazlı reklamcılık bakımından, reklam verenlerin aynı anahtar kelimeye reklam vermeleri durumunda, ilgili tekliflerin sahibi olan reklam verenler, ihale sürecine dâhil olmakta, ihalede birbirleriyle rekabet etmekte ve sürecin sonunda ihaleyi kazanan reklam verenin reklamları ilgili mecrada görüntülenmektedir. Benzer şekilde görüntülü reklamcılık bakımından, aynı ilgili hedef kitleyi hedefleyen reklam verenler, ihale sürecine dâhil olmakta, ihalede birbirleriyle rekabet etmekte ve sürecin sonunda ihaleyi kazanan reklam verenin reklamları ilgili mecrada görüntülenmektedir. Bu çerçevede, bildirim konusu SÖZLEŞME kapsamında tarafların, birbirlerinin markalarına ve markaların tüm türevlerine anahtar kelime olarak kullanmamak, negatif olarak eşlemek ve/veya belirlenen kitle hedeflemesinden çıkarmak suretiyle reklam vermemeleri; çevrim içi reklamcılık ihalelerindeki (gerek arama bazlı gerekse de arama bazlı olmayan çevrim içi reklamcılık bakımından) teklif sayısının azalmasına ve böylece bahse konu ihaleyi kazanan reklam verenlerin ödeyecekleri fiyatların değişmesine yol açacaktır. Bununla birlikte, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin niteliği gereği, ihale süreçlerinde ve sonrasında yaratacağı etkinin aynı olacağı değerlendirildiğinden, ihale süreçlerine ilişkin olarak arama bazlı reklamcılık ihale süreci ve arama bazlı olmayan reklamcılık ihale süreci gibi bir ayrıma gidilmesinin gerekli olmadığı değerlendirilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin etkilemesi muhtemel olan bir diğer ilgili ürün pazarı, "*çevrim içi reklamcılık ihale pazarı*"dır. Bununla birlikte, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin oluşturacağı muhtemel sonuçların, özellikle arama bazlı reklamcılık pazarında gerçekleşen ihale süreçleri için daha riskli olabileceği ve bu nedenle de özellikle e-ticaret pazarını etkileyeceği anlaşılmaktadır.

³¹ 20.02.2020 tarih ve 20-11/127-73 sayılı, 07.11.2019 tarih ve 19-38/575-243 sayılı, 10.11.2015 tarih ve 15-40/662-231 sayılı, 03.01.2013 tarih ve 13-01/7-7 sayılı, 12.05.2011 tarih ve sayılı, 08.05.2008 tarih ve 08-32/399-135 sayılı Kurul kararları.

G.3.4. İlgili Coğrafi Pazar

- (59) Dosya kapsamında incelenen ilgili ürün pazarlarının ülke genelinde aynı şekilde işlediği, söz konusu hizmetlerin tüketicilere/son kullanıcılara, tüm ülke çapında ve benzer koşullarla sunulduğu, ayrıca coğrafi bölgelere göre farklılık göstermediği dikkate alınarak ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak tanımlanmıştır.

G.4. DEĞERLENDİRME

- (60) Başvuruda MODANİSA ve SEFAMERVE arasında 04.04.2017 tarihinde akdedilmiş olan SÖZLEŞME’ye menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talep edilmiştir. Bu kapsamda öncelikle söz konusu SÖZLEŞME’nin hükümleri incelenmiş, ardından SÖZLEŞME’ye ilişkin menfi tespit ve muafiyet talepleri değerlendirilmiştir.

G.4.1. SÖZLEŞME Hükümlerinin İncelenmesi

G.4.1.1. SÖZLEŞME’nin Niteliği

- (61) MODANİSA ile SEFAMERVE, başvuru konusu SÖZLEŞME ile birbirlerinin markalarını ve bu markaların tüm türevlerini tanıma ve internet ortamında verilecek reklam ve ilanlarda karışıklığa mahal verilmemesi konusunda anlaşmışlardır. SÖZLEŞME’ye göre SEFAMERVE, MODANİSA’ya ait “*modanisa*”, “*nisa*” ibarelerini, MODANİSA ise SEFAMERVE’ye ait “*sefamerve*”, “*sefa merve*” ve “*sefa*” ibarelerini;

- i. mobil uygulamalarda ve/veya masaüstü platformlarda,
- ii. Türkiye’de bulunan veya yurtdışındaki tüm internet mecralarında,
- iii. Türkiye ve yurtdışı ülkeler için geçerli olan tüm hesaplarda, Google, Youtube, Bing, Yahoo, Safari ve diğer arama motorları ile Facebook, Twitter, Instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında

geniş eşleşme ve sıralı eşleşme türlerinde negatif kelime olarak ekleyecektir. Taraflar ayrıca birbirlerinin markalarını internet ortamında hedeflememek, birbirlerinin kelimelerini tekste yazmamak, yönlendirici kod (*metatag*), anahtar kelime (*keyword*), metin reklamı (*AdWords*) vb. uygulamalarda kullanmamak hususlarında da anlaşmışlardır.

- (62) Bu kapsamda, ilgili SÖZLEŞME’nin hükümlerine ilişkin incelemeye geçilmeden önce, teşebbüsler arasında giderek daha fazla uygulama alanı bulduğu bilinen çevrim içi reklam kısıtlama anlaşmalarının türleri incelenerek bildirim konu SÖZLEŞME’nin hangi tür/türler içerisinde yer aldığı tespit edilmeye çalışılmıştır.
- (63) Reklam verenlerin, reklamlı/ücretli/sponsorlu arama hizmetlerini kullanmalarını kısıtlayan sözleşmeler, bahse konu reklam verenlerin, kendisine reklam verilmesi kısıtlanmış olan marka adlarını kullanarak sorgulama yapan tüketiciler nezdindeki görünürlüğünü azaltabilecektir. Görünürlükte yaşanabilecek bu azalmanın ise markalar arası rekabette azalmaya ve nihayetinde tüketicinin zarar görmesine neden olması mümkündür. Zira reklamların, rakiplerin markalarını içeren aramalara yanıt olarak görünmesini engelleyen nitelikteki bir anlaşma, teşebbüslerin karşılaştıkları rekabet baskısını azaltarak hizmet ve/veya ürünlerde fiyat artışına, kalite, ürün çeşidi ve yenilikte ise azalışa yol açabilir. Bu bakımdan ortaya çıkan/çıkması muhtemel olan tüketici zararı, farklı reklam kısıtlama anlaşmalarının rekabet üzerinde yaratacakları kısıtlamanın kapsamına bağlı olarak değişecektir.
- (64) Konuyla ilgili olarak İngiltere Rekabet Otoritesi (*Competition and Markets Authority – CMA*) tarafından yayınlanan dijital karşılaştırma araçlarına ilişkin sektör

araştırmasında³² üç farklı tip reklam kısıtlama anlaşmasına yer verilmiş ve bu kısıtlamalara yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur. Raporda, reklam kısıtlama anlaşmaları; (i) dar kapsamlı markaya reklam vermeme, (ii) geniş kapsamlı markaya reklam vermeme, (iii) negatif eşleşme olmak üzere üç temel kategoriye ayrılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu sözleşmelerin, amaçları yönünden ilk bakışta benzer görünmelerine rağmen etkileri bakımından farklılaştıkları belirtilmiştir.

- (65) Bu anlaşmalardan ilki olan “Dar Kapsamlı Markaya Reklam Vermeme Anlaşmaları”; bir reklam verenin, yalnızca başka bir reklam verenin marka adına teklif vermemeyi kabul ettiği, kapsamı en dar olan, reklam kısıtlama anlaşmalarıdır. Bu anlaşma türü bildirim konusu SÖZLEŞME özelinde örneklendirilecek olursa, örneğin, SEFAMERVE ile MODANİSA arasında bu nitelikte bir anlaşma olması halinde, anlaşma yalnızca SEFAMERVE'nin, “MODANİSA” anahtar kelimesine ve/veya MODANİSA'nın “SEFAMERVE” anahtar kelimesine reklam vermemesinden ibaret olacaktır.
- (66) Reklam kısıtlama anlaşmalarından ikincisi olan “Geniş Kapsamlı Markaya Reklam Vermeme Anlaşmaları”; bir reklam verenin, başka bir reklam verenin marka adına ve bu marka adını içeren ancak ilgili olmayan diğer kelimeleri (örneğin, 'Marka karşılaştırma', 'Marka fiyatlar' vb.) de içeren kelime gruplarına (marka ile birlikte diğer kelimelerin kombinasyonlarından oluşan anahtar kelimelere) teklif vermemeyi kabul ettiği reklam kısıtlama anlaşmalarıdır. Bu anlaşma türü, bildirim konusu SÖZLEŞME özelinde örneklendirilecek olursa örneğin, SEFAMERVE ile MODANİSA arasında bu nitelikte bir anlaşma olması halinde, anlaşma, SEFAMERVE'nin “modanisa fiyat”, “modanisa rakip” şeklindeki ve/veya MODANİSA'nın “sefamerve karşılaştırma”, “sefamerve ürün” şeklindeki daha geniş kapsamlı anahtar kelimelere reklam vermemesini de içerecektir.
- (67) Reklam kısıtlama anlaşmalarından üçüncüsü olan “Negatif Eşleme Anlaşmaları”; bir reklam verenin, başka bir reklam verenin marka adını “negatif anahtar kelime” olarak seçtiği reklam kısıtlama anlaşmalarıdır. Bu anlaşmanın sonucu olarak, kullanıcılar tarafından yapılan sorguların, tek başına ilgili marka adını veya marka adını markayla ilgili olmayan diğer kelimelerle birlikte kelime grubu olarak içermesi halinde; ilgili markayı negatif anahtar kelimelerine eklemiş olan reklam verenin reklamı, sorguyu yapan kullanıcılara görünmeyecektir. Bu anlaşma türü bildirim konusu SÖZLEŞME özelinde örneklendirilecek olursa örneğin, SEFAMERVE ile MODANİSA arasında bu nitelikte bir anlaşma olması halinde, anlaşma, SEFAMERVE'nin “modanisa” kelimesini kendi negatif anahtar kelimelerine eklemesini ve bu anahtar kelimeyle/kelime grubuyla yapılan sorgulara SEFAMERVE tarafından verilen reklamların görüntülenmemesini içerecektir. Benzer şekilde bu türde bir anlaşma, MODANİSA'nın “sefamerve” kelimesini kendi negatif anahtar kelimelerine eklemesini ve bu anahtar kelimeyle/kelime grubuyla yapılan sorgulara MODANİSA tarafından verilen reklamların görüntülenmemesini içerecektir.
- (68) CMA, ilgili raporunda, reklam kısıtlama anlaşmalarına ilişkin temel endişesini, bu tip anlaşmaların, reklamların, bir arama motorunun sonuç sayfasının en üstünde görünme olasılığını azaltması ve bunun da tedarikçiler arasındaki rekabeti ve dijital karşılaştırma araçlarının görünürlüğünü azaltması olarak tanımlamaktadır. Öte yandan, bu anlaşmaların; marka sahiplerinin markaya ilişkin yatırımlarına yönelik bedavacılık riskini azaltmak, belirli bir markayı arayan tüketicilerin kafa karışıklığı riskini azaltmak

³² CMA, (2017) “Digital Comparison Tools Market Study Paper E: Competitive Landscape and Effectiveness of Competition” s.62-65.

ve marka sahibinin pazarlama maliyetlerini düşürmek gibi bazı etkinlikler sağlayabileceği de belirtilmiştir.

- (69) Söz konusu raporda, bahse konu riskler ve etkinlikler her bir anlaşma türü bakımından birlikte değerlendirilmiş ve bedavacılık sorununa yönelik olarak dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarının getirilebileceği, ancak geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarını ve negatif eşleme anlaşmalarını gerekçelendirmek için bu argümanın yetersiz olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, raporda, söz konusu reklam kısıtlama anlaşmalarının, daha az kısıtlayıcı şartları ihtiva edenden daha kısıtlayıcı şartları ihtiva edene doğru gidildikçe, eş deyişle dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarından negatif eşleme anlaşmalarına doğru gidildikçe, ilgili reklam kısıtlaması anlaşmasının zarar doğurma potansiyelinin de arttığı belirtilmiştir.
- (70) Bu sebeple CMA, rekabeti kısıtlama etkisi bakımından dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarına nazaran, negatif eşleme anlaşmalarına daha fazla yoğunlaşabileceğini vurgulamıştır. Ayrıca, bu anlaşmalara ilişkin bu zamana kadar edinilen verilerin, anlaşmaların tüketiciler üzerinde önemli bir etkisi olduğunu göstermediği, ancak bu anlaşmaların, özellikle de negatif eşleme anlaşmalarının, yaygınlığı ve potansiyel olumsuz etkileri nedeniyle CMA'nın ilgi alanında kalacağı belirtilmektedir.
- (71) Negatif eşleme anlaşmaları, “negatif anahtar kelimeler” kullanılarak uygulanmakta ve reklam verenler, sorgularına görüntülenmek istemedikleri anahtar kelimeleri, negatif anahtar kelime listelerine eklemektedirler. Negatif anahtar kelimelerin kullanılması, “geniş kapsamlı markaya reklam vermeme” anlaşmalarının, anlaşma tarafı teşebbüslerce ihlal edilmemesini sağlamanın bir yöntemi, eş deyişle emniyetini temin yöntemi olarak da kullanılmaktadır. Bunun nedeni, reklam verenlerin, belirli anahtar kelimeler için aktif olarak teklif vermemelerine rağmen, arama motoru veya reklam araçlarının algoritmaları tarafından ilgili sorgunun alaka düzeyi nedeniyle reklamlarının kullanıcıya gösterilmesini olasılığını ortadan kaldıramamalarıdır. Bu nedenle, markasına reklam verilmesini istemeyen marka sahibi, reklam verenin kendi markasına aktif olarak teklif verip vermediğini anlayamadığı durumlarda, bunu engelleyebilmek adına, marka adının, negatif anahtar kelimelere dâhil edilmesini talep edebilmektedir.
- (72) Bildirim konusu SÖZLEŞME taraflarından, negatif eşlemenin ne anlama geldiği ve ne şekilde uygulandığı hususlarında bilgi talep edilmiş olup MODANİSA ve SEFAMERVE tarafından özetle; tüm arama motorları tarafından sunulan arama ağı reklamlarında, reklam veren tarafından, negatif anahtar kelime ekleme özelliğinin kullanılabilirdiği, negatif eşleme olarak da bilinen negatif anahtar kelime ekleme özelliğinin, rekabete girmenin ya da reklamın görüntülenmesinin istenmediği aramalar için kullanıldığı belirtilmiştir. Taraflar ayrıca, negatif eşlemenin, bir nevi, belirli bir kelime veya kelime öbeği tarafından reklamların tetiklenmesini engellediğini, bu kapsamda rakip marka terimlerinin ve/veya alakasız çağrışım yapabilecek kelimelerin negatif anahtar kelimelere eklendiğini ifade etmişlerdir. Negatif anahtar kelimelerin belirlenmesi halinde reklamların, ilgili anahtar kelimeyi/kelimeleri arayan hiç kimseye gösterilmediği, örneğin; reklam veren tarafından negatif anahtar kelime olarak “ücretsiz” ibaresinin seçilmesi halinde, “ücretsiz” ibaresini içeren hiçbir arama için ilgili reklam verenin reklamlarının görüntülenmediği beyan edilmiştir.
- (73) MODANİSA tarafından ayrıca, negatif anahtar kelime ekleme özelliğinin, arama bazlı reklamcılık mecralarında, reklamın görüntülenmesinin istenmediği sorguları; arama bazlı olmayan (görüntülü) reklamcılık mecralarında ise reklamın görüntülenmesinin

istenmediği içerikleri hariç tutmak için kullanıldığı ifade edilmiştir. MODANİSA tarafından, negatif anahtar kelime ekleme özelliğinin, sadece anahtar kelime hedefli mecralarda (Google, Bing, Yandex gibi) kullanılabilirdiği, ancak Instagram, Facebook, Criteo vb. mecralarda kullanılmadığı ifade edilmiştir. SEFAMERVE tarafından da, benzer doğrultuda olacak şekilde, anahtar kelime ile hedefleme yapılmasına imkân sağlayan arama ağı, görüntülü reklam ağı vb. mecralarda negatif kelime eklemesi yapılabildiği, ancak anahtar kelime ile hedefleme yapılmasına imkân sağlamayan TikTok, Facebook vb. mecralarda negatif eşleme yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Gerek yukarıda pazara ilişkin olarak yer verilen açıklamalardan gerekse de taraf beyanlarından anlaşıldığı üzere, tüm çevrim içi reklamcılık mecralarında negatif eşleme özelliğinin kullanılması mümkün değildir. Bununla birlikte taraflar, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin tüm mecraları kapsayacak şekilde düzenlenmesini, ilerleyen dönemlerde alternatif mecralarda yaşanabilecek (teknolojik) değişikliklerin SÖZLEŞME'yi etkilemesini önleme amacı ile gerekçelendirmiştir.

- (74) Bu açıklamalar ışığında, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin hangi reklam kısıtlama anlaşması türü kapsamında olduğu incelenmiştir. SÖZLEŞME'nin, "Konu ve Kapsam" başlığı altında; *"İşbu sözleşme, Sefamerve'nin, Modanisa'ya ait "modanisa" ile "nisa" ibarelerini, Modanisa'nın Sefamerve'ye ait "sefamerve" ile "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, ilgili markaların sahibi, tescilli ve geçerliliğinden bağımsız olarak, gerek mobil, gerek uygulama gerekse masa üstü platformlarda, gerek Türkiye'de bulunan, gerekse yurtdışında tüm internet mecralarında ve Türkiye ve yurtdışı ülkeler için geçerli olan tüm hesaplarda, google, youtube, bing, yahoo, safari ve diğer arama motorları ile facebook, twitter, instagram ve diğer tüm sosyal medya mecralarında geniş eşleme ve sıralı eşleme türlerinde negatif kelime olarak eklemelerini, birbirlerinin markalarını internet ortamında hedeflememelerini, birbirlerinin markalarını tekste yazma, metatag, keyword, AdWords vb. uygulamalarda kullanmamaları hususunda karşılıklı yükümlülükleri düzenler."* ifadesi yer almaktadır. Söz konusu hükümden, SÖZLEŞME ile tarafların birbirlerine, temel olarak üç konuda yükümlülük getirdiği anlaşılmakta olup bu yükümlülükler:

- Sözleşmede belirtilen ibarelerin negatif kelime olarak eklenmesi,
- Sözleşmede belirtilen ibarelerin reklam olarak hedeflenmemesi,
- Sözleşmede belirtilen ibarelerin tekste yazma, *metatag, keyword, AdWords* vb. uygulamalarda kullanılmaması

olarak sayılabilecektir.

- (75) SÖZLEŞME'nin devamında, bahse konu yükümlülükler, ayrı maddeler halinde düzenlenmiş ve detaylandırılmıştır. Bununla birlikte, taraflara getirilen yükümlülükler bakıldığında, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin karma yapıda bir reklam kısıtlama anlaşması olduğu görülmektedir. Zira SÖZLEŞME'de hem reklam hedefleme hem de negatif eşlemeye yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu nedenle SÖZLEŞME ile getirilen söz konusu yükümlülüklerin, reklam kısıtlama anlaşmaları düzleminde yarattıkları sınırlamaların ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

G.4.1.2. SÖZLEŞME Hükümlerinin İncelenmesi

- (76) Bildirim konusu SÖZLEŞME'nin "Negatif Ekleme Yükümlülüğü" başlığı altında *"MODANİSA, karşı tarafa ait "sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, SEFAMERVE ise karşı tarafa ait "modanisa" ile "nisa" ibarelerini, google adwords, facebook, twitter, youtube, instagram ile diğer tüm sosyal medya hesaplarındaki tüm reklam kanallarında negatif kelime olarak ekleyecektir. Taraflar ayrıca diğer arama*

motorlarında ve özellikle Yandex, Bing, Yahoo ve Safari vb. arama motorları ile mobil uygulama indirme alanlarında da işbu arama motorlarında hesapları mevcut ise bu hesaplarında da birbirlerine ait markaları geniş eşleme ve sıralı eşleme türlerine negatif olarak ekleyeceklerdir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

- (77) Negatif ekleme yükümlülüğüne ilişkin söz konusu SÖZLEŞME maddesinin, tarafların açıklamalarıyla birlikte okunmasından, bahse konu yükümlülüğün, esasen yukarıda daha detaylı şekilde yer verilmiş olan ve üç farklı türdeki reklam kısıtlama anlaşmaları arasında, rekabetçi açıdan en zararlı olduğu değerlendirilen³³ “negatif eşleme anlaşmaları” türünde bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Negatif eşleme anlaşmalarında; bir reklam veren, başka bir reklam verenin marka adını “negatif anahtar kelimelerine” eklemeyi kabul etmektedir. Bu tür reklam kısıtlama anlaşmaları; kullanıcılar tarafından yapılan sorguların, tek başına ilgili marka adını veya marka adını markayla ilgili olmayan diğer kelimelerle birlikte kelime grubu olarak içermesi halinde; ilgili markayı negatif anahtar kelimelerine eklemiş olan reklam verenin reklamının, sorguyu yapan kullanıcılara görünmesini engellemektedir.
- (78) İlgili SÖZLEŞME maddesinde, negatif eşlemenin, “geniş eşleme” ve “sıralı eşleme” türleri dâhilinde kullanılacağı ayrıca belirtilmiştir. Geniş eşlemede, sorgu, reklam veren tarafından belirlenen anahtar kelimeler arasında yer alan herhangi bir kelimeyi, herhangi bir sırayla içeriyorsa, kullanıcının arama sorgusu, ilgili anahtar kelimeyle eşleşmekte ve ilgili reklam, kullanıcının sorgu sonuç sayfasında görüntülenmektedir. Örneğin, ‘kırmızı ayakkabı’ kelime öbeğinin, geniş eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamların, kullanıcılar tarafından yapılan birçok farklı sorguda, mesela, “sefamerve kırmızı ayakkabı”, “modanisa kırmızı ayakkabı”, “erkek ayakkabı”, “siyah ayakkabı”, “kırmızı elma”, “kırmızı” vb. kelime öbekleriyle yapılan aramalarda da, kullanıcılara gösterilmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte, sıralı eşlemede, ilgili reklam, yalnızca sorgunun anahtar kelimeyi tam olarak içermesi halinde görüntülenebilmekte, ancak ilgili anahtar kelimenin öncesine veya sonrasına kelime eklenebilmektedir. Örneğin ‘tenis ayakkabıları’ kelime öbeğinin, sıralı eşlemeli bir kelime öbeği olduğu varsayımı altında, bu anahtar kelimelere verilen reklamlar, kullanıcılar tarafından yapılan “tenis için ayakkabılar” ya da “kırmızı tenis ayakkabıları” gibi aramalarda da gösterilebilmektedir.
- (79) Dolayısıyla, bu eşleme türlerinde anahtar kelimeler, kullanıcıların sorgularında yer alan anahtar kelimelerden herhangi biri ile uyduğunda reklam gösterimi sağlandığı için SÖZLEŞME’de getirilen negatif eşleme yükümlülüğü çerçevesinde, SÖZLEŞME ile belirlenen her bir anlaşma tarafına ait ibarelerin, kombinasyonunda yer aldığı hiçbir kullanıcı sorgusunda, anlaşmanın diğer tarafında yer alan rakip teşebbüsün reklamlarının görüntülenmeyeceği anlaşılmaktadır. Örneğin; SEFAMERVE’nin “modanisa” kelimesini kendi negatif anahtar kelimelerine eklemesi halinde, içinde “modanisa” kelimesi geçen sorgular yapan kullanıcıların hiçbirine SEFAMERVE’nin reklamları görüntülenmeyecektir. Benzer şekilde, kullanıcıların “modanisa fiyatlarını karşılaştı” gibi bir sorgu yaptıkları varsayıldığında, bu kullanıcıların temel hedefi rakip ürün sağlayıcıların fiyat bilgilerini görebilmektir. Ancak bu kullanıcılar, SÖZLEŞME ile getirilen bu reklam kısıtlaması nedeniyle MODANİSA’nın fiyatlarını karşılaştırabilecekleri rakiplerden biri olan SEFAMERVE’nin reklamlarını görüntüleyemeyeceklerdir. Söz konusu örneklerin tam tersi de aynı şekilde geçerlidir. Sonuç olarak, negatif eşleme anlaşmalarının, ilgili pazarlarda, bir nevi rakipler arası

³³ CMA, (2017), s.69-72.

müşteri/pazar paylaşımı anlaşmalarına benzer etkiler ortaya çıkarabileceği değerlendirilmektedir.

- (80) SÖZLEŞME'nin "Hedeflememe Yükümlülüğü" başlığı altında; "MODANİSA, karşı tarafa ait "sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, SEFAMERVE ise karşı tarafa ait "modanisa" ile "nisa" ibarelerini, google adwords, facebook, twitter, youtube, instagram ile diğer tüm sosyal medya hesaplarında ve ayrıca diğer arama motorlarında ve özellikle Yandex, Bing, Yahoo ve Safari vb. arama motorları ile mobil aplikasyon indirme alanlarında da hiçbir zaman reklam verme amacı ile doğrudan hedeflemeyeceklerini kabul ve taahhüt ederler. İşbu yükümlülük genel olarak tarafların piyasadaki/pazardaki müşterilerine yönelik bir hedeflememe, rekabet yasağı olmayıp bu şekilde yorumlanamaz." ifadeleri yer almaktadır.
- (81) SÖZLEŞME'nin "Tekst, Metatag, Keywords, AdWords'e ilişkin Yükümlülükler" başlığı altında "MODANİSA, karşı tarafa ait "sefamerve", "sefa merve" ve "sefa" ibarelerini, SEFAMERVE ise karşı tarafa ait "modanisa" ile "nisa" ibarelerini vereceği ilan tekstlerine hiçbir zaman yazmayacak, tekste eklemeyecek; metatag (html kodunun başında bulunan anahtar kelime/yönlendirici kod) olarak hiçbir zaman kullanmayacak, Google arama motorlarında ve diğer arama motorlarında hiçbir zaman keyword (anahtar kelime) olarak belirtmeyecek, adwords olarak hiçbir zaman reklam vermeyecektir." düzenlemesine yer verilmiştir.
- (82) SÖZLEŞME ile getirilen "Hedeflememe Yükümlülüğü" ve "Tekst, Metatag, Keywords, AdWords'e ilişkin Yükümlülükler" birlikte değerlendirildiğinde, bu iki yükümlülük ile getirilmesi amaçlanan hususun, esasen, yine SÖZLEŞME ile belirlenen ibarelere, anahtar kelime olarak reklam teklifi verilmesinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu iki yükümlülük, birlikte, markaya reklam vermeme anlaşmalarının kapsamına girmektedir. Bununla birlikte, SÖZLEŞME'de, reklam teklifi verilmemesi için belirlenen anahtar kelimelerin, tarafların tescilli markalarının yanı sıra tescilli marka olmayan ibareleri de içerdiği anlaşıldığından, bu iki yükümlülüğün birlikte, geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşması niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. Söz konusu anlaşmanın rekabet üzerindeki olası kısıtlayıcı etkilerinin ise marka hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişki dikkate alınarak irdelenmesi gerekmekte olup ilgili değerlendirmelere aşağıda yer verilmiştir.

G.4.2. Menfi Tespit Değerlendirmesi

- (83) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran veya doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar... hukuka aykırı ve yasaktır." hükmü yer almaktadır. 4054 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından teşebbüs niteliğini haiz MODANİSA ve SEFAMERVE, e-ticaret hizmetleri pazarı, hazır giyim ürünlerinin e-ticareti pazarı ve tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti pazarlarında birbirlerine rakip konumunda faaliyet yürütmektedirler. Bu çerçevede, bildirim konu SÖZLEŞME, aynı piyasalarda faaliyet gösteren ve birbirine rakip olan iki teşebbüsün çevrim içi reklamcılık mecralarında birbirlerini hedeflememek üzere akdettikleri bir sözleşmedir.
- (84) Bildirim konusu SÖZLEŞME'nin tarafları, defaatle SÖZLEŞME'ye konu yükümlülüklerin esasen Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) düzenlenen marka hakkı kapsamında yine aynı kanunla marka hakkı sahibine sağlanan hakları korumaya ve kullanmaya yönelik olduğunu belirtmiştir.

- (85) SMK'nın "Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları" başlıklı 7. maddesinde, SMK ile sağlanan marka korumasının, tescil yoluyla elde edileceği belirtilmiş; akabinde, marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka hakkı sahibine olduğu ve bu itibarla marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması halinde aşağıda belirtilen fiillerin yasaklanmasını talep etme hakkında sahip olduğu ifade edilmiştir:

"a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması."

- (86) Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise aşağıda yer alan durumlarda işaretin³⁴ ticaret alanında kullanılması hâlinde, söz konusu kullanımın, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabileceği belirtilmiştir:

"a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması."

- (87) İlgili fıkranın (d) bendinde, markanın internette kullanılması haline ayrıca yer verildiği görülmektedir. İlgili hükümden anlaşıldığı üzere, bir hakkın veya meşru bir bağlantının bulunmaması halinde, tescilli bir markanın herhangi bir işaretinin aynı ya da benzerinin başka kişilerce internet ortamında alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük gibi biçimlerde kullanılması durumunda, marka sahibinin söz konusu fiilin yasaklanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır.

- (88) İlgili mevzuatın gerekçesinde, bu bende ilişkin olarak yer verilen açıklama ise şu şekildedir: "Bu bent, AB Marka Tüzüğü ve Alman Marka Kanununda yer almamaktadır. Ancak, internette marka kullanımının, marka hakkı kapsamına girdiği hususunda ulusal ve uluslararası doktrinde ve mahkeme içtihatlarında tam bir görüş birliği mevcuttur. Fiilen karşımıza yeni çıkan bir olgunun, markalar ile ilgili düzenleme yapılırken açıkça vazedilmesinin faydalı olacağı düşüncesiyle mezkûr hüküm konulmuştur. Hüküm konulurken aralarında Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı tahkim ve arabuluculuk

³⁴ Marka olabilecek işaretler, SMK'nın 4. maddesinde, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret olarak tanımlanmıştır.

merkezinin de bulunduğu internet alan adı ile marka arasındaki uyumsuzlukları çözen merkezlerin kuralları esas alınmıştır. Bu bağlamda işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması ve dolayısıyla kötü niyetli olması koşullarıyla, işaretin aynı veya benzerinin internette ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması yasaklanmıştır.”

- (89) İlgili madde gerekçesinden, AB'den farklı olarak, ülkemizde, markanın internette kullanılması hususunun ayrıca düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, söz konusu düzenleme ile marka sahiplerine, markalarının üçüncü kişilerce internet ortamında izinsiz olarak kullanılmasını yasaklayabilme yönünde doğrudan bir hak sağlandığı görülmektedir. Aynı doğrultuda olmak üzere, Kurulun 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı kararında; başka internet siteleri tarafından, tescilli markaların anahtar sözcük olarak kullanılması suretiyle Google AdWords'de reklam verilmesi üzerine³⁵, marka sahiplerince, Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine başvuru yapıldığı ve bu başvurular kapsamında yer alan tedbir taleplerinin ve davaların, mahkemelerce kabul edildiği, ancak mahkeme kararlarına rağmen Google'ın hükmü yerine getirmediği yönünde ifadeler yer almaktadır.
- (90) Bu açıklamalar ışığında, reklam kısıtlama anlaşmalarına yönelik olarak rekabet hukuku mevzuatı ile marka hukuku mevzuatının sınırlarının nasıl belirlenebileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu sorunun cevaplanması, bildirim konusu SÖZLEŞME'ye rekabet hukukunun uygulanabilir olup olmadığı, uygulanabilecekse hangi çerçeve dâhilinde uygulanabileceği ve dolayısıyla SÖZLEŞME'nin menfi tespit alıp alamayacağı ve/veya muafiyete konu olup olamayacağı bakımından oldukça önem taşımaktadır.
- (91) Yapılan çalışmalarda, rekabet hukuku yaptırımları ile marka hukuku tarafından tanınan fikri mülkiyet koruması arasındaki dengenin korunmasına vurgu yapıldığı ve bu yaklaşımın ağırlıkta olduğu görülmektedir. Söz konusu denge yaklaşımı³⁶, esasen marka sahiplerinin, sahip oldukları marka hakkının kapsamı dâhilinde hareket etmeleri gerektiğini ve eylemlerinin, ilgili marka hukukunun/kanununun verdiği yetkinin dışına çıkması halinde rekabet incelemesine tabi olmaları gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, ilke olarak, marka hukukundan kaynaklanan uyumsuzlukları çözmeye yönelik uzlaşma sözleşmeleri, marka hukukunun kapsamına girdiği ve kapsamıyla sınırlı kaldığı sürece rekabeti kısıtlayıcı olarak kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, geleneksel anlamıyla menşei belirtme işlevi görmeyecek şekilde marka haklarının kapsamının giderek genişlemesine ilişkin meşru kaygılar göz ardı edilmemelidir. Tam da bu nedenle, anahtar kelime temelli reklam kısıtlamalarına/yasaklamalarına yönelik dengeli bir yaklaşım benimsenmelidir.
- (92) Bu tartışmaya ilişkin ABAD içtihadına bakıldığında ise anahtar kelime reklamcılığını sınırlayan marka sulh anlaşmalarının, temelinde, “karışıklık veya bulanıklaştırma” kapsamındaki bir ihlale son vermek olduğu durumlarda (ihlalin kapsamı, marka mevzuatına atıfta bulunularak belirlenmiştir), marka hakkının korunması kapsamında değerlendirilebileceği ve bu yöndeki bir değerlendirmenin, AB rekabet hukuku kuralları ile uyumsuz olmayacağı yaklaşımının benimsendiği anlaşılmaktadır.³⁷ Nitekim bu durumda, sulh sözleşmesi; marka sahibine, marka hukuku sayesinde elde edebileceğinden daha fazla hak/koruma vermemektedir. Bu yaklaşım, ABAD'ın *BAT*

³⁵ 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı Kurul kararı, s.123.

³⁶ COLANGELO, (2020), s.53

³⁷ A.g.k. s.54

kararıyla da desteklenmektedir. İlgili karardaki uyuşmazlık, her ne kadar anahtar kelime reklamlarına ilişkin olmayıp bir marka sınırlandırma anlaşmasına dair olsa da, ABAD, taraflar arasında gerçek bir "karışıklık" riski varsa, marka anlaşmazlığını ele almanın/bu anlaşmazlığa işaret etmenin kendi başına rekabeti kısıtlayıcı olmadığını açıkça belirtmiştir.³⁸ Eş deyişle, taraflar arasında, salt markaya ilişkin bir karışıklık veya anlaşmazlık bulunması halinde; taraflar arasında bu uyuşmazlığı ortadan kaldırmaya yönelik olarak gerçekleştirilecek bir anlaşmanın, karmaşanın ortadan kaldırılması için gerekli olandan daha kısıtlayıcı bir durum yaratmamak koşuluyla, ABİDA'nın 101. maddesine aykırı olmayacağı değerlendirilmiştir. Komisyon'un benzer uyuşmazlıkların ele alındığı kararlarında da; salt ticari bir anlaşmazlığın çözümünü amaçlayan ve pazar paylaşımına varmayan sözleşmelere ABİDA'nın 101. maddesinin uygulanmayacağı sonucuna varıldığı görülmektedir.³⁹

- (93) Bununla birlikte bu ön kabul, belirli koşullar altında bu tür marka uyuşmazlık sözleşmelerinin, marka hukukunun kapsamı içinde kalsa dahi rekabeti ihlal edebilmesi olasılığını dışlamamaktadır. Söz konusu anlaşmanın gerek içerik gerekse de rekabeti kısıtlayıcı etkileri bakımından her bir dosya özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesi, bu nedenle önem taşımaktadır. Bu sonuçla bağlantılı olması nedeniyle, bu noktada, söz konusu tartışmaya yönelik olarak farklı ülke rekabet otoritelerince alınmış olan kararlara yer verilecektir.

Hindistan Rekabet Komisyonu - Google AdWords Kararı

- (94) İlk olarak Hindistan Rekabet Komisyonu (Competition Commission of India – CCI) tarafından Google'ın arama reklamcılığı faaliyetlerinin incelendiği kararda⁴⁰, ilgili faaliyetler kapsamında, üçüncü taraf teşebbüslerin, markaları hedefleyen reklamlar verebilmesi imkânı da incelemeye konu edilmiştir. Kararda, Google'ın anahtar kelime hedefli reklamcılık politikasının, reklam verenlerin markaları anahtar kelime olarak kullanmalarını yasaklamadığı, bu politikanın evrensel olarak uygulandığı ve reklam verenlerin, Google'ın kendi ticari markalarına teklif verilmesine de imkân sağladığı tespit edilmiştir. Ayrıca kullanıcı tarafından gerçekleştirilen anahtar kelime sorgusuna ve diğer çeşitli faktörlere de bağlı olarak, marka içeren bir arama neticesinde, organik sonuçlar arasında da marka sahibinin rakiplerine yönelik bağlantıların yer alabildiği belirtilmiştir. Bu nedenle CCI, reklam verenlerin marka adı içeren anahtar kelimelere teklif vermelerini yasaklamanın, kullanıcıların bu ürünleri aradığı durumda dahi, rakip ve tamamlayıcı ürünlere ilişkin reklamları görüntüleyebilmelerine engel olabileceğini ifade etmektedir. İlgili inceleme kapsamında Google, reklam verenlerin reklamlarının, rakiplerinin reklamlarına bakan ve/veya rakiplerinin ürünlerini kullanan tüketiciler tarafından da görüntülenebilmesinin istendiğini ve bu imkânın hem reklamları incelemede hem de ürünleri bulmada tüketicilere yardımcı olduğunu ifade etmiştir. Google ayrıca, anahtar kelime hedeflemeye dayalı reklamcılığın, rakiplerin reklamlarını, bir rakipten bahsetmiş olan ve onun mal ve hizmetlerini incelemek isteyebilecek kullanıcılara yönelik olarak hedefli hale getirebilmenin bir yolu olduğunu belirtmiştir. CCI, Google tarafından sunulan bu görüşü onaylamış ve anahtar kelime teklifi politikasının, markaların anahtar kelime olarak eklenmesine olanak tanıdığını ve sonuç olarak kullanıcılara yalnızca marka sahibinin reklamlarının görüntülenmediğini, kullanıcıların marka sahibinin rakipleri de dâhil olmak üzere daha geniş bir reklam

³⁸ Case C-35/83, BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Commission, 30.01.1985.

³⁹ Bkz. Case C-75/297 *Sirdar v Phildar* [1975] 1 CMLR D93; Case C-78/193 *Penney's Trade Mark* [1978] 2 CMLR 100

⁴⁰ Case No.07, Case No.30 - Google vs. BharatMatrymony, *Competition Commission of India - CCI*, 2012.

yelpazesıyla karşılaşabileceğini ifade etmiştir. CCI, bu durumun, rekabeti teşvik edeceğini ve kullanıcı seçeneklerini artıracığını belirtmiştir.

- (95) Somut olayda Google, marka sahibi olan Consim'in rakiplerinin, Consim'in "BharatMatrimony" (BharatEvlilik) markasını ve markasının "minör varyasyonlarını" reklam metinlerinde kullanmasına müdahale etmemektedir. CCI, Google'ın, Consim'in markalarını oluşturan kelimelerin minör varyasyonlarının/kombinasyonlarının rakipler tarafından kullanılmasını engellememesinin, Hindistan Ticari Markalar Yasası'na uygun olduğunu ve ilgili yasanın üçüncü taraflara tescilli ticari markalar olsa dahi kelimelerin düz (esas) anlamlarını ifade etmek için kullanılabileceğini hüküm altına aldığını belirtmiştir. Buna göre reklam, markayı, o markaya atıfta bulunmak yerine gerçek anlamı temelinde açıklayıcı olarak kullanıyorsa veya ilgili markaya karşılık gelen mal/hizmetlerle ilişkili değilse, reklam metninde marka kullanılabilir. Karara konu olayda Komisyon, Google'ın Consim'in rakibi olan ve Hindistan'ın Bharat şehrinde evlilik hizmetleri sunan Shaadi.com'un "Bharat Matrimony" kelimelerini reklam hedeflemesi olarak kullanmasını engellemeyi reddetmesinin ticari marka ihlali ortaya çıkarmayacağı tespitinde bulunmuştur.

Federal Ticaret Komisyonu – 1-800 Contacts Kararı

- (96) Federal Ticaret Komisyonu'nun (Federal Trade Commission – FTC) internet üzerinden perakende kontakt lens satışı gerçekleştiren 1-800 Contacts'ın arama bazlı internet reklamcılığına ilişkin olarak rakipleriyle imzaladığı uzlaşma sözleşmelerini incelediği kararında⁴¹, rakiplerin birbirlerinin ticari markalarına anahtar kelime olarak teklif verebilmesini "rakibin bulunduğu yerin yanına yeni bir mağaza açmak, aynı süpermarket rafına jenerik bir ürün yerleştirmek" veya "bir eczacının kendisine ait Ibuprofen içeren ilacı Motrin markalı ilacın yanına yerleştirmesi" gibi davranışlarla benzer nitelikte görmektedir. Kararında reklam verenlerce kullanılan negatif anahtar kelimelere de değinen FTC, bu hedeflemenin yalnızca, örneğin; gözlük satışı gerçekleştiren ve "gözlük-glasses" anahtar kelimesi için teklif veren bir perakendeci tarafından, reklamının "bardak-glasses" terimine yanıt olarak görüntülenmemesi amacıyla kullanılması gibi hallerde faydalı olduğunu ifade etmektedir.
- (97) Karara konu olayda, 1-800 Contacts, rakiplerinin çevrim içi reklamlarıyla ilgili olarak "ticari marka ihlali" iddiasıyla şikâyette bulunmaya ve önleme mektupları göndermeye başlamış ve neticede anlaşmazlıkların çözümü için rakipleriyle uzlaşma sözleşmeleri imzalamıştır. Bu sözleşmeler; tarafların birbirlerinin markalarını, markalarının varyasyonlarını ve URL'lerini⁴² arama bazlı reklamcılıkta anahtar kelime olarak hedeflememelerini ve birbirlerinin markalarını negatif anahtar kelime olarak eklemelerini içermektedir. FTC, uzlaşma anlaşmaları, arama bazlı reklamcılık maliyetlerini düşürse dahi tüketicilerin başka satıcılardaki daha düşük fiyatlardan haberdar olmasını engellediğini ifade etmektedir.
- (98) Kararda, söz konusu sözleşmeler akdedilene kadar rakiplerin birbirlerinin markalarını anahtar kelime olarak hedefleyebildiği, böylelikle arama motorlarında "1-800 Contact" veya "1-800 Contact'tan daha ucuz" gibi aramalar yapan tüketicilerin hem daha ucuz ürün satan rakiplere hem de 1-800 Contact'a ait reklamları görebildiği ve tercihini istedikleri şekilde gerçekleştirebildiği ifade edilmektedir. FTC, markaların anahtar kelime olarak hedeflendiği reklamların tüketiciler için faydalı ve etkili bir araç olduğunu ve marka ihlalinin yalnızca tüketicinin ürünün kaynağı konusunda kafa karışıklığı

⁴¹ FTC Case No.18-3848.

⁴² URL, kullanıcıların internet sitelerine ulaşmasını sağlayan ve onları birbirinden ayıran linklerdir. Örneğin, www.google.com Google arama motorunun URL'sidir.

yaşamasının muhtemel olması halinde gerçekleşeceğini, öte yandan söz konusu sözleşmelerin, reklamların içeriğine ve tüketiciler için kafa karıştırıcı olup olmadığına bakılmaksızın, hatta 1-800 Contacts'ın markası kullanılmasa dahi genel olarak yasaklandığını belirtmektedir. FTC, marka haklarına yönelik savunmaları, söz konusu sözleşmelerin hak ihlali bulunmayan kısıtlamaları da içermesi ve marka haklarının daha az kısıtlayıcı düzenlemelerle koruyabileceği gerekçeleriyle kabul etmemiştir.

- (99) FTC'ye göre, markayı korumak için alınan önlemler, yalnızca ihlalden kaçınmak için uygun şekilde uyarlanmaları halinde haklı gösterilebilecek olup marka kanunu, rakiplerin meşru reklamlarını kısıtlayarak rekabeti ortadan kaldırma yetkisini vermemektedir. Buna göre, yasaklanan reklamlar, tüketici nezdinde kafa karıştırıcı nitelikte olmadığı için, sözleşmelerle getirilen reklam kısıtlamaları ve negatif anahtar kelime hedeflemesi marka koruması altında haklı/gerekli kılınamayacaktır. FTC ayrıca uzlaşma sözleşmeleriyle elde edilen maliyet tasarruflarının tüketicilere dönük somut ve doğrulanabilir bir fayda yaratmadığını, sözleşmelerin, reklamların azalmasına sebep olarak kontakt lensler için ödenen fiyatları artırdığını ve tüketicilere zarar verdiğini, ayrıca anahtar kelime ihalelerinde teklif verenlerin sayısını azaltarak arama motorlarına da zarar verdiğini belirterek, uzlaşma sözleşmelerini uygulamasının engellenmesi yönünde karar vermiştir.
- (100) Kararı değerlendiren Temyiz Mahkemesi (United States Court of Appeal), FTC'nin dosya konusu anlaşmaların antitröst incelemesinden otomatik olarak muaf tutulmamasına yönelik tutumunu doğru bulmakta, dosya konusu sulh sözleşmelerinin, marka koruması kapsamına girdiğini kabul etmekte, ancak bu gerçeğin sözleşmeleri antitröst soruşturmalarına bağışık hale getirmeyeceğini ifade etmektedir. Temyiz Mahkemesi, FTC'nin negatif kelime hedefleme politikasına ilişkin endişelerini makul bularak, uzlaşma sözleşmelerinin bu yönünün, meşru bir marka ihlali iddiasının ötesine geçip geçmediğinin ve bu nedenle marka korumasının rekabeti artırıcı yönüyle gerekçelendirilemeyen bir kısıtlama içerip içermediğinin değerlendirilmediğini ve sözleşmelerin rekabete aykırı etkilerine değinilmediğini belirtmektedir. Mahkeme, bu tür uzlaşma sözleşmelerinin rekabet artırıcı etkilerinin de olabileceğini vurgulamakta ve teşebbüsleri markalarını korumaya yönelik uygulamalarda daha az agresif olmaya zorlamanın, marka politikasının rekabeti artıran hedeflerine aykırı olduğunu ifade etmektedir.

Komisyon - Guess Kararı

- (101) Komisyon, ilgili kararda⁴³, Guess Europe'un, özellikle Google AdWords üzerindeki çevrim içi reklamlara ilişkin olarak distribütörlerine getirdiği kısıtlamaları incelemiştir. Karara konu olayda, Guess Europe, yetkili distribütörlerinin, Avrupa Ekonomik Bölgesi içinde, Google AdWords üzerinde verecekleri reklamlarda, Guess marka adlarını anahtar kelime olarak kullanmalarını sistematik olarak yasaklamaktadır. Komisyon, bu kısıtlamanın dağıtım sözleşmelerinde doğrudan yer almadığını ancak herhangi bir yetkili perakendeciden konuya ilişkin izin talebi geldiğinde, sistematik bir şekilde uygulandığını tespit etmiştir.
- (102) Komisyon, yerleşik içtihatlarla göre, AB Marka Kanunu'nun, bir marka sahibine; ortalama bir internet kullanıcısının, reklamın marka sahibinden mi, ekonomik olarak ona bağlı bir teşebbüsten mi, yoksa üçüncü bir kişiden mi kaynaklandığını tespit etmesine izin vermediği/zorlaştırdığı durumlarda üçüncü tarafların markayla aynı olan anahtar kelimeyi kullanarak reklam vermesini engelleme imkânı tanıdığını

⁴³ Guess vs. EU Commission/Case AT.40428.

belirtmektedir. Komisyon, bir arama motoru yoluyla marka hakkının ihlal edilmesine ilişkin bu içtihadın, hakiki Guess ürünü satan, seçici dağıtım sistemindeki yetkili distribütörlerin, Guess marka adlarını kullanmasını engellemek için uygun olmadığını, çünkü burada ürünlerin kökeni hakkında herhangi bir karışıklık yaşanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle kararda, Guess Europe tarafından getirilen bu kısıtlamanın amacının, yetkili distibütörlerin, Guess'in kendi çevrim içi faaliyetleri üzerindeki rekabet baskısını azaltmak ve düşen satışları önlemek ile reklam maliyetlerini düşük tutmak olduğu tespit edilerek söz konusu kısıtlamanın, seçici dağıtım sisteminin meşru amacına yani marka imajını korumaya hizmet ettiğinin söylenemeyeceği ifade edilmektedir. Komisyon, söz konusu kısıtlamaların, Guess Europe'a yetkili distribütörleri karşısında önemli bir rekabet avantajı sağladığını, marka içi rekabeti sınırladığını ve bu nedenle ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında rekabeti kısıtlama amacına sahip olduğunu tespit etmiştir.

- (103) Yukarıda detaylarına yer verilen kararlar ışığında belirtilmelidir ki, Avrupa'nın yaklaşımı, anahtar kelimelere ilişkin reklam kısıtlamalarını, marka hakkının korunması kapsamı ile sınırlayarak tehlikede olan çıkarlar arasında denge sağlamaya daha uygundur.⁴⁴ Bu yaklaşımın özellikle yukarıda yer verilen Guess kararı ile onaylanmış ve uygulanmış olduğu söylenebilir. Komisyon'un, reklamların, ürünlerin menşei konusunda karışıklık riski barındırmadığı ve bu nedenle ilgili reklam kısıtlamalarının rekabeti kısıtlayıcı olduğu yönündeki yaklaşımının, karıştırılma olasılığına ilişkin bir anlaşmazlıkta, anahtar kelime hedefli reklamları sınırlayan marka anlaşmalarına da uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, bu tür kısıtlama anlaşmaları, ürün ve hizmetlerin menşei konusunda bir karışıklık riskini ele aldıkları sürece, rekabeti kendi başına kısıtlayıcı olarak kabul edilmemelidir, aksi durumda rekabet kurallarının aşırı derecede uygulanması, fikri mülkiyet korumasına ilişkin teşvikleri ve faydaları baltalama riskini taşıyacaktır. Bu noktada, yine yukarıda yer verilen ve CCI tarafından verilen kararda, herhangi bir rekabet sorunu gündeme gelmedikçe, salt marka ihlali sorunları hakkında karar vermenin rekabet otoritelerinin yetki alanı içinde olmadığı, böyle bir yaklaşımın, özellikle, rekabet otoritesi ve marka otoritesi/ticaret mahkemesi tarafından farklı kararlar verilmesi halinde düzenleyici evrende kaos yaratma potansiyeline sahip olduğunu ifade edilmiştir.⁴⁵
- (104) Konuya ilişkin olarak Türk Patent ve Marka Kurumu'nun (TPE) görüşüne başvurulmuş olup TPE tarafından sunulan görüş yazısında; *"...sulh sözleşmesinin...SMK'nın hak sahiplerine tanıdığı korumadan daha nitelikli ve geniş kapsamlı bir koruma öngörüldüğü...sözleşmenin SMK'nın kapsamından daha geniş bir koruma sağlayan bölümlerinin SMK kapsamında bir yaptırımının bulunmadığı...değerlendirilmektedir."* ifadelerine yer verilmiştir. Bu bilgiler ışığında, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin menfi tespit alıp alamayacağı ve/veya muafiyete konu olup alamayacağı bakımından sözleşmede yer alan hükümlerin, SMK kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi önem kazanmaktadır.
- (105) SMK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasında, marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla SMK kapsamında bir marka hakkı korumasından bahsedilebilmesi için öncelikle tescilli bir markanın varlığı gerekmektedir. Bunun yanı sıra SMK'nın 4. maddesinin birinci fıkrasında, marka sahibine sağlanmakta olan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartı aranmaktadır. Bu çerçevede, ilk olarak bildirim konusu

⁴⁴ COLANGELO, (2020), s.57-61.

⁴⁵ CCI, Case No.07, Case No.30, s.121.

SÖZLEŞME’de reklam kısıtlamalarına konu olduğu/olacağı belirtilen ibarelerin birer marka olarak tescil edilip edilmediği incelenmiştir.

- (106) Ancak gerek bildirim konusu SÖZLEŞME’nin içeriğinden, gerekse de taraflarca sunulan bilgilerden anlaşmaya konu “ibareler”in tam olarak neler olduğunu/kapsamını tespit etmek mümkün olmamıştır. Zira Bildirim Formu’nda, “Sözleşmenin Mahiyeti” başlığı altında verilen bilgiler ile SÖZLEŞME’de yer verilen ifadelerin bile birbiri ile aynı olmadığı, nitekim Bildirim Formu’nda “...sadece ve sadece tescilli markalar ile sınırlı olmak üzere” ifadesine yer verilmişken, SÖZLEŞME’de, “İşbu Sözleşme SEFAMERVE’nin, MODANİSA’ya ait “modanisa” ile “nisa” ibarelerini, MODANİSA’nın SEFAMERVE’YE ait “sefamerve” ile “sefa merve” ve “sefa” ibarelerini...” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda, bildirim konusu SÖZLEŞME esas alınmış ve sadece SÖZLEŞME’de açıkça yer verilen ibarelerin kontrolü yoluna gidilmiştir. Bu çerçevede yapılan kontrol sonucunda, “sefamerve” ibaresinin, 23.01.2013; “sefa merve” ibaresinin, 26.04.2018; “modanisa” ibaresinin ise 20.08.2014 tarihinden itibaren on yıl süre ile marka olarak tescil edilmiş olduğu görülmüştür. Bu kapsamda, söz konusu ibarelerin SMK kapsamında getirilen marka korumasından faydalanabileceği açıktır. Bununla birlikte, yine bildirim konusu SÖZLEŞME’de yer verilen ibarelerden olan “sefa” ile “nisa” ibarelerinin tescilli marka olmadıkları görülmüştür. Dolayısıyla marka olarak tescil edilmemiş olan söz konusu ibarelerin, SMK uyarınca herhangi bir marka korumasından faydalanamayacağı açıktır.
- (107) Ancak bu doğrultuda, “tescilli markalara getirilen bütün reklam kısıtlamaları marka koruması kapsamındadır” yorumunun yapılması hatalı olacaktır. Bu noktada öncelikle SMK ile sağlanan marka korumasının kapsamı, tescilli markaları konu edinen her reklam kısıtlaması bazında ayrı ayrı incelenmiştir.
- (108) Markanın korunması, markanın veya bir unsurunun marka sahibinin izni veya rızası hilafına başkası tarafından kullanılmaması, marka sahibi haricinde bir başkasının marka üzerinde tasarrufta bulunamamasıdır. Bir başka deyişle, marka hakkı, sahibine, markanın kullanılmasına izin verme ve kullanılmasını yasaklama yetkilerini vermektedir. SMK’nın 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında marka sahibinin önlenmesini talep edebileceği haksız kullanımlara yer verilmiştir. Aynı zamanda, yukarıda da belirtildiği üzere, 7. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde, “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması” marka sahibinin önlenmesini isteyebileceği haksız davranışlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, tescilli bir markanın sahibinden izin alınmadan, markanın internet reklamcılığında anahtar sözcük olarak kullanılmasının ilgili kanun kapsamında yasaklandığı anlaşılmaktadır.
- (109) Bununla birlikte, bildirim konusu SÖZLEŞME ile taraflara getirilen yükümlülüklerin SMK ile uyumlu olabilmesi için getirilen reklam yasaklarının, SMK ile getirilen bu yasağı aşmayan bir nitelikte olması gerekmektedir. Bu anlamda, SMK ile getirilen düzenleme ile aynı kapsamda olabilecek en geniş reklam yasağının, tarafların internet ortamında verecekleri reklamlarda birbirlerine ait tescilli markaları anahtar sözcük olarak kullanmamaları yönünde olabileceği, bunun ise yukarıda detaylı olarak yer verilen “dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşması” ile yapılabileceği değerlendirilmiştir.
- (110) Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, bildirim konusu SÖZLEŞME ile bir kullanıcının bir reklam verene ait markaları sorguladığında, diğer reklam verene ait markaların reklam olarak görüntüleyebilmesini önleyen “negatif anahtar kelime”

kullanımı da bir yükümlülük olarak taraflara getirilmektedir. Bu kapsamda belirtilmelidir ki, “negatif eşleme” anlaşmaları” ile “geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları”nın, “dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları”ndan daha fazla sayıda aramayı etkilemesi muhtemeldir. Bunun nedeni, “negatif eşleme anlaşmaları”nın, bağlamdan bağımsız olarak marka sahibinin adını içeren tüm aramaları kısıtlaması ve “geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları”nda, reklam verenlerin, diğer reklam verenin markası ile birlikte markayla ilgili olmayan kelimelerin kombinasyonlarına (marka adı + marka dışı kelimeler) reklam vermeyi kabul etmeleri nedeniyle, söz konusu “kelime kombinasyonları”ni içeren tüm aramaların kısıtlanmasıdır. Bununla birlikte, “dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları”nda, reklam verenler sadece marka adından oluşan anahtar kelimelere reklam vermeyi kabul ettikleri için reklam kısıtlaması sadece doğrudan marka isminden oluşan anahtar kelime (marka adı) ekseninde ve daha dar kapsamlı meydana gelmektedir.⁴⁶ Bu kapsamda, dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarının, SMK ile sağlanmak istenen korumayla aynı kapsamda olduğu, dolayısıyla diğer anlaşmalar ile getirilecek korumanın, marka korumasının sınırlarını aşacağı değerlendirilmektedir.

- (111) Aynı doğrultuda olmak üzere, geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları ile negatif eşleme anlaşmalarının, internet sitelerinin tıklama ve dönüşüm oranları üzerinde doğuracakları kısıtlamanın/etkilerin de dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarından daha fazla olması beklenmektedir. Bunun nedeni, geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları ile negatif eşleme anlaşmalarının; tüketicilerin sorgularında kullandıkları arama terimlerini kapsama ve dolayısıyla çıkacak sonuçları daraltma olasılığının çok daha yüksek olmasıdır. Bunun bir diğer nedeni de, kullanıcıların sorgularını, genellikle “marka adı” şeklinde değil, “marka adı + genel terim” şeklinde formüle etmeleridir.⁴⁷
- (112) Bu kapsamda, bahse konu reklam kısıtlama anlaşmalarının, türlerine göre, doğurabilecekleri zarar olasılığı; arama sayıları ve tıklanma oranları ile alışverişe dönüşüm oranları üzerinde yarattıkları etkiler ekseninde görülebilmektedir:

Şekil 1: Reklam Kısıtlama Anlaşmalarının Zarar Doğurma Olasılıkları ve Olası Zararın Kapsamı⁴⁸



Kaynak: CMA (2017) “Paper E: Competitive landscape and effectiveness of competition”

⁴⁶ COLANGELO, (2020), s.55; CMA, (2017), s.70.

⁴⁷ CMA, (2017), s.69.

⁴⁸ İlgili tablo raportörler tarafından Türkçe’ye çevrilmiştir.

- (113) Yukarıdaki şekilden de anlaşıldığı üzere, negatif eşleme anlaşmalarının veya geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarının uygulanmaması halinde; kullanıcılar marka adını da içeren bir kelime öbeği ile geniş kapsamlı bir sorgu yaptıklarında, ilgili arama sonuçlarında rakipleri de görebilecek ve marka sahibinin rakiplerine ait internet sitelerine de tıklayabileceklerdir. Ancak, negatif eşleme anlaşmalarının veya geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarının uygulanması halinde, kullanıcılar marka adını da içeren bir kelime öbeği ile geniş kapsamlı bir sorgu yapmalarına rağmen, sadece markanın adına sorgularında yer vermiş olmaları nedeniyle ilgili markanın rakiplerine ait reklamları görüntüleyememektedirler. Dolayısıyla bu durum, tüketicilerin seçeneklerinde bir azalmaya sebep olmaktadır. Buna karşılık, dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları, yalnızca marka adından oluşan aramalarla ilgilidir. Bu aramaların, doğrudan alışverişle ilgili olmayan çeşitli nedenlerle (örneğin; müşteri hizmetlerine ulaşmak için) kullanılması da muhtemel olduğundan, tüketicilerin, marka sahibinkinden dışarıda herhangi bir bağlantıya tıklama olasılıklarının daha düşük olmasını beklemek yanıltıcı olmayacaktır.⁴⁹
- (114) CMA tarafından, teşebbüslerin reklam kısıtlama anlaşmaları yapma gerekçeleri de araştırılmış olup teşebbüslerce genel olarak; (i) markanın korunmasını sağlayarak bedavacılık sorununun engellenmesi istemesi, (ii) tüketicilerin kafa karışıklığının önlenmesi ve (iii) reklam maliyetlerindeki artışın engellenmesi gibi gerekçelerin ileri sürüldüğü ifade edilmiştir. CMA raporunda, marka hakkının korunması yönündeki gerekçenin, negatif eşleme ile geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarından ziyade sadece dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları için geçerli olabileceği ifade edilmiştir. Zira geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarının sonucunda, tüketicinin markayı aktif olarak aramadığı ve daha geniş bir kelime öbeğinden oluşan sorguları da (örneğin; 'Marka x ile alternatiflerini karşılaştırın') içerecek şekilde reklam verilmesinin yasaklanması ile negatif eşleme anlaşmalarının sonucunda, ilgili markaya teklif vermeyen rakiplerin dahi görünürlüğünün engellenmesi marka hakkı korumasının sınırını aşmaktadır.⁵⁰ Tüketicilerin kafa karışıklığının önlenmesi ve reklam maliyetlerindeki artışın giderilmesi gerekçelerine ilişkin olarak ise CMA; bu gerekçelerin potansiyel etkilerine ve/veya verimliliklerine ilişkin herhangi somut bir kanıtın tespit edilemediğini belirtmiştir.
- (115) FTC'nin 1800 *Contacts*⁵¹ kararına konu uzlaşma anlaşmaları da, dosya konusuna benzer şekilde, tarafların hem (i) arama bazlı anahtar kelime reklamcılığında birbirlerinin markalarına "teklif vermekten" kaçınmalarını, hem de (ii) bir tüketicinin diğer tarafın markalarını araması halinde rakip markanın reklamlarının görüntülenmesini önlemek için "negatif anahtar kelimeler" kullanmalarını konu edinmektedir. Bununla birlikte FTC, negatif anahtar kelimelerin kullanılması durumunda, esasen, rakipler tarafından markanın kullanımının dahi söz konusu olmadığını ve bu nedenle marka hakkına yönelik herhangi bir ihlal gerçekleşmemiş olduğunu ifade etmiş ve buna rağmen rakiplerin reklamlarının kısıtlanmasının marka hakkı koruması ile meşru kılınamayacağını belirtmiştir.⁵² Ayrıca FTC, hiçbir marka koruması teorisinin, negatif anahtar kelime kullanılmasına yönelik gereksinimini

⁴⁹ CMA, (2017), s.69.

⁵⁰ A.g.k., s.71.

⁵¹ FTC Case No.18-3848.

⁵² FTC Case No.18-3848, s.46.

açıklayamayacağını ifade etmiştir.⁵³ Kararda, 1-800 *Contacts* tarafından getirilen reklam kısıtlamalarının, marka korumasının çok ötesine geçtiği ifade edilmektedir. Zira reklamların, tüketicilerin kafasını karıştırmadığı ve/veya -negatif anahtar kelime kullanılması nedeniyle- reklam verenin, rakiplerine ait markaları hiç kullanmadığı durumlarda dahi reklamları yasaklanmaktadır.⁵⁴

(116) Aynı doğrultuda olacak şekilde Kurulun 12.11.2020 tarihli ve 20-49/675-295 sayılı kararında “...marka bazlı anahtar kelimeler için teklif verilmesi sonucunda, özellikle aranan marka ile benzer ürün veya hizmet sunan diğer oyuncular sınırlı da olsa kendilerini tanıtma imkânı bulmakta, bu doğrultuda kullanıcılar da birbiriyle rekabet eden seçenekleri görme imkânına sahip olmaktadır. ...Bu kapsamda söz konusu uygulamanın rekabetin artmasına yol açan etkilerinin de bulunduğu değerlendirilmektedir.” tespitine yer verilerek, reklam kısıtlama anlaşmalarının rekabeti kısıtlayıcı nitelikte olduklarına işaret edilmiştir.

(117) Dolayısıyla bu başlık altında yer verilen detaylı açıklamalar ışığında, bildirim konusu SÖZLEŞME’de yer alan;

- Yalnızca tescilli markalar bakımından getirilen hedeflememe yükümlülüğünün (sorgunun, herhangi başka bir kelime olmaksızın yalnızca tescilli markadan oluştuğu haller), dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşması niteliğinde olduğu, bir başka deyişle tarafların sadece birbirlerine ait tescilli markalara reklam vermeyecekleri ve bu vesileyle söz konusu yükümlülük ile kendilerine sağladıkları korumanın, SMK’nın hak sahiplerine tanıdığı marka korumasını aşan nitelikte olmadığı,
- Marka olarak tescil edilmemiş olan ibareler bakımından getirilen hedeflememe yükümlülüğünün, hak sahipliği doğuran tescilli herhangi bir markanın söz konusu olmaması nedeniyle, her hâlükârda marka korumasının sınırlarını aştığı,
- Negatif anahtar kelime olarak ekleme yükümlülüğünün ise rakiplerin, birbirlerinin markalarına reklam vermedikleri, bir başka deyişle birbirlerinin markalarını kullanmadıkları durumda dahi birbirlerinin reklamlarına yönelik görünürlüğü engellemeleri sonucuna yol açtığı ve bu nedenle bir nevi müşteri/pazar paylaşımı benzeri etkiler doğurma potansiyeline sahip olduğu, dolayısıyla da SMK ile sağlanan marka korumasının sınırlarını aştığı

değerlendirilmiştir.

(118) Bu bilgiler doğrultusunda, bildirim konusu SÖZLEŞME ile getirilen negatif anahtar kelime olarak ekleme yükümlülüğü ile marka olarak tescil edilmemiş ibarelerin hedeflenmemesi yükümlülüğünün, SMK ile hak sahiplerine sağlanan marka korumasının kapsam ve sınırlarını aşan nitelikte oldukları ve “*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti pazarı*”, “*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti pazarı*” ve “*çevrim içi reklamcılık ihale pazarı*” bakımından sebep oldukları ve/veya sebep olabilecekleri muhtemel etkiler nedeniyle de rekabeti sınırlayıcı nitelikte oldukları anlaşılmıştır. Bu çerçevede, içerdiği yükümlülükler nedeniyle teşebbüsler arası rekabeti sınırlayıcı etki doğuran veya doğurabilecek olan bir anlaşma niteliğinde olan bildirim konusu SÖZLEŞME’nin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlenen yasağa tabi olacağı; dolayısıyla ilgili SÖZLEŞME’ye 4054 sayılı Kanun’un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

⁵³ A.g.k., s.25.

⁵⁴ A.g.k., s.33.

G.4.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

(119) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi, bu maddede belirtilen koşulların tümünü birden sağlayan anlaşmaların, Kurul kararıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabileceğini düzenlemektedir. Bu koşullar;

- 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

olarak sıralanmaktadır. Bu kapsamda aşağıda, bildirim konu SÖZLEŞME'nin, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen koşulları sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmiştir.

a) Malların Üretim veya Dağıtımı ile Hizmetlerin Sunulmasında Yeni Gelişme ve İyileşmelerin ya da Ekonomik veya Teknik Gelişmenin Sağlanması Şartı

(120) Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için öncelikle anlaşma konusu olan malın üretimi ve dağıtımı ile ilgili olarak bir gelişme veya iyileşme olması ya da ekonomik veya teknik gelişme sağlanması gerekmektedir. Bentte kastedilen iyileşme ve gelişmelerin, sadece teşebbüslerin kendi açılarından sağlayacakları menfaat veya kazanç şeklinde değil, aynı zamanda bunların ekonomiye yapacakları somut katkı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda, somut olayın özelliklerine göre değişmekle ve tüm ekonomik etkinlikleri kapsamakla birlikte genel olarak üretim ve dağıtım maliyetlerinin düşürülmesi, kalitenin artırılması, malın arzında devamlılığın sağlanması, yeni piyasalara girişin kolaylaştırılması ve yeni ürünlerin ya da üretim tekniklerinin bulunması gibi hallerin varlığı halinde muafiyetin ilk koşulunun sağlandığı değerlendirilmektedir. Ayrıca, ilgili kazanımların belirli ya da öngörülebilir olmasının yanı sıra doğrudan anlaşmadan kaynaklanması, eş deyişle anlaşma ile bu kazanımlar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

(121) Bildirim Formu ve taraflarca gönderilen cevabi yazılarda yer alan bilgilere göre bildirim konu SÖZLEŞME; tüketicilerin, yaptıkları aramalar ile doğrudan eşleşen sonuçlara, herhangi bir karışıklığa neden olunmaksızın erişmelerini sağlamakta; maliyet etkinliği ve zaman tasarrufu sağlamakta; marka hakkının korunmasını sağlamaya yönelik olarak mahkeme yoluna başvurulmasına gerek kalmayacağı için dava masraflarını ortadan kaldırmakta ve zaman tasarrufu sağlamakta; tıklama başına maliyetleri anlaşma öncesine göre ((.....) TL'den (.....) TL'ye) düşürmekte; buradan yaratılan bütçenin, tüketicilerin ihtiyaçlarına uygun farklı alanlara yönlendirilerek daha etkin kullanılabilmesine imkân yaratmakta, tarafların birbirlerinin markalarına reklam vermeyi durdurmaları ile organik trafikte artışa neden olmakta ve bedavacılık sorununun önüne geçerek, tarafların kendi markalarına yönelik yatırım yapma motivasyonlarının korunmasını ve artırılmasını sağlamaktadır.

(122) Tarafların, bu koşula yönelik açıklamalarını, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin, rakiplerin birbirlerinin marka yatırımlarından faydalanmasını engelleyerek bedavacılığın önüne geçeceği ve bu durumun marka sahiplerinin yatırım yapma güdülerini artıracığı gerekçesiyle temellendirdikleri anlaşılmaktadır. Ancak bahse konu gerekçe, negatif eşleme anlaşmaları ile geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmalarından ziyade, yalnızca dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları için geçerli

olabilecektir. Zira geniş kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları; tüketicinin ilgili markayı aktif olarak aramadığını gösterebilecek daha geniş bir anahtar kelime kümesiyle (örneğin; “modanisa rakipleri”, “sefamerve benzeri elbiseler” veya “modanisa fiyat karşılaştır”) gerçekleştirilen sorgulara yönelik olarak görüntülenebilecek reklamları sınırlandırması ve tüketicilerin ilgili markanın rakiplerinden haberdar olmasını engellemesi nedeniyle bedavacılık endişesinin sınırlarını aşmakta, bunun ötesinde olacak şekilde tüketici tercihlerini sınırlamaktadır. Negatif eşleme anlaşmalarında ise ilgili markaya teklif vermeyen rakiplerin dahi olası görünürlükleri engellenmektedir. Bu nedenle negatif eşleme anlaşmalarının, bedavacılık sorununu önlemesi mümkün olmayacağı gibi, söz konusu anlaşmaların bir nevi pazar/müşteri paylaşımı benzeri etkiler doğuracağı ve tüketicilerin seçeneklerini sınırlandırdığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu gerekçenin, yalnızca dar kapsamlı markaya reklam vermeme anlaşmaları bakımından ve yalnızca marka olarak tescil edilmiş anahtar kelimeler bakımından kabul edilebilir olduğu değerlendirilmektedir.

- (123) Taraflar bu koşula ilişkin olarak ayrıca, dava masraflarının ortadan kalktığını, zaman tasarrufu sağlandığını ve reklam maliyetlerinde düşüş yaşandığını ifade etmiştir. Ancak, bildirim konusu SÖZLEŞME vasıtasıyla düştüğü iddia edilen dava masraflarına yönelik somut bir bilgi ve/veya belge sunulmamış, yalnızca MODANİSA tarafından açılan davalardan birinin (.....) TL manevi tazminat talepli olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca, bildirim konusu SÖZLEŞME vasıtasıyla reklam maliyetlerinde yaşanan düşüşün, rakipler arası rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma neticesinde ortaya çıktığı ve ekonomiye katkı olarak görülmesinin; üretimde, dağıtımda, kalitede somut bir etki doğurmaması nedeniyle mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Bu nedenle ilgili maliyet düşüşlerinin yalnızca taraflara etki eden ve kendilerine sağladıkları bir menfaat veya kazanç şeklinde olduğu değerlendirilmektedir. Rakiplerin bir araya gelerek bu şekilde yalnızca kendilerine menfaat sağlayacak maliyet düşüşleri doğuracak rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yapmalarının kabul edilebilir olmadığı açıktır. Bu doğrultuda söz konusu maliyet düşüşlerinin bir etkinlik kazanımı olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir.
- (124) Bu açıklamalar ışığında, SÖZLEŞME’de yer alan negatif eşleme yükümlülüğü ile geniş kapsamlı markaya reklam vermeme yükümlülüğünün uygulanması ile “*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*”, “*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*” ve “*çevrim içi reklamcılık ihale*” pazarlarındaki rekabetin olumsuz şekilde etkileneceği, ancak taraflarca sunulan bilgiler çerçevesinde, bu olumsuz etkileri bertaraf edebilecek düzeyde, ilgili pazarlardaki malların üretimi veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanamayacağı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (a) bendinde yer verilen koşulun sağlanmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

b) Tüketicinin Yararının Sağlanması Şartı:

- (125) Bir anlaşmanın, 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan ikinci şart ise ilk şart sonucunda ortaya çıkan faydadan tüketicilerin de yarar sağlaması, eş deyişle, adil bir pay almasıdır. Ayrıca ilk koşulla sağlanan faydanın/iyileşmenin, tüketiciye yansıtılması ve ortaya çıkan ekonomik fayda ile tüketicinin elde edeceği menfaat arasında makul bir denge olması gerekmektedir. Bu çerçevede, fiyatların seviyesindeki düşüş, satış sonrası etkin hizmetler, ürün çeşitliliğinin artması, tüketicinin ürüne daha kolay ulaşabilmesi, malın arzında devamlılığın sağlanması gibi hususlar tüketicinin elde edeceği yarar kapsamında değerlendirilebilmektedir.

- (126) Bildirim Formu ve taraflarca gönderilen cevabi yazılarda yer alan bilgilere göre; SEFAMERVE'nin çok markalı bir hazır giyim satış platformu olması nedeniyle yeterli bilgiye sahip olmayan tüketiciler tarafından "modanisa" kelimesi ile arama yapıldığında, çıkan sonuçlar içinde SEFAMERVE satış platformuna ulaşılmaması halinde, MODANİSA markasının SEFAMERVE'nin bir alt markası ya da SEFAMERVE platformunda satışı yapılan bir ürün markası olduğu izleniminin doğabileceğine yönelik bir endişenin hâsıl olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle taraflar, bildirim konu SÖZLEŞME'nin, tüketiciler nezdinde yaşanabilecek bu tür kafa karışıklıklarını gidereceğini, ayrıca SÖZLEŞME ile sağlanan maliyet tasarrufu sayesinde ortaya çıkan değer, tekrar MODANİSA ürünlerinin tanıtımına harcadığını, böylelikle "MODANİSA" ya da "SEFAMERVE" vb. esasen kullanımları marka hukukuna aykırı olabilecek anahtar kelimelere yatırım yapmak yerine daha geniş bir kelime grubuna yatırım yapılarak çok daha geniş bir kitleye MODANİSA ürün ve hizmetlerinin ulaştırılabildiğini, SÖZLEŞME sonrasında fiyatlarda yaşanan düşüşlerin esasen SÖZLEŞME'nin tüketicileri olumlu yönde etkilediğini gösterdiğini, SÖZLEŞME nispetinde gerileyen fiyatlar nedeniyle tüketicilerin daha ucuza alışveriş yapma imkânına kavuştuğunu ifade etmişlerdir. Bu kapsamda, SEFAMERVE tarafından, SÖZLEŞME sonrasında fiyatlarda yaşanan değişime ilişkin olarak aşağıdaki şekilden izlenebilen örneklem sunulmuştur.

Tablo 10: Bildirim Konusu SÖZLEŞME Sonrasında MODANİSA'nın Ürünlerinde Yaşanan Fiyat Değişimi

Ürün	Sulh Öncesi (Nisan 2017)	Sulh Sonrası (Mayıs 2017)
Yakma Detaylı Ferace 82560-01 lacivert	(.....)	(.....)
Cepli Kuşaklı Kap 1206-01 Saks	(.....)	(.....)
Kuşaklı Uzun Kap 61128-01 Siyah	(.....)	(.....)
Lazer Kesim Kuşaklı Kap 2080-01 Mor	(.....)	(.....)
Volanlı Kap 6051-01 İndigo	(.....)	(.....)
Kaynak: MODANİSA Tarafından Gönderilen Cevabi Yazı		

- (127) Tarafların ilgili açıklamaları çerçevesinde, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin uygulanması ile tüketicilerin durumunda meydana gelebilecek olası değişiklikler değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, SÖZLEŞME ile getirilen ve marka olarak tescilli olmayan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesine yönelik yükümlülük ve negatif eşleme yükümlülüğü ile geniş kapsamlı markaya reklam vermeme yükümlülüğü, tüketicilere fayda sağlayıp sağlamadıkları noktasında değerlendirilmiştir.
- (128) Tarafların tüketici faydası yönünde sundukları ilk argüman, tüketicilerin yanılmasının önleneyeceği hususudur. Bununla birlikte, yukarıda yer verilen değerlendirmeler çerçevesinde, marka korunması ile aynı doğrultuda değerlendirilebilecek olan bu hedefin makul olduğu, ancak bu hedefi sağlama noktasında dar markaya reklam vermeme anlaşmalarının yeterli olacağı anlaşılmıştır. Diğer bir deyişle, tarafların verdikleri reklamlarda birbirlerine ait tescilli markaları kullanmamalarının tüketicinin yanılmasını önlemede yeterli olacağı ve bildirim konusu SÖZLEŞME ile getirilmiş olan daha sınırlayıcı yükümlülüklerin bu yönde tüketicilere ek bir fayda sağlamayacağı, aksine tüketicilere zarar vereceği değerlendirilmiştir.
- (129) Bahse konusu tüketici zararını doğuracak olan ilk unsur, SÖZLEŞME ile SÖZLEŞME'nin bu tür ibarelerin dâhil edilmesi suretiyle genişletilmesi, reklam verenlerin tüketiciler nezdindeki görünürlüğünü azaltabilecek ve teşebbüslerin karşılaştığı rekabetin yapay bir şekilde azaltılması, hem pazardaki rekabetçi sürece hem de nihayetinde tüketicilere zarar verecektir. Rekabette yaşanacak bu azalmanın, öncelikle tüketicilerin seçeneklerini azaltacağı ve zaman içinde ürün ve/veya hizmetlerde fiyat artışına ve/veya kalite düşüşlerine yol açabileceği değerlendirilmektedir. Bu sonuçlar, arama motorları tarafından sunulan genel arama hizmetleri özelinde değerlendirildiğinde, söz konusu kısıtlamanın "Çevrim İçi

Reklamcılık Açık Arttırma/İhale Pazarını” etkilemek suretiyle genel arama sonuç sayfasında tüketicilere sunulan seçenekleri azaltılabileceği kanaati oluşmaktadır. Geniş markaya reklam vermeme yükümlülüğü bakımından yapılan bu değerlendirmenin, negatif eşleme yükümlülüğü bakımından da evleviyetle geçerli olduğu ve olası tüketici zararının çok daha akut olabileceği kanaatine varılmıştır.

- (130) Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, potansiyel tüketici zararı, tüketici davranışlarıyla da büyük ölçüde bağlantılıdır. Eş deyişle, tüketicilerin ürün ve/veya hizmetlere ilişkin sorgularını nasıl yaptıkları ve sorgu sonrasında görüntülenen reklamlar karşısında nasıl tepki verdikleri de doğan zararın kapsamı ve etkisi bakımından önem taşımaktadır. Örneğin; sorgularında, marka adlarını daha çok kullanan tüketicilerin uğrayacağı zarar, marka adı kullanmaksızın ürün sorgusu yapan tüketicilerin uğrayacağı zarardan daha olası ve daha büyüktür. Ayrıca, bağlamdan bağımsız olarak marka sahibinin adını içeren tüm aramaları etkilemesi nedeniyle negatif eşleme yükümlülüğü, daha fazla sayıda aramayı etkilemekte ve olası tüketici zararının kapsamını ve etkisini artırmaktadır. Örneğin; “modanisa rakipleri” veya “modanisa fiyat karşılaştır” gibi sorgular yapan kullanıcıların temel hedefi, MODANİSA’nın rakipleriyle ilgili fiyat bilgisi edinebilmekken, ilgili reklam kısıtlaması nedeniyle MODANİSA’nın fiyatlarının karşılaştırılabileceği en yakın rakiplerinden biri olan SEFAMERVE’nin reklamları ilgili kullanıcıya görüntülenmeyecektir. Bu durum, bildirim konusu SÖZLEŞME’de yer alan negatif eşleme yükümlülüklerinin özellikle “*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticaret*” pazarındaki birbirine en yakın konumdaki iki rakip arasında uygulanmasının, ilgili pazardaki rekabet ve tüketiciler üzerinde doğuracağı zararın daha büyük olacağını ortaya koymaktadır. Söz konusu durum ayrıca, bu tür yükümlülüklerin bu koşullar altında, müşteri/pazar paylaşımı benzeri etkiler doğuracağını da ortaya koymaktadır.
- (131) Tarafların tüketici faydası yönünde sundukları ikinci argüman, bildirim konusu SÖZLEŞME’nin uygulanması ile elde edilecek maliyet tasarrufunun, ürün fiyatlarına düşüş olarak yansiyacak olmasıdır. Hatta MODANİSA tarafından, beş adet ürünün fiyatlarında SÖZLEŞME sonrasında yaşanan düşüşler örnek olarak sunulmuştur. Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki, teşebbüs tarafından beş adet ürüne ilişkin olarak sunulmuş olan fiyat düşüşlerinin doğrudan reklam kısıtlaması ile elde edilen faydadan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti mümkün değildir. Ayrıca, yüzlerce üründen oluşan geniş bir portföye sahip bir teşebbüsün yalnızca beş üründe fiyat düşüşü yaşanmasının, fiyat düşüşü niteliğinde tüketicilere yansıyan bir fayda olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. Bu haliyle, bildirim konusu SÖZLEŞME ile elde edilen maliyet tasarruflarının, aslında tüketicilere somut ve doğrulanabilir bir fayda sağladığı hususunun ortaya konulmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte, SÖZLEŞME ile elde edilen maliyet tasarruflarının fiyat düşüşleri vasıtasıyla tüketicilere yansıtıldığı varsayılsa dahi, bildirim konusu SÖZLEŞME’de yer alan ve tescilli markalar bakımından getirilen kısmıyla dar markaya reklam vermeme yükümlülüğünün, bu sonucu doğurmak bakımından yeterli olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, yine SÖZLEŞME’de yer alan ve marka olarak tescil edilmemiş ibarelere ilişkin hedeflememe yükümlülüğü ile negatif eşleme yükümlülüğünün bu anlamda ek bir fayda sağlamayacağı, aksine SÖZLEŞME’nin uygulanmaya devam edeceği ilerleyen dönemlerde öncelikle tüketicilerin seçeneklerini kısıtlayacağı, bunun bir sonucu olarak da fiyatların artmasına neden olabileceği ve bu artış ihtimalinin, olası fiyat düşüşlerinden daha muhtemel olduğu değerlendirilmektedir.
- (132) Bu açıklamalar çerçevesinde, bildirim konusu SÖZLEŞME’de yer alan ve marka korumasının ötesine geçen yükümlülüklerin, tüketicilerin seçeneklerini azaltacağı ve

zaman içinde ürün ve/veya hizmetlerde fiyat artışına ve/veya kalite düşüşlerine yol açabileceği, dolayısıyla bildirim konusu SÖZLEŞME'nin uygulanması ile "hazır giyim ürünlerinin e-ticareti", "tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti" ve "çevrim içi reklamcılık ihale" pazarlarında ortaya çıkacak sonuçlardan tüketicilerin yarar sağlamayacağı ve hatta zarar göreceği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (b) bendinde yer alan koşulun karşılanmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

c) Piyasanın Önemli Bir Bölümünde Rekabetin Ortadan Kalkmaması Şartı:

- (133) Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan bu üçüncü şarta göre, muafiyete konu anlaşma, ilgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmasına neden olmamalı, bir başka deyişle sağlanan ekonomik gelişme veya fayda ile tüketicinin bundan yarar sağlaması, rekabetin ortadan kaldırılması sonucunda elde ediliyor olmamalıdır. İlgili pazarın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkıp kalkmadığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken en önemli husus, incelemeye konu rekabet kısıtlamasını oluşturan teşebbüsün ilgili pazardaki gücü ve pazarın anlaşma öncesindeki yapısıdır. Bununla birlikte, ilgili değerlendirme yapılırken; pazarda hâlihazırda giriş engellerinin olup olmadığı, hâkim durumda olan bir teşebbüsün bulunup bulunmadığı, dikey anlaşmalar aracılığıyla giriş engeli yaratılıp yaratılmadığı, tüketici tercihlerinin ne ölçüde kısıtlandığı ve pazarın yapısı gibi unsurlar da dikkate alınmalıdır.
- (134) Bildirim Formu ve MODANİSA tarafından gönderilen cevabi yazıda; ülkemiz hazır giyim sektörünün son derece rekabetçi bir yapıya sahip olduğu ve tarafların bu pazardaki toplam paylarının %(.)'in üzerinde olmadığı, taraflar arasındaki SÖZLEŞME'nin fiyatlar, arz ve dağıtım kanallarının rakiplere kapatılması gibi önemli rekabetçi parametreler üzerinde ve rekabet üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağı, tarafların başvuru konusu SÖZLEŞME sonrasında da reklam yatırımlarına yoğun şekilde devam ettiği, hem yerel hem de yabancı ülke mecralarındaki reklamların önemli ölçüde arttığı, pazarın, büyüklü küçüklü çok sayıda firmanın faaliyet gösterdiği son derece rekabetçi bir yapıya sahip olduğu, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin oldukça sınırlı ve pazarlama faaliyetlerinin sadece sınırlı bir alanını konu edindiği ve tarafların hukuk düzenince korunan menfaatlerinin sulh yoluyla çok daha efektif bir şekilde sevk ve idaresini amaçladığı, bu nedenle SÖZLEŞME'nin rekabeti sınırlandıran bir amaç ve etkiye sahip olmadığı, rekabetin ortadan kalktığı ya da sınırlandırıldığı kabulü altında öncelikle hazır giyim endüstrisinin son derece kırılğan ve rekabetçi bir yapıya sahip olduğu, dosya kapsamında ilgili ürün pazarının genel olarak hazır giyim pazarı olarak belirlenmesi halinde tarafların toplam pazar paylarının %(.)'i geçmeyeceği, pazarın dar bir şekilde hazır giyim e-ticareti pazarı olarak tanımlanması halinde ise %(.)'ü geçmeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca SEFAMERVE tarafından gönderilen cevabi yazıda; SEFAMERVE'nin tüm maliyetleri içerisinde reklam maliyetlerinin payının Kasım 2020 itibarıyla %(.) olduğu, "modanisa" ve "nisa" ibarelerini içeren reklamların payının ise çok daha düşük olduğu, SÖZLEŞME'nin yalnızca MODANİSA ile sınırlı olduğu ve tüketicilerin "modanisa" anahtar kelimesi ile sorgu yapması halinde SEFAMERVE'yi görüntüleyememesinin, tüketicinin almak istediği herhangi bir ürüne ulaşmaması sonucunu doğurmadığı, tarafların birbirlerinin ibarelerini negatif eklemelerinin, marka hakkı ihlalinde bulunmamanın bir taahhüdü olduğu ifade edilmiştir.
- (135) Ticaret Bakanlığı'nın 2020 yılı e-ticaret verilerine bakıldığında, giyim, ayakkabı ve aksesuar sektör büyüklüğünün işlem hacmi bakımından 19,3 milyar TL olarak

gerçekleştiği anlaşılmaktadır.⁵⁵ Bu çerçevede, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin tarafları olan MODANİSA ve SEFAMERVE'nin, bahse konu e-ticaret bilgi platformu verileri esas alınarak hesaplanan "*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" pazarındaki paylarına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 11: Bildirim Konusu SÖZLEŞME Taraflarının Pazar Payları

Teşebbüs	2019		2020	
	Hazır Giyim Satışları (TL)	Pazar Payı (%)	Hazır Giyim Satışları (TL)	Pazar Payı (%)
MODANİSA	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
SEFAMERVE	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgiler ve E-ticaret Bilgi Platformunda Yer Alan Bilgiler Doğrultusunda Raportörlerce Yapılan Hesaplamalar

- (136) Yukarıda yer verilen tablo incelendiğinde, tarafların faaliyetlerinin yoğunlaştığı pazar olduğu değerlendirilen "*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" pazarında MODANİSA'nın %(.....)'in altında paya, SEFAMERVE'nin 2019 yılında %(.....) paya, 2020 yılında ise %(.....) paya sahip oldukları görülmektedir. Bu çerçevede, tarafların pazar paylarının oldukça düşük olduğu ve ilgili yıllar içinde büyük değişikliğe uğramadığı söylenebilecektir. Bunun yanı sıra, pazarın en dar haliyle "*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" olarak tanımlanması halinde, pazar paylarının nispeten yükselmekle birlikte, "*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" pazarındakine benzer şekilde, pazarın toplamına kıyasla düşük olacağı tahmin edilmektedir. Dolayısıyla, tarafların pazar payları göz önünde bulundurulduğunda, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin uygulanmasının pazar kapama yönünde bir etki yaratmayacağı değerlendirilmektedir.
- (137) Bu noktada irdelenmesi gereken bir diğer husus ise ilgili pazarların yapısı ve ilgili pazarlarda faaliyet gösteren diğer oyuncuların konumudur. Bildirim konusu SÖZLEŞME'den etkilenmesi muhtemel pazarlardan olan "*hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" pazarında irili ufaklı çok sayıda oyuncu mevcuttur. Ayrıca, yukarıda da yer verilmiş olan veriler çerçevesinde, pazarda, SÖZLEŞME taraflarından çok daha büyük pazar paylarına sahip çok sayıda güçlü rakip mevcuttur. Yine yukarıda yer verilen değerlendirmeye benzer şekilde, pazarın daha dar haliyle "*tesettür/muhafazakâr hazır giyim ürünlerinin e-ticareti*" olarak ele alınması halinde tarafların pazar payları nispeten yüksek çıkabilecektir. Ancak, bu olası pazar payı artışının, pazarın yapısına yönelik değerlendirmeleri değiştirebilecek ölçüde olmayacağı kanaatine varılmıştır.
- (138) Bu açıklamalar çerçevesinde, bildirim konusu SÖZLEŞME taraflarının ilgili pazarlardaki payları, ilgili pazarların yapısı, rakiplerin konumu ve bildirim konusu SÖZLEŞME'nin, yalnızca SEFAMERVE ve MODANİSA arasında olacak şekilde sınırlı kaldığı dikkate alındığında; bildirim konusu SÖZLEŞME'nin uygulanmasının, ilgili pazarın önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmayacağı ve ilgili pazarlardaki rekabet üzerindeki etkisinin sınırlı olabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (c) bendinde aranan koşulun karşılandığı kanaatine ulaşılmıştır.

d) Rekabetin, (a) ve (b) Bentlerindeki Amaçların Elde Edilmesi İçin Zorunlu Olandan Fazla Sınırlanmaması Şartı:

- (139) Bir anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinden muaf tutulabilmesi için aranan dördüncü ve son şarta aykırılık, ya izlenen amacın elde edilmesi için rekabetin gereğinden fazla sınırlanması ya da rekabetin sınırlanmasının gereğinin dahi bulunmaması halinde ortaya çıkabilecektir. Teşebbüsler, prensip olarak, anlaşma ile amaçladıkları ekonomik gelişme ve iyileşmelerin gerçekleştirilmesinde, rekabeti en az

⁵⁵ <https://www.eticaret.gov.tr/istatistikler>, Erişim Tarihi:11.10.2021.

sınırlayıcı yöntemi tercih etmekle yükümlüdürler. Bu noktada, yapılan anlaşma çerçevesinde elde edilmesi planlanan fayda ile meydana gelen rekabet kısıtlamaları arasında bir denge kurulması gerektiği kabul edilmekte ve rekabeti kısıtlayıcı etkilerin, elde edilecek faydaların sağlanması için zorunlu olup olmadığı dikkate alınmaktadır.

- (140) Bildirim Formu'nda; bildirim konu SÖZLEŞME'nin, tarafların marka haklarını korumayı amaçlamakta olduğu ve kapsam bakımından SÖZLEŞME'de bahse konu marka korumasının ötesine geçen başkaca bir unsura yer verilmediği, SÖZLEŞME ile hedeflenen ve başvuru kapsamında açıklanan faydaların elde edilebilmesi için tarafların zorunlu olan en dar kapsamda karşılıklı yükümlülük altına girdikleri ifade edilmiştir. MODANİSA tarafından gönderilen cevap yazısında; SÖZLEŞME'nin, tarafların meşru menfaatlerinin korunması amacıyla hizmet etmek üzere yapıldığı ve bu amaca ulaşmak dışında bir etki doğuracak nitelikte olmadığı ifade edilmiştir. SEFAMERVE tarafından gönderilen cevap yazısında ise uzun süren, maddi ve manevi açıdan yıpratıcı ve pratik sonuç doğurma kabiliyetinden yoksun olan dava yolundan feragat edilerek, uyuşmazlığı sona erdirebilmek amacıyla SÖZLEŞME akdedildiği ve karşılıklı irade ile sulh olunduğu, sulh olunmasının ve SÖZLEŞME'de öngörülen hükümlerin marka mevzuatında yer alan ve marka hakkı sahibine tanınan "yasaklama" hak ve yetkisine dayandığı, bu yolun, dava yoluna göre daha etkin bir koruma bahsettiğinin ise her türlü tartışmanın üzerinde olduğu ifade edilmiştir.
- (141) Bildirim konusu SÖZLEŞME ile taraflar, marka haklarını koruma amacıyla, yine bu amacın sınırlarını aşmayacak şekilde dar markaya reklam vermeme yükümlülüğü getirmişlerdir. Bahse konu yükümlülüğün, yalnızca marka olarak tescil edilmiş ibarelere ilişkin olması ve "hedeflememe" ile sınırlı kalması koşuluyla, amaçlanan faydayı elde edebilmek amacıyla kullanılacak en az kısıtlayıcı yöntem olduğu ve planlanan amaç ile yaratılan kısıtlama arasında denge sağlayıcı nitelikte olduğu değerlendirilmektedir. Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, marka hakkı bakımından koruma sağlamada yeterli olan bu yükümlülük, ayrıca, dava masraflarından kurtulmak, tüketicilerin kafa karışıklığına engel olmak ve bedavacılık sorununun önlenmesi gibi taraflarca ileri sürülen gerekçelerin hayata geçirilmesi bakımından da yeterli olacaktır.
- (142) Ancak bildirim konusu SÖZLEŞME'de yer alan ve marka olarak tescil edilmemiş ibarelere ilişkin hedeflememe yükümlülüğünün, marka hakkını koruma amacının sınırlarını aştığı, bu nedenle sağlanmak istenen faydayı aşan hatta tescilsiz ibarelere ilişkin olması nedeniyle bu faydayla ilişkilendirilmesi mümkün olmayan bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle söz konusu yükümlülüğün, dar markaya reklam vermeme gibi rekabeti daha az sınırlayıcı alternatiflerin mevcut ve hukuken kabul edilebilir olduğu bir durumda, rekabeti gereğinden fazla kısıtladığı değerlendirilmektedir.
- (143) Ayrıca, yine bildirim konu SÖZLEŞME'de yer alan ve etkilenmesi muhtemel görülen ilgili ürün pazarlarındaki rekabeti ve tüketici tercihlerini en çok kısıtlayıcı yöntem olduğuna kanaat getirilen negatif eşleme yükümlülüğünün, marka hakkını koruma amacının sınırlarını aştığı, elde edilmek istenen faydaya oranla rekabeti en çok kısıtlayacak olan yükümlülük olduğu kanaati oluşmuştur. Bu çerçevede, dar markaya reklam vermeme gibi rekabeti daha az sınırlayıcı alternatiflerin mevcut ve hukuken kabul edilebilir olduğu, ayrıca dava masraflarından kurtulmak, tüketicilerin kafa karışıklığına engel olmak ve bedavacılık sorununun önlenmesi gibi taraflarca ileri sürülen gerekçelerin hayata geçirilmesi bakımından, rekabeti daha az kısıtlayacak ve tüketici seçeneklerini azaltmayacak yöntemlerin mevcut olduğu ve bu yöntemlerin aynı

faedahların elde edilmesi bakımından daha dengeli ve yeterli olduğu değerlendirilmektedir.

- (144) Yukarıda yer verilen hususlar çerçevesinde; tarafların bildirim konusu SÖZLEŞME'yi yapmalarının altında yatan temel saik olan marka hakkının korunması bakımından, yine aynı SÖZLEŞME ile getirilen dar kapsamlı markaya reklam vermeme yükümlülüğünün, marka korumasının sınırlarını aşmaması ve bu amaca ulaşmak bakımından getirilebilecek en az kısıtlayıcı yükümlülük olması nedeniyle rekabeti belirtilen amaçlara ulaşmak için zorunlu olandan fazla sınırlandırmadığı kanaatine ulaşılmıştır.
- (145) Bununla birlikte, bildirim konusu SÖZLEŞME'de yer alan ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğünün, marka korumasının sınırlarını aşan, bu nedenle de rekabeti, hedeflenen amaca ulaşmak bakımından zorunlu olandan daha fazla kısıtlayan nitelikte oldukları değerlendirilmiştir. Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendinde aranan koşulun da karşılanmadığı tespit edilmiştir.
- (146) Dolayısıyla, bildirim konu SÖZLEŞME'ye ilişkin olarak yapılan bireysel muafiyet değerlendirmesinin sonunda, SÖZLEŞME'nin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlamadığı ve bu nedenle bireysel muafiyetten yararlanamayacağı kanaatine varılmıştır.
- (147) Bununla birlikte, SÖZLEŞME'nin 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlamasını engelleyen hususun bildirim konusu SÖZLEŞME'de yer alan ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğü olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca taraflar, Kurumumuzun yönlendirmeleri doğrultusunda SÖZLEŞME'de gerekli revizyonun yapılabileceğini ifade etmişlerdir. Bu doğrultuda, SÖZLEŞME'de yer alan ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğünün SÖZLEŞME'den çıkarılması halinde, SÖZLEŞME'de yer almaya devam edecek olan dar kapsamlı markaya reklam vermeme yükümlülüğü ile SÖZLEŞME'nin bireysel muafiyet alabileceği değerlendirilmektedir. Bunun nedeni, bahse konu yükümlülüğün, marka korumasının sınırlarını aşmayan ve amaçlanan hedefe ulaşmak bakımından en az kısıtlayıcı yöntem olması ve taraflarca hedeflenen ekonomik faydaları yaratmada ve buna yönelik somut iyileşmeleri tüketiciye yansıtmakta yeterli olacağı kanaatine varılmış olmasıdır.
- (148) Sonuç olarak, bildirim konusu SÖZLEŞME'nin mevcut haliyle 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlamadığı ve bu nedenle bireysel muafiyetten yararlanamayacağı, ancak SÖZLEŞME'nin tadil edilmesi ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğünden arındırılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlayacağı ve bu koşulla bireysel muafiyetten yararlanabileceği kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

(149) Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

- Modanisa Elektronik Mağazacılık ve Ticaret AŞ ile EST Marjinal Medikal Tanıtım ve İletişim San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında 04.04.2017 tarihinde akdedilen Sulh Sözleşmesi'ne (SÖZLEŞME) 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olması sebebiyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,
- 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde yapılan bireysel muafiyet değerlendirmesi sonucunda; SÖZLEŞME'nin mevcut haliyle anılan maddede belirtilen şartların tamamını sağlamaması nedeniyle SÖZLEŞME'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bireysel muafiyet tanınamayacağına,
- Bununla birlikte SÖZLEŞME'nin tadil edilmesi ve marka olarak tescil edilmemiş olan "nisa" ve "sefa" ibarelerinin hedeflenmemesi yönündeki yükümlülük ile negatif eşleme yükümlülüğünden arındırılması halinde 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde aranan tüm koşulları sağlayacağına ve bu koşulla SÖZLEŞME'ye 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bireysel muafiyet tanınabileceğine

gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.