

Citation: Yüksel, B., Ünekbaş, S. (2022), Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin *Google (Shopping)* Kararının Bir İncelemesi, Baseak CORE Papers No:18, 2022.

Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin *Google (Shopping)* Kararının Bir İncelemesi

Barış YÜKSEL*, Selçukhan ÜNEKBAŞ*

ÖZET

Avrupa Birliği Genel Mahkemesi, 10 Kasım 2021 tarihinde uzun süredir beklenen Google (Shopping) kararını açıklamıştır. Karar, Avrupa rekabet hukukunun hâkim durumun kötüye kullanıldığı teşebbüs davranışlarına uygulanması bakımından olduğu kadar, rekabet kurallarının dijital piyasalara doğrudan uygulanması noktasında somut bir adım olması yönünden de büyük önem taşımaktadır. Avrupa Komisyonu'nun Google'ı haksız bulan kararını onaylayan Genel Mahkeme, Avrupa rekabet hukukunun yüksek önemi haiz kavramlarından olan zorunlu unsur doktrinine, vazgeçilmezlik şartına, sektörel düzenlemelerin rekabet hukuku analizlerindeki rolüne, dışlayıcı davranış incelemelerinde bağlam temelli analizin kapsamına ve hukuki belirliliğe katkıda bulunmaktadır. Bu makale, ilgili kararı detaylıca incelemekte ve karar kapsamında ortaya konulan tartışmalı noktalara yönelik argümanlar geliştirmektedir.

Anahtar Kelimeler: 102, Avrupa Birliği, dijital, hâkim durumun kötüye kullanılması, kendini kayırma, regülasyon, rekabet hukuku, zorunlu unsur

JEL Kodları: K14, K21, K40

ABSTRACT

On 10th of November 2021, the General Court of the European Union delivered its much-awaited judgment in *Google (Shopping)*. The ruling signifies a turning point for European competition law enforcement for tackling abuses of dominance in general, and a culmination of efforts to concretely extend the application of the law to digital markets in particular. In affirming the European Commission's decision, the General Court makes significant contributions to the body of case law that touches upon issues of crucial interest, including the essential facilities doctrine, the indispensability criterion, the role of sector-specific regulations in competition assessments, the extent of context-based effects analyses in unilateral conduct cases, and the importance of legal certainty. This paper examines the judgment in detail and provides commentary on some of the most contentious arguments raised therein.

Keywords: 102, abuse of dominant position, competition, digital, essential facilities, European Union, regulation, self-preferencing

JEL Codes: K14, K21, K40

I. Giriş

Son zamanlarda, başta Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) ve Avrupa Birliği’nde (“AB”) olmak üzere tüm dünya, mevcut rekabet hukuku kurallarını, dijital piyasalara özgü rekabet sorunlarına daha etkin biçimde cevap verebilmek üzere revize etme veya dijital pazarlara özgü öncül düzenlemeleri hayata geçirme yönünde karar almaktadır. Bu bağlamda, ülkemiz de dahil olmak üzere pek çok yargı alanında reform teklifleri gündeme gelmiş, ilgili teklifler rekabet hukuku ve politikasının kapsamının genişletilmesinden yeni ex-ante düzenlemelerin hayata geçirilmesine kadar uzanan geniş bir skalada örgütlenmiştir. İlgili yenilik tekliflerinin başlıca sebepleri arasında, geleneksel rekabet hukuku uygulamalarının, hızlı gelişen dijital piyasalarla ilgili sorunların çözümünde görece yavaş ve etkisiz kalması, dijital piyasaların küresel ekonomideki önemini büyük ölçüde artırması ile dünyada ve özellikle ABD gibi pazarlarda yoğunlaşma oranlarının yükselmesi sayılmaktadır¹. Bu itibarla ABD’de American Innovation and Choice Online Act (“AICOA”) Senato’da oylanmayı beklerken², AB’de ise Digital Markets Act (“DMA”), yakın zamanda Konsey tarafından onaylanarak kabul edilmiştir³.

Her ne kadar dijital piyasaların gelişimi karşısında öne sürülen yenilik teklifleri büyük yankı uyandırsa da bu durum, rekabet hukuku icrasının önemini azaltmamaktadır. Zira, DMA gibi ex-ante nitelikli regülasyonların çeşitli teşebbüslere uygulanması, aynı teşebbüslerin rekabet hukuku bakımından da ihlal teşkil edebilecek uygulamalarının yine rekabet hukuku araçlarıyla soruşturulup cezalandırılmasına engel değildir⁴. Nitekim AB’de, Avrupa Birliği

Adalet Divanı’nın (“ABAD”) yakın tarihli bpost kararına göre, sektör-spesifik düzenlemelerin uygulanması sonucu ceza alan bir teşebbüs, belirli şartların varlığı halinde rekabet hukuku araçlarıyla da cezalandırılabilir⁵. Kısacası, dijital piyasalara uygulanması tasarlanan öncül düzenlemelerin rekabet hukukuyla birlikte uygulanması, ne bis in idem prensibine halel getirmeyecek niteliktedir⁶.

Bu kapsamda, dijital piyasalarda yer alan teşebbüslerin faaliyetleri hakkında verilen rekabet hukuku kararlarının önemi, farklı bir boyut kazanmaktadır. Özellikle AB gibi ülkemiz açısından mehzaz hukuk niteliği taşıyan yargı alanlarında verilen kararların sıkı bir incelemeye tabi tutulması, en az üç yönden faydalı olacaktır. İlk olarak, AB kapsamında öne çıkan ne bis in idem uygulamasının Türk hukukunda da kabul görmesi halinde, rekabet hukuku uygulamalarının önemi büyük ölçüde devam edeceğinden, rekabet hukuku uygulamamızın bütünlüğünü ve tutarlılığını korumak amacıyla ilgili kararların doğru anlaşılması elzemdir. İkinci olarak, DMA gibi ex-ante düzenlemelerde yer alan ve eşik bekçisi olarak tanımlanan teşebbüslere birtakım kısıtlamalar getiren hükümlerin, geleneksel rekabet hukuku uygulamalarından elde edilen sonuçlar ışığında inşa edildiği unutulmamalıdır⁷. Bu yönden dijital piyasalarda alınan rekabet hukuku kararları, sonradan ortaya konulan ex-ante kuralların icrasında doğrudan etkili olacaktır. Son olarak, özellikle AB gibi ülkemiz rekabet hukuku uygulamalarına uzun süredir ışık tutmuş yargı alanlarında verilen kararların, “Brüksel etkisi” kapsamında Türkiye’de de hayata geçirilecek olan öncül düzenlemelere kılavuzluk edebileceği değerlendirilmektedir⁸.

¹ Fiona Scott Morton, Steven Salop, & David Dinielli, ‘Why Congress Should Pass the American Innovation and Choice Online Act’ (*ProMarket*, 8 Temmuz 2022) <https://www.promarket.org/2022/07/08/why-congress-should-pass-the-american-innovation-and-choice-online-act/>.

² Tahmin edilebileceği üzere AICOA, siyasi ve iktisadi olarak tartışmalara yol açmış, teklif hakkında karşıt görüş bildiren pek çok yazı ortaya konmuştur. Örneğin bkz. Thomas Lambert, ‘AICOA Is Neither Urgently Needed Nor Good: A Response to Professors Scott Morton, Salop, and Dinielli’ (*Truth On The Market*, 25 Temmuz 2022) <https://truthonthemarket.com/2022/07/25/aicoa-is-neither-urgently-needed-nor-good-a-response-to-professors-scott-morton-salop-and-dinielli/>; Aaron Schur, ‘The Critiques Against the American Innovation and Choice Online Act Miss the Mark’ (*ProMarket*, 18 Temmuz 2022) <https://www.promarket.com/2022/07/18/the-critiques-against-the-american-innovation-and-choice-online-act-miss-the-mark/>.

³ ‘DMA: Council gives final approval to new rules for fair competition online’ (Avrupa Konseyi Basın Ofisi, 18 Temmuz 2022) <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>.

⁴ Bu durumun bir eleştirisi için bkz. Giuseppe Colangelo, ‘The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse’ (2022) ICLE White Paper No. 03-23 <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2022/03/Giuseppe-Double-triple-jeopardy-final-draft-20220225.pdf>.

⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 22 Mart 2022 ve C-117/20 sayılı *bpost* kararı. Bu durumun *Trinko* ışığında ABD hukukundaki durumdan ayrıştığı gözlemlenebilecektir.

⁶ Reşit Gürpınar, ‘Türk Rekabet Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi ve Özel Görünümleri’ (2022) BASEAK CORE Papers No:17 <https://www.baseak.com/en/insights/alerts/2022/may/17/baseak-core-papers-17>.

⁷ Cristina Caffarra & Fiona Scott Morton, ‘The European Commission Digital Markets Act: A Translation’ (*VoxEU*, 5 Ocak 2021) <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

⁸ Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020).

Öte yandan, dijital piyasaların rekabet hukuku araçlarıyla kontrol edilmesi noktasında pek çok zarar teorisi öne atılmıştır⁹. Her ne kadar literatür ve uygulamada en çok kayırılan müşteri koşulu veya kullanıcı verilerinin hizmetler arası birleştirilerek rekabetçi avantaj elde edilmesi gibi çok sayıda zarar teorisi bulunsun da öncülüğü self-preferencing olarak bilinen kendini kayırma davranışının üstlendiği söylenebilir. Rekabet iktisadı literatüründe ilk hat ayırmacılığı (“primary-line discrimination”) olarak adlandırılan davranış tipinin bir görünümü olan kendini kayırma, bir tedarik zincirinin birden fazla noktasında faaliyet gösteren bir teşebbüsün, alt veya üst pazardaki pazar gücünü kullanarak ilgili diğer pazarda rekabetçi dengeyi kendi lehine bozması şeklinde tanımlanabilir¹⁰. Özellikle dijital pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin e-pazaryerleri veya platformlar gibi çok taraflı pazarlar işlettiği durumlarda kendilerinin de bu pazarlarda rekabet etmeleri halinde gündeme gelebilen bu zarar teorisi, pek çok otorite ve yargı kararına konu olmuştur¹¹. Bu kararlar ve soruşturmalar arasında Google (Shopping)¹², Amazon (Marketplace)¹³, Android Auto¹⁴, Apple (App-Tracking Transparency)¹⁵, Apple (App Store)¹⁶, Microsoft (Cloud)¹⁷, ve hatta 21. yüzyılın başında görülen Microsoft davaları sayılabilir¹⁸.

Gerek yeniliği gerek ülkemiz üzerinde doğurabileceği potansiyel etkiler, gerekse de kendini kayırma zarar teorisinin uygulamaya konulduğu ilk kararlardan biri olma özellikleri, Google (Shopping) kararının detaylı bir incelemesini elzem kılmaktadır. Bu itibarla bu makalede, AB Genel Mahkemesi tarafından verilen ve Komisyon’un Google’ı

yaklaşık 2,5 milyar avro cezaya çarptırdığı kararı onaylayan karar, üç aşamalı bir analize tabi tutulmaktadır. Giriş bölümünü takiben, ikinci bölümde Google (Shopping) kararının kısa bir tarihçesine yer verilmekte, ilgili zarar teorisine hangi uygulamaların yol açtığı ve Komisyon’un bu uygulamalara karşı takındığı tavır ortaya konmaktadır. Akabinde üçüncü bölüm, Mahkeme kararının içeriğine odaklanarak, Genel Mahkeme tarafından öne sürülen ve Komisyon kararını destekleyen argümanları değerlendirmekte, bu argümanların güçlü ve zayıf yönlerini belirtmektedir. Özellikle pazarlar arası güç aktarımı, mal vermenin reddi, “zorunlu unsur benzeri yapı” ve etki analizlerinde yargısal denetimin rolü gibi tartışmalı noktalar derinlemesine incelenmektedir. Dördüncü bölümde ise, kararın yol açabileceği olası sonuçlara değinilmekte, bu sonuçlar geniş bir perspektife yerleştirilerek, başta Avrupa Birliği olmak üzere ülkemiz rekabet hukuku politikaları üzerinde yaratabileceği değişiklikler eleştirel bir incelemeden geçirilmektedir. Dördüncü bölüm ayrıca makalede yer alan argümanları özetleyerek çalışmayı sonlandırmaktadır.

II. On Bir Yıl Öncesine Bir Bakış: Kararın Arka Planı

Google (Shopping) kararı, kökleri 2010 yılının Kasım ayına dayanan ve Komisyon tarafından başlatılan bir soruşturma etrafında şekillenmektedir. 2010 yılına gelindiğinde, genellikle Google’ın rakiplerinden oluşan bir dizi koalisyon (örneğin Fairsearch.org gibi), hem ABD’de hem de AB’de rekabet otoritelerine şikayetlerde bulunmuş, bu

⁹ Genel olarak bkz. Pier-Luigi Parcu, Giorgio Monti, & Marco Botta, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level* (Elgar 2022).

¹⁰ Christian Bergqvist, ‘Discriminatory Abuse – Time to clear up the ambiguities!’ (*Kluwer Competition Law Blog*, 3 Kasım 2021) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/11/03/discriminatory-abuse-time-to-clear-up-the-ambiguities/>; Nicolas Petit, ‘Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf’ (2015) 1 *Competition Law and Policy Debate* 1.

¹¹ Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’ (Nisan 2022) <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>.

¹² Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 10 Kasım 2021 tarihli ve T-612/17 sayılı Google (Shopping) kararı.

¹³ Avrupa Komisyonu’nun Case COMP/AT.40462 ve Case COMP/40703 sayılı Amazon – Buy Box ve Amazon – Marketplace soruşturmaları.

¹⁴ Pablo Ibanez-Colomo, ‘The Italian Competition Authority in Enel v Google: will Bronner and Magill survive common carrier antitrust?’

(*Chillin’Competition*, 27 Mayıs 2021) <https://chillingcompetition.com/2021/05/27/the-italian-competition-authority-in-enel-v-google-will-bronner-and-magill-survive-common-carrier-antitrust/>.

¹⁵ Apple’in, App Store’da faaliyet gösteren uygulamalar tarafından toplanan verilerin düzenlenmesi ve bu verilerin toplanmasında tüketici rızasının oynadığı rolün güçlendirilmesi amacıyla gerçekleştirdiği değişiklikler, Fransa ve Polonya rekabet otoritelerince mercek altına alınmıştır. Bkz. Selçukhan Ünekbaş, ‘Competition, Privacy, and Justifications: Invoking Privacy to Justify Abusive Conduct Under Article 102 TFEU’ (2022) 2 *Journal of Law, Market & Innovation* 123.

¹⁶ Kotapati et al., ‘The Antitrust Case Against Apple’ (2020) *Digital Platform Theories of Harm Paper Series* No. 2 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3606073.

¹⁷ Paresh Dave, ‘Microsoft’s cloud business targeted by EU antitrust regulators’ (*Reuters*, 2 Nisan 2022) <https://www.reuters.com/business/microsofts-cloud-business-targeted-by-eu-antitrust-regulators-2022-04-01/>.

¹⁸ Harry First, ‘Bork and Microsoft’: Why Bork Was Right and What We Learn About Judging Exclusionary Behavior’ (2014) 79 (3) *Antitrust Law Journal* 1017.

şikayetler ise FTC’nin ve Komisyon’un açtıkları soruştur- malar ile resmiyet kazanmıştır. ABD’de FTC nezdinde yür- rüyen soruşturma, genel çevrim içi arama hizmetleri sağ- layan Google ile (yatay arama – *horizontal search servi- ces*) ulaşım, konaklama, alışveriş gibi konularda arama (dikey arama – *vertical search services*) yapma imkânı ve- ren özelleşmiş arama hizmeti sağlayıcıları arasında yaşa- nan çekişmelerden doğmuştur. Avrupa Birliği’nde ise, FTC’nin yürüttüğü soruşturmaya benzeyen ancak bazı farklılıklara da yer veren bir soruşturma rotası izlenmiş- tir¹⁹.

Soruşturmanın konusunu, çevrim içi karşılaştırmalı alışve- riş hizmetleri pazarı (*comparison shopping services* – “CSS”) ve bu pazarda faaliyet gösteren teşebbüsler oluş- turmaktadır. CSS’ler, belirli ürünlerin satın alınması nok- tasında çeşitli satıcı web sitelerinden elde ettikleri fiyatları tüketicilerin karşılaştırabilmesi için derleyen ve tüketiciye sunan web siteleri olarak tanımlanabilecektir. AB’de bu si- telere örnek olarak Kelkoo veya Bigshopper verilebilecek- ken, ülkemizde Cimri.com ve Akakce.com gibi siteler ben- zer hizmetler sunmaktadır. Belirtilen sitelerden ayrı olarak Google, 2004 yılında Froogle adını verdiği hizmeti ile CSS pazarına girmiş, 2008 yılından itibaren ise ismini Google Shopping olarak değiştirdiği siteyi, arama sonuçlarında daha zengin bir şekilde listelemeye başlamıştır. Bu zengin listeleme, önceleri arama sonuçlarının en üstünde yer alma şeklinde vuku bulmuşken, sonraları Google, arama sonuç- larının en üst kısmına, içinde zengin içerikli görseller ve fiyat etiketleri barındıran kutucuklar ekleyerek Google Shopping tarafından sunulan sonuçları bu bölgeye yerleş- tirmiştir. Kullanıcılar için oldukça dikkat çekici olan ve aramalarında kolaylık sağlayan bu belirgin konumun Go- ogle Shopping hizmetine özgülenmesi, soruşturmanın ve kararın da kilit noktasını oluşturmaktadır.

Kelkoo ve Bigshopper gibi hizmet sağlayıcıları, Google’ın kendi hizmetini, genel arama hizmetlerindeki güçlü konu- mundan da faydalanarak haksız ve yapay bir şekilde öne çıkardığından bahisle 2010 yılında Komisyon’a şikâyetle bulunmuş; şikâyet haklı bulunarak Komisyon tarafından

Google aleyhine bir soruşturma açılmıştır. Soruşturma so- nucunda Komisyon, Google’a Soruşturma Raporu’nu (*Statement of Objections*) iletmış, buna binaen Google, Komisyon ve CSS pazarı oyuncularını arasında yaklaşık 7 yıl süren bir diyalog başlamıştır. Google’ın sunduğu ve pa- zar testine çıkılan üç set taahhüdün Komisyon’ca reddedil- mesini takiben Komisyon, Google’ı haksız bularak, Av- rupa Birliği’nin İşleyişine Dair Antlaşma’nın (“TFEU”) hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 102. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Sonuç ola- rak Google, 2,42 milyar avroluk rekor bir cezaya çarptırıl- mıştır. Para cezasına ek olarak Komisyon, Google’ın rekab- et karşıtı eylemlerine son vermesine ve CSS piyasasında eşitlikçi bir oyun alanı tesis etmesi gerektiğine hükmetmiş- tir. Google ise karara uymakla birlikte, ilgili kararı yargıya taşıyacağını belirtmiş, yargılama sonucu ortaya çıkan ilgili karar, Genel Mahkeme tarafından 10 Kasım 2021 tarihinde yayımlanmıştır.

Bu noktada önem arz eden iki hususa değinmek gerekir. İlk olarak, 2008 yılında başlayan bir faaliyete yönelik hu- kuki sürecin, 2022 yılı itibariyle halen devam etmesi, re- kabet hukukunun hızla değişen dijital piyasa dinamiklerine kıyasla yavaş kaldığı tezini destekler niteliktedir²⁰. Ger- çekten de geleneksel piyasalara nazaran dengelerin hızlıca değişebildiği dijital piyasalarda görülen bir ihlal iddiasının 15 yıldan beri devam eden hukuki süreçlere konu olması kabul edilebilir görülemeyebilir. Öte yandan hatırlatmak gerekir ki, soruşturmanın uzamasının önemli bir sebebi de karmaşık bir piyasa olan genel arama hizmetleri pazarında ilk defa öne sürülen tedbir ve taahhütlerin etraflıca değer- lendirilmiş olmasıdır. Bu yönüyle özel bir niteliğe bürünen *Google (Shopping)* kararının, rekabet hukukunun yavaş kaldığı yönünde yapılan değerlendirmelerin tamamına kaynak teşkil etmeye uygun bir aday olduğunu söylemek mümkün değildir. Karşı bir argüman olarak ise, taahhüt ve pazar testi gibi hukuki mekanizmaların Google tarafından amaçları dışında manipüle edildiği, bu yönüyle düzenle- yici rejimlerin kötüye kullanılarak soruşturmanın ve so- nuçlarının geciktirildiği ileri sürülebilir²¹. Özellikle Go-

¹⁹ Soruşturmanın detaylı bir analizi için bkz. Ioannis Kokkoris, ‘The Go- ogle Saga: episode I’ (2018) 14 (2) European Competition Journal 462.

²⁰ Michelle Cini & Patryk Czulno, ‘Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change’ (2022) 44 Jo- urnal of European Integration 41.

²¹ Yakın zamanda Hollanda Rekabet Otoritesi’nce aleyhine verilen ka- rara uyumunu kasten geciktiren Apple hakkında da benzer yorumlar

yapılmıştır. Bkz. Damien Geradin, ‘Apple’s constructive refusal to comply with the law: A harbinger of things to come?’ (*The Platform Law Blog*, 18 Mart 2022) <https://theplatformlaw.blog/2022/03/18/apples-constructive-refusal-to-comply-with-the-law-a-harbinger-of-things-to-come/>.

ogle’ın, kendi hizmetleri üzerinde Komisyon ve diğer piyasa oyuncularını karşısında kendi lehine bir bilgi asimetrisi bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, Komisyon’a teklif edilen taahhütlerin bir dizi geciktirme taktiğinden ibaret olduğu söylenebilir. Literatürde bu tip davranışlara “kaçamaklı girişimcilik” (*evasive entrepreneurship*) adı verilmektedir²².

İkinci husus Komisyon’un verdiği kararın içeriği ile ilgilidir. Nitekim Komisyon, 2,42 milyar avroluk cezanın yanı sıra, Google’a davranışsal birtakım yükümlülükler de yüklemiştir. Bu yükümlülükler, müspet sorumluluklardan ziyade menfi bir ödev etrafında şekillenmiştir. Komisyon kararına göre Google, CSS piyasasında faaliyet gösteren rakipleri ve kendisi arasında rekabetçi dengeyi bozmayacak, aksine eşitlikçi bir oyun alanı tesis edecektir. Önem arz etmeyen bir ayrıntı olarak gözüke de bu durumun, önemli bazı hukuki sonuçları vardır.

Bu sonuçlardan ikisi şu şekilde özetlenebilir. Komisyon’un müspet sorumluluklardan ziyade menfi bir ödev yönelmesi, dijital piyasalardaki tecrübe eksikliğine ve bu piyasaları düzenlemenin zorluğuna dayanmaktadır. Teknik ve iktisadi kısıtlamalar gereği, CSS pazarında faaliyet gösteren tüm teşebbüslerin eşit olarak arama sonuçlarının üst segmentinde gösterilmesi mümkün değildir²³. Bu durum, belirli rakiplerin hizmetlerinin diğerlerine nazaran daha önce (ve kullanıcıların dikkatini daha fazla çekecek şekilde) gösterilmesi gerektiği sonucunu doğurmaktadır. İşte bu rakiplerin hangileri olacağı veya böyle bir seçimin ne gibi kriterlere dayanacağı, bu kıstasların Komisyon’ca nasıl izleneceği, bu konuda Google’ın ne yapması gerektiği gibi pratik açıdan oldukça önemli detaylar, karar metninde yer almamaktadır. Yüzlerce sayfadan oluşan ve sırf rekabetçi zararın varlığını ortaya koymak için dahi 200’ü aşkın sayfanın kaleme alındığı bir kararda, rekabeti tekrardan tesis etmek için mutlak suretle gerekli olan yükümlülüklerle birkaç paragraftan fazla ayrılmaması dikkat çekicidir. Bu, Komisyon tarafından yapılan stratejik bir hamle olabilir. Şöyle ki, literatürde bazı yazarların da dikkat çek-

tiği üzere, Komisyon’un müspetten ziyade menfi yükümlülüklerle hükmederek, içtihadın şart koştuğu sorumluluklarının bazılarından kaçınmayı hedeflemiş olması mümkündür²⁴. Konunun içeriği ve hukuki değerlendirmesi ile yakından ilgili olan bu iddia, teknik analizleri de beraberinde getireceğinden aşağıda, üçüncü bölüm kapsamında değerlendirilmektedir.

III. Mahkeme Kararının İncelemesi

700 paragrafı aşan boyutuyla Google (Shopping) kararı, Genel Mahkeme’nin son zamanlarda verdiği en kapsamlı kararlardandır. Karar, dijital piyasalarda rekabet hukukunun ve hâkim durumun kötüye kullanılmasının ne gibi sebep ve sonuçlara bağlandığını açığa çıkarmakta, ek olarak, AB rekabet hukukuna hâkim genel prensipleri de dijital piyasalar özelinde değerlendirerek, bu pazarların anlaşılmasında büyük yol kat etmektedir. Bu itibarla, pek çok yeniliği içerisinde barındıran kararın önem arz eden noktaları bu bölüm çatısı altında değerlendirilmektedir. Bu noktalar sırasıyla, yapı temelli analizden (*form-based analysis*) bağlam temelli analize (*context-based analysis*) geçiş trendinin sağlamlaştırılması, *Bronner* kriterlerinin ve özellikle de zorunlu unsur doktrininin geliştirilmesi ve yargısal denetimin rekabete yönelik zararların değerlendirilmesindeki rolüne yönelik açıklamalar şeklinde üç kategoride toplanabilecektir. Bu bölümün kalanında bu kategoriler ayrı ayrı incelenmektedir.

III.1. Rekabet Hukuku Uygulamalarında Bağlamin Önemi

Roma Antlaşmasının 1957 yılında imzalanıp yürürlüğe girmesiyle rekabet hukuku kurallarını Birlik düzeyinde icra etme kabiliyetini elde eden Komisyon (ve Mahkeme), bu gücünü uzun bir süre boyunca yapı temelli analiz üzerinden yürütmüştür²⁵. Yapı temelli analizin temel özelliği, rekabeti bozucu olduğu düşünülen belli başlı davranışların kategorik olarak yasaklanması ve dolayısıyla bu davranışların gerçekte piyasa rekabeti üzerinde ne gibi bir etki doğurduklarını araştırmanın gerekli görülmemesidir. Durum böyle olmakla birlikte, gerek rekabeti bozucu anlaşmaları

²² Niklas Elert & Magnus Henrekson, ‘Evasive Entrepreneurship’ (2016) 47 Small Business Economics 95.

²³ Robert Bork & Gregory Sidak, ‘What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?’ (2012) 8 (4) Journal of Competition Law & Economics 663.

²⁴ Pablo Ibanez-Colomo, ‘Indispensability and Article 102 TFEU: it is not about Bronner (and refusals), but about Van den Bergh Foods (and

remedies)’ (*Chilling Competition*, 6 Mart 2020) <https://chillingcompetition.com/2020/03/06/indispensability-and-article-102-tfeu-it-is-not-about-bronner-and-refusals-but-about-van-den-bergh-foods-and-remedies/>.

²⁵ Subcommittee: Foreign Antitrust Laws of the International Trade Committee of the Section, ‘The “Antitrust” Provisions of the European Common Market Treaty’ (1960) 16 Proceedings at the Spring Meeting 118.

yasaklayan 101. madde, gerekse de rekabeti zedeleyici tek taraflı davranışları yasaklayan 102. madde kapsamında yapı temelli analiz, tarihsel süreç boyunca yerini yavaş yavaş fakat istikrarlı bir şekilde etki temelli analize bırakmıştır. Etki temelli analizin en önemli özelliği ise, rekabeti bozduğu iddia edilen davranışların, kapsamına girdikleri piyasanın hukuki, iktisadi ve olgusal gerçeklikleri düzleminde, başka bir deyişle bağlamdan ayrıştırılmaksızın değerlendirilecek olmasıdır²⁶. Bu kapsamda önemli kararlar arasında *Societe Technique Miniere* (101. madde analizlerinin bağlı bulundukları bağlamdan ayıramayacağı), *Delimitis* (bir anlaşmanın anti-rekabetçi niteliği araştırılırken ilişkili bulunduğu diğer anlaşmalarla birlikte analiz edilmesi gerektiği), *Groupement des Cartes Bancaires* (yapısal nitelikler taşıyan amaç yönünden rekabet ihlali kategorisinin dar yorumlanması gerektiği), *MEO* (etki bazlı incelemelerde bağlamın analize dahil edilmesinin 102. madde soruşturamalarında da temel bir prensip olduğu), *Generics* (etki analizi gerçekleştirilirken, şüpheli davranışın hayata geçirilmediği, hipotetik bir piyasa görüntüsü ile karşılaştırma yapılması koşulu), *Intel* (hakim durumun kötüye kullanılmasının anti-rekabetçi etkiler doğuramayacağına yönelik argümanların değerlendirilmesi şartı) ve *CK Telecoms* (yoğunlaşma kontrollerinde birleşen teşebbüslerin ilgili piyasadaki konumlarının ve rekabetçi açıdan yakınlıklarının analize dahil edilmesi gerekliliği) verilebilir.

İlgili geniş içtihat ışığında Mahkeme, *Google (Shopping)* kararında da etki temelli bir analiz yapmayı tercih etmiştir. Özellikle karmaşık bir yapı sergileyen dijital piyasalarda, şüpheli davranışın gerçekten de anti-rekabetçi etki doğurup doğurmadığının araştırılmasında ilgili tüm faktörlerin incelemeye dahil edilmesi, AB rekabet hukukunun kat ettiği yolu simgelemekte ve ülkemiz rekabet hukuku uygulamalarına da ışık tutabilecek niteliktedir. Bu kapsamda Mahkeme, Google’ın CSS pazarındaki rekabetçi ortamı kendi lehine bozduğu iddia edilen kendini kayırma davranışına etki edebilecek faktörleri beş kategori altında incelemektedir: Güç aktarımı, anormal ve rasyonel olmayan

davranış, hukuki düzenlemelerin etkisi, davranış değişikliği ve Google’ın yüksek pazar gücü²⁷. Aşağıda ilk dört kategori ele alınmakta, Google’ın yüksek pazar gücü ise, zorunlu unsur doktrini ile yakından ilintili olduğundan, bir sonraki alt başlıkta değerlendirilmektedir.

Güç aktarımı

Mahkeme, kararın başlangıcında AB rekabet hukukunda bir mihenk taşı haline gelmiş ve ilk kez *Michelin* davasında ortaya konulan “özel sorumluluk” prensibini hatırlatmaktadır. Özel sorumluluk prensibine göre bir piyasada hâkim durumda bulunan teşebbüsler, varlıklarından ötürü hali hazırda görece zayıflamış olan piyasa rekabetini daha da kötüleştirmemek için ihtiyatlı davranmak zorundadırlar²⁸. Bununla birlikte, bir teşebbüsün, piyasa gücüne sahip olduğu bir pazardaki bu kuvvetini kullanarak, piyasa gücü olmayan başka bir pazara dahil olması, başlı başına ilgili özel sorumluluk prensibini zedeler görünmemektedir. İlgili güç aktarımının (*leveraging*) 102. maddeyi ihlal edebilmesi için, davranışın ilgili piyasadaki “normal rekabetten” ayrılması ve bu ayrılışın da rekabeti bozucu etkilere sebebiyet vermesi beklenmektedir. İşte bu noktada Mahkeme, aşağıda detaylıca incelenecek faktörlerin varlığını da hesaba katarak, kendini kayırma olarak bilinen davranış tipinin her iki şartı da sağladığına kanaat getirmiş, dolayısıyla Google’ın 102. maddeyi ihlal etmek suretiyle rekabeti bozduğuna hükmetmiştir.

Anormal ve rasyonel olmayan davranış

Google gibi genel çevrim içi arama hizmeti sağlayan arama motorları; internet üzerinde bulunan web siteleri ve diğer kaynaklar gibi bilgileri derleme ve bu bilgilere erişim olanağı sunma faaliyeti ile iştigal etmektedir. Mahkeme’ye göre bu faaliyetin doğası gereği arama motorları, internet üzerinde yer alan tüm bilgi ve belgeleri derlemek ve arama yapıldığı takdirde kullanıcıya bu bilgileri sunmakla çalışmalarını devam ettirmektedirler. Bu durumun ise tabii bir sonucu, Google’ın prensip olarak tüm web sitelerini arama motorunda bulundurmasıdır. Başka bir deyişle, Mah-

²⁶ Pablo Ibanez-Colomo, ‘Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation’ (2019) 10 (7) Journal of European Competition Law & Practice 424.

²⁷ Bazı yazarlar bu kavramlar için rekabet ihlali bulgusunu “destekleyici unsurlar” (*plus factors*) tanımlamasını kullanmaktadır. Bkz. Friso Boston, ‘The General Court’s Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse’ (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 75.

²⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 9 Kasım 1983 tarihli ve C-322/81 sayılı *Michelin I* kararı. Aynı prensibin Amerikan rekabet hukukundaki bir yansıma olarak *Alcoa* kararı verilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki *Alcoa*, modern rekabet hukukunun gelişimi sonucu günümüzde ABD mahkemelerince uygulanmayan bir karardır. Bkz. ABD İkinci Bölge İstinaf Mahkemesi, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

keme'ye göre, bir arama motorunun altında yatan ve topluma sağladığı esas fayda, ilgili tüm kaynaklara açık olmasıdır²⁹. Buna karşılık, rasyonel olarak tüm taraflara açık ve şeffaf bir biçimde yaklaşması gereken Google arama motorunun, mevcut durumda sahip olduğu piyasa gücü sebebiyle somut olayda bu prensipten uzaklaştığı görülmektedir. Bu durumun ise ilk kısımda belirtilen “ilgili piyasanın gerekliliklerine uygun olan normal rekabetten farklılaşma” kriterinin sağlanmasına katkıda bulunduğu belirtilmektedir. Bu yorumun, ABD’de bir dönem kabul görmüş “iktisadi temelsizlik testi” (*no economic sense test*) ile benzeştiği dikkat çekmektedir³⁰.

Mahkeme'nin yaklaşımına izleyen şekilde bir eleştiri getirilebilir. İlgili piyasanın gerekliliklerine uygun olan normal rekabetten farklılaşma kriteri olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Belirtmek gerekir ki, bir piyasada belirli teşebbüs faaliyetlerinin aynı (veya birbirine yakın) noktalarda konumlanması, temelde iki sebebe dayanabilir. Oligopolistik pazarlarda görüldüğü üzere bu durum, rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşmanın yürürlükte olmasından, ya da rekabetçi dinamiklerin gerçekten de teşebbüsleri “anormal” olarak görülen davranışı icra etmeye zorlamasından kaynaklanabilir. Zira, ABD Washington D.C. İstinaf Mahkemesi'nin *Rothery v. Atlas* kararında da belirttiği üzere, bir piyasada faal olan tüm teşebbüslerin aynı ticari pratikleri benimsemeleri, tüketici isteklerinin ve dolayısıyla tüketici refahının karşılandığına delalet edebilecektir³¹. Bu kapsamda Mahkeme'nin her iki olasılığı da daha detaylı bir biçimde değerlendirmeden sonuca varması eksik inceleme işaret etmektedir. Zira, Mahkeme tarafından belirtilen ve arama motorlarının tüm web siteleri ve bilgi kaynaklarına eşit bir biçimde yer vermesi gerekliliği, tartışmadan uzak değildir. Nitekim, Google'a ek olarak DuckDuckGo ve Yandex gibi arama motorları da belirli web sitelerini diğerlerine nazaran bazı aramalarda avantajlı konumda göstermektedirler. Hatta Google'ın en yakın takipçilerinden olan Bing'in geliştiricisi Microsoft, Bing'in piyasaya sürülmesinin altında yatan amaçlardan birinin, belirli aramalarda yer alan dikey arama sonuçlarının (örneğin

“spor ayakkabı” aramasında verilen bazı satıcılara ait sonuçların) diğerlerine nazaran öne çıkarılarak tüketicilere fayda sağlanması olduğunu belirtmiştir³². Bu bilgiler ışığında Mahkeme'nin “normal rekabetçi koşullar” olarak öne sürdüğü mutlak eşitlikçi yaklaşımın gerçekliği sorgulanabilecektir.

Hukuki düzenlemeler

Mahkeme tarafından Google'ın kendini kayırmaya yönelik davranışlarının rekabeti ihlal ettiğine dair destekleyici bir diğer unsur, yürürlükte olan hukuki düzenlemeler olarak belirtilmiştir. Gerçekten de rekabet hukuku analizlerinin, incelenen davranışın ait olduğu hukuki bağlam çerçevesinde değerlendirileceği göz önüne alındığında, davranış ile ilişkili olan hukuki rejimlerin analiz sırasında göz önünde bulundurulması kaçınılmaz görülmektedir³³. Nitekim bu durum, çeşitli ABAD kararlarına da yansımıştır: *Allianz Hungaria* (sigorta sektöründeki rekabeti bozucu anlaşmaların ilgili sigorta mevzuatı çerçevesinde değerlendirilmesi), *Cartes Bancaires* (bankacılık regülasyonları), *Asnef-Equifax* ve *Facebook* (kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler), *AstraZeneca*, *Generics* ve *IMS Health* (fikri mülkiyet hukuku), *Emissions* (çevrenin korunmasına yönelik düzenlemeler), *Hoffman – La Roche* ve *Sot. Lelos* (ilaç sektörü düzenlemeleri), *Deutsche Telekom* ve *TeliaSonera* (telekomünikasyon hukuku düzenlemeleri).

Görüldüğü üzere, sektörel regülasyonların varlığı, rekabet hukuku incelemelerinde göz ardı edilemeyecek faktörlerdendir. Durum böyle olmakla birlikte, bahsi geçen içtihatların her birinde söz konusu düzenleyici rejimin, şüpheli davranış ile sıkı sıkıya bağlı olduğu görülmektedir. Örneğin *Deutsche Telekom* kararına konu olan fiyat sıkılaştırması davranışı, telekomünikasyon düzenlemelerinin Alman hukukuna aktarımı sonucu oluşturulan hükümler doğrultusunda yapılmıştır. Bir diğer örnek olarak *AstraZeneca* kararında üye devletlerin patent hukuku kapsamında düzenlemiş oldukları “yeni ürün” ve “yenilik” tanımları gündeme gelmiştir. Ancak *Google (Shopping)* kararı, bu yön-

²⁹ *Google (Shopping)* kararı, para. 175 vd.

³⁰ Gregory Werden, 'Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test' (2006) 73 (2) Antitrust Law Journal 21.

³¹ ABD Washington D.C. Bölge İstinaf Mahkemesi, *Rothery Storage Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

³² 'Microsoft's New Search at Bing.com Helps People Make Better Decisions' (Microsoft Haberler, 28 Mayıs 2009) <https://news.microsoft.com/2009/05/28/microsofts-new-search-at-bing-com-helps-people-make-better-decisions/>.

³³ Niamh Dunne, 'The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment' (2021) 44 (3) World Competition 287.

den bir istisna teşkil etmektedir. Şöyle ki Mahkeme, Avrupa Birliği’nde halihazırda yürürlükte olan *net neutrality* düzenlemelerine yollama yaparak, Google’ın davranışlarını hukuka aykırı bulmuştur. Kısaca hatırlatmak gerekirse *net neutrality* kuralları, internet servis sağlayıcılarının (“ISS” – Türk Telekom veya Superonline gibi), kullanıcılar tarafından ziyaret edilen web siteleri arasında hız ve veri akışı yönünden ayrımcılık yapmalarını yasaklamaktadır. Bu hükümlerden esinlenen Mahkeme, Google gibi “ultra dominant” bir teşebbüsün, ilgili *net neutrality* kurallarından tamamen bağımsız şekilde değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır³⁴. Benzer yönde görüş bildiren bazı yazarlar da piyasa gücü %80’lik pazar payını aşan Google gibi teşebbüslerin faaliyetlerinde adil davranması gerektiğini, bu durumun “özel sorumluluğun” önemli bir parçasını oluşturduğunu belirtmektedirler³⁵.

Her ne kadar sektör düzenlemelerinin rekabet hukuku incelemelerindeki önemli konumu yerleşik içtihat niteliğinde olsa da Mahkeme’nin mevcut görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira belirtildiği üzere ilgili içtihadın tamamında ilgili düzenleme, ihlal iddiasına konu davranış ile sıkı bir ilişki içerisinde. Buna karşılık, *Google (Shopping)* kararında yer alan ve Google’ın eşitlikçi davranış yükümlülüğüne kaynak olarak gösterilen *net neutrality* kuralları, CSS pazarından ayrık ve farklı rekabetçi dinamiklere sahip pazarlar için tasarlanmıştır. Doğal tekele yaklaşan bir yapı sergileyen internet altyapı hizmetleri ile yüksek dinamizme sahip CSS pazarlarını aynı temel prensip altında birleştirebilmek için Mahkeme’nin daha somut ve ikna edici gerekçeler sunması gerekirdi.

Davranış değişikliği

Mahkeme’nin Google’ın davranışının rekabeti bozucu etkilerini bağlam dahilinde değerlendirirken dikkate aldığı son unsur ise davranış değişikliğidir. Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere Google, kendine ait CSS hizmetini 2004 yılında faaliyete geçirmiş, 2008 yılında ise ilgili hizmeti

rakiplerine kıyasla daha avantajlı göstermeye başlamıştır. Mahkeme’ye göre bu davranış değişikliği şüphe çekicidir. Zira Google, kendi hizmetini devreye aldıktan sonra davranışını değiştirdiği için Mahkeme tarafından bir nevi “ihlalin manevi unsurunun” oluştuğu varsayılmaktadır.

Mahkemenin ilgili görüşü, AB hukukunda uzun süredir var olan ve *Consten-Grunding*, *Gottrup-Klim* ve *T-Mobile* gibi davalar sonrası yerleşik içtihat olarak kabul edilebilecek sübjektif ihlal unsurunu çağırıştırılmaktadır. Buna göre, her ne kadar hâkim durumun kötüye kullanılması objektif bir analiz olarak karşımıza çıksa da sübjektif unsur olan niyet de ihlalin varlığının oturtulduğu temellerin sağlamlaştırılmasında yardımcı rol oynayabilmektedir³⁶. Hal böyle olmakla birlikte, Google’ın salt davranış değişikliğinin bir niyet rolüne bürünüp bürünemeyeceği tartışmalıdır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere çift taraflı pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, platformun yarattığı toplam değeri korumak ve arttırmak yönünde motivasyonları bulunmakta, bu motivasyon sık sık platform üzerinde çeşitli değişikliklerin yapılmasını zorunlu kılabilir. Örneğin Google, yalnızca 2020 yılında arama motoru algoritmalarını 4.500 kez değiştirmiştir³⁷. Benzer değişiklikler Apple ve Microsoft gibi teşebbüsler tarafından da sık sık gerçekleştirilmektedir³⁸. Bu kapsamda, platform işleten teşebbüslerin bu platformlara uygulanan kurallar ve düzenlemelerde yaptıkları değişikliklerin yerindeliği Mahkemeler tarafından sıkı şekilde kontrol edilecek olursa, hem bu kontrolün getireceği ağır yük, hem de ilgili teşebbüslerin inovasyon güdülerinde yaşanacak düşüş çok fazla olacaktır³⁹. Roma Hukuku’nda yer alan ve *venire contra factum proprium* olarak bilinen çelişkili davranış yasağının rekabet hukukuna yansıtılması mahiyetinde olan bu görüşün kalifiye edilmeksizin platform kararlarına uygulanması, ilgili platformlara hâkim olan kuralların gereğinden az değiştirildiği, esnek olmayan ve inovasyona kapalı bir dijital

³⁴ Alessia Sophia D’Amico & Baskaran Balasingham, ‘Super-dominant and super-problematic? The degree of dominance in the Google Shopping judgement’ (2022) European Competition Journal.

³⁵ Alberto Pera, ‘Fairness, competition on the merits and article 102’ (2022) European Competition Journal.

³⁶ Patrick Actis Perinotto, ‘Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?’ (2019) 15 European Competition Journal 153.

³⁷ ‘The Most Important Google Algorithm Changes in the Past 3 Years’ (Delante, 31 Aralık 2021) <https://delante.co/the-most-important-google-algorithm-changes/>.

³⁸ Natasha Lomas, ‘Study of Apple’s ATT impact highlights competition concerns’ (Tech Crunch, 8 Nisan 2022) <https://techcrunch.com/2022/04/08/apple-att-impact-study/>; Adi Robertson & Sean Hollister, ‘Microsoft announces open app store rules to prove it’s okay with new laws’ (The Verge, 9 Şubat 2022) <https://www.theverge.com/2022/2/9/22925544/microsoft-open-app-store-principles-windows-xbox>.

³⁹ Pablo Ibanez-Colomo, ‘Product Design and Business Models in EU Antitrust Law’ (2021) SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3925396.

ortama (“yönetim kilitlenmesi” – *governance lock-in*) sebebiyet verebilecektir.

III.2. Zorunlu Unsur Doktrini ve Google (Shopping)

Rekabet hukuku ve politikasının çıkışında olduğu gibi zorunlu unsur doktrini de Amerika Birleşik Devletleri antitrust hukuku kaynaklı bir hukuki kavramdır. ABD’de rekabete aykırı davranışları düzenleyen Sherman Yasası ile hemen hemen benzer tarihlere dayanan bu kavram, ilk olarak Yüksek Mahkeme tarafından, *Terminal Railroad* ve *Otter Tail* gibi davalarda demir yolları, köprüler ve enerji altyapıları gibi girdiler ile ilgili olarak geliştirilmiştir⁴⁰. Kısaca hatırlatmak gerekirse, kullanımı ilgili pazar veya pazarlarda rekabet edebilmek için zorunlu olan unsurlara erişimin sağlanmasını gerektiren bu doktrin, esasen birçok devletin anayasasında bulunan mülkiyet hakkı ve sözleşme serbestisine bir istisna teşkil etmektedir⁴¹. Her ne kadar kökenleri eskilere dayansa da zorunlu unsur doktrininin ABD’de yerleşik bir içtihat olduğunu söylemek kolay olmayacaktır⁴². Zira Yüksek Mahkeme, özellikle son kararlarında doktrinin kapsamını daraltmaya ve yer yer bu kavramı “rekabet hukuku sınırlarının dışına itmeye” gayret etmektedir⁴³. Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında ise zorunlu unsur doktrini, yukarıda bahsettiğimiz vazgeçilmezlik kavramıyla zenginleştirilerek ve özellikle mal vermenin reddi kaynaklı zarar teorileri bağlamında uygulanmaktadır. Bu kapsamda 1974 tarihli *Commercial Solvents* davasından beri süregelen bir dizi kararda Avrupa Komisyonu ve AB Mahkemeleri, zorunlu unsur doktrininin rafine etmektedir⁴⁴. Geçen süre boyunca ilaç, medya, enerji, telekomünikasyon ve teknoloji gibi sektörlerdeki teşebbüs davranışlarına uygulanan teorinin son tartışıldığı karar ise *Google (Shopping)* olmuştur.

AB rekabet hukukunda bir teşebbüsün, başka bir teşebbüs ile (bazen hatta çoğu zaman rakipleriyle) sözleşme yapmaya zorlanabilmesi için istisnai bir duruma işaret eden (*exceptional circumstances*), sıkı şartlar aranmaktadır. Adını aynı isimli karardan alan *Bronner* kriterleri kapsamında, paylaşılması istenen unsurun (örneğin yerel internet hizmeti sağlanması için zorunlu olan kablo altyapısı) ilgili piyasalarda rekabet edebilmek için vazgeçilmez nitelikte olması, hâkim durumda bulunan ve esasen sözleşme yapmayı reddeden teşebbüsün, bu ret kararının arkasında yatan objektif ve makul bir gerekçenin bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca vazgeçilmez nitelikte görülen unsurun, erişim isteyen rakiplerce bir benzerinin oluşturulmaması şarttır⁴⁵. Ek olarak, sözleşme yapmanın reddedilmesi sonucu ilgili piyasalarda rekabetin tamamen ortadan kalkması ve nihayetinde tüketicilerin talep edebileceği yeni bir ürün veya hizmetin ortaya çıkışının engellenmesi gibi karşılanması oldukça zor kıstaslar aranmaktadır⁴⁶. Google da dava konusu Komisyon kararı sonucunda arama motorunu rakiplerinin (fiyat karşılaştırmalı alışveriş hizmeti sağlayıcıları) erişimine açması gerekeceğini, başka bir deyişle rakipleriyle sözleşme yapmaya zorlanacağını savunmuştur. Böylece Google, Komisyon’dan, öncelikle Google arama motorunun CSS pazarında rekabet edebilmek için vazgeçilmez (*indispensable*) olup olmadığını araştırmasını, eğer böyle bir vazgeçilmezlik varsa, Google’ın sözleşme yapmaması halinde bu pazarlarda rekabetin tamamen ortadan kalkıp kalkmadığını ve tüketicilerin talep ettikleri halde Google’ın reddi sonucu ulaşmaktan mahrum kaldığı bir hizmetin olup olmadığını belirlemesini talep etmiştir. Ayrıca Google, tüm bu şartların sağlanması halinde dahi sözleşme yapmayı reddetmesinin arkasında objektif gerekçelerin bulunduğunu dile getirmiştir.

Durum böyle olmakla birlikte, mevcut kararda Mahkeme, Google’ın arama motoruna erişimin rakip CSS sağlayıcılar

⁴⁰ Stephen Maurer & Suzanne Scotchmer, ‘The Essential Facilities Doctrine: The Lost Message of Terminal Railroad’ (2014) 5 California Law Review 296.

⁴¹ Pelin Güven, ‘Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu’ (2005) Legal Mali Hukuk Dergisi 641.

⁴² Philip Areeda, ‘Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles’ (1989) 58 (3) Antitrust Law Journal 841.

⁴³ Yüksek Mahkeme bu duruma özellikle *Trinko* ve *Linkline* kararlarında değinmiştir. Yakın tarihli davalardan *hiQ v. LinkedIn* de zorunlu unsur doktrininin temel alınmaktadır. Bir inceleme için bkz. John Lopatka & William Page, ‘Bargaining and Monopolization: In Search of the “Boundary of Section 2 Liability” Between Aspen and Trinko’ (2005) 73 (1) Antitrust Law Journal 115.

⁴⁴ Bu kararlardan önemli olan bazıları şöyle sıralanabilir: *Commercial Solvents* (1974); *Volvo* (1988); *Magill* (1995); *Bronner* (1998); *IMS Health* (2004); *Microsoft* (2007).

⁴⁵ Örneğin *Bronner* kararında davacı Oscar Bronner, kendi çıkarttığı gazetenin okuyuculara dağıtılabilmesi için, rakibi olan Mediaprint şirketinin gazete dağıtım ağına erişim talep etmiş, Mahkeme ise, her ne kadar böyle bir dağıtım ağı ile aynı etkinlikte olmasa da gazetelerin bayiler yoluyla dağıtılabilmesini belirterek, erişim istenen unsura alternatif unsurların varlığına işaret etmişti.

⁴⁶ Pablo Ibanez-Colomo, ‘Anticompetitive Effects in EU Competition Law’ (2021) 17 (2) Journal of Competition Law & Economics 309.

için vazgeçilmez olup olmadığına yönelik bir araştırma yapmamıştır. Başka bir deyişle Mahkeme, yukarıda sayılan ve karşılanması oldukça güç olan *Bronner* kriterlerinin mevcut davada uygulama alanı bulmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme’nin bu önemli görüşünün altında dört neden yatmaktadır. Bu nedenler aşağıda tek tek incelenmektedir.

Zorunlu unsur benzeri yapı

Mahkeme öncelikle, yukarıda açıklanan zorunlu unsur ve vazgeçilmezlik prensiplerinden ayrılarak, “zorunlu unsur benzeri yapılar” kavramını (*quasi-essential facilities*) ortaya atmıştır. Kararın 224 numaralı paragrafında bahsedilen bu kavramdan, zorunlu unsur-benzeri yapıların ilgili pazarda rekabet için vazgeçilmezlik teşkil etmeyen, ancak rakipler tarafından alternatifleri de oluşturulamayan yapılar olduğunu anlaşılmaktadır⁴⁷. Bu kapsamda Google arama motorunun rakiplerce bir benzerinin yaratılmasının oldukça zor veya imkânsız olduğunu belirten Mahkeme, aynı anda bu arama motorunun, ilgili pazarda rekabet etmek için vazgeçilmez olmadığını da kabul etmektedir. Gerçekten de her ne kadar Google arama motoru kadar etkin olmasalar da DuckDuckGo ve Yandex gibi arama motorlarının varlığı bu argümanı destekleyici niteliktedir. Mahkeme, aşağıda incelediğimiz diğer faktörlerin de katkısıyla, zorunlu unsura benzeyen ancak aynı zamanda bu teorinin tüm unsurlarını bünyesinde barındıramayan bu durumu, *Bronner* kriterlerinin uygulanamayacağı yönünde yorumlamayı tercih etmektedir.

Sözleşme yapmanın aktif veya pasif reddi

Mahkeme tarafından sıkı *Bronner* şartlarının uygulanamayacağını destekler nitelikte sunulan ikinci argüman, sözleşme yapmanın aktif veya pasif olarak reddedilmesi kavramı etrafında şekillenmektedir. Şöyle ki Mahkeme, mevcut olayda yer alan reddin, *Bronner* ve benzer diğer vakalarda gündeme gelen durumdan farklılaştığını belirtmektedir. Zira *Bronner* ve *IMS Health* gibi kararlarda söz konusu

unsura erişim doğrudan reddedilirken, *Google (Shopping)* soruşturmasında böyle bir durumun mevcut olmadığı değerlendirilmektedir. Aksine Google, rakip fiyat karşılaştırmalı alışveriş hizmetlerinin arama motoruna erişmesine izin vermekte; ancak bu erişim, kendi hizmetiyle (*Google Shopping*) eşit olmayan şartlarda sağlanmaktadır. Bu noktada Mahkeme, *Bronner* kıstaslarının ne zaman uygulanacağı konusunda ipuçları sağlamaktadır. Buna göre, sözleşme yapmanın açıkça ve koşulsuz olarak reddedildiği ve soruşturulan ihlalin, sözleşmenin reddinden, yani pasif bir davranıştan kaynaklandığı durumlarda sıkı *Bronner* şartları uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, hâkim durumda yer alan teşebbüs ile ilgili girdiye erişim talep eden teşebbüs arasında bir sözleşmenin yapıldığı, ancak bu sözleşmenin dezavantajlı veya eşitsiz hükümler barındırdığı durumlarda *Bronner* kıstasları aranmamaktadır⁴⁸. İlk kez *Slovak Telekom* kararında ortaya konan bu durum, esasen iki argüman etrafında gerekçelendirilmektedir. Şöyle ki, bir teşebbüsün kendi isteğiyle (ancak eşit olmayan şartlar altında) imzaladığı sözleşme sonucu kendine ait girdileri rakipleriyle paylaşmış olması hem temel haklardan olan mülkiyet hakkını daha az zedeleyecek, hem de ilgili teşebbüsün inovasyon güdülerini, temelden bir sözleşme yapma zorunluluğunda ortaya çıkabilecek derecede zarar görmeyecektir⁴⁹.

Somut olayda Mahkeme, ihlal konusu davranış sonucu verilen yaptırım kararının, temelden bir sözleşme yapmaya zorlamaktan ziyade Google’ın eşit davranış yükümlülüklerine tabi tutulması gerektiğini saptamaktadır⁵⁰. Ek olarak Mahkeme, ilgili rekabetçi zararın, yani rekabet alanının Google’ın rakipleri aleyhine bozulmasının, sözleşme yapmanın reddinden kaynaklanmadığını, bilakis eşitlikçi bir oyun alanı tesis edilmemesinden ve buradan hareketle Google’ın bir pazarda bulunan gücünü diğer bir pazara aktarma çabasından kaynaklandığını belirtmektedir. Böylece Mahkeme, kendini kayırma davranışını aynen fiyat sıkış-

⁴⁷ Pablo Ibanez-Colomo, ‘The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU’ (*Chillin’Competition Blog*, 10 Kasım 2021) <https://chillingcompetition.com/2021/11/10/the-general-court-in-case-t-612-17-google-shopping-the-rise-of-a-doctrine-of-equal-treatment-in-article-102-tfeu/>.

⁴⁸ Pablo Ibanez-Colomo, ‘The legal test and the remedy are not two separate steps; they are two sides of the same coin’ (*Chillin’Competition*

Blog, 11 Ağustos 2020) <https://chillingcompetition.com/2020/08/11/the-legal-test-and-the-remedy-are-not-two-separate-steps-they-are-two-sides-of-the-same-coin/>.

⁴⁹ İlgili gerekçeler, Advocate General Jacobs’ın ünlü *Bronner* görüşünden esinlenmiştir.

⁵⁰ Bazı yazarlar, eşit davranış yükümlülüğünün önemini daha yüksek görerek, tüm 102. madde uygulamalarında dikkate alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz. Lena Hornkohl, ‘Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping’ (2022) 13 (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 99.

tırma gibi ayırık bir ihlal olarak tanımlamakta, bu gibi durumlarda *Oscar Bronner* kriterlerinin uygulanmayacağını dile getirmektedir⁵¹.

Bu noktada getirilebilecek bir yorum, teşebbüslerin karşı karşıya kaldığı ticari durum ile ilişkilidir. Nitekim *Google (Shopping)* kararına göre hâkim durumda bulunan teşebbüslerin kendilerine ait girdileri (örneğin App Store gibi bir platformu) rakipleriyle paylaşımları halinde (eşitlikçi bir paylaşım olup olmadığına bakmaksızın) hukuki yönden dezavantajlı hale geldikleri görülmektedir. Zira bu durumda karşılanması çok zor olan *Bronner* kriterleri uygulanmayacaktır. Buna karşılık, bir platformun rakipler ile hiç paylaşılması durumunda, yukarıda verilen açıklamalar ışığında *Bronner* kriterleri uygulanmak zorundadır. Bu durumun, özellikle piyasaya yeni giriş yapmak isteyen oyuncular tarafından benimsenmesi durumunda, dijital piyasalarda rakip teşebbüslere kapalı tutulan platformların sayısı artabilecektir. Başka bir deyişle Mahkeme, açık platformları tasvip ettiği bir karar ile tam tersi bir etkiye sebebiyet vererek kapalı platformların hukuki konumunu güçlendirebilecektir. İlgili karar bu yönden rekabet hukukunun yol açtığı istenmeyen sonuçlara (*unintended consequences*) bir örnek teşkil edebilecektir⁵².

Hukuki düzenlemeler ve ilgili hizmetin doğası

Mahkeme'nin etki temelli analizde kullandığı bağlama yönelik değerlendirmenin unsurlarından olan hukuki düzenlemeler ve ilgili hizmetin doğası, zorunlu unsur doktrini kapsamında da karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, ihlal iddiasının konusunu oluşturan davranışın yakından ilişkili olduğu düzenlemeler, rekabet hukuku analizini etkileyebilmektedir. Bu kapsamda verilen son kararlardan bazıları, ilgili regülasyonların spesifik olarak *Bronner* kriterleri üzerinde doğurabileceği etkileri değerlendirmiştir. Örneğin *Lietuvos geležinkeliai* kararında Genel Mahkeme, sektör düzenlemelerinden kaynaklanan bazı hükümlerin varlığı halinde, *Bronner* şartlarından olan vazgeçilmezlik unsurunun aranmayabileceğine hükmetmiş-

tir⁵³. Buna göre, eğer ilgili sektör düzenlemeleri, hâkim durumda bulunan teşebbüsün, alt pazarda faaliyet gösteren rakiplerine önemli girdileri açmasını emrediyorsa, böyle bir durumda hâkim teşebbüs, girdilerini paylaşmayı kanunen reddedemeyeceğinden, sözleşme otomatikman yapılmış olacaktır. Böyle bir durumda, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, ihlal sonucu temelden bir sözleşme yapılması yerine, var ise eşitsizlik içeren hükümlerin eşit hale getirilmesi talep edileceğinden, ortada herhangi bir sözleşmeye zorlamadan bahsedilemeyecektir. Böylece, sektör regülasyonlarının erişime yönelik yükümlülükler getirdiği hallerde *Bronner* kriterlerinden vazgeçilmezlik unsurunun uygulama alanı bulamayacağı, zira ilgili unsurların vazgeçilmez olduklarının kanun koyucu (parlamento) tarafından halihazırda (kanuni metin bünyesinde) belirlendiği savunulmaktadır. Aynı görüş, *Slovak Telekom* kararında da tekrarlanmaktadır⁵⁴. *Google (Shopping)* kararında Mahkeme, yukarıda açıkladığımız *net neutrality* kurallarının varlığı ışığında *Google* üzerinde bir eşitlikçi davranış yükümlülüğünün doğduğuna kanaat getirmiş, böylece vazgeçilmezlik şartına yönelik bir araştırma yapılmasına gerek kalmadığını belirtmiştir. Bu konudaki çeşitli hukuki sorunları yukarıda işlediğimizden, ilgili bölümlere atıf yapmakla yetinmekteyiz⁵⁵.

Yine bağlam yönünden analiz noktasında karşımıza çıkan bir diğer nokta olan ilgili hizmetin doğası da zorunlu unsur incelemesinde Mahkeme'ce yararlanılan bir faktör olmuştur. Buna göre, *Bronner* davasında paylaşımı reddedilen gazete dağıtım ağının, *Magill* davasında paylaşılmayan televizyon programlarına ilişkin bilgilerin, *Microsoft* davasında ise erişimin engellendiği yazılım kodlarının doğası gereği gizli kalması gerektiği, başka bir deyişle bu yapıların paylaşılmamasından, ilgili teşebbüslerin bir fayda elde ettiği belirtilmektedir. *Google (Shopping)* kararında ise ilgili unsur olan arama motoru, doğası gereği ne kadar fazla sonucu içinde barındırırsa, şebeke etkileri ve tüketici fay-

⁵¹ Aynı yönde bkz. Christian Ahlborn, Gerwin Van Gerven, & William Leslie, 'Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFEU' (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 87.

⁵² Rekabet hukukunun hedeflediği amaçlardan saparak istenmeyen sonuçlara yol açtığı durumlardan birine örnek olarak bkz. Joe Sims & Deborah Herman, 'The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on

Merger Practice: A Case Study on the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation' (1996) 65 Antitrust Law Journal 865.

⁵³ Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin 18 Kasım 2020 tarihli ve T-814/17 sayılı *Lietuvos geležinkeliai* kararı.

⁵⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 25 Mart 2021 tarihli ve C-165/19 P sayılı *Slovak Telekom* kararı.

⁵⁵ Sayfa 7 vd.

dası maksimizasyonu sonucu, çekiciliğini o kadar arttıracığından, Google’ın davranışının *Bronner* ile aynı niteliklere sahip olmadığı değerlendirilmektedir.

III.3. Yargısal Denetim ve Hukuki Belirlilik

TFEU 263. maddenin birinci ve dördüncü fıkralarına göre Mahkeme, Avrupa Komisyonu gibi organların işlemlerine karşı, bu işlemlerden doğrudan etkilenen ve özel ilgisi bulunan gerçek veya tüzel kişilerin açtığı iptal davalarını karara bağlamakla yetkili ve görevlidir. Bu yetki ve görevin çerçevesi ise, 1/2003 sayılı Konsey Regülasyonunun 31. maddesinde sınırsız olarak (*unlimited jurisdiction*) belirlenmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, rekabet hukuku uygulamalarının oldukça karmaşık işlemler içerebileceği ve çok detaylı ve teknik analizler gerektirebileceği gerçeği karşısında AB mahkemeleri, rekabet soruşturmalarının bu gibi etaplarında Avrupa Komisyonu’nun makul bir takdir yetkisi bulunduğuna işaret etmişlerdir. Ancak, rekabet hukuku uygulamalarının aynı zamanda teşebbüsler bakımından çok ağır sonuçlara gebe olabileceğini göz önüne alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de konu hakkındaki kararları gereği içtihat değişikliğine gidilmiş ve Komisyon’un takdir yetkisi kalifiye edilmiştir⁵⁶. Buna göre AB mahkemeleri, her ne kadar karmaşık iktisadi değerlendirmeler karşısında Komisyon’a belirli bir manevra alanı bırakabilecekse de bu durum, Mahkemelerin, Komisyon bu değerlendirmeyi gerçekleştirirken ele alınan delillerin yerindeliğini ve deliller ile ulaşılan sonuç arasındaki bağı inceleyemeyeceği anlamına gelmemektedir⁵⁷. Hatta Mahkeme’nin yakın tarihli *Qualcomm, Servizio Elettrico Nazionale* ve *Intel II* kararlarında ve *Unilever* gibi Advocate-General görüşlerinde Komisyon lehine mevcut olan bu manevra alanının da gittikçe daraldığı gözlemlenmektedir⁵⁸. Güncel durum böyle olmakla birlikte, bu noktada altı

çizilmesi gereken en önemli nokta, Mahkemelerin, yargısal denetim kapsamında Komisyon yerine geçerek ihlal kararını veren organmışçasına, olay hakkında kendi değerlendirmelerini dayatmalarına yönelik getirilen yasaktır⁵⁹. Toparlamak gerekirse, cezanın hesaplanması gibi kompleks iktisadi işlemler gerektiren noktalarda Mahkemeler Komisyon’a belirli bir takdir yetkisi tanımakta ancak kullanılan deliller ile elde edilen sonuç arasındaki örgüyü inceleyebilmekte, buna karşılık ihlal kararında kullanılan hukuki test gibi konularda yerindelik denetimi yapamamaktadırlar⁶⁰. Bu durum literatürde bazı yazarlarca, AB Mahkemelerinin sahip olduğu sınırsız denetim yetkisinin bir “uyuyan güzel masalından ibaret olduğu” şeklinde eleştirilmektedir⁶¹.

Rekabet hukuku kararlarının yargısal denetiminde bir başka önemli nokta ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki hukuki belirlilik (*legal certainty*), AB hukukunun genel ilkelerinden olup, rekabet hukuku gibi ağır yaptırımlar öngören rejimler uygulanırken evleviyetle gözetilmesi gereken bir kavramdır⁶². Öte yandan, genel bir prensip olan hukuki belirlilik, zaman zaman çatıştığı diğer prensipler ve gereklilikler ile dengelenerek uygulanmak zorundadır. Bu diğer menfaatlardan biri de şüphesiz rekabet hukuku uygulamasının geliştirilmesi ve çağın gerekliliklerine ayak uydurmasıdır. Bu kapsamda hukuki belirlilik ile rekabet icrasının gelişimi arasındaki bu gerilim, ABAD kararlarına da yansımıştır. Örneğin, *AC-Treuhand* kararında Mahkeme, salt hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine dayanarak yeni geliştirilen zarar teorilerine karşı çıkılamayacağını belirtmiştir⁶³. Durum böyle olmakla birlikte, ilgili dengeleme egzersizinin her iki ilkeyi de olabildiğince ayakta tutması gerektiğine dikkat çekil-

⁵⁶ Eric Barbier de la Serre, ‘A lesson on judicial review from the other European Court in Luxembourg’ (*Kluwer Competition Law Blog*, 27 Nisan 2012) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2012/04/27/a-lesson-on-judicial-review-from-the-other-european-court-in-luxembourg/>.

⁵⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 8 Aralık 2011 tarihli ve C-386/10 P sayılı *Chalkor AE* kararı.

⁵⁸ Pablo Ibanez-Colomo, ‘AG Rantos in Case C-680/20, Unilever: on Intel as a general framework in Article 102 TFEU’ (*Chillin’Competition Blog*, 20 Temmuz 2022) <https://chillingcompetition.com/2022/07/20/ag-rantos-in-case-c-680-20-unilever-on-intel-as-a-general-framework-in-article-102-tfeu/>; Alfonso Lamadrid, ‘Case T-235/18, Qualcomm v European Commission (Part II: Substance)’ (*Chillin’Competition Blog*, 11 Temmuz 2022) <https://chillingcompetition.com/2022/07/11/case-t-235-18-qualcomm-v-european-commission-part-ii-substance/>.

⁵⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 28 Nisan 2016 tarihli ve C-603/13 P sayılı *Galp Energia Espana* kararı.

⁶⁰ Kullanılan testin hukuka uygun olarak uygulanıp uygulanmadığı denetlenirken, bu testi uygulamaya yönelik Komisyon iradesi denetlenemeyecektir – aksi takdirde Mahkeme, Komisyon yerine geçerek karar vermiş olacaktır.

⁶¹ Eric Barbier de la Serre, ‘Unlimited jurisdiction: the end of a misnomer?’ (*Kluwer Competition Law Blog*, 12 Eylül 2011) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2011/09/12/unlimited-jurisdiction-the-end-of-a-misnomer/>.

⁶² Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 16 Eylül 2008 tarihli ve C-288/07 sayılı *Isle of Wight* kararı.

⁶³ Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 22 Ekim 2015 tarihli ve C-194/14 P sayılı *AC-Treuhand* kararı.

melidir. Bu noktada, her ne kadar hukuki belirlilikten bahisle Komisyon'un yeni gelişen pazarlarda yeni zarar teorileri oluşturmamasının önüne geçilemeyecekse de belli başlı bazı araçlar kullanılarak, teşebbüslerin de ilgili belirsizlikten en az zarar ile kurtulmaları hedeflenmelidir. Bu durumun, özellikle kendini kayırma gibi anti-rekabetçi etkileri elde bulunan olaya göre değişiklik gösteren ve genel olarak piyasalar üzerindeki nüfuzu kesin olarak bilinemeyen, yeni zarar teorileri bakımından evleviyetle uygulanması savunulmalıdır⁶⁴. Örneğin Komisyon'un, 1/2003 sayılı Regülasyon çatısı altında parasal ceza uygulamamaya (veya cezada indirim yapmaya) karar verebileceği düzenlenmektedir⁶⁵. İlgili mekanizma, örneğin, yakın zamanda verilen ve teknik gelişimi yavaşlatma amacıyla yapılan kartellere karşı alınan ilk kararı teşkil eden *Emissions* kararında uygulanmıştır⁶⁶. Bu aracın, tam da *Google (Shopping)* gibi ilk kez kendini kayırma zarar teorisinin uygulandığı bir soruşturmada kullanılması hukuki güvenlik ve belirlilik açısından daha isabetli olabileceken, o zamana kadar görülmüş en yüksek cezanın uygulanması, ilgili prensiplerin yanı sıra cezanın meşruiyetini de şüpheye düşürmektedir⁶⁷. Bu noktada, salt yüksek pazar gücüne ve/veya geniş finansal kaynaklara sahip olduklarından bahisle büyük teknoloji firmalarının hukuki belirliliğe veya çeşitli usul haklarına erişiminin çok da önemli olmadığı, bu sorunların göz ardı edilebileceğine yönelik bazı görüşlerin savunulabilir bir yanı bulunmamaktadır⁶⁸.

IV. Sonuç

Google (Shopping) kararının sonuçları, dava kapsamını aşan ve AB rekabet hukukuna hâkim olan prensipleri derinden etkileyen niteliktedir. Bu itibarla, karardan çıkarılabilecek beş temel sonuç bulunduğu değerlendirilmektedir.

İlk olarak karar, AB rekabet hukuku analizlerinde bağlamanın ve bağlam temelli incelemenin önemini pekiştirmektedir. Gerçekten de karar, ABAD'ın geliştirdiği ve literatürde “realist yaklaşım” olarak da bilinen anlayışı desteklemektedir⁶⁹. Realist yaklaşıma göre, bir rekabet hukuku analizi yapılırken, ilgili teşebbüs faaliyeti ile ilişkisi bulunan hukuki, olgusal, iktisadi ve diğer tüm faktörlerin ele alınması ve inceleme dahilinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Durum böyle olmakla birlikte, realist yaklaşımın kapsamının çok geniş tutulması hem hukuki belirliliğe zarar verebilecek hem de ilgili analizin yanıltıcı sonuçlara doğru evrilmesine yol açabilecektir. *Google (Shopping)* kararı özelinde, Google'ın piyasa konumu ile herhangi bir ilgili bulunmayan *net neutrality* kurallarının rekabetçi analize dahil edilmesi, söz konusu tehlikeye bir örnek niteliğindedir. Ek olarak, her ne kadar realist yaklaşım ABAD tarafından benimsenmiş olsa da bu yaklaşım da kendi içerisinde belli avantaj ve dezavantajlar içermektedir. Yargıç Easterbrook tarafından da ifade edildiği üzere, ihlal iddialarının incelenmesinde ilgili tüm unsurların dikkate alınması, hiçbir unsurun tek başına karara kaynak teşkil edemeyeceğine delalet eder⁷⁰. Bu durum her ne kadar Tip I (hatalı pozitif) ve Tip II (hatalı negatif) karar verme olasılığını azaltsa da analiz kapsamı çok genişlediğinden, bizzat karar verme masraflarını (“*decision costs*”) arttırmaktadır⁷¹.

İkinci olarak karar, AB rekabet hukuku ile platform iş modelleri arasında temelden bir uyumsuzluğun varlığına işaret etmektedir. Zira AB rekabet hukuku, kararda uygulandığı haliyle eşitlikçi ve adil bir piyasa rekabeti prensibini benimserken, platformların temel felsefesi tüketici refahı ve platform değeri uğruna gerektiğinde ayrımcılık yapmak üzerine kuruludur⁷². Öyle görünmektedir ki tam da bu sebepten dolayı Mahkeme, kararında “bir teşebbüsün salt iş

⁶⁴ Patrice Bougette, Axel Gautier, & Frederic Marty, ‘Business Models and Incentives: For an Effects-Based Approach of Self-Preferencing?’ (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 136.

⁶⁵ Magali Eben, ‘Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?’ (2018) 14 European Competition Journal 129.

⁶⁶ Avrupa Komisyonu’nun 8 Temmuz 2021 tarihli ve Case AT.40178 sayılı *Car Emissions* kararı.

⁶⁷ Justin Lindeboom, ‘Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping’ (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 63.

⁶⁸ Ceara Tonna-Barthet & Louis O’Carroll, ‘Procedural justice in the age of tech giants – justifying the EU Commission’s approach to competition law enforcement’ (2019) 16 (2) European Competition Journal 264.

⁶⁹ Damjan Kukovec, ‘The realist trend of the Court of Justice of the European Union’ EUI Working Paper LAW 2021/11 https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/72658/LAW_2021_11_rev.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

⁷⁰ Frank Easterbrook, ‘Limits of Antitrust’ (1984) 63 Texas Law Review 1 (“when everything is relevant, nothing is dispositive”).

⁷¹ Frederick Beckner & Steven Salop, ‘Decision Theory and Antitrust Rules’ (1999) 67 Antitrust Law Journal 41.

⁷² Geoffrey Parker, Marshall Van Alstyne, & Georgios Petropoulos, ‘Digital Platforms and Antitrust’ (2020) SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397; Michael Cusumano, Annabelle Gawer, & David Yoffie, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power* (Harper 2019).

modelinin doğası ayrımcılık gerektiriyor diye rekabet hukuku kurallarının kapsamı dışına çıkartılamayacağını” belirtme gereği duymuştur.

Üçüncü olarak, karar ile AB’de zorunlu unsur doktrininin ve vazgeçilmezlik şartı gibi gerekliliklerin kapsamının daraltıldığı gözlemlenmektedir. Esasen Microsoft kararı ile başlayan bu süreç, *Lietuvos gelezinkeliai*, *Slovak Telekom* ve nihayet *Google (Shopping)* ile son halini almıştır. Nitekim bu durum, çeşitli sebeplerin varlığı (düzenleyici hükümler, ultra dominant pazar konumu gibi) gerekçe gösterilerek vazgeçilmezlik unsurunun aranmaması şeklinde gündeme gelmektedir. Bu yaklaşımın, ABD’de yaşanan gelişmelerin tam tersi olduğu söylenebilir. Zira *Aspen Skiing*, *Trinko* ve *Linkline* gibi kararlarda ABD Yüksek Mahkemesi, aksine bir yol izleyerek, zorunlu unsur doktrininin ve dolayısıyla sözleşme yapma zorunluluğunu rekabet hukukunun dışına kadar itmiş; bu gibi yükümlülüklerin çok sınırlı ve istisnai koşulların varlığı halinde gündeme gelebileceğini belirtmiştir⁷³.

Dördüncü olarak karar, kendini kayırmaya yönelik davranışların, mal vermenin reddinden ayrık ve kendi başına öne sürülebilir zarar teorileri olduğunu onaylamıştır. Bu durum, *TeliaSonera* kararından aşına olduğumuz ve fiyat sıkıştırmasının da ayrık bir zarar teorisi olduğunu belirten doktrine benzemektedir. Her iki yaklaşımın da zarar teorilerini geniş yorumlamak suretiyle Komisyon’un uluslararası gücünü koruma isteğinden kaynaklandığı söylenebilecektir.

Beşinci ve son olarak karar, yakın zamanda kabul edilen DMA ile olan ilişkiler bakımından da sonuçlar doğuracaktır. Her ne kadar DMA’nın yürürlüğe girmesiyle eşik bekçisi olarak belirlenen büyük teknoloji firmalarına DMA hükümleri uygulanacaksa da rekabet hukuku önemini korumaya devam edecektir. Özellikle bpost kararı ışığında DMA ve rekabet hukukunun birlikte uygulanması, prensipte *ne bis in idem* ilkesine aykırı değildir. Ayrıca detaylıca açıkladığımız üzere, rekabet – regülasyon ilişkisi gereği DMA kapsamında elde edilen tecrübe ve çıkarımlar ve hatta eşik bekçisi statüsü, rekabet hukuku uygulamalarına ışık tutabilecektir.

⁷³ Edward Cavanagh, ‘Trinko: A Kinder, Gentler Approach to Dominant Firms Under the Antitrust Laws?’ (2007) 59 Maine Law Review 111.

KAYNAKÇA

Aaron Schur, 'The Critiques Against the American Innovation and Choice Online Act Miss the Mark' (*ProMarket*, 18 Temmuz 2022) <https://www.promarket.org/2022/07/18/the-critiques-against-the-american-innovation-and-choice-online-act-miss-the-mark/>.

Alberto Pera, 'Fairness, competition on the merits and article 102' (2022) *European Competition Journal*.

Alessia Sophia D'Amico & Baskaran Balasingham, 'Super-dominant and super-problematic? The degree of dominance in the Google Shopping judgement' (2022) *European Competition Journal*.

Alfonso Lamadrid, 'Case T-235/18, Qualcomm v European Commission (Part II: Substance)' (*Chilling Competition Blog*, 11 Temmuz 2022) <https://chillingcompetition.com/2022/07/11/case-t-235-18-qualcomm-v-european-commission-part-ii-substance/>.

Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press 2020).

B Kotapati, Simon Mutungi, Melissa Newham, Jeff Schroeder, Shili Shao, & Melody Wang, 'The Antitrust Case Against Apple' (2020) *Digital Platform Theories of Harm Paper Series No. 2* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3606073.

Ceara Tonna-Barthet & Louis O'Carroll, 'Procedural justice in the age of tech giants – justifying the EU Commission's approach to competition law enforcement' (2019) 16 (2) *European Competition Journal* 264.

Christian Ahlborn, Gerwin Van Gerven, & William Leslie, 'Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFEU' (2022) 13 (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 87.

Christian Bergqvist, 'Discriminatory Abuse – Time to clear up the ambiguities!' (*Kluwer Competition Law Blog*, 3 Kasım 2021) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/11/03/discriminatory-abuse-time-to-clear-up-the-ambiguities/>; Nicolas Petit, 'Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf' (2015) 1 *Competition Law and Policy Debate* 1.

Cristina Caffarra & Fiona Scott Morton, 'The European Commission Digital Markets Act: A Translation' (*VoxEU*, 5 Ocak 2021) <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>.

Damien Geradin, 'Apple's constructive refusal to comply with the law: A harbinger of things to come?' (*The Platform Law Blog*, 18 Mart 2022) <https://theplatformlaw.blog/2022/03/18/apples-constructive-refusal-to-comply-with-the-law-a-harbinger-of-things-to-come/>.

Damjan Kukovec, 'The realist trend of the Court of Justice of the European Union' *EUI Working Paper LAW* 2021/11 https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/72658/LAW_2021_11_rev.pdf?sequence=4&isAllowed=y.

Edward Cavanagh, 'Trinko: A Kinder, Gentler Approach to Dominant Firms Under the Antitrust Laws?' (2007) 59 *Maine Law Review* 111.

Eric Barbier de la Serre, 'A lesson on judicial review from the other European Court in Luxembourg' (*Kluwer Competition Law Blog*, 27 Nisan 2012) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2012/04/27/a-lesson-on-judicial-review-from-the-other-european-court-in-luxembourg/>.

Eric Barbier de la Serre, 'Unlimited jurisdiction: the end of a misnomer?' (*Kluwer Competition Law Blog*, 12 Eylül 2011) <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2011/09/12/unlimited-jurisdiction-the-end-of-a-misnomer/>.

Fiona Scott Morton, Steven Salop, & David Dinielli, 'Why Congress Should Pass the American Innovation and Choice Online Act' (*ProMarket*, 8 Temmuz 2022) <https://www.promarket.org/2022/07/08/why-congress-should-pass-the-american-innovation-and-choice-online-act/>.

Frank Easterbrook, 'Limits of Antitrust' (1984) 63 *Texas Law Review* 1.

Frederick Beckner & Steven Salop, 'Decision Theory and Antitrust Rules' (1999) 67 *Antitrust Law Journal* 41.

Friso Bostoen, 'The General Court's Google Shopping Judgment Finetuning the Legal Qualifications and Tests for Platform Abuse' (2022) 13 (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 75.

Geoffrey Parker, Marshall Van Alstyne, & Georgios Petropoulos, ‘Digital Platforms and Antitrust’ (2020) SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608397

Giuseppe Colangelo, ‘The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: A Liaison Dangereuse’ (2022) ICLE White Paper No. 03-23 <https://lawecon-center.org/wp-content/uploads/2022/03/Giuseppe-Dou-ble-triple-jeopardy-final-draft-20220225.pdf>.

Gregory Werden, ‘Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The “No Economic Sense” Test’ (2006) 73 (2) Antitrust Law Journal 21.

Harry First, ‘Bork and *Microsoft*’: Why Bork Was Right and What We Learn About Judging Exclusionary Behavior’ (2014) 79 (3) Antitrust Law Journal 1017.

Ioannis Kokkoris, ‘The Google Saga: episode I’ (2018) 14 (2) European Competition Journal 462.

Joe Sims & Deborah Herman, ‘The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study on the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation’ (1996) 65 Antitrust Law Journal 865.

John Lopatka & William Page, ‘Bargaining and Monopolization: In Search of the “Boundary of Section 2 Liability” Between Aspen and *Trinko*’ (2005) 73 (1) Antitrust Law Journal 115.

Justin Lindeboom, ‘Rules, Discretion, and Reasoning According to Law: A Dynamic-Positivist Perspective on Google Shopping’ (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 63.

Lena Hornkohl, ‘Article 102 TFEU, Equal Treatment and Discrimination after Google Shopping’ (2022) 13 (2) Journal of European Competition Law & Practice 99.

Magali Eben, ‘Fining Google: a missed opportunity for legal certainty?’ (2018) 14 European Competition Journal 129.

Michael Cusumano, Annabelle Gawer, & David Yoffie, *The Business of Platforms: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power* (Harper 2019).

Michelle Cini & Patryk Czulno, ‘Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change’ (2022) 44 Journal of European Integration 41.

Niamh Dunne, ‘The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment’ (2021) 44 (3) World Competition 287.

Niklas Elert & Magnus Henrekson, ‘Evasive Entrepreneurship’ (2016) 47 Small Business Economics 95.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘AG Rantos in Case C-680/20, Unilever: on Intel as a general framework in Article 102 TFEU’ (*Chillin’Competition Blog*, 20 Temmuz 2022) <https://chillingcompetition.com/2022/07/20/ag-rantos-in-case-c%e2%80%9991680-20-unilever-on-intel-as-a-general-framework-in-article-102-tfeu/>.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘Anticompetitive Effects in EU Competition Law’ (2021) 17 (2) Journal of Competition Law & Economics 309.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘Indispensability and Article 102 TFEU: it is not about Bronner (and refusals), but about Van den Bergh Foods (and remedies)’ (*Chillin’Competition*, 6 Mart 2020) <https://chillingcompetition.com/2020/03/06/indispensability-and-article-102-tfeu-it-is-not-about-bronner-and-refusals-but-about-van-den-bergh-foods-and-remedies/>.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation’ (2019) 10 (7) Journal of European Competition Law & Practice 424.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘Product Design and Business Models in EU Antitrust Law’ (2021) SSRN https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3925396.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘The General Court in Case T-612/17, Google Shopping: the rise of a doctrine of equal treatment in Article 102 TFEU’ (*Chillin’Competition Blog*, 10 Kasım 2021) <https://chillingcompetition.com/2021/11/10/the-general-court-in-case-t%e2%80%9991612-17-google-shopping-the-rise-of-a-doctrine-of-equal-treatment-in-article-102-tfeu/>.

Pablo Ibanez-Colomo, ‘The Italian Competition Authority in Enel v Google: will Bronner and Magill survive common carrier antitrust?’ (*Chillin’Competition*, 27 Mayıs 2021) <https://chillingcompetition.com/2021/05/27/the-italian-competition-authority-in->

enel-v-google-will-bronner-and-magill-survive-common-carrier-antitrust/.

Pablo Ibanez-Colomo, 'The legal test and the remedy are not two separate steps; they are two sides of the same coin' (*Chilling Competition Blog*, 11 Ağustos 2020) <https://chillingcompetition.com/2020/08/11/the-legal-test-and-the-remedy-are-not-two-separate-steps-they-are-two-sides-of-the-same-coin/>.

Patrice Bougette, Axel Gautier, & Frederic Marty, 'Business Models and Incentives: For an Effects-Based Approach of Self-Preferencing?' (2022) 13 (2) *Journal of European Competition Law & Practice* 136.

Patrick Actis Perinetti, 'Intent and competition law assessment: useless or useful tool in the quest for legal certainty?' (2019) 15 *European Competition Journal* 153.

Pelin Güven, 'Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu' (2005) *Legal Mali Hukuk Dergisi* 641.

Philip Areeda, 'Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles' (1989) 58 (3) *Antitrust Law Journal* 841.

Pier-Luigi Parcu, Giorgio Monti, & Marco Botta, *Economic Analysis in EU Competition Policy: Recent Trends at the National and EU Level* (Elgar 2022).

Rekabet Kurumu, 'E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelmesi Nihai Raporu' (Nisan 2022) <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sektor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-20220425105139595-pdf>.

Reşit Gürpınar, 'Türk Rekabet Hukukunda *Ne Bis In Idem* İlkesi ve Özel Görünümleri' (2022) BASEAK CORE Papers No:17 <https://www.baseak.com/en/insights/alerts/2022/may/17/baseak-core-papers-17>.

Robert Bork & Gregory Sidak, 'What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?' (2012) 8 (4) *Journal of Competition Law & Economics* 663.

Selçukhan Ünekbaş, 'Competition, Privacy, and Justifications: Invoking Privacy to Justify Abusive Conduct Under Article 102 TFEU' (2022) 2 *Journal of Law, Market & Innovation* 123.

Stephen Maurer & Suzanne Scotchmer, 'The Essential Facilities Doctrine: The Lost Message of Terminal Railroad' (2014) 5 *California Law Review* 296.

Subcommittee: Foreign Antitrust Laws of the International Trade Committee of the Section, 'The "Antitrust" Provisions of the European Common Market Treaty' (1960) 16 *Proceedings at the Spring Meeting* 118.

Thomas Lambert, 'AICOA Is Neither Urgently Needed Nor Good: A Response to Professors Scott Morton, Salop, and Dinielli' (*Truth On The Market*, 25 Temmuz 2022) <https://truthonthemarket.com/2022/07/25/aicoa-is-neither-urgently-needed-nor-good-a-response-to-professors-scott-morton-salop-and-dinielli/>.

İÇTİHAAT

ABD İkinci Bölge İstinaf Mahkemesi, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

ABD Washington D.C. Bölge İstinaf Mahkemesi, *Rothery Storage Van Co. v. Atlas Van Lines*, 792 F.2d 210 (D.C. Cir. 1986).

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 10 Kasım 2021 tarihli ve T-612/17 sayılı *Google (Shopping)* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 16 Eylül 2008 tarihli ve C-288/07 sayılı *Isle of Wight* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 22 Ekim 2015 tarihli ve C-194/14 P sayılı *AC-Treuhand* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 22 Mart 2022 ve C-117/20 sayılı *bpost* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 25 Mart 2021 tarihli ve C-165/19 P sayılı *Slovak Telekom* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 26 Kasım 1998 tarihli ve C-7/97 sayılı *Bronner* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 28 Nisan 2016 tarihli ve C-603/13 P sayılı *Galp Energia Espana* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 29 Nisan 2004 tarihli ve C-418/01 sayılı *IMS Health* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 5 Ekim 1988 tarihli ve C-238/87 sayılı *Volvo* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 6 Mart 1974 tarihli ve C-7/73 sayılı *Commercial Solvents* kararı.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 6 Nisan 1995 tarihli ve C-241/91 P ve C-242/92 P sayılı *Magill* kararı.

Balcıoğlu Selçuk Ardıyok Keki

Bariş Yüksel. Selçukhan Ünekbaş – Avrupa Birliğı Genel Mahkemesi’nin Google (Shopping) Kararının Bir İncelemesi

Avrupa Birliğı Adalet Divanı’nın 8 Aralık 2011 tarihli ve C-386/10 P sayılı *Chalkor AE* kararı.

Avrupa Birliğı Adalet Divanı’nın 9 Kasım 1983 tarihli ve C-322/81 sayılı *Michelin I* kararı.

Avrupa Birliğı Genel Mahkemesi’nin 17 Eylül 2007 tarihli ve T-204/01 sayılı *Microsoft* kararı.

Avrupa Birliğı Genel Mahkemesi’nin 18 Kasım 2020 tarihli ve T-814/17 sayılı *Lietuvos geležinkeliai* kararı.

Avrupa Komisyonu’nun 8 Temmuz 2021 tarihli ve Case AT.40178 sayılı *Car Emissions* kararı.

Avrupa Komisyonu’nun Case COMP/AT.40462 ve Case COMP/40703 sayılı *Amazon – Buy Box* ve *Amazon – Marketplace* soruşturmaları.