



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Mart 2021, Sayı: 142

Rekabet Derneği, 20 Mayıs 2004 tarihinde kurulmuş bir sivil toplum örgütüdür. Derneğin amacı Türkiye'de rekabet ortamının ve rekabet kültürünün gelişmesine katkıda bulunmaktır.

Bu dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına ait olup Rekabet Derneği'ni bağlayıcı değildir.

Web: www.rekabetderneqi.org

DİJİTAL PLATFORMLAR: REGÜLASYON TARTIŞMALARI¹

Av. Dr. Cihan Doğan

Giriş: Dijital Platformlar

Platform, en basit tanımıyla, birden fazla müşteri grubuna hizmet sağlayan ve hizmet sağladığı müşteri gruplarının talepleri arasında ağ dışsallığı bulunan iş modelini ifade eder. En klasik örneği *Amazon*, *HepsiBurada* ve *Trendyol* gibi çevrimiçi pazaryeri platformlarıdır. Bunlar bir taraftan platform bünyesinde satış yapmak isteyen perakendecilere hizmet sağlarken, diğer taraftan platform bünyesinde alışveriş yapmak isteyen tüketicilere hizmet sağlamaktadır. Üstelik bu müşteri gruplarının talepleri arasında dolaylı eĝ etkisi bulunmaktadır. Perakendecilerin platforma atfettiği değer, platformu kullanan tüketici sayısı arttıkça artmaktayken, tüketicilerin platforma atfettiği değer de platformda faaliyet gösteren perakendecilerin sayısı arttıkça artmaktadır. Bu açıdan, bu müşteri gruplarının talepleri arasında, karşılıklı ve her iki taraf için pozitif bir dolaylı ağ etkisi söz konusudur. Benzer çıkarım *YemekSepeti* ve *GetirYemek* gibi çevrimiçi

¹ Bu çalışma, 26 Şubat 2021 tarihinde, Rekabet Derneği tarafından düzenlenen etkinlikte yapılan konuşma ve yazarın "*Elektronik Ticaret Platformları Özelinde Çok Taraflı Pazarlar: Rekabet Hukuku ve İktisadi Açısından Yaklaşım*" başlıklı tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

yemek sipariş platformları ve *Booking* ve *Hotels* gibi çevrimiçi konaklama rezervasyon platformları açısından da yapılabilir.

Platformların faaliyet gösterdiği piyasalarda, ölçek ve kapsam ekonomisi, veri avantajı, tüketici önyargıları ve ağ dışsallıkları gibi muhtelif iktisadi özellikler sebebiyle, önemli bir yoğunlaşma eğilimi bulunur. Bunun yanında geleneksel rekabet hukuku araçlarının platformların faaliyet gösterdiği piyasalara uygulanabilirliği noktasında ortaya çıkan çekinceler, bu piyasaların kendini düzelteceğine yönelik inancın zayıflaması ve rekabet hukuku müdahalesinin *ex-post* yapısı dolayısıyla etkin olmadığı yönündeki çekinceler sebebiyle, platformların regülasyonu tartışılmakta ve bu alanda önemli adımlar atılmaktadır.

I. Dijital Platformlar: Temel Endişe ve Rekabet Hukukunun Etkinliği

Platformların faaliyet gösterdiği piyasalar bakımından temel endişeler, genel olarak, platformun piyasa gücünün bulunması sebebiyle, hizmet sağladığı müşteri grupları arasında ayrımcılık yapması, müşterilerine veya üçüncü taraflara entegrasyon sağlamaması, ağır sözleşme koşulları dayatması, topladığı verileri üçüncü bir tarafla paylaşmaması ve bu verileri salt kendisinin kullanarak rakiplerine ve/veya müşterilerine zarar vermesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Platformların, genel olarak, kendileri tarafından kontrol edilen bir ekosistem yaratıp, ekosistemin herhangi bir kademesinde kendisine rakip olabilecek teşebbüsleri piyasa dışına itme motivasyonu ve kabiliyeti bulunur.

Bu endişelerle mücadele açısından üç temel sebeple, rekabet hukukunun etkin bir araç olmadığı savunulmaktadır. *İlk olarak*, rekabet hukuku, tek taraflı davranışlara müdahale için hâkim durum şartı aramaktadır. Platformların piyasadaki rekabeti bozma potansiyeli taşıyan davranışlarının çoğu kurguda tek taraflı davranış olduğu düşünüldüğünde, rekabet hukuku müdahalesinin ekseriyetle hâkim durumun kötüye kullanılması tahtında gerçekleşmesi beklenir. *İkinci olarak*, rekabet hukuku müdahalesi *ex-post* niteliktedir. Yani, rekabet karşıtı eylem gerçekleştikten ve hatta çoğu zaman piyasadaki rekabet bozulduktan sonra rekabet hukuku

müdahalesi söz konusu olabilmektedir. Dinamik piyasalar açısından gecikilmiş bir müdahale ise son derece maliyetlidir. *Üçüncü olarak*, rekabet hukuku müdahalesinde piyasa tanımı ve ilgili eylemin piyasada olumsuz etki doğurduğunun (veya doğurabileceğinin) ortaya koyulması gerekir ki dijital platformların faaliyet gösterdiği piyasaların karmaşık yapısı dolayısıyla bu son derece meşakkatli olabilir.

II. Avrupa Komisyonu Tarafından Hazırlanan DMA Tasarısı

Avrupa Birliği Komisyonu, 15 Aralık 2020 tarihinde *Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (=Digital Markets Act veya DMA Tasarısı)* başlıklı bir tasarı hazırlamıştır. Bu tasarının temelinde, çok sayıda ticari kullanıcının ticari faaliyetlerinde bu platformlara bağımlı olması ve bunun da ticari kullanıcılara karşı adil olmayan uygulamalara sebep olabildiği yatmaktadır. Nitekim platformların gücü piyasada yüksek fiyat, düşük kalite ve yetersiz inovasyon ile daha az ürün çeşitliliğine sebep olmak suretiyle tüketicilere zarar verebilir.

DMA tasarısında, belirlenen kriterleri karşılayan teşebbüsler geçit bekçisi olarak adlandırılmakta ve bunların muhtelif eylemlerde bulunması yasaklanmaktadır. Mesela, geçit bekçisi platformlara üçüncü taraflara entegrasyon sağlama, bağlama yapmama ve kendi hizmetini ön plana çıkarmama gibi muhtelif yükümlülükler getirilmesi öngörülmektedir. Benzer şekilde, geçit bekçisi platformun sözleşmesel ilişkilerinde en çok kayrılan müşteri koşulu olarak bilinen koşulları kullanmasının da yasaklanması öngörülmektedir.

Bir rekabet hukuku müdahalesinden önemli ölçüde ayrışan ve genel olarak regülasyon yönü çok ağır basan DMA tasarısına ihtiyaç var mıdır? Her şeyden önce şunu çok açık ve net bir şekilde ifade etmek gerekir: Tüm dünyada, dijital platformların regülasyonu konusu uzun zamandır tartışılmaktadır. Fakat Komisyon'un DMA tasarısı, bu tartışmada, müdahale tarafını tutanların sesinin daha yüksek bir şekilde çıkmasına sebebiyet vermiştir. Fakat, DMA tasarısının bir

rekabet hukuku müdahalesi olmadığı hala kavranmamış olacak ki; bu tasarıyla sanki rekabet hukuku zemininin genişletildiği gibi bir algı yaratılmaktadır.

Şurası net: DMA tasarısının regülasyon yönü çok ağır basmakta ve müdahale tarzı ve yapısı itibarıyla rekabet hukuku müdahalesinden önemli ölçüde farklılaşmaktadır. Zaten kapsamında rekabet hukukunun temelinde yatan etki analizine dahi yer verilmemiştir. İşin ilginç tarafı ise DMA tasarısıyla müdahale edilmek istenen davranışların neredeyse tamamının daha önce rekabet hukuku müdahalesine konu olmasıdır. Yani bu yasaklı davranışların çoğunluğu ya bir rekabet otoritesinde soruşturulmakta ya da daha önce soruşturulmuş ve idari yaptırım uygulanmıştır. Dünyanın farklı yargı yerlerindeki bağlama, kendini önceleme ve en çok kayrılan müşteri koşuluna yönelik uygulamalar argümanımızı destekler niteliktedir.

III. Ülkemiz Açısından Nasıl Bir Yol İzlenmelidir?

Ülkemiz açısından DMA tasarısına benzer bir düzenleme getirilirse, belirli eşikler belirlenecek ve bu eşikleri aşan platformlara belirli davranışlarda bulunma ve belirli davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirilecektir. Bunun gerekli ve olmaz olmaz olduğu sonucuna ulaşabilmemiz için, *ilk olarak*, ülkemizde faaliyet gösteren ve hâkim durumda olmamasına ve haliyle tek taraflı eylemleriyle piyasadaki rekabete zarar veremeyen, yani piyasadaki davranışları rekabet tarafından kontrol edilmeyen teşebbüslerin muhtelif eylemlerinin ekonomi için olumsuz sonuçları olabileceğinin kabulü gerekir. *İkinci olarak* ise, bu düzenlemeyle belirlenecek eşiklerin tüm bu platformları kapsama alacak şekilde belirleneceğinin varsayılması gerekmektedir. Alternatif olarak rekabet hukuku müdahalesinin *ex-post* niteliği gereği veya piyasa tanımı ve piyasa üzerindeki etkiyi gerektirmesi sebebiyle etkin olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Ne var ki; tüm bu varsayımlar son derece güçlüdür ve destekleyici ampirik veriye ihtiyaç gerekir. Konuya ilişkin ciddi piyasa araştırmaları yapmadan bu sonuca ulaşmak yerinde olmayabilir.

Ülkemiz açısından bakıldığında, doğrudan DMA tasarısı benzeri bir yasal düzenlemeye gidilmeden önce, atılması gereken öncelikli adımlar bulunmaktadır. Bunlardan *ilki*, rekabet hukuku uygulaması açısından, benimsenmesi gereken ilk yaklaşım, piyasa gücüne dair geleneksel bakış açısından ziyade platformların faaliyet gösterdiği piyasalar gibi dinamik ve yoğunlaşmaya meyilli piyasalar açısından daha esnek bir piyasa gücü analizinin belirlenmesidir. Bu sayede, platformların piyasa gücü daha doğru bir şekilde değerlendirilebilir ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi daha geniş bir uygulama alanı bulabilir. Bu açıdan hukuki belirliliği sağlamak adına, Kurum'un ikincil mevzuat ihdas etmesi yerinde olacaktır.

İkinci olarak, zarar teorileri özellikle kapsam ekonomisi sebebiyle ortaya çıkması muhtemel konglomera etkilerin ölçümü için olabildiğince geniş ve esnek yorumlanmalıdır. Bunun en klasik örneği ise kendini önceleme eylemidir. Bunun dışında yeni zarar teorilerinin geliştirilmesi de gerekli olabilir. 4054 sayılı Kanun buna müsaade ettiği gibi, Kurul da kendine sağlanan esnekliği bugüne kadar istikrarlı ve farklı yargı yerlerindeki rekabet otoritelerinin kararlarıyla uyumlu bir şekilde kullanmıştır. Bu açıdan söz konusu istikrarın yeni zarar teorilerini kullanma ve hatta yeni zarar teorilerinin geliştirilmesi noktasında sürdürülmesi gerekir.

Üçüncü olarak, piyasaların dinamik yapısı sebebiyle, müdahalede geç kalma riskini bertaraf etme amacına yönelik olarak, Kurul'un geçici tedbir kurumunu daha yoğun ve esnek bir şekilde kullanması gerekir. Bu yetki zaten Kurul'a 4054 sayılı Kanun marifetiyle verilmiştir. Bu yetkinin yoğun bir şekilde kullanımı, rekabet hukuku müdahalesinin *ex-post* yapısına bağlı olarak ortaya çıkması muhtemel müdahalede gecikme endişesini giderebilir. Bu açıdan önemli bir yetki olduğu ortadadır.

Dördüncü olarak, platformun kullandığı dikey sınırlamalara yönelik olarak, dikey sınırlamalara ilişkin ikincil mevzuatın güncellenmesi gerekir. İkincil mevzuatın bu haliyle platformlara uygulanmasının piyasa için son derece olumsuz sonuçları olabilir. Tabii ki bu noktada mevcut mevzuatın güncellenmesi yerine platformlar

bakımından ayrı bir ikinci mevzuat ihdas edilmesi de düşünülebilir. Dijital piyasalardaki rekabetin ancak piyasaya yeni girişlerle mümkün olabileceği, bunun da müşteri gruplarının birden fazla platformu kullanma imkanıyla mümkün olabileceği ve platformların bu imkânı engellemek adına uygulamada en çok kayrılan müşteri, rekabet etmeme yükümlülüğü gibi sınırlamalar marifetiyle müşteri gruplarının çok kaynaktan beslenmesini engellediği düşünüldüğünde, bu tarz sınırlama kullanımına müdahalenin önceliklendirilmesi çok daha anlamlı olur.

Beşinci olarak, platformlar bakımından veri taşıma ve birlikte işlerlik konusunda ikincil mevzuatın ihdas edilmesi düşünülebilir. Platformların ekosistem yaratarak hem piyasa gücünün kaynağı hem de komşu piyasalardaki rekabeti engelleme imkânını azaltmak adına platformlar arası birlikte işlerlik ve veriye ilişkin konularda müdahale gerekebilir. Bu da aslında piyasanın rekabetçi olması için son derece önemlidir. Nitekim bu piyasalarda rekabet ancak yeni girişlerle sağlanabilir ve bunun için de birlikte işlerlik ve veri taşıma konuları son derece önemlidir.

Altıncı olarak, piyasa gücünden bağımsız bir platform regülasyonunun ihdas edilmesi düşünülebilir. AB kapsamında yürürlüğe giren Platform Regülasyonu bu kapsamda yol gösterici olabilir. Böylesi bir düzenleme ile, platform ile hizmet sağladığı müşteri grupları arasındaki ilişki (fiyat dışı konularda) düzenlenerek, platform ile perakendecinin eşit şartlarda pazarlık yapmasının zemini hazırlanabilir. Bu regülasyon kapsamında platform ile perakendeci arasındaki ilişkide, belirlilik, öngörülebilirlik, orantılılık, eşitlik ve şeffaflık gibi temel ilkeler ışığında çerçeve kurallar belirlenebilir. Ayrıca, bu kapsamdaki bir düzenlemeyle tüketicinin daha doğru karar alması sağlanabilir ve platform ile tüketici arasındaki bilgi asimetrisi bir ölçüde giderilebilir.

Böylesi bir *ex-ante* düzenleme marifetiyle, genel olarak, platforma erişimin eşit ve makul şartlarda olması, platformun arama sonuçlarına yönelik algoritmasını yine ayrımcı olmayacak şekilde kurgulaması, verinin taşınabilirliği ve verinin paylaşımına izin verilmesi, platformun iş yapış modelinin adil ve şeffaf olması ve

birlikte işlerlik gibi muhtelif kurallar ihdas edilebilir. Bu kuralların olumlu yanı, platformları hangi eylemin ihlal olduğu konusunda net, açık ve kesin bir şekilde önceden uyarır nitelikte olmasıdır. Bu hukuki belirlilik açısından olumludur. Yani aslında platformun yanlış yapmasını bekleyip sonrasında cezalandırmaktansa önceden platforma müdahale edilmektedir. Bu durumda, piyasada rekabet bozulmaksızın bir müdahale söz konusu olacaktır ve bu düzenlemeler hukuki belirliliği sağladığı için platformlar açısından da olumlu karşılanabilir.

Fakat bu noktada şunu netleştirmek lazım: Bir eylem hem 4054 sayılı Kanun hem de muhtemel bir platform regülasyonunu ihlal ediyor olabilir. Bu durumda, mevcut rekabet hukuku araçlarıyla bu eylemlere müdahale mümkündür. Fakat, bu platform regülasyonunun fonksiyonu daha çok platformun piyasa gücüne bağlı olmayan eylemleri açısından uygulama alanı bulması olacaktır. Üstelik *ex-ante* niteliği gereği daha etkin olabilir. Fakat bu düzenlemenin uygulayıcısının Rekabet Kurumu olmaması gerekir. Nitekim doğrudan piyasadaki rekabet ile ilintili bir konu değildir.

Sonuç

DMA tasarısına benzer bir mevzuat çalışması açısından acele edilmemesi gerekir. Mevcut durumda böylesi bir düzenlemeye ihtiyaç olduğunu ortaya koyacak yeterli ampirik çalışma bulunmamaktadır. DMA tasarısı gibi, doğrudan yasaklayıcı normların yer aldığı tasarıya benzer bir düzenlemenin piyasada ne tür etkiler doğurabileceğine ilişkin de ilave çalışma yapılması gerekir. Üstelik henüz Rekabet Kurumu nezdinde yürüyen sektör araştırmaları sonuçları kamuoyuyla paylaşılmadı. Bu konudaki yetkili kurumun bile bu piyasadaki sorunları tespit ettiği raporlar tamamlanmadan, bu yönde karar almak piyasaya yanlış mesaj verebilir.

Tabii, şurası net: Gerekli olduğunda piyasalara müdahale edilebilir. Bu daha önce farklı piyasalar açısından da yapıldı. Fakat henüz hiçbir şekilde doymamış ve önemli bir büyüme ivmesine sahip piyasalar açısından, yeterli ampirik veri olmaksızın müdahaleye girişilmesinin piyasa üzerinde olumsuz etkileri söz konusu olabilir. Zaten, Rekabet Kurumu'nun bugüne kadarki uygulamaları, Kurul

kararlarıyla doğrudan soruna müdahale edilebileceğini göstermektedir. Kurul'un vermiş olduğu kararlardaki zarar teorileri, idari yargı tarafından hukuki zemin bulunmadığı, hukuk güvenliği ve yetki aşımı gibi sebeplerle iptal edilmiş olsaydı, yine bir düzenleme gereksinimi tartışılabilirdi. Fakat, mevcut durumda böyle bir durum da söz konusu değildir.

Piyasadan, yapılan sektör araştırmalarıyla, müdahalenin gerekli olduğuna dair önemli mesaj alınması durumunda, müdahale edilmesi tartışılabilir. Fakat bu müdahalenin yöntemi de önemli ölçüde tartışılmalıdır. Bu müdahalenin 4054 sayılı Kanun'un çerçevesinin genişletilerek mi yapılacağı yani rekabet hukuku müdahalesi mi olacağı yoksa ayrı bir regülasyon ile mi piyasaya müdahale edileceğine ilişkin kararın verilmesi gerekir. Müdahalenin yöntemi en az müdahale edip etmeme kararı kadar önemli bir karardır.