



REKABET FORUMU

HUKUK-EKONOMİ-POLİTİKA

Ağustos 2022, Sayı: 154

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.rekabetderneği.org

Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun: Genel Bir Bakış

Av. Dr. Cihan Doğan

Giriş Yerine: Genel Gerekçeye Dair Notlar

6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“**E-ticaret Kanunu**”) kapsamında yapılan değişiklikler Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildikten sonra 31889 sayılı Resmî Gazetede 7 Temmuz 2022 tarihinde yayımlandı. Yapılan değişikliğin gerekçesinde, bu değişikliğe giden sürece dair çok kıymetli bilgiler yer almaktadır. Gerekçede de ifade edildiği üzere, temel amaç e-ticaretin yaygınlaştırılması ve e-ticarette güven ortamının tesis edilmesidir. Bilindiği üzere, E-ticaret Kanunu 2014 yılının sonunda yürürlüğe girmesine rağmen, yürürlüğe girdikten sonra e-ticaret ekosisteminde ciddi değişiklikler ortaya çıkmış ve e-ticaret ekosistemine yeni işletmeler, iş modelleri ve ürün grupları dahil olmuştur.

Genel gerekçede, e-ticaretin gelişimine yönelik muhtelif rakamlara da yer verilmiştir. Genel gerekçeye göre, e-ticaretin genel ticarete oranı 2019’da %9,8 iken 2021 yılına gelindiğinde %17,7 seviyesine çıkmıştır. Üstelik e-ticaret hacmi rakamsal olarak da önemli miktarda artmaktadır. Bu artıştan en büyük payı ise, e-ticaret hacminin neredeyse yarısını oluşturan e-pazaryerleri almıştır. E-pazaryerleri üzerinde faaliyet gösteren işletme sayısı da son yıllarda önemli oranda artmıştır. Bu noktada en dikkat çeken konu ise bu işletmelerin e-pazaryerlerine bağlılığına işaret eden işletmelerin çalıştığı e-pazaryeri sayısıdır. E-ticaret pazaryerlerinde faaliyet gösteren yaklaşık yarım milyon işletmenin %74’ü yalnızca bir, %12’si iki, %6’sı üç, %3’ü dört ve üzeri pazar yerinde faaliyet yürütmektedir.

E-ticaret pazaryerlerinde faaliyet gösteren işletmelerin büyük bölümü mikro ve küçük işletme niteliğindedir. Pazaryerlerinin bu işletmeler karşısında sahip olduğu asimetrik pazarlık gücü, pazaryerlerine, tek taraflı ve açık olmayan sözleşme koşullarını dayatma, kendi mal ve hizmetlerini öne çıkarma, veri taşınabilirliğini zorlaştırma veya buna izin vermeme, mal veya hizmet teminine zorlama, geç ödeme yapma, kampanyalı mal veya hizmet sunmaya zorlama, herhangi bir hizmet vermemesine rağmen bedel alma, sıralama ya da tavsiye sisteminde geriye düşürme, sunulan hizmetleri kısıtlama, askıya alma veya sonlandırma gibi muhtelif haksız ve adil olmayan eylemlerde bulunma imkânı tanımaktadır.

E-ticaret pazaryerlerinin faaliyet gösterdiği piyasalardaki yoğunlaşma eğilimi de genel gerekçeye yansımaktadır. E-pazaryerleri yoğun bir reklam süreciyle büyüdüğü gibi ağ dışsallıkları ve ölçek ekonomileri gibi iktisadi özellikler dolayısıyla e-pazaryerlerinin pazardaki konumu da güçlenmektedir. Üstelik, bu teşebbüslerin sahip olduğu pazarlık gücü, tüketici tercihlerini belirleme yeteneği ve hizmet sağlayıcılar üzerindeki kontrol imkânı, piyasaya yeni oyuncuların (pazaryerleri) girişini güçleştirmektedir. İlaveten, pazaryerleri, platform üzerinden elde edilen verileri ödeme ve lojistik piyasalarına aktarmak suretiyle kullanıcıların pazaryerlerine olan bağımlılığını artırabilmektedir. Tüm bunlar rekabetin bozulmasına, fiyatların yükselmesine, ürünlerin kalite ve çeşitliliğinin azalmasına, yatırım ve üretim potansiyelinin gerilemesine, hizmetlerin tekdüzeleşmesine ve inovasyonun azalmasına neden olabilmektedir. Genel gerekçe kapsamında da piyasa katılımcılarının telafisi mümkün olmayan zararlara düşürülmesini engellemek ve etkin ve adil şekilde işleyen rekabet ortamını tesis etmek adına öncül bir düzenleme yapılacağı hususunun altı çizilmiştir. Bu kapsamda ayrıca, Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan 2019/1150 sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adilliyi ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük ile Dijital Hizmetler ve Dijital Piyasalar düzenleme taslaklarına da atıfta bulunularak, bu piyasaların düzenlenmesinin dünyada örnekleri bulunduğu vurgu yapılmıştır. Ancak E-ticaret Kanunu, mevcut haliyle, bu sorunların çözümünde yetersiz kalabildiği gibi yaptırımlar da caydırıcılıktan uzak niteliktedir. Üstelik, sektörün dinamik yapısı dolayısıyla rekabeti bozucu uygulamaların etkileri hızlı bir şekilde ortaya çıkabilmekte ve “*rekabeti bozucu büyüklüğe*” erişmesi hızlanmaktadır.

E-Ticaret Kanunu'ndaki Değişiklikler

Yapılan değişikliklerden ilki kanunun kapsamına ilişkin olmuştur. Kuruluş ve faaliyetleri maddede sayılan özel kanunlarla düzenlenen ve münhasıran bu kanunlarla yetkilendirildikleri konularda faaliyet gösterenlerin, bu kanunun uygulamasında elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı veya elektronik ticaret

hizmet sağlayıcı kabul edilmeyeceği düzenlenmektedir. Diğer taraftan ilgili madde uyarınca; seyahat acenteliği, sivil havacılık, bireysel emeklilik, bankacılık, sigortacılık, finansman, sermaye piyasası, ödeme hizmetleri, bahis ve şans oyunları ile elektronik haberleşme alanlarında faaliyet gösteren işletmeler E-ticaret Kanunu'nun uygulanmasında *elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı* veya *elektronik ticaret hizmet sağlayıcısı* kabul edilmez.

E-ticaret Kanunu'na muhtelif bazı tanımlar eklenmiştir. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda Trendyol, Hepsiburada ve Amazon gibi pazaryerleri elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı olarak değerlendirilecektir. Kanun kapsamında, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ise elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda Trendyol, Hepsiburada ve Amazon gibi pazaryerleri üzerinde faaliyet gösteren ticari kullanıcılar ile kendine ait e-ticaret ortamında faaliyet gösteren teşebbüsler E-ticaret Kanunu kapsamında elektronik ticaret hizmet sağlayıcı olarak kabul edilmektedir. E-ticaret Kanunu kapsamında ayrıca, elektronik ticaret ortamı, elektronik ticaret pazar yeri, ETBİS, net işlem hacmi ve ekonomik bütünlük gibi kavramların da tanımlarına yer verilmiştir.

E-ticaret Kanunu Kapsamında Getirilen Yükümlülükler

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülükleri, E-ticaret Kanunu kapsamında belirlenen net işlem hacimleri eşiği üzerinden kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Bu kapsamda dördü bir ayırım yapmak mümkündür: Bunlardan ilki bütün elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanan yükümlülükler; ikincisi bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanan yükümlülükler; üçüncüsü bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanan yükümlülükler ve nihayet dördüncüsü de bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanan yükümlülüklerdir.

Tüm elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara uygulanan yükümlülüklerle başlayacak olursak, her şeyden önce, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı,

elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması halinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlülüğü altındadır. Özünde, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcının sunduğu içerikten prensip olarak sorumlu olmamakla beraber bu hukuka aykırılıktan haberdar olması durumunda sorumlu hale gelmektedir. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirme yükümlülüğü altında olmakla beraber elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar.

Hiçbir elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları haksız ticari uygulamada bulunamaz. E-ticaret Kanunu kapsamında haksız ticari uygulama, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalar olarak tanımlanmıştır. Kanun kapsamında her durumda haksız ticari uygulama kabul edilecek uygulamalara yer verilmiştir. Bu kapsamda, ödemenin en geç beş iş günü içinde yapılmaması, kampanyalı mal veya hizmet satışına zorlama, ticari koşulların belirsiz ve muğlak olması, koşulların geçmişe dönük ve tek taraflı aleyhe şekilde değiştirilmesi, verilmeyen hizmet için bedel alınması, sıralama ve tavsiye sisteminde geri düşürme, hizmeti askıya alma veya sonlandırma gibi eylemler her durumda haksız ticari uygulama olarak kabul edilmiştir.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının kendi markasını taşıyan ürünleri pazaryerinde satışa sunması yasaklanmıştır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez. Bu malların, farklı elektronik ticaret ortamında satışa sunulması halinde bu ortamlar arasında erişim imkânı sunamaz ve birbirinin tanıtımını yapamaz. Bu kapsamda, Trendyol gibi pazaryerlerinin kendi markalı ürünlerini pazaryerinde satışa sunmaları yasaklanmış olmaktadır. Bu hükmün, toplam satış hasılatının yarısından fazlasını elektronik ticaret dışındaki satışlardan elde eden kişilerin markasını taşıyan veya marka kullanım hakkını haiz olduğu mallar hakkında uygulanmayacağına ilişkin istisna hükmü, E-ticaret Kanunu kapsamında belirli

yasakların da uygulama alanı bulduğu hizmet sağlayıcılarından olan süpermarketlerin bu yasaktan, satışlarının büyük bir çoğunluğu, en azından mevcut durumda, fiziki satış noktalarından olması sebebiyle, doğrudan etkilenmemesine sebebiyet vermektedir.

Bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarına uygulanan ilave yükümlülüklerle gelecek olursak, bunlardan en dikkat çeken şüphesiz ki e-ticaret lisansı alma yükümlülüğüdür. Bunun dışında, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcısından ve alıcıdan elde ettiği verileri, yalnızca aracılık hizmetlerinin sunulması amacıyla kullanabilecektir. Ayrıca söz konusu verileri aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazaryerleri veya diğer elektronik ticaret ortamlarında, elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla rekabet ederken kullanması da yasaklanmıştır. Üçüncü olarak ise, elektronik ticaret hizmet sağlayıcısının satışları dolayısıyla elde ettiği verileri bedelsiz taşımasına ve bu veriler ile bunlardan elde ettiği işlenmiş verilere bedelsiz ve etkin şekilde erişim sağlamasına teknik imkân sunma yükümlülüğü altındadır. Dördüncü olarak ise, net işlem hacmine dahil edilen elektronik ticaret ortamları hariç olmak üzere, kendine ait elektronik ticaret ortamları arasında erişim imkânı sunamaz ve bu ortamlarda kendine ait elektronik ticaret ortamlarının tanıtımını yapması yasaklanmıştır.

Bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar TL ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara uygulanan ilave yükümlülüklerden ilki reklam ve promosyon harcama sınırlamasıdır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları ayrıca elektronik ticaret hizmet sağlayıcısının ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını ya da reklam yapmasını kısıtlayamaz ve ayrıca herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlamama yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda, buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer vermeme yükümlülüğü altındadır.

Bir takvim yılındaki net işlem hacmi altmış milyar TL ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarının da, yukarıda yer alanlara ilaveten, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde, 5464 sayılı Kanun kapsamında kredi kartıyla yapılan kredili ödeme işlemleri ile diğer ödeme işlemleri hariç olmak üzere, ekonomik bütünlük içinde bulunduğu bankaların ya da 6361 sayılı Kanun kapsamındaki şirketlerin, kredi verme işlemleri dâhil sundukları her türlü hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyette bulunmasına imkân sağlaması yasaklanmıştır. İlaveten, aracılık hizmeti

sunduğu elektronik pazar yerlerinde; (i) ekonomik bütünlük içinde bulunduğu 6493 sayılı Kanun kapsamındaki elektronik para kuruluşlarınca ihraç edilen elektronik paraların kabulüne ilişkin faaliyette bulunulmasına imkân sağlayamaz ve (ii) 6493 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasının (h) bendi ile 18. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca 6493 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan araçlarla ilgili hizmetler sunamaz veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerce bu hizmetlerin sunulmasına imkân sağlayamaz. Üçüncü olarak ise, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerindeki satışlar, kendisinin elektronik ticaret hizmet sağlayıcı olarak yaptığı satışları ile elektronik ticaret dışındaki satışları hariç olmak üzere, eşya taşımacılığı, taşıma işleri organizatörlüğü ve posta hizmet sağlayıcılığı faaliyetlerinde bulunamaz. Son olarak ise, e-ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, mal veya hizmet ilanlarının yayımlanmasına elektronik ortam sağlaması halinde, aynı ortamda mal veya hizmet teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayamaz. Bu hizmetlerin kendisi veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişiler tarafından farklı elektronik ortamlarda verilmesi halinde bu ortamlar arasında erişim imkânı sunamaz ve birbirinin tanıtımını yapamaz.

Sonuç Yerine

E-ticaret Kanunu, dünyayı saran dijital piyasaların düzenlenmesi dalgasının ülkemizdeki görünümü olarak kabul edilebilir. Tabi bu noktada, şu ana kadar dünyanın hiçbir ülkesinde bu kadar kapsamlı yasakların bir arada bulunduğu örnekler bulunmadığına dair çekinceyi de peşinen sunmak gerekir. Fakat, endişeler, genel olarak dünyanın her yerinde aynıdır: Bu piyasalar yoğunlaşmakta ve bu piyasalara herhangi bir müdahale olmadan bu piyasaların kendiliğinden rekabetçi hale gelmesi olası değildir. Farklı yargı yerlerince getirilen düzenlemeler arasında da belirli düzeyde bir benzerlik bulunmaktayken, E-ticaret Yasası'nın bu noktada önemli ölçüde ayrıştığı görülmektedir.

E-ticaret Kanunu'nda yer alan faaliyet yasakları, genel olarak, diğer örneklerle kıyaslandığında son derece müdahaleci ve atipik kalmaktadır. Üstelik gerekçede yer alan ifadeler de bu yasakları açıklamaktan, fikrimizce, uzaktır. Mesela, yıllarca Rekabet Kurumu tarafından defalarca aşırı fiyat iddiasıyla araştırılan ve soruşturulan Sahibinden'in faaliyet yürüttüğü piyasaya, pazaryerlerinin girmesinin (dolaylı olarak) engellenmesinin mantığı ve piyasa üzerindeki olumlu etkisini anlamak mümkün değildir. Salt bu sınırlayıcı hüküm dolayısıyla, Trendyol'un, uzun zamandır çalışmalarını yaptığı ve kadrosunu dahi kurarak tüm altyapısını hazırladığı ilan piyasasına girmesi engellenmiştir. Trendyol (ve Getir), kısa süre önce yemek sipariş piyasasına hızlı bir şekilde girmek suretiyle, ilgili piyasanın hâkimi olan Yemek Sepeti'nden önemli pay almayı başararak piyasayı daha rekabetçi kılmıştır.

Benzer durumun ilan piyasasında gerçekleşmesi de şüphesiz ki piyasa açısından daha olumlu olurdu. En azından Rekabet Kurumu, Sahibinden bakımından bir kez daha aşırı fiyat soruşturması yapmak zorunda kalmayabilirdi.

Öte yandan, E-ticaret Kanunu kapsamındaki aracı hizmet sağlayıcıların kapsamının da net bir şekilde ortaya koyulduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda lafzına bakıldığında, Yemek Sepeti gibi yemek sipariş platformları ile AppStore veya Play Store gibi uygulama dağıtım platformlarının da kapsamda olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim bu iş modelleri de aracı platform şeklinde hizmet sağlamaktadır. Bir ticari kullanıcının Amazon'da gömlek satmasıyla, AppStore'da uygulama satması kendisi bakımından aynıdır. Platformlar bakımından da Amazon'un ticari kullanıcıya gömlek satması için aracılık yapmasıyla AppStore'un uygulama satması için aracılık yapması özünde aynı iktisadi mantığın görünümüdür. Her iki durumda da platform komisyonunu alır. Bu kapsamda herhangi bir ayırım yapılması son derece güçtür.

Bu noktada ayrıca, ilan platformlarının E-ticaret Kanunu kapsamından çıkarılmış olması da son derece ilginç ve belki de platform iş modelinin iktisadi gerçekliğini iskalayan bir yaklaşımdır. İlan platformlarını, pazaryerlerinden, iktisaden ayırmak güçtür. Her iki iş modelinde de birden fazla müşteri grubuna hizmet sağlanır ve bu müşteri gruplarının talepleri arasında dolaylı ağ etkisi bulunur. Her ikisi de talep ile arzı buluşturmaktadır. En temel fark ücret alma yöntemidir ki bu da platformun platform üzerinde işlem yapma fonksiyonu olup olmamasıyla ilgilidir. Bu fonksiyon ise tek başına bir platformu kanun kapsamı dışına çıkarmak için yeterli farklılığı sağlamaktan uzaktır.