

Uzmanlık Tezleri Serisi No: 232

REKABET KURUMU

PLATFORMLAR VE TİCARİ
KULLANICILAR ARASINDAKİ
İLİŞKİLER: HAKSIZ SÖZLEŞME
ŞARTLARI VE UYGULAMALAR

FUNDA SOYLU

PLATFORMLAR ve TİCARİ KULLANICILAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER: HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARI VE UYGULAMALAR

Funda SOYLU

Ankara 2025

©Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2025

Baskı, Aralık 2025
Rekabet Kurumu-ANKARA

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Bu tez, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Ferhat TOPKAYA, Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı Haluk Recai BOSTAN, I. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Tuğçe SAYER, V. Denetim ve Uygulama Dairesi Başkanı Nazlı VAROL, Ekonomik Analiz ve Araştırma Dairesi Başkanı Zeynep MADAN'dan oluşan Tez Değerlendirme Heyeti tarafından 24 Ekim 2022 tarihinde yürütülen Tez Savunma Toplantısı sonucunda yeterli ve başarılı kabul edilmiştir. Tez yazarı Funda SOYLU, 17.01.2023 tarihinde yapılan Yeterlik Sınavı ve 24.02.2023 tarihinde yapılan Sözlü Sınavda başarılı olmuş ve Başkanlık Makamının 24.02.2023 tarih ve 59466 sayılı onayı ile Rekabet Uzmanı olarak atanmıştır.

YAYIN NO

420

*“Hayatımın her anında sevgisi ve hoşgörüsüyle yanımda olan canım annem **Aysel Göktepe’ye** ve tanıştığımız ilk günden beri her adımında beni destekleyen, sevgisi ve ilgisiyle bana güç veren sevgili eşim **Ali Can Soylu’ya...**”*

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM 1

PLATFORMLAR VE TİCARİ KULLANICILAR ARASINDAKİ GÜÇ ASİMETRİSİ VE NEDENLERİ

1.1. PLATFORMLARIN PAZARA ERİŞİMDE GEÇİT BEKÇİSİ NİTELİĞİ TAŞIMASI	4
1.2. PLATFORMLARIN STRATEJİK KONUMU VE BÜYÜKLÜĞÜ	5
1.3. PAZARIN YOĞUNLAŞMAYA MEYİLLİ YAPISI	8
1.4. GEÇİŞ MALİYETLERİ-ÇOKLU ERİŞİM İMKÂNI	8
1.5. VERİNİN ROLÜ.....	11

BÖLÜM 2

HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALE ARAÇLARI

2.1. HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARININ FARKLI HUKUK DİSİPLİNLERİNDEKİ YERİ	15
2.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Değerlendirme	15
2.1.2. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Değerlendirme	17
2.1.3. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirme.....	19
2.1.3.1. Haksız Şart ve Uygulamaların Olası Rekabet Karşıtı Etkileri.....	20
2.1.3.1.1.Uygulamaların Piyasa Üzerindeki Etkileri	20
2.1.3.1.2. Toplam Refah Yaklaşımı	23
2.1.3.2. Rekabet Hukukunun Amacına Yönelik Tartışmalar	25
2.2. REGÜLASYON YAKLAŞIMI.....	28

BÖLÜM 3

REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALE

3.1. REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALEDE HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSÜN SORUMLULUĞU	34
3.1.1. Geleneksel Pazarlara İlişkin AB Yazın ve İçtihadındaki Yaklaşım	35
3.1.2. Dijital Pazarlara İlişkin AB Üye Ülke Uygulamalarındaki Yaklaşım.	39
3.1.3. Kurulun Yaklaşımı	46
3.2. HÂKİM DURUMDA OLMAYAN BİR TEŞEBBÜSÜN SORUMLULUĞU: EKONOMİK BAĞIMLILIĞIN KÖTÜYE KULLANILMASI YAKLAŞIMI	49
3.2.1. Ekonomik Bağımlılığın Kötüye Kullanılması Kavramı	50
3.2.2. Ülke Yaklaşımları.....	51
3.2.2.1. Almanya.....	52
3.2.2.2. Fransa	53
3.2.2.3. Japonya.....	56
3.2.3. Ekonomik Bağımlılığın Kötüye Kullanılmasının Tespiti	57
3.2.4. Yaklaşımın Rekabet Hukuku Kapsamında Uygulanabilirliği	58
SONUÇ	61
ABSTRACT	61
KAYNAKÇA	66

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma
ADLC	: Autorité de la Concurrence (Fransa Rekabet Otoritesi)
Alt Komite	: Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of The Committee on The Judiciary
A.g.k.	: Adı geçen karar
Bkz.	: Bakınız
CMA	: Competition and Markets Authority (Birleşik Krallık Rekabet Otoritesi)
DMA	: Digital Markets Act (Dijital Pazarlar Yasası)
dn.	: dipnot
EKM	: En Çok Kayrılan Müşteri
EPDK	: Enerji Piyasası Denetleme Kurumu
ETDHK	: 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Alman Rekabet Kanunu)
FCA	: The Federal Competition Agency (Avusturya Rekabet Otoritesi)
ICN	: International Competition Network (Uluslararası Rekabet Ağı)
Komisyon	: Avrupa Birliği Komisyonu
Kurul	: Rekabet Kurulu
md.	: Madde
No.	: Sayı
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)

OFT	: Office of Fair Trading
Para.	: Paragraf
PTB	: Çevrim içi Aracılık Hizmetleri Sunan Platformların
Regülasyonu	Ticari Kullanıcıları İçin Adalet ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye Dair Avrupa Birliği Regülasyonu
RKHK:	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
Stigler Raporu	: Stigler Committee on Digital Platforms Final Report
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
v.	: versus
vd.	: ve diğerleri
Vol.	: Volume (Cilt)

GİRİŞ

Günümüzde ekonomi, birçok ilişkili hizmeti bünyesinde barındıran, dev ekosistemler hâlini almış çevrim içi platformlar tarafından yeniden şekillendirilmektedir. Bu çevrim içi ekosistemlere katılım, birçok işletmenin varlığını sürdürebilmesi ve büyümesi için hayati bir önem taşımaktadır (Kenney ve Zysman, 2016; Parker vd. 2016). Özellikle son dönemde, çevrim içi platformların ekonomik faaliyetlerde giderek artan bir paya sahip olması ve aracılık ettikleri işlem hacminin sürekli büyümesi, ticari kullanıcıların¹ tüketicilere ulaşması ve faaliyetlerine devam etmesi açısından bu platformları vazgeçilmez hâle getirmiştir.

Çevrim içi platformlar, işletmelere, gerek ulusal gerekse küresel ölçekte geniş bir kitleyi hedefleme olanağı sunarak önemli faydalar sağlamaktadır. Bu platformların yokluğunda, özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin (KOBİ) tüketicilere etkili bir şekilde ulaşma imkânı önemli ölçüde sınırlanacaktır. Bu bağlamda platformların, işletmelerin belirli pazarlara erişmesi için “geçit bekçisi” (*gatekeeper*) rolü üstlendiği söylenebilecektir. Örneğin, çevrim içi satış yapan bir işletmenin Amazon’un platformunda bulunması büyük ölçekli bir pazara erişim sağlaması ve geniş yelpazedeki kullanıcı kitlesinden faydalanması bakımından kritiktir. Benzer şekilde, Google’ın arama sonuçlarında üst sıralarda yer almayan bir işletmenin kullanıcılara ulaşma imkânı görece sınırlı olacaktır.

¹ Dijital platformlar ve işletmeler arasındaki ticari ilişkileri düzenleyen 2019/1150 sayılı “Çevrim içi Aracılık Hizmetleri Sunan Platformların Ticari Kullanıcıları İçin Adalet ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye Dair Avrupa Birliği Regülasyonu” (*PTB Regülasyonu*) kapsamında ticari kullanıcı kavramı, ticari veya profesyonel sıfatıyla hareket eden herhangi bir özel kişi veya çevrim içi aracılık hizmetleri aracılığıyla tüketicilere ticareti, işi, zanaatı veya mesleği ile ilgili amaçlarla mal veya hizmet sunan herhangi bir tüzel kişi olarak tanımlanmıştır.

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6c6c2c06-a3b4-11e9-9d01-01aa75ed71a1/language-en>, Erişim Tarihi: 26.06.2022.

Çalışmada geçen ticari kullanıcı ifadesi, yaygın kabul görmüş söz konusu tanımı ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

Bunun yanı sıra platformlar da tüketicilere bir değer sunmak için ticari kullanıcıların varlığına güvenmektedir (Graef 2019, 448). Nitekim tüketicilerin bir platformu tercih etme sebeplerinin başında ürün çeşitliliği gelmektedir. Dolayısıyla platformlar, ürün çeşitliliğini artırabilmek ve daha fazla tüketiciyi çekebilmek adına daha çok ticari kullanıcıyla çalışma eğiliminde olacaktır.

Başlangıçta karşılıklı faydaya dayanan bu ilişki, ticari kullanıcıların platforma olan bağımlılığının artmasıyla birlikte asimetrik bir yapıya bürünebilmekte ve bu durum platformların sömürücü davranışlarına zemin hazırlayabilmektedir. Bir başka deyişle, platformlar ve ticari kullanıcıları arasında karşılıklı bir bağımlılığın bulunduğu çıkarımı yapılabilecekse de, ticari kullanıcıların platformda bulunması noktasında oluşan bağımlılık düzeyi dikkate alındığında, platformların ticari kullanıcılara kıyasla daha “üstün bir pazarlık gücüne” sahip olduğu söylenebilecektir (Graef 2019, 448). Böyle bir güç, platforma kuracağı ticari ilişkiler içerisinde sadece kendi çıkarları doğrultusunda hareket etme imkânı tanıyarak potansiyel haksız şart ve uygulamalara fırsat tanıyacaktır. Ayrıca, platformların tek taraflı olarak ticari kullanıcıların meşru çıkarlarına zarar verebilecek davranışlarda bulunabilme imkânının olması, dolaylı olarak tüketici zararına da sebep olacaktır².

Platformlar tarafından ticari kullanıcılara dayatılan şartlar, temelde ekonomik ve sözleşmeye dayalı özgürlüğün bir tezahürü olarak görülebilmekle birlikte, toplam refah üzerindeki etkileri, doğurdıkları tüketici zararı ve ticari kullanıcıların rekabet etme imkânlarını kısıtlamaları gibi sebepler bu tip davranışlara müdahaleyi kaçınılmaz hale getirmektedir. Zira dijital pazarlar birkaç oyuncu üzerinde yoğunlaşmış gibi görünse de, gerçekte çok sayıda satıcı bu platformlar üzerinden rekabet etmektedir. Türkiye’de de yüz binlerce satıcının bu platformlar üzerinden faaliyet gösterdiği göz önüne alındığında, piyasanın rekabet edebilirliğini temin etmek önem arz etmektedir.

Ticari kullanıcıların piyasada rekabet etme imkânlarını güvence altına alma noktasında ise karşımıza farklı hukuki araçlar çıkmaktadır. Bu kapsamda başta sözleşme hukuku olmak üzere ticaret ve rekabet hukuku hükümlerine başvurulabilecektir (Bakhoun 2015, 2). Haksız sözleşme şartları genellikle rekabet hukuku sahasının dışında kalan bir alan olarak kabul edilmektedir. Öte

² PTB Regülasyonu, para. 2.

yandan, bu şartların pazar gücünden kaynaklı olarak uygulanması, meselenin salt sözleşme hukuku konusu olduğu yönündeki görüşü sorgulanabilir hale getirmektedir. Bu itibarla, söz konusu davranışları sınırlamak adına rekabet hukuku da önemli bir müdahale aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu kapsamda, çalışmanın birinci bölümünde haksız sözleşme şartlarının uygulanmasına zemin hazırlayan asimetrik ilişki ele alınacaktır. İkinci bölümde bu davranışlara müdahalede kullanılabilecek farklı hukuki araçlardan bahsedilecektir. Bu çerçevede, ilgili uygulamaların farklı hukuk disiplinleri ve sektöre özgü düzenlemeler kapsamındaki yeri ve söz konusu müdahalelerin etkinlikleri irdelenerek rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmesini gerekli kılan sebeplere yer verilecektir. Üçüncü bölümde ise ilk olarak hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün haksız sözleşme şartlarını dayatması halinde mevcut rekabet hukuku araçları kapsamındaki sorumluluğu irdelenecektir. Akabinde ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması düzenlemesinin, hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamasını tamamlamak ve dijital piyasalarda artan ekonomik bağımlılık ve pazarlık gücü dengesizliği ile mücadele etmek için esnek bir çözüm oluşturup oluşturamayacağı tartışılacaktır. Sonuç bölümünde ise haksız sözleşme şartlarına ilişkin politika önerilerine yer verilecektir.

BÖLÜM 1

PLATFORMLAR VE TİCARİ KULLANICILAR ARASINDAKİ GÜÇ ASİMETRİSİ VE NEDENLERİ

Dijital ekonomilerde haksız sözleşme şartlarının meydana getirdiği sorunlara daha sık maruz kalınması, rekabet hukuku kapsamında bu şartlara müdahale edilip edilemeyeceği yönündeki tartışmaları yeniden gündeme getirmiştir. Dijital platformların yapısı, işleyişi, ulaştıkları güç ve edindikleri farklı rollerin (düzenleyici, hibrit vb.) haksız davranışları uygulamayı kolaylaştırdığı söylenebilecektir. Aşağıda, dijital pazarlarda söz konusu davranışlara zemin hazırlayan faktörler sırasıyla incelenecektir.

1.1. PLATFORMLARIN PAZARA ERİŞİMDE GEÇİT BEKÇİSİ NİTELİĞİ TAŞIMASI

Hem ekonomik hem de sosyal işlemler internete taşındıkça, tüketiciler, satıcılar, tedarikçiler, reklam verenler vb. aktörler arasındaki etkileşimlerin kolaylaştırıcıları olarak çevrim içi platformlar kilit bir rol elde etmiştir (Johannsen ve Gonzales 2021, 3). Çevrim içi platformlar, ticari kullanıcılarına, kendi ulaşabilecekleri coğrafi sınırların ötesinde geniş bir tüketici kitlesini hedeflemelerini sağlayarak önemli bir fayda sağlamaktadır. Sağlanan bu fayda, platformlar için temel güç kaynağı olarak görülmektedir (Cutolo ve Kenney 2019, s.10). Nitekim ticari kullanıcılar ve tüketiciler arasında aracılık yapan platformların yokluğunda, özellikle KOBİ'ler, tüketicilere bu derece etkili bir şekilde ulaşamayacaktır (Graef, 2019, 448). Bu bağlamda, nihai kullanıcılara erişim üzerindeki bu denli bir kontrolün, ticari kullanıcıları platforma bağımlı kılarak ilişkideki mevcut asimetriyi artırdığı söylenebilecektir.

Platformların pazara girişteki önemine binaen, Avrupa Komisyonunun (Komisyon) Dijital Pazarlar Yasası³ (*Digital Markets Act- DMA*) kapsamında, ilk kez bir yasal düzenlemeyle yeni bir pazar statüsü olarak “geçit bekçisi” kavramını tanımladığı görülmektedir. Buna göre bir platform hizmeti sağlayıcısı (i) pazarda önemli bir etkiye sahip olması, (ii) ticari kullanıcıların, son kullanıcılara erişmek için kullandıkları bir geçit görevi görmesi ve (iii) faaliyetleri kapsamında sağlam ve kalıcı bir konuma erişmiş olması veya erişme ihtimalinin bulunması şartlarını taşıdığına geçit bekçisi olarak tanımlanacaktır⁴. İlgili yasa kapsamında rekabeti sınırladığı ya da adil olmadığı iddia edilen davranışların düzenlenmesinde platformların geçit bekçisi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği belirleyici olmaktadır. Sonuç olarak, platformların ticari kullanıcıların son kullanıcılara erişmek için bir geçit bekçisi işlevi görmesinin, haksız olarak nitelendirilen bazı şartları uygulayabilmeleri bakımından bir zemin hazırladığı söylenebilecektir.

1.2. PLATFORMLARIN STRATEJİK KONUMU VE BÜYÜKLÜĞÜ

Dijital platformların ticari ortakları karşısında görece bir güce sahip olmalarına olanak tanıyan bir diğer husus ise bir aracı olarak stratejik konumları ve kendi platformu aracılığıyla mal sunan çoğu KOBİ niteliğindeki ticari kullanıcıya kıyasla büyüklükleridir.

Platformlar genel olarak belirli bir boyuta ulaşmış, birden fazla pazarda faaliyet gösteren devasa ekosistemlerdir. Ancak platformlar üzerinden ürün veya hizmet sunan ticari kullanıcıların profillerine bakıldığında çoğunun böyle bir ölçeği yakalayamadığı görülmektedir⁵. Bu durum, platformlar ile ticari

³ İlgili yasa 05.07.2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html#title2, Erişim Tarihi: 07.07.2022.

⁴ Platformların geçit bekçisi olarak tanımlanması noktasında ciro ve kullanıcı sayısı gibi nicel ölçütler kullanılmaktadır. Bu bakımdan DMA’nın geçit bekçisi niteliğine haiz platformların belirlenmesinde hem nitel hem de nicel ölçütleri dikkate aldığı görülmektedir.

⁵ Kurumun E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’nda elde edilen bulgular da bu önermeye paralel şekilde satıcıların yarısından fazlasının tek kişi işletmesi niteliğinde, önemli ölçüde şirketleşmemiş ve/veya küçük ölçekli işletmeler olduğunu ve satıcılar içindeki ticari şirket oranının görece düşük kaldığını doğrulamaktadır. Söz konusu rapor kapsamında benzer şekilde, satıcıların %45,2’sinin, tek çalışanı; %86,2’sinin ise 10 ve daha az sayıda çalışanı sahip olan küçük işletmeler olduğu tespit edilmiştir. bkz.

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-raporu-pdf>, Erişim Tarihi: 10.04.2022.

kullanıcılar arasında önemli bir asimetri oluştuğuna işaret etmektedir. Elbette platformlar üzerinden faaliyet gösteren daha büyük ölçekli işletmeler de mevcuttur. Ancak daha büyük finansman kaynakları olan ve bulunduğu pazarlarda yerleşik konumda bulunan işletmelerin dahi yapısal konumları nedeniyle platformlara bağımlı oldukları görülmektedir (Cutolo ve Kenney 2019, 44). Haberlere yansıyan bilgilere göre, 2017’de uzun bir direnişin ardından Amazon’un platformuna dâhil olan Nike’ın, başlangıçta pazar gücü nedeniyle Amazon’un platformunda lisanssız ve sahte Nike ürünlerinin satışını yasaklayan bir anlaşmayı müzakere edebildiği, ancak bu kontrolün hiçbir zaman tam olarak gerçekleşmediği gerekçesiyle 2019’da platformdan ayrılarak kendi kanalını geliştirme çabasına girdiği görülmektedir⁶. Üçüncü taraf satıcılar Amazon platformu üzerinden Nike ürünlerini satmaya devam edebilecek olsa da Nike’ın bu süreçten sonra Amazon’a toptan satış yapmayacağı da haberde belirtilen hususlar arasında yer almaktadır. Bu örnek Amazon’un ne kadar güçlü ve etkili olduğunu gösterirken, platform ve ticari kullanıcılar arasındaki ilişkilerin ne kadar asimetrik olduğuna da işaret etmektedir. Öte yandan Nike gibi büyük ölçekli bir perakendecinin platformdan ayrılma kararını verip kendi kanalını geliştirme çabasına girebiliyor olması, bu bağımlılığın bir KOBİ’yle aynı düzeyde olmadığını da göstermektedir. Bu kapsamda, bağımlılığın derecesini satıcıların kendi kaynakları ve yeteneklerinin belirleyeceği söylenebilecektir (Eaton vd. 2015, 238-240).

Diğer yandan, platformlar birer ekonomik aktör olmalarının yanı sıra, oluşturdukları ekosistemlerdeki kuralları düzenleme gücüne sahip olmaları bakımından ayrı bir stratejik konuma yerleştirilmektedir (Johansenn ve Gonzales 2021, 8). Parker, Van Alstyne ve Choudar’ın (2016, 159) büyük platformları “ulus devlet”lere benzetmesi de platformların bulundukları ekosistemlerdeki bir nevi “düzenleyici” rolünün altını çizmektedir. Özellikle Google, Facebook, Amazon, Alibaba gibi büyük ölçekli platform sağlayıcılarının, kimi ulusal ekonomilerden daha büyük bir ekonomik sistemi yönettiği görülmektedir⁷. Aslında platform

⁶ <https://www.theverge.com/2019/11/14/20964428/nike-amazon-wholesale-deal-clothes-shoes-third-party-sellers-gray-market-counterfeit>, Erişim Tarihi: 20.02.2022.

⁷ 1,5 milyardan fazla kullanıcısı olan Facebook, Çin’den daha büyük bir “nüfusu” yönetmektedir. Google, ABD’deki çevrim içi aramaların %64’ünü ve Avrupa’dakilerin %90’ını

ekosistemlerinin katılımcıları temelde ayrı organizasyonlardan oluşmaktadır (Jacobides vd. 2018, 2258). Bununla birlikte, doğrudan bir kontrol mekanizması mevcut olmasa da platform sahipleri kullanıcılarına getireceği kurallar ve kısıtlamalarla kullanıcı davranışlarını şekillendirebilmektedir (Boudreau ve Hagiu 2009, 3). Örneğin, pazarın düzenleyicisi olarak platform sahibi, platforma erişim ve platformdan çıkarma kararlarını vermekte (ağ geçidini tutma); satıcıların tekliflerini sunma şeklini, erişebilecekleri verileri ve uygulama arayüzlerini belirlemekte ve teslimat ve iade politikalarını düzenlemektedir (Cremer vd. 2019, 60). Ayrıca platformlar fiyat kontrolleri gerçekleştirme ve MFN, münhasırlık hükümleri gibi farklı şartlar dayatma imkânına da sahip olmaktadır (Cremer vd. 2019, 60). Bir başka deyişle, platformun tasarımına (sıralamalar, arama filtreleri vb.), platform ile kullanıcıları arasındaki ilişkiye (ödemeler, sorumluluk dağılımı, bilgi paylaşımı belirli mal tiplerinin satışının yasaklanması vb.) ve kullanıcılar arasındaki etkileşime (platform içi davranış kuralları, fiyat kontrolleri vb.) ilişkin tüm kuralları platform sahipleri düzenlemektedir (Cremer vd. 2019, 61).

Bu tür bir kural belirleme işlevi bir nevi “piyasa tasarımı” ve pazarda rekabetin nasıl gerçekleşeceğini belirleme anlamına gelecektir. AB Rekabet Komiseri Vestager, 2019 yılında yaptığı bir konuşmada, “oyunun kurallarını belirleme” ve “piyasanın işleyişini yönlendiren kuralları belirleme gücü” ifadeleriyle bu duruma dikkat çekmiştir. Ona göre bu güç, rekabeti baltalayacak şekilde kullanılmama noktasında teşebbüslere yeni bir özel sorumluluk getirebilecektir⁸. Buradan hareketle ticari kullanıcıların, bulunduğu pazarların düzenleyicisi olarak hareket eden platformlar karşısında pazarlık güçleri olduğunu söylemek güçtür. Nitekim bu noktada ticari kullanıcıların iki seçeneği vardır: ya dayatılan tüm koşulları kabul etmek ya da platformu terk etmek.

Platformları stratejik bir konuma yerleştiren bir diğer husus, pazarda birden fazla role sahip olmalarıdır. Bu durum platformları tarafsız araçlar olarak hareket etmek yerine kendi çıkarları doğrultusunda kararlar alarak ilişkili/yakın pazarlarda bozulmalara yol açabilecek davranışlarda bulunmak için teşvik

gerçekleştirirken, Alibaba yılda 1 trilyon yuan (162 milyar ABD doları) değerinde işlem gerçekleştirmektedir ve işlemleri Çin'deki tüm ticari gönderilerin %70'ini oluşturmaktadır.

⁸ <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014->

2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en, Erişim Tarihi: 17.01.2022.

edebilmektedir (Khan, 2017). Platformlar, işletmeler için pazara erişim sunan araçlar olarak hareket etmenin yanı sıra kendi ürünlerini tüketicilere sunan rakipler olduklarında mevcut rekabet karşısı endişeler daha da artmaktadır. Özellikle hibrit platformların, aracı olarak hâkim durumda olduklarında, kendi ürün/hizmetlerini rakip satıcılarınkine kıyasla daha avantajlı bir konuma getirme riski yüksek görülmektedir (Dryden vd. 2020,10). Böylece platform kendisini ticari kullanıcıları karşısında daha avantajlı bir noktaya yerleştirme imkânı elde ederek mevcut asimetriyi daha da artırabilecektir.

1.3. PAZARIN YOĞUNLAŞMAYA MEYİLLİ YAPISI

Platform sahibi ve ticari kullanıcılar arasındaki güç asimetrisinin bir diğer sebebi, dijital platformların kendine özgü dinamikleridir. Platformlar, güçlü ağ etkileri, ölçek ve kapsam ekonomileri, sıfıra yakın marjinal maliyetler, düşük dağıtım maliyetleri, veri yoğun yapı ve küresel erişim imkânıyla donanmış yapılardır (Stigler 2019, 34-35). Bu yapı dijital pazarlarda yoğunlaşmanın kolayca artmasına ve pazarda bir veya birkaç firmanın baskın hale gelmesine neden olmaktadır.

Dijital pazarların evrilmeye meyilli dinamiklerinin doğrudan bir sonucu olarak belirli bir pazarda nihai kullanıcıların tek bir platformda yoğunlaşması, güçlü ağ etkileri nedeniyle optimum sayıda alıcıya ulaşmak isteyen satıcıları bu platformlara giderek daha fazla bağımlı hale getirecektir. Ayrıca yoğunlaşmanın bir sonucu olarak satıcıların geçebileceği alternatif platform seçenekleri azalacağından platformların satıcı üzerindeki gücü ve etkisi artacaktır (Cutolo ve Kenney 2019, 14).

1.4. GEÇİŞ MALİYETLERİ-ÇOKLU ERİŞİM İMKÂNI

Platforma bağımlılığı artıran bir diğer faktör, kullanıcıların alternatiflere geçişini engelleyebilecek yüksek geçiş maliyetleridir. Geçiş maliyetlerinin ölçeği ise, büyük ölçüde kullanıcıların çoklu erişim (*multi-homing*) güdüsüne dayanmaktadır. Çoklu erişim, kullanıcıların birden fazla platformu benimsediği ve bir platformdan diğer platformlara "kolaylıkla" ve "büyük maliyetler olmadan" geçiş yapabildiği durumu temsil etmektedir (Cennamo vd. 2018, 1). Satıcı tarafında çoklu erişimin mevcut olması, ticari kullanıcıları platform karşısında daha bağımsız hale getirebilecek bir husustur (Lee ve Schiöler 2019, 18). Ancak

satıcıların farklı platformlara geçişini zorlaştıracak hem pazara özgü hem de yerleşik platformlar tarafından oluşturulan bazı engeller mevcuttur.

Öncelikle çoğu platform, işlemlere aracılık eden iki taraflı basit sistemlerden ibaret değildir. Aksine, sunulacak ürün ve hizmetlerin gelişimini şekillendiren birçok farklı bileşene bağlı, karmaşık teknolojik altyapılara sahip yapılardır⁹. Bu kapsamda, ticari kullanıcıların teknolojilerini ve iş modellerini platformun gereksinimlerine uyarlamak zorunda olmaları geçiş maliyetlerine neden olabilecektir (Johansenn ve Gonzalez 2021, 4). Nitekim ticari kullanıcıların operasyonlarını genel olarak hâkim durumdaki bir platform için optimize ederek kilitlenmelerini (*lock-in*) derinleştirdikleri görülmektedir (Cutolo ve Kenney 2019, 12). Örneğin, Google tarafından taranacak, indekslenecek ve üst sıralarda sıralanacak internet siteleri tasarlayan, yani "arama motoru optimizasyonu" hizmetleri sunan büyük bir endüstri oluşmuştur. Bu tür karmaşık teknik gereksinimleri tek başına karşılamakta zorlanan ticari kullanıcıların çoklu erişim güdüsünün zayıflayacağı söylenebilecektir.

Diğer taraftan, nihai kullanıcı tarafındaki geçiş maliyetleri de satıcı tarafın bağımlılığını artıracaktır. Tüketicilerin farklı platformlara geçme olasılığını, belirli geçiş maliyetleri ve “patika bağımlılığı”¹⁰ olumsuz etkileyecektir (Lee ve Schiöler 2019, 19). Nitekim tüketiciler, çevrim içi platformların tasarım, kullanım, işlem koşulları vb. farklılıklarından önemli ölçüde etkilenmekte ve bunun sonucunda diğer platformları kullanmaya karar verdiklerinde yüksek değiştirme maliyetleri ile karşı karşıya kalmaktadır (Haucap ve Heimeshoff 2014, 57-58). Tüketicilerin bu tüketim kalıpları nedeniyle belirli platformları terk edemeyen ticari kullanıcılar ise çoklu erişim yapabilseler dahi bulundukları çevrim içi platformlar karşısında pazarlık gücünü artıramayacaklardır (Lee ve Schiöler 2019, 20).

Çoklu erişimi engelleyen hususlar birçok raporda ele alınmıştır. Furman Raporu’nda (2019, 36) bu unsurlar;

⁹ Daha detaylı bilgi için bkz. Anderson vd. 2014; Gawer 2014; Tiwana vd. 2010; Yoo vd. 2010.

¹⁰ Patika bağımlılığı, bir aktörün vereceği özgür ve rasyonel bir kararın, geçmişte yaptığı seçimler nedeniyle tek bir seçenekle sınırlandığı durumu ifade etmektedir. Örneğin tüketiciler, deneyimleri, marka bağımlılığı, alışkanlıkları ve hâlihazırda yapılmış para ve zaman yatırımları nedeniyle tekrarlanan tüketim kalıplarından pek sapmamaktadır (Siray 2016, 27-39).

- Tüketicilerin daha önce kullanılan platformda kayıtlı fotoğraf, arama geçmişi, uygulama gibi kişisel verilerini yeni hizmet sağlayıcısına taşıyamaması,
- Satıcıların platform aracılığıyla edindiği puanlama, yorum gibi tüketici geri bildirimlerinin kaybı,
- Parite ve münhasırlık hükümleri gibi rekabete aykırı sözleşme şartları,
- Birtakım teknik engeller,
- Bağlama uygulamaları,
- Tüketicilerin varsayılan olarak sunulan opsiyonu tercih etme eğilimi ve marka sadakati

şeklinde örneklendirilmiştir.

Alt Komite Raporu (2020, 321) ise, müşterileri kilitlemek için kullanılan yaygın yöntemleri; uzun sözleşme süreleri, ücretsiz kullanım teklifleri ve çıkış engelleri olarak sıralamıştır. Amazon'un ticari kullanıcılarının farklı platformlara geçişini zorlaştırıp konumunu garantiye almak için uzun vadeli sözleşmeler tercih etmesi, platform üzerinden yapılması gereken minimum satış hacimlerini belirlemesi ve diğer sağlayıcılara geçişte veri taşınmasını engellemesi veya verinin taşınabilmesi için ücret talep etmesi bu hususlara örnek olarak verilmiştir.

Konuya ilişkin yapılan teorik çalışmalarda ise, çoklu erişimin hangi tarafta olduğuna odaklanıldığı görülmektedir (Armstrong 2006; Armstrong ve Wright 2007; Caillaud ve Jullien 2003; Rochet ve Tirole 2003). Buna göre, genellikle taraflardan birinin çoklu erişime sahip olacağı ve fiyat rekabetinin ise tek bir platformda bulunma eğiliminde olan taraf için gerçekleşeceği belirtilmektedir. Armstrong (2006), genellikle tek bir platformda bulunma eğilimine sahip olan tarafın tüketiciler olduğunu ve platformun bu tüketici tabanına erişmek isteyen karşı taraftan yüksek fiyatlar talep ettiğini belirtmektedir. Bu kapsamda platformların tüketici ve ticari kullanıcılara attığı değerin farklılaştığı söylenebilecektir.

Normal şartlarda birden fazla kullanıcı grubuna hitap eden platformların, ağ dışsallıklarından yararlanmak adına tüm kullanıcı gruplarına eşit şekilde hizmet edecek kurallar belirlemesi beklenir (Cremer vd. 2019, 61-62). Öte yandan bir kullanıcı grubunun platforma katılması, platformun diğer tarafındaki kullanıcıları daha fazla çekiyorsa, o taraf platform tarafından sübvansede edilecektir (Stigler 2019, 39). Tüketiciler genelde fiyata daha duyarlı olan taraf olduklarından,

kendilerine herhangi bir ödeme/maliyet yansıtıldığında platformu terk etme olasılıkları yüksektir. Tüketici tabanına ulaşma noktasında platforma bağımlılıkları yüksek olan ticari kullanıcılar içinse bu oran daha düşük olacaktır. Bu durum, tüketici lehine, ticari kullanıcı aleyhine bir fiyatlamaya neden olacaktır. Bir başka deyişle, platformlar tüketiciler için kıyasıya rekabet ederken ticari kullanıcılara daha yüksek maliyetler yükleyerek fiyat indirimlerini telafi edebilecektir. En nihayetinde ticari kullanıcıların platformlar karşısındaki dezavantajlı durumu tetiklenecektir.

1.5. VERİNİN ROLÜ

Yukarıda bahsi geçen hususların yanı sıra dijital pazarlarda bağımlılık verinin sağladığı güç ile daha da hızlandırılabilir (Komisyon 2018c, 24). Veriye erişim, bir teşebbüsün rekabet gücünün en önemli unsuru olarak nitelendirilmektedir (Cremer vd. 2019, 76). Bir platform ne kadar başarılı olursa ve pazarın her iki tarafında ne kadar fazla kullanıcısı olursa, toplanan verilerin ölçeği o kadar büyük ve kalitesi de bir o kadar yüksek olacaktır. Nitekim platformlardaki tüm eylemler dijital ortamda gerçekleştiğinden bu eylemlerin hepsi veri olarak kaydedilmektedir. Böylece platform, tüm kullanıcıların etkinliklerinin panoptik¹¹ bir görünümünü elde etmektedir (Zuboff, 2019). Bu verileri analiz etme, yeniden birleştirme ve işleme yeteneği, platformun kullanıcıların dikkatini ve eylemlerini etkilemesine olanak tanımaktadır (Stigler 2019, 37). Verilere erişim kabiliyeti yüksek olan şirketler de bu avantajı, kullanıcıları daha iyi hedeflemek, ürün kalitesini iyileştirmek, daha fazla kullanıcı çekmek ve dolayısıyla daha fazla veri üretmek adına avantajlı bir geri bildirim döngüsü oluşturmak için kullanabilecektir (Stucke 2018). Bu döngü de en nihayetinde, ölçek, kapsam ekonomilerinin gücü ve ağ etkileri dinamiğine göre artan getirilere yol açacak ve “kazanan her şeyi alır” (*winner-takes-it-all*) dinamiği olarak adlandırılan piyasa yoğunlaşmasına yol açabilecektir (Komisyon 2018c, 24). Bu noktada veri birikimi, pazara yeni giriş yapacak rakip firmalar için güçlü bir giriş engeli teşkil etmektedir (Alt Komite Raporu 2020, 42).

Giriş engeli niteliğinin yanı sıra, verilere üstün erişim, dijital pazarlarda rekabete aykırı farklı davranışları mümkün kılabilir veya şiddetlendirebilecektir. Bu durumu ticari kullanıcılar açısından

¹¹ Tüm üyelerin hareketlerini izlemeye izin veren kapsayıcı bir bakış açısı olarak tanımlanmaktadır.

değerlendirdiğimizde, öncelikle verinin bilgi asimetrisine neden olabileceği ve platformların ticari kullanıcılarınca bilinmeyen bilgilere erişim sağlayarak önemli bir rekabet avantajı sağlayabileceği belirtilmelidir (Alt Komite Raporu 2020, 43). Bu, platform hibrit bir yapıda olduğunda daha şiddetli hale gelmektedir. Zira hibrit bir platform, kendi platformundaki rakip satıcılara kıyasla tüketici davranışları ve tercihleri hakkında daha fazla fikir veren verilere erişebilmektedir. Eski bir Amazon çalışanı da bu bilgi asimetrisini vurgulayarak Amazon'un toplulaştırılmış verileri kendi ürünleri için kullanırken ticari kullanıcıların benzer verilere erişemediğini belirtmiştir (Alt Komite Raporu 2020, 275). Bu durumdan kaynaklı olarak, Amazon'un söz konusu verileri pazaryerinde listelenen milyonlarca ürün arasından popüler ve karlı ürünleri belirlemek ve yeniden üretmek için kullanabileceği ihtimalinin doğuracağı endişeler üzerinde durulmuştur. Bu strateji, rakip ürünün kopyalanabileceği veya ürünün doğrudan üreticisinden tedarik edilerek ürün satıcısının denklemden çıkarılabileceği yönünde endişe doğurmaktadır. Nitekim Komisyon da 2019'da yaptığı basın duyurusunda, Amazon'un kendi pazaryerinde satış yapan ticari kullanıcılara ait hassas verileri kullanmasının rekabet hukuku kurallarını ihlal edip etmediğinin tespitine ilişkin soruşturma başlattığını açıklamıştır¹². Buna göre, Amazon'un perakende faaliyeti kapsamında çok büyük miktarlarda halka açık olmayan ticari kullanıcı verisini toplayabildiği ve bunları kendi satış tekliflerini ve stratejik kararlarını belirlerken ticari kullanıcıların zararına olacak şekilde kullanabildiği belirtilmektedir.

Ayrıca platformlar, işletmelerin platformdan ayrılmalari halinde müşterileri hakkında oluşturduğu verileri alıp başka bir platforma veya üçüncü tarafa taşımalarını kısıtlayabilecektir. Bu durum ise, çevrim içi varlığını yeniden/sıfırdan oluşturmak zorunda kalan ticari kullanıcıları platforma daha bağımlı hale getirecektir (Komisyon 2018a).

Sonuç olarak, dijital piyasaların yapısı gereği yoğunlaşmaya ve tek bir platforma evrilmeye meyilli olduğu söylenebilecektir. Bu durum platformların yukarıda anılan davranış kalıpları ve iş stratejileri ile birleştiğinde, bu platformlarla çalışan ticari kullanıcıların platform karşısındaki pazarlık durumu daha da zayıflamaktadır. Aynı zamanda ticari kullanıcıların pazardaki

¹² Komisyonun 17.06.2019 tarihli basın duyurusu, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

alternatifleri azaldığından tek bir platforma bağımlılık dereceleri yükselmektedir. Böylelikle satıcılara rekabet edebilirliklerini ve piyasada tutunmalarını zorlaştıracak haksız şart ve uygulamaların dayatılması daha kolay hale gelmektedir. Bu endişelerden hareketle söz konusu davranışlara rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilemeyeceği noktasında tartışmalar mevcuttur. Bu kapsamda bir sonraki bölümde bu davranışların ele alınmasında kullanılabilecek diğer hukuki araçlar ve bunların rekabet hukuku ile ilişkisi irdelenecektir.

BÖLÜM 2

HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALE ARAÇLARI

Sömürüye ve ekonomik bağımlılığa dayalı potansiyel bir ihlal türü olarak karşımıza çıkan haksız sözleşme şartlarına müdahale, rekabet hukuku uygulamalarında uzun süredir göz ardı edilmiş ve bu tarz davranışlardan kaynaklı kötüye kullanmalara ilişkin içtihat oldukça sınırlı kalmıştır.

Söz konusu şartlara ilişkin sınırlı müdahale, özellikle ilgili davranış kalıplarına yönelik olarak; tüketicinin korunması, haksız fiil ve haksız rekabete ilişkin diğer yasal düzenlemelerin ve sektöre özgü regülasyonların varlığı ile açıklanmaktadır (Jones vd. 2019 568; Akman 2009, 30-31). Sömürücü uygulamalara müdahale edilmemesi gerektiği yönündeki diğer gerekçeler ise; piyasanın zaman içinde kendi kendine düzeleceği (Motta ve Streel 2003, 108; Röller 2008, 527-528), bu tür davranış biçimlerinin piyasa yapısı üzerinde mutlak surette etki doğurmayacağından hareketle rekabet hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği (Akman 2009, 32) ve hatalı pozitif karar verme (*Tip I hata*) olasılığını artırdığı (Akman 2009, 16; Jenny 2016, 36) şeklinde sıralanmaktadır.

Öte yandan, bu davranışların toplam refah üzerinde doğurduğu etkilerin göz ardı edilemeyeceği (Bakhoum 2015, 27; Bougette vd. 2019, 265-266;), hem yatay hem de dikey ölçekte rekabeti etkileyebileceği (Bakhoum 2015, 5; Bougette vd. 2019, 280; Johansenn ve Gonzales 2021, 1-2) ve olası alternatif müdahale araçlarının etkinsiz olabileceği (Dehdashti 2018, 17-19; Komisyon 2018c, 26) yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ayrıca, her ne kadar bu şartlar yazında sömürücü kötüye kullanma türleri arasında sınıflandırılrsa da, bu şartların dışlayıcı etkileri de olduğu; dolayısıyla bu tür ihlalleri başlı başına potansiyel rekabete aykırı davranışlar olarak görmezden gelmenin etki temelli yaklaşımın temel mantığıyla çelişeceği de savunulmaktadır (Bougette 2019, 265). Çalışmanın bu

bölümünde söz konusu endişelere yönelik tartışmalara yer verilerek bu tip davranışların rekabet hukuku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği irdelenecektir.

2.1. HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARININ FARKLI HUKUK DİSİPLİNLERİNDEKİ YERİ

Taraflarına ve amaçlarına göre, haksız sözleşme şartlarının yol açtığı ihlallere, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) gibi birçok farklı disiplinde yer alan hükümlerle ayrı ayrı veya birlikte müdahale etmek mümkündür (Topçuoğlu 2015, 5). Bu çalışma kapsamında, platformlarda yer alan ticari kullanıcılara odaklanıldığından, ilgili şartların TBK, TTK ve RKHK kapsamındaki yeri irdelenecektir.

2.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Değerlendirme

Türk hukukunda temel prensip sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte, bazı sınırlı hallerde bu prensibe istisna getirilebildiği görülmektedir. Bu hallerden biri de *genel işlem koşullarının denetimidir*. Sektör ayrımı yapılmaksızın, ticari faaliyette bulunan teşebbüslerin çoğu iş ve işlemlerini bireysel sözleşmelerle değil genel işlem koşulları ile yürütmektedir (Patterson 2010, 331). Platformların da önemli sayıda ticari kullanıcıyla çalışan büyük teşebbüsler olduğu göz önüne alındığında, sözleşmelerinde standart koşullar kullanmaları olağandır. Bu nedenle, söz konusu sözleşme şartları, genel işlem koşullarına yönelik düzenlemelere tabi olacaktır.

Genel işlem koşulları en kapsamlı haliyle TBK'nin 20 ila 25. maddeleri arasında ele alınmıştır. Bu kapsamda, genel işlem koşullarının denetimi üçe ayrılmaktadır: “yürürlük denetimi” (TBK md. 21-22), “yorum denetimi” (TBK md. 23) ve “içerik denetimi” (TBK md. 24-25) olarak sıralanmaktadır¹³ (Sirmen 2011, 112-113; Yalman vd.2012, 22; Dizdar 2010, 88).

¹³ Yürürlük denetimi, genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığının tespiti aşamasıdır. Bu kapsamda karşı tarafa, menfaatine aykırı koşullar hakkında açıkça içeriği öğrenme imkânı tanınıp tanınmadığı ve sözleşmenin niteliğine yabancı koşullar bulunup bulunmadığı irdelenir. Yorum denetimi ise, sözleşme içeriğine dâhil olduğu belirlenen genel işlem koşulunun (açık ve anlaşılır olmaması veya birden fazla anlama gelmesi durumunda) yorum yoluyla denetlenmesini ifade eder. Bu tarz hükümler ise düzenleyen aleyhine yorumlanır.

Söz konusu hükümler, temelde tüm sözleşmelerde uygulanabilecek ve tüketici veya tacir ayrımı yapılmaksızın tüm kullanıcılar için geçerli olacak şekilde getirilmiştir. Buna karşın öğretide, iki teşebbüsün bir sözleşmenin tarafı olarak karşı karşıya geldiği hâllerde, genel işlem koşullarının denetlenmesinin gerekip gerekmediği hususu belirsizliğini korumaktadır. Nitekim Kanun'un 21. maddesinde yer alan *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. ...”* hükmüyle, sağlanan korumadan yararlanmak için, koşulların varlığı hakkında bilgi sahibi olunmaması ve bu koşulların kabul edilmemesi şart koşulmuştur. Ancak tacirlere getirilen “basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü” (TTK md. 18) gereği bu hükümlerin uygulanabilirliği tartışmalı hale gelmektedir (Topçuoğlu 2015, 19-20). Buna göre, bir tacirin söz konusu şartların içeriğini bilmemesinin makul sayılamayacağı ve tecrübesizlik ihtimalinin karşılık bulmayacağı belirtilmektedir. Nitekim Atamer de (2001, 56-57), güçlü-güçsüz taraf durumunun ortaya çıktığı bir sözleşme ilişkisi içerisinde, tüketici ve tacir ilişkisi ile tacirin tacirle karşı karşıya geldiği durumu birbirinden ayırmak gerektiğini ifade etmiştir. Bu durumda güçsüz durumdaki tacir taraf, tüketicilerle aynı şekilde değerlendirilemeyecektir. Zira tacir ile tüketiciyi bilgi, deneyim, ekonomik güç bakımından aynı kefeye koyma imkânı bulunmamaktayken; tacirden sektörel uzmanlığı sebebiyle tarafı olduğu sözleşmenin içeriğine dair bilgi sahibi olması, doğabilecek riskleri değerlendirmesi ve buna göre işlem yapması beklenmektedir (Küçükgöde 2019, 48). Bu kapsamda, her ne kadar genel işlem koşullarına yönelik hükümlerin tacirler arasındaki ilişkilere uygulanabilmesinin önünde yasal bir engel bulunmasa da sınırlı bir denetime imkân verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁴.

Son olarak, içerik denetiminde, dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde, karşı tarafın durumunu ağırlaştıran veya onun aleyhine olan genel işlem koşulunun geçerliliği denetlenir.

¹⁴ Alman Genel İşlem Koşulları Yasası hazırlık sürecinde de ifade edilmiş olan bu görüşler neticesinde; bu hükümler kapsamında tacirler açısından genel içerik denetimi ile korunma sağlanmış, yürürlük denetimi ile yasak kayıtlara ilişkin denetimin uygulama alanı bulunmamasına karar verilmiştir (Kocaman 2003, 1095; Atamer 2001a, 54, 55; Atamer 2001b, 10).

Haksız şartın yazılmamış sayılmasına yönelik bir diğer gereklilik, *şartların kabul edilmemesidir*. Nitekim genel işlem koşulları müzakereye konu edilmemektedir. Teşebbüsler ise yasaklı genel işlem şartlarını, ayrı ayrı müzakere ve kabul şerhi koyarak ya da bireysel sözleşmeler yoluyla aşabilmektedir (Topçuoğlu 2015, 5). Bu durum, ilgili denetimin kapsamını sınırlamaktadır.

Diğer taraftan, RKHK ve TTK kapsamında ele alınan hâllerde, karşı tarafın tacir olmasının ve genel işlem şartlarını kabul etmesinin, bu işlemlerin hukuka aykırılığının denetlenmesini engellemeyeceği belirtilmektedir (Topçuoğlu 2015, 62). Nitekim TTK hükümlerinin tacirler arası ilişkilere ve ticari işlere uygulanabilirliği açıktır. Benzer şekilde Kurum bünyesinde yürütülen *Yemeksepeti*¹⁵, *Çiçeksepeti*¹⁶ ve *Sahibinden*¹⁷ gibi çevrim içi platformlara ilişkin tamamlanan soruşturmalarda da, gerçek veya tüzel kişi ticari kullanıcıların ticari işletmesinin ölçeğine göre ayrıştırılmadan daha kapsayıcı bir yaklaşımla değerlendirildiği görülmektedir.

2.1.2. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Değerlendirme

TTK'nin 54. maddesi uyarınca, *“rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu”*na hükmolunmuştur. TTK md. 54/1 ise, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğunu belirtmektedir. Bu çerçevede, platformların tek taraflı davranışlarına müdahalede haksız rekabet hükümlerine başvurmak mümkün görünmektedir.

TTK'nin 55. maddesinde dürüstlük kuralına aykırı, haksız rekabet kapsamında değerlendirilecek davranışların neler olduğu sayılmaktadır. Sınırlı sayı ilkesine tabi olmamakla birlikte, dürüstlük kuralına aykırı, haksız rekabet olarak kabul edilen temel davranışlar şu şekilde özetlenebilecektir (Kendigelen 2011, 65- 66):

- Gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibi gereksiz yere kötüleyici veya rakibin tanınmışlığından yararlanan karşılaştırmalı reklâmlar,

¹⁵ 28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı karar.

¹⁶ 08.04.2021 tarih ve 21-20/250-106 sayılı karar.

¹⁷ 08.07.2021 tarih ve 21-34/475-237 sayılı karar.

- Müşterileri, seçilmiş bazı ürünlerin birden fazla tedarik fiyatının altında satışa sunulması yoluyla rakiplerinin veya kendinin yeteneği konusunda veya malın gerçek değeri hakkında yanıltmak,
- Saldırgan satış yöntemleri ile müşterilerin karar verme özgürlüğünü kısıtlamak,
- Taksitli satım ve benzeri sözleşmelerle tüketici kredilerinde, maliyet, satış fiyatı, faiz oranlarında tüketiciyi fazla aydınlatmamak,
- Kendisiyle sözleşme yapması için müşterilerin daha önce yapmış oldukları sözleşmeleri sona erdirmeye yöneltmek,
- Başkasının ürünlerinden yetkisiz yararlanmak,
- Dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanmak.

Görüldüğü üzere haksız rekabet halleri; aldatıcı reklamlar, kötüleme, yetkisiz yararlanma, ticari sırların ifşası gibi birçok uygulamayı kapsamaktadır. Söz konusu madde kapsamına girdiği saptanan davranışlar için ise 54. maddedeki hükme göre ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiş, bu davranışların doğrudan haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmiştir (Arkan 2011, 315). Bu kapsamda, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde yapılacak müdahalelerde taraflar arasındaki pazarlık gücü eşitsizliği dikkate alınmamaktadır (Dehdashti 2018, 17). Buna göre, küçük ve görece güçsüz bir teşebbüsün, örneğin bir rakibin ticari markasını kopyalaması, rakibini kötülemesi veya ticari sırlarını kötüye kullanması durumunda uygulanacak yaptırım, sorumlunun büyüklüğü veya pazarlık gücü ile bağlantılı değildir. Buradan hareketle, haksız rekabet hükümlerinin işletilmesinde haksız şart ve uygulamaların niteliğinin önem arz ettiği, bir başka deyişle, davranışın haksız olmasının, yaptırıma tabi tutulması için yeterli görüldüğü söylenebilecektir.

Öte yandan, bu davranışların RKHK kapsamında ele alınabilmesine olanak tanıyan husus, teşebbüsün pazardaki gücü, büyüklüğü ve tarafların pazarlık güçleri arasındaki açık orantısızlıktır. Ayrıca, RKHK hükümlerinin uygulamasında, davranışı gerçekleştiren teşebbüsün pazardaki konumu nedeniyle davranışlarının piyasada doğurabileceği etkiler esas alınmaktadır. Diğer bir deyişle, haksız olarak değerlendirilebilecek her şartın RKHK kapsamında ele alınması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla haksız davranışlara karşı TTK

hükümlerinin RKHK'ye kıyasla daha kapsamlı bir müdahale imkânı sunduğu söylenebilecektir.

Diğer taraftan, haksız rekabet hükümlerinin işletilmesinin etkinliği konusunda bazı endişeler mevcuttur. Özellikle, görece küçük ve pazarlık şansı bulunmayan teşebbüslerin, kendilerinden güçlü teşebbüslerle çalışma zorunluluğu karşısında haksız rekabet yaptırımlarına başvurması, gerçekçi bir beklenti olarak görülmemektedir (Topçuoğlu 2015, 62-63). Nitekim ticari işletmeler arasındaki ilişkiler irdelendiğinde, tarafların sözleşmelerin gerekliliklerini yerine getirmek için yasal süreçlere başvurma noktasında genellikle isteksiz oldukları görülmektedir (Komisyon 2014). Teşebbüsler, çoğunlukla aralarındaki iyi ilişkileri sürdürmek adına anlaşmazlıkları gayri resmi yöntemlerle çözmeyi tercih etmektedir. Bunun en önemli sebebi, daha zayıf bir pazarlık pozisyonuna sahip olan tarafın şikâyetçi olması durumunda güçlü teşebbüsün misillemesiyle karşılaşma ihtimalinden endişe duymasıdır (Cerre 2020, 76; Komisyon 2018c, 28). Bu noktada Kurum bünyesinde yürütülen “*HTM Gıda Perakendeciliği Sektör Raporu*” bulguları da “*uyuşmazlıkların çözümü noktasında mahkemeye başvurmak yerine karşılıklı müzakereler ile sorunların çözülmeye çalışıldığını, büyük teşebbüslerce ticari olarak cezalandırılabilme korkusu ve ilgili teşebbüslerle çalışılmaması halinde yaşanacak zarar sebebiyle mahkeme yoluna gitmenin tercih edilmediğini ve yargılama sürecinin uzun olması nedeniyle dava yolunun başvuru son çare olduğunu*” örneklendirmektedir (2021, 123-124).

Sonuç olarak, haksız sözleşme şartlarına karşı TBK ve TTK gibi farklı kanunlarda yer alan hükümlere başvurulabilmesi mümkün olmakla birlikte, teşebbüslerin özellikle pazar gücü olan teşebbüslere karşı yargı yolunu tercih etme noktasında olumsuz görüş bildirmesi, söz konusu hukuki araçların etkinliği konusunda şüphe doğurmaktadır. Bu sebeple haksız sözleşme şartları ve uygulamalarına karşı, piyasadaki rekabet karşıtı etkilerin ortaya konulması hâlinde, rekabet hukuku zemininde müdahale imkânı devam edecektir.

2.1.3. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirme

Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklı kötüye kullanımların düzenlenmesi bakımından, yukarıda da bahsedildiği üzere, ele alınan davranışın tek başına haksızlık teşkil etmesi yeterli görülmekte ve bu durumda piyasa

üzerindeki etkileri ele alınmaksızın yaptırıma tabi tutulabilmektedir. Bu çerçevede öncelikle sözleşme hukuku ve haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulmaktadır (Bakhoun 2015, 2). Öte yandan, bu şartların uygulanmasının pazar gücünden kaynaklanması durumunda, ilgili davranışın piyasa yapısı ve rekabet süreci üzerinde birtakım olumsuz etkiler doğurması muhtemeldir. Bu nedenle, ilgili davranışları sınırlandırmak için rekabet hukukunun daha etkili bir müdahale aracı olabileceği değerlendirilmektedir. Bu noktada, ilgili şartların müdahaleye konu olması için piyasa üzerinde belirli etkilere sebep olması gerektiği, dolayısıyla ticari kullanıcılar açısından potansiyel olarak dezavantajlı olan veya haksız olarak nitelendirilen her şartın rekabet hukuku kapsamında endişe doğurmayacağı belirtilmelidir. Buradan hareketle, bu başlık altında ilgili davranışların piyasa ve rekabet süreci üzerindeki olası etkileri dikkate alınarak müdahalenin sınırları ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

2.1.3.1. Haksız Şart ve Uygulamaların Olası Rekabet Karştı Etkileri

2.1.3.1.1. Uygulamaların Piyasa Üzerindeki Etkileri

Hâkim durumun kötüye kullanılması hâlleri genel olarak dışlayıcı, sömürücü ve ayrımcı nitelikteki kötüye kullanmalar şeklinde üçlü bir tasnif çerçevesinde ele alınmakla birlikte, RKHK'nın 6. maddesinde kötüye kullanma türlerine yönelik olarak bu şekilde bir ayrıma gidilmemiştir. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz buna gerekçe olarak, uygulamada bu davranışların incelenen her bir olay bakımından birbirinden tamamen ayrılmasının mümkün olamamasını, bir başka deyişle, incelenen bir davranışın kötüye kullanma hâllerinden birden fazlasına örnek teşkil edebilmesini ya da aynı anda birden fazla kötüye kullanma kategorisinin özelliklerini gösterebilmesini sunmaktadır¹⁸.

Her ne kadar haksız sözleşme şartları, sömürücü kötüye kullanmalar kapsamında sınıflandırılrsa da, bu şartların bağımlı kullanıcılar üzerinde yalnızca sömürücü etkilere yol açmakla kalmadığı, aynı zamanda ilgili pazarlar üzerinde

¹⁸ <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/hakim-durumdaki-tesebbuslerin-dislayici-davranislarina-iliskin-kilavuz1.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

dışlayıcı etkilere de neden olabildiği vurgulanmalıdır¹⁹ (Lee ve Schiöler 2019, 1). Özellikle davranışın muhatabının ticari kullanıcılar olduğu durumlarda, sömürücü ve dışlayıcı kötüye kullanma türleri arasındaki ayrım daha da belirsizleşmektedir (Dehdashti 2018, 10-11). Zira sömürücü, ayrımcı ve dışlayıcı şeklinde tasnif edilebilecek ihlal türleri arasında, uygulamada sıklıkla örtüşmeler meydana gelebilmektedir. Uygulamaya ilişkin sınırlı sayıdaki içtihat incelendiğinde de benzer şekilde, haksız sözleşme şartlarına ilişkin davaların çoğunda şartların sömürücü etkisinin yanı sıra dışlayıcı etkisinin de ortaya konulduğu görülmektedir²⁰.

Bu noktada sözleşme şartlarının yatay olarak ilgili pazardaki rekabeti kısıtlayabileceği düşüncesinden hareketle, ortaya çıkabilecek sorunların rekabet hukukunu ilgilendirebileceği savunulmaktadır (Boy 2006, 220). Bu durum, nispeten önemli pazar gücüne sahip bir teşebbüs tarafından, tek amacı daha küçük ve zayıf iş ortaklarını kilitlemek ve böylece onların başka bir alternatifte geçme olasılıklarını sınırlamak olan bir sözleşme yapısı oluşturulduğu durumlarda gözlenebilecektir (Bakhoun 2015, 5; Johansenn ve Gonzales 2021, 1). Buna göre, ilgili şartların yalnızca zayıf tarafın ekonomik özgürlüğünü sınırlamakla kalmayacağı (dikey yaklaşım), aynı zamanda nispeten baskın bir firmanın pazar gücünü de kuvvetlendirebileceği (yatay yaklaşım) söylenebilecektir.

Bu çerçevede dikkate alınabilecek temel kıstas, ilgili şartların platform bağımlılığını artırarak ticari kullanıcıların önemli maliyetlere katlanmadan farklı platformlara geçmelerini engelleyip engellemediği olacaktır. Nitekim geçiş maliyetlerinin artması ve kilitlenme etkisinin ortaya çıkması platformlar arası rekabeti kısıtlayabilecektir (Johansenn ve Gonzales 2021, 1). Örneğin, bir platformun sözleşmelerinde uzun vadeler belirlemesi, platform üzerinden yapılması gereken minimum satış hacimlerini şart koşması veya sözleşmenin feshini zorlaştıran birtakım koşullar dayatması ticari kullanıcıları üzerinde sömürücü bir etki doğurabilecektir. Aynı zamanda bu tür şartlar, alternatif platformlara geçişi zorlaştırarak, platformun rakipleri karşısında haksız bir

¹⁹ Yazında genel olarak sömürünün rekabete zarar veren dışlayıcı davranışın sonucu olması gerektiği ve ABİDA'nın 102. maddesinin dışlamadan kaynaklanan sömürüyü yasaklayacağı belirtilmektedir (Akman 2009, 32). Ancak bunun aksini savunan görüşler de mevcuttur.

²⁰ *Tetra Pak II, AAMS, DSD, Yemeksepeti* kararları. İlgili kararların detaylarına Bölüm 3'te değinilmektedir.

rekabet avantajı elde etmesine ve konumunu güçlendirmesine sebep olabilecektir. Buna ek olarak, ticari kullanıcıların sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, daha küçük platformların önemli bir kitleye ulaşmasını zorlaştırmakta ve piyasaya yeni giriş yapanların yerleşik oyuncularla rekabet etme yeteneğini olumsuz yönde etkilemektedir; bu durum ise pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri meydana getirebilecektir (Komisyon 2018b, 53). Sonuç olarak, haksız bir sözleşme şartının aynı anda hem sömürücü nitelik taşıyıp hem de rakiplerin pazara girişini engelleyebileceği söylenebilecektir (Ünal 2010, 11). Bu doğrultuda hem Tip I hata hem de Tip II hata riskini en aza indirmek için ilgili davranışların sömürücü veya dışlayıcı olup olmamasına bakılmaksızın, rekabeti nasıl engellediği analizin edilmelidir (Ahlborn vd. 2018, 6).

Bunun yanı sıra ilgili davranışların rekabet sürecini de olumsuz etkileyebilmesi mümkündür. Nitekim firmaların pazara erişim imkânlarının kısıtlanması halinde, rekabet sürecinin kendisi de zarar görebilecektir. Bu anlamda, piyasada rekabet etme özgürlüğü tehdit edildiğinden, bu davranışlara rekabet hukuku müdahalesi gerektiği savunulmaktadır (Bakhoun 2015, 23-24).

Diğer taraftan, bu tür uygulamalar kimi yazarlarca rekabetçi olarak değerlendirilmektedir. Nitekim bu davranışları uygulamayı mümkün kılan, piyasada adil bir oyundan kaynaklanan ve görece verimliliğe dayanan üstün pazarlık pozisyonunun, uzun vadede rekabete zarar vermemesi (Cheng ve Gal 2016, 5), aksine etkin bir rekabetin varlığına gösterge teşkil etmesidir. Bu görüşün temelinde, bir oyuncunun pazar gücünden yararlanma imkânı olmadığında rekabet etmek için hiçbir teşviki olmayacağı düşüncesi yatmaktadır (Röller 2007, 5). Buna göre, pazar gücünü kullanma imkânı yeni teşebbüsleri pazara çekerek rekabeti artıracaktır. Nitekim böyle bir pazar gücüne ulaşma güdüsü teşebbüsleri rekabet etme, yenilik yapma ve müşterilere daha iyi ürün/hizmet sunma noktasında yatırım yapmaya teşvik edecektir. Bu nedenle, bu davranışların yasaklanmasının yol açabileceği Tip 1 hataların rekabet üzerinde doğurabileceği zararlar göz önüne alındığında, Tip 2 hataların göz ardı edilebileceği belirtilmektedir²¹ (Monti 2007, 17-18).

²¹ Bir kural, verimli bir davranışı engelliyorsa ve aşırı kapsayıcıysa *Tip 1 hata* (veya yanlış pozitif); verimsiz bir davranışı cezalandırmıyorsa *Tip 2 hata* (veya yanlış negatif) olarak adlandırılmaktadır.

Sonuç olarak, söz konusu davranışların piyasa üzerinde hem olumlu hem de olumsuz etkiler doğurabileceği görülmektedir. Mutlak surette olumsuz etki doğurmayacak davranışlara müdahale, farklı değerler ve çıkarlar arasında çeşitli ödünleşimlere sebep olabilecektir. Bu ödünleşim, kısa vadeli ile uzun vadeli çıkarlar, rekabet edilebilirlik ile inovasyon, adalet ile verimlilik gibi alanlar arasında gerçekleşebilecektir (CERRE 2020, 10). Bir davranış türü, kısa vadeli rekabeti veya yeniliği artırarak tüketici refahını yükseltirken uzun vadede tüketici refahı pahasına, gelecekte rekabet etme ve/veya yenilik yapma yeteneğini ve teşvikini azaltabilecektir (CERRE 2020, 10-11). Örneğin, bir platformun büyümesi ve nihayetinde pazarın evrilmesinin tüketicilere fayda sağlaması mümkündür. Zira bir ekosistem oluşturmak, tüketicilere daha geniş bir ürün/hizmet yelpazesi sunarak tek duraklı alışveriş imkânı sağlayabilecektir. Benzer şekilde, platformun da kapsam ekonomilerinden daha fazla yararlanmasının önünü açabilecektir. Diğer taraftan, böyle bir genişlemenin rakiplerin dışlanmasına yol açabilmesi de mümkündür. Bu sebeple teşebbüslerin davranışlarının ekonomik etkilerinin değerlendirilmesinin oldukça karmaşık olduğu söylenebilecektir. Söz konusu zorluk dijital pazarlara özgü olmamakla birlikte dijital pazarlarda daha sık yaşanabilecektir. Buradan hareketle, bu davranışlara rekabet hukuku kapsamında müdahalenin mümkün olabileceği, ancak davranış değerlendirme noktasında, rekabetçi ve rekabet karşıtı etkilerin dengelenmesinin zor olacağı çıkarımında bulunulabilecektir (CERRE 2020, 10).

2.1.3.1.2. Toplam Refah Yaklaşımı

Haksız sözleşme şartlarına rekabet hukuku kapsamında müdahale edilebileceğini savunan görüşlerin bir diğer dayanağı ise, bu davranışların toplam refah üzerinde önemli etkileri olduğu ve bu etkilerin tamamen göz ardı edilemeyeceği hususudur. Buna göre, haksız sözleşme şartlarının dayatılması doğrudan satıcıların refahını azaltırken, dolaylı olarak tüketici refahını da düşürebilecektir.

Bu çerçevede sözleşme koşullarının, rekabetçi düzeyden saptığı ve sözleşmeye bağlı karşı tarafın (satıcı ve/veya tedarikçi) çıktıyı düşürmesine neden olduğu ölçüde “dara kaybına” ve “tahsis etkinsizliğine” neden olacağı

belirtilmektedir²² (Ezrachi 2018, 47). Örneğin, alt pazarda yer alan güçlü bir alıcının, üst pazardaki tedarikçilerden sistematik olarak yararlanarak tedarikçilerin yatırım ve yeniliklerini etkin bir şekilde caydırması mümkün olabilecektir (OFT, 2007). Benzer şekilde, güçlü bir alıcı, üst pazardaki tedarikçi tarafından yapılan ilişkiye özgü yatırıma da el koyabilecektir. Bu durum, tedarikçilerin yatırım ve yenilik güdüsü azaltılabilecektir.

Bunun yanı sıra ticari kullanıcılar, aleyhine olan sözleşme şartları nedeniyle doğan zararlarını tüketiciye yansıtarak telafi etmeye çalışabilecek (Kocaman 2003, 1095; Atamer 2001a, 54-55) ya da dayatılan koşullarla mücadele edemeyecekleri noktada piyasadan çıkabileceklerdir. Buradan hareketle bu tür davranışların üç kanal aracılığıyla dolaylı olarak tüketici refahını bozacağı söylenebilecektir: (i) artan fiyatlar, (ii) azaltılmış seçenekler ve (iii) sınırlı yenilik teşvikleri (Bougette vd. 2019, 266). Bu noktada ABAD'ın, rekabet hukuku hükümleri çerçevesinde, tüketici refahına hem doğrudan hem de dolaylı olarak zarar veren davranışların ele alınabileceğini açıklığa kavuşturduğu belirtilmelidir²³. Ayrıca ABİDA'nın 102. maddesine ilişkin Tartışma Belgesinde, ara kullanıcılara verilen zararın, genellikle nihai tüketicilere de zarar vereceğinin varsayıldığı bir karine yer almaktadır (Akman 2008, 4).

Diğer taraftan, AB rekabet hukukunda, tüketici kavramının müşteri/kullanıcı anlamına geldiğini ve nihai tüketiciler kadar ara kullanıcıları da kapsadığını belirtmekte fayda görülmektedir. Nitekim Komisyona göre, “tüketici” kavramı, ürünleri girdi olarak kullanan üreticiler, toptancılar, perakendeciler ve nihai tüketiciler de dâhil olmak üzere, incelenen uygulama kapsamındaki ürünlerin doğrudan veya dolaylı tüm kullanıcılarını kapsamaktadır (Akman 2008, 4). Dolayısıyla tüketici refahı hedefi, çok taraflı pazarlardaki tüm kullanıcılara hitap edebilecektir.

²² Rekabet hukukunun oluşan tahsis etkinsizliğine müdahale anlamında gelirin yeniden dağılımı noktasındaki rolü tartışmalıdır. Böyle bir işlevin vergilendirme yoluyla daha iyi yerine getirilebileceği ve böylece rekabet hukukunun uygulanmasının öznel değer yargıları yürütme ihtiyacından kurtarılacağı da iddia edilmektedir (Kaplow 2012, 3).

²³ Case C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet [2012] ECLI, para. 20; Case C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527, para. 24.

2.1.3.2. Rekabet Hukukunun Amacına Yönelik Tartışmalar

Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiden kaynaklı kötüye kullanımların düzenlenmesi, esasen anlaşmanın zayıf tarafını korumaya yöneliktir. Platform ile ticari kullanıcılar arasındaki ilişkiler göz önüne alındığında, korunması amaçlanan tarafın platformun sadece “kullanıcısı” veya platform aracılık hizmeti dışında faaliyette bulunuyorsa “rakibi” olabileceği görülmektedir. Bu sebeple, söz konusu davranışların rekabet hukuku kapsamında ele alınması bazı tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Öncelikle rekabet hukukunun temel amacı, bireysel rakiplerin çıkarlarından ziyade piyasadaki etkin rekabetin ve tüketici refahının korunmasıdır. Zira hâkim durumdaki firmalar, rakiplerini piyasada tutma konusunda genel bir yükümlülüğe tabi tutulmamıştır (Stylianou 2016). Buna karşın, rekabet hukukunun; adil rekabet, rekabet sürecinin ve rekabet etme özgürlüğünün korunması, piyasa oyuncularının (tüketicinin yanı sıra küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin) korunması gibi hedefleri içererek daha kapsamlı bir biçimde ele alınması görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır²⁴ (Lianos 2013, 13). Ezrachi de (2018, 1-4) AB rekabet hukukunun amaçlarını tartıştığı çalışmasında, rekabet hukukunun hedeflerinin tüketici refahı etrafında toplanacağını ancak bununla sınırlı olmadığını vurgulamıştır. Buna göre, etkin bir rekabet yapısının, verimliliğin ve yeniliğin korunması, adalet, çoğulculuk ve ekonomik özgürlük gibi hususların da rekabet hukukunun hedefleri arasında yer aldığı kabul edilmekle birlikte konu hâlâ tartışmaya açıktır.

Son dönemde dijital pazarlarda yaşanan önemli gelişmelere bakıldığında, rekabet politikası tartışmalarında daha küçük işletmelerin ve pazardaki çeşitliliğin korunmasına yönelik yaklaşımlara ağırlık verildiği görülmektedir. ABİDA’nın 102. maddesinin dayanağı, piyasa gücünün kötüye kullanımının rekabete zarar verebileceği yönünde olmakla birlikte; DMA kapsamında geçit bekçisinin sahip olduğu önemli ölçüde pazar gücünün piyasaları daha az yarışılabilir ve daha az adil hale getirebileceği varsayılmaktadır²⁵. Buna göre, geçit bekçilerinin özelliklerinin pazarlık gücünde ciddi dengesizlikler yaratması, ticari ve nihai kullanıcılar açısından haksız uygulama ve şartlara neden olmaktadır. Dolayısıyla,

²⁴ Ayrıca bkz. Dunne 2021.

²⁵ DMA, Gerekçe 5.

bu durumun piyasada rekabet edebilirliğin azalmasına yol açabileceği ifade edilmektedir²⁶. Bu nedenle DMA, nihai ve ticari kullanıcıların platform ekonomisinin ve genel olarak dijital ekonominin tüm avantajlarından rekabetçi ve adil bir ortamda yararlanmalarını sağlamak amacıyla birtakım yükümlülükler ve yasaklar öngörmektedir.

Buradan hareketle, dijital pazarların düzenlenmesine yönelik çalışmaların “rekabet edilebilirliğe”, “erişime” ve hatta “adalete” doğru ilerleyen bir yaklaşım benimsediği ve geleneksel verimlilik/etkinlik odaklı zarar teorileriyle daha az ilgili görüldüğü söylenebilecektir (OECD 2021, 16). Ancak adalet temelli davranış kuralları, neyin yasal ve neyin yasa dışı olduğuna ilişkin değerlendirmeye doğası gereği bir belirsizlik ve öznellik getirmektedir (Akman 2021, 24-25). Adalet kavramının bu subjektif niteliği, rekabetçi ve rekabet karşıtı davranışlar arasındaki sınırının, net bir şekilde çizilmesini güçleştirmektedir (Brook ve Eben 2021, 18-19).

Diğer yandan, bu tarz davranışlara müdahale edilmesinin etkin olmayan rakiplerin piyasada kalmasına yol açabileceği yönünde endişeler de mevcuttur. Rekabet hukukunun temel amacının etkinliği sağlamak olduğunu kabul eden görüşler “eşit etkinlikteki rakip” prensibini benimsemekte ve yalnızca bu tür rakiplerin dışlanmasını rekabet hukuku açısından sorunlu görmektedir. Ancak, etkin rakipleri korumaya yönelik yaklaşımın uygulanabilirliği, özellikle birkaç platformun çeşitli pazar segmentlerinde hâkim durumda olduğu çevrim içi platform ekonomilerinde tartışmalı hâle gelmektedir. Bu kapsamda, rekabet hukukunun sağladığı korumadan yararlanmak için rakiplerin bu "dijital şampiyonlar" kadar verimli olmalarını talep etmenin uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir²⁷ (Graef 2019, 484).

²⁶ DMA, md.4.

²⁷ ABAD, etkin rakip testinin uygulanmasının, ilgili pazarın yapısı gereği önemi olmadığını ve verimli olmayan bir rakibin ortaya çıkmasının pratik olarak imkânsızlığını belirterek, *Post Denmark II* davası sonrasında testin sınırları olduğunu kabul etmiştir. Buna ek olarak, ilgili pazara erişimin yüksek engellerle korunduğu, dolayısıyla daha az verimli bir rakibin mevcudiyetinin o pazar üzerindeki rekabet baskısını yoğunlaştırmaya ve dolayısıyla hâkim durumdaki teşebbüsün davranışı üzerinde bir kısıtlama sağlamaya katkıda bulunabileceği ileri sürülmüştür. Case C23/14 *Post Denmark II*, para. 59-60. Platform ekonomisindeki güçlü pazar pozisyonları devlet tarafından verilen haklardan ve yasal engellerden kaynaklanmasa da, ağ dışsallıkları ve verilerle kolaylaştırılan ölçeğe göre artan getiri piyasa yapısı üzerinde benzer bir

Konuya ilişkin olarak eski AB Rekabet Genel Direktörü Laitenberger’in, “rekabete ve nihai olarak tüketiciye zararı engellemek için henüz etkin olmayan rakiplerin korunmasının gerekileceği durumların” varlığını kabul etmesi dikkat çekmektedir. Buna göre, daha küçük teşebbüslerin büyüme potansiyeline sahip olabileceği ve böylece hâkim durumdaki teşebbüsü tehdit edebileceğinin kabulü için dinamik bir rekabet görüşü gerekmektedir (Laitenberger 2019, 5). Benzer şekilde, AB Rekabet Komiseri Vestager de “inovasyonun gelişimi için işletme çeşitliliği gerektiğini ve tek bir kazanan seçmek yerine portföy oluşturma’nın başarıya giden yol olduğunu” ifade etmektedir²⁸.

Öte yandan adaletin meşru bir rekabet sürecinin kaybedenlerini korumayacağı, aksine onun meşruiyetini sağlayacağı belirtilmektedir.²⁹ Bu noktada piyasada adaleti sağlama amacının rakipleri korumak olarak değil, oyunculara piyasada rekabet edebilmeleri için eşit bir fırsat sunmak ve tüketicileri korumak olarak algılanması gerekecektir (Ezrachi 2018, 12). Nitekim haksızlığın/adaletsizliğin doğrudan rekabet kurallarının ihlaliyle sonuçlanmadığı³⁰ göz önüne alındığında, adaletin genellikle kendi kendine yeterli bir uygulama ölçütü olmaktan çok bir kılavuz görevi göreceği savunulmaktadır. Adalet ve verimlilik arasındaki ödünleşime ilişkin tartışmalar sürmekle birlikte, yaklaşımın bir değerler dengesi gerektirdiği söylenebilecektir.

Sonuç olarak, her ne kadar haksız sözleşme şartlarına rekabet hukuku kapsamında müdahale edilmesi her zaman öncelikli bir yaklaşım olmasa da, toplam refah/tüketici refahı üzerindeki etkileri, dışlayıcı etkiler doğurması ve teşebbüslerin rekabet etme imkânını kısıtlayarak rekabet sürecine zarar vermesi gibi hususlar göz önüne alındığında, ilgili davranışların rekabet hukuku zemininde değerlendirilmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir. Böyle bir değerlendirme,

etkiye sahip olabilecektir. Bu itibarla, ABAD’ın *Post Denmark II* davasında daha az verimli rakiplerin korunmaya ihtiyacı olduğunu kabul etmesi temelinde sunduğu argümanlar, platformlarla ticari kullanıcılar arasındaki ilişkiler bağlamında da geçerli olabilecektir.

²⁸ <https://chillingcompetition.com/2018/12/21/4th-chillingcompetition-conference-the-videos-commissioner-vestager-strength-in-diversity/>, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

²⁹ Örneğin, tüketiciler için daha adil fiyatlar hedefine, artan pazar rekabeti ve verimlilik yoluyla ulaşılabilir.

³⁰ [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ib16557c101b011e89bf099c-0ee06c731/Speech-by-Margrethe-Vestager-on-fairness-and-competition?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/Ib16557c101b011e89bf099c-0ee06c731/Speech-by-Margrethe-Vestager-on-fairness-and-competition?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true), Erişim Tarihi: 17.01.2022.

söz konusu davranışların hem rekabet yanlısı hem de rekabet karşıtı etkilerinin bir arada irdelenmesi sebebiyle daha dikkatli bir analiz gerektirecektir. Öte yandan, ilgili davranışların piyasa gücünden kaynaklı olarak uygulanmadığı ve doğal olarak piyasa üzerinde önemli etkiler doğurma ihtimalinin zayıf olduğu durumlarda, diğer yasal düzenlemeler kapsamında ele alınması daha yerinde olabilecektir.

2.2. REGÜLASYON YAKLAŞIMI

Dijital pazarlarda artan yoğunlaşma ve yerleşik pazar gücü, platformların geçit bekçisi konumu ve kural koyma gücü ile birleştiğinde ortaya çıkan endişeler ve bu endişelerin giderilmesi için rekabet hukukunun tek başına yeterli bir araç teşkil etmediği yönündeki kaygılardan hareketle küresel ölçekte birçok ülkenin *ex ante* (öncül) düzenlemeler geliştirme yönünde adımlar attığı görülmektedir³¹. Rekabet hukukunun bu endişelere müdahalede tek başına yetersiz kalmasının sebepleri; yürütülen soruşturmaların uzunluğu, pazardaki yapısal sorunlarla mücadeledeki etkinsizlik ve dijital pazarlarda karşılaşılan karmaşık davranış biçimlerinin ele alınması bakımından mevcut rekabet hukuku araçlarının elverişli olmaması şeklinde sıralanmaktadır (OECD 2021, 11). Bu noktada, hızla gelişen dijital pazarlardaki yapısal engellere ve rekabete aykırı uygulamaların risklerine karşı, sektöre özgü düzenlemelerin daha hızlı ve etkili çözümler sunabileceği değerlendirilmektedir³².

Öncül düzenlemeler, platformların uyması gereken yükümlülükleri ve kaçınması gereken davranışları önceden belirleyerek hukuki belirlilik sağlamaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, Komisyonun 20 Haziran 2019'da yürürlüğe koyduğu dijital platformlar ve ticari kullanıcılar arasındaki ilişkileri düzenleyen P2B Regülasyonu ele alınacaktır. İlgili regülasyon temelde daha adil ve şeffaf bir piyasa tasarlayarak küçük ölçekli teşebbüslere platformlarla olan

³¹ AB, Avustralya, Almanya, Fransa, İtalya, Japonya, Birleşik Krallık ve ABD'de dijital pazarlara yönelik yeni düzenleme önerileri geliştirme girişimlerinde bulunulduğu görülmektedir. Ancak ilgili başlık altında AB'nin "Dijital Tek Pazar" (*Digital Single Market*) stratejisi kapsamında hazırladığı PTB Regülasyonu ve DMA ele alınacaktır.

³² Bahsi geçen problemlerin giderilmesi adına sektöre özgü öncül regülasyonlar önerilmekle birlikte, yeni rekabet hukuku araçları getirme veya mevcut rekabet hukuku araçlarının uyarlanması gibi alternatiflerin de tercih edilebildiği görülmektedir (OECD 2021, s.12). Bkz. Almanya.

ilişkilerinde daha fazla öngörülebilirlik sağlamayı amaçlamaktadır³³. Bu kapsamda platformların sözleşmelerindeki hüküm ve koşullarının düzenlendiği üçüncü maddede, hüküm ve koşulların sade ve anlaşılır bir dilde kaleme alınması, ticari ilişkinin her safhasında kolayca erişilebilir olması ve bu hüküm ve koşullarda herhangi bir değişiklik öngörüldüğü takdirde uygulamadan en az 15 gün önceden bildirim yapılması gerektiği belirtilmektedir. Düzenlemenin dördüncü maddesinde ise, platformun mevcut ticari ilişkiyi sınırlaması, askıya alması veya sonlandırması söz konusu olduğunda karşı tarafa en az 30 gün önceden gerekçeleriyle birlikte bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir.

Bunun yanı sıra, platformların sıralama parametrelerine, ayrımcı davranışlarına ve veriye erişim politikalarına yönelik şeffaflık yükümlülükleri getirilmiştir. Bu çerçevede beşinci madde ile sıralama esnasında kullanılan parametrelere ve bu parametrelerin önemine açıkça platformun hüküm ve koşulları arasında yer verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. İlaveten, herhangi bir bedel karşılığında bu sıralamanın etkilenme durumu varsa, bunun da açıkça belirtilmesi öngörülmüştür. Yedinci madde, ticari kullanıcılara farklı davranılması durumunda, bunun hüküm ve koşullarda açıklanması yükümlülüğünü getirmektedir. Bu ayrımcı davranışların ise veriye erişim, sıralama veya ücretlendirme gibi konular için geçerli olabileceği belirtilmiştir. Dokuzuncu madde ise, veriye erişim konusunu şeffaflaştırmayı amaçlamaktadır. Buna göre platform, ticari kullanıcıların veya tüketicilerin kullanım koşulları gereği sağladığı kişisel veya diğer verilere hangi koşullar altında erişebileceğini açıklamalıdır.

Düzenlemenin on bir ila on dördüncü maddeleri arasında uyumsuzluk çözümüne ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda, platformlara, şikâyetleri yönetecek dâhili bir sistem (*complaint-handling system*) kurma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sistemin kolaylıkla erişilebilir ve ücretsiz olmasının yanı sıra şikâyetleri makul bir zaman dilimi içinde ele alması gerektiği de belirtilmektedir.

Yukarıdaki hükümlerden hareketle, ilgili düzenleme kapsamında daha temel yükümlülükler belirlendiği ve platformlarla ticari kullanıcılar arasındaki ilişkinin şeffaflaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu noktada şeffaflığın, özellikle bilgi

³³ PTB Regülasyonu, md. 1/1.

asimetrisinden kaynaklı endişelerin çözümü noktasında faydalı olacağı söylenebilecektir. Düzenlemenin kapsamına giren teşebbüsler için belirli bir pazar gücüne sahip olma veya pazarda önemli bir konumda bulunma gibi herhangi bir sınırlama getirilmediği de göz önüne alındığında, oldukça kapsayıcı olan bu düzenleme bakımından yükümlülüklerin şeffaflık çerçevesinde sınırlı tutulmasının uygun olduğu söylenebilecektir.

Diğer taraftan ilgili düzenlemenin etkinliğine yönelik birtakım endişeler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, genel geçer bir platform tanımlaması yapılarak düzenleme getirilmesinin tanım içerisinde yer alan bütün platformların niteliklerine uygun düşmeyeceği belirtilmektedir³⁴. Buna göre, farklı sektörlerde faaliyet göstermeleri ve farklı iş modellerine sahip olmaları bakımından bütün çevrim içi platformlar aynı yükümlülüklerle tabi tutulamayacaktır. Tüm çevrim içi platformları kapsayan genel bir düzenlemenin platformlar üzerindeki etkisinin orantısız olması, pazardaki gelişimi ve inovasyonu bastırabilecektir. Bu sebeple dijital pazarlar gibi dinamik pazarlarda, iş modellerindeki çeşitlilik de göz önüne alınarak sektör özelinde bir düzenleme yapılması önerilmektedir.

Her ne kadar PTB düzenlemesinin adil ve şeffaf bir rekabet ortamı sağlama amacına sahip olduğu belirtilse de temelde şeffaflık odaklı bir yaklaşım benimsediği görülmektedir. Bu bakımdan ilgili düzenlemenin pazarda oluşan tüm yapısal aksaklıkların ve rekabet karşıtı endişelerin çözümü noktasında yeterli bir düzenleme olduğunu söylemek güçtür. Bu kapsamda Komisyon, PTB Regülasyonu'nu tamamlayıcı nitelikte, önemli ağ etkisinden yararlanan ve geçit bekçisi konumunda bulunan platformlara uygulanacak bir düzenleme öngörmüş ve DMA'yı kaleme almıştır.

Komisyon, DMA'nın gerekçesi kapsamında, dijital pazarların ekonomi üzerindeki önemine vurgu yaparak, bu piyasaların iktisadi özelliklerinden beslenen büyük platformların kendi ekosistemlerini yarattığına ve önemli pazar gücü elde ettiğine vurgu yapmıştır. Ayrıca çok sayıda ticari kullanıcının bu platformlara bağımlı olmasının, haksız şart ve uygulamalara maruz kalmalarına sebep olabileceği belirtilmiştir. Sonuç olarak, bu davranışların piyasada yüksek

³⁴ Center for Data Innovation'un P2B Regülasyonu'na İlişkin Görüş Yazısı, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1161-Fairness-in-platform-to-business-relations/F7828_en, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

fiyat, düşük kalite ve inovasyon ile daha az ürün çeşitliliğine sebep olmak suretiyle tüketicilere zarar vereceği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda ilgili düzenlemenin uygulamaya geçirilmesiyle piyasalarda “adillığın” (*fairness*) ve “rekabet edilebilirliğin” (*contestability*) sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir.

DMA, PTB Regülasyonu’nun aksine geçit bekçisi olarak belirlenen platformlara daha katı yasaklar ve yükümlülükler getirmektedir. Örneğin, P2B Regülasyonu, platformlara hangi verilere erişim sağlayıp sağlamadıkları konusunda şeffaf olma yükümlülüğü getirirken; DMA belirli koşullar altında platformlara, ticari kullanıcıların platformu kullanırken ürettiği verilere erişimini sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Benzer şekilde, DMA kapsamında geçit bekçisi olarak belirlenen bu platformlar veri taşınabilirliğini kolaylaştırmak ve üçüncü tarafların kendi hizmetleriyle birlikte çalışmasına izin vermek yükümlülüğü altındadır. PTB Regülasyonu’nda platform, kendi veya belirli iş ortaklarının hizmetlerine farklı muamele edip etmediğini ve bunun gerekçelerini açıklama yükümlülüğüne tabi tutulmakta; DMA kapsamında ise geçit bekçisi platform tarafından sunulan hizmetlere ve ürünlere, üçüncü tarafların sunduğu benzer hizmetler veya ürünlerden daha iyi muamelede bulunulması yasaklanmaktadır. DMA’nın yalnızca “geçit bekçisi” niteliğindeki platformlar için geçerli olacağı düşünüldüğünde PTB Regülasyonu’ndan daha katı bir yaklaşım benimsemesi olağan görülmektedir.

Öte yandan, DMA’nın da birçok eleştiriye konu olduğu görülmektedir. İlk olarak PTB Regülasyonu’na getirilen eleştiriye paralel olarak, DMA’nın ekonominin belirli bir “sektörü” için geçerli olmaması eleştirilmektedir (Akman 2021, 18). Buna göre DMA kapsamına giren “çekirdek platform hizmeti” sağlayıcılarının tümü dijital hizmet sağlayıcıları olmasına rağmen, bunların ekonominin aynı sektöründe faaliyet gösterdiği düşünülemeyecektir. Nitekim “dijital” ayrı bir ekonomik sektör değildir. Örneğin; Airbnb, Amazon, Facebook ve Google gibi teşebbüslerin hepsi birer platform olmakla birlikte hepsinin iş modelleri birbirinden farklıdır ve kullanıcılarıyla farklı şekillerde etkileşime girmektedirler. Bu sebeple böyle bir düzenlemenin dijital hizmetlerin dinamik ve heterojen doğasını gözden kaçırması riski bulunmaktadır³⁵.

³⁵ Daha detaylı açıklamalar için bkz. Cennamo ve Sokol, 2021; Caffarra ve Morton, 2021.

İkincisi, DMA sadece kuralcı değil, aynı zamanda yasaklayıcıdır. Bu nedenle de, DMA'yı geleneksel bir öncül düzenleme olarak nitelendirmek mümkün görünmemektedir. Çünkü öncül düzenlemeler yasaklar (yapılmaması gerekenler) yerine yükümlülük getirici kurallar (yapılacaklar listesi) içermektedir (Botta 2021, 511-512). Bu, geleneksel bir ön düzenlemede yapılmayacaklar yerine yapılacaklar listesinin olmasının bekleneyeği anlamına gelmektedir. DMA bu bakımdan *ex post* (ardıl) nitelikteki AB rekabet hukuku kurallarıyla örtüşmektedir. Bu da uygulamada bazı zorlukları beraberinde getirecektir. Nitekim yükümlülüklerin bir şeyi yapmama emri şeklinde olduğu durumlarda (örneğin, belirli bir uygulamaya girmeme), uyumun sağlanması, yükümlülük getiren kurallarda olduğundan çok daha zor olacaktır. Düzenleyici yükümlülüğün belirli bir davranışta bulunmaktan kaçınma olduğu durumlarda düzenleyici tarafından uyumun izlenmesi, aslında teşebbüsün bir faaliyette bulunup bulunmadığının araştırılmasını gerektirecektir. Böyle bir araştırma, rekabet hukuku soruşturmasına çok yaklaşıacaktır ki bu da temelde düzenlemenin kaçınmayı amaçladığı noktadır (Akman 2021, 20-21). Bunun yanı sıra böyle bir yasaklama teşebbüsün yapmadığı ve kurala uygun olarak benimsemediği uygulamaları raporlamasını gerektirecektir. Bu da hem hukuki hem de ticari olarak anlamlı olmayacaktır (Akman 2021, 22).

Diğer taraftan, düzenlemenin temel amaçlarının adalet ve rekabet edilebilirlik olarak sıralandığı görülmektedir. Adaletle dayalı davranış kurallarının değerlendirmeye belirsizlik ve öznellik atfetmesi sebebiyle, uzun vadede asıl amacın, objektifliği sağlayarak bu pazarlarda rekabet edilebilirliği temin etmek ve bu pazarları rekabet edilemez hâle getiren piyasa koşullarını önlemek olması gerekmektedir (Colomo 2021, 569). Nihai kullanıcıların farklı platformlar arasında geçiş yapmasını veya çoklu erişim özgürlüğünü sağlamayı amaçlayan, pazarların şeffaflığını ve birlikte çalışabilirliği artırmaya odaklanan kurallar bu amaca hizmet ederek adaletle dayalı kurallara göre yatırım ve yenilik teşvikleri üzerinde daha az olumsuz etki yaratacaktır (Cennamo ve Sokol,2021). Nihayetinde bu kuralların etkin rekabet ortamını sağlama ihtimali göz önüne alındığında, diğer davranışlar için rekabet hukuku yeterli bir araç olabilecektir (Colomo 2021, 569-571).

Sonuç olarak, haksız sözleşme şartlarının temelde taraflar arasındaki güç ve bilgi asimetrisinden kaynaklı olarak tüm ilişkilerde karşılaşılabilecek uygulamalar

olduğu göz önüne alındığında, pazar gücü sınırlamasına tabi tutulmayan bir düzenleme kapsamında ele alınabilmesi mümkündür³⁶. Ancak böyle bir düzenlemenin pazardaki şeffaflığı sağlama sınırında kalması aşırı müdahale riskinin önüne geçebilecektir. Diğer taraftan, pazarın rekabet seviyesinin artırılmasını sağlamak üzere, piyasada belirli bir öneme sahip teşebbüsler için giriş ve genişlemeyi teşvik edecek daha kapsamlı yükümlülükler getirilebilecektir. Bu yükümlülükler platformlar arasında geçiş yapma, çoklu erişim sağlama veya birlikte çalışabilirliği hedefleme şeklinde ele alınabilecektir. Böylece pazardaki yapısal sorunların çözülmesiyle rekabet ortamının sağlanması mümkün olabilecektir. Öte yandan haksız sözleşme şartları gibi *per se* ihlal niteliği taşımayan, oluşturduğu verimlilik ve maliyetlerinin kıyaslanması noktasında bir etki değerlendirmesi gerektiren uygulamaların öncül düzenlemelerle yasaklanmasından ziyade rekabet hukuku hükümleri kapsamında ardıl denetlenmesinin Tip 1 hata olasılığını azaltacağı ve pazardaki inovasyon güdüsüne zarar verme noktasında daha az sorunlu olabileceği söylenebilecektir.

³⁶ Ekonomi Reformları Eylem Planı'nda bu hususa ilişkin mevzuat çalışmasının yürütülmesi bakımından Ticaret Bakanlığının yetkili kılındığı anlaşılmaktadır. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomi-Reform-Takvimi.pdf>, Erişim Tarihi: 17.05.2022. Hâlihazırda elektronik ticarete ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da 01.07.2022 tarihinde yapılan değişiklik ile elektronik pazaryerleri ve ticari kullanıcıları ilgilendiren önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/07/20220707-2.htm>, Erişim Tarihi: 08.07.2022.

BÖLÜM 3

REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALE

Çalışmanın bu bölümünde, mevcut AB içtihadı ve akademik yazından hareketle, haksız sözleşme şartlarının tanımı ve kapsamı, bir sözleşme şartının haksız olarak nitelendirilmesinde dikkate alınabilecek ölçütler ile haksız sözleşme şartları dayatarak hâkim durumun kötüye kullanılması durumunun tespitine ilişkin değerlendirmelerde izlenebilecek adımlar irdelenecektir. Akabinde, haksız sözleşme şartlarına müdahalede, hâkim durumun kötüye kullanılmasına kıyasla daha düşük bir müdahale eşiği benimsemiş olması nedeniyle sıkça tartışılan *ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması* yaklaşımı incelenecektir. Bu çerçevede, söz konusu yaklaşımın, hâkim durumun kötüye kullanılması uygulamasını tamamlayıcı bir araç olarak kullanılıp kullanılamayacağı ve dijital piyasalarda artan ekonomik bağımlılık ve pazarlık gücü dengesizliğiyle mücadelede esnek bir müdahale yöntemi sunup sunamayacağı tartışılacaktır.

3.1. REKABET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN HAKSIZ SÖZLEŞME ŞARTLARINA MÜDAHALEDE HÂKİM DURUMDAKİ TEŞEBBÜSÜN SORUMLULUĞU

Hâkim durumdaki platformların, bu konumlarını üçüncü taraf satıcılara, çalışanlara ve müşterilere karşı kötüye kullanma niyeti ve yetisine sahip olabildikleri çok sayıda raporda vurgulanmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan temel tehditlerden biri, dijital platformların daha zayıf ticaret ortaklarına dayatabileceği haksız sözleşme şartlarıdır. Bir kötüye kullanma tipi olarak haksız ticari şartların uygulanması, yazında sömürücü kötüye kullanmalara yönelik yapılan sınıflandırmalar içinde ele alınmakta³⁷ ve ABİDA'nın 102 (a) maddesi

³⁷ O'Donoghue ve Padilla (2006, 603-658), sömürücü kötüye kullanmaları; aşırı fiyatlama, tek alıcı gücünün kötüye kullanılması ve haksız ve sömürücü sözleşme şartlarının uygulanması olarak sınıflandırmaktadır. Jones ve Sufrin'e (2008, 1585-607) bakıldığında, haksız yüksek ya

kapsamında, hâkim durumdaki teşebbüslerce doğrudan veya dolaylı olarak dayatılmaları yasaklanmaktadır³⁸.

Bununla birlikte, rekabet hukuku kapsamında sömürücü uygulamalara ve haksız sözleşme koşullarına ilişkin içtihat ve yazın oldukça sınırlı kalmaktadır. Nitekim Komisyonun ve mahkemelerin içtihatlarında ya da AB rekabet hukuku yazınında, haksız sözleşme şartlarının tanımı, hangi uygulamaları kapsadığı ya da haksız olduğunun nasıl belirleneceği konusunda net ve yerleşik bir tespit yapılmadığı görülmektedir (O'Donoghue ve Padilla 2006, 195). Her ne kadar kesin bir tanım yapılamamış olsa da, konunun “*hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünden yararlanarak pazar gücüne sahip olmayan bir firma tarafından uygulanamayacak şartları dayatması bakımından haksız olan*” sözleşme maddeleriyle ilgili olduğu söylenebilecektir (O'Donoghue ve Padilla 2006). Ayrıca, son dönemde piyasada adaletin sağlanması ve oyunculara rekabet edebilmeleri adına eşit fırsat sunulması hususunun altının çizilmesine binaen “*pazarlık gücünde üstünlüğü (genellikle hâkim durum) temsil eden ve bir veya daha fazla ticaret ortağının ticaret yapma fırsat eşitliğini bozan herhangi bir ticari uygulama*” şeklinde bir tanımlama da kabul görebilecektir (Deshdahiti 2018, 1).

Bu çerçevede yapılacak değerlendirmelere ışık tutması adına sözleşme koşullarının haksız olarak nitelendirildiği ve madde 102(a) çerçevesinde ihlal teşkil ettiğinin tespit edildiği önde gelen Komisyon ve mahkeme kararlarına yer verilecektir. Devamında, Kurulun konuya ilişkin yaklaşımı irdelenecektir.

3.1.1. Geleneksel Pazarlara İlişkin AB Yazın ve İctihadındaki Yaklaşım

Haksız sözleşme şartlarına ilişkin ilk örnek karar, ABAD'ın *BRT/SABAM* kararıdır³⁹. Kararda, fikir ve sanat eseri sahipleri meslek birliği olan SABAM'ın, üyelerine dayattığı “mevcut ve gelecekte doğacak tüm telif haklarının tüm

da düşük fiyatlama, ayrımcılık yapma, haksız ticari koşullar uygulanması, kısıtlayıcı anlaşmalar yapılması ve etkinsizlik şeklinde bir ayrıma gittikleri görülmektedir. Faull ve Nikipay (1999, 189-198) ise, haksız veya aşırı fiyatlama, diğer haksız koşullar uygulama, üretimin, pazarların ve teknik gelişmenin sınırlandırılması ve ayrımcı uygulamalar olmak üzere dörtlü bir sınıflandırmayı tercih etmiştir.

³⁸ ABD'de ise bu türden bir müdahale biçimi rekabet hukuku kapsamında düzenlenmemektedir. Bu sebeple, işbu çalışma kapsamında AB'deki yaklaşıma yoğunlaşılacaktır.

³⁹ Case C-127/73 BRT/SABAM EU:C:1974:25.

dünyada geçerli olacak biçimde kendisine devredilmesi” ve “üyelikten ayrılmayı izleyen beş yıl boyunca bu hakların SABAM tarafından kullanılmaya devam edilmesi” yönündeki şartların ABİDA’nın 102. maddesini ihlal ettiğine hükmedilmiştir. ABAD, getirilen yükümlülüklerin adil olup olmadığını değerlendirirken koşulların, sözleşmenin amacını gerçekleştirmek için “gerekli olmamasına” ve “üyelerin telif hakkını kullanma özgürlüğünün haksız şekilde sınırlandırılmasına” vurgu yapmıştır⁴⁰.

GEMA II kararında⁴¹ ise haksız sözleşme şartları kavramı, *SABAM* kararına paralel bir yaklaşımla ancak daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İncelemenin konusunu, GEMA’nın üyeleriyle yaptığı sözleşmelere; telif haklarının GEMA’ya devri halinde hak sahibinin birlikten ayrılmasını ve GEMA ile ya da benzeri meslek birlikleriyle karşılıklı anlaşmalara giren teşebbüslerle doğrudan ilişkiye girmesini engelleyen hükümler eklemesi oluşturmaktadır. Her ne kadar söz konusu hükümler hakkında bir ihlal tespitinde bulunulmuş olmasa da, Komisyonun bu sözleşme şartlarının kötüye kullanma teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmesi önem arz etmektedir. Bu değerlendirmede, ilgili koşulların *sözleşmenin meşru amacı açısından kaçınılmaz ve nesnel olarak gerekli olup olmadığı* ile *üyelerin irade ve tercih serbestisini ölçüsüz şekilde kısıtlayıp kısıtlamadığı* dikkate alınmıştır. Böylece, sözleşme hükümlerinin haksızlık teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmelerde dikkate alınabilecek ölçütler hakkında yol gösterilmiştir⁴².

BRT/SABAM ve *GEMA* kararları sonrası ortaya çıkan “zorunluluk şartı” ve “hakkaniyet şartı”nı içeren iki aşamalı test hangi sözleşme koşullarının kötüye kullanma oluşturabileceği konusuna rehberlik etse de, zorunluluk ve hakkaniyet kavramlarının ne şekilde yorumlanacağına yönelik belirsizlik devam etmektedir (Vanska 2021, 40).

ABAD’ın, haksız sözleşme şartlarına değindiği bir diğer karar ise *Alsattel Novasam* kararıdır⁴³. Bu kararda, “sözleşmenin baskıcılığı” ve “tek yanlılığının”

⁴⁰ A.g.k. para. 15.

⁴¹ Case IV/29.971-GEMA 4 Aralık 1981.

⁴² A.g.k. para. 36; Akman 2009, 18.

⁴³ Case C-247/86, Société Alsacienne et Lorraine de Télécommunications et d’Électronique (Alsattel) v. SA Novasam, ECLI: EU:C:1988:469.

haksızlık sebebi olarak değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁴⁴. Eş deyişle, ABİDA 102(a) kapsamında yaptırıma tabi tutulan şartların, bir müzakere sürecinin sonucundan ziyade, genellikle hâkim teşebbüs tarafından tek taraflı olarak dayatılan şartlar olduğu ifade edilmiştir.

Tetra Pak II kararı⁴⁵ ise, Komisyonun, haksız sözleşme şartlarına yönelik ayrıntılı bir değerlendirme sunması nedeniyle önem arz eden bir diğer karardır. Komisyon, alıcının makineye herhangi bir parça eklemesini, çıkarmasını ve makineyi hareket ettirmesini yasaklayan; Tetra Pak'a ekipmanın işletilmesi ve bakımı için münhasır haklar veren; ekipmanın mülkiyetinin ya da kullanım hakkının devrinde Tetra Pak'tan izin alınmasını gerektiren ve üç ila dokuz yıl olarak belirlenen uzun kiralama sürelerine ilişkin hükümlerin kötüye kullanma teşkil ettiğine karar vermiştir. Kararda bu yükümlülüklerin sözleşmenin amacı ile hiçbir bağlantısı olmadığı, alıcıyı mülkiyet haklarının belirli yönlerinden mahrum bıraktığı ve nihayetinde müşteriyi tamamen *Tetra Pak*'ın ekipman ve hizmetlerine bağımlı hale getirme etkisine sahip olduğu değerlendirilmiştir⁴⁶. Sonuç olarak Komisyon, hâkim durumdaki teşebbüsün ticari çıkarlarını koruma hakkının ötesine geçen hükümlerin haksız olduğunu tespit ederek haksız sözleşme şartlarının değerlendirilmesinde “makul olma” kriterini kullanmıştır (Akman 2009, 19). Ayrıca maddelerin alıcıların üzerinde oluşturduğu sömürücü etkilerin yanı sıra dışlayıcı etki doğurduğu da belirtilmiştir.

Haksız sözleşme şartlarını ele alan bir diğer karar da *AAMS* kararıdır⁴⁷. İtalya'da tütün mamullerinin münhasır üretimi ile ithalat, ihracat ve toptan dağıtımını yapan AAMS'nin, dağıtım sözleşmelerindeki yeni sigara markalarının piyasaya sürülmesi için bir zaman sınırı belirleyen, piyasada satılan aylık sigara miktarını sınırlayan bazı hükümlerle hâkim durumunu kötüye kullandığı tespit edilmiştir. *Tetra Pak II* kararına benzer şekilde bu karar kapsamında da kötüye kullanma teşkil ettiği kabul edilen maddelerin hem sömürücü hem de dışlayıcı etkisi ele alınmıştır.

⁴⁴ A.g.k para.10.

⁴⁵ Tetra Pak II, OJ 1992 L 72/1.

⁴⁶ A.g.k para.107-108.

⁴⁷ Case T-139/98 Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v EC Commission [2001] ECR II-3413 upholding EC Commission decision Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) [1998] OJ L252/47.

Hem *Tetra Pak II* hem de *AAMS* kararlarında “müşterilerin hareket özgürlüğü üzerindeki katı kısıtlamalar” sömürücü nitelikteki davranışın nedeni olarak görülmektedir (Akman 2009, 20). Bunun yanı sıra müşterilerin özgür bir biçimde ticari kararlar vermesini sınırlayan hükümlerin bağımlılığı artırarak alternatif teşebbüslere geçişi engellediği ve böylece dışlayıcı bir etkiye de yol açtığı tespitinde bulunulmuştur. Ancak O'Donoghue ve Padilla (2006, 853), *Tetra Pak II* ve *AAMS*'deki sözleşme şartlarının aşırı derecede ağır olduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte bu kadar ağır olmayan sözleşme koşulları söz konusu olduğunda ilgili koşulların nasıl sınıflandırılacağı ve görece sert sözleşme koşulları arasındaki farkın ne şekilde ortaya konulacağı belirsizleşmektedir.

DSD kararında ise, Komisyon, hâkim durumdaki bir teşebbüsün “orantılılık” ilkesine uymadığı durumlarda haksız bir ticari davranışın mevcut olduğunu açıkça belirtmiştir⁴⁸. *DSD* kararının, ABİDA 102(a) kapsamındaki haksız sözleşme şartlarına mevcut yaklaşımı netleştirdiği söylenebilecektir. Zira Komisyon daha önceki kararlarda ortaya konan testi izleyerek ilk olarak maddenin sözleşmenin konusu için vazgeçilmez olup olmadığını incelemiştir. Daha sonra tarafların çeşitli menfaatlerini göz önünde bulundurarak, maddenin orantılı olup olmadığını analiz edilmiştir.

Son olarak adalet ve haksızlık kavramlarına atıf yapan *United Brands* ve *Michelin II* kararlarına da değinmekte fayda görülmektedir. İlk olarak *United Brands* kararında⁴⁹, adaletin hâkim durumdaki bir teşebbüsün müşterileri için, sözleşme taraflarının menfaatlerinin dengelenmesi anlamında anlaşıldığı ve ayrıca keyfiliğin (*arbitrariness*) de haksızlık nedeni olarak kabul edildiği ifade edilmektedir (Akman 2009, 18-19). *Michelin II* kararında ise, teşebbüse önemli bir takdir payı bırakılmasının haksızlık nedeni olduğu belirtilirken adaletin “şeffaflık, nesnellik, kesinlik ve sınırlı takdir hakkı” gerektirdiği vurgulanmıştır.

O'Donoghue ve Padilla (2006, 654), mevcut içtihadta benimsenen ölçütlerden yola çıkarak haksız sözleşme şartlarının değerlendirilmesinde kullanılabilecek iki aşamalı bir test önermiştir. Testin ilk aşamasında koşulların sözleşmenin amacı bakımından vazgeçilmez olup olmadığı, ikinci aşamasında ise koşulun

⁴⁸ DSD (Der Gruene Punkt-Duales System Deutschland AG), OJ 2001 L 166/1.

⁴⁹ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v EC Commission* [1978] ECR 207, [267].

sözleşmenin taraflarının görelî çıkarlarını göz önünde bulundurarak orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir. Yazarlar ayrıca, davranışı gerçekleştiren hâkim durumdaki teşebbüsün sunacağı gerekçelerin de değerlendirmede dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda kısaca, koşulların ihlal olarak değerlendirilmemesi için; (i) sömürü dışında meşru bir amacı olması, (ii) meşru amaca ulaşmada etkili olması, (iii) daha az kısıtlayıcı/sömürücü bir etkiyle aynı amaca ulaşmak için eşit derecede etkili alternatif yol bulunmadığından gerekli olması ve (iv) söz konusu ticari taraf üzerindeki sömürücü etkisinin, meşru amacın önüne geçmemesi anlamında orantılı olması gereklidir⁵⁰.

İlgili içtihatlar, ne kesin bir testin ne de haksız kabul edilen sözleşme maddelerinin tam bir listesinin bulunmadığını göstermektedir. Sonuç olarak, ABİDA madde 102 (a) kapsamında neyin haksız olarak kabul edildiğine dair kesin bir tanım bulunmamaktadır. Ancak yine de, şartların sözleşmenin amacına ulaşmak için “mutlak surette gerekli olmaması” ve “amaca göre orantısız olması” hususlarının haksızlığın değerlendirmesinde önemli olduğu söylenebilecektir. Sonuç olarak gereklilik ve orantılılık ölçütleri temel alınmak üzere, şeffaflık, kullanıcıların hareket özgürlüğünü kısıtlama ve tek yanlılık gibi ölçütler sözleşme maddelerinin haksız olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınabilecektir.

3.1.2. Dijital Pazarlara İlişkin AB Üye Ülke Uygulamalarındaki Yaklaşım

Rekabet otoritelerinin sömürücü uygulamalara ne şekilde müdahale edeceği yerleşik bir içtihadın olmaması sebebiyle netleşmese de uygulamanın gerçekleştiği pazarın koşullarının detaylı analiz edilmesi sonucunda yaptırım uygulanacağı söylenebilecektir. Nitekim, kullanıcıların teşebbüsler arasında seçim yapabildikleri ve sözleşme koşullarını müzakere edebildikleri rekabetçi bir pazarda haksız sözleşme şartlarının uzun zaman zarfında uygulanması olası görünmemektedir. Ancak pazara giriş ve genişlemenin önünde engeller olan, hâkim durumdaki teşebbüslerin faaliyet gösterdiği pazarlarda kullanıcıların sözleşme koşulları üzerinde belirleyiciliği olmayacaktır (Ünal 2010, 134). Bu durum, pazarın dinamiklerine göre değerlendirme yapılması gerekliliğini bir kez daha ortaya koymaktadır. Dijital platformlar açısından bakıldığında da, bu tür sorunların tetiklenmesinin nedeninin temelde pazar dinamikleri olduğunu

⁵⁰ A.g.k. s.654-655.

söylemek mümkündür. Zira son derece güçlü ağ etkileri, ölçek ve kapsam ekonomileri, veri temelli işleyiş gibi özellikleri sebebiyle dijital pazarlar yoğunlaşmaya meyilli bir yapı sergilemektedir.

Her ne kadar geleneksel pazarlarda haksız sözleşme şartlarına ilişkin yaptırımlara konu olan kararların sayısı sınırlı olsa da, son dönemde dijital ekonomideki rekabet ihlalleriyle mücadele kapsamında bu tür ihlallerin yeniden gündeme geldiği görülmektedir. Nitekim yakın tarihli içtihatlarla bakıldığında, Alman Rekabet Otoritesi (*Bundeskartellamt*) tarafından *Amazon*'a⁵¹; Fransız Rekabet Otoritesi (*Autorite de la Concurrence – ADLC*) tarafından ise *Google Ads* ve *Google News*'e yönelik alınan kararlarda, hâkim durumdaki dijital platformların kullanıcılarına dayattığı bir dizi haksız ticaret koşulunun hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bununla birlikte Komisyon da çevrim içi ekosistemlerde karşılaşılabilecek haksız şart ve uygulamalara ilişkin kapsamlı çalışmalar yürütmüştür. Söz konusu kararlar, yapılacak değerlendirmeler açısından yol gösterici nitelik taşımakla birlikte; dijital pazarlarda karşılaşılabilecek haksız sözleşme şartlarının genel çerçevesini belirleme açısından Komisyon tarafından yürütülen bazı çalışmalar da dikkate alınabilecektir.

Komisyonun 2017 tarihli, çevrim içi ekosistemlerde karşılaşılabilecek platformlar ve ticari kullanıcıları arasındaki haksız uygulamaları ele aldığı çalışmasında, söz konusu ekosistemlerde karşılaşılabilecek en önemli altı haksız şart ve uygulamayı belirlediği görülmektedir (Komisyon 2017, 23). Bunlar;

- 1) Şartlar ve koşullarda sık, tek taraflı ve bildirimde bulunulmaksızın yapılan değişiklikler,
- 2) Arama ve sıralama ile ilgili yanlış uygulamalar ve şeffaflık eksikliği,

⁵¹ Bundeskartellamt'ın Amazon'a soruşturma açıldığında dair basın duyurusu (2018), bkz. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html, Erişim Tarihi: 15.03.2022.

Aynı dönemde benzer davranışlarından ötürü soruşturma başlatan FCA'nın basın duyurusu (2019), <https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/austrian-federal-competition-authority-initiates-investigation-proceedings-against-amazon>, Erişim Tarihi: 15.03.2022.

Ele alınan davranışların ve ilgili değerlendirmelerin benzer olması ve otoritelerin incelemelerini işbirliği içinde yürütmesi sebebiyle işbu çalışma kapsamında sadece Bundeskartellamt'ın Amazon kararından bahsedilecektir.

- 3) Platforma erişimin engellenmesi, bir hesabın, içeriğin veya ürünün listeden çıkarılması/ haksız fesih,
- 4) Ticari kullanıcıları ile rekabet eden platformların haksız davranışları (örneğin, kendi ürün ve hizmetlerini kayırma) veya ticari kullanıcılarının seçeneklerini sınırlayan davranışlar (örneğin yardımcı hizmetlerin seçimi noktasında getirilen sınırlamalar),
- 5) Veriye ilişkin uygulamaların şeffaf olmaması ve kullanıcıların platformlar aracılığıyla gerçekleştirilen işlemlerle ilgili veya bunlara dayalı olarak oluşturulan toplu verilere erişme, bunları kullanma ve başka bir mecraya aktarmalarının sınırlandırılması,
- 6) Anlaşmazlıkların çözümü noktasında karşılaşılan problemler

olarak sıralanmaktadır. Bu kapsamda yukarıda sayılan uygulamalar tahdidi olmamakla birlikte⁵², genel bir çerçeve sunması sebebiyle faydalı olabilecektir.

Konuya ilişkin olarak Bundeskartellamt'ın Amazon'un ticari kullanıcılarına dayattığı haksız sözleşme şartlarını ele aldığı inceleme de şartların genel çerçevesine katkı sunması bakımından önem arz etmektedir. Her ne kadar otorite, resmi bir taahhüt kararı olmaksızın Amazon'un şartlarını değiştirmeyi kabul etmesinin ardından incelemesini sonlandırırsa da, yayınlanan karar özeti, konuya ilişkin bilgi ve rehberlik sunmaktadır⁵³. Bu kapsamda incelemede ele alınan şart ve uygulamaların; şeffaflık eksikliği, satıcı hesaplarının beklenmedik şekilde sonlandırılması ve bloke edilmesi, satıcıların Amazon'da bir sözleşme yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlanması ve anlaşmazlık konularını netleştirme olanaklarının olmaması, müşteri değerlendirmelerinde/yorumlarında satıcıların dezavantajının bulunması, satıcıların ürün bilgilerinin (özellikle görsellerin) kullanım haklarını Amazon'a devretme yükümlülüğü, parite şartları, satıcıların haksız müşteri iadelerinin ve piyasadaki diğer çeşitli kural ve uygulamaların maliyetlerini üstlenme yükümlülüğü ile hukuk ve yargı yeri

⁵² Sayılan tüm uygulamalar için bkz. Komisyon 2017, Tablo 3.1.

⁵³ Bundeskartellamt, B2-88/18, *Amazon dosyası karar özeti* (2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Erişim Tarihi: 15.03.2022

seçimine ilişkin olduğu g r lmektedir⁵⁴. Bu çerçevede ele alınan birçok şartın Komisyonun belirlediği şart ve uygulamalarla örtüştüğü söylenebilecektir.

Diğer taraftan ilgili inceleme, Bundeskartellamt'ın, Amazon'un ticari kullanıcılarına dayattığı haksız sözleşme şartlarını değerlendirme yöntemi açısından da önem arz etmektedir. Otoritenin değerlendirmesinin temeli her ne kadar sömürücü kötüye kullanmaya dayansa da, ilgili şartların aynı zamanda dışlayıcı kötüye kullanma teşkil edebileceği de belirtilmiştir. Bu kapsamda söz konusun şartların doğurdukları etkinin sömürücü veya dışlayıcı olması bakımından ayrı gruplarda değerlendirildiği görülmektedir.

Sömürücü kötüye kullanma kapsamında ele alınan şartlar, satıcı içeriklerinin ( r n görseli, tanımı vb.) kullanım haklarının Amazon'a devri, Amazon'un lehine sorumsuzluk hükümleri, iade politikasının tamamen Amazon'un kontrolünde olması, hukuk ve yargı yeri seçimi, yetersiz iletişim imk nları, kamuya açıklama yapmadan önce Amazon'dan onay alınması gerekliliği şeklinde sıralanmaktadır. Otorite, bu şartların taraflar arası çıkar dengesini gözetmeden tek taraflı dayatılmasının satıcının ticari karar alma özgürlüğünü sınırlandırması sebebiyle sömürü teşkil ettiğini belirtmiştir (Gassler 2019, 566). E  deyişle, satıcıların pazardaki rekabet etme imkânlarının kısıtlanmasının müdahale gerektirdiği ifade edilmi tir⁵⁵.

Bununla birlikte bu şartların değerlendirilmesinde, ilgili tarafların çıkarlarının yanı sıra rekabet hukuku dışında diğer alanlardaki mevzuat tarafından korunan çıkarların da dengelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁶. Bu kapsamda Bundeskartellamt, açıkça, ticari ilişkiye ilişkin sözleşme koşullarının taraflar arasındaki (hem rekabet hukuku hem de diğer hukuki araçlar çerçevesinde değerlendirilen) ıkar dengesini yansıtmamasını sömürücü kötüye kullanma olarak deėerlendirmektedir⁵⁷. Ancak sömürücü olarak sınıflandırılan şartların

⁵⁴ A.g.k, s.1-2. Öte yandan Bundeskartellamt, özellikle pazar verilerinin kullanımı, sıralama ve satın alma kutusu ile ilgili  ik yetleri Komisyon tarafından yapılan incelemelerin konusu olması sebebiyle kapsama almamıştır.

⁵⁵ A.g.k. s.7.

⁵⁶ A.g.k. s.7.

⁵⁷ Amazon'un bu tür i  şartlarını dayatmasının nesnel bir sebep olmaksızın bir menfaat talebi olarak değerlendirilebileceği durumlarda, tedarikçilerden haksız menfaat talep etme yasağını ("Anzapfverbot") ihlal ettiği de d   n lm  t r. Ancak rekabet hukuku normları dışındaki yasal

satıcılar açısından potansiyel olarak dezavantajlı olmasının veya satıcıyı aşırı bir külfet altına sokmasının her durumda rekabet hukuku kapsamında endişe doğurmayacağı vurgulanmaktadır.

Öte yandan, satıcı hesaplarının iptali ve bloke edilmesi, kullanım hakları ve parite gereklilikleri, ürün yorumları ve satıcı puanlarıyla ilgili iddialar dışlayıcı kötüye kullanım kapsamında yeniden incelenmiştir. Bu kapsamdaki değerlendirmelerin, satıcılara bir pazaryeri sunarak aracılık faaliyeti yürüten Amazon'un, perakende pazarında kendi konumunu iyileştirmek için incelenen şart ve uygulamaları kullanabileceği varsayımına dayandırıldığı görülmektedir⁵⁸.

Sonuç olarak, ilgili şartların sömürücü veya aynı zamanda dışlayıcı etkilerinin olabileceğini belirten Bundeskartellamt, saf sömürücü davranışlara satıcıların rekabet etme yeteneklerini engellediği ölçüde müdahale edilebileceğini belirtmiştir. Dışlayıcı etki doğuran koşulların temelinde ise, platformların ikili rolünün yattığını vurgulamıştır.

Dijital pazarlarda haksız sözleşme şartlarının nasıl değerlendirilebileceği noktasında, yakın zamanda ADLC'nin bu yolla hâkim durumunu kötüye kullanan Google'a yaptırım uyguladığı iki karar önem arz etmektedir.

İlk olarak ADLC'nin, Google'ın reklam verenlere uyguladığı haksız şartların (Google Ads kuralları) kötüye kullanma teşkil ettiği yönünde tespitte bulunduğu *Google Ads* kararı⁵⁹, “kaçınılmaz ticaret ortağı” ve “haksız sözleşme şartları” kavramlarını açıklaması ve etki temelli yaklaşım ışığında, ilgili koşulların alt pazardaki rekabete aykırı etkilerini değerlendirmesi sebebiyle önem arz etmektedir.

Otoritenin kararda haksız sözleşme şartlarını, “*sözleşmenin görünür amaçlarının ötesine geçen ve kullanıcıların ekonomik bağımlılığını artırarak hâkim durumu güçlendirmeyi amaçlayan koşullar*”⁶⁰ olarak tanımladığı görülmektedir. Ayrıca Otoriteye göre, hâkim durumdaki bir teşebbüs;

hükümlerin ihlali, aynı zamanda rekabet hukuku hükümleriyle çeliştiği takdirde, davranışın her durumda kötüye kullanma olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

⁵⁸ A.g.k. s.7-8.

⁵⁹ ADLC (2019), *Google Ads*, 19-D-26,

<https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/decision/regarding-practices-implemented-sector-online-search-advertising-sector>, Erişim Tarihi: 16.05.2022.

⁶⁰ A.g.k. para. 370.

- Son derece “yüksek bir pazar payı”na sahipse ve sunduğu ürün ve hizmetler ilgili pazarın hemen hemen tamamını temsil ediyorsa,
- Kullanıcıları için “kaçınılmaz bir ticaret ortağı” ise, bir başka deyişle, pazara girmek isteyen kullanıcıların, haksız olup olmadığını değerlendirmeksizin hâkim durumdaki teşebbüs tarafından belirlenen şartları kabul etmekten başka seçeneği yoksa

haksız ticaret koşulları uygulayabilecektir⁶¹.

Değerlendirmede, Google’ın dijital reklamverenler için kaçınılmaz bir ticaret ortağı olması, ihlal için zemin hazırlayan bir unsur olarak görülmüştür. Zira Google, bu konumundan kaynaklı olarak kuralları tek taraflı olarak belirleme ve uygulama imkânı elde etmiş; Google’a bağımlı reklam verenlerin ise bu kuralları kabul etmekten başka seçenekleri kalmamıştır⁶². Üstelik Google’ın kuralları tek taraflı olarak değiştirebilmesinin, reklam verenler için “belirsizliğe” sebep olması adil bulunmamıştır⁶³. İlâveten Google’ın, ilgili kuralları reklam verenler arasında ayrımcı bir şekilde uyguladığı tespit edilmiştir⁶⁴. Bu kapsamda kararda, “tek taraflılık”, “belirsizlik” ve “ayrımcılık” hususlarının haksız olarak değerlendirildiği söylenebilecektir.

Diğer taraftan, Google tarafından ileri sürülen hiçbir nesnel gerekçe Otorite tarafından kabul edilmemiştir⁶⁵. Bununla birlikte, bu davranışların tek başına ihlal niteliği taşınamaması sebebiyle teşebbüse, haklı gerekçelerini sunma imkânı tanınmasının önemli olduğu söylenebilecektir.

Son olarak, önceki bölümde tartışılan ABAD içtihat hukukundan farklı olarak, Otorite’nin kuralların potansiyel rekabete aykırı etkilerini değerlendirdiği de belirtilmelidir. Nitekim kuralların reklamcılar için belirsizliği artırdığı ve dijital hizmet sunan internet siteleri arasındaki rekabeti bozduğu tespit edilmiştir⁶⁶.

Fransa’nın haksız sözleşme şartları nedeniyle yaptırım uyguladığı ikinci karar ise *Google News* kararıdır⁶⁷. Kararda ele alınan davranışın, AB Telif Hakkı

⁶¹ A.g.k. para. 357.

⁶² A.g.k. para. 431.

⁶³ A.g.k. para. 409.

⁶⁴ A.g.k. para. 420.

⁶⁵ A.g.k. para. 495-499.

⁶⁶ A.g.k. para. 439-466.

⁶⁷ ADLC (2020), *Google News Geçici Tedbir Kararı* 20-MC-01,

Direktifi'nin 15. maddesini uygulayan 2019/775 sayılı Yasa'nın⁶⁸ yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıktığı görülmektedir⁶⁹. Yeni mevzuata göre, çevrim içi internet sitelerinin gazete makalelerini sunmak için basın yayıncılarından lisans alması gerekmektedir. Google'a bakıldığında ise, "*snippet*" ürününe dayalı hizmeti kapsamında, Google Arama, Google Haberler ve Google Discover aracılığıyla görüntülenen gazete makalelerinden alıntılar sunduğu görülmektedir⁷⁰. Bu çerçevede Google'ın sunduğu alıntılar kapsamında basın yayıncılarına belirli bir lisans ücreti ödemesi gerekecektir. Ancak Google, Fransız basın yayıncılarından kendisine ücretsiz lisans sunmalarını istemiştir. Akabinde kendisine ücretsiz lisans vermeyi reddeden gazetelerden makale pasajları görüntülemeyi durdurmuştur⁷¹. Google'ın bu yaptırımından etkilenen gazetelerin ise internet sitelerine gelen ziyaretçi sayılarının ve dolayısıyla çevrim içi reklamcılıktan elde ettikleri gelirlerin önemli ölçüde azalmasından şikâyetçi oldukları görülmektedir⁷².

Değerlendirmeye bakıldığında ise, Otorite'nin, *Google Ads* kararındaki analiz adımlarını aynen izlediği görülmektedir. İlk olarak Google'ın kaçınılmaz bir ticaret ortağı olduğu vurgulanmıştır. Nitekim Fransız yayıncıların Google'ın talep ettiği ücretsiz lisans sözleşmesinin akdedilmesini kabul etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Aksi takdirde görünürlükleri ve reklam gelirleri önemli ölçüde düşecek ve yayıncıların müzakere şansı olmayacaktır⁷³. İkinci olarak, daha çok yayıncıya adil bir tazminat vermeyi amaçlayan Telif Hakkı Direktifi'nin 15. maddesinin ve 2019/775 sayılı Kanun'un ruhuna aykırı olduğu gerekçesiyle Google'a ücretsiz lisans verilmesinin adil olmadığı ifade edilmiştir⁷⁴. Google'ın

<https://www.autoritedelaconcurrency.fr/en/press-release/related-rights-autorite-has-granted-requests-urgent-interim-measures-presented-press>; ADLC (2021), "*Google News Nihai Karar*" 21-D-17, <https://www.autoritedelaconcurrency.fr/en/press-release/remuneration-related-rights-press-publishers-and-agencies-autorite-fines-google-500>, Erişim Tarihleri: 17.06.2022.

⁶⁸ 2019-775 sayılı Kanun, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038821358>, Erişim Tarihi: 22.06.2022.

⁶⁹ 2019/790 sayılı AB Telif Hakkı Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790>, Erişim Tarihi: 21.06.2022.

⁷⁰ A.g.k. para. 44.

⁷¹ A.g.k. para. 90-95.

⁷² A.g.k. para. 121-123.

⁷³ A.g.k. para. 200.

⁷⁴ A.g.k. para. 203-208.

bu iddialara ilişkin olarak sunduğu gerekçeler ise nesnel bulunmamıştır⁷⁵. Son olarak, Google tarafından yasaklanan gazetelerin Google ile ücretsiz lisans sözleşmesi imzalayan gazetelere kıyasla dezavantajlı konuma getirildiği öne sürülerek potansiyel rekabet karşıtı etki ortaya konmuştur⁷⁶.

Sonuç olarak konuya ilişkin tartışmalar devam etmekle birlikte; yukarıda aktarılan gelişmelerden hareketle, sömürücü kötüye kullanma teşkil edebilecek davranışlara ilişkin endişelerin, en azından haksız sözleşme şartları bakımından dijital pazarlarda yeniden gündeme geldiği görülmektedir. Bu tür davranışlar her durumda rekabet hukuku kurallarına ihlali anlamına gelmeyeceğinden, yapılacak değerlendirmeler büyük önem arz etmektedir. Bu değerlendirmelerde izlenecek adımların ise sırasıyla; (i) platformun pazardaki konumunun ve ticari kullanıcıların platforma olan bağımlılığının ortaya konulması, (ii) tek yanlılık, belirlilik, şeffaflık, ayrımcılık veya satıcıların piyasada rekabet etme imkânı gibi kriterler çerçevesinde haksızlığın belirlenmesi, (iii) teşebbüsün olası haklı gerekçelerinin değerlendirilmesi ve (iv) potansiyel rekabet karşıtı etkilerin tespit edilmesi olduğu söylenebilecektir.

3.1.3. Kurulun Yaklaşımı

Haksız sözleşme şartlarına ilişkin Kurul içtihadı incelendiğinde, geleneksel pazarlarda “yerleşik” bir uygulamanın bulunmadığı görülmekle birlikte, Kurulun *İzmirgaz* kararı⁷⁷, haksız sözleşme şartlarının dayatılması bakımından sömürücü uygulamaların varlığının zımnen kabul edildiği şeklinde yorumlanabilecektir. Nitekim söz konusu kararda, sözleşmelerde yer alan alım taahhütlerine ilişkin hükümlerin taraflar arasında karşılıklı müzakereler yoluyla değil, *İzmirgaz*’ın bölgedeki tek sağlayıcı konumunda olmasından dolayı tek taraflı olarak belirlendiği ve müşterilere zorla dayatıldığı; ayrıca ilgili pazarın düzenlendiği mevzuat uyarınca *İzmirgaz*’ın bu konuda tanınmış yasal bir yetkisinin de olmadığı tespit edilmiştir. Öte yandan, *İzmirgaz*’ın davranışının 4646 sayılı Doğalgaz Piyasası Kanunu açısından da aykırılık teşkil etmesi ve Enerji Piyasası Denetleme Kurumu’nun (EPDK) da ilgili uygulamaya son vermeye çalışması sebebiyle, söz konusu uygulamanın sona erdirilmesi kapsamında EPDK ile işbirliğine gidilmesi

⁷⁵ A.g.k. para. 255-264.

⁷⁶ A.g.k. para. 218-233.

⁷⁷ Kurulun 08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı *İzmirgaz* karar.

gerektiği değerlendirilmiş ve teşebbüs hakkında soruşturma açılmamıştır. Bu sebeple, söz konusu davranışlara ilişkin Kurulun yaklaşımın nasıl olacağı konusunda bir belirli bir çıkarımda bulunulamayacaktır. Bununla birlikte, Kurulun son dönemde küresel ölçekte yaşanan gelişmelere paralel şekilde Türkiye’de dijital pazarlarda karşılaşılan rekabet karşıtı endişelerle mücadele eden bir yaklaşımın sergilediği görülmektedir.

Bu noktada öncelikle, Kurulun Yemeksepeti’nin restoranlara dayattığı belirli şart ve uygulamaları incelediği ve teşebbüsün sunduğu taahhülle sonlandırılan incelemesinden bahsedilebilecektir⁷⁸. Her ne kadar kararda Yemeksepeti’nin haksız sözleşme şartları aracılığıyla hâkim durumunu kötüye kullandığı yönünde açık bir tespitle bulunulmasa da, taahhüde konu zorunlu Joker ve minimum sepet tutarı uygulamaları ile dar EKM koşulunun platform ile restoran arasındaki şartları ihtiva etmesi sebebiyle, aslında bir nevi haksız sözleşme şartı niteliği taşıdığı söylenebilecektir. Değerlendirmede, Yemeksepeti’nin zorunlu kıldığı Joker ve minimum sepet tutarı uygulamalarının maliyetlerini artırması sebebiyle restoranların şikâyetçi olduğu belirtilmiştir⁷⁹. Öte yandan söz konusu maliyetler sebebiyle benzer tavizlerin alternatif platformlara sunulamaması nedeniyle de rakip platformların Yemeksepeti karşısında dezavantajlı duruma düşebileceği ifade edilmiştir.

Dar EKM uygulamasının ise, restoranların kendi kanallarını geliştirmelerine engel olabilecek, Yemeksepeti’nin kullanıcı ağını güçlendirebilecek ve restoranların Yemeksepeti’ne olan mevcut bağımlılığını daha da artırabilecek bir koşul olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, bu şartla tüketicilerin daha uygun fiyatlarda ürüne/hizmete doğrudan erişme imkânının kısıtlanabileceği vurgulanmıştır. Buradan hareketle, restoranlar üzerinde sömürücü etki doğuran bu uygulamaların aynı zamanda pazardaki dışlayıcı etkilerinin de ortaya konarak değerlendirildiği söylenebilecektir.

Diğer taraftan, Kurum bünyesinde yürütülen “*E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi*” kapsamında, ticari kullanıcıların e-pazaryerleri platformları karşısındaki pazarlık güçlerinin oldukça düşük olduğu vurgulanmış; bu durumun haksız uygulamalara karşı savunmasız olmalarına ve bu tür uygulamalara maruz

⁷⁸ Kurulun 28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı *Yemeksepeti* kararı.

⁷⁹ A.g.k para. 13-16.

kalma risklerinin nispeten yüksek bulunmasına neden olduğu değerlendirilmiştir⁸⁰. İnceleme kapsamında, söz konusu davranışların hem sömürücü hem dışlayıcı etkiyi birlikte barındırabilmesi hususu göz önünde bulundurulmuş ve değerlendirilmeler sömürücü ya da dışlayıcı şeklinde katı bir ayırım yapılmaksızın gerçekleştirilmiştir⁸¹. Endişe doğuran şartların ise; komisyon ve ilave bedellere, kargo ve ödeme gibi yan hizmetlere, ödeme vadelerine, açıklık ve şeffaflığa ilişkin olduğu ifade edilmiştir.

İlgili davranışlarla mücadele bakımından ise, pazarın geneline hâkim olan asimetrik pazarlık gücünün, pazardaki katılımcıların tamamı için adil sonuçlar üretmesini temin etmek ve ikili ilişkilerde referans teşkil etmek üzere, ‘objektiflik’, ‘şeffaflık’, ‘açıklık’ ve ‘öngörülebilirlik’ kriterleri temelinde bir ‘Platform Davranış Kodu’nun hayata geçirilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir⁸². Söz konusu düzenlemenin ise pazar gücünden bağımsız tüm teşebbüslere uygulanacak olması sebebiyle ilgili Bakanlıklarca hayata geçirilmesinin uygun olduğu değerlendirilmiş ve bu hususa ilişkin bir mevzuat çalışmasının yürütülmesi bakımından Ticaret Bakanlığının yetkili kılındığı ifade edilmiştir⁸³.

Ayrıca ilgili koşulların RKHK’nin 6. maddesi kapsamında ele alınabilmesi açısından hazırlanacak ikincil mevzuat düzenlemesinin, rekabet hukuku uygulamasına katkı sunacağı değerlendirilmiştir.

Son olarak, Kurulun geçici tedbir kararı aldığı, Trendyol’un ilgili pazardaki birtakım uygulamalarına karşı başlatılan soruşturma da dikkate değerdir⁸⁴. İlgili tedbir kararı kapsamında Trendyol’un;

- Kendi ekonomik bütünlüğü altında yer alan ürün ve hizmetlerine yönelik, rakiplerine kıyasla avantaj sağlayacak nitelikte, algoritma ve kodlama aracılığıyla yapılan müdahaleler de dâhil olmak üzere her tür eylem, davranış ve uygulamalarına son vermesi,

⁸⁰ E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi, para. 537.

⁸¹ E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi, para. 539.

⁸² Öneriler için bkz. s.391.

⁸³ E-pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi, para. 788.

⁸⁴ Kurulun 30.09.2021 tarihli ve 21-46/669-334 sayılı Geçici Tedbir kararı, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?karakId=db0cca8a-e6ca-4eab-970e-304741dc965b>, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

- Pazaryeri faaliyetleri bakımından, elde edilen ve üretilen her türlü verinin, kendi ekonomik bütünlüğü altında yer alan ürün ve hizmetlerine rakiplerine kıyasla avantaj sağlayacak şekilde paylaşımını ve kullanımını durdurması,
- Pazaryerinde satış yapan satıcılar arasında ayrımcılık doğuracak nitelikte algoritma ve kodlama aracılığıyla yapılan müdahaleler de dâhil olmak üzere her tür eylem davranış ve uygulamalarına son vermesi

gerektiğine hükmedilmiştir. İlgili inceleme henüz tamamlanmamış olmakla birlikte oluşan endişelerin temelinde özellikle platformun ikili role sahip olduğu durumlarda, aracılık hizmeti sunduğu satıcılarla aynı zamanda rekabet halinde olması sebebiyle doğabilecek dışlayıcı ve sömürücü etkilerin yer aldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda bahsi geçen incelemelerden hareketle, her ne kadar Kurul uygulamasında yerleşik bir içtihat bulunduğu sonucuna varılamayacak olsa da, son dönemde dijital pazarlarda platformların ticari kullanıcılarına dayattığı haksız sözleşme şartları ve ticaret uygulamalarını incelemeye yönelik bir eğilimin olduğu söylenebilecektir.

3.2. HÂKİM DURUMDA OLMAYAN BİR TEŞEBBÜSÜN SORUMLULUĞU: EKONOMİK BAĞIMLILIĞIN KÖTÜYE KULLANILMASI YAKLAŞIMI

Hâkim durumdaki platformların, haksız sözleşme koşulları dayatarak bu konumlarını kötüye kullanması rekabet hukuku perspektifinden bir ihlal teşkil edebilecekse de dijital pazarlarda ve genel olarak veri ekonomisinde bu kuralın işletilmesinin çeşitli zorlukları bulunmaktadır (Cremer vd. 2018, 3; Furman Raporu 2019, 89). İlk olarak, platformlar çok yönlü olduğundan, bunlar arasındaki güç dengesini ve pazarın sınırlarını anlamak zordur (Frank ve Peitz 2019, 11). İkincisi, veri ekonomisinde bir şirketin birikmiş verilerinin gerçek faydasının veya değerinin ne olduğunu ve üçüncü tarafların rekabet edebilmesi için bu verilere erişmesinin ne kadar önemli olduğunu belirlemek güçtür (Drexl 2020, 48). Eş deyişle, dijital pazarlarda ilgili pazarın belirlenmesi ve hâkim durumun varlığını kanıtlama noktasında metodolojik zorluklarla karşı karşıya kalınmaktadır.

Öte yandan, hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı, rekabeti tehdit eden tüm ekonomik bağımlılık durumlarını ele alabilecek kapsayıcılığa sahip değildir. Nitekim bazı durumlarda platformlar hâkim durumda bulunmasalar bile bir

bağımlılık ilişkisi doğabilecek ve bu bağımlılık kullanılarak gerçekleştirilen davranışların pazardaki rekabeti etkilemesi mümkün olabilecektir (Graef, 2019). Ayrıca, hâlihazırda hâkim durumda olmayan bir platformun daha sonra tüm pazarı kazanmasını sağlayacak hâkim bir konuma ulaşmak için bu bağımlılığı stratejik olarak kullanabilmesinin önüne geçilemeyecektir (Johannsen ve Gonzalez 2021, 8). Sonuç olarak dijital pazarlarda, pazarın sınırlarının tam olarak çizilmesi noktasındaki belirsizlik, teknolojik evrimin hızı ve bu pazardaki yoğun inovasyon nedeniyle hâkimiyeti kanıtlamada yaşanan zorluklar, hâkim durumda olmayan platformların davranışlarına ekonomik bağımlılık hükümleri çerçevesinde müdahale edilip edilmeyeceği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir (Mouissis ve Yamada, 2019).

3.2.1. Ekonomik Bağımlılığın Kötüye Kullanılması Kavramı

Bir teşebbüsün, haksız sözleşme koşullarını belirli bir pazar gücüne sahip olmaması durumunda dayatamayacağı yönünde görüşler bulunmakla birlikte (O'Donoghue ve Padilla, 195), özellikle platformların hâkim durumda olmasalar dahi üçüncü taraf satıcılar karşısında sahip oldukları asimetrik pazarlık gücü vasıtasıyla satıcılara yönelik birtakım haksız ticari uygulamalarda bulunabileceklerini belirten görüşler (Graef, 2019) de mevcuttur. Bu kapsamda üstün pazarlık pozisyonunun kötüye kullanılması (*abuse of a superior bargaining position*) olarak da bilinen ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması (*abuse of economic dependence*), ticari işlemin taraflarından birinin diğerine göre göreceli olarak güçlü bir konumda olduğu durumu ele alan bir kavramdır (Mouissis ve Yamada, 2019).

Hâkim durumun kötüye kullanılması niteliği taşıyan davranışların incelendiği vakaların aksine, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına yönelik yapılacak değerlendirmelerde, herhangi bir pazarda hâkim durumda bir firmanın bulunması gerekmemekte, bunun yerine işlem taraflarından birinin diğerine göre üstün konumda bulunması şartı aranmaktadır. Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler, temel olarak zayıf tarafı üstün konumdaki tarafın bu konumu kötüye kullanmasından korumayı amaçlanmaktadır.

Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması sorunuyla, ilk olarak hipermarketler gibi büyük ölçekli perakendecilerin ortaya çıkışının ardından perakende sektöründe karşılaşılmıştır (ICN 2008, 1). Bazı yargı çevreleri, bu tür

endişeleri ele almak amacıyla hâkim durumun kötüye kullanılması hükümlerinden ayrı kurallar oluşturmuştur. Bu noktada, çevrim içi ortamda işletmeden tüketiciye aracılık hizmeti sunmanın, bir nevi perakende tedarik şekli olarak değerlendirilebileceği belirtilmelidir (Martens 2016, 13-18). Buna göre, çevrim içi aracılık hizmeti sunan platformların perakendeci olarak kabul edililmeyeceği hususu, platform ve çok taraflı pazar kavramlarının dar veya geniş olarak tanımlanmasına bağlıdır. Ancak her durumda, çevrim içi aracılık hizmetleri ile perakende pazarının değerlendirmeye esas parametreler bakımından benzeştiği söylenebilecektir.

Perakende sektörüne benzerliğinin yanı sıra, ekonomik bağımlılık ve dengesiz pazarlık gücü sorununun, bağımlılık düzeyi ve önemli güç dengesizliği sebebiyle büyük ölçekli çevrim içi platformlar açısından daha da şiddetlendiği görülmektedir. Son dönemde dijital pazarlarda adaletin ve şeffaflığın sağlanmasına yönelik artan eğilimle birlikte, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerin çevrim içi platformlara uygulanabilirliğine yönelik tartışmalar da tetiklenmiştir. Özellikle, çeşitli ülkelerde ulusal düzeyde görülen davalar ve düzenlemeler bu tartışmalara zemin hazırlamıştır. Örneğin Almanya'da, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması yasağı, dijital pazarlarda ortaya çıkan endişeleri daha etkili şekilde kontrol altına almak amacıyla yapılan yasa değişikliği çerçevesinde genişletilmiştir. Fransa, İtalya ve Japonya gibi ülkelerde ise çevrim içi platformların dayattığı bazı haksız koşullara ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması kapsamında yaptırım uygulanmıştır. ABD'de ise "ikiz" vakalar olarak da bilinen *PeopleBrowsr-Twitter*⁸⁵ ve *hiQ v. LinkedIn*⁸⁶ davaları, küçük işletmelerin, hâkim durumda olmayan büyük platformlardan ve diğer ilgili teknolojik ortamlardan gelen verilere erişime bağımlılığına dair bazı soruları gündeme getirmiştir. Bu kapsamda, aşağıda mevzuatında ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına ilişkin hükümler barındıran ülkelerin yaklaşımları irdelenecektir.

3.2.2. Ülke Yaklaşımları

ABD'de ve Avrupa'da rekabet hukuku kuralları, üstün pazarlık pozisyonunun kötüye kullanılması veya ekonomik bağımlılığı ele alan bir hüküm sağlamazken,

⁸⁵ PeopleBrowsr, Inc. et al. v. Twitter, Inc., C-12-6120 EMC, [2013].

⁸⁶ hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation, 17-cv-03301-EMC, [2020].

AB üye devletleri düzeyinde Almanya, Avusturya, Fransa, İtalya, Portekiz ve İspanya gibi ülkeler farklı yapı ve yaklaşımlarla da olsa böyle hükümlere yer vermektedir (ICN 2008, 5; Scalzini 2022, 85). Belçika gibi bazı üye devletler ise yakın dönemde hukuk düzenlerine bu tür hükümler eklemiştir (Tombal 2019, 4). Ayrıca Japonya, Kore ve Tayvan da dâhil olmak üzere önde gelen Asya ülkelerinin, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması konusunu düzenleyen rekabet hukuku hükümlerine sahip olduğu görülmektedir (Mouissis ve Yamada, 2019). Bu çalışma kapsamında ise ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına rekabet hukuku zemininde müdahale eden ve bu hükümlere uygulamada görece sık başvuran Almanya, Fransa ve Japonya örneklerine odaklanılması tercih edilmiştir.

3.2.2.1. Almanya

Almanya Rekabet Kanunu’nun,⁸⁷ 20. maddesinin birinci fıkrası, ilk halinde, *“bir ticari mal veya hizmetin tedarikçileri ya da alıcıları olarak küçük ve orta ölçekli işletmelerin, rakip teşebbüslere geçmek için, yeterli ve makul olasılık bulunmayan bir şekilde bir teşebbüs/teşebbüs birliğine bağımlı olduğu durumlarda, yani göreceli veya üstün pazar gücünün varlığında”* oluşan bu bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Bu hükmün kapsadığı bağımlılık durumunun sadece KOBİ’ler için değil, büyük firmalar için de ortaya çıkabileceği düşüncesinden hareketle, 2021 yılında yürürlüğe giren değişiklik ile (*Digitalisation Act*) hükmün kapsamı genişletilmiş ve bundan böyle teşebbüslerin pazarlık güçleri arasında açık bir dengesizlik olup olmadığının dikkate alınmasına karar verilmiştir⁸⁸.

Kanun değişikliğinin bir parçası olarak, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümlerinin uygulama alanı da dijital pazarlarda gerçekleşen belirli durumları kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Kanunun 20. maddesinin 1.fıkrasına eklenen, *“teşebbüsler, tedarik ve satış pazarlarına yeterli ve makul alternatifler bulunmayacak şekilde erişim konusunda aracı hizmetlerine bağımlı oldukları sürece”* ifadesi, bu yasağın çok taraflı pazarlarda aracı olarak faaliyet

⁸⁷ Act against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB*).

⁸⁸ Amendment of the German Act against Restraints of Competition (2021), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB_Novelle.pdf?__blob=publicationFile&v=3 Erişim Tarihi: 06.05.2022.

gösteren şirketlere de uygulanabileceğini açıkça göstermektedir. Ayrıca bağımlılık durumunun, bir şirketin kendi faaliyetleri için başka bir şirket tarafından kontrol edilen verilere erişmesine olan bağımlılığından kaynaklanabileceği de öngörülmektedir. Başka bir deyişle, “veriye erişim”, bağımlılığın belirlenmesinde bir kriter olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, bağımlı şirketin bu tür verilere “yeterli bir ücret karşılığında” erişim sağlaması talebinin reddedilmesi, kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir.

Dikkate değer bir diğer gelişme ise, Bundeskartellamt tarafından Amazon'un kendi pazaryerindeki satıcılar için uyguladığı iş koşullarını değiştirmesinin ardından sonlandırdığı incelemesinde⁸⁹, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümlerinin işletilebileceğinin ayrıca belirtilmiş olmasıdır. Esasen soruşturma hâkim durumun kötüye kullanılması temelinde yürütülmekle birlikte Bundeskartellamt, ilgili endişelerin Amazon'un görece pazar gücü ve satıcı bağımlılığı kapsamında da incelenebileceğini vurgulamıştır⁹⁰. Ayrıca Amazon'un müşterilere erişim açısından önemli rolü ve çevrim içi ticarete giren daha küçük satıcıların varlığı, Amazon'a olan bağımlılığın değerlendirilmesinde dikkate alınabilecek kriterler olarak gösterilmiştir.

Bu noktada Almanya'nın Avrupa'da ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına ilişkin hükümler getiren ilk ülke olduğunu hatırlatmakta fayda görülmektedir (Scalzini 2022, 94). Bu hükümlerin getirilmesindeki temel amaç, petrol sektörünü hedeflemek ve KOBİ'leri daha yakından korumaktır (Auduc 2021, 5). Ancak yukarıda yer verilen gelişmeler dikkate alındığında, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin geleneksel perakende pazarların ötesine taşındığı çıkarımı yapılabilecektir (Greaf 2019, 45). Buradan hareketle, bu hükmün dijital pazarlara doğru genişletilmesi yönündeki eğilimin, diğer ülkeleri etkilemesi açısından da önemli olduğu düşünülmektedir.

3.2.2.2. Fransa

Fransa'da, “rekabetin işleyişini veya yapısını etkilemesi muhtemel ise, bir müşterinin veya tedarikçinin ekonomik bağımlılık durumunun bir teşebbüs veya

⁸⁹ Bundeskartellamt, B2-88/18, *Amazon dosyası karar özeti* (2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Erişim Tarihi: 15.03.2022.

⁹⁰ A.g.k. s.10.

teşebbüs grubu tarafından kötüye kullanılması”⁹¹ yasaklanmıştır. Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümlerinin uygulanabilmesi için, ekonomik bağımlılığın ve bir teşebbüsün sözleşme ortağının ekonomik bağımlılığını kötüye kullandığının kanıtlanması gerekmektedir (Auduc 2021, 8). Otorite tarafından da teyit edildiği üzere, ekonomik bağımlılığa işaret edebilecek herhangi bir eşik bulunmamaktadır. Bunun yerine, otoriteler temel olarak (i) marka veya ürünün itibarı, (ii) pazar payları, (iii) bağımlı tarafın cirosunda teşebbüsün ürünlerinin temsil ettiği pay ve esas olarak (iv) eşdeğer bir alternatifin olmaması olmak üzere dört kümülatif kritere dayanmaktadır (Auduc 2021, 9-10). Ayrıca hükümde de vurgulandığı üzere, Almanya’daki yaklaşımdan farklı olarak, Fransa’da söz konusu davranışların ihlal olarak nitelendirilebilmesi için genel rekabeti olumsuz etkilemesi şart koşulmaktadır⁹². Bu katı koşullar ve Fransız mahkemelerinin kısıtlayıcı yorumu nedeniyle, çok az sayıda ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması vakasının görüldüğü belirtilmektedir (Graef 2019, 490).

Ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması koşullarına yönelik bu katı yaklaşıma rağmen bu araç, son zamanlarda dijital pazarlarda kötüye kullanım davranışlarının yasaklanmasıyla ilgili olarak yeniden ilgi görmüştür. Otorite, “*Rekabet ve E-ticaret*” raporunda ⁹³, işletmelerin bazı durumlarda belirli çevrim içi pazaryerleri ile anılmaktan başka alternatiflerinin bulunmadığını, bağımlı işletmelere haksız veya dengesiz ticari koşullar getirilebildiğini ve bu bağımlılık sorununu ele almak için potansiyel yararlı bir araç olarak ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümlerinin uygulanabileceğini belirterek aracın dijital pazarlardaki rolünü güçlendirmiştir.

ADLC, Mart 2020 tarihli *Apple* kararında⁹⁴ ise, premium distribütörlerini kendi entegre distribütör ağına kıyasla haksız ve elverişsiz ticari koşullara maruz bırakması sebebiyle *Apple*’a ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması

⁹¹ Code de Commerce, Article L. 420-2.

⁹² Belçika’da da benzer bir yaklaşım benimsenerek, ilgili pazarda veya pazarın önemli bir bölümünde rekabetin etkilenmesi muhtemel ise bu tip davranışlar yasaklanmaktadır. Code de droit économique, Art. IV.2/1.

⁹³ “*Competition and E-commerce Report*” (2020), <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/concurrence-commerce-en-ligne-en.pdf>, para. 150. Erişim Tarihi: 06.05.2022.

⁹⁴ ADLC (2020), *Apple*, 20-D-04.

kapsamında yaptırım uygulamıştır. Apple, premium distribütörleri açısından yalnızca bir tedarikçi değil, aynı zamanda kendi entegre dağıtım kanallarına (Apple Mağazaları vb.) sahip bir rakip konumunda bulunmaktadır. Otorite değerlendirmesinde özellikle, taraflar arasındaki sözleşmesel sınırlamalar, tüketicilerin markaya olan güçlü bağımlılığı, distribütörlerin mali kaynaklarının kısıtlı olması gibi sebeplerin, bağımsız bir distribütörün işlem hacminde büyük bir düşüşe maruz kalmadan Apple’dan “kısa vadede” ayrılmasını imkânsız kıldığı sonucuna varmıştır. Buradan hareketle, ekonomik bağımlılığın varlığının kanıtlanması noktasında, bir dağıtıcının tedarikçisini eşdeğer teknik ve ekonomik koşullar altında ve makul zaman dilimi içinde alternatif bir tedarikçiyle değiştiremeyeceği hususunun belirlenmesinin önemi vurgulanmıştır.

Bağımlılığın varlığı ispatlandıktan sonra, Apple’ın, bir ekonomik paydaşın ticari bir ortaktan makul düzeyde bekleyebileceğinin ötesinde ve aynı zamanda ticari faaliyetleri üzerinde doğrudan bir etki yaratan kurallar dayatarak bağımsız distribütörlerinin ticari özgürlüğünü anormal ve aşırı bir şekilde kısıtlamasının kötüye kullanım oluşturduğuna kanaat getirilmiştir. Kararda, Apple’ın uygulamalarının marka içi rekabetin işleyişini ve yapısını etkilediği, ayrıca rakip ürünlerin üreticileriyle ilgili olarak markalar arası rekabeti bozmasının muhtemel olduğu değerlendirilmiş; ancak ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması için rekabetin işleyişinin ve hatta sadece yapısının potansiyel olarak etkilenebilmesi yeterli görülmüştür (Scalzini 2022, 89).

ADLC ayrıca, Google’ın basın yayıncılarına ve haber ajanslarına yayın içeriklerinin çevrim içi olarak yeniden kullanılması için ücret vermeyi reddetmesinin ardından hâkim durumunu kötüye kullandığına kanaat getirdiği kararda⁹⁵, basın yayıncılarına ve haber ajanslarına karşı olası ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması durumunu da tartışmıştır.

Her ne kadar ekonomik bağımlılığı kötüye kullanma hükümleri Fransa’da sık başvuru bir hukuki araç olmasa da, son dönemde yeniden gündeme taşındığı söylenebilecektir. Ancak hükümlerin uygulanabilirliği için gereken şartların ağırlığı ve Otorite’nin bu noktadaki katı yorumu sebebiyle, ele alınan davalar kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması hükümlerinin daha etkin uygulanabileceği düşünülmektedir.

⁹⁵ ADLC (2020), *Google News*, 20-MC-01.

3.2.2.3. Japonya

Japonya Rekabet Kanunu'nun⁹⁶ 2. maddesinin 5. fıkrası, ticari ilişkide taraflardan birinin bulunduğu üstün pazarlık pozisyonunu kullanarak, ticari hayatın normal seyrinde haksız olarak nitelendirilebilecek ve ilgili kanun ile yönergelerde daha ayrıntılı olarak sayılan belirli eylemleri gerçekleştirmesini yasaklamaktadır. Hükmün uygulama kapsamı genel nitelikte olmakla birlikte, daha çok perakendecilerin tedarikçilerine karşı alıcı gücünü kötüye kullandığı durumlarda sıkça kullanılmaktadır (Cheng ve Gal 2020, 28). Ancak son dönemde, Japonya Adil Ticaret Komisyonunun (JFTC), üstün pazarlık pozisyonunun kötüye kullanılması hükmünü dijital platform operatörlerine karşı uygulamak hususunda istekli olduğu görülmektedir.

Örneğin, JFTC'nin yerel e-ticaret platformu *Rakuten*⁹⁷ hakkındaki soruşturmasında, Rakuten'in arama sonuçlarında satıcıların bir kısmını daha alt sıralara yerleştirerek dezavantajlı duruma düşürdüğü ve bu şekilde satıcıları ücretsiz teslimat programına katılmaya zorladığı tespit edilmiştir. JFTC incelemesinde, bu davranışın üstün pazarlık konumunun kötüye kullanılması teşkil edebileceğinden şüphelenmiş ve teşebbüsün önerdiği davranışsal tedbirlerin oluşan endişeleri giderebileceği kanaatine vararak soruşturmayı sonlandırmıştır⁹⁸.

Benzer şekilde Amazon'un satıcılara dayattığı haksız uygulamaların (mal tedariki esnasında fiyatları makul olmayan bir şekilde düşürerek tedarikçileri zarara uğratma, tedarikçileri makul olmayan parasal katkılar sağlamaya zorlama, tedarikçilere makul olmayan şekilde mal iadeleri yapma vb.) üstün pazarlık konumunun kötüye kullanılması açısından ihlal teşkil edip etmediği incelenmiş; taahhütlerin kabul edilmesinin ardından süreç sonlandırılmıştır.⁹⁹

Ayrıca, 2019 yılında JFTC, dijital platform operatörlerinin veri toplama ve kullanma politikaları bakımından üstün pazarlık konumunun kötüye kullanılması

⁹⁶ Japanese Anti-Monopoly Act.

⁹⁷ <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/December/211206.html>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

⁹⁸ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0978d899-dabb-478a-b81f-339766bc3f00>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

⁹⁹ <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/September/200910.html>, <https://globalcompetitionreview.com/guide/e-commerce-competition-enforcement-guide/third-edition/article/japan>, Erişim Tarihi: 07.05.2022.

hükümünün uygulanabileceğini belirten yeni yönergeler yayınlayarak bu alanda önemli bir adım atmıştır¹⁰⁰ (Mouissis ve Yamada, 2019).

3.2.3. Ekonomik Bağımlılığın Kötüye Kullanılmasının Tespiti

Yukarıda yer verilen ülke yaklaşımlarından hareketle, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümlerin uygulanabilmesi için ispatlanması gereken iki ana koşulun ortak olduğu söylenebilecektir: ekonomik bağımlılığın varlığı ve bu ekonomik bağımlılık durumunun kötüye kullanılması. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde söz konusu davranışların ihlal teşkil edebilmesi için genel rekabeti olumsuz yönde etkilemesinin de şart koşulduğu görülmektedir¹⁰¹.

Çoğu yazara göre, müşteri veya tedarikçilerin eşdeğer bir alternatifinin bulunmaması, diğer bağımlılık kriterlerinin önüne geçmektedir (Auduc 2021, 10). Bu kapsamda, en önemli kriterin zayıf tarafın tatmin edici alternatifler bulması için gerçek bir olasılığın olup olmadığının tespiti olduğu söylenebilecektir (Scalzini 2022, 91). Söz konusu kriter ise iki aşamalı bir testle değerlendirilmektedir. İlk aşamada alternatiflerin varlığına/yeterliliğine ilişkin objektif bir değerlendirme; ikinci aşamada ise bu alternatiflere başvurunun makul olup olmadığına dair sübjektif bir değerlendirme yapılması önerilmektedir (Tombal 2019, 12). Testin birinci aşaması, bağımlı şirket açısından piyasadaki alternatiflerin nesnel varlığı ile ilgiliyken, ikinci aşaması bu alternatiflerin “gerçek” ve tatmin edici”, bir başka deyişle “bağımlı şirket açısından makul” olup olmadığının değerlendirilmesine yöneliktir.

Tombal (2019), 102. madde kapsamındaki "mutlak" vazgeçilmezlik ile ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasının göreceli bağımlılığı arasında bir ayrım yapmaktadır. Buna göre ekonomik bağımlılığın tespitinde, temelde belirli alternatifler var olduğundan, kötüye kullanıma yönelik değerlendirme göreceli ve öznel olmaktadır. Bu sebeple eşdeğer alternatifin özdeş olarak yorumlanmaması ve genellikle “*kabul edilebilir bir zaman içerisinde, eşdeğer teknik ve ekonomik*

¹⁰⁰ https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217_DP.html, Erişim Tarihi: 07.05.2022.

¹⁰¹ Fransa, Belçika, İtalya. İtalya hukuk siteminde ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması Sınai Taşeronluk Kanununun 9. maddesi kapsamında özel bir hukuk davası yoluyla ele alınmaktadır. Ancak İtalyan Rekabet Kurumu ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması iddiasının rekabetin ve piyasanın korunması üzerinde bir etkisi olması durumunda bu alana müdahale etme yetkisine sahiptir (Falce 2015; ICN 2008, 8).

*koşullar altında*¹⁰² farklı bir alternatifte geçmenin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinin daha doğru olduğu düşünülmektedir.

3.2.4. Yaklaşımın Rekabet Hukuku Kapsamında Uygulanabilirliği

Asimetrik pazarlık gücüne dayanan haksız sözleşme koşullarına yönelik müdahalede, hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamındaki teorik ve kavramsal araçların eksikliğinin, ekonomik bağımlılık düzenlemelerini bu tür davranışlar bakımından etkin bir müdahale aracı olarak ön plana çıkardığı savunulmaktadır (Lee ve Schifler 2019, 31). Bu noktada bu hükümleri rekabet politikası kapsamında uygulayan ülkelerin gerekçeleri önem arz etmektedir.

Bu çerçevede Japonya, bu düzenlenmenin altında yatan gerekçeleri, pazarlık konusunda daha üstün konumda olan tarafın, bu konumu kullanarak diğer tarafın bağımsız ticari faaliyetlerini kısıtlaması ve rekabetin düzgün işlemesi durumunda dayatamayacağı şartları kabul etmeye zorlaması halinde, davranışın diğer tarafın özgürce ve bağımsız olarak rekabet etmesini engellemesi olarak belirtmektedir (ICN 2008, 14). Buna göre, serbest rekabetin temeli, işlem taraflarının özgür ve bağımsız ticari yargılarına dayalı olarak işlem şartlarını veya koşullarını belirledikleri yerde atılacaktır. Ayrıca zayıf konumda olan tarafın, rakiplerine karşı rekabetçi açıdan daha dezavantajlı hale gelmesi söz konusu olabilecektir. Öte yandan, dezavantajlı hükümleri dayatan taraf, fiyat ve kaliteden bağımsız olarak rekabette daha avantajlı konumda olacaktır (ICN 2008,15). Almanya ise hâkim durumda olmasa dahi belirli ölçüde piyasa gücünü kullanabilen teşebbüslerin davranışlarının da rekabet üzerinde olumsuz etki yaratabilecek nitelikte olduğunu ifade etmektedir (ICN 2008, 15).

Öte yandan temelde sömürücü uygulamalara olan yaklaşıma benzer şekilde, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümlerinin uygulanmasında, Tip I hataların oluşturacağı maliyetlerin Tip II hatalardan kaynaklanan maliyetlerden ağır basma ihtimali gibi bazı çekinceler bulunmaktadır. Ayrıca bu davranışlara yönelik müdahalenin, yalnızca rakiplere bir koruma sunabileceği ve dolayısıyla böyle bir yasağın tüketicilere zarar verebileceğinden endişe duyulmaktadır. Nitekim etkin olmayan bir teşebbüsün bu şekilde pazarda kalması, tüketicilere yüksek fiyatlı ancak düşük kaliteli ürün ve hizmetlerin sunulması neden olarak

¹⁰² ADLC (2020), *Apple*, 20-D-04.

tüketici refahı üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecektir. Sonuç olarak, ekonomik verimlilik esaslı değerlendirmeler ile adalet ve eşitlik gibi değerler arasındaki değiş tokuş göz önüne alındığında, bu hükümlerin uygulanması oldukça karmaşık bir hâl almaktadır (Bougette vd. 2019, 261-286).

Her ne kadar bağımlılığa ilişkin ulusal rejimlerin, rekabet hukukunu etkili bir şekilde tamamlayabileceği ileri sürülse de, tüketici refahını koruma amacına hâlel getirmeden etkin bir dengenin bulunması önem arz etmektedir (Greaf 2019, 44). Bu tarz hükümlerin ikna edici bir zarar teorisi gerektirmesinden hareketle, yasalarına bu hükümleri dâhil edecek olan ülkelerin, daha titiz bir analiz yapması beklenecektir.

Ayrıca halihazırda dijital pazarlarda pazar gücünün belirlenmesine yönelik olarak hakim durum dışında, “geçit bekçisi”, “stratejik pazar konumuna sahip teşebbüs¹⁰³” (*strategic market status*), “kaçınılmaz ticaret ortağı” (*unavoidable trading partner*), “pazarlar arasında rekabet için olağanüstü önemli teşebbüs¹⁰⁴” (*paramount significance for competition across markets*) gibi farklı pazar statüleri tanımlanmıştır (OECD 2022, 23). Bu kavramlar sırasıyla, “bir grup kullanıcının bazı mallara veya başka bir tüketici grubuna erişimini kontrol etme kabiliyeti” (Alexiadis ve Streel, 2020, 5), “kalıcı bir pazar gücüne ve stratejik konuma sahip olma”, “ticaret ortakları için ikame eksikliğinden kaynaklanan bir piyasa gücüne sahip olma” ve “finansal güç, veriye erişim, dikey entegrasyon vb.” gibi farklı kriterleri dikkate aldığından ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması hükümleriyle bazı ortak kaygılara cevap verebilecektir. Bu durumda bahse konu düzenlemelerin gerekliliği sorgulanabilecekse de ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması, bir firma ile bir müşteri arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkinin belirli özelliklerinin analizine dayandığından daha kapsamlı bir müdahale imkânı da tanıyabilecektir.

¹⁰³ CMA, stratejik pazar statüsüne sahip firmaların, davranış kuralları, rekabeti artırıcı politika müdahaleleri ve tamamlayıcı birleşme kurallarını içeren bir düzenleyici rejime tabi olmasını önermiştir (CMA, 2020, 29). Daha detaylı açıklamalar için bkz. OECD 2022, 26-28.

¹⁰⁴ Bundeskartellamt, teşebbüsün söz konusu kategoriye dahil olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulacak faktörleri; teşebbüsün bir veya daha fazla pazardaki hâkim durumu, finansal gücü ve diğer kaynaklara erişimi, dikey entegrasyon olup olmadığı ve başka ilgili pazardaki faaliyetleri, rekabetle bağlantılı veriye erişimi, faaliyetlerinin üçüncü tarafların pazara erişimi ve faaliyetleri bakımından önemi olarak sıralamıştır.

Sonuç olarak, Almanya, Fransa ve Japonya gibi ülkelerce, haksız sözleşme şartları dayatan teşebbüslere hâkim durumda bulunma şartı aranmaksızın ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılması sebebiyle müdahale edilebildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca son dönemde dijital pazarlarda yaşanan gelişmelerle birlikte, tüketicilere erişimi kontrol etme kabiliyeti, veriye erişim ve dikey entegrasyon vb. kriterleri dikkate alan geçit bekçisi, kaçınılmaz ticaret ortağı gibi farklı pazar statülerinin belirlendiği görülmektedir. Bu çerçevede, haksız sözleşme şartlarından kaynaklı endişelerin giderilmesi adına gerekli görüldüğü hallerde müdahale eşiğinin düşürülmesine yönelik düzenlemelerin getirilmesi söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Dijital platformların ekonomide giderek artan önemdeki payı, bu platformlar üzerinden satış yapan ticari kullanıcıların faaliyetlerini sürdürmeleri ve tüketicilere ulaşmaları noktasında bu platformlara bağımlı olmalarına neden olmaktadır. Artan bu bağımlılık, dijital pazarların yoğunlaşmaya meyilli yapısı, platformların bazı davranış kalıpları ve iş stratejileriyle birleştiğinde ticari kullanıcılara haksız sözleşme şartları dayatılmasına zemin hazırlamaktadır.

Haksız sözleşme şartlarının doğurduğu endişeler, TTK, TBK ve RKHK gibi pek çok farklı hukuk disiplininde ve sektöre özgü düzenlemeler kapsamında ele alınmaktadır. Söz konusu şartların pazar gücünden kaynaklı olmaksızın uygulanması, sözleşme ve haksız rekabet hukuku gibi farklı yasal hükümler çerçevesinde ihlal teşkil edebilecek ve bu hükümler uyarınca müdahale mümkün olabilecektir. Ancak hem mahkeme süreçlerinin uzun ve külfetli olması, hem de ticari kullanıcıların misilleme yapılmasına yönelik korkuları nedeniyle mahkeme yolunu tercih etmemesi bu yöntemlerin etkinliğini sorgulanabilir kılmaktadır.

Diğer taraftan, haksız sözleşme şartlarının rekabet hukuku kapsamındaki yerine ilişkin hararetli tartışmalar gündemdedir. Ticari kullanıcıları dezavantajlı konuma bırakan her haksız sözleşme şartı ve/veya uygulama, rekabet hukuku kapsamında ihlal teşkil etmeyebilecektir. Bununla birlikte, RKHK’de sayılan hâkim durumu kötüye kullanma hallerinin tahdidi olmadığı göz önüne alındığında, platformların dayattığı haksız şart ve uygulamalar, meydana getirdikleri muhtemel rekabete aykırı etki dolayısıyla söz konusu Kanun kapsamında ele alınabilecektir. Haksız sözleşme şartlarına, özellikle giriş ve geçiş engellerini artırdığı, dezavantajlı konuma düşürdüğü rakiplerin rekabet etme imkânlarını kısıtladığı noktada rekabet hukuku kapsamında müdahale söz konusu olabilecektir. Müdahalenin bir diğer gerekçesi ise, söz konusu davranışların dolaylı olarak tüketici refahına zarar verme potansiyelidir. Nitekim tüketicilerin ulaşabilecekleri seçeneklerin kısıtlanması ve doğal olarak fiyatların artması sonucu tüketici refahı azalabilecektir. Buna ek olarak, platformun ticari

kullanıcılara maliyetlerini artıracak koşullar dayatması neticesinde oluşan riskin tüketiciye yansıtılması da ihtimal dâhilindedir.

Mevcut yazın ve içtihat incelendiğinde, haksız sözleşme şartlarına ilişkin rekabet hukuku kapsamında yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu şartların sözleşmenin amacı açısından mutlak surette gerekliliğinin ve tarafların çıkarlarının dengelenmesi noktasında orantılılığının göz önünde bulundurabilecek temel hususlar olduğu söylenebilecektir. Ayrıca bu şartların belirsizliği, tek yanlılığı ve kullanıcıların alternatif platformları tercih etme noktasındaki seçme özgürlüğünü kısıtlaması dikkate alınabilecek diğer kriterler olarak ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, söz konusu şartların incelenmesinde, meydana gelen muhtemel rekabet karşıtı etkilerin tespitine ek olarak olası haklı gerekçelerin de dikkate alındığı ayrıntılı bir değerlendirme yapılması uygun görülmektedir. Nitekim piyasa üzerinde mutlak surette olumsuz etki doğurmayacak davranışlara müdahale, rekabet edilebilirlik ile inovasyon, adalet ile verimlilik gibi farklı değerler ve çıkarlar arasında çeşitli ödünleşimlere sebep olabilecektir. Bu kapsamda söz konusu davranışları değerlendirme noktasında, rekabetçi ve rekabet karşıtı etkilerin dengelenmesi gerekecektir.

Hâkim durumdaki teşebbüslerin, ticari kullanıcılara haksız sözleşme koşulları dayatarak bu konumlarını kötüye kullanması rekabet hukuku perspektifinden bir ihlal teşkil edebilecekse de dijital pazarlarda ve genel olarak veri ekonomisinde bu kuralın işletilmesinin çeşitli zorlukları bulunmaktadır. Nitekim dijital pazarlarda ilgili pazarın belirlenmesi ve hâkim durumun varlığını kanıtlama noktasında metodolojik güçlüklerle karşı karşıya kalınabilmektedir. Ayrıca hâkim durumun kötüye kullanılması yasağı, rekabeti tehdit eden tüm ekonomik bağımlılık durumlarını ele alabilecek kapsayıcılığa sahip değildir. Dijital pazarlarda yaşanan teknolojik gelişmelerin hızı ve inovasyonun yoğunluğu, ilgili pazarın sınırlarının çizilmesini ve hâkim durumun tespitini güçleştirmekte; bu durum ise, hâkim durumda olmayan platformların, ticari kullanıcıların kendilerine olan ekonomik bağımlılığını kötüye kullanmalarına karşı rekabet hukuku kapsamında müdahale edilip edilemeyeceği yönündeki tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Dünya genelinde, hem rekabet hukuku uygulamalarında hem de dijital pazarlar özelinde geliştirildiği gözlemlenen çeşitli düzenlemelerin bu zorlukları

aşmakta yol gösterici olduğu düşünülmektedir. İlk olarak, Almanya, Japonya ve Fransa gibi ülkelerin mevzuatlarına ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasaklayan hükümler eklediği görülmektedir. Ancak, ülkemizdeki mevcut yasal çerçeve hâkim durumda olmayan bir teşebbüsün tek yanlı davranışlarına rekabet hukuku kapsamında müdahale imkânı tanımamaktadır. Bu bakımdan, ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasının düzenlenmesi gündeme getirilebilecektir.

İkinci olarak, geçit bekçisi, stratejik pazar konumuna sahip teşebbüs, kaçınılmaz ticaret ortağı, pazarlar arasında rekabet için olağanüstü önemli teşebbüs gibi farklı kriterleri dikkate alan pazar statüleri aracılığıyla AB ve İngiltere, Almanya gibi ülkeler dijital pazarlarda karşılaşılan haksız şart ve uygulamalara müdahale eşiğinin düşürülmesinin yolunu açmıştır.

Üçüncü olarak, dijital piyasalar gibi dinamik pazarlarda müdahalede gecikilmesi ve mevcut rekabet hukuku araçlarının bu pazarlardaki karmaşık davranışları ele alma noktasındaki etkinsizliği, ardıl müdahalelerin etkinliğini sorgulatarak, öncül düzenlemelerin gerekliliği hususunu gündeme getirmektedir. Ancak platformların faaliyet gösterdiği pazar yapılarının ve işleyişlerinin aynı olmaması sebebiyle tüm dijital platformlar için ortak bir düzenleme getirmek de bazı endişeler doğurabilecektir. Hâkim durumdaki teşebbüslerin ötesinde tüm platformları kapsayacak nitelikteki düzenlemeler kapsamında, sömürücü kötüye kullanma teşkil eden haksız sözleşme şartları bakımından çok katı yükümlülükler getirmekten ziyade şeffaflığı tesis etmeye yönelik önlemler alınması tercih edilebilecektir. Bu yaklaşım, hem bu davranışlarla karşılaşma sıklığını azaltacak hem de teşebbüslerin inovasyon ve yatırım güdüsünü azaltma noktasında daha az riskli olabilecektir. Bunun ötesinde olabilecek uygulamalar için, rekabet hukukunun hâkim durumun kötüye kullanılması yönündeki yasağı etkin bir müdahale aracı olarak uygulanmaya devam edecektir. Öte yandan, doğrudan dışlayıcı veya rekabet hukuku kapsamında genel kabul görmüş haksız sözleşme şartları için öncül düzenlemeler kapsamında yasaklamalar getirilmesi de söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak, oluşan asimetric güç ilişkisi sebebiyle platformlarca ticari kullanıcılara dayatılan haksız sözleşme şartlarına birden fazla hukuki araç kapsamında müdahale edilebilmektedir. Bu araçlar içinde, belirli bir pazar gücüne sahip teşebbüslerin uygulamalarını ele alma noktasında rekabet hukuku etkili bir

alternatif olmakla birlikte, ilgili şartların rekabet hukuku kapsamında ihlal teşkil ettiği hallere ilişkin yerleşik bir standardın bulunmaması uygulamada belirli zorluklara yol açmaktadır. Almanya, Fransa ve Japonya gibi ülkelerin ekonomik bağımlılığın kötüye kullanılmasını yasakladığı alternatif hükümleri mevzuatlarına dâhil etmesinin bu zorlukları aşmakta önemli bir avantaj sağladığı söylenebilecektir. Diğer taraftan ardıl müdahalelerin yeterliliğinin sorgulandığı durumlarda ise sektöre özgü öncül düzenlemeler getirilebilecektir. Bu kapsamda söz konusu düzenlemelerle rekabet hukuku araçlarının birbirini tamamlayıcı bir rol oynayacağı düşünülmektedir.

ABSTRACT

The increasing significance of the digital platforms led to an increase of the dependency of the business users, who sell their products on these platforms, to maintain their business activities and reach their customers. Regarding the growing dependency of these platforms, it could be observed that these platforms have the superior bargaining power against the business users. Consequentially, this leads to the unfair conditions and transactions that may damage the interests of the business users and the consumers indirectly. This situation has triggered a new debate whether these conditions could be intervened in the scope of the competition law.

This thesis discusses the role of competition law by comparing the availability of legal tools to interpose unfair conditions of contract by surveying the strategies employed by competition authorities and the European Union.

Primarily, factors causing power asymmetry between digital platforms and business users are introduced. Secondly, fields of law, along with their interrelation with competition law, that can be appealed to intervene against unfair conditions of contract are examined. Thirdly, in regard to existing legal cases, the approach of competition law is evaluated. Subsequently, as an alternative approach, regulations that proscribe abuses of economic dependency are investigated. In conclusion, suggestions concerning potential practices to intervene against unfair conditions of contract are presented.

KAYNAKÇA

- AHLBORN, C., W. LESLIE, L. PROMPERS ve E. BURKE (2018), “Shaping Competition Policy in Era of Digitalisation-Submission On The Platforms”, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/linklaters.pdf, Erişim Tarihi: 08.06.2022.
- AKMAN, P. (2008), “‘Consumer’ versus Customer: the Devil in the Detail”, ESRC Centre for Competition Policy Working Paper No. 08-34.
- AKMAN, P. (2009), “Exploitative Abuse in Article 82EC: Back to Basics?” CCP Working Paper 09-01, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1328316, Erişim Tarihi: 04.04.2022.
- AKMAN, P. (2021), “Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act”, European Law Review 85, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3978625, Erişim Tarihi: 17.06.2022.
- ALEXIADIS, P. ve A. STREEL (2020), “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66307/RSCAS%202020_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- ANDERSON, E.G., G.G. PARKER ve B. TAN (2014), “Platform Performance Investment In The Presence Of Network Externalities”, Information Systems Research Vol.25, No:1, s.152–172.
- ARKAN, S. (2011), Ticari İşletme Hukuku, Ankara
- ARMSTRONG, M. (2006), “Competition in Two-Sided Markets”, RAND J. ECONOM. 37 (3): 668–91.
- ARMSTRONG, M. ve J. WRIGHT (2007), “Two-sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts”, Economic Theory 32(2) 353–380.
- ATAMER, Y. M., (2001b), “Tacirlerin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması Yolları”, İTO Yayınları, İstanbul.
- ATAMER, Y.M., (2001a), “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi”, Beta Basım, İstanbul 2001
- AUDUC, C.E. (2021), “Abuse of Economic Dependence in the Decision-Making Practice of the French Competition Authority: Assessment of an Underutilised Provision and Prospects for the Digital Economy” Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Competition Forum Resources, No: 5, <https://competition-forum.com/wp-content/uploads/2021/07/Resources-art.-n%C2%B00005.pdf>, Erişim Tarihi: 17.03.2022.
- BAKHOUM, M. (2015), “Abuse Without Dominance In Competition Law: Abuse Of Economic Dependence And Its Interface With Abuse Of Dominance”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703809, Erişim Tarihi: 24.09.2021.
- BOUDREAU, K. ve J. A. HAGIU (2009), “Platform rules: Multi-sided platforms as regulators”, In Gawer, A. (Ed.), Platforms, Markets and Innovation, Cheltenham, UK: Edward Elgar, <https://www.elgaronline.com/view/9781848440708.00014.xml>, Erişim Tarihi: 22.03.2022.

- BOUGETTE P., O. BUDZINSKI ve F. M. MARTY (2019), “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from the Industrial Organization Approach?”, GREDEG Working Paper, Vol. 129, No: 2, s. 261-286.
- BROOK, O. VE M. EBEN (2021), “Abuse Without Dominance and Monopolisation Without Monopoly”, Akman, Brook, Stylianou (eds.) Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization (Edward Elgar Publishing, Forthcoming), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3859916, Erişim Tarihi: 17.06.2022.
- CAFFARRA, C. ve F.S. MORTON (2021) “The European Commission Digital Markets Act: A translation”, VoxEU, <https://voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation>, Erişim Tarihi: 18.06.2022.
- CAILLAUD B ve B. JULLIEN (2003), “Chicken and egg: Competition among intermediation service providers”, RAND J.Econom. 34(2): 309–328.
- CENNAMO C. ve D. SOKOL (2021), “Can the EU Regulate Platforms Without Stifling Innovation?” Harvard Business Review, <https://hbr.org/2021/03/can-the-eu-regulate-platforms-without-stifling-innovation>, Erişim Tarihi: 21.06.2022.
- CENNAMO, C., H. OZALP ve T. KRETSCHMER (2018), “Platform Architecture, Multihoming and Complement Quality: Evidence from the U.S. Video Game Industry”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2839741, Erişim Tarihi: 03.07.2022.
- CERRE (2020), “Digital Markets Act: Making Economic Regulation of Platforms Fit For The Digital Age” <https://cerre.eu/publications/digital-markets-act-economic-regulation-platforms-digital-age/>, Erişim Tarihi: 07.6.2022.
- CHENG, T. K. ve M. GAL (2020), “Superior Bargaining Power: Dealing With Aggregate Concentration Concerns”, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019/116, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3508336, Erişim Tarihi: 11.05.2022.
- COLOMO, I.P. (2021), “The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis”, Journal of European Competition Law & Practice, S. 561-570, <https://academic.oup.com/jeclap/article-pdf/12/7/561/41164065/lpab065.pdf>, Erişim Tarihi: 11.06.2022.
- CRÉMER, J., Y. MONTJOYE ve H. SCHWEITZER (2019), “Competition Policy for the digital era”, Final Report, Brüksel, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>, Erişim Tarihi: 17.08.2021.
- CUTOLO, D. ve M. KENNEY (2019), “Platform-Dependent Entrepreneurs: Power Asymmetries, Risks, and Strategies in the Platform Economy”, Academy of Management Perspectives Vol. 35, No. 4.
- DEHDASHTI, S.A. (2018), “B2B unfair trade practices and EU competition law” içinde European Competition Journal, <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1520439>, Erişim Tarihi: 17.04.2022.
- DİZDAR, A. (2010), “Genel İşlem Şartları”, Bankacılar Dergisi, Sayı 72, İstanbul, s. 85-93.
- DREXL, J. (2020), “Connected Devices – An Unfair Competition Law Approach to Data Access Rights of Users” içinde German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection and Max Planck Institute for Innovation and Competition, https://www.researchgate.net/publication/350522751_Connected_devices_-_An_unfair_competition_law_approach_to_data_access_rights_of_users,

Erişim Tarihi: 13.05.2022.

DRYDEN, N., S. KHODJAMIRIAN, VE J. PADILLA (2020), “Simple Economics of Hybrid Marketplaces”, <https://ssrn.com/abstract=3650903>, Erişim Tarihi: 19.05.2022.

DUNNE, N. (2021), “Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better” 84(2) The Modern Law Review Vol. 87, No:2, s. 230-264.

EATON, B., S. ELALOUF-CALDERWOOD, C. SORENSEN ve Y. YOO (2015), “Distributed tuning of boundary resources: The case of Apple's iOS service system”, MIS Quarterly, 39(1), 217-243, <https://www.semanticscholar.org/paper/Distributed-Tuning-of-Boundary-Resources%3A-The-Case-Eaton-Elaluf-Calderwood/e42be56ffe6daced5f68489566b9300b169143f6c>, Erişim Tarihi: 02.06.2022.

EZRACHI, A. (2018), “The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766, Erişim Tarihi: 05.06.2022.

FALCE, V. (2015), “Abuse of Economic Dependence and Competition Law Remedies: A Sound Interpretation of The Italian Regulation”, European Competition Law Review Vol. 36, No:2.

FRANCK, J. ve P. MARTIN (2019), “Market Definition and Market Power in the Platform Economy”, <https://cerre.eu/publications/market-definition-and-market-power-platform-economy/>, Erişim Tarihi: 13.04.2022.

Furman Report (2019), “Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel”, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf, Erişim Tarihi: 20.11.2021.

GASSLER, M. (2019), “The Austro-German Proceedings Against Amazon And Its Online Marketplace”, Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 10, No:9.

GAWER, A. (2014), “Bridging Differing Perspectives On Technological Platforms: Toward An Integrative Framework”, Research Policy Vol. 43 No:7, s.1239-1249.

GRAEF, I. (2019), “Differentiated Treatment in Platform-to- Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3597678, Erişim Tarihi: 10.11.2021.

HAUCAP, J. ve U. HEIMESHOF (2014), “Google, Facebook, Amazon, Ebay: Is The Internet Driving Competition or Market Monopolization?”, International Economics and Economic Policy 11, s.49–61.

ICN (2008), “Report on Abuse of Superior Bargaining Position”, 7th Annual Conference, Kyoto, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf, Erişim Tarihi: 20.12.2021.

JACOBIDES, M. G., C. CENNAMO ve A. GAWER, (2018), “Towards a theory of ecosystems”, Strategic Management Journal, 39(8), 2255-2276. <https://doi.org/10.1002/smj.2904>, Erişim Tarihi: 28.05.2022.

JENNY, F. (2016), “Abuse of Dominance by Firms Charging Excessive or Unfair Prices: An Assessment”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382, Erişim Tarihi: 04.04.2022.

JOHANNSEN, G.O. ve A.GONZALEZ (2021), “Digital Platforms & Economic Dependence in Chile - Any Room for Competition Theories of Harm without

- Dominance?”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3870283, Erişim Tarihi: 15.02.2022.
- JONES, A., B. SUFRIN ve A. DUNNE “Jones’s & Sufrin’s EU Competition Law”, Text, Cases and Materials. 7th edition, Oxford University Press, 2019.
- KAPLOW, L. (2012), “On the Choice of Welfare Standards in Competition Law” içinde Daniel Zimmer (ed) The Goals of Competition Law, Cheltenham, UK, s. 3-27.
- KENDİGELEN, A. (2011), “Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler”, İstanbul.
- KENNEY, M. ve J. ZYSMAN (2016), “The Rise of the Platform Economy”, https://www.researchgate.net/publication/309483265_The_Rise_of_the_Platform_Economy, Erişim Tarihi: 14.04.2022.
- KHAN, L. (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox,” Yale Law Journal, 126: 710-815.
- KOCAMAN, A.B. (2003), “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I, Beta Basım, 1. Baskı, İstanbul, s. 1085- 1127.
- Komisyon (2016), “Legal framework covering business-to-business unfair trading practices in the retail supply chain”, <https://data.europa.eu/doi/10.2780/91447>, Erişim Tarihi: 05.03.2022.
- Komisyon (2017), “Business-To-Business Relations in The Online Platform Environment”, <https://data.europa.eu/doi/10.2873/713211>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.
- Komisyon (2018a), “Study On Data in Platform To Business Relations”, <https://data.europa.eu/doi/10.2873/602765>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.
- Komisyon (2018b), “Study on Contractual Relationships Between Online Platforms and Their Professional Users”, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/950526>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.
- Komisyon (2018c), “Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Promoting Fairness And Transparency For Business Users Of Online Intermediation Services”, Staff Working Document Impact Assessment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD%3A2018%3A138%3AFIN>, Erişim Tarihi: 18.05.2022.
- KÜÇÜKGÖDE, D.U. (2019) “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları” Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- LEE, S. ve J. SCHİBLER (2019), “Platform Dependence and Exploitation”, 14. ASCOLA Konferansı, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3403002, Erişim Tarihi: 01.12.2021.
- LIANOS, I. (2013), “Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law”, CLES (Centre for Law, Economics and Society) Working Paper Series No: 3/2013, <https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-3-2013new.pdf>, Erişim Tarihi: 06.06.2022.
- MARTENS, B. (2016), “An Economic Policy Perspective on Online Platforms”, JRC Technical Report, Digital Economy Working Paper 2016/05. https://www.researchgate.net/publication/314542021_An_Economic_Policy_Perspective_on_Online_Platforms, Erişim Tarihi: 02.06.2022.

- MONTI, G. (2007), “EC Competition Law” (Law in Context), Cambridge: Cambridge University Press.
- MOTTA, M. ve A. STREEL (2003), "Excessive Pricing and Price Squeeze under EU Law", içinde, C. D. Ehlermann ve I. Atanasu (der.), What is an abuse of a dominant position? Oxford, s. 91-125.
- MOUSSÍS V. ve A.YAMADA (2019), “Abuse of Economic Dependence”, Global Dictionary of Competition Law, Concurrences, Art. N° 86372.
- O'DONOGHUE R. ve A. J. PADILLA (2006), The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, Oregon.
- OECD (2021), “Ex ante regulation of digital markets”, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>, Erişim Tarihi: 17.05.2022.
- OECD (2022), “The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy”, www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf, Erişim Tarihi: 17.06.2022.
- OFT (2007), “The Competitive Effects of Buyer Power”, Econ Discussion Paper 22, <https://www.rbbecon.com/downloads/2012/12/oft863.pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.
- PARKER, G., M. VAN ALSTYNE ve S. P. CHOUDARY (2016), “Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You” W.W. Norton, New York, 2017, First Edition.
- PATTERSON, M. R. (2010), “Standardization of Standard - Form Contracts: Competition and Contract Implications”, William and Mary Law Review, Vol, 52, No: 2, s. 327-414.
- ROCHET, J.C. ve J. TIROLE (2003) “Platform competition in two-sided markets”, J. Eur. Econom. Assoc. 1(4):990–1029.
- RÖLLER, L.H. (2008), “Exploitative Abuses” içinde Claus-Dieter Ehlermann and Mel Marquis (eds), European competition law annual 2007: A reformed approach to article 82 EC Hart Publishing, s.525–532.
- SCALZINI, S. (2022), “Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies And Tools” içinde, Market And Competition Law Review, Vol. 5, No:1, s. 81-103.
- SİRAY, S. (2016), “Combining Marketing Theory and Path Dependence”, Fachbereich Wirtschaftswissenschaft, Berlin, https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/5155/Siray_Sibel.diss.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Erişim Tarihi: 21.06.2022.
- SİRMEN, A.L. (2011), “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109-134.
- Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report (2019), <https://www.chicagobooth.edu/research/stigler/news-and-media/committee-on-digital-platforms-final-report>, Erişim Tarihi: 18.3.2022.
- STUCKE, M.E. (2018), “Should We Be Concerned About Data-opolies? “ Georgetown Law Technology Review 275, University of Tennessee Legal Studies Research Paper, No:349, <https://ssrn.com/abstract=3144045>, Erişim Tarihi: 18.3.2022.
- STYLIANOU, K. (2016) , “Help Without Borders: How the Google Android Case Threatens to Derail the Limited Scope of the Obligation to Assist Competitors”, <http://ssrn.com/abstract=2766062>, Erişim Tarihi: 18.3.2022.

- Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of The Committee on The Judiciary (2020), “Investigation of Competition in Digital Markets” https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf, Erişim Tarihi: 17.03.2022.
- TIWANA, A., B. KONSYSKI ve A.A. BUSH (2010), “Research Commentary-Platform Evolution: Coevolution of Platform Architecture, Governance, And Environmental Dynamics”, *Information Systems Research*, Vol. 21, No:4 s.675–687.
- TOMBAL, T. (2019), “Economic Dependence and Data Access”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol:51(1), s.70-98.
- TOPÇUOĞLU, M. (2015), “Genel İşlem Şartları ile Rekabet İhlali ve Sonuçları”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 19, sayı. 4, s. 3-70.
- ÜNAL, Ç. (2010), “Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar” *Rekabet Dergisi* 2010, 11(4): s.111-164.
- YALMAN, S., Y. BOSTANCI ve M. KİZİR (2012), “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem ve Koşulları İle İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Y. 40*, No:23.
- YOO Y., O. HENFRIDSSON ve K. LYYTINEN (2010), “The New Organizing Logic of Digital Innovation: An Agenda for Information Systems Research” *Information Systems Research*, Vol. 21, No:4, s.724–735.
- ZUBOFF, S. (2019), “The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power”, New York: Profile Books.

İlgili Mevzuat

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz

AB Rekabet Mevzuatı ve Çalışmaları

Regulation (EU) 2019/1150 Of The European Parliament And Of The Council On Promoting Fairness And Transparency For Business Users Of Online Intermediation Services, (2019).

Proposal for a Regulation Of The European Parliament And Of The Council on contestable and fair markets in the digital sector, (2020).

Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market, (2019).

Diğer Ülke Mevzuatları

Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB).

Code de Commerce, Article L. 420-2.

Code de droit économique, Art. IV.2/1.

Japanese Anti-Monopoly Act.

İlgili Rekabet Kurulu Kararları ve Sektör İncelemeleri

08.01.2009 tarih ve 09-01/2-2 sayılı karar. (*İzmirgaz*)

28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı karar. (*Yemeksepeti*)

08.04.2021 tarih ve 21-20/250-106 sayılı karar. (*Çiçeksepeti*)

08.07.2021 tarih ve 21-34/475-237 sayılı karar. (*Sahibinden*)

30.09.2021 tarihli ve 21-46/669-334 sayılı karar. (*Trendyol*)

E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu (Nisan 2022), <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/e-pazaryeri-si-raporu-pdf>, Erişim Tarihi: 21.05.2022.

Türkiye HTM Perakendeciliği Sektör İncelemesi Ön Raporu (Şubat 2021), <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/htmperakendeciligisektorincelemesioraporu-20210705115428725-pdf>, Erişim Tarihi: 11.06.2022.

Komisyon Kararları

GEMA II, OJ (1982), L 94/12.

Tetra Pak II, OJ (1992), L 72/1.

DSD (Der Gruene Punkt-Duales System Deutschland AG), OJ (2001), L 166/1.

Avrupa Birliği Genel Mahkeme ve Avrupa Adalet Divanı Kararları

Case 127/73, Belgische Radio en Televisie v SV SABAM and NV Fonior [1974] ECR 313.

Case 247/86 Alsatel v SA Novasam [1988] ECR 5987.

Case T-139/98 Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato v Commission, [2001] ECR II-3413.

Case T-203/01 Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v EC Commission [2003] ECR II-4071, [141].

Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v EC Commission [1978] ECR 207, [267].

Case C-209/10 Post Danmark A/S v Konkurrencerådet [2012] ECLI.

Case C-52/09 TeliaSonera Sverige [2011] ECR I-527.

ABD Mahkeme Kararı

HiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation, 17-cv-03301-EMC [2020].

PeopleBrowsr Inc. et al. v. Twitter Inc., C-12-6120 EMC [2013].

Diğer Ülke Otorite Kararları

Bundeskartellamt, *Amazon*, B2-88/18, (2019).

Autorité de la concurrence, *Google Ads*, 19-D-26, (2019).

Autorité de la concurrence “*Google News*”, 20-MC-01, (2020).

Autorité de la concurrence, *Apple*, 20-D-04, (2020).

Autorité de la concurrence “*Google News*”, 21-D-17, (2021).

Diğer Kaynaklar

ADLC, Competition and E-commerce Report (2020),

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/concurrence-commerce-en-ligne-en.pdf>, Erişim Tarihi: 06.05.2022.

Bundeskartellamt’ın Amazon’a soruşturma açtığına dair basın duyurusu (2018), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html, Erişim Tarihi: 06.12.2021.

Bundeskartellamt, Amazon kısa karar (2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Erişim Tarihi: 06.12.2021.

JFTC 06.12.2021 tarihli Basın Duyurusu, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2021/December/211206.html>, Erişim Tarihi: 21.06.2022.

JFTC Basın Duyurusu, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/September/200910.html>, Erişim Tarihi: 21.06.2022.

“JFTC closes investigation for suspected abusive conduct relating to online free shipping program”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0978d899-dabb-478a-b81f-339766bc3f00>, Erişim Tarihi: 05.05.2022.

Komisyon Basın Duyurusu (17.06.2019), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291. Erişim Tarihi: 02.03.2022.

Margrethe Vestager, “Competition and the digital economy”, Speech at the OECD/G7 Conference, Paris (03.06.2019) https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en, Erişim Tarihi: 17.01.2022.

Margrethe Vestager, “Strength in diversity”, Speech at the Chillin’ Competition Conference, Brussels (20.11.2018), <https://chillingcompetition.com/2018/12/21/4th-chillincompetition-conference-the-videos-commissioner-vestager-strenght-in-diversity/>, Erişim Tarihi: 10.03.2022.

Porter J. (2019), “Nike ends direct sale of clothes and shoes on Amazon”, <https://www.theverge.com/2019/11/14/20964428/nike-amazon-wholesale-deal-clothes-shoes-third-party-sellers-gray-market-counterfeit>, Erişim Tarihi: 20.02.2022.



Üniversiteler Mahallesi
1597. Cadde No: 9
06800 Bilkent - Çankaya /ANKARA
[http:// www.rekabet.gov.tr](http://www.rekabet.gov.tr)