

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Düzenleme Taslağı: Genel Bakış, Karşılaştırma ve Değerlendirmeler

*Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı**

*Av. Dr. Cihan Doğan***

Giriş

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda ("**4054 sayılı Kanun**" veya "**Rekabet Kanunu**" veya "**Kanun**") değişiklik yapılmasına dair düzenleme taslağı ("**Taslak**"), 14 Ekim 2022 tarihinde görüşlerini almak amacıyla muhtelif paydaşlarla paylaşılmıştır. Bu çalışmanın amacı Taslak kapsamında yer verilen hükümlerin detaylı bir şekilde açıklanması ve bu hükümlerin mümkün olduğu ölçüde Dijital Piyasalar Yasası ("**DMA**") ve Alman Rekabet Kanunu ile mukayese edilmesidir. Bu çalışma beş farklı bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde, Taslak kapsamında yapılan düzenlemeleri gerekli kılan dijital piyasalara ilişkin gelişmelerle bu gelişmelerin e-ticaret üzerindeki etkileri irdelenmekte ve bu konuda genel gerekçede öne çıkan tespitlere yer verilmektedir. Bu kapsamda ayrıca genel gerekçede yer alan tespitler, özellikle Taslak kapsamına alınan düzenlemeler ışığında değerlendirilmektedir.

İkinci bölümde ise 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılması öngörülen değişikliklerden, Amaç, Kapsam ve Tanımlar başlıklarına ilişkin değişiklikler incelenmektedir. Bu bağlamda, öngörülen bu değişikliklerin olası yansımalarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiş ve bu değişiklikler, mümkün olduğu ölçüde, DMA ve Alman Rekabet Kanunu'ndaki düzenlemelerle mukayese edilmiştir.

Üçüncü bölümde, 4054 sayılı Kanun kapsamına alınması öngörülen öncül yasaklara yer verilmiştir. Bu kapsamda, her bir yasak ayrı bir başlık altında incelenmiş ve mümkün olduğu ölçüde DMA ve Alman Rekabet Kanunu ile mukayese edilmiştir.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (cem.sanli@bilgi.edu.tr).

** Avukat, CD LAW (cihan.dogan@cdlaw.com.tr).

İlgili yasakların muhtemel yansımaları ve bu yasaklara ilişkin değerlendirmelere her bir başlık altında ayrı ayrı yer verilmiştir.

Dördüncü bölümde ise 4054 sayılı Kanun kapsamında yapılması öngörülen usule ilişkin değişiklikler açıklanmıştır. Bu kapsamda, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin belirlenmesi ile bu teşebbüslerin belirlenmesine ilişkin sürece yer verilmiştir. Bu süreçte teşebbüslerin sahip oldukları itiraz imkânı da ayrıca incelenmiştir. Bu başlık altında ayrıca teşebbüslerin yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda işletilecek süreç de açıklanmıştır.

Beşinci bölümde ise Taslak'ın esasa ilişkin hükümlerine ilişkin genel değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu kapsamda, çifte cezalandırmanın mümkün olup olmadığına dair kapsamlı değerlendirmelerle, teşebbüslerin nesnel gereklilik ve etkinlik savunması kullanılabilirliği konusu irdelenmiştir.

I. Rekabet Kanunu'nda Değişiklik Taslağı Hazırlanmasına Giden Yol: Dijital Piyasalardaki Yoğunlaşma Eğilimi, Genel Gerekçedeki Öne Çıkan Tespitler ve Bu Tespitlerin Değerlendirilmesi

Taslak'ın genel gerekçesinde ifade edildiği üzere, internet teknolojilerinde son yıllarda yaşanan hızlı değişimin dijital pazarlar ve tüketici alışkanlıkları üzerindeki etkisi dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un da bu değişime uygun bir şekilde güncellenmesi gerekmiştir¹. Yine genel gerekçe kapsamında dijital piyasaların iktisadi yapısının ekonomik birimler arasındaki yarışın dinamiğine zarar verdiği ve önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin dijital piyasalardaki gücünün ve bu gücün kalıcı olmasının bazı durumlarda ticari kullanıcılara karşı adil olmayan uygulamalara meydan verdiği ifade edilmiştir². Bu işleyiş, gerekçeye göre, ilgili temel platform hizmetlerinin sunumu bakımından rekabeti ve yarışılabilirliği

¹ Taslak, genel gerekçe.

² Taslak, genel gerekçe. DMA'in genel gerekçesinde de benzer tespitler bulunmaktadır. Bu kapsamda, temel platform hizmeti sağlayan az sayıda büyük platformların geçit bekçisi olarak belirlenmelerini gerektirecek ekonomik güce sahip olduklarına (para. 3), bu platformların sağladıkları hizmetler marifetiyle birçok ticari kullanıcı ile nihai kullanıcıyı bir araya getirdiğine ve bu sayede sahip oldukları çok miktarda veriye erişim gibi avantajlar sayesinde güçlerini farklı alanlara aktarabildiklerine (para. 3), ne kadar inovatif ve verimli olduklarından bağımsız olarak piyasaya yeni girecek teşebbüslerin bu platformlarla rekabet edemediğine (para. 3), bu özelliklerin pazarlık gücünde önemli bir asimetri yarattığına (para. 4) vurgu yapılmaktadır.

olumsuz yönde etkilemekte ve bu da rekabetten beklenen faydaların azalmasına ve hatta yok olmasına sebebiyet vermektedir³.

Genel gerekçe kapsamındaki en önemli tespitlerden ilki, dijital piyasaların iktisadi özellikleri nedeniyle mevcut rekabet kurallarının uygulanmasının zorlaşması ve kimi durumlarda bu kuralların yetersiz kalabildiğine yönelik tespittir⁴. Genel gerekçede, bu zorlukların başında ilgili pazarın tanımlanması, teşebbüslerin pazar gücünün doğru şekilde tespit edilmesi, ihlal konusu davranışın doğru şekilde ortaya koyulabilmesi ve nihai olarak da ortaya koyulan ihlale ilişkin bir çözüm bulunmasının geldiği ifade edilmiştir⁵.

Genel gerekçe kapsamında ayrıca, dijital pazarlarda ortaya çıkan rekabet sorunlarının, alışlagelmiş zarar teorilerinin sınırlarını aştığı belirtilerek alışlagelmiş zarar teorilerinin sınırlarını aşan durumlara örnekler verilmiştir⁶. Bu bağlamda mesela, platformun kendi ürün ve hizmetlerini daha avantajlı sunması, veriye erişimin engellenmesi, birlikte işlerliğin engellenmesi, aşırı veri toplanması, satıcılara adil olmayan koşulların getirilmesi ve reklamların gösterim şekli ve yoğunluğu gibi örnek davranışlar sayılmıştır.

Genel gerekçe kapsamındaki ikinci önemli tespit ise, mevcut Rekabet Kanunu'nun ardıl ("*ex post*") uygulanmasının, etkili bir sonuç sağlamamasıdır. Daha açık bir ifadeyle, rekabet hukukunun ancak rekabet karşıtı bir zararın gerçekleşmesi üzerine tatbik edilmesi, dijital pazarlardaki sorunların çözümü açısından yetersiz

³ Taslak, Genel Gerekçe.

⁴ Taslak, Genel Gerekçe. DMA kapsamında da benzer tespitler bulunmaktadır. DMA'in genel gerekçesinde, piyasa işleyişinin temel platform hizmetlerine ilişkin adil ekonomik sonuçlar doğurmaya elverişli olmadığına (para. 5), ABİDA 101 ve 102'nin uygulanmasının hâkim durum tespiti veya rekabet karşıtı anlaşmanın mevcudiyetini gerekli kıldığına, her hâlükârda müdahalenin *ex-post* niteliği haiz olduğuna ve kapsamlı soruşturma gerektiğine (para. 5), ayrıca mevcut Avrupa Birliği hukukunun, rekabet hukuku bağlamında hâkim durumda olmayan geçit bekçilerinin eylemlerinden kaynaklanan sorunlara müdahale edemediğine veya etkin bir şekilde müdahale edemediğine (para. 5) vurgu yapılmıştır. Bu kapsamda yine genel gerekçe kapsamında, DMA'in amacının dijital piyasalar ve temel platform hizmetlerini kullanan ticari kullanıcılar ile nihai kullanıcılar için adil ve yarışılabilir bir piyasa yapısını sağlayacak kurallar koymak olduğu ifade edilmiştir (para. 7). DMA'in genel gerekçesinde ayrıca, DMA'in rekabet hukukunun uygulanmasını tamamlamayı amaçladığından hareketle, ABİDA 101 ve 102, üye ülkelerin rekabet kuralları ve üye ülkelerin tek taraflı davranışlara ilişkin diğer mevzuatına hâlel getirmeksizin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (para. 10).

⁵ Taslak, Genel Gerekçe.

⁶ Taslak, Genel Gerekçe.

görülmektedir. Ayrıca soruşturma sürelerinin uzunluğu nedeniyle müdahalede gecikme riski bulunmaktadır⁷. Bu kapsamda, rekabet hukukunun yetersiz kaldığı durumlar dikkate alınarak, mevcut rekabet kurallarını tamamlayan ve pazardaki sorunların önüne öncül bir şekilde geçmeyi amaçlayan ve bu pazarlardaki rekabeti öncül (“*ex ante*”) olarak koruyacak kuralların gerekliliğine vurgu yapılmış ve farklı ülkelerin de düzenleme çalışmalarını hızlandırmasının dijital pazarlar bakımından ortaya konulan rekabet sorunlarının küresel ölçekte geçerli olduğuna işaret ettiği ifade edilmiştir.

Tüm bu gerekçelerden yola çıkılarak, genel gerekçe kapsamında kullanılan ifadeyle, “4054 sayılı Kanun’un ruhuna uygun” olarak dijital piyasalardaki rekabeti öncül şekilde tesis edici ve koruyucu düzenlemelerin hayata geçirilmesi hedeflenmektedir. Bu düzenleme sayesinde, temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere getirilecek yükümlülüklerin öncül olarak belirlenmesi, bu yükümlülüklerle ilişkin izleme ve denetim yetkilerinin güçlendirilmesi ve yaptırım mekanizmasına ilişkin belirliliğin sağlanması hedeflenmektedir⁸.

Genel gerekçede, Taslak’ın hazırlanmasına ilişkin düşüncel süreç, yukarıda da kısaca özetlendiği gibi, çok açık ve nettir⁹. Bu düşünsel sürecin temelinde dijital piyasalarda kalıcı piyasa aksaklıkları ve bu aksaklıklar karşısında rekabet hukukunun yetersizliği fikri yatmaktadır. Bu kapsamda, dijital piyasalardaki önemli pazara gücüne sahip teşebbüslere yönelik müdahale alanının daha da genişletilmesi ve inceleme sürecinin de daha etkin hale getirilmesinin hedeflendiği rahatlıkla görülebilmektedir. Fakat, bu hedefe giden sürecin, hukuki açıdan, çok da pürüzsüz olmayacağını öngörmek güç değildir.

⁷ Taslak, Genel Gerekçe.

⁸ DMA kapsamında da amaca yönelik muhtelif açıklamalar bulunmaktadır. DMA’in genel gerekçesinde ABİHA 101 ve 102 ile bu hükümleri karşılayan üye ülke mevzuatının amacının piyasadaki rekabetin korunması olduğu, DMA’in amacının bu amacı tamamlayıcı fakat bu amaçtan farklı olarak geçit bekçisinin faaliyet yürüttüğü piyasaların adil ve yarışılabilir olmasını sağlamak olduğu açıkça ifade edilmiştir (para. 11). Bu kapsamda ayrıca, DMA’in farklı bir hukuki menfaati koruması sebebiyle başta ABİHA 101 ve 102 ile bu hükümlerin üye ülke mevzuatlarındaki karşılıkları olan mevzuatların uygulanmasına hanel getirmeyecek şekilde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (para. 11).

⁹ Bu süreçteki varsayımlara dair genel çekinceler için bkz. Cihan Doğan, “*Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dijital Platformlar*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 524 vd (bundan böyle “*Dijital Platformlar*”).

Her şeyden önce, genel gerekçede bahsi geçen alışlagelmiş zarar teorilerinin sınırlarını aşan zarar teorilerine örnek olarak verilen davranışlardan bazılarına yönelik Rekabet Kurumu (“Kurum”) tarafından soruşturma yürütülmüş ve ihlal hükmüne varılarak idari para cezaları verilmiştir. Bu durumda da haliyle, yürütülen ve hatta devam eden soruşturmaların hukukiliği tartışma konusu yapılabilecektir. Şöyle ki, genel gerekçede alışlagelmiş zarar teorilerinin sınırlarını aşan davranışlardan bahsedilmektedir. Bu da aslında içerisinde bu davranışlara mevcut rekabet hukuku araçlarıyla (etkin bir şekilde) müdahale edilemez varsayımını barındırmaktadır ki zaten Taslak (yine gerekçeye göre) tam da bu sebeple hazırlanmıştır. Dolayısıyla Taslak’a eklenen bu eylemlere ilişkin daha önce 4054 sayılı Kanun’un 6. Maddesinin uygulanmış olması, genel çerçevesi “alışlagelmiş zarar teorilerinin sınırlarını aşan” davranışlar şeklinde çizilen ihlal kategorisini, hukuki belirlilik açısından tartışmaya açık hale getirmektedir. Daha açık bir ifadeyle Taslak, dijital piyasalara dair yapılan soruşturma ve verilen ihlal kararları açısından Kanun’un 6. Maddesinin sınırlarının zorlandığını kabul etmiş gözükmektedir.

İkinci olarak, genel gerekçede rekabet hukuku müdahalesinin etkinsizliğinden bahsedilirken, Taslak kapsamında, 4054 sayılı Kanun’un 40 ila 59. Maddelerine ve dolayısıyla soruşturma süreçlerine atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla Kanun’daki soruşturma süreci muhtemelen bu piyasalardaki yoğunlaşma sorununa müdahale açısından uzun ve etkisiz görülmektedir. Oysa Taslak, 6/A maddesinde belirlenen yükümlülüklerle aykırı davranışlar açısından yine aynı soruşturma sürecinin uygulanacağını öngörmektedir. Bu ise, bizce, tutarsız gözükmektedir. Üstelik müdahalenin öncül yasaklarla yapılacağı göz önüne alındığında böylesi sürelerin uygulanması başka bir soruna işaret etmektedir. Bu açıdan 6/A hükümlerinin uygulanması bakımından farklı bir usul sürecinin düzenlenmesi isabetli olur.

Üçüncü olarak, genel gerekçede dijital piyasaların iktisadi yapısından kaynaklı sorunlara ilişkin çözümlerin yer aldığı Taslak için 4054 sayılı Kanun’un ruhuna uygun olarak hazırlandığı iddiası yer almaktadır¹⁰. Taslak’taki yükümlülükler ve müdahalenin öncül niteliği ile birlikte değerlendirildiğinde, bu önerme tutarlı gözükmemektedir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi Taslak kapsamında 6/A kapsamında öngörülen öncül yasaklara ilişkin nesnel gereklilik ve etkinlik savunmasına açıkça izin veren bir hükme yer verilmemiş olmasıdır¹¹. Taslak’ın 4054

¹⁰ Taslak, Genel Gerekçe.

¹¹ Bu konuyu aşağıda daha detaylı tartışacağımız için bu aşamada yalnızca atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

sayılı Kanun'daki soruşturma süreçlerine atıf yaparak aynı süreçlerin işletileceğini öngörmesi¹² ve 8/A maddesi altında açıkça "haklı gerekçe" savunmasına izin vermesi, nesnel gereklilik ve etkinlik savunmalarının 6/A maddesi kapsamındaki yasaklar için de uygulanacağı şeklindeki yoruma son derece müsaittir. Taslak'ın 4054 sayılı Kanun'un ruhuna uygun olduğu iddia ediliyorsa, öncül yasakların ihlal edildiğine ilişkin yapılacak olan incelemede nesnel gereklilik ve etkinlik argümanlarının dinlenebileceğine açıkça yer verilmesi gerekir. Bu önermemizi iki örnek hüküm ile somutlaştıralım. Mesela, 6/A maddesinde düzenlenen bağlama yasağının tatbikinde, etkinlik veya haklı gerekçe savunmalarının dikkate alınabilmesi gerekir¹³. Bu yasak, lafzen uygulanırsa ciddi uygulama sorunlarına neden olabilir. Benzer şekilde, binlerce ticari kullanıcısı olan bir pazaryeri platformunun bu ticari kullanıcılardan farklı komisyon ücreti talep etmesi, bu uygulamanın sağlayabileceği olası etkinlikler dikkate alınmaksızın 6/A(n) maddesi tahtında ayrımcılık yasağına aykırı görülemez. Bu türden bir bakış açısı, sektör dinamikleri ile rekabet gerçeklerini gözden kaçırmak anlamına gelir. Bu bağlamda, Taslak'ın 8/A hükmünde yer verilen haklı gerekçe savunması, 6/A kapsamındaki öncül yasaklar için de uygulanabileceği pekala kabul edilebilir. Nitekim Taslak kapsamında 4054 sayılı Kanun'daki soruşturma süreçlerine doğrudan atıf yapılarak bir eylemin 6/A ihlali olup olmadığının tespitinde geleneksel bir soruşturma sürecinin işletileceği hüküm altına alınması ve yine Taslak'ın genel gerekçesinde yapılan değişikliklerin 4054 sayılı Kanun'un ruhuna uygun olduğu iddiasında bulunması haklı gerekçe savunmasının 6/A bağlamında da dinlenebileceği tezini desteklemektedir. Öte yandan, böylesi önemli bir konuda hukuki belirlilik sağlanması en isabetli yol olur.

II. 4054 sayılı Kanun Kapsamında Yapılması Öngörülen Değişiklikler: Amaç, Kapsam ve Tanımlar

A. Madde 1: Amaç

Taslak'ın 1. maddesi aynen şu şekildedir: *"Bu Kanunun amacı; mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini ya da temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu pazar*

¹² Üç yazılı ve bir sözlü savunmadan oluşan süreçte teşebbüslerin savunmaları alınırken nesnel gereklilik ve etkinlik savunmalarının da dinlenebileceği düşünülebilir.

¹³ Bu konuya aşağıda daha detaylı bir şekilde yer verdiğimiz için bu aşamada yalnızca aşağıdaki açıklamalarımıza atıfla yetiniyoruz.

güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını ve temel platform hizmetlerinde adil ve yarışılabilir piyasa yapısının tesis edilmesini ve korunmasını sağlamaktır.”

Kanun'un amacının düzenlendiği ilk maddesine, piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmasının yanına temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu pazar güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek amacı eklenmiştir. İlâveten yine aynı maddeye temel platform hizmetlerinde adil ve yarışılabilir piyasa yapısının tesis edilmesini ve korunmasını sağlama amacı eklenmiştir.

İlgili madde gerekçesinde, dijital hizmetlerin kullanıcılarının zayıf rekabet gücü ile bilgi asimetrisine atıf yapılarak önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin geri dönülemez rekabet sorunlarına sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir¹⁴. Yine madde gerekçesinde, adil ve yarışılabilir piyasa yapısının tesisi ile korunmasının sağlanması ve bu amaca matuf olarak bu teşebbüslerin pazar güçlerini kötüye kullanmalarının önlenmesi ile tüketicilerin ve toplumun tümünün refahının korunması ve artması için gerekli hukuki düzenlemelerin yapılmasının 4054 sayılı Kanun'un amaçları arasına dahil edildiği ifade edilmiştir¹⁵.

Taslak kapsamında yer verilen adil ve yarışılabilir piyasa tesis edilmesi amacının kapsamı açık bırakılmıştır. Bu amacın 4054 sayılı Kanun'un ruhu ile örtüşüp örtüşmediği, rekabetçi piyasa tesis edilmesi amacından farklılaşıp farklılaşmadığı ve farklılaşıyorsa ne yönden farklılaştığı anlaşılamamaktadır. Öte yandan Taslak'ın adil ve yarışılabilir bir piyasa tesis edilmesi amacıyla bir piyasa yapısı hedeflediği ve aslında piyasaya yapısal bir müdahalede bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim Taslak kapsamında önemli pazar gücüne sahip olan platformların sözleşme hükümlerinin şeffaflığına kadar uzanan geniş bir müdahale imkanı bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak DMA'in genel gerekçesi bir referans noktası olabilir. DMA'in genel gerekçesinde, yarışılabilirlik, bir teşebbüsün etkin bir şekilde giriş ve büyüme engellerini aşarak geçit bekçisiyle ürün ve hizmetlerinin esasına dair rekabet etmesi şeklinde açıklanmıştır¹⁶. Bu bağlamda temel odak giriş engellerinin azaltılması üzerine geliştirilmiştir. DMA'in genel gerekçesinde, adil olmayan bir piyasa yapısı ise geçit bekçisinin orantısız bir şekilde avantaj sağlayarak ticari kullanıcının hak ve

¹⁴ Madde 1, Gerekçe.

¹⁵ Madde 1, Gerekçe.

¹⁶ DMA, Genel Gerekçe, para. 32.

yükümlülükleri arasında orantısızlık yaratması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷. Bu bağlamda, piyasa katılımcılarının inovasyon ve performansa dayalı diğer faaliyetleri neticesinde elde edilen değerden yeterli payı alması hedeflenmektedir. Yarışabilirliğin olmaması veya sınırlı olması, geçit bekçisinin adil olmayan uygulamalarda bulunmasını kolaylaştırır. Adil olmayan uygulamalar da yarışabilir bir piyasaya yapısının ortaya çıkmasını güçlendirebilir. Bu açıdan iki kavram birbiriyle iç içe geçmiştir¹⁸.

İlgili eklemelerle birlikte, 4054 sayılı Kanun'un amacı, temel platform hizmeti sunan önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin kötüye kullanma davranışlarını engelleme amacını da kapsamına alacak şekilde genişletilmiştir. Nitekim 4054 sayılı Kanun'un amacının açıklandığı birinci madde kapsamına, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini ifadesinden sonra "*ya da temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu pazar güçlerini*" ifadesi eklenmiştir. İlâveten rekabetin korunması amacının yanında temel platform hizmetlerinde adil ve yarışılabilir piyasa yapısının tesis edilmesini ve korunmasını sağlama amacı da 4054 sayılı Kanun kapsamına alınmaktadır.

Bir davranışa karşı hem hâkim durumun kötüye kullanılması hem de önemli pazar gücünün kötüye kullanılması şeklinde iki farklı yaptırım normu uygulanabilir mi? Taslak'ı hazırlayanlar bu tereddüdü görmüş olacak ki madde hükmüne "*...ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini **ya da** temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin bu pazar güçlerini kötüye kullanmalarını...*" ifadesini eklerken hâkim durumun yanına eklenen ilave yasağı *ya da* bağlacıyla bağlayarak çifte cezalandırma riskini bertaraf etmeyi hedeflemiştir.

İlk bakışta, Kurulun, mesela bir bağlama veya ayrımcılık iddiasına yönelik bir inceleme yapacağında, inceleme konusu eylem her iki hükmün de kapsamına giriyorsa 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir inceleme yapabileceği gibi 6/A maddesi kapsamında bir inceleme yapabileceği düşünülebilir. Nitekim hükmün lafzı buna müsaade etmektedir. Fakat, ilgili hüküm aşağıda açıklayacağımız usuli süreçler ile birlikte değerlendirildiğinde, Kurulun fiilen 6/A hükümlerini öncelikli olarak işleteceği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim, Taslak'ın yürürlük

¹⁷ DMA, Genel Gerekçe, para. 33.

¹⁸ DMA, Genel Gerekçe, para. 34.

kazanmasıyla birlikte teşebbüslerin, eşikleri aştıktan sonra doğrudan Kuruma başvuru yükümlülüğü bulunmaktadır. Kurul da, aşağıda usuli süreci anlattığımız yerde detaylandırdığımız üzere, ilgili teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olup olmadığına ve eğer önemli pazar gücüne sahipse 6/A kapsamında hangi yasak ve yükümlülüklerle tabi olacağına karar verecektir. Hal böyle olunca, Rekabet Kurulunun 6/A kapsamında yasak ve yükümlülük verdikten sonra bir davranışa yönelik olarak 6/A'yı değil de 6. maddeyi uygulamaması gerekir. Üstelik, ilgili teşebbüsün, ikincil mevzuatla düzenlenecek eşiği aştığı bir durumda, 6/A maddesi kapsamında inceleme yapılması Kurul için uygulaması daha işlevsel bir süreç olacaktır. Nitekim geleneksel rekabet hukuku uygulamasından farklı olarak nihai bir piyasa tanımı, hâkim durum tespiti gibi süreçlerin işletilmesine gerek kalmayacaktır.

Kurul, ikincil mevzuatta düzenlenecek eşiklerin altında kalarak önemli pazar gücüne sahip olmayan teşebbüsler için her zaman 4054 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerini uygulayabilir. Bu kapsamda, ilgili teşebbüs, önemli piyasa gücüne sahip olmasa bile hâkim durumda olabilir ve eylemi hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir¹⁹. Burada yapılabilecek diğer bir önemli çıkarım ise, Kurulun 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında yaptığı incelemelerde, 6/A maddesinde yer alan öncül yasakları bir referans noktası olarak kullanabilecek olmasıdır. Bu kapsamda sınırlı sayı prensibiyle düzenlenmemiş olan hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine yenilerini ekleyebilir. Nitekim 6/A kapsamında düzenlenen birçok hüküm geleneksel kötüye kullanma halleri kapsamında değerlendirilebilir niteliktedir. Bu açıdan 6/A maddesinde yer alan yasaklar, muhtelif belirsizlikler içermekle rağmen, teşebbüsler için hukuki belirlilik sağlayabilir.

Kurulun ilgili teşebbüsün 6/A maddesi bakımından tabi olacağı yükümlülükleri her bir platform hizmeti için tespit ederken, bu tespit kararı kapsamında kendine yer bulan yükümlülük ve yasaklar bakımından ilgili teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bağlamında da inceleme yapılabilir mi? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Kurul, mesela önemli pazar gücüne sahip teşebbüs bakımından, 6/A hükmü ışığında bağlama ve veri taşımaya ilişkin yükümlülükler öngörmesi durumunda, ilgili teşebbüs bu yükümlülük ve yasaklara aykırı davranması

¹⁹ Önemli pazar gücü, tanımı ve nicel kriterleri dikkate aldığımız zaman, hâkim durum kavramı (aynı değilse bile) büyük ölçüde özdeştir. Bu çerçevede, bir platformun, önemli pazar gücüne sahip olmayıp hakim durumda kabul edilmesi yüksek bir ihtimal değildir.

durumunda, Kurul'un 6/A'nın ihlal edilmesi sebebiyle bir süreç yürütmesi gerekir. İlâveten 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiğine dair bir süreç yürütülmesi, aynı eylemden ötürü iki farklı hükmün ihlalinden ötürü yaptırım uygulanmasının mümkün olmaması sebebiyle, söz konusu olamaz.

Peki, Kurul'un ilgili teşebbüsün 6/A maddesi bakımından tabi olacağı yükümlülükleri her bir platform hizmeti için tespit ederken, bu tespit kararı kapsamında kendine yer bulamayan yükümlülük ve yasaklar bakımından ilgili teşebbüs hakkında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bağlamında inceleme yapılabilir mi? Mesela, teşebbüs bu görüşmeler sırasında (i) bendinde düzenlenen veri taşıma konusunun kendisine uygulanabilir olmadığı savunmasını yapmış ve Kurul da ilgili teşebbüsün tabi olduğu yasak ve yükümlülükler içerisinde (i) bendi kapsamındaki yükümlülüğe tabi olmadığına karar vermiş olsun. Bu karara rağmen ilgili teşebbüsün veri taşımayı engellemek suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığına dair bir inceleme yapılabilir mi? Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Prensipte olarak, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ancak 6/A kapsamında düzenlenmemiş yükümlülükler için uygulama alanı bulabilir.

Peki, ilgili teşebbüs tebliğ kapsamında önemli pazar gücüne sahip değilken, tebliğ dışında önemli pazar gücüne sahip olma potansiyeline sahipse, bu durumda Kurul nasıl hareket eder? Kurul, tebliğ ile belirlenen nicel eşikler aşılmassa dahi temel platform hizmetlerinin yapısı bağlamında ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik ve konglomera yapı, ölçek ve kapsam ekonomileri, kilitlenme ve evrilme etkisi, geçiş maliyetleri, çoklu erişim, kullanıcı eğilimleri, teşebbüs tarafından gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri unsurlarından bazılarını ya da tamamını özellikle dikkate almak suretiyle nitel ölçütler çerçevesinde de tespit bulunabilir. Bu durumda bu belirleme açısından ispat yükü Kurul üzerindedir. Kurul, bu süreci işletebileceği gibi, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini de işletebilir. Bu noktada bir tercihte bulunabilir. İnceleme konusu davranış 6/A kapsamında düzenlenen yasak ve yükümlülüklerle doğrudan müdahale edilen bir davranışsa, Kurul, bu durumda 6/A'yı işletmeyi tercih edebilir. Teorik olarak doğrudan 6. maddenin işletilmesi de mümkün olmakla beraber, bunun çok pratik olmayacağı, yukarıda yer verilen mülahazalar çerçevesinde, açıktır. Öte yandan, 6/A kapsamındaki yasak ve yükümlülükler alanına girmiyorsa, zaten doğrudan Kanun'un 6. maddesinin işletilmesi gerekir.

B. Madde 2: Kapsam

4054 sayılı Kanun'un kapsamını düzenleyen ikinci maddesine, Türkiye Cumhuriyeti'nde yerleşik olan veya ikamet eden son kullanıcılara veya yerleşik olan ticari kullanıcılara temel platform hizmeti sunan önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler bakımından yasaklanan davranışlar ile bu teşebbüslere getirilen yükümlülüklerin de 4054 sayılı Kanun'un kapsamına gireceğine ilişkin hüküm eklenmiştir.

İlgili maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hükümle büyük çoğunluğu küresel ölçekte faaliyet yürüten, merkezi Türkiye'de bulunmayan ve Türkiye'de bulunan son kullanıcılara hizmet sağlayan dijital platformların eylemlerinin de 4054 sayılı Kanun kapsamında olacağı vurgulanmıştır. 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesi bağlamında düzenlenen etki teorisi sayesinde de bu sonuca ulaşılması mümkün olmakla birlikte Taslak kapsamına eklenen hüküm ile bu konu hakkındaki hukuki belirlilik artırılmıştır.

Usul hükümlerinin incelendiği bölümde detaylı bir şekilde incelediğimiz üzere²⁰, 4054 sayılı Kanun'un 15. maddesi marifetiyle Türkiye'de en az bir temel platform hizmeti sunan teşebbüslere, Türkiye'de yerleşik olup olmadığından bağımsız olarak, bu maddede düzenlenen yetkilerin kullanımına imkân sağlayacak teknik ve idari gereklilikleri yerine getirme yükümlülüğü getirilmektedir. Türkiye'de mukim olmayan teşebbüsler, yerinde inceleme yapmaya imkân verecek idari ve teknik alt yapıyı kurmak durumundadır. Bunun kurulmaması halinde, bu davranış yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmekte ve teşebbüs cirosunun %0,5 oranında idari para cezasının tatbikine yol açmaktadır. Bu yükümlülük ve bu yükümlülüğe bağlı olarak getirilen cezai yaptırım da zaten bu maddedeki kapsam hükmünü tamamlayıcı bir nitelik arz etmektedir.

C. Madde 3: Tanımlar

Taslak kapsamında ayrıca 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesine muhtelif tanımların eklenmesi öngörülmektedir. Bu tanımların ekseriyeti temel platform hizmeti olarak değerlendirilebilecek hizmetlerin tanımına ilişkin olmakla beraber, ilaveten, ticari kullanıcı, son kullanıcı, yan hizmetler, kamuya açık olmayan veri ve önemli pazar

²⁰ Bkz. aşağıda. Bölüm IV.

gücüne sahip teşebbüs gibi kavramların da tanımına yer verilmiştir. Bu tanımlara yer verilmesi hukuki belirlilik açısından son derece olumludur.

Taslak kapsamına alınan tanımlara aşağıdaki tabloda yer verilmektedir. Söz konusu tanımlar, tanım olması nedeniyle, son derece net olduğu için ilave açıklamaya ihtiyaç duymamaktadır. İlgili tanımlara ilişkin bazı değerlendirmelere karşısındaki tabloda yer verilmektedir.

Tanım	Değerlendirme
<i>Kamuya Açık Olmayan Veri: Temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından ilgili platforma sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriyi,</i> ²¹	İlgili tanımın özellikle son kısmında yer alan “...veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriyi...” ifadesinin, tanımın kapsamını ve amacını aşacak şekilde geniş yorumlamaya sebebiyet vermesi mümkündür. Temel fonksiyonu veri işleme olan bir teşebbüsün, ticari faaliyeti kapsamında elde ettiği verinin bu kapsama alınması de amacı aşar nitelikte olabilir. Benzer durum toplulaştırılmış veri bakımından da geçerlidir.
<i>Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüs: Bir veya birden fazla temel platform hizmeti bakımından belirli bir ölçüğe ve son kullanıcılara erişimde veya ticari kullanıcıların faaliyetleri üzerinde önemli etkiye sahip şekilde faaliyet yürüten ve bu etkiyi yerleşik ve kalıcı bir şekilde sürdürebilme gücüne sahip olan veya yerleşik ve kalıcı bir şekilde</i>	Bu tanımdaki en dikkat çekici husus “yerleşik ve kalıcı bir şekilde sürdürebilme gücüne erişebileceği öngörülebilir teşebbüsler” ifadesidir. DMA’de de yer alan söz konusu ifade son derece muğlak ve hukuki belirlilik açısından da problemlidir. İkincil mevzuat ile bu hususun somut bir şekilde açıklanması zaruridir.

²¹ DMA’de yapılan tanım şu şekildedir: *For the purposes of the first subparagraph, the data that is not publicly available shall include any aggregated and non- aggregated data generated by business users that can be inferred from, or collected through, the commercial activities of business users or their customers, including click, search, view and voice data, on the relevant core platform services or on services provided together with, or in support of, the relevant core platform services of the gatekeeper.*

<p><i>sürdürebilme gücüne erişebileceği öngörülebilir teşebbüsleri,</i></p>	<p>Öte yandan, birden fazla temel platform hizmeti sunup bunlardan yalnızca biri bakımından önemli pazar gücüne olan teşebbüsün, tüm temel platform hizmetleri bakımından öncül yasaklara tabi olmayacağı hususu da tanım kapsamına açıkça alınmalıdır.</p>
<p>Son Kullanıcı: <i>Temel platform hizmetlerini kullanan ve ticari kullanıcı niteliği taşımayan gerçek ya da tüzel kişiyi,</i></p>	<p>DMA'deki tanıma paralel olarak kaleme alınan bu tanım açıklayıcı ve nettir.</p>
<p>Temel Platform Hizmeti: <i>Çevrim içi aracılık hizmetleri, çevrim içi arama motorları, çevrim içi sosyal ağ hizmetleri, video/ses paylaşımı ve yayını hizmetleri, numaradan bağımsız kişiler arası iletişim hizmetleri, işletim sistemleri, internet tarayıcıları, sanal asistanlar, bulut bilişim hizmetleri ile bu hizmetlerin herhangi birinin sağlayıcısı tarafından sunulan çevrim içi reklamcılık hizmetlerini,</i></p>	<p>İlgili tanım açıklayıcı olmakla beraber, buradaki iş modellerinin örnek kabilinden sayıldığı veya Kurumun ilave iş modellerini de kapsama alabileceğine dair bir hüküm eklenmesi, hızla değişen dijital piyasalar bakımından daha uygun bir düzenleme şekli olabilir.</p>
<p>Çevrim İçi Aracılık Hizmetleri: <i>İşlemlerin nihai olarak nerede sonuçlandığına bakılmaksızın, ticari kullanıcılar ile akdettiği sözleşmeler uyarınca, ticari kullanıcılar ve son kullanıcılar arasındaki doğrudan işlemlerin başlatılmasını kolaylaştırmak amacıyla ticari kullanıcıların son kullanıcılara mal veya hizmet sunmasına imkân sağlayan aracılık hizmetlerini,</i></p>	<p>İlgili hükümdeki işlemlerin nihai olarak nerede sonuçlandığına bakılmaksızın çekincesinin iki temel sebebi olabilir. Bunlardan <i>ilki</i>, bazen işlemlere ilişkin ödemenin platform dışında yapılmasıdır. Mesela uygulama dağıtım platformları bakımından, uygulama geliştiricisinin kendi internet sitesinden ödeme alması mümkün olabilmektedir. <i>İkinci olarak</i> ise ilan platformlarının kapsama alınmak istendiği anlaşılmaktadır. Nitekim DMA'in atf yaptığı 2019/1159 sayılı Direktif'te bu açıkça ifade edilmektedir. Fakat hukuki belirlilik açısından ilan platformlarının da bu kapsamda olduğunun eklenmesi</p>

	<p>yerinde olur. İlaveten, DMA'in atıf yaptığı 2019/1150 sayılı Direktif kapsamında atıf yapılan 2015/1535 sayılı Direktif'te yer alan hizmetlerin de kapsama alınıp alınmadığı netleştirilebilir.</p>
<p>Çevrim İçi Arama Motoru Hizmetleri: Herhangi bir konuda anahtar kelime, sesli komut, kelime öbeği veya diğer girdi türlerinde yapılan bir sorguya dayalı olarak, kural olarak, tüm internet sitelerinde veya belirli bir dildeki tüm internet sitelerinde arama yapmak için kullanıcıların sorgu yapmalarına imkan sağlayan ve yapılan sorgu ilgili bilgileri içeren çeşitli formattaki sonuçları sunan hizmetleri,</p>	<p>DMA'de de atıf yapılan 2019/1150 sayılı Direktif'te yer alan tanıma paralel bir şekilde hazırlanmış açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örneği Google, Yandex ve Bing gibi arama motorlarıdır.</p>
<p>Çevrim İçi Sosyal Ağ Hizmetleri: Son kullanıcıların çeşitli cihazlar üzerinden ve özellikle sohbet, gönderiler, bağlantılar, videolar ve öneriler yoluyla birbirleriyle bağlantı kurmasına ve iletişime geçmesine, içerik paylaşmasına, diğer kullanıcıları ve içerikleri keşfetmesine imkân sağlayan hizmetleri,</p>	<p>Çevrimiçi sosyal ağ hizmeti, DMA kapsamında, son kullanıcıların birden fazla cihaz üzerinden ve özellikle sohbetler, gönderiler, videolar ve öneriler sayesinde bağlanma, paylaşma, keşfetme ve birbirleriyle iletişim kurmalarına imkân sağlayan platform olarak tanımlanmıştır. Taslak'ta yer alan tanım DMA'e paralel bir şekilde kaleme alınmış açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örneği Facebook, Instagram, Snapchat ve TikTok gibi sosyal medya mecralarıdır.</p>
<p>Video Paylaşım Platformu Hizmetleri: Hizmetin veya ayrıştırılabilir bir bölümünün ya da esas işlevlerinden birinin temel amacının programlar, kullanıcılar tarafından oluşturulan videolar veya her ikisinin de halka sunulmasına adandığı; asıl amacı bilgilendirmek, eğlendirmek veya</p>	<p>Açıklayıcı ve net bir tanımdır. Bu kapsamda genel video içeriklerinin paylaşıldığı YouTube'un yanında film, dizi ve belgesel içeriğinin bulunduğu Netflix, Disney+ gibi platformlar da bu kapsamda değerlendirilebilir.</p>

<p><i>eğitmek için programların sağlanması olan ve hizmet sağlayıcının herhangi bir editörlük sorumluluğunun bulunmadığı ve hizmetin sunumuna ilişkin yapılanmanın, görüntüleme, etiketleme ve sıralama gibi fonksiyonlara yönelik algoritmalar ve diğer araçlar dahil, hizmet sağlayıcı tarafından belirlendiği görsel-ışitsel hizmetleri,</i></p>	
<p>Numaradan Bağımsız Kişiler Arası İletişim Hizmetleri: <i>Ulusal veya uluslararası numaralandırma planlarındaki numaralar gibi kamuya açık olarak atanmış numaralandırma kaynaklarıyla bağlantı kurmayan veya bu numaralar vasıtasıyla iletişim kurulmasına imkân vermeyen kişiler arası iletişim hizmetleri,</i></p>	<p>DMA'in de atıf yaptığı 2018/1972 sayılı Direktifte yer alan tanımla uyumlu, açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örneği şüphesiz ki Facebook Messenger, Skype ve WhatsApp gibi iletişim hizmeti sağlayıcılarıdır.</p>
<p>İşletim Sistemleri: <i>Donanım ya da yazılımın temel işlevlerini kontrol eden ve üzerinde yazılım uygulamalarının çalışmasına imkân sağlayan sistem yazılımlarını,</i></p>	<p>DMA'de yazılım veya donanımın temel işlevlerini kontrol eden ve yazılım uygulamalarının çalışmasını sağlayan yazılım sistemi şeklinde tanımlanan işletim sistemlerine ilişkin Taslak kapsamında yer verilen tanım da DMA'e paralel bir şekilde kaleme alınmış açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örneği Microsoft gibi bilgisayar işletim sistemleri ve Android ve iOS gibi akıllı cihaz işletim sistemleridir.</p>
<p>İnternet Tarayıcıları: <i>Bağımsız nitelikte olan ya da başka bir yazılıma entegre veya gömülü olanlar da dahil olmak üzere, kullanıcıların internet gibi ağlara bağlı sunucularda barındırılan ağ içeriğine erişmesini ya da bu içerikle etkileşimde bulunmasını sağlayan yazılım uygulamalarını,</i></p>	<p>DMA'e paralel bir şekilde kaleme alınmış açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örnekleri Chrome ve Internet Explorer gibi tarayıcılardır.</p>

<p>Sanal Asistanlar: Sesli, görsel ya da yazılı komutlara ya da jest veya hareketlere dayalı olanlar da dahil olmak üzere talepleri, görevleri veya soruları işleyebilen ve bu taleplere, görevlere veya sorulara dayalı olarak diğer hizmetlere erişim sağlayan ya da bağlı veya fiziksel cihazları kontrol edebilen yazılımları,</p>	<p>DMA'e paralel bir şekilde kaleme alınmış açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örnekleri Siri ve Alexa gibi ürünlerdir.</p>
<p>Bulut Bilişim Hizmetleri: Ölçeklenebilir ve esnek paylaşılabilir bir bilgi işlem kaynak havuzuna erişim sağlayan çevrim içi hizmetleri,</p>	<p>DMA kapsamında atıf yapılan 2016/1148 sayılı Direktif'te yer alan tanıma paralel bir şekilde kaleme alınan açıklayıcı ve net bir tanımdır. En klasik örnekleri Google Cloud Platform ve Amazon Web Services'dir.</p>
<p>Çevrim İçi Reklamcılık Hizmetleri: Çevrim içi reklamcılık ağları, çevrim içi reklamcılık borsaları ve diğer çevrim içi reklamcılık aracılık hizmetleri dahil olmak üzere, diğer temel platform hizmetlerinden herhangi birini sunan teşebbüslerce sunulan hizmetleri,</p>	<p>İlgili tanımın sonunda yer alan “diğer temel platform hizmetlerinden herhangi birini sunan teşebbüslerce sunulan hizmetleri” ifadesi tanımın kapsamını muğlak bir şekilde genişletmiştir. Bu ifadeyle hangi hizmetlerin kastedildiği açıkça yazılmalıdır. Mesela ilan platformlarının da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği netliğe kavuşturulmalıdır. En klasik örnekleri Google Ads ve Facebook Ads'dir.</p>
<p>Ticari Kullanıcı: Mal ya da hizmet sunmak amacıyla temel platform hizmetlerini kullanan gerçek ya da tüzel kişiyi,</p>	<p>DMA kapsamında ticari kullanıcı, ana platform hizmetini ticari veya mesleki sıfatla son kullanıcılara ürün veya hizmet sağlama amacı veya esnasında kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi şeklinde tanımlanmıştır. Taslak'ta yer alan tanım da DMA'e paralel bir şekilde kaleme alınmakla beraber iki temel konuda ayrılmaktadır. İlk olarak, DMA'den farklı olarak mal ya da hizmetin son kullanıcıya sunulması</p>

	<p>hususunda tanımında kendine yer bulamamıştır. <i>İkinci olarak</i>, Taslak'ta mal veya hizmet sunmak amacıyla platformu kullanan kişi şeklinde tanımlanırken, DMA'de mal veya hizmet sunma amacıyla veya sunarken platformu kullanan kişiler şeklinde tanımlanmıştır. Bu bağlamda, DMA'de yer verilen tanımın kapsamında platformu, hizmet sunarken kullanan ticari kullanıcılar da girmektedir. Benzer yaklaşımın Taslak kapsamında da benimsenmesi isabetli olur. Bu bağlamda, ilgili tanımın kapsamına ilan platformlarına ilan veren ticari kullanıcılar da dahil edilmiş olur.</p> <p>Taslak'ta yer alan tanımın bu haliyle en klasik örnekleri <i>Amazon</i>'da ürün satan perakendeci ile <i>Yemeksepeti</i>'nden sipariş alan restorandır.</p>
<p><i>Yan Hizmetler:</i> <i>Temel platform hizmetleri bağlamında ya da bu hizmetlerle beraber sunulan ödeme hizmetleri, ödeme hizmetlerinin sunulmasını destekleyen teknik hizmetler, uygulama içi ödeme sistemleri, teslimat hizmetleri, yerine getirme hizmetleri, kimlik doğrulama hizmetleri ya da reklamcılık hizmetleri başta olmak üzere tebliğ ile belirlenen hizmetleri,</i></p>	<p>Açıklayıcı ve net bir tanımdır. Bu tanım kapsamında örnek kabilinden yan hizmetlere yer verilmiş olması ve bunların ikincil mevzuat ile kapsamının genişletilebilecek olması dijital piyasaların gerçekliğiyle uyusmaktadır.</p>

III. 4054 sayılı Kanun Kapsamında Alınması Öngörülen Öncül Yasaklar

A. Genel Olarak

Taslak kapsamında yapılan değişiklerin ikinci bölümünü öncül yasaklayıcı normlar oluşturmaktadır. Taslak 6/A hükmüne göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin, aşağıda yer verilen 14 ayrı eylemde bulunmaları yasaktır. 4054 sayılı Kanun kapsamına alınması öngörülen eylemleri genel olarak, bilgi asimetrisi, birlikte işlerlik, bağlama, münhasırlık, veri temelli ve ayrımcılık temelli yükümlülükler ve yasaklar şeklinde 6 ayrı alt başlık altında kategorize etmek mümkündür.

İlk olarak, Taslak kapsamında yer alan (l) ve (m) bentleri bilgi asimetrisine müdahale eden yükümlülük ve yasaklar şeklinde tasnif edilebilir. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (l) bendi, Google'dan reklam hizmeti alan bir ticari kullanıcının, aldığı hizmetin kapsamı, kalitesi performansı ve ücretlendirme esasına ilişkin talep etmesi durumunda bilgi alabilmesini düzenlemektedir. Maddenin (m) bendi, Facebook'un reklam verenlere, fiyatlandırma koşulları, açık artırma sürecine ilişkin bilgi verme yükümlülüğü altında olmasını düzenlemektedir. Yine (m) bendine göre, Google, reklam verenlerin reklam doğrulama ve performans ölçümü için ihtiyaç duyduğu verileri sağlama yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla bu yükümlülükler, hizmetleri konusunda üstün bilgiye sahip olan platformun, bu bilgiyi mevcut veya potansiyel bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde (ve bununla ilişki olacak şekilde) satıcılara ve reklamcılık hizmeti veren paydaşlara aktarmasını konu edinmektedir. Bu şekilde, bu kişilerin platform ile ilgili almayı düşündükleri veya aldıkları hizmetler açısından daha doğru kararlar vermesi sağlanabilecektir²². Öte yandan dikkat edilirse burada tüketicilere yönelik bir bilgi verme yükümlülüğü yer almamaktadır. Bu alanın zaten tüketici hukuku kapsamında düzenlendiği dikkate alınırca, bu yerinde bir yasama tercihidir.

İkinci olarak, Taslak kapsamında yer alan (j) ve (k) bentleri birlikte işlerlik konusuna müdahale eden yükümlülük ve yasaklar şeklinde tasnif edilebilir. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (j) bendi, mesela, çevrimiçi

²² Satıcıların sözleşme ilişkisi çerçevesinde konumunu güçlendirmeye yönelik bazı yükümlülükler ve bu arada sözleşme ilişkisini daha şeffaf kılmaya yönelik hükümler 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da değişiklik yapan 7416 sayılı Kanun'da da öngörülmüştür. Bu Kanun'un 7. Maddesi ile düzenlenen haksız ticari uygulamaların benzer bir mantığın ürünü olduğu söylenebilir.

cüzdandan hizmeti sağlayan üçüncü tarafların *Trendyol*, *Hepsiburada* ve *Amazon* gibi pazaryeri platformlarıyla entegre bir şekilde çalışmasını sağlama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Benzer şekilde, (k) bendi, mesela *Apple*'ın *IOS* işletim sisteminin sesli komut unsuru olan *Siri*'yle entegre çalışabilmesi için diğer uygulama geliştiricilerine entegrasyon izni verme zorunluluğunu düzenlemektedir. Yine mesela *Apple*'ın *NFC* teknolojisinin diğer temassız ödeme hizmet sağlayıcıları tarafından kullanılabilmesi de yine bu kapsama girebilir. Buradaki temel mantık ise, genellikle birbirine entegre olan (eklemlenen) yan hizmetleri içeren platform hizmetleri bağlamında, bu yan hizmetlerin üçüncü taraflarca teknolojik bir engelle karşılaşmaksızın sunulabilmesi ve bu hizmetler açısından rekabetin sağlanması amaçlanmaktadır.

Üçüncü olarak, Taslak kapsamında yer alan (c), (d) ve (e) bentleri bağlama temelli yasaklar olarak tasnif edilebilir. Bu yasakların temelinde, önemli pazar gücü bulunan platformların piyasa gücünü diğer piyasalara aktarmasının engellenmesi ve özellikle yan hizmetler bakımından ilgili piyasaların daha rekabetçi kılınması amacı bulunmaktadır. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (c) bendi, *Hepsiburada*'nın alışveriş yapan tüketicilerin, ödemeyi *Hepsipay* üzerinden yapmasını zorunlu koymasını yasakladığı gibi kargo hizmetini de *Hepsi Express*'ten almasını zorunlu koymasını yasaklamaktadır. Benzer şekilde, ilgili hüküm *Google Play Store*'da faaliyet yürüten bir uygulama geliştiricisinin ödemeleri *Google Pay*'den almasının zorunlu koşulmasını yasaklamaktadır. (d) bendi, *Facebook*'un, *Facebook* kullanıcılarının, *Facebook* kullanabilmek için aynı zamanda *Instagram* üyesi olması zorunluluğu getirmesini yasaklamaktadır. (e) bendi, *Android* işletim sisteminde önyüklü bulunan *Google* uygulamaları işletim sisteminde kolayca silinmesini veya alternatif bir uygulamaya geçişi engelleyen davranışları yasaklamaktadır.

Dördüncü olarak, Taslak kapsamında yer alan (f) bendi, münhasırlık temelli bir yasak ve yükümlülük hükmü şeklinde kategorize edilebilir. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (f) bendi, mesela *Amazon*, *Trendyol*, *N11* veya *Hepsiburada* gibi pazaryeri platformlarının ticari kullanıcıya yalnızca kendi platformları üzerinden satış yapması koşulunu getirmesini yasaklamaktadır. Benzer şekilde, ilgili hüküm, *Apple App Store*'un, bir uygulama geliştiricisinin aynı uygulamayı *Play Store*'da daha uygun fiyata satmasını engellemesini yasaklamaktadır. Hüküm satıcıların farklı kanallardan tüketicilere ulaşabilmesini ve bunu yaparken de ticari şartlar çerçevesinde kendileri açısından optimal koşullarda fiyat (ve diğer koşulları) içeren önerileri yapmalarını teminat altına almayı amaçlamaktadır.

Beşinci olarak, Taslak kapsamında yer alan (b), (g), (h) ve (i) bentleri veri temelli yükümlülük ve yasaklar şeklinde tasnif edilebilir. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (b) bendi, *Trendyol*'un perakendecilerin verilerini kullanarak kârlı ürünü tespit etmeye yönelik verileri kendi perakende iş kolunda kullanmasını yasaklamaktadır. (g) bendi, *Facebook*'un *Facebook* kullanıcılarından elde ettiği kişisel verileri, *WhatsApp*'dan elde ettiği kişisel verilerle birleştirmesini yasaklamaktadır. (h) bendi, *Trendyol*'un, platformda faaliyet yürüten perakendecinin, *Trendyol*'daki ticari faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan verilere, perakendecinin kendisin veya yetkilendirdiği üçüncü kişilerin erişmesine imkân verme zorunluluğunu düzenlemektedir. (i) bendi, *Trendyol*'da faaliyet yürüten perakendecinin, *Trendyol*'daki ticari faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan veriler, perakendecinin dilediği platforma taşınmasına imkân sağlama yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Altıncı olarak, Taslak kapsamında yer alan (a) ve (n) bentleri ayrımcılık temelli yasaklar olarak tasnif edilebilir. İlgili bentleri farazi örnekler üzerinden somutlaştıracak olursak; (a) bendi, *Trendyol*'da arama yapan bir tüketicinin, “tişört” yazdığında *Trendyol*'un kendi markaları arama sonuçlarında öncelikli olarak yer almasını yasaklamaktadır. Benzer şekilde, *Apple App Store* kullanan bir tüketicinin, platformda müzik yayını yapan bir uygulama aradığında *Apple Music*'in öncelikli olarak sıralanmasını yasaklamaktadır. (n) bendi, *Trendyol*'un platformda faaliyet gösteren eşit konumdaki perakendecilerden birinden %10 komisyon talep ederken, diğerinden %40 komisyon talep etmesini yasaklamaktadır. Bu iki bent arasındaki önemli bir fark, (n) bendi yükümlülüğünden bahsetmek için, en azından madde lafzına göre, platformun alt piyasada faaliyet göstermesine gerek yoktur. Oysa (a) bendi açısından platformun aynı zamanda alt piyasada hizmet sağlaması gerekir ve nitekim bu nedenle de aynı zamanda hemen yukarıda ele aldığımız (b) bendi ile de benzer özellikler taşımaktadır.

Taslak kapsamındaki yasaklar, aşağıda, öncelikli olarak açıklanacak, değerlendirilecek ve akabinde, mümkün olduğu ölçüde, Taslak'ın mehası olan DMA ve Alman Rekabet Kanunu'yla kıyaslanacaktır. Öncesinde genel bir çekinceye yer vermek yerinde olur. 6/A hükmünde yer alan yasak ve yükümlülüklerin büyük çoğunluğu daha önce başta Kurum olmak üzere muhtelif rekabet otoriteleri tarafından incelenmiştir. Dolayısıyla bu yasak ve yükümlülükler geleneksel rekabet hukuku uygulaması kapsamında da inceleme ve müdahale konusu olmaktadır. Bu nedenle, ilgili hükmün, koşulları sağlaması durumunda, 4054 sayılı Kanun'un 6.

maddesi kapsamında da ihlal oluşturabileceğini söyleyebiliriz. Kurul daha önce bu eylemler karşısında 6. maddeyi uyguladığı gibi bundan sonrası için de kullanabilir²³.

İlave bir çekince de öngörülen yasak ve yükümlülüklerin iktisadi mantığına ilişkindir. Söz konusu yasak ve yükümlülüklerin büyük bir çoğunluğu iktisadi açıdan mesela bedavacılık, yatırım ve inovasyon motivasyonunun düşmesi gibi farklı etkinsizliklere sebebiyet verebilecek niteliktedir. Örneğin veri paylaşım yükümlülüğü, her iki taraf açısından da yatırım yapma güdülerini olumsuz etkileyebilir. Yine verilerin birleştirilmemesi, ürün ve hizmetlerin kalitesinde azalmaya neden olabilir. Ancak son tahlilde Taslak'ın 6/A maddesindeki yasak ve yükümlülükler getirilirken, bunlara konu eylemlerin piyasa üzerindeki maliyetinin, etkinliklerden daha fazla olacağı, yani eylemlerin net refah kaybına neden olacağı varsayılmıştır. Dolayısıyla aşağıda bu yasakları incelerken bu yasakların sebep olabileceği iktisadi etkinsizliklere zaruri olmadıkça değinilmemektedir.

Son çekince olarak, Taslak kapsamındaki yasaklardan bazıları genel nitelik arz ederken bazıları çok daha spesifik yükümlülük barındırmaktadır. Bu açıdan, yeknesak bir yaklaşımla tüm hükümler bakımından kuralların somutlaştırıldığını, yasaklanan veya düzenlenen davranışın tam olarak betimlendiğini söylemek güçtür. Bu kurallar ikincil mevzuat ile pekâlâ somutlaştırılabilir. Öte yandan, belirsizlik ya da çerçeve norm vasfı, bazı yasaklar (özellikle (n) bendi) bakımından öngörülebilirlik sorununa da yol açabilecek mahiyettedir. Daha da ötesinde, Taslak'taki çerçeve normların varlığı, yorum faaliyetini ve bu çerçevede haklı gerekçe ve etkinlik savunmalarının dinlenmesini de zaruri kılar. Bu açıdan, aşağıda açıkladığımız üzere, hukuki belirliliği sağlama amacına matuf olarak, 6/A hükmünü takiben teşebbüslere nesnel gereklilik ve haklı gerekçe savunmasına imkan tanıyan bir hükmün eklenmesi gerekir.

a. Taslak 6/A (a) Bendi

Taslak 6/A (a) bendi, aynen şu şekildedir:

“Kendi mal veya hizmetlerine, ticari kullanıcıların mal veya hizmetlerine kıyasla sıralamada, taramada, dizinlemede veya diğer koşullarda ayrımcılık yapamaz ve ilgili koşulların adil ve şeffaf olmasını sağlar.”

²³ Mevcut rekabet hukuku mevzuatının platformların tek taraflı davranışlarına karşı uygulanabilirliği konusunda bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 489 vd.

İlgili hüküm, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin kendi mal ve hizmetlerini kayırmasını engelleme amacı gütmektedir. Diğer bir ifadeyle ilgili hüküm, rekabet hukuku literatürü ve uygulamasına yeni giren ve piyasa gücünün aktarılmasının bir görünümü olan “kendini önceleme” (“*self preferencing*”) uygulamasını yasaklamaktadır. Hibrit platformların hem platform operasyonunu yönetmesi hem de müşterisi olan perakendecilerin rakibi olarak faaliyet göstermesi, platforma, perakendeci olarak kendi ürünlerini tüketiciler gözünde ön plana çıkarma motivasyonu sağlar. Bu motivasyon da genel olarak muhtelif görünümelerde kendini önceleme olarak belirebilir: Mesela, platformlar arama sonuçlarını kendilerinin perakendeci olarak sattıkları ürünü ön plana çıkaracak şekilde düzenleyebilir. Benzer şekilde, platformlar, rakip perakendecilerin platform üzerindeki faaliyetlerini zorlaştırabilir²⁴.

Hüküm kapsamında *ilgili koşulların adil ve şeffaf olmasını sağlar* şeklindeki kaleme alınan son kısmı farklı algılanmaya ve yorumlanmaya, en azından ilk bakışta, müsaittir. Mesela, diğer koşulların (ki bunun kapsamında hangi unsurların girdiği belirsizdir) adil olmaması gibi bir davranışın 6/A (a) bendini ihlal edeceği düşünülebilir. Hükmün lafzında bu açıdan bir sınırlama getirilmemiş olması, bu hüküm kapsamında iki farklı davranışın yasaklanmış olabileceği tereddüdünü doğurabilir. Bu bağlamda mesela sadece kendini önceleme değil, aynı zamanda önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün sözleşme koşullarını adil bir şekilde belirlememesi bu bent kapsamında ihlal olarak kabul edilebilir. Ancak bizce bu yorum doğru olmaz. Hükmün sonundaki *ilgili koşulların adil ve şeffaf olmasını sağlar* şeklindeki ifadeyi, hükmün esasen yasaklamak istediği kendini önceleme eylemiyle birlikte okumak ve teşebbüsün kendini önceleme eylemine yönelik olarak şeffaf olmayan koşullar kullanmasının ihlal teşkil edebileceğini kabul etmek gerekir. Aksi yorum hem kanunun ruhuna uygun düşmez hem de uygulama alanını rekabet hukukunun müdahale alanının dışına çıkartır. Zaten mehz DMA’de de bu koşulların sıralamaya ilişkin olması gerektiği açıkça hüküm kapsamına alınmıştır. Dolayısıyla buradaki tereddüdü ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılması zaruridir.

Kendini önceleme eylemine ilişkin olarak, Kurulun *Google-Shopping* dosyasında ihlal kararı verilmiştir²⁵. İlâveten, halihazırda bu sorunu esas aldığı anlaşılan

²⁴ Kapsamlı değerlendirme için bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 256 vd.

²⁵ Kurul, 13.02.2020 tarih ve 20-10/119-69 sayılı *Google Shopping* kararı.

Trendyol soruşturması da devam etmektedir²⁶. Avrupa Komisyonu da *Google Shopping*²⁷ soruşturmasında *Google*'un kendi hizmetlerini önelediği gerekçesiyle cezaya hükmetmiştir. Keza *Amazon*²⁸ soruşturması Avrupa Komisyonu nezdinde *Amazon*'un sunduğu taahhütlerin değerlendirildiği aşamadadır ve haliyle halihazırda devam etmektedir. Dolayısıyla, yukarıda da belirttiğimiz üzere 4054 sayılı Kanun mevcut haliyle bu endişeyi giderebilecek esnekliğe sahiptir. Kendini önceleme eylemi özünde piyasa gücünün komşu piyasalara aktarılmasından ibarettir ve kötüye kullanma kavramı, bu eylemi içerecek şekilde yorumlanabilir. Öte yandan ilgili hükümde ticari kullanıcılara karşı ayrımcılık ele alınmıştır. Ticari kullanıcı, mal ya da hizmet sunmak amacıyla temel platform hizmetlerini kullanan kişiler olarak tanımlandığı için yan hizmetler bakımından kendini önceleme eyleminin bu kapsamda olmadığı, en azından hükmün lafzı itibarıyla, rahatlıkla söylenebilir.

Bu hükmün yürürlüğe girmesiyle, mesela *Amazon*'un, önemli pazar gücü olduğuna dair ikincil mevzuat ile belirlenecek eşikleri aşması koşuluyla, *Amazon*'da arama yapan bir tüketici arama sekmesine “*gömlek*” yazdığına *Amazon*'un kendi markalarını arama sonuçlarında öncelikli olarak konumlandırmasına ilişkin yasak Kanun kapsamına alınmış olacaktır. Benzer durum *Apple App Store* için de geçerli olacaktır. *Apple App Store* kullanan bir tüketici, platformda müzik yayını yapan bir uygulama aradığında *Apple*'ın *Apple Music* uygulamasını öncelikli olarak sıralaması yasak kapsamında değerlendirilecektir²⁹.

²⁶ Kurul, 23.09.2021 tarih ve 21-44/650-M sayılı Trendyol Soruşturma kararı.

²⁷ Avrupa Komisyonu, Google Search (Shopping), 2017, Case AT.39740.

²⁸ İlgili açıklama için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291, Erişim tarihi: 11.10.2022. Ayrıca bkz. Friso Bostoën, “*Amazon cases on the move: Bundeskartellamt closes proceedings while European Commission opens formal investigation*” Core Blog, 18 Temmuz 2019, Erişim Linki: <https://coreblog.lexxion.eu/amazon-cases-on-the-move/>, Erişim Tarihi: 11.10.2022.

²⁹ Ayrıca bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 229 vd.

Taslak 6/A (a) bendinde yer alan hüküm ile benzer anlama gelebilecek hükümlerin hem DMA³⁰ hem de Alman Rekabet Kanunu'nda³¹ olduğu söylenebilecektir. Hüküm DMA'deki kadar spesifik olmadığı gibi Alman Rekabet Kanunu'ndaki kadar geniş bir şekilde kaleme alınmış değildir. Öte yandan, Alman Rekabet Kanunu'ndaki bu konuya ilişkin düzenlemenin ikinci fıkrasında yer alan cihazlara kendi tekliflerini münhasıran önceden yüklemek veya bunları teşebbüs tarafından sağlanan tekliflere başka bir şekilde entegre etmeye ilişkin yasak Taslak'ın 6/A (a) bendinde kendine yer bulmamıştır. Ancak Taslak'ın 6/A (e) ve (j) bentlerindeki öncül yasaklar Alman Rekabet Kanunu'nda yer verilen yasağın birebir aynısı olmasa da ilgili yasağı karşılayabilecek niteliktedir.

DMA'in 6(5) hükmüne göre, geçit bekçisi platformlar; sıralamada, ilgili indeksleme ve taramada, kendisinin sunduğu hizmetlere ve ürünlere, üçüncü bir tarafın benzer hizmetlerinden veya ürünlerinden daha elverişli davranmayacak ve geçit bekçisi bu sıralamaya şeffaf, adil ve ayrımcı olmayan koşullar uygulayacaktır. Bu hüküm aslında platformun dikey entegrasyonu sonucunda platform üzerinde faaliyet gösteren ticari kullanıcılar ile arasında meydana gelen rakiplik ilişkisinin, platformun adil davranma motivasyonunu düşürmesiyle doğrudan ilintilidir. Geçit bekçisi platformlar genellikle dikey bütünleşmiş bir iş modelini haizdir. Belirli ürünleri veya hizmetleri son kullanıcılara kendi temel platform hizmetleri veya kontrol sahibi oldukları iş birimleri marifetiyle sunmaktadır³². Mesela, geçit bekçisi bir platform bir çevrim içi arama motoru aracılığıyla kendi çevrim içi aracılık hizmetlerini sağlayabilir. Geçit bekçisi platformlar bu hizmetleri sunarken, kendi hizmetleri için daha iyi bir konum sağlayabilir. Bu arama motorunun getireceği sonuçlara dayalı ürün ve hizmetler için geçerlidir³³. Bu açıdan geçit bekçileri, diğer ticari kullanıcıların ürün ve hizmetleri bakımından rekabet edilebilirliğe ciddi zarar verme yeteneğini haiz olabilir. Bu nedenle de ilgili geçit bekçisi hiçbir şekilde kendi

³⁰ DMA kapsamındaki ilgili hüküm şu şekildedir: DMA 6/5: *"The gatekeeper shall not treat more favourably, in ranking and related indexing and crawling, services and products offered by the gatekeeper itself than similar services or products of a third party. The gatekeeper shall apply transparent, fair and non-discriminatory conditions to such ranking."*

³¹ Alman Rekabet Kanunu'nda yer alan ilgili hüküm şu şekildedir: GWB 19-a2(1): *"... favouring its own offers over the offers of its competitors when mediating access to supply and sales markets, in particular*

a) presenting its own offers in a more favourable manner;

b) exclusively pre-installing its own offers on devices or integrating them in any other way in offers provided by the undertaking;..."

³² DMA, Genel Gerekçe, para. 51.

³³ DMA, Genel Gerekçe, para. 51.

iş birimi lehine herhangi bir şekilde sıralamada, taramada ve dizinlemede ayrımcı davranamaz³⁴.

DMA'deki düzenleme ile Taslak'taki düzenleme aracındaki temel fark DMA üçüncü taraflara karşı ayrımcılığı kapsama alırken Taslak'taki hüküm sadece ticari kullanıcıları kapsama almaktadır. Mesela, Taslak'ın mevcut lafzına göre, platformun kendi ödeme hizmetinin, cüzdanının veya kargo hizmetinin öncelenmesi yasak kapsamında değildir. Bu eylemler DMA'deki yasak kapsamına ise girmektedir. Bu noktada Taslaktaki yaklaşımın yerindeliği noktasında bu çalışmanın yazarları arasında fikir birliği bulunmamaktadır. **SANLI**, Taslak kapsamındaki düzenlemenin amaca hizmet için yeterli olduğu kanaatindeyken, **DOĞAN**'a göre, Taslak kapsamındaki ticari kullanıcılar ibaresi, üçüncü taraflar olarak değiştirilerek yasağın uygulama alanı genişletilmelidir.

SANLI'ya göre, ilgili hükmün kapsamı yalnızca ticari kullanıcılar ile sınırlı tutulmalıdır. Taslak'taki ilgili hükmün lafzının öncül yasağın yalnızca ticari kullanıcılarla rekabet edilen iş kolunu kapsamaması yeterlidir. Nitekim, platforma bağımlı olan, platform karşısında asimetrik pazarlık gücüne sahip olan taraflar platformun ticari kullanıcılarıdır. Bu açıdan diğer hizmet sağlayıcıları bakımından böylesi bir bağımlılık veya güç asimetrisi bulunmamaktadır. Diğer yandan bu türden bir uygulama, satıcıların bağımlı olması nedeniyle alt piyasadaki rekabeti önemli ölçüde etkileme potansiyeline sahiptir. Oysa diğer hizmetler (kargo, ödeme vs.) açısından durum farklıdır. Kendini öneleme anlamına gelebilecek birtakım uygulamalar olsa bile bunların ilgili piyasadaki etkisinin (piyasa koşullarına göre değişmekle birlikte) daha sınırlı olması beklenir. Son tahlilde önemli pazar gücüne sahip teşebbüs, bu yan hizmetler açısından "önemli pazar gücüne" sahip olmayacaktır. Taslak'ın kapsamının bu kadar genişletilmesi hem amacı aşar niteliktedir hem de zaten Taslak'ın diğer hükümleriyle müdahale edilen unsurlar ayrı bir hükmün daha kapsamına alınmış olur ki bu da kanun yapma tekniği açısından isabetsizdir.

DOĞAN'a göre ise, ilgili yasağın kapsamının salt hibrit platformların hizmet sağladıkları ticari kullanıcılara karşı kendini öneleme eylemleriyle sınırlandırılması, platformların diğer hizmetler bakımından kendini ön plana

³⁴ DMA'in genel gerekçesinde farklılaştırılmış veya kendi iş birimini sıralamada öne çıkaran eylemlere yönelik olarak 2019/1150 sayılı Direktif'e açıkça atıfta bulunmaktadır. DMA, Genel Gerekçe, para. 52.

çıkarma ihtimalini ve bu eylemlerin piyasa üzerindeki potansiyel olumsuz etkilerini ıskalamaktadır. Özü itibariyle piyasa gücünün aktarılmasının bir görünümü olan bu eylemde, piyasa gücünün aktarıldığı piyasalar arasında bir ayırım yapılmasını gerektirecek somut bir farklılık bulunmamaktadır. Bu kapsamda, mesela *Apple*'ın arama sonuçlarında kendi uygulamasını ön plana çıkarmasıyla, ödeme ekranında kendi ödeme sistemini ön planda tutması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Bu bağlamda, platformun kendi ödeme veya lojistik hizmetini daha görünür kılması, platformun kendi ürününün, cüzdanının veya kargo hizmetinin varsayılan olarak kendiliğinden seçilmesi de yasak kapsamında değerlendirilmelidir³⁵. Zaten, kendisini öneleme eylemini rekabet hukuku yazınına kazandıran en önemli dosyaların başında gelen Avrupa Komisyonu'nun ve Kurul'un *Google-Shopping* dosyalarında da eylemin hedefledikleri ticari kullanıcılar değil ilintili hizmet sağlayıcılardır. Bu açıdan hükmün lafzında yer alan *ticari kullanıcıların* ifadesinin, DMA'e paralel olarak yan hizmetleri de kapsayacak şekilde *üçüncü tarafların* şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Bu hüküm ile 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ("**E-ticaret Kanunu**") arasında yasa yapma tekniği açısından problemlili bir alan bulunmaktadır³⁶. E-ticaret Kanunu'nun ek 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine ilk defa eklenen hükme göre, *elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez*³⁷. Bu hüküm esasen Taslak'ın 6/A (a) hükmünü, her iki kanunun da müdahale alanına giren teşebbüsler bakımından, bir anlamda kadük hale getirmektedir. Şöyle ki E-ticaret Kanunu'na getirilen bu hüküm ile satışlarının %50'den fazlasını çevrimiçi kanallar oluşturan elektronik aracı hizmet sağlayıcıların kendi markalarını taşıyan ürünlerin satışını

³⁵ Mesela, *Hepsiburada*'nın, tüketiciler için ödeme veya lojistik gibi yan hizmetlerini, rakip hizmetler karşısında daha tercih edilebilir bir şekilde konumlandırması, mevcut Taslak lafzına göre, yasak kapsamında değilken, bu eylem DMA'deki yasak kapsamına, DMA'in lafzının daha geniş olması itibariyle, girmektedir. Bu açıdan, DMA'deki düzenlemeye paralel bir şekilde Taslak'ın revize edilmesi gerekir.

³⁶ Kerem Cem Sanlı'nın E-ticaret Yasasına ilişkin değerlendirmelerinin yer aldığı video için bkz. <https://www.youtube.com/watch?v=JkgVTCkhABE>, Erişim tarihi: 10.11.2022. Ayrıca bkz. Kerem Cem Sanlı, *E-ticarete yönelik kanun teklifi ne içeriyor?*, 29 Haziran 2022, Habertürk, Erişim Linki: <https://www.bloomberght.com/e-ticarete-yonelik-kanun-teklifi-ne-iceriyor-2309866>, Erişim tarihi: 10.11.2022.

³⁷ Bkz. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, m. 8. Erişim Linki: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/07/20220707-2.htm>.

gerçekleştirmesi baştan yasaklandığı için teşebbüsün kendini öncelikleme davranışına konu olabilecek bir ürünü zaten satmıyor olması gerekir. Öte yandan platformun hem kendi ürününü satması hem de kendini öncelikleme durumunda iki farklı kanun hükmünü ihlal etmesi sebebiyle iki farklı yaptırımla karşılaşması mümkündür. Örneğin hem kendi ürünü satan hem de bunu öne çıkaran önemli pazar gücüne sahip bir platforma, kendine ait ürünü satma eylemi için E-ticaret Kanunu'na göre, öne çıkarma eylemi içinse Taslak'ın 6/A (a) hükmüne göre idari para cezası uygulanabilir.

Taslak'taki "adil" ifadesi, DMA'de de bulunurken Alman Rekabet Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu ifadenin rekabet hukukunun müdahale alanında bulunduğu tartışmalı olması sebebiyle, adil ifadesinin yerine objektif ve ayrımcı olmayan gibi daha çok rekabet hukuku müdahalesi alanına giren ifadelerin kullanılmasının hükmü daha da güçlendireceği düşünülmektedir. Bu kapsamda, ayrıca ticari kullanıcılar ifadesini üçüncü taraflar olarak değiştirilerek (a) bendi "*Kendi mal veya hizmetlerine üçüncü tarafların mal veya hizmetlerine kıyasla sıralamada, taramada, dizinlemede veya diğer koşullarda hissedilir bir şekilde ayrımcılık yapamaz ve ilgili koşulların objektif, ayrımcı olmayan ve şeffaf nitelikte olmasını sağlar*" şeklinde yeniden kaleme alınabilir.

b. Taslak 6/A (b) Bendi

Taslak 6/A (b) bendi aynen şu şekildedir:

"Kamuya açık olmayan verileri, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanamaz."

Platformlar, platformun yöneticisi olarak platform üzerinde gerçekleştirilen işlemlere ilişkin önemli miktarda veri elde etmekte ve bu verileri işleyerek değerli veri tabanları kurabilmektedir. Platform, ticari kullanıcıların sattıkları ürünler, bunları sattıkları kişiler, satış fiyatları, satış adetleri veya hangi zamanda sattıkları gibi son derece değerli verilere erişebilmektedir³⁸. Üstelik platform bu verilere erişmek için, en azından bu verilerin ham hali için, herhangi bir çaba sarf etmemektedir. Platformun çalışma sisteminin doğası gereği bu veriler doğrudan platform bünyesinde toplanabilmektedir. Platform aynı ürünü satan farklı perakendecilerin fiyatlarını zaman içerisinde karşılaştırabilir ve ilgili ürünün

³⁸ Kapsamlı değerlendirme için bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 251 vd.

talebini ve fiyatını etkileyen unsurlarını dahi tahmin edebilmektedir³⁹. Verinin elde edilmesi ve buna dayalı iş modeli aslında etkinlik arttırıcıdır. Sonuç olarak platform bu veriler çerçevesinde, tüketici ihtiyaçlarını daha iyi tatmin edecek şekilde hizmet sunabileceği gibi, satıcıları da bu amaca yönelik olarak güdüleyebilir. Ancak veri toplamak aynı zamanda rekabet hukuku riskleri de yaratır. Bu konuyla ilgili temel endişe ise, platformun bu verileri, verilerini topladığı teşebbüslerle rekabet ederken kullanıp onlar karşısında önemli bir rekabetçi avantaj elde etmesidir. Bu rekabetçi avantajın yarattığı temel sorunların başında, satıcıların inovasyon yapma güdülerinin azalması gelir⁴⁰. İşte bu hüküm bu avantajı engellemek amacıyla öngörülmüştür. Madde gerekçesinde de açıkça bu bent ile önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin ticari kullanıcılarının son kullanıcıları tarafından sağlanan kamuya açık olmayan verileri kendi ürün veya hizmetlerini sunmak veya geliştirmek amacıyla kullanarak haksız şekilde ticari avantaj elde etmelerinin engellenmesi amaçlandığı ifade edilmiştir⁴¹.

Bu soruna ilişkin muhtelif yargı yerlerinde devam eden inceleme süreçleri vardır. Avrupa Komisyonunun *Amazon* soruşturması⁴² ile Kurulun *Trendyol* soruşturmalarında soruşturulan konulardan biri de tam olarak bu husustur. Dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun mevcut haliyle bu endişeyi giderebilecek müdahale aracına sahip olduğu söylenebilir.

İlgili hükmün yürürlüğe girmesiyle, önemli pazar gücüne ilişkin ihdas edilecek ikincil mevzuattaki koşulları sağladıkları varsayımı altında, mesela *Amazon*, *Trendyol*, *Hepsiburada* gibi çevrimiçi pazaryeri platformları, bünyelerinde faaliyet yürüten ticari kullanıcılarının satış verilerinden hareketle, potansiyel kârlı piyasaları tespit ederek, perakende iş birimlerini bu piyasalara yönlendirmesi

³⁹ Kapsamlı değerlendirme için bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 251 vd.

⁴⁰ Esasen temel iş modeli aracılık olan bir platformun, satıcılar aleyhine bu türden bir uygulama benimsemesinin rasyonel olup olmadığına tereddüt edilebilir. Zira verilerin satıcılar aleyhine kullanılması, satıcılar nezdinde platformun değerini azaltır ve satıcıları alternatif platforma geçmeye güdüler. Ancak bunun olabilmesi için en azından iki koşulun gerçekleşmesi gerekir: *Öncelikle*, satıcıların bu uygulamanın farkında olması gerekir. Yani platformun, bu verileri kendileri aleyhine kullandığını ve mal ve hizmetlerini bu doğrultuda geliştirdiğini tespit etmesi gerekir. *İkinci olarak* ise alternatif platforma geçişinin iktisadi açıdan anlamlı olması gerekir. Bu da rakip platformdaki müşteri tabanının ölçeğine bağlıdır. Dolayısıyla platform pekâlâ satıcılar aleyhine olmasına rağmen, kendi mal ve hizmetlerine bu şekilde rekabet avantajı sağlayabilir.

⁴¹ Madde 6/A(b), Gerekçe.

⁴² İlgili açıklama için bkz. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291, Erişim tarihi: 11.10.2022

yasağı 4054 sayılı Kanun kapsamına alınmış olacaktır. Benzer şekilde, platformların platformda topladıkları veriler üzerinden, perakende iş birimleri için hedef odaklı reklamcılık yapmasının da bu yasak kapsamında olacağı düşünülmektedir. Mesela, *Amazon, Trendyol, Hepsiburada* gibi çevrimiçi pazaryeri platformları, bünyelerinde faaliyet gösteren ticari kullanıcılardan belirli bir ürünü satın alan tüketicilerin, bu alışveriş hareketini takip ederek, kendi perakende iş birimleri marifetiyle bu tüketiciyi reklam ve promosyonlar marifetiyle hedef alması bu yasak kapsamında değerlendirilebilir. Bu pazaryerlerinin, platformda yaptığı aramalarda kullandığı kelimelerden hareketle tüketicinin ihtiyaçlarını tahmin ederek, kendi perakende iş koluyla tüketiciyi hedeflemesi de yine bu yasak kapsamında değerlendirilebilir.

İlgili hüküm, E-ticaret Kanunu ek madde 2 (2)a hükmüyle örtüşmektedir. E-ticaret Kanunu ek madde 2 (2)a hükmüne göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL üzerinde olan e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ve alıcıdan elde ettiği verileri, yalnızca aracılık hizmetlerinin sunulması amacıyla kullanır ve aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerleri veya diğer elektronik ticaret ortamlarında elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla rekabet ederken kullanamaz. Taslak 6/A (b) hükmü, bu hüküm ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu açıdan, her iki kanun kapsamına giren bir teşebbüsün ticari kullanıcılardan elde ettiği veriyi, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanması, bu iki kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilecektir.

Taslak 6/A(b) bendi, doğrudan DMA'in 6(2) maddesiyle paraleldir⁴³. DMA'in 6(2) maddesine göre, geçit bekçisinin, kamuya açık olmayan verileri ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanması yasaklanmıştır. Temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından ilgili platforma sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen veriler, geçit bekçisi tarafından ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanılamaz. DMA'in 6(2) maddesinin ikinci paragrafında ise

⁴³ DMA'in ilgili hükmü aynen şu şekildedir: DMA 6/2: *"The gatekeeper shall not use, in competition with business users, any data that is not publicly available that is generated or provided by those business users in the context of their use of the relevant core platform services or of the services provided together with, or in support of, the relevant core platform services, including data generated or provided by the customers of those business users.*

For the purposes of the first subparagraph, the data that is not publicly available shall include any aggregated and nonaggregated data generated by business users that can be inferred from, or collected through, the commercial activities of business users or their customers, including click, search, view and voice data, on the relevant core platform services or on services provided together with, or in support of, the relevant core platform services of the gatekeeper." Ayrıca bkz. DMA, Genel Gerekçe, para. 46.

kamuya açık olmayan verilerin kapsamı açıklanmıştır. İlgili hükme göre kamuya açık olmayan veriler, ticari kullanıcılar veya bunların müşterileri tarafından, ilgili temel platform hizmetleri veya yan hizmetleri kullanırken, oluşturulan ve tıklama, arama, görüntüleme ve ses verisi de dahil olmak üzere ticari kullanıcılarının veya müşterilerinin ticari faaliyetlerinden çıkarılabilecek veya bunlar aracılığıyla toplanabilecek tüm toplulaştırılmış ve toplu olmayan veriler şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, platform, ticari kullanıcının müşterilerinin en çok hangi ürünü aradığı, hangi ürünleri tıkladığı gibi verileri, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanamayacaktır.

Benzer hüküm Alman rekabet yasası 19a2(4)b'de de bulunmaktadır⁴⁴. Özellikle maddenin (b) bendi bu konuyu düzenlemektedir. Alman Rekabet Kanunu bağlamında, Alman rekabet otoritesi, piyasalar arası önemli gücü bulunan teşebbüslerin, diğer teşebbüslerden alınan rekabete ilişkin verileri bu teşebbüslere kendi hizmetlerinin sağlanması için gerekli olanlar dışındaki amaçlarla işlemesini yasaklayabilmektedir. Alman Rekabet Kanunu'ndaki bu düzenleme, teşebbüsün rekabetle ilgili verileri işlemesini veya özellikle bu işlemeye izin veren hüküm ve koşulları talep etmesini pazara giriş engelleri oluşturma veya giriş engellerini yükseltme olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda, önemli pazar gücü olan platform, sözleşme kapsamında bu izni olsa bile, Alman rekabet otoritesi, bu eylemi yasaklayabilecektir.

Taslak kapsamında kamuya açık olmayan veri, temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından ilgili platforma sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veri şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla yasağın kapsamı son derece geniştir. Hatta fiili durumda önemli pazar gücüne sahip platformun kullanabileceği veri neredeyse kalmamaktadır. Hal böyle olunca, verilerin işlenerek inovatif bir şekilde hizmetlerin

⁴⁴ Alman Rekabet Kanunu'nun 19a-2(4) hükmü aynen şu şekildedir: "...creating or appreciably raising barriers to market entry or otherwise impeding other undertakings by processing data relevant for competition that have been collected by the undertaking, or demanding terms and conditions that permit such processing, in particular

a) making the use of services conditional on the user agreeing to the processing of data from other services of the undertaking or a third-party provider without giving the user sufficient choice as to whether, how and for what purpose such data are processed;

b) processing data relevant for competition received from other undertakings for purposes other than those necessary for the provision of its own services to these undertakings without giving these undertakings sufficient choice as to whether, how and for what purpose such data are processed;".

geliştirilmesi de güçleşmektedir. Bu yasak, katı bir yorumla, söz konusu verinin piyasaya inovasyon sunulması ve piyasanın daha etkin çalışmasına sağlayabilecek şekilde kullanılmasını engelleyebilecek niteliktedir. Platform ilgili verileri inceleyerek, müşteri memnuniyetini artıracak çözümler geliştirebilmesini engellemek makul bir yaklaşım olmaz.

Üstelik toplulaştırılmış verinin de bu kapsamda değerlendirilmesi etkinlik bağlamında son derece problemlili olabilir. Bu bağlamda, bu verinin daha şeffaf bir şekilde kullanılması ve bu veriye ihtiyaç duyan diğer teşebbüslerle paylaşılması, bu değerlerin piyasada kullanılmasına imkân sağlaması açısından daha yararlı olabilir. Mesela, platform kadar platformu kullanan ticari kullanıcılar ve hatta diğer piyasa katılımcıları platform bünyesinde toplanan toplulaştırılmış veriyle, ticari kararlarını ticari risklerden arı hale getirerek daha doğru ticari karar verebilirler.

Öte yandan, ilgili hüküm ile yasaklanması öngörülen eylem platformun kendini incelemesi olması sebebiyle, hükmün lafzının, kamuya açık olmayan verilerin, *platformun kendi ticari mal veya hizmetlerine rekabet avantajı sağlayacak şekilde*, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanamayacağı şeklinde değiştirilmesi yerinde olur. Bu bağlamda ayrıca, (a) bendi için bu çalışmanın yazarlarından **DOĞAN** tarafından önerilen ticari kullanıcı ifadesinin üçüncü taraflarla değiştirilmesi önerisinin bu hüküm bağlamında da değerlendirilebilir. Platformların kamuya açık olmayan verileri yalnızca ticari kullanıcılar değil mesela ödeme kuruluşları ve lojistik hizmet sağlayıcıları gibi üçüncü taraflarla rekabet ederken de kullanılmaması gerekir. **SANLI** ise yine (a) bendi kapsamında yapılan açıklamalar çerçevesinde hükmün kapsamının genişletilmemesi gerektiği görüşündedir.

İlgili hükme ilişkin şöyle bir öneri yapılması mümkündür: Taslak'ın 6/A (a) hükmünde, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin kendi iş birimlerini muhtelif yollardan incelemesi yasaklanmıştır. Verinin yalnızca kendi iş birimiyle paylaşılması da bu bağlamda dolaylı bir kendini inceleme eylemi olarak kabul edilebilir. Bu açıdan, (b) hükmünün (a) hükmüyle birleştirilmesi de düşünülebilir. Bu sayede veri kullanımının yasaklanmasından ziyade veri paylaşımı konusunda da motivasyon yaratılmış olur⁴⁵.

⁴⁵ Üçüncü taraflarla paylaşılması dahi tartışılması gereken verinin platform tarafından kullanılmasının kategorik olarak yasaklanmasının çelişkili bir yaklaşım olacağına ilişkin görüş için bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 254-255.

c. Taslak 6/A (c) Bendi

Taslak 6/A (c) bendi aynen şu şekildedir:

“Ticari kullanıcılara ve son kullanıcılara sundukları mal veya hizmetleri, kendilerince sunulan başka mal veya hizmetlere bağlı hale getiremez.”

Bu hüküm aslında rekabet hukukundaki geleneksel ihlallerden biri olan bağlama uygulamalarına karşılık gelmektedir. Bağlama uygulamalarına koşulları sağlaması durumunda 4054 sayılı Kanun’un 6/2(c) maddesi tahtında müdahale imkânı bulunmaktadır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bağlama yoluyla önemli pazar gücüne sahip teşebbüs, bağlı ve bağlayan pazardaki ekonomik gücünü artırabilir. Aşağıda açıklanan (d) ve (e) bentlerinin de benzer amaçla getirildiği düşünülmektedir.

Bu düzenlemeyle önemli pazar gücüne sahip çevrim içi pazaryeri platformlarının örneğin ticari kullanıcıları kendi ödeme aracılık hizmetleri veya lojistik hizmetlerini kullanmaya zorlaması engellenmiş olacaktır. Mesela, *Hepsiburada*’dan alışveriş yapan tüketici, ödemeyi *Hepsipay* üzerinden yapmak zorunda olmayacağı gibi kargo hizmetini de Hepsi Express’ten almak zorunda kalmayacaktır. Benzer şekilde, *Google Play Store*’da faaliyet yürüten bir uygulama geliştiricisi ödemeleri *Google Pay*’den almak zorunda kalmayacaktır. Bu sayede ticari kullanıcılara farklı ödeme şirketleri üzerinden ödeme kabul etmenin ve farklı lojistik ve kargo şirketleriyle ürün teslim etmenin önü açılmış olacaktır. Benzer şekilde, bir işletim sistemi sahibi kendi internet tarayıcısının kullanılmasını şart koşamayacaktır.

Bu hüküm Alman Rekabet Kanunu’nun 19a-2-3(b) hükmüyle büyük ölçüde örtüşmektedir⁴⁶. Alman Rekabet Kanunu kapsamındaki ifade de geniş bir şekilde kaleme alınmış ve örnek kabilinden bazı durumlar kanun metnine alınmıştır. Alman Rekabet Kanunu kapsamında yer verilen *“kullanıcıya yeteri kadar seçenek*

⁴⁶ Alman Rekabet Kanunu’nun ilgili 19a-2(3) hükmü aynen şu şekildedir: *“...directly or indirectly impeding competitors on a market on which the undertaking can rapidly expand its position even without being dominant, in particular*

a) linking the use of an offer provided by the undertaking to the automatic use of another offer provided by the undertaking which is not necessary for the use of the former offer, without giving the user of the offer sufficient choice as to whether and how the other offer is to be used;

b) making the use of an offer provided by the undertaking conditional on the use of another offer provided by the undertaking;”

vermeksizin” ifadesi de Alman Rekabet Kanunu’nun da piyasa gücünün aktarıldığı pazardaki seçenekleri korumak adına ilgili hükümü kaleme aldığını ortaya koymaktadır. Bu açıdan Taslak ile benzer amaç güttüğü söylenebilir.

DMA bakımından doğrudan bir örtüşme olmasa da DMA de bu hüküm ile aynı gayeyi güden ve çok daha spesifik yazılmış birçok hüküm bulunmaktadır. Mesela, DMA 5(5), 5(7), 5(8) ve hatta 6(3) bu kapsamda değerlendirilebilir⁴⁷. DMA’de bağlamaya yönelik çerçeve yasaklardan ziyade daha spesifik yasaklara yer verilmiştir. Bu durum DMA’in düzenleme tarzı itibariyle geleneksel bir regülasyon mantığına daha yakın olduğunu gösteren örneklerden biridir.

Platformun muhtelif yan hizmetler bakımından kendi ürün veya hizmetlerini varsayılan olarak seçmesi de bu madde bağlamında bir bağlama olarak değerlendirilebilir. Fakat, sunulan hizmetlerin karmaşık yapısı gereği, bu önerilerin ilgili platform tarafından yapılması kullanıcının platformu kullanmasını da kolaylaştırabilir. Bu açıdan Alman Rekabet Kanunu kapsamındaki *“kullanıcıya yeteri kadar seçenek vermeksizin”* çekincesine Taslak’ta da yer verilmesi düşünülebilir. Zira burada önemli olan, kullanıcıların alternatifler ile varsayılanı mukayese edebilmeleri ve bu mukayese çerçevesinde seçimlerini yapmalarıdır. Ezcümle kullanıcıların alternatifleri seçme imkânı da varsayılan seçenekle ilerlemek kadar kolay olmalıdır. Platform bu konuda yeterli tedbiri almalıdır.

Bağlama kimi durumda etkinlik doğurucu olabilir. Bu kapsamda, teşebbüslere bu sorumluluktan da kurtulma imkânı getirilmesi yerinde olacaktır⁴⁸. Mesela, platform inovasyon yaptığı bir hizmeti, ihtiyaç duyduğu ölçüğe kavuşturmak, kullanıcıların geri bildirimini alarak daha da geliştirmek için, belirli bir süreliğine platformda sağladığı hizmete bağlayabilir. Bu tarz bir bağlamanın yasaklanmasının iktisadi bir mantığı olmadığı gibi 4054 sayılı Kanun’un amacına da hizmet etmez. Bu açıdan, bu çalışmada genel olarak önerildiği gibi 6/A’daki tüm eylemler için nesnel gereklilik ve etkinlik savunmalarına izin verilmesi yönündeki görüşün benimsenmesi durumunda, bağlama temelli hükümler de bu imkândan yararlanacağı için özel bir düzenlemeye gerek yoktur. Öte yandan bu çalışmadaki görüşümüzün

⁴⁷ DMA kapsamında doğrudan benzer bir hüküm olmamakla birlikte, bağlamaya yönelik olarak 5(5), 5(7), 5/8 ve hatta 6/3 hükümleri bulunmaktadır. Bu hükümler Taslak’taki hükme kıyasla daha spesifik bir şekilde kaleme alınmıştır. Ayrıca bkz. DMA, Genel Gerekçe, para. 43.

⁴⁸ Burada Taslak 6/A kapsamındaki yasak ve yükümlülükler bakımından nesnel gereklilik ve etkinlik gibi savunmaların ileri sürülüp sürülemeyeceğine yönelik ... başlıklarında yer alan tartışmalara atıfla yetiniyoruz.

benimsenmemesi durumunda, özellikle bağlama temelli ihlaller için bu savunmaya imkân tanınması yerinde olur.

d. Taslak 6/A (d) Bendi

Taslak 6/A (d) bendi aynen şu şekildedir:

“Ticari kullanıcıların ya da son kullanıcıların önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün herhangi bir temel platform hizmetine erişimlerini, oturum açmalarını ya da kaydolmalarını, önemli pazar gücüne sahip teşebbüs tarafından sunulan diğer temel platform hizmetlerine üye olmaları veya kaydolmaları koşuluna bağlayamaz.”

Bu hüküm de yukarıda ele aldığımız (c) hükmü gibi bağlama uygulamasını düzenlemektedir. Bu kapsamda (c) hükmü kapsamında yaptığımız açıklamalar bu bent için de geçerlidir. Bunu şu şekilde örnekleyebiliriz: *Facebook*'un kullanıcılarına *Facebook* kullanabilmek için aynı zamanda Instagram üyesi olma zorunluluğu getirdiğini varsayalım. İşte bu hükmün yürürlüğe girmesiyle, *Facebook*'un bu eylemi yasaklanmış olacaktır. Bağlamaya yönelik muhtelif hükümler barındırmakla birlikte DMA'in Taslak 6/A (d) bendine en yakın hükmü 5(8) maddesidir⁴⁹. Bu açıdan ilgili hüküm ve genel gerekçede bu hükme ilişkin yapılan açıklamaların üzerinde durulması yerinde olacaktır.

DMA 5(8). maddesine göre, geçit bekçisi platform, ticari kullanıcıların veya son kullanıcıların, geçit bekçisi belirleme kararında yer alan veya DMA'in 3(2)b hükmündeki eşikleri (Avrupa Birliği'nde 45 milyon aylık aktif nihai kullanıcı ve yine Avrupa Birliği'nde 10.000 yıllık aktif ticari kullanıcı) aşan herhangi bir temel platform hizmetine abone olmasını, veya bu hizmetlere kaydolmasını, geçit bekçisinin temel platform hizmetlerinden herhangi birini kullanabilmek, erişebilmek veya kaydolmak için bir koşul olarak belirleyemez. İlgili hükümle, geçit bekçisinin sunduğu temel platform hizmetinin kullanımı için ticari veya son kullanıcıların, geçit bekçisi belirleme kararında listelenen veya DMA kapsamında belirtilen aktif son kullanıcı ve ticari kullanıcısı eşiklerini karşılayan geçit

⁴⁹ DMA'in 5/8 hükmü aynen şu şekildedir: *“The gatekeeper shall not require business users or end users to subscribe to, or register with, any further core platform services listed in the designation decision pursuant to Article 3(9) or which meet the thresholds in Article 3(2), point (b), as a condition for being able to use, access, sign up for or registering with any of that gatekeeper's core platform services listed pursuant to that Article.”*

bekçilerinin diğere temel platform hizmetlerine abone olmalarını veya bunlara kaydolmalarını zorunlu tutması yasaklanmaktadır. Zira bu durum geçit bekçisine yeni ticari kullanıcıları elde etme ve bunları kendi platformuna kilitleme imkânı vermektedir⁵⁰. Kullanıcılar, bir hizmete üye olup o hizmete ilişkin hesap açmadan ikinci bir hizmeti kullanamaz hale getirilmektedir. Bu aslında platforma verileri birleştirmek için de önemli bir avantaj sağlamaktadır. Bu açıdan giriş engellerini artırmakta ve haliyle yasaklanmaktadır⁵¹.

Piyasa gücünün aktarılacağı piyasanın temel platform hizmetlerinden biri olarak kabul edilmesine gerek yoktur. Farklı bir piyasa olması bu bağlamda yeterli kabul edilmelidir. Fakat bu konuda bir eşik belirlenmeksizin herhangi bir piyasaya piyasa gücünün aktarılmasının yasaklanması da iktisadi açıdan sorundur ve platform ekosisteminin gerçekliğiyle uyumlu değildir. Mesela bir pazaryeri platformu, yemek sipariş platformu olarak da faaliyet yürütmek istediğinde, kullanıcıları için pazaryeri platform arayüzü üzerinden yemek siparişi vermesine imkân tanınması, pazaryerinin yemek sipariş platform hizmetleri piyasasına girişi kolaylaştırır. Bu sayede yemek sipariş platformu piyasası daha rekabetçi hale gelebilir. Özellikle günümüzce platformların faaliyet gösterdiği piyasalarda rekabetin daha ziyade diğere piyasalarda faaliyet gösteren platformların yatay genişlemesinden kaynaklandığı dikkate alınır, platform arası rekabetin canlı tutulması için bunu önleyebilecek kuralların dar ve amaca uygun yorumlanması gerekir. Bu açıdan, piyasa gücünün aktarıldığı piyasaya ilişkin de bir eşik belirlenmesi daha doğru bir yaklaşım olur.

Öte yandan, bu hükmün birden fazla temel platform hizmeti sağlayan teşebbüslerin, tüm hizmetleri tek arayüzden sağladığı iş modelleri için uygulanabilir olup olmadığı da net değildir. Diğere bir ifadeyle, *Trendyol*'a üye olan kişi aynı zamanda *Trendyol*'un sunduğu *Trendyol Yemek* veya *Trendyol Hızlı Market* uygulamalarına da kendiliğinden üye olmaktadır. Nitekim bu hizmetler aynı arayüz üzerinden gerçekleşmektedir. Benzer şekilde, *Yemek Sepeti* hem yemek siparişi hem de anlık tüketici ürünlerinin satışı yaptığı *Yemek Sepeti Market* ürününü aynı arayüz üzerinden gerçekleştirmektedir. Benzer durum *Getir* veya *Migros* için de geçerlidir. Bu örnekler ile yukarıda verdiğimiz *Facebook/Instagram/Whatsapp* farazi örneği arasındaki tek fark, *Yemek Sepeti* veya *Trendyol* gibi platformların hizmetlerini tek arayüz üzerinden vermesi ve tüketiciyi diğere hizmete kaydolmayı zorlamasıdır. Bu

⁵⁰ DMA, Genel Gerekçe, para. 44.

⁵¹ DMA, Genel Gerekçe, para. 44.

ayrım üzerinden ilgili hükmün uygulanmasının ayrıştırılması durumunda, bu hükme uyum için diğer teşebbüslerin hizmetleri tek arayüzde birleştirme motivasyonları olabilir. Mesela, *Facebook* tek arayüz üzerinden tüm hizmetlerine erişim imkânı tanıyarak bu yükümlülükten kolaylıkla kaçabilir.

İlgili hükmün lafzı ne yazık ki hizmetlerin ayrıştırılabilir olduğu ölçüde, hizmetin tek arayüzden verilmesiyle birden fazla arayüzden verilmesi arasında herhangi bir ayrım yapmaya elverişli değildir. Bu açıdan her bir hizmet için ayrı üyelik gerektiği iddia edilebilir. Bu durumda mesela, *Yemeksepeti* veya *Trendyol* gibi bir platform, market piyasasında hizmet verdiği bir durumda, halihazırdaki kullanıcısının tekrar bilgi verip kaydolmasını talep edecektir. Benzer şekilde *Google* gibi bir platform, verdiği farklı hizmetler için ayrı üyelik ve kayıt zorunluluğu arayacak ve belki de her kullanımda farklı arayüzden giriş prosedürü tatbik edilecektir. Bu uygulamanın makul olduğunu söylemek güçtür ve tüketici zararına sonuç doğurur. Sorun, bu zarara tüketicinin katlanmasının anlamlı bir rekabetçi yarar sağlayıp sağlamadığıdır. Bilgileri birleştirme, verilerin taşınması, bağlama yasakları ve birlikte işlerlik gibi platformlar arası rekabeti düzenleyen ve giriş engellerini azaltan kuralların varlığı karşısında, salt üyelik kaydına önemli bir rekabetçi yarar atfetmek isabetli gözükmemektedir. Önemli pazar gücüne sahip teşebbüs, bu şekilde bir kullanım kolaylığına sahip olmakla birlikte, bunun ona ciddi bir “haksız” rekabetçi yarar sağlaması güçtür. Dolayısıyla bu Raporun yazarlarından **SANLI**, tek bir arayüz üzerinden birden fazla hizmetin sağlandığı senaryolarda kullanıcıların her bir hizmet için ayrı bir giriş kayıt ve giriş süreci zorunluluğu öngörülmesinin, bu madde kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Raporun diğer müellifi **DOĞAN** ise, bu yorum mümkün olsa bile, önemli pazar gücüne sahip olunmayan (bir anlamda bağlanan) piyasa ya da hizmet için, bir yoğunlaşma ya da piyasa gücü şartı aranması gerektiği fikrindedir. Müellife göre, piyasa gücünün aktarılacağı piyasa için de niceliksel kriterler tanımlanıp bu kriterleri aşan piyasalara güç aktarımının engellenmesi yerinde olacaktır. Yani, mesela *Getir*, tek uygulama üzerinden prensip olarak tüm hizmetler için üyelik alabilmelidir. Fakat üyelik aldığı hizmetlerden biri, ikincil mevzuatla düzenlenmesi gereken eşikleri aşıyorsa, o durumda eşikleri aşan hizmet için ayrı üyelik alması gerekir. Bu kapsamda *Getir*'in komşu piyasalara girişi kolaylaştırmak adına attığı adımları doğrudan yasaklamaktan ziyade, komşu piyasalarda belirli bir eşiğe eriştikten sonra temel platform hizmetindeki gücünü komşu piyasaya aktarmasını sınırlamak daha isabetli bir çözüm olacaktır.

e. Taslak 6/A (e) Bendi

Taslak 6/A (e) bendi aynen Şu Şekildedir:

“Cihazların işletim sistemine 6n y6kleme yapılmış olan yazılım, uygulama veya uygulama mağazalarının son kullanıcılar tarafından kolaylıkla kaldırılmasına, farklı yazılım, uygulama veya uygulama mağazalarına ge6iş yapılmasına, 666nc6 taraf yazılım, uygulama veya uygulama mağazalarının kurulmasına ve etkin Şekilde kullanılmasına izin verir, varsayılan ayarların, kolaylıkla deĐiŐtirilebilmesine 666nc6 taraf yazılım, uygulama veya uygulama mağazalarının kullanıcı tercihinine sunulmasına ve varsayılan olarak se6ilebilmesine imkan sağlar ve bunlara y6nelik teknik gereklilikleri yerine getirir.”

İlgili h6k6m, cihazların işletim sistemine 6n y6kleme yapılmış 6r6nlerin kaldırılması ve diğer alternatiflerin kullanılabilmesine imk6n sağlamayı hedeflemektedir. Esas itibarla (e) bendi de, (c) ve (d) bentleri gibi bağlama uygulamasına ilişkindir. Bu a6ıdan yukarıdaki a6ıklamalar bu bent i6in de ge6erlidir. Bu d6zenleme daha ziyade işletim sistemi sahibi platformlar i6in ge6erlidir ve bu a6ıdan daha spesifik bir d6zenleme olarak kabul edilebilir.

Bu bendin tatbikine Şu t6rden bir 6rnek verilebilir: IOS işletim sisteminin sahibi olan *Apple*, 6nemli pazar g6c6ne sahip bir teŐebb6s olarak belirlenmesi durumunda, *IOS* işletim sistemi 6zerinde diğer uygulama dağıtım platformlarının da faaliyet y6r6tmesine ve kullanıcıların bu uygulama dağıtım platformları 6zerinden de uygulama satın almasına imk6n tanımak zorunda kalacaktır. Benzer durum diğer işletim sistemleri i6in de ge6erlidir. İlaveten, *Android* işletim sisteminde *Google*'ın varsayılan olarak kendiliğinden atanan uygulamalarından rakip olan 6r6nlere de ge6işin kolaylaŐtırılması ve diğer rakip uygulamaların da varsayılan olarak atanmasına izin verilmesi gerekmektedir.

Taslak 6/A (e) bendinin, DMA'deki karŐılıĐı olan 6(3) h6km6yle kıyaslandığında daha geniş bir Şekilde d6zenlendiği g6r6lmektedir. Oysa DMA daha net ve daha spesifik bir Şekilde kaleme alınmıştır. DMA'in 6(3) h6km6ne g6re, ge6it bek6isi platformlar, sahip oldukları işletim sistemi 6zerindeki uygulamaların son kullanıcılar tarafından kolayca kaldırılmasını m6mk6n kılma y6k6ml6l6Đ6

altındadır⁵². Bunun istisnası ilgili yazılımın işletim sistemi veya cihazın çalışması için gerekli olmasıdır⁵³. İlaveten, geçit bekçisi platformlar, son kullanıcıların işletim sistemi sanal asistan ve internet tarayıcılarındaki varsayılan tercihleri kolaylıkla değiştirebilmelerine yönelik tedbirleri almakla mükelleftir. Bu kapsamda, son kullanıcıların ilk kullanım sırasında ilgili seçeneklerden birini seçme imkânına sahip olması da hedeflenmektedir⁵⁴.

DMA'deki düzenleme, son kullanıcıya internet tarayıcısını ilk kullanıldığında, mesela arama motorunu, bir listeden seçme hakkı tanıma yükümlülüğü getirmektedir. Taslak'ın lafzı bu yoruma izin vermekle beraber, hukuki belirlilik açısından, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere kendi uygulamalarıyla beraber alternatif seçenekleri de ilk kullanımda sunma yükümlülüğünün hükme eklenmesi değerlendirilebilir.

f. Taslak 6/A (f) Bendi

Taslak 6/A (f) bendi aynen şu şekildedir:

“Ticari kullanıcıların, rakip teşebbüsler ile çalışmalarını, aynı ürün veya hizmetler bakımından platform üzerinden veya diğer kanallar üzerinden son kullanıcılara teklif vermelerini ve son kullanıcılarla sözleşme yapmalarını, bu kanallar aracılığıyla kendi mal veya hizmetlerinin reklamını yapmalarını kısıtlayamaz veya zorlaştıramaz ve kendi kanalları veya farklı kanallar

⁵² DMA'nın 6/3 hükmü aynen şu şekildedir: *“The gatekeeper shall allow and technically enable end users to easily un-install any software applications on the operating system of the gatekeeper, without prejudice to the possibility for that gatekeeper to restrict such un-installation in relation to software applications that are essential for the functioning of the operating system or of the device and which cannot technically be offered on a standalone basis by third parties.*

The gatekeeper shall allow and technically enable end users to easily change default settings on the operating system, virtual assistant and web browser of the gatekeeper that direct or steer end users to products or services provided by the gatekeeper. That includes prompting end users, at the moment of the end users' first use of an online search engine, virtual assistant or web browser of the gatekeeper listed in the designation decision pursuant to Article 3(9), to choose, from a list of the main available service providers, the online search engine, virtual assistant or web browser to which the operating system of the gatekeeper directs or steers users by default, and the online search engine to which the virtual assistant and the web browser of the gatekeeper directs or steers users by default.”

⁵³ DMA, Genel Gerekçe, para. 49 ve 50.

⁵⁴ Ayrıca bkz. DMA, Genel Gerekçe, para. 49.

üzerinden veya rakip teşebbüsler ile çalışırken belirli bir mal veya hizmet için farklı fiyat veya koşullar sunmalarını engelleyemez.”

İlgili hüküm ticari kullanıcıların daha serbest bir şekilde ekonomik faaliyetlerini sürdürmesini sağlamakta ve temelde geçiş maliyetlerini (“switching costs”) düşürmeyi amaçlamaktadır. Hüküm hem platformlar arası rekabeti artırma (“multi-homing”), hem de kullanıcının kendi satış kanallarının rekabet baskısı yaratmasına imkan sağlayacaktır. Kullanıcı bu şekilde, diğer platformlarda hukuki veya fiili baskıya muhatap olmadan faaliyet gösterebilecek ve alternatif kanalların, önemli Pazar gücüne sahip teşebbüs karşısında cazibesini arttıracak (reklam, düşük fiyatlama gibi) bazı uygulamalar yapabilecektir.

Lafzen değerlendirdiğimiz zaman, hükmün bu sayılan amaçlara yönelik olarak farklı eylemleri düzenlediğini söyleyebiliriz. *Öncelikle* ticari kullanıcıların tek bir platform ile münhasır çalışması engellenmektedir. *İkinci* olarak, ticari kullanıcının farklı bir platform veya mecrada daha uygun fiyata satış yapmasının engellenmesi de (=en çok kayırılan müşteri (EKM) koşulları) yasaklanmaktadır. *Üçüncü olarak*, önemli pazar gücüne sahip platform ticari kullanıcının farklı mecra üzerinden sözleşme yapmasının ve ödeme sonlandırmasının (ödeme fonksiyonu) engellenmesini yasaklanmaktadır. *Dördüncü olarak* ticari kullanıcıların başka kanallar üzerinde reklam vermesini engelleyen uygulamalar yasaklanmaktadır.

Bu düzenlenen eylemlerin bir kısmı, doğrudan geleneksel rekabet hukuku yasakları ile müdahale konusu olmaktadır. Münhasırlık konusuna dair Kurul’un da çok sayıda kararı bulunmaktadır. EKM⁵⁵ konusunda *Yemek Sepeti*⁵⁶ ve *Booking*⁵⁷ dosyaları örnek olarak gösterilebilir. Bu dosyalarda geniş EKM uygulamaları yasaklanmıştır. *Yemek Sepeti* açısından ayrıca dar EKM hakkında yapılan soruşturma, taahhüt ile sonuçlanmıştır. Farklı mecrada sözleşme kurulması ve ödeme alınmasına ilişkin olarak da (ki bu da bir nevi bağlama uygulamasının görünümü sayılabilir) Avrupa Komisyonu önündeki *Spotify/Apple* dosyası bulunmaktadır⁵⁸. Bu hükümle *Amazon*,

⁵⁵ Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, “Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları” İstanbul Hukuk Mecmuası 80(1), 2022, s. 117-152 (bundan böyle “EKM Koşulları”).

⁵⁶ Kurul, 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı *Yemek Sepeti* kararı.

⁵⁷ Kurul, 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı *Booking* kararı.

⁵⁸ Bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 233 vd; Ayrıca bkz. Ingrid Lunden, “Spotify files a complaint against Apple with the European Commission over ‘Apple tax’ and restrictive rules”, Tech Crunch, 13 Mart 2019, Erişim Linki: <https://techcrunch.com/2019/03/13/spotify-files-a-complaint-against->

HepsiBurada, N11, Trendyol gibi bir platformun, ticari kullanıcılarına yalnızca kendi platformunda satış yapmasına veya en uygun fiyatla kendi platformunda satış yapmasına ilişkin bir yükümlülük getirmesi yasaklanmaktadır. Dolayısıyla mevcut rekabet hukuku araçlarıyla da zaten müdahale edilebilen eylemler özel olarak da düzenlenmiştir.

Söz konusu hüküm, DMA'deki 5(3) ve 5(4) hükümleri ile Alman Rekabet Kanunu'ndaki 19a(2)2 hükmü model alınarak hazırlanmış görünmektedir⁵⁹. DMA 5(3) hükmüne göre, geçit bekçisi platformlar, ticari kullanıcıların aynı ürün veya hizmeti üçüncü taraf platformlarda veya kendi doğrudan satış kanalında, geçit bekçisinin platformundaki koşullardan daha iyi koşullarda satış yapmasını engelleyemez⁶⁰. Bu geleneksel bir en çok kayrılan müşteri koşuludur. Ticari kullanıcının kendi satış kanalının yanında üçüncü taraf platformları da içermesi sebebiyle geniş EKM olarak tasnif edilmesi mümkündür⁶¹. DMA 5(4) hükmüne göre ise, geçit bekçisi platformların, ticari kullanıcıların son kullanıcılarla iletişim kurması ve bunlara teklifte bulunmasını engellemesi yasaktır⁶². Bu hükümler birlikte, ticari kullanıcılar platform dışında da son kullanıcılarla sözleşme akdedebilecektir⁶³. Mesela, *Apple* aleyhine birçok şikâyette bulunan ve dava açan

apple-with-the-european-commission-over-apple-tax-and-restrictive-rules/, Erişim Tarihi: 10.11.2022.

⁵⁹ Alman Rekabet Kanunu'nun 19a(2)2 hükmü aynen şu şekildedir: "...taking measures that impede other undertakings in carrying out their business activities on supply or sales markets where the undertaking's activities are of relevance for accessing such markets, in particular

a) taking measures that result in the exclusive pre-installation or integration of offers provided by the undertaking;

b) preventing other undertakings from advertising their own offers or reaching their purchasers through other channels in addition to those provided or mediated by the undertaking, or making it more difficult for other undertakings to do so;..."

⁶⁰ DMA'in 5(3) hükmü aynen şu şekildedir: "The gatekeeper shall not prevent business users from offering the same products or services to end users through third-party online intermediation services or through their own direct online sales channel at prices or conditions that are different from those offered through the online intermediation services of the gatekeeper."

⁶¹ Bkz. Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, *EKM Koşulları*, s. 117-152.

⁶² DMA'in genel gerekçesinde, geçit bekçilerinin platformlarına bağlılığı azaltmak ve ticari kullanıcılarının çok kaynaktan beslemesini sağlamak için, ticari kullanıcıların dağıtım kanallarını seçme konusunda ve farklı kanallarda başta fiyat olmak üzere farklı ticari koşullarla çalışma konusunda özgür olması gerektiğine vurgu yapılmıştır. DMA, Genel Gerekçe, para. 39 ve 40.

⁶³ DMA'in 5(4) hükmü aynen şu şekildedir: "The gatekeeper shall allow business users, free of charge, to communicate and promote offers, including under different conditions, to end users acquired via its core platform service or through other channels, and to conclude contracts with those end users, regardless of whether, for that purpose, they use the core platform services of the gatekeeper."

Epic Games, artık oyunlarına ilişkin ödemeyi Apple ekosistemi dışından da tahsil edebilecektir⁶⁴.

Taslak'ta öngörülen bu hükümle ticari kullanıcıların farklı platformları ve kendi kanalları aracılığıyla faaliyet göstererek daha çok alıcı tabanına ulaşması ve platformlar arası rekabetin artırılmasının hedeflendiğini belirtmiştik. Ancak platformların genel olarak aracılık ettikleri işlemlere ilişkin komisyon üzerinden gelir elde ettikleri düşünüldüğünde, bu hükmün platformların maliyetine ve platformların davranışına nasıl bir etkisi olabileceğinin değerlendirilmesi gerekir. Platformlar, düzenlemenin gelirlerindeki olumsuz etkileri nedeniyle bu gelirleri telafi etmeye yönelik çeşitli aksiyonlar alabilirler. Mesela, önemli pazar gücüne sahip platformlar, işlem platformu özelliklerine daha az önem göstererek işlem yapılmayan platformlar gibi girilen ürün başına listeleme ücreti talep edebilirler. Bu da platformları işlemde çok listeleme fonksiyonunu artırmaya güdüler ki bu durumda platformlar daha fazla trafik için daha yoğun yatırım yapabilir. Bu yaklaşımın dolaylı yoldan ticari kullanıcıların fiyatını artırma ihtimali de bulunmaktadır. Öte yandan, bu düzenleme platform dışı işlem sonlanma serbestisi nedeniyle bedavacılık sorunu da gündeme gelebilir. Platform da bu sorunu gidermek amacıyla iş modelini listeleme üzerinden de gelir elde edecek şekilde değiştirebilir. Bu kapsamda platform listeleme fonksiyonu için de bir bedel alarak işlemin platform dışında sonlandırılması durumunda kaybedeceği geliri telafi edebilir ve bu sayede yatırımının karşılığını alabilir.

Taslak 6/A (f) hükmü, E-ticaret Kanunu ek madde 2 (3)c hükmü ile büyük ölçüde örtüşmektedir. E-ticaret Kanunu ek madde 2 (3)c hükmüne göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar TL ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcısının ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını ya da reklam yapmasını kısıtlayamaz, herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlayamaz. Buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer veremez. Bu bağlamda, hem E-ticaret Kanunu hem de Taslak, belirli eşiklerin üstündeki teşebbüsler için münhasır sözleşme akdedilmesini, EKM koşulu kullanılmasını ve farklı kanallarda reklam yapılmasını sınırlamasını yasaklamaktadır.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. DMA, Genel Gerekeçe, para. 41.

Öte yandan, hükmün lafzı, platformlara tüm ticari kullanıcılar için bir promosyon ve reklam alanı açma yükümlülüğü getiriyormuş gibi anlaşılmaya müsaittir. Şüphesiz ki binlerce ticari kullanıcısı olan platformlar bakımından, bu hükmün, her ticari kullanıcıya reklam alanı açıp, bu ticari kullanıcıların nihai kullanıcıları kendi internet sitelerine yönlendiren bir reklam veya promosyon yapmasına müsaade edilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerekir. Zaten platformların tüm ticari kullanıcılara reklam yeri açması, teknik olarak da mümkün olmaz. Muhtelif ticari kullanıcılara platformdan faaliyet yürütürken nihai kullanıcılarla iletişime geçme özelliği tanınabilir. Bu iletişimdeki temel amaç nihai kullanıcının ürüne ilişkin bilgi talebini karşılamaktır. Eğer ticari kullanıcıların bu mesajlaşma alanlarında kendi internet sitelerine link vermelerine müsaade edilirse, şüphesiz ki bu ticari kullanıcılar platformlarda yüksek fiyattan ürün fiyatı belirler ve tüm nihai kullanıcıları kendi internet sitelerine yönlendirirler. Buna karşılık da platformlar ya bu özelliği kapatır ya da bu özellik için ilave ücret talep ederler.

g. Taslak 6/A (g) Bendi

Taslak 6/A (g) bendi aynen şu şekildedir: *“Rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerini engelleyecek ve halihazırda pazarda olanların etkin rekabet etmesini önleyecek şekilde;*

- 1) Temel platform hizmetlerinden elde ettikleri kişisel verileri, son kullanıcının taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için gerekli olmadıkça, sundukları diğer hizmetlerden ya da üçüncü taraflardan elde ettikleri kişisel verilerle birleştiremez, bu verileri birleştirerek işleyemez ve başta hedefli reklamcılık olmak üzere diğer hizmetleri için/bağlamında kullanamaz.*
- 2) Ticari kullanıcılardan elde ettiği rekabete duyarlı verileri, ticari kullanıcıya açık, net ve yeterli seçenek sunmadıkça ilgili hizmetin yerine getirilmesi dışındaki amaçlarla işleyemez.”*

Gerekçede ifade edildiği üzere, bu hükümlerle veri sahipliği üzerinden elde edilen piyasa gücüne aracılığı ile piyasa kapamanın önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Hüküm kapsamında iki farklı yasak bulunmaktadır. Fakat bu iki yasağın öncesinde *“Rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerini engelleyecek ve halihazırda pazarda olanların etkin rekabet etmesini önleyecek şekilde”* koşuluna yer verilmiştir. Dolayısıyla ancak girişleri engellediği ve etkin rekabeti önlediği ölçüde, verilerin birleştirilme, işlenmesi ve kullanılması eylemleri madde kapsamında yasaklanır. Bu

koşul, ilgili yasakların uygulanmasını önemli pazar gücüne sahip teşebbüs lehine daraltmakta ve hükmün tatbikinde piyasa analizi yapılmasını gerekli kılmaktadır.

İlk yasağa göre, önemli pazar gücüne sahip platform, rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerini engelleyecek ve halihazırda pazarda olanların etkin rekabet etmesini önleyecek şekilde, temel platform hizmetlerinden elde ettikleri kişisel verileri, son kullanıcının taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için gerekli olmadıkça, sundukları diğer hizmetlerden ya da üçüncü taraflardan elde ettikleri kişisel verilerle birleştiremez. İlâveten bu verileri birleştirerek işleyemez ve başta hedefli reklamcılık olmak üzere diğer hizmetleri için/bağlamında kullanamaz. İkinci yasağa göre ise, önemli pazar gücüne sahip platform, rakip teşebbüslerin piyasaya girişlerini engelleyecek ve halihazırda pazarda olanların etkin rekabet etmesini önleyecek şekilde, ticari kullanıcılardan elde ettiği rekabete duyarlı verileri, ticari kullanıcıya açık, net ve yeterli seçenek sunmadıkça ilgili hizmetin yerine getirilmesi dışındaki amaçlarla işleyemez.

Taslak 6/A (g) bendi, Kurul'un *Facebook/WhatsApp* soruşturmasına konu olan eylemleri konu edinmektedir⁶⁵. Nitekim, ilgili soruşturmanın konusu da hizmetler arası veri aktarımı suretiyle piyasa gücünün artırılmasıdır. Kurul, bahsi geçen soruşturma neticesinde, *Facebook*'un temel hizmetler olarak adlandırılan *Facebook*, *Instagram* ve *WhatsApp* hizmetlerinden topladığı verileri birleştirmek suretiyle kişisel amaçlı sosyal ağ hizmetleri ile çevrim içi görüntülü reklamcılık pazarlarında faaliyet gösteren rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak ve pazara giriş engeli yaratmak suretiyle rekabetin bozulmasına yol açtığına ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Öte yandan bu hüküm ile engellenmek istenen belirsizdir. Bu noktada iki farklı yorum yapılabilir. Bunlardan *ilki*, aynı ekonomik bütünlük bünyesindeki farklı hizmetlerden elde edilen verilerin birleştirilmesidir. Mesela *Facebook*, *Instagram* ve *WhatsApp* gibi farklı arayüzlerden verilen farklı hizmetlere ilişkin verilerin birleştirilmesi bu bağlamda değerlendirilebilir. *İkincisi* ise aynı arayüz üzerinden verilen farklı hizmetlerden elde edilen verilerin birleştirilmesidir. Mesela, *YemekSepeti*'nin yemek siparişi için üyeliğini aldığı kişinin verisini Yemek Sepeti Market hizmeti sunarken kullanması veya *Getir*'in *Getir* hizmeti için aldığı verileri, yemek sipariş hizmeti için de kullanması bu bağlamda değerlendirilebilir. Taslak'ın

⁶⁵ İlgili karar için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/1-meta-nihai-karar-internet-duyurusu.pdf>, Erişim Tarihi: 11.11.2022.

lafzı hangi yorumu benimsediği noktasında yeterli açıklığı haiz değildir. Bu kapsamda (d) bendinde yapılan açıklamalara atıfla ve ikinci yorumun hükmün amacına daha iyi hizmet edeceği görüşü tekrarla yetinilmektedir.

Bu bağlamda diğer bir tartışma alanı *son kullanıcının taraf olduğu bir sözleşmenin ifası için gerekli olmadıkça çekincesidir*. Bu ifadenin kapsamı belirsizdir. Platformlar ile son kullanıcılar arasında akdedilen sözleşmeler genel olarak platformlar tarafından hazırlanır ve nihai kullanıcının üzerinde pazarlık şansı bulunmayan hükümleri ihtiva eder. Dolayısıyla, *“sözleşmenin ifası”* kavramının içi platform tarafından tek taraflı bir şekilde doldurulabilir. Bu sözleşmeler marifetiyle platformların dilediği veriyi, diğer mevzuatlara uygun olacak şekilde, dilediği şekilde kullanabilecek yetkiyi alabilir. Platform aldığı bu yetki ile de ilgili verileri birçok alanda kullanma imkanına sahip olabilir. Bu vesileyle platform ilgili hüküm kapsamında yer verilen yasağın arkasından rahat bir şekilde dolaşarak, ilgili hükümü işlevsiz kılabilir.

Öte yandan ilgili çekincenin kapsamı, en azından *“ilgili platform hizmetinin sunumu için gerekli olmadıkça”* şeklinde yorumlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bir pazaryeri platformundan alışveriş yapan bir son kullanıcı hem sipariş verirken hem kargo hizmeti alırken hem de ödeme hizmeti alırken kişisel verilerini ayrı ayrı girmek durumunda kalmamalıdır. Bu noktada, platformun sağladığı hizmeti bir bütün olarak kabul etmek gerekir. Aksi yorum tüketiciyi cezalandırmak anlamına geleceği gibi platform hizmetinin sunulmasını da güçleştirir.

Bu çekince, ilgili platformun, platform bünyesinde alışveriş yapan bir nihai kullanıcının platform hizmetinden yararlanması için gerekli tüm aşamaları kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Nitekim, nihai kullanıcının kişisel verilerini hem ürün siparişi verirken hem teslimat adresi hem ödeme aşamasında ayrı ayrı vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu çekince, platform hizmetinin sunumu için gerekli olmadıkça şeklinde yorumlanmalıdır ve platform ilgili kullanıcının verilerini hizmeti bir bütün olarak sunabilmek için kullanabilmelidir.

Taslak'taki ifadeyi anlamak için DMA'in genel gerekçesinin de incelenmesi yerinde olacaktır. Platformlar, son kullanıcılar üçüncü taraf internet sitelerini veya yazılımlarını kullandığında çevrim içi reklamcılık hizmeti sağlamak için doğrudan son kullanıcıların kişisel verilerini toplar. İlâveten, üçüncü taraflar (ki bunlar genelde ticari kullanıcılarıdır), platformlar tarafından sağlanan hizmetleri kullanabilmek için müşterilerine dair kişisel verileri platforma sağlar. Platformların

reklamcılık hizmeti sağlamak için bu kişisel verileri birleştirmesi ve bu sayede önemli miktarda kişisel veriye erişmesi, bir yandan reklamcılık hizmetinin kalitesini arttıracak, ancak diğer yandan sağladığı “özgün” avantaj nedeniyle piyasaya girişi güçleştirecektir⁶⁶. Bu kapsamda, DMA’in 5(2) maddesinde 4 temel yasak düzenlenmiştir⁶⁷. Bunlardan *ilki*, geçit bekçisi platformun, sunmuş olduğu temel platform hizmetlerinden yararlanan üçüncü tarafların, hizmetlerini kullanan son kullanıcıların kişisel verilerini, çevrim içi reklamcılık hizmetleri sağlamak amacıyla işlemesidir. *İkincisi*, geçit bekçisi platformun, ilgili temel platform hizmetinden aldığı kişisel verileri, diğer temel platform hizmetlerinden veya geçit bekçisi tarafından sağlanan diğer hizmetlerden gelen kişisel verilerle veya üçüncü taraf hizmetlerinden alınan kişisel verilerle birleştirmesidir. *Üçüncüsü*, geçit bekçisi platformun, geçit bekçisi tarafından ayrı olarak sağlanan diğer hizmetlerle ilgili temel platform hizmetinden elde edilen kişisel verileri çapraz kullanmasıdır. *Dördüncüsü* ise geçit bekçisi platformun, kişisel verileri birleştirmek için son kullanıcıların geçit bekçisinin diğer hizmetlerinde oturum açmasıdır. Bu yasakların tamamına uygulanan istisna ise, 2016/679 sayılı Direktif’in 4 ve 6. maddeleri uyarınca kullanıcının açık onayının alınmasıdır. İlgili Direktif kapsamında, kullanıcıdan onay alınması durumunda ilgili yasaklar uygulama alanı bulamayacaktır. Bu bağlamda, DMA kapsamında, onay vermemenin onay vermekten daha zor olmaması gerektiğine ve verilen onayın geri alınmasının da onay vermekten daha güç olmaması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁶⁸.

⁶⁶ DMA, Genel Gerekçe, para. 36.

⁶⁷ DMA 5(2) hükmü aynen şu şekildedir: “DMA 5(2): *The gatekeeper shall not do any of the following: (a) process, for the purpose of providing online advertising services, personal data of end users using services of third parties that make use of core platform services of the gatekeeper; (b) combine personal data from the relevant core platform service with personal data from any further core platform services or from any other services provided by the gatekeeper or with personal data from third-party services; (c) cross-use personal data from the relevant core platform service in other services provided separately by the gatekeeper, including other core platform services, and vice versa; and (d) sign in end users to other services of the gatekeeper in order to combine personal data, unless the end user has been presented with the specific choice and has given consent within the meaning of Article 4, point (11), and Article 7 of Regulation (EU) 2016/679. Where the consent given for the purposes of the first subparagraph has been refused or withdrawn by the end user, the gatekeeper shall not repeat its request for consent for the same purpose more than once within a period of one year. This paragraph is without prejudice to the possibility for the gatekeeper to rely on Article 6(1), points (c), (d) and (e) of Regulation (EU) 2016/679, where applicable.*”

⁶⁸ DMA, Genel Gerekçe, para. 37.

Alman Rekabet Kanunu'nda da benzer bir yasak bulunmaktadır⁶⁹. Lafzı itibariyle geniş bir şekilde yazılan hükümde, iki temel yasağa yer verilmiştir. *İlki*, sunulan hizmet için kesinlikle gerekli olmayan veri veya hakların aktarılmasının talep edilmemesidir. *İkincisi* ise hizmetlerin kalitesini, hizmetin sunumu için gerekli olmayan veri ve hakların aktarımına bağlı hale getirilmesidir.

Taslak'taki hüküm, DMA esas alınarak hazırlanmış gibi gözükmemektedir. Ancak DMA'de yer alan açık rıza istisnası Taslak'ta yer almamaktadır. Burada "sözleşmenin ifası için gerekli olmadıkça" ifadesi bir yoruma göre, aslında "onay" gibi düşünülebilir. Yani eğer, verinin kullanımı hakkında sözleşmede düzenleme yapılmışsa, sözleşme hükümlerine kullanıcı rıza göstereceği için, meselenin farklı bir ifade ile aynı konuyu düzenlediği iddia edilebilir. Diğer taraftan Taslak'taki 2 numaralı alt bent de DMA'de yer almamaktadır. İlave olarak, DMA'de yer alan açık rıza istisnasının kanun kapsamına alınması gerekir⁷⁰.

Taslakta yer alan 2 numaralı bent, önemli pazar gücüne sahip platformların ticari kullanıcılardan elde ettiği rekabete duyarlı verileri, ticari kullanıcıya açık, net ve yeterli seçenek sunmadıkça ilgili hizmetin yerine getirilmesi dışındaki amaçlarla işleyemeyeceğini ifade ederek, aslında, ticari kullanıcıya açık, net ve yeterli seçenek sunarak ilgili hizmetin yerine getirilmesi dışındaki amaçlarla işleyebileceğini hüküm altına almaktadır. Bu noktada önem arz eden iki temel tartışma alanı bulunmaktadır. *İlki* ticari kullanıcıya açık, net ve yeterli seçenek sunmanın kapsamının ne olduğuna ilişkindir. *İkincisi* ise ilgili hizmetin yerine getirilmesi dışındaki amacın kapsamının sınırlarının ne olduğuna ilişkindir. Hatta ikinci tartışma alanına ilişkin olarak, bu amaca ilgili ticari kullanıcıyla rakip olma amacının da dahil olup olmadığı net değildir. Bu husus (b) bendiyle açıkça yasaklanmış olmakla beraber, hükmün, en azından lafzı, bu konuda da bir istisna teşkil edip etmediğine ilişkin tartışmaya son derece müsaittir.

⁶⁹ Alman Rekabet Kanunu kapsamında da bu konuyu düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır. Alman Rekabet Kanunu'nun 19a(2)7 hükmü aynen şu şekildedir: "*demanding benefits for handling the offers of another undertaking which are disproportionate to the reasons for the demand, in particular*
a) *demanding the transfer of data or rights that are not absolutely necessary for the purpose of presenting these offers,*
b) *making the quality in which these offers are presented conditional on the transfer of data or rights which are not reasonably required for this purpose.*"

⁷⁰ DMA'deki rıza istisnasına ilişkin olarak bkz. DMA, Genel Gerekçe, para. 37.

h. Taslak 6/A (h) Bendi

Taslak 6/A (h) hükmü aynen şu şekildedir:

“Temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriye, talepleri üzerine, ilgili ticari kullanıcıların ve yetkilendirdikleri üçüncü kişilerin ücretsiz, etkin, sürekli ve gerçek zamanlı erişimini sağlar. Bu kapsamda, son kullanıcılara ait kişisel verilere erişimin sağlanması, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na uygun olarak gerçekleştirilir.”

Söz konusu hüküm, ticari kullanıcıların platform bünyesindeki verilere erişimini düzenlenmektedir. İlgili hükme göre, önemli pazar gücüne sahip platformlar, ilgili ticari kullanıcı veya yetkilendirdiği üçüncü kişilerin veriye erişmesine izin verme yükümlülüğü altındadır. Bu kişiler, temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriye ücretsiz, etkin, sürekli ve gerçek zamanlı erişim hakkına sahip hale getirilmektedir. Bu hükümle birlikte, mesela *Hepsiburada* üzerinde faaliyet yürüten bir ticari kullanıcının, *Hepsiburada*’ya sağladığı veya bu ticari kullanıcının *Hepsiburada* üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriye erişim hakkı olacaktır. Ticari kullanıcının *Hepsiburada*’ya sağladığı ürün profilleri ve detayları ile ticari kullanıcının yaptığı satış bilgileri bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bu hüküm, her şeyden önce, Taslak kapsamında, ticari kullanıcının kendi verileri üzerinde tasarruf sahibi olduğunun kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Hatta, bu verinin kapsamı, platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış veriyi kapsayacak şekilde geniş bir şekilde belirlenmektedir. Üstelik, bu veri üzerindeki ekonomik değer de bu vesileyle ticari kullanıcıya tahsis edilmektedir.

İlgili hüküm, veriye ilişkin tasarruf yetkisini ticari kullanıcıya vermek suretiyle, platformlar arası rekabeti artırmayı hedeflemektedir. Bu vesileyle, ticari kullanıcıların daha doğru ticari stratejiler uygulayabilmesine de imkân tanınmaktadır. Bu açıdan, piyasa açısından olumlu bir müdahale olarak kabul edilebilir. Nitekim önemli miktarda veriye sahip teşebbüsler, bu veriye ticari faaliyetlerini yürütmek için ihtiyaç duyan üçüncü taraf teşebbüslerin verilere erişmesini engelleyebilir. Birlikte işlerlik de dahil olmak üzere verilere erişim izni vermeyi reddetmenin, rekabete aykırı pazar kapamaya yol açması sebebiyle ne zaman bir kötüye kullanım olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda mevcut durumda çok fazla tartışma ve belirsizlik bulunmaktadır⁷¹. İlgili hüküm ile birlikte bu tartışma, öncül bir düzenleme ile düzenlenmiş olacaktır.

DMA 6(10) kapsamında da benzer düzenleme bulunmaktadır⁷². İlgili hükme göre, geçit bekçisi platform, ticari kullanıcılara veya ticari kullanıcılar tarafından yetkilendirilen üçüncü taraflara, talepleri üzerine, toplulaştırılmış veya toplulaştırılmamış verilere, ücretsiz, etkin, yüksek kaliteli ve gerçek zamanlı erişim sağlama yükümlülüğü altındadır. Erişim sağlanması gereken verilerin kapsamına ticari kullanıcıların veya bunların müşterilerinin temel platform hizmetinin veya yan hizmetlerin kullanımı kapsamında sağlanan ve üretilen veriler girmektedir. Kişisel veriler bağlamında ise hükümde geçit bekçisinin sunulan hizmetin gerektirmesi ve kişinin bu konudaki onayıyla bu erişimin sağlanacağı açıkça kaleme alınmıştır.

Taslak kapsamında, erişim yükümlülüğü getirilen veriler, temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış ve toplulaştırılmamış

⁷¹ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, “*Competition Policy for the Digital Era*”, Avrupa Komisyonu, 2019, s. 91.

⁷² DMA 6(10) hükmü aynen şu şekildedir: “*The gatekeeper shall provide business users and third parties authorised by a business user, at their request, free of charge, with effective, high-quality, continuous and real-time access to, and use of, aggregated and non-aggregated data, including personal data, that is provided for or generated in the context of the use of the relevant core platform services or services provided together with, or in support of, the relevant core platform services by those business users and the end users engaging with the products or services provided by those business users. With regard to personal data, the gatekeeper shall provide for such access to, and use of, personal data only where the data are directly connected with the use effectuated by the end users in respect of the products or services offered by the relevant business user through the relevant core platform service, and when the end users opt in to such sharing by giving their consent.*”

verilerdir. Ticari kullanıcı veya bunların son kullanıcıları tarafından sağlanan verilerin kapsamını tespit etmek güç değildir. Öte yandan ticari kullanıcı veya ticari kullanıcıların son kullanıcılarının faaliyetleri kapsamında üretilen, toplulaştırılmış veya toplulaştırılmamış verinin kapsamını belirlemek ise son derece güçtür.

Özellikle toplulaştırılmış verinin kapsamının tespiti güçtür. Burada iki farklı yorum yapılabilir. Bunlardan *ilki*, ilgili ticari kullanıcının verilerinin toplulaştırılmasıdır. *İkincisi* ise, ilgili ticari kullanıcının verilerinin de dahil edildiği ve diğer teşebbüslerin verilerinin de yer aldığı verilerin toplulaştırılmasıdır. Somutlaştıracak olursak, *Hepsiburada* üzerinde faaliyet gösteren ve kırtasiye ürünleri satan ticari kullanıcıların sattığı kalem miktarı verisi toplulaştırılarak, *Hepsiburada* üzerinden en çok satılan kalem modelleri verisi elde edildiğini varsayalım. Bu toplulaştırılmış verinin, ticari kullanıcılardan herhangi birinin toplulaştırılmış verisi kabul edilip, bu ticari kullanıcılardan herhangi birinin bu veriye erişim hakkı da bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim, Taslak'ın lafzına bakıldığında, “*bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen*” ifadesinden kümülatif verilere erişimin de sağlanması gerektiği gibi bir anlam çıkabilir. Öte yandan, böylesi bir yorum, ticari kullanıcıların başka ticari kullanıcıların verisine erişmesi gibi bir sonuç doğurur ki hükmün amacının bu olduğu son derece şüphelidir. Hükmün bu haliyle yeterli açıklığı haiz değildir.

i. Taslak 6/A (i) Bendi

Taslak 6/A (i) hükmü aynen şu şekildedir:

“Temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan son kullanıcılar, ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen verileri, talepleri üzerine, ücretsiz ve etkin bir şekilde taşımalarına imkân tanır, veri taşınabilirliğini kolaylaştıracak araçları ücretsiz sağlar. Bu kapsamda, ticari kullanıcılarca, son kullanıcılara ait kişisel verileri de içeren verinin taşınması, 6698 sayılı Kanuna uygun olarak gerçekleştirilir.”

Bu hüküm veri taşıma konusunu düzenlemektedir⁷³. Hüküm ile temel platform hizmeti veya yan hizmetleri kullanan son veya ticari kullanıcıların ve hatta ticari

⁷³ Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 534 vd.

kullanıcıların müşterileri tarafından platforma sağlanan (veya bu veriler üzerinden üretilen) verilerin taşınmasını ve bu verilerin taşındığı mecraların (ki bunlar çoğunlukla rakip platformlar olacaktır) rekabetçi gücünün artırılması ve bu sayede piyasanın rekabetçi hale getirilmesinin hedeflendiği düşünülmektedir. Mesela, *Trendyol* üzerinde faaliyet gösteren ticari kullanıcılar, ürün profillerini dilediği zaman farklı platformlara taşıyabilecektir. Dolayısıyla bu hüküm, geçiş maliyetlerini azaltarak, platformlar-arası rekabeti artırma potansiyeli olan bir hükümdür.

Veri toplama ve işleme faaliyeti, dijital piyasalar açısından önemli bir ekonomik varlıktır ve rekabet avantajı yaratır⁷⁴. Çevrimiçi ortamda satılan ürünlerin bazılarının özellikle veri odaklı olması sebebiyle verinin, müşteriye sunulacak ürün için bir girdi olması, bu veriye münhasıran sahip olunması piyasa açısından bir giriş engeli teşkil eder. Üstelik veri üzerinden bir ağ etkisinin mevcut olduğu bile rahatlıkla söylenebilir. Piyasada faaliyet gösteren teşebbüs, faaliyet gösterdikçe ilave veri elde eder, bu veriyi kullanarak daha da büyüyerek faaliyet göstermeye devam edebilir. Bu veriye sahip olamayan teşebbüsler ise piyasaya giremeyeceği gibi girseler bile büyüyemeyebilirler⁷⁵.

Konuya ilişkin olarak Kurul'un *Nadirkitap* hakkında verdiği bir ihlal kararı bulunmaktadır. Kurul, *Nadirkitap*'ın, satıcı üyelerinin www.nadirkitap.com'a yükledikleri kitap verilerine erişimi ve bu verilerin taşınabilirliğini haklı bir gerekçe olmadan engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır⁷⁶. Ayrıca, halihazırda *Sahibinden* aleyhine başlatılan bir soruşturma da bulunmaktadır. Kurul, çevrim içi platform hizmetleri bakımından veri taşınmasının engellenmesi ve diğer yollarla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitine ilişkin *Sahibinden* hakkında soruşturma başlatmıştır. *Sahibinden* dosyasında emlakçıların ilanlarını farklı platformlara taşıması konusu değerlendirilmektedir⁷⁷.

⁷⁴ Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 134 vd; Judiciary Committee, s. 42 vd; Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, s. 49.

⁷⁵ Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 134 vd.

⁷⁶ Kurul, 07.04.2022 tarih ve 22-16/273-122 sayılı *Nadirkitap* kararı.

⁷⁷ İlgili duyuru için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/sahibinden-bilgi-teknolojileri-pazarlama-c9ddc0eae430ec118144005056b1ce21>, Erişim Tarihi: 10.11.2022.

Öte yandan hangi verilerin taşımaya tabi olduğu noktasında Taslak lafzı yeterli açıklığı haiz değildir. Bu noktada, tüketici geri bildirimleri özel önem taşımaktadır⁷⁸. Bu verilerin rakip platformlara taşınacağı dikkate alınır, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün kullanıcılardan aldığı verinin işlenmesi halinde, bu verinin hüküm kapsamında olmaması gerekir. Bu türden bir transfer, bedavacılık sorununu beraberinde getirebilir. Yahut veri kapsamında sadece kullanıcılara ait değil mesela platforma ait veriler de var ise, bu verilerin taşınması hukuk politikası açısından sorunlu olabilir. Özellikle kullanıcı yorumlarında ilginç sorunlar çıkabilir. Bir örnekle somutlaştıralım: Bir ticari kullanıcı hakkında tüketici yorumlarının bulunduğunu ve bu verilerin de taşıma kapsamında olduğunu kabul edelim⁷⁹. Ticari kullanıcı, özellikle hakkında çok sayıda “pozitif” yorum var ise, bunların faaliyette bulunacağı veya bulunduğu diğer platformlarda da görünmesini arzu edecek ve verilerin taşınması yönünde bir talepte bulunabilecektir. Ancak platform üzerinden sağlanan hizmetin entegre bir hizmet olduğu, platform, kargo, ödeme ve promosyon gibi farklı unsurları taşıdığı ve yorumların ticari kullanıcı haricinde, bu hizmet unsurları ile de ilişkili olabileceği dikkate alınmalıdır. Hatta yorumların ne zaman ticari kullanıcının performansı ne zaman platformda sağlanan (ana hizmet dahil) diğer hizmetler ile ilgili olduğunu ayırtmak da kolay değildir. Peki böyle bir durumda ne yapılacaktır? Ticari kullanıcının ekonomik faaliyetine ait olmayan performans değerlendirmesi ve buna bağlı yorumların taşınması, kullanıcı açısından pozitif dışsallık teşkil edecektir. Dolayısıyla bu iktisadi açıdan arzu edilmez. Ancak bu sorun bir yana, taşıma ve rakip platformlarda yayımlama tüketicilerin yanlış bilgilendirilmesine ve bu çerçevede haksız ticari uygulama kapsamına girebilecek bir duruma yol açacaktır. Dolayısıyla ticari kullanıcının,

⁷⁸ Kapsamlı bilgi ve analiz için bkz. Cihan Doğan, “Elektronik Ticarete Veri: Rekabet Hukuku ve Politikası Ekseninde Çıkarımlar”, Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2019 (Ed: Kerem Cem Sanlı ve Dilan Alma), On İki Levha Yayınevi, 2020, s. 493-532 (bundan böyle “Elektronik Ticarete Veri”).

⁷⁹ Ticari kullanıcıların muhtelif yollarla tüketici geri bildirimlerini manipüle etmeye çalışması bu geri bildirimlerin ticari kullanıcılar için önemini ortaya koymaktadır. Bazen bu tür manipülasyonları önlemek için de platformca veri kullanılması gerekebilir. Mesela yakın zaman önce, yemek sipariş platformlarında restoranlara ilişkin yorumların manipülatif olduğuna dair artan şikâyet üzere, yemek sipariş platformları, yorumu yapan son kullanıcıların hangi ürünü sipariş verdiğine ilişkin veriyi kamuoyuyla paylaşarak, organik olmayan yorumların ayırt edilebilir olmasını sağlayabildi. Bu sayede tüketiciler, restorandan bir adet su sipariş ederek, restoranın diğer yemeklerinin kusursuz olduğu şeklinde yorum yazan ve muhtemelen ilgili restoranla bağlantılı kişilerin yanlış yönlendirici yorumlarını ayırt ederek muhtemel bir manipülasyondan kurtulma imkanına sahip olmaktadır. İşte tüketici nezdinde böylesi bir soruna sebebiyet veren bir durumun tespiti için dahi ilgili verilerin incelenmesi ve bunların bir kısmının kamuoyuyla paylaşılması gerekebilir.

platformda sağlanan diğer (entegre) hizmetler ile ilgili yorumları taşımasına izin verilmesi kanımızda sorunlu bir alan teşkil etmektedir.

Taslak 6/A (i) bendi DMA 6(9) hükmü model alınarak hazırlanmıştır⁸⁰. DMA'den temel farkı ticari kullanıcıların verilerini de kapsamıdır. DMA'de nihai kullanıcıların sağladığı ve nihai kullanıcıların faaliyetlerinden ortaya çıkan verilerin taşınabilirliği düzenlenmiştir. Verinin bir piyasa gücü unsuru olduğu ve bu kapsamda taşınmasına yönelik düzenleme yapıldığı düşünüldüğünde verinin sahibinin ve veriyi sağlayanın önemi bulunmamaktadır. Bu kapsamda verinin son kullanıcıya veya ticari kullanıcıya ait olduğundan bağımsız olarak taşınması amaca uygun bir yaklaşımdır. Bu açıdan Taslak'taki yaklaşımın daha isabetli olduğu söylenebilir.

Taslak'ta öngörülen bu yükümlülük E-ticaret Kanunu kapsamında da düzenlenmiştir. E-ticaret Kanunu'nun ek 2. maddesinin 2. Fıkrasının (b) bendine göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL üzerinde olan e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının satışları dolayısıyla elde ettiği verileri bedelsiz taşımasına ve bu veriler ile bunlardan elde ettiği işlenmiş verilere bedelsiz ve etkin şekilde erişim sağlamasına teknik imkân sunma yükümlülüğü altındadır. Bu açıdan, aynı konuya ilişkin iki farklı düzenleme bulunduğu ve bunların muhtelif senaryolarda örtüşeceği rahatlıkla söylenebilir. Hazırlanacak olan ikincil düzenlemelerde, mümkün olduğu ölçüde birbirleriyle uyumlu düzenlemeler yapılması (her iki kuralın da aynı amaca hizmet ettiği dikkate alınır) isabetli olur.

j. Taslak 6/A (j) Bendi

Taslak 6/A (j) hükmü aynen şu şekildedir:

“Temel platform hizmetlerinin veya yan hizmetlerin, ilgili diğer ürün ya da hizmetlerle birlikte işlerliğine etkin ve ücretsiz olarak imkân sağlar, buna yönelik teknik gereklilikleri yerine getirir.”

⁸⁰ DMA'in 6(9) hükmü aynen şu şekildedir: *“The gatekeeper shall provide end users and third parties authorised by an end user, at their request and free of charge, with effective portability of data provided by the end user or generated through the activity of the end user in the context of the use of the relevant core platform service, including by providing, free of charge, tools to facilitate the effective exercise of such data portability, and including by the provision of continuous and real-time access to such data.”*

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hüküm ile temel platform hizmetlerinin veya yan hizmetlerin kritik olduğu ilişkili diğer ürün ve hizmetlere erişimi ve bu ürün ya da hizmetlerle birlikte işlerliği sağlayarak temel platform hizmetlerinde giriş engellerinin ve geçiş maliyetlerinin azaltılması ile pazarlara yeni girişlerin yapılmasının sağlanması hedeflenmektedir⁸¹.

Hükme göre, önemli pazar gücüne sahip platformlar, temel platform hizmetlerinin veya yan hizmetlerin, ilgili diğer ürün ya da hizmetlerle birlikte işlerliğine etkin ve ücretsiz olarak imkân sağlama ve bu doğrultuda teknik gereklilikleri yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Mesela, *Trendyol* veya *Amazon* üçüncü taraf ödeme cüzdanı uygulamasının platform ile çalışabilmesi adına gerekli teknik altyapıyı sağlama yükümlülüğü altındadır.

Birlikte işlerlik dijital piyasaların rekabetçiliği için kilit önemi haizdir. Nitekim, birlikte işlerlik, piyasaya yeni giren teşebbüslerin bir veya daha fazla platform tarafından sunulan hizmetlere tamamlayıcı nitelikte hizmet sunmasını sağlar. Bu sayede, çok kaynaktan beslenmeye ve piyasaya yeni giren teşebbüsün büyüterek bazı platformların hâkim durumunu sarsmasına izin verir⁸². Öte yandan tamamlayıcı veya alt piyasaya ait ürünlerle birlikte işlerlik platformların değerini artırır⁸³. Bu konu halihazırda rekabet hukukunun müdahale alanında bulunan ve piyasaların rekabetçiliği için kilit önemi haiz bir konudur. Mesela Avrupa Komisyonu'nun *Microsoft* dosyasında ihlal olgularından biri de birlikte işlerliğin engellenmesi konusuydu⁸⁴. Kurul da yakın zamanda verdiği *Sahibinden/Reos* kararında birlikte işlerlik konusunu incelemiştir. İlgili kararda Kurul, patates, soğan limon dosyalarına atıf yaparak, entegratörlerin de patates-soğan aracıları gibi ilave bir katman oluşturup fiyat artıracığını ve birlikte işlerliğe izin verilmesi durumunda, birlikte işlerliğe izni veren teşebbüslerin ana faaliyetini üçüncü bir kişiye (entegratöre) bırakması anlamına geleceğinden hareketle, REOS'un birlikte işlerlik talebinin reddini Kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirmemiştir⁸⁵.

⁸¹ Birlikte işlerlik konusunda bkz. Cihan Doğan, *Dijital Platformlar*, s. 534 vd. Öte yandan, bu konu halihazırda rekabet hukukunun müdahale alanında bulunan ve piyasaların rekabetçiliği için kilit önemi haiz bir konudur. Mesela Avrupa Komisyonu'nun *Microsoft* dosyasında ihlal olgularından biri de birlikte işlerliğin engellenmesi konusuydu. (Case COMP/C-3/37.792-Microsoft).

⁸² Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, "*Competition Policy for the Digital Era*", Avrupa Komisyonu, 2019, s. 38.

⁸³ OECD, *Data portability, interoperability and digital platform competition*, OECD Competition Committee Discussion Paper, 2021, s. 19.

⁸⁴ Case COMP/C-3/37.792-Microsoft.

⁸⁵ Kurul, 30.09.2021 tarih ve 21-46/655-325 sayılı *Sahibinden/Reos* kararı.

Somutlaştıracak olursak, bu hüküm sayesinde piyasada faaliyet yürüten yerleşik platformlar, altyapılarını inovatif start-uplarla paylaşmak durumunda kalacaktır. Bu da piyasaları daha rekabetçi kılacaktır. Start-upların yarattığı rekabetçi baskı, platformları daha rekabetçi olmaya itecektir. Mesela, bir girişimcinin “*Profilim*” adlı bir uygulama geliştirdiğini düşünelim. Bu uygulamaya, tüketici ödeme bilgileri, adres verileri gibi tüm verileri girdiğini varsayalım. Bu uygulamanın temel fonksiyonun, *Profilim*’in birlikte işlerlik izni aldığı platformlarda, *Profilim* kullanıcılarının, bu platformlara üye olmadan ürün siparişi verebilmesini sağlamak olduğunu düşünelim. Tüketicilerin her platforma veya internet sitesine üye olmasının hem riskli hem de işlem maliyeti sebebiyle maliyetli olduğu düşünüldüğünde, *Profilim* uygulamasının, piyasanın en büyük oyuncuları lehine olan tüketici kayıtsızlığı sorununu, piyasa lehine çözer. Bu açıdan piyasayı daha rekabetçi kılar. Ne var ki, farazi *Profilim* girişiminin başarılı olması için platformlarla birlikte işlerliğine izin verilmesi gerekir. İşte bu hüküm, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler bakımından bu yükümlülüğü getirmektedir⁸⁶.

Tamamlayıcı ürün kategorisinde hizmet sağlayan dijital platformların diğer şirketlerin hizmetiyle birlikte işlerliği sınırlandırması rekabet hukuku hassasiyeti yaratabilir⁸⁷. Sınırlı birlikte işlerlik, örneğin kapalı bir API olması durumunda, güçlü bir giriş engeli teşkil edebilir. Nitekim, bir teşebbüsün, platformun kapalı sistemiyle rekabet edebilmesi için kullanıcılarına platformun (geçit bekçisi) sağladığı hizmetlerin tamamını (tam ekosistemi) sunabilmesi gerekir. Bu da önemli bir ilk giren avantajı yaratabilir ve birlikte işlerlik bu sorunları çözebilir⁸⁸.

⁸⁶ Özellikle ödeme hizmetleri bakımından bu konu sektör düzenleyicileri tarafından düzenlenmektedir. Mesela, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik’in 8. maddesine göre, ödeme hizmeti sağlayıcısı, sunmakta olduğu ödeme hesabı hizmetleri ve ödeme hizmetlerine ilişkin altyapı hizmetlerinin başka bir ödeme hizmeti sağlayıcısı tarafından kullanılmak istenmesi durumunda, talepte bulunan ödeme hizmeti sağlayıcısına bu hizmetleri, mevzuattan doğan yükümlülükler ile güvenlik, operasyonel ve teknik gereklilikler saklı kalmak kaydıyla, diğer ticari müşterileri, iş ortakları ve işlem yaptığı diğer ödeme hizmeti sağlayıcıları ile benzer koşullarda sunmakla yükümlüdür.

⁸⁷ OECD, Data portability, interoperability and digital platform competition, s. 41, 43, 52 ve 62; Stigler Committee on Digital Platforms, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Final Report, 2019, Erişim Linki: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>, Erişim Tarihi: 02.11.2022.

⁸⁸ OECD, Data portability, interoperability and digital platform competition, s. 21.

Hâkim durumda bulunan platformlar, tamamlayıcı hizmetlerin sunumuna ilişkin olarak birlikte işlerlik sağlama yükümlülüğü altında olması gerektiği uzun süredir tartışılmaktadır⁸⁹. Hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün verilere erişim sağlama yükümlülüğü altında olduğu durumlarda bile, bu erişim farklı şekillerde olabilir. Bazı durumlarda, bir tür veri taşınabilirliği yeterli olacaktır. Diğer durumlarda, standart bir API aracılığıyla verilerin ve dolayısıyla protokolün birlikte işlerliğini sağlama yükümlülüğü olacaktır⁹⁰.

Şüphesiz ki, hâkim durumda bulunan platformlar piyasa güçlerini, tamamlayıcı hizmetlere ilişkin piyasalara aktararak, piyasa gücünü aktardıkları piyasanın rekabetçi yapısına zarar verebilir. Birlikte işlerlik bu muhtemel endişeyi giderebilir. Dikey ve konglomera bütünleşmenin ve güçlü ekosistemlerin yükselişinin endişelere yol açabileceği durumlarda, hâkim durumdaki oyuncuların veri birlikte işlerliğini sağlamasını talep etmek, firmaların yapısal ayrıştırılması karşısında daha çekici ve verimli bir alternatif olabilir. Bu sayede entegrasyon verimliliğinden faydalanılabilir⁹¹.

Yukarıda kısaca teorik önemine değinilen birlikte işlerlik konusuna ilişkin getirilmesi öngörülen hükmün, yine yukarıda açıklanan faydalar ışığında, dijital piyasaların işleyişiyle uyumlu olduğu söylenebilir. Nitekim birlikte işlerlik bu piyasaların daha rekabetçi olabilmesi için en önemli unsurlardan biridir. Zira dijital piyasalar inovasyonla beslenir ve yerleşik platformların ekosistemlerinde inovatif bir şekilde büyüebilmek için birlikte işlerlik gereklidir. Bu hüküm sayesinde tamamlayıcı hizmet sağlayan teşebbüsler, platform ekosistemine dahil olarak inovatif ürünlerini daha geniş bir kullanıcı kitlesine sunma imkânına sahip olacaktır.

⁸⁹ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, “*Competition Policy for the Digital Era*”, Avrupa Komisyonu, 2019, s. 71. Hâkim durumdaki teşebbüsler için bile birlikte işlerliği sağlamak için “genel bir yükümlülük” olmasa bile, arayüz protokollerine (API) erişimin reddedilmesi sonucunda hâkim durumda bulunan şirketin diğer sağlayıcıları marjinalize ederek kendi gücünü diğer piyasalara aktarabileceğinin mümkün olduğu gösterilebilirse, AT Antlaşması 82. maddeyi ihlal edebilecektir. Arianna Andreangeli, “*Interoperability as an “essential facility” in the Microsoft case—encouraging competition or stifling innovation?*”, *European Law Review*, vol. 4, s. 27, Erişim Linki: [https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/14818470/Interoperability as an essential facility in the microsoft case encouraging competition or stifling innovation.pdf](https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/14818470/Interoperability%20as%20an%20essential%20facility%20in%20the%20microsoft%20case%20encouraging%20competition%20or%20stifling%20innovation.pdf), Erişim Tarihi: 10.11.2022.

⁹⁰ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, “*Competition Policy for the Digital Era*”, Avrupa Komisyonu, 2019, s. 109 ve 125.

⁹¹ Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye ve Heike Schweitzer, “*Competition Policy for the Digital Era*”, Avrupa Komisyonu, 2019, s. 109 ve 125.

DMA kapsamında, bu yükümlülüğe ilişkin ilişkin DMA'in genel yapısına uyumlu olacak şekilde, çok daha spesifik bir düzenleme yer almaktadır⁹². Alman Rekabet Kanunu kapsamında ise bu yükümlülük daha geniş ifadelerle⁹³ düzenlenmiştir. Alman Rekabet Kanunu'nda ürün veya hizmetlerin birlikte işlerliği veya veri taşınabilirliğini reddetmek veya zorlaştırmak suretiyle rekabetin engellenmesini yasak kapsamına alınmıştır. Bu açıdan Taslak'taki yaklaşımın Alman Rekabet Kanunu'na daha çok benzediği söylenebilir.

k. Taslak 6/A (k) Bendi

Taslak 6/A (k) hükmü aynen şu şekildedir:

“Diğer teşebbüslerce temel platform hizmetlerinin veya yan hizmetlerin sunumunu sağlayabilmek için ilgili temel platform hizmeti ile sınırlı olacak şekilde, gerekli işletim sistemi, donanım ya da yazılım özelliklerine erişime ücretsiz olarak imkân sağlar ve buna yönelik teknik gereklilikleri yerine getirir.”

⁹² DMA'in 6/4 hükmü aynen şu şekildedir: *“The gatekeeper shall allow and technically enable the installation and effective use of third-party software applications or software application stores using, or interoperating with, its operating system and allow those software applications or software application stores to be accessed by means other than the relevant core platform services of that gatekeeper. The gatekeeper shall, where applicable, not prevent the downloaded third-party software applications or software application stores from prompting end users to decide whether they want to set that downloaded software application or software application store as their default. The gatekeeper shall technically enable end users who decide to set that downloaded software application or software application store as their default to carry out that change easily.*

The gatekeeper shall not be prevented from taking, to the extent that they are strictly necessary and proportionate, measures to ensure that third-party software applications or software application stores do not endanger the integrity of the hardware or operating system provided by the gatekeeper, provided that such measures are duly justified by the gatekeeper.

Furthermore, the gatekeeper shall not be prevented from applying, to the extent that they are strictly necessary and proportionate, measures and settings other than default settings, enabling end users to effectively protect security in relation to third-party software applications or software application stores, provided that such measures and settings other than default settings are duly justified by the gatekeeper.”

⁹³ Alman Rekabet Kanunu 19a2(5) hükmü aynen şu şekildedir: *“...refusing the interoperability of products or services or data portability, or making it more difficult, and in this way impeding competition;”*

Bu hüküm, teşebbüslerin hizmet sunabilmek adına ihtiyaç duydukları erişimin sağlanmasına yönelik olarak öngörülmüştür. Bu kapsamda Taslak'taki (j) ve (k) bentleri birbirine benzemektedir. Her iki hüküm de birlikte işlerliği düzenlemektedir. Mesela bu hükmün yürürlüğe girmesiyle, *Apple*, Siri ile entegre çalışabilmesi için diğer uygulama geliştiricilerine entegrasyon izni vermek zorunda olacaktır. DMA'daki karşılıkları da yukarıdaki gibi 6(4) ve 6(7) maddelerinde yer almaktadır⁹⁴. Taslak kapsamında (j) bendi varken ilaveten bu bende yer verilmesinin nasıl bir katma değer sağlayacağı anlaşılamamıştır.

I. Taslak 6/A (I) Bendi

Taslak 6/A (I) hükmü aynen şu şekildedir:

“Ticari kullanıcıların talep etmeleri halinde, temel platform hizmetlerinin ve yan hizmetlerin kapsamı, kalitesi, performansı ile ücretlendirme esasları ve bu hizmetlere erişim koşulları hakkında yeterli bilgi sağlar.”

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hüküm ile, ticari kullanıcıların aldıkları temel platform hizmetlerine ilişkin hizmetlerin kapsamı, kalitesi, performansı ile ücretlendirme esasları ve bu hizmetlere erişim koşulları hakkında bilgi alması sağlanır. Bu şekilde ticari kullanıcıların bu hizmeti sağlayan alternatif platformları fiyat, kalite vb. kıstaslar kapsamında değerlendirebilir ve kendi gelirini maksimize eden optimal seçimler yapabilir. Bu özelliği itibarıyla hüküm, platform ile ticari kullanıcı arasındaki bilgi asimetrisini gidermek suretiyle ticari kullanıcının

⁹⁴ DMA 6/7 hükmü aynen şu şekildedir: *“The gatekeeper shall allow providers of services and providers of hardware, free of charge, effective interoperability with, and access for the purposes of interoperability to, the same hardware and software features accessed or controlled via the operating system or virtual assistant listed in the designation decision pursuant to Article 3(9) as are available to services or hardware provided by the gatekeeper. Furthermore, the gatekeeper shall allow business users and alternative providers of services provided together with, or in support of, core platform services, free of charge, effective interoperability with, and access for the purposes of interoperability to, the same operating system, hardware or software features, regardless of whether those features are part of the operating system, as are available to, or used by, that gatekeeper when providing such services.*

The gatekeeper shall not be prevented from taking strictly necessary and proportionate measures to ensure that interoperability does not compromise the integrity of the operating system, virtual assistant, hardware or software features provided by the gatekeeper, provided that such measures are duly justified by the gatekeeper.”

daha bilinçli ve isabetli tercihte bulunmasını sağlamayı hedeflemektedir. Şüphesiz bu da piyasanın daha rekabetçi olmasına katkı sağlayacaktır.

Ancak hükmün kaleme alınışı ile ilgili bazı çekince doğuran hususlar da vardır. *İlk olarak*, hüküm, ticari kullanıcılar ile platform arasında sadece bilgi asimetrisi olduğunu değil, aynı zamanda aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde platformun gereken bilgiyi ticari kullanıcıya sağlamayacağını varsaymaktadır. Bu da, platformun iş modeli düşünülünce, en azından sayılan bazı unsurlar açısından tereddüt yaratmaktadır. Örneğin platformun hizmetlerinin kapsamı veya performansı konusunda bilgi vermemesi, platformun ticari menfaatleri ile uyumlu gözükmemektedir. Netice olarak satıcıların mümkün olduğu ölçüde platform hizmetlerinden yararlanması, platformun karını maksimize eder.

İkincisi, hüküm geniş ve muğlak ifadeler içerecek şekilde düzenlenmiştir. Bir kere, yeterli bilgi sağlama yükümlülüğündeki “yeterli” ölçütünün içinin doldurulması güçtür. Önemli pazar gücüne sahip teşebbüs ne ölçüde bilgi sağlarsa, ilgili hükmün öngördüğü yükümlülüğü yerine getirmiş olur sorusunun yanıtı belirsizdir. Sanırız ki bu husus da ikincil mevzuat ile açıklığa kavuşturulacaktır.

Üçüncüsü, kalite ve performans kapsamında sağlanması gereken bilgiler bakımından da (konu ya da kapsam olarak) açıklık yoktur. Platform zaten hizmetin niteliksel özelliklerinin olumlu olduğunu düşünüyorsa, ki aksini düşünmek için bir gerekçe yoktur, bu konuda kullanıcılarını bilgilendirme güdüsüne sahip olacaktır. Öte yandan olumsuz kalite ve performans unsurları var ise, bunların nasıl ve ne kapsamda kullanıcılara sağlanacağı ve bunun idare tarafından denetiminin nasıl yapılacağı da belirsizdir. Sonuç olarak bunlar hizmetin niteliksel unsurlarıdır, çoğu kez objektif bir şekilde değerlendirmeleri (bir referans almanın güçlüğü nedeniyle) zordur. Ücret bakımından da şu söylenebilir: İşlem platformları bakımından platformun ücretlendirme esaslarının uygunluğu tartışılabilir. Zira bu iş modelinde, ücretlendirme esasları görece basittir. Fakat ilan platformları veya reklam mecraları bakımından bu hükmün daha faydalı ve işlevsel olduğu söylenebilir. Nitekim hükümde bahsi geçen ölçütler esasen ilan ve reklam hizmetleri bakımından uygulanabilir. Bu açıdan bu yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi ve belki de bir ayırımın yapılması gerekir. Nitekim reklam mecraları ile ilan platformlarının fiyatlama mekanizması, işlem platformlarına kıyasla çok daha karmaşık bir nitelik arz etmektedir.

Alman Rekabet Kanunu'nun 19a(2)6 maddesi, piyasalardaki rekabet için önemli güce sahip teşebbüslerin diğer teşebbüslere verdiği hizmetin kapsamı, kalitesi veya başarısı hakkında yetersiz bilgi vermesi veya bu tür teşebbüslerin bu hizmetin değerini değerlendirmesini zorlaştırmasını yasaklamaktadır⁹⁵. Bu düzenlemenin Taslak'taki yasak ile paralel olduğu görülmektedir.

Öte yandan, (l) ve (m) bentleriyle yasaklanan hükümlerin E-ticaret Kanunu kapsamında haksız ticari uygulama olarak değerlendirilmesi mümkündür. Nitekim, E-ticaret Kanunu'na göre, ticari kullanıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalarının haksız olduğu kabul edilir. Bu bağlamda platform ile ticari kullanıcı arasındaki şeffaflığın sağlanmaması ve ticari kullanıcının bilinçli tercih yapmasını engelleyici hususlar haksız ticari uygulama olarak değerlendirilebilir⁹⁶.

m. Taslak 6/A (m) Bendi

Taslak 6/A (m) hükmü aynen şu şekildedir:

“Çevrim içi reklamcılık hizmeti verdiği reklamverenlere, yayıncılara, reklam aracılara veya bunlar tarafından yetkilendirilen üçüncü kişilere; verilen tekliflerle ilgili fiyatlandırma koşulları, açık artırma süreci ve fiyat belirleme esasları, ilgili reklam hizmetleri için yayıncıya ödenen ücret dahil olmak üzere reklam portföyünün görünürlüğü ve kullanılabilirliği hakkında ücretsiz, sürekli ve gerçek zamanlı olarak tam bilgi ile reklam doğrulama ve performans ölçümü araçlarına ve bu araçların kullanımı için gerekli veriye erişim sağlar.”

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu hüküm, çevrimiçi reklamcılık pazarındaki paydaşların, aldıkları hizmetler ile ilgili daha bilinçli seçimler

⁹⁵ Alman Rekabet Kanunu'nun 19a (2)6 hükmü aynen şu şekildedir: “...providing other undertakings with insufficient information about the scope, quality or success of the service rendered or commissioned, or otherwise making it more difficult for such undertakings to assess the value of this service;”

⁹⁶ Aynı eylemin iki farklı kanun tarafından yasaklanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda V. bölümün A. başlığı.

yapmasını sağlamayı hedeflemektedir. Bu anlamda yukarıda ele aldığımız satıcılar ile ilgili hükmün, reklamcılar açısından simetrisi olarak görülebilir.

İlgili hükmün DMA 5(9), 5(10) ve 6(8) hükümleri esas alınarak hazırlandığı düşünülmektedir. Bu kapsamda, DMA'in özellikle genel gerekçesinde bu konunun ele alınış şekline değinilmesi yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, az sayıda geçit bekçisi niteliğini haiz platform, reklam verenler ve yayıncılar gibi muhtelif ticari kullanıcılara reklamcılık hizmeti sağlamaktadır. Bu hizmetin koşulları hem platformların kendi uygulamaları hem de programatik reklamcılığın doğasından kaynaklı muhtelif sebeplerden ötürü şeffaf değildir⁹⁷. Şeffaf olmayan bu yapı, reklam verenler ve yayıncılar için aldıkları hizmetin değerini doğru ölçmeyi güçleştirmesi sebebiyle, onların hizmetleri mukayese edebilmesini de zorlaştırmaktadır. Bu da aslında alternatif platformlara geçiş kararının verilmesini zorlaştırmaktadır. Alternatif platformlara geçiş maliyetinin artması da şüphesiz ki platformların piyasa gücünü artırır ve haliyle platformlar da rekabetçi seviyenin üzerinde ticari koşul belirlerler. DMA'deki şeffaflık hükümleri bağlamında, geçit bekçileri, talep edildiğinde çevrim içi reklamcılık hizmetleri sundukları reklam verenlere ve yayıncılara, sundukları reklamcılık hizmetinin değer zincirindeki tüm hizmetlere ilişkin ödenen bedelin anlaşılmasına dair gerekli bilgiyi, ücretsiz olarak sağlama yükümlülüğü altındadır⁹⁸. Bu yükümlülüğün hedefi, platformun hizmet sağladığı müşteri gruplarının, aldığı hizmetin değerini daha iyi anlamalarını ve bunu alternatiflerle kıyaslamalarına imkân sağlayarak piyasayı daha rekabetçi kılmaktır.

Bu hükümle önemli pazar gücüne sahip platform ile reklam verenler arasındaki bilgi asimetrisinin giderilmesi hedeflenmektedir. Hüküm kapsamındaki bilgi sağlama yükümlülüğü marifetiyle piyasanın daha rekabetçi kılınması pekala mümkündür. Nitekim bilgi sağlama yükümlülüğü dolayısıyla reklamverenler daha bilinçli tercih yapabilecektir. Öte yandan, bu hükümle ve (I) bendiyle müdahale edilen sorunun rekabet hukuku problemi olup olmadığı tartışmaya açıktır. Diğer bir ifadeyle, platformun yeteri kadar şeffaf olmamasının piyasa üzerindeki etkisinin ne olduğu ve bunun bir rekabet hukuku problemi olup olmadığı daha detaylı bir şekilde değerlendirildikten sonra böylesi müdahalelere yer vermek daha anlamlı olabilir. Platformun reklam verenlere karşı uygulayacağı aşırı fiyatlandırma, yıkıcı fiyatlandırma, ayrımcılık, kendini önceleme, bağlama gibi eylemlere zaten mevcut rekabet hukuku araçlarıyla müdahale edilebilmektedir. Bunlara ek olarak şeffaflık

⁹⁷ DMA, Genel Gerekçe, para. 45.

⁹⁸ Bkz. DMA, Genel Gerekçe, para. 45.

yükümlülüğünün getirilmesinin nedenlerinin gerekçeleriyle birlikte ortaya koyulması daha isabetli olabilirdi. Her halükârda hem (l) hem de (m) hükmü piyasada daha bilinçli ve doğru tercihler yapılmasını kolaylaştıracağı söylenebilir.

n. Taslak 6/A (n) Hükmü

Taslak 6/A (n) hükmü aynen şu şekildedir:

“Ticari kullanıcılara adil veya makul olmayan şartlar ileri sürerek ticari kullanıcılar arasında ayrımcılık yapamaz.”

Bu hükümle önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin, ticari kullanıcılar arasında ayrımcılık yapılması yasaklanmaktadır. Dolayısıyla amaçlanan, herhalde, ticari kullanıcıların eşit şartlarda rekabet etmesi, onlar arasındaki rekabet koşullarının bozulmamasıdır. Ticari kullanıcıların önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere ekonomik açıdan bağımlı oldukları düşünülürse, bazı ticari kullanıcılara makul olmayan koşullar ileri sürülmesi, onlar açısından ciddi bir dezavantaj yaratabilir ve alt piyasadaki rekabet koşullarını bozabilir. İşte bu hükmün koruduğu menfaat, alt piyasadaki rekabet koşullarının eşit bir şekilde sürdürülmesidir.

Diğer yandan ayrımcılık yasağı, Rekabet Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar iki hükmün lafzında bazı farklılıklar bulunsa da⁹⁹, bu iki hükmün aynı menfaati himaye ettiği ve dolayısıyla büyük ölçüde örtüştükleri söylenebilir. Bu hükmün 6. maddedeki ayrımcılıktan en temel farkı, anladığımız kadarıyla (ki bu pratikte nasıl tatbik edilecektir belirsizdir), öncül bir yasak olarak ele alınmış olması ve zarar ortaya çıkmadan uygulanacak olmasıdır. Ancak hükmün bu hali ile uygulanması çeşitli sorunlar içermektedir. Açıklayalım.

⁹⁹ Rekabet Kanunu'ndaki ayrımcılık yasağı açısından, makul ya da adil olmayan sözleşme koşulları ile de ayrımcılık yapılabilir. Bu bağlamda ayrımcılığın nasıl ortaya çıktığı önemsizdir. Oysa Taslak, salt bu şekilde yapılması halinde ayrımcılığı yasaklamış kabul etmektedir. Bu anlamda uygulama alanı daha dardır. Diğer yandan ayrımcılıktan bahsetmek için, müşterilerin, aynı ya da benzer konumda olmaları gerekir. Farklı konumdaki müşterilere farklı koşullar uygulanabilir; bu ayrımcılık olarak kabul edilmez. Taslak bu türden bir koşula yer vermemiştir, ancak bunun zımnen varlığı kabul edilebilir. Son olarak Rekabet Kanunu'nda yer alması da, genel olarak ayrımcı koşullar neticesinde, alt piyasadaki rekabetin bozulması ya da en azından ayrımcılığa negatif anlamda muhatap teşebbüsün rekabette dezavantajlı konuma düşmesi gerekir. Bu anlamda ayrımcılığın ekonomik etkisinin hissedilir olması şarttır. Oysa Taslak bu türden bir koşul aramış gözükmemektedir. Özetle esasen iki hüküm birebir aynı değildir.

Hükmü lafzen ele aldığımız zaman, yasağın uygulanması için, iki koşulun arandığı görülmektedir: Adil veya makul olmayan sözleşme şartının varlığı ve bu şartlar aracılığı (muhtemelen aynı veya benzer konumda olan) ticari kullanıcılar arasında bir ayrımcılığın yaratılması. Bu arada adil veya makul olmayan şart birbirinin alternatifidir ve birinin varlığı yeterlidir. Örneğin adil olmayıp makul bir şart ayrımcılığa neden oluyorsa, bu yasağın tatbikine imkan verir. Hiç şüphe yok ki, bu koşullar yoruma muhtaçtır. Adil ve makul olmayan şartlar nelerdir? Bunları kim, nasıl, hangi ölçütler dairesinde belirleyecektir? Bu koşulların varlığı kabul ettiğimiz zaman, ayrımcılık hangi durumlarda gerçekleşecektir? Örneğin tüm kullanıcılara aynı “*makul olmayan*” şartların ileri sürülmesi meşru mudur? Ayrımcılık için, bazı grup kullanıcılara sağlanan basit bir ekonomik avantaj yeterli olacak mıdır? Yoksa avantajın esaslı olması mı gerekir? Alt piyasadaki rekabetin etkilenmesi şartı aranacak mıdır? Bu bağlamda kullanıcılar arasında bir rekabetin varlığı gerekli midir? Yahut değerlendirmeye konu teşebbüslerin aynı ya da benzer konumda olması şartları aranacak mıdır? Sorduğumuz tüm bu soruların yanıtları belirsiz ve yoruma muhtaçtır. Dolayısıyla hüküm ile ilgili yapılması gereken ilk tespit, hükmün içerdiği belirsizlikler nedeniyle tatbikinin son derece güç olduğudur.

Bir örnek ile platformlar açısından somut hale getirelim: Platformun binlere hatta birkaç yüzbinlere varan sayıda ticari kullanıcılar ile muhatap olması söz konusudur. Pratikte tüm kullanıcılara aynı şartların uygulanmadığı ise tereddütten uzaktır. Ölçek, ticari itibar, alıcı gücü, farklı piyasa koşulları, ticari kullanıcının performansı, ticari ilişkisinin süresi ve diğer tesadüfi bazı nedenler kullanıcılara farklı koşulların uygulanmasına neden olabilir. Farklılık ile somut durumda ayrımcılığa neden olabilir, bunun platform tarafından fark edilmesi de basit değildir. Farklı koşullar, mesela farklı komisyon ya da vade veya diğer bazı unsurlar, pekâlâ kolaylıkla gayri adil veya makul olmayan şart olarak görülebilir. Bu durumda platform bu maddeye aykırı davranmamak için herkese aynı koşulları mı uygulayacaktır? Hangi gerekçe ile farklılık yapılması ayrımcılık teşkil etmez? Bizce bu hüküm mevcut haliyle ciddi bir belirsizlik yaratma potansiyeline sahiptir.

İkinci olarak, ayrımcılık yasağı Kanun’un 6. maddesinde zaten düzenlenmektedir. Bu hüküm varken, Taslak’taki düzenleme ile nasıl bir fayda sağlanacağı belirsizdir. Üstelik, ayrımcılık genellikle hakim durumdaki teşebbüs alt piyasada da faaliyet gösteriyor ise pratik olarak uygulama potansiyeline sahiptir. Bu koşul gerçekleşmiyorsa, motivasyon eksikliği nedeniyle ayrımcılık iddiaları reddedilmektedir. Platformlar açısından bu zaten Taslak’ın 6/A(a) ve (b) bentlerinde zaten düzenlenmektedir. Dolayısıyla ayrımcılığın temel görünüşleri

başka bentlerde düzenlenmişken, son derece tartışmalı olan bu hükme gerek yoktur. Biz bu hükmüm Taslak metninden çıkarılmasının daha uygun bir politika tercihi olduğunu düşünülmektedir. Öte yandan bu görüş benimsenmezse anılan hüküm, “*Eşit konumdaki ticari kullanıcılara farklı ticari koşullar uygulamak suretiyle ticari kullanıcılar arasındaki rekabeti bozucu ayrımcı davranışta bulunamaz.*” şeklinde revize edilebilir.

Ayrıca, n bendinden sonra oluşturulacak ayrı bir fıkra ile 6/A altına “*Teşebbüsler bu Kanun’un 6/A bendindeki yasaklara ilişkin objektif haklı gerekçeler sunarak sorumluluktan kurtulabilirler. Haklı gerekçelere ilişkin ispat külfeti teşebbüslere aittir.*” hükmünün eklenmesi tavsiye edilmektedir. İlgili hüküm marifetiyle, yukarıda yer verilen 14 yasağa ilişkin olarak ilgili teşebbüse sorumluluktan kurtulma imkânı getirilebilir. Bu kapsamda, sorumluluktan kurtulmak adına sahip olunan argümanları somutlaştırma, diğer bir ifadeyle ispat külfeti teşebbüste olmalıdır. Bu hususu da aşağıda değerlendirdiğimiz için bu aşamada atıf yapmakla yetinilmektedir.

B. Taslak’ın 6/A Maddesinin 2. ve 3. Fıkraları

Taslak 6/A devamında aynen şu hükümler yer almaktadır:

“Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir. Bu maddenin uygulamasına ilişkin olarak 6698 sayılı Kanun, 9/5/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu hükümleri saklıdır.

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler hakkında bu maddede yer alan yükümlülüklerden dolayı 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun ek 2 nci maddesi hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren hallerde, bu Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmaz. Bu hüküm, Kurul tarafından bu Kanunda belirlenen diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez. Ancak diğer idari yaptırımların tespitinde 6563 sayılı Kanun kapsamında uygulanan tedbirleri dikkate alır.”

Bu hüküm marifetiyle aynı eylemden ötürü iki farklı idari para cezası uygulanmasını diğer bir ifadeyle çifte cezalandırmanın engellenmesinin hedeflendiği

görülmektedir. Bu hususu 5. bölümde daha detaylı bir şekilde değerlendirmekteyiz. Yine aşağıda belirttiğimiz gerekçelerle bu hükmün şu şekilde revize edilmesinin isabetli olacağını düşünüyoruz:

“Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler hakkında bu Kanun’un 4, 6 ve 6/A maddelerinde yer alan yükümlülüklerden dolayı 23/10/2014 tarihli ve 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun ek 2 nci maddesi hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren hallerde, bu Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmaz. Bu Kanun’un ihlali dolayısıyla idari para cezası uygulanırken, idari para cezası uygulanacak teşebbüs hakkında daha önce 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun ihlali dolayısıyla idari para cezası uygulanmışsa, iki farklı eylem dahi olsa, bu kanun kapsamında uygulanacak ceza miktarı belirlenirken 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında uygulanan idari para cezası göz önünde bulundurulur. Bu hüküm, Kurul tarafından bu Kanunda belirlenen diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez. Ancak diğer idari yaptırımların tespitinde 6563 sayılı Kanun kapsamında uygulanan tedbirleri dikkate alır.”

IV. 4054 Sayılı Kanun Kapsamında Yapılması Öngörülen Usule İlişkin Değişiklikler

1. Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Belirlenmesi ve Uyum

Taslak ile Rekabet Kanunu’na eklenen 6/A maddesinden sonra, belki de en önemli madde, 6/A maddesinde yer alan yükümlülüklerin nasıl hayata geçeceklerini ve teşebbüslerin yükümlülüklerini nasıl yerine getireceklerini düzenleyen Taslak’ın 5. maddesidir. Bu madde, 4054 sayılı Kanun’da Kurul’un yetkileri başlığı altında, menfi tespiti ilişkin 8. maddenin hemen akabinde yeni bir madde olarak yer almaktadır. İlgili hüküm aynen şu şekildedir:

“Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Belirlenmesi ve Uyum
MADDE 8/A- *Temel platform hizmeti sağlayan teşebbüsler, ilgili tebliğ ile belirlenen eşiklerin aşılmasından itibaren 30 gün içinde Kuruma başvurur. Bu başvuruyla birlikte varsa önemli pazar gücüne sahip olmadığına yönelik itirazlarını da Kuruma sunar. Bu durumda önemli pazar gücüne sahip olmadığını ispat etme yükü teşebbüs üzerindedir. Kurul, başvurunun tamamlanmasından itibaren 60 gün içinde yapacağı inceleme sonucunda*

teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olup olmadığını ve bu teşebbüslerin 6/A maddesi bakımından tabi olacağı yükümlülükleri her bir platform hizmeti için tespit eder. Kurul söz konusu tespiti, resen veya şikâyet üzerine de yapabilir. Kurul ayrıca tebliğ ile belirlenen nicel eşikler aşılmassa dahi temel platform hizmetlerinin yapısı bağlamında ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik ve konglomera yapı, ölçek ve kapsam ekonomileri, kilitlenme ve evrilme etkisi, geçiş maliyetleri, çoklu erişim, kullanıcı eğilimleri, teşebbüs tarafından gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri unsurlarından bazılarını ya da tamamını özellikle dikkate almak suretiyle nitel ölçütler çerçevesinde de tespitte bulunabilir. Resen, şikâyet üzerine ya da nitel ölçütler çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmeye yönelik olarak Kurum tarafından talep edilen bilgi ve belgeler ile varsa önemli pazar gücüne sahip olmadığına yönelik itirazlar, 30 gün içinde Kuruma sunulur. Kurulun yapacağı incelemeye ilişkin 60 günlük süre, gerekli bilgi ve belgelerin tamamlanmasıyla başlar. Ayrıca teşebbüs tarafından yeterli bilgi ve belgeler sağlanmaması halinde, Kurul tarafından, mevcut verilerle karar alınabilir.

Teşebbüsün, önemli pazar gücüne sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, bu karar 3 yıl boyunca geçerlidir. 3 yılın bitiminden 90 gün önce Kuruma başvuru yapılmaması durumunda ilgili teşebbüsün 3 yıl daha önemli pazar gücüne sahip olduğu kabul edilir.

Kurul, teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olduğunu tespit ettiği kararında 6/A maddesinde sayılan yükümlülükleri yerine getirmesi için makul bir süre belirler. Bu süre her halde 6 ayı aşamaz. Teşebbüs, 6/A maddesinde yer alan yükümlülükleri yerine getiremeyeceğine ilişkin varsa haklı gerekçe savunmasını, yeterli düzeyde doğrulanmış, somut bilgi ve belgelerle birlikte, kararın kendine tebliğinden itibaren aynı süre içinde sunar. Kurul, bu savunmayı 60 gün içinde yapacağı inceleme ile değerlendirerek karara bağlar. Kurul, haklı gerekçe savunmasını kabul etmezse, ilgili yükümlülüğün yerine getirilmesine karar verir.

Teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olduğunu tespit ettiği kararının dayandığı olgulardan herhangi birinde önemli bir değişiklik olması, kararın teşebbüslerce sağlanan eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgiye dayanması veya getirilen yükümlülüklerin yeterli olmaması durumlarında

Kurul talep üzerine veya resen, bu madde uyarınca alınan kararı gözden geçirebilir, değiştirebilir veya geri alabilir.

Kurul tarafından, resen veya şikâyet üzerine 6/A maddesinde yer alan yükümlülükler veya bu maddenin birinci fıkrası uyarınca alınan karara uyulmadığının tespit edilmesi halinde 40 ilâ 59 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.

Kurul 6/A maddesine ilişkin olarak yükümlülükleri ve tedbirleri izlemek üzere, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapılmasına karar verebilir.

Kurul çevrim içi sosyal ağ hizmetleri, numaradan bağımsız kişilerarası iletişim hizmetleri ile bulut bilişim hizmetlerine ilişkin her türlü kararında öncelikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşünü ve yapmış olduğu düzenleyici işlemleri dikkate alır.

Temel platform hizmetlerine yönelik olarak, birden fazla kurumun görev alanına giren konular bakımından bilgi paylaşımında bulunulması ve ilgili kurumlar arasındaki koordinasyonun sağlanması amacıyla Kurum başkanlığında Koordinasyon Komitesi oluşturulur. Koordinasyon Komitesi; İç Ticaret Genel Müdürlüğü, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından bildirilen eşit sayıda temsilcinin katılımıyla oluşur. Kurul, Koordinasyon Komitesinin çalışmasına ilişkin usul ve esasları çıkaracağı tebliğ ile belirler.

Kurul önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin tespitinde yıllık gayri safi gelirleri ile son kullanıcı sayısı veya ticari kullanıcı sayısını dikkate alarak belirleyeceği nicel eşikleri, ayrıca temel platform hizmetlerinin yapısı bağlamında ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik ve konglomera yapı, ölçek ve kapsam ekonomileri, kilitlenme ve evrilme etkisi, geçiş maliyetleri, çoklu erişim, kullanıcı eğilimleri, teşebbüs tarafından gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri şeklindeki nitel ölçütleri ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esasları tebliğ ile belirler. Kurul ayrıca ilgili tebliğde yıllık gayri safi gelirler bakımından eşikleri belirlerken 6563 sayılı Kanun kapsamına giren teşebbüsler hakkında ilgili Kanunun ek 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan net işlem hacmi eşliğini esas alır.”

Görüldüğü üzere madde son derece uzundur. 9 fıkradan oluşan maddede, sadece 6/A maddesinin uygulanması esasları değil, uygulama usulü ve kurumlar arası iş birliği konuları da düzenlenmiştir. Maddenin geneli ile ilgili olarak şu eleştirileri yapabiliriz:

- *İlk olarak* maddenin kısaltılması gerekir. Hükümün anlaşılır ve hatta sistematik olması açısından daha kısa muhteva içeren birden fazla maddeye yer verilmesi daha isabetlidir. Bilhassa burada başvuru ve itirazlar ve bunların değerlendirilmesi gibi usule ilişkin konuların ele alındığı dikkate alınır, farklı ihtimalleri ayrı ve daha detaylı ele alan bir düzenleme tarzı daha doğru gözükmemektedir.
- *İkincisi*, maddenin ilk fıkrasının iki ayrı fıkra olarak kaleme alınması mümkün ve gereklidir. “*Kurul ayrıca nicel eşikleri...*” ile başlayan cümlenin ayrı bir fıkrada düzenlenmesi anlam ve sistematik açısından isabetli gözükmemektedir. Nitekim Kurul’un prensip olarak nicel eşiklerden hareket edeceğini açıklayan ilk fıkranın devamındaki “*Kurul ayrıca nicel eşikleri...*” ile başlayan cümle marifetiyle nitel kriterler üzerinden tespit istisnasına yer verilmiştir.
- *Üçüncüsü*, madde doğrudan birbiri ile ilişki içerisinde olmayan hususlar da düzenlenmektedir. Örneğin, iş birliğine ilişkin düzenlemelerin (7 ve 8. fıkralar) bu maddede yer alması gerekli değildir. Başlık ile de ilgisi yoktur. Kanun yapma tekniği açısından maddenin bölünerek birden fazla madde yapılması daha isabetlidir.
- *Dördüncüsü*, Taslak’ın 7. maddesindeki düzenlemenin (yükümlülüklerin ve tedbirlerin izlenmesi) bu madde kapsamında yer alması bizce daha doğrudur.
- *Beşincisi*, Taslak’taki süreler bizce kısadır. Her ne kadar Taslak, 8/A maddesi uyarınca yayımlanacak Tebliğ’in yürürlüğe girmesinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde sürelerin, ki bunları “olağanüstü” süreler olarak adlandırabiliriz, iki kat uygulanacağını öngörmüşse de (m.12), bizce “*olağan*” süreler daha uzun tutulabilir.
- *Altıncısı*, madde, önemli pazar gücünün ve yükümlülüklerin belirlenmesi açısından tüm olasılıkları dikkate almamış gözükmemektedir. Başvuru süreleri,

itirazlar ve bunların karara bağlanması ile ilgili detaylı düzenlemeler ihtiyaç vardır. Maddenin bu nedenle gözden geçirilmesi gerekir.

Aşağıda madde kapsamında yer verilen hususları, sistematik olması açısından ayrı alt başlıklar altında ele alıyoruz.

A. Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Belirlenmesi

Taslak'ta yer alan 6/A maddesi yükümlülüklerinin tatbik edilmesi için, öncelikle *Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin* belirlenmesi gerekir. Taslak, her ne kadar bu kavramın neyi ifade ettiğini 3. maddede tanımlamışsa da pratikte salt bu tanım ışığında hangi teşebbüslerin bu kapsama girdiğini belirlemek son derece güçtür. Dolayısıyla tanımda yer alan "*belirli ölçek*" ve "*önemli etki*" kavramlarının, tebliğ ile belirleneceği öngörülmüştür. Dolayısıyla kanun koyucu bu konudaki takdir yetkisini Kurul'a bırakmıştır.

Bilindiği üzere Avrupa Birliği hukukunda bu husus doğrudan DMA bünyesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar eşikleri kanun kapsamında düzenlemenin bazı olumsuz yönleri olsa da bunun hukuk güvenliği açısından daha isabetli bir tercih olduğu ileri sürülebilir. Burada şunu belirtelim: Tebliğde yapılacak düzenlemede nicel ölçütler ile birlikte belirli bir süre şartı mutlaka aranmalıdır. Örneğin DMA, nicel koşullar açısından üç senelik bir süreyi koşul olarak aramaktadır. Benzer bir yasama tercihinin Kurul tarafından yapılmasının, "kalıcılık" koşulunun sağlanması açısından zaruridir.

Aşağıda önemli pazar gücünün nasıl belirleneceğini ele alıyoruz. Kural olarak önemli pazar gücü belirleme kararı ("*designation decision*"), tebliğde öngörülen kriterler çerçevesinde, Kurul tarafından alınacak bir karar ile yapılır. Ancak istisnai olarak, Kurulun tebliğin kapsamı dışında kalan teşebbüsler hakkında bu kararı alması mümkündür¹⁰⁰. Bu nedenle, meseleyi ikiye ayırmak isabetli olur¹⁰¹.

¹⁰⁰ DMA'de de, Komisyonun iki türlü belirleme yetkisi vardır. Olağan usul, teşebbüsün finansal eşiklere tabi olması ve yaptığı başvuru neticesinde bu teşebbüs hakkında önemli piyasa gücü tespiti yapılmasıdır (m.3/4). Diğer durum ise, eşikleri aşmamasına rağmen, sahip olduğu ekonomik güç nedeniyle teşebbüs hakkında önemli piyasa gücü belirlenmesi yapılmasıdır (m.3/8 ve 17).

¹⁰¹ DMA kapsamında, eşikleri aşmasına rağmen geçit bekçisi olarak belirlenmeme imkanına dair de ilave bir usul bulunmaktadır (m. 3/5).

1. Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Tebliğ Kapsamında Belirlenmesi

Taslak ile Kanun'da değişiklik getiren 8/A maddesinin son fıkrası, önemli Pazar gücüne sahip teşebbüsün prensip olarak tebliğ ile belirleneceğini öngörmektedir. Tebliğin yıllık safi gelirler, son kullanıcı veya ticari kullanıcı sayıları gibi temelde "nicel ölçütleri" esas alacağı belirtilmektedir. Bu da doğaldır, zira nicel ölçütlerin uygulanması basittir ve bu düzenleme tarzı belirliliğe ve hukuk güvenliğine hizmet eder. Diğer yandan dijital piyasalarda yoğunlaşma sorunun kaynağı olarak görülen, ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik yapı, geçiş maliyetleri gibi nitel ölçütlerin de tebliğde yer alacağı anlaşılmaktadır. Yine aynı fıkra göre, 6563 sayılı Kanun kapsamına giren teşebbüsler açısından o Kanun'da yer alan "net işlem hacmi" kavramının da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu Tebliğ, Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren 6 aylık süre içerisinde yayımlanacaktır (bkz.m.12).

Taslak, tebliğ kapsamına giren teşebbüsün başvuruda bulunmasını esas almaktadır. Dolayısıyla ilke olarak, Kurul (teşebbüs tarafından yapılması muhtemel) itirazlar ile birlikte başvuruyu değerlendirecek ve bir karar verecektir. Ancak pekâlâ teşebbüs başvuru yapmayabilir. Dolayısıyla burada meseleyi iki ayrı ihtimalde değerlendirmek gerekir.

- a. *İlk ihtimalde* teşebbüs, Tebliğ'de yayımlanan eşiği aşıyorsa, 30 günlük süre içerisinde Kuruma başvuru yapmak ile yükümlüdür. Başvuruyu yaparken, tebliğdeki eşiklerin ne şekilde aşıldığına dair bilginin de başvuruda yer alması gerekir. Muhtemelen buradaki usul ve süreçler tebliğde belirlenecektir. Taslak'ta yer alan bu 30 günlük sürenin DMA'da iki ay olarak belirlendiğini hemen belirtelim (m.3/3). Dolayısıyla mukayeseli perspektifle bakıldığı zaman, Taslak'taki süre daha kısadır. Teşebbüs başvurusunda iki şekilde hareket edebilir. Burada Pazar gücüne sahip olduğunu kabul edebilir, herhangi bir itirazda bulunmaz. Bu durumda yapılacak olan bellidir: Kurul bu durumda en geç 60 gün içerisinde başvuru çerçevesinde teşebbüsün önemli piyasa gücüne sahip olduğunu ve 6/A yükümlülüklerinin hangisine tabi olacağını kararında belirtir¹⁰². Bu kararında ayrıca 6/A

¹⁰² Teşebbüsün itirazda bulunmadığı bir durumda Kurul yine de teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olmadığı tespitini yapabilir mi? Teorik olarak, nitelendirmenin kamusal menfaatin himayesi ile ilgili olduğunu düşünürsek, bunun mümkün olması gerekir.

yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için teşebbüse süre verir. Bu süre 6 ayı aşamaz. Nitekim bunu aşağıda ele alıyoruz¹⁰³. Diğer durumda, teşebbüs bu belirlemeye itiraz edebilir. Şüphesiz bu itirazı yaparken teşebbüs, temel platform hizmetlerinin yapısı bağlamında ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik ve konglomera yapı, ölçek ve kapsam ekonomileri, kilitleme ve evrilme etkisi, geçiş maliyetleri, çoklu erişim, kullanıcı eğilimleri gibi nitel ölçütleri kullanabilir. Bu kapsamda piyasanın geniş tanımlanması ve bu bağlamda düşük piyasa payına sahip olunacağı gibi rekabet hukuku temelli savunmalar, bu süreçte anlam ifade etmeyecektir. Kurul bu itirazı da 60 gün içerisinde değerlendirecektir¹⁰⁴. Kabul ederse, süreç sonlanacak ve teşebbüs, 6/A hükmünde yer alan yükümlülüklerle tabi olmayacaktır. Bu itiraz reddedilirse, bu karar ile birlikte 6/A yükümlülüklerinin neler olduğu teşebbüse bildirilecektir. Dolayısıyla itiraz halinde, bu itirazların reddedildiği ikinci bir kararda 6/A yükümlülükleri teşebbüs açısından somutlaştırılmış olmaktadır.

- b. *İkinci ihtimal*, tebliğ kapsamına girmesine rağmen, teşebbüsün başvuru yapmamasıdır. Bir kere hiç ya da zamanında başvuru yapılmaması halinde, Kanun'un 16. maddesi uyarınca (yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında) idari para cezası öngörülmüştür (bkz. m.16/g). Teşebbüs başvuruda hiç bulunmazsa, Kurul re'sen veya şikâyet üzerinde teşebbüsün tebliğ kapsamında önemli pazar gücüne sahip olduğunu belirleyebilir. Tabiatıyla teşebbüslerin bu belirlemeye de itiraz etmeleri mümkündür. Kural olarak bunun, karardan itibaren 30 gün içerisinde yapılması gerekir. Kurul bu itirazı (aşağıdaki başlıkta ele aldığımız üzere) incelemeye dair yaptığı bilgi ve belge taleplerinin yerine getirilmesinden itibaren 60 gün içerisinde karara bağlar. Teşebbüs süre geçtikten sonra, yani geç başvuru yaparsa, tipik süreç işler. Burada Kurul, en geç 60 günlük süre içerisinde, teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olup olmadığına dair tespit yapar ve ayrıca yerine getirilmesi gereken 6/A yükümlülüklerini

¹⁰³ DMA'da başvurunun iletilmesi ile birlikte Komisyon'un 45 gün içerisinde önemli piyasa gücüne sahip teşebbüs nitelendirmesi yapabileceği belirtilmiştir (m.3/4).

¹⁰⁴ DMA'da Komisyonun 45 işgünü içerisinde teşebbüsün önemli piyasa gücüne sahip olup olmadığı hakkında karar vereceği belirtilmiştir (m3/4). Ancak teşebbüs buna itiraz ederse, itirazın 5 aylık sürede yanıtlanacağı belirtilmektedir (m.17/3). Burada 17. maddenin öngördüğü usul uygulanacaktır.

belirler. Şüphesiz geç bildirimde ötürü de ayrıca idari para cezası uygulanır.

2. Önemli pazar gücüne Sahip Teşebbüslerin Tebliğ Dışında Belirlenmesi

Tebliğ kapsamına girmiyor olmak, teşebbüsün önemli pazar gücüne sahip olmadığı anlamına gelmez. Kurul, tebliğ ile belirlenen nicel eşikler aşılmaya dahi temel platform hizmetlerinin yapısı bağlamında ağ etkisi, veri sahipliği, dikey bütünleşik ve konglomera yapı, ölçek ve kapsam ekonomileri, kilitlenme ve evrilme etkisi, geçiş maliyetleri, çoklu erişim, kullanıcı eğilimleri, teşebbüs tarafından gerçekleştirilen birleşme ve devralma işlemleri unsurlarından bazılarını ya da tamamını özellikle dikkate almak suretiyle nitel ölçütler çerçevesinde de tespit edilabilir. Bu durumda bu belirleme açısından ispat yükünün Kurum üzerinde olduğunu düşünmek gerekir. Tebliğ kapsamına girmeyen önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin doğal olarak bir başvuru yükümlülüğü yoktur. Kurul, bu incelemeyi resen ya da şikâyet üzerine yapabilir. Bu incelemeyi yaparken, teşebbüslerden ve ilgililerden bilgi ve belge talep edebilir. Burada da ilgili teşebbüs, bu belirlemenin yapıldığı kararın verilmesinden itibaren 30 gün içerisinde önemli pazar gücüne sahip olmadığı itirazını yapabilir. Bu itirazın da Kurul tarafından, bilgi ve belgelerin Kuruma sunulmasından itibaren 60 gün içerisinde karara bağlanması gerekir. Dikkat edilirse 60 günlük süre, önemli pazar gücü belirlemesinin yapıldığı karar tarihinden değil; bilgi ve belgelerin Kuruma sunulmasından itibaren başlar. Öte yandan bu incelemenin ne kadar süreceği, bu incelemenin usulü hakkında Taslak'ta detaylı bir düzenleme yer almamaktadır¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Tipik bir senaryoda, bir teşebbüs hakkında önemli piyasa gücü iddiasının (şikâyetinin) olduğunu ve bunun incelendiğini düşünelim. Kurum bu iddiayı ciddi bulursa, araştırma yapacak ve teşebbüsten bilgi ve belge talep edecek ve bu bilgi ve belgeler çerçevesinde bir tespit bulunacaktır. Eğer önemli pazar gücüne sahip olduğu kanaatine varırsa, bunu bir karar ile teşebbüse bildirecektir. Bu süreçte Taslak'ta ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Örneğin DMA, bu gibi durumlarda 17. maddenin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bizce bu türden bir sürecin nasıl yürütüleceğine dair bir usul düzenlemesinin olması ve mesela hem üçüncü kişilerin görüşlerinin alınması hem de inceleme süresine bir sınır getirilmesi isabetli olur. Mevcut durumda bu inceleme ilelebet sürebilir. Öte yandan teşebbüsler bu belirleme yapıldıktan sonra buna itiraz edebilirler. Buradaki süre, belirlemeden itibaren 30 gündür. Kurul bu itirazı 60 günde karara bağlayacaktır. Ancak buradaki 60 gün, bilgi ve belge talebinin yerine getirilmesinden sonra başlamaktadır. Dolayısıyla itiraz ile birlikte, herhalde Kurum yeni bilgi ve belge talebinde bulunacak ve süre bu talebin yerine getirilmesi ile başlayacaktır. Dikkat edilirse Kurum bilgi talepleri ile 60 günlük süreyi de dilediği kadar uzatabilir.

Avrupa Birliği hukukunda da, DMA'da öngörülen nicel eşikler aşılmaya bile, teşebbüsün önemli piyasa gücüne sahip olduğu tespiti yapılabileceği kabul edilmiştir (m.3/8). Bu tespiti temel olan faktörler ise, 3/8. maddede bentler halinde sıralanmıştır. Komisyon burada 17. maddede düzenlenen "piyasa incelemesi" ("*market investigation*") usulünü izleyerek belirleme yapacaktır. Bir sene içerisinde tamamlanması gereken bu inceleme çerçevesinde, ilk 6 ay içerisinde Komisyon teşebbüsle ilk bulguları alacak ve açıkça belirtilmemekle birlikte, (varsa eğer) itirazları değerlendirerek bir karara varacaktır¹⁰⁶.

Bu düzenleme tarzını göz önünde tutarsak, Kurul'un önemli pazar gücüne sahip teşebbüsleri tebliğ dışında belirlemesi ihtimali için de bir piyasa inceleme usulünün benimsenmesi yerinde olur. Nitekim Kurul'un bu yetkisi kullanma sınırlarının belirlenmesi olması ve teşebbüsler açısından da hukuki belirlilik açısından böylesi net bir sürecin yürütülmesi isabetli olur. Öte yandan teşebbüslerin de tebliğ dışında olmalarına rağmen önemli pazar gücüne sahip olmadıklarına yönelik savunmaları alınabilir ve bu konuda piyasanın diğer katılımcılarının de görüşleri alınarak piyasa için en doğru sonuca ulaşılabilir.

B. Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Yükümlülüklerinin Belirlenmesi

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün belirlemesinin akabinde bu teşebbüsün tabi olacağı yükümlülüklerin belirlenmesi gerekir. Burada ilk yapılması gereken tespit, Kanun'un 6/A. maddesinde yer alan yükümlülüklerin tümünün, mutlak olarak tüm (önemli pazar gücüne sahip) teşebbüslere uygulanmayacak olmasıdır. Bu önermenin iki gerekçesi vardır.

- Bunlardan *ilki*, 6/A yükümlülüklerinin mahiyeti ile ilgilidir. Bu yükümlülüklerin muhtevaları dikkate alınca, platformun sağladığı hizmetin önemli olduğu, somut olaya göre bazı yükümlülüklerin bazı hizmetleri sağlayan platformlar açısından uygulama alanı bulmayacağı kolaylıkla söylenebilir. Örneğin platform kendisine ait mal veya hizmet sağlamıyor; sadece aracılık faaliyeti yürütüyorsa, 6/A (a) bendine ve (b) bendine herhalde tabi olmayacaktır. Tek bir temel platform hizmeti veriliyorsa, 6/A (d) bendi uygulama alanı bulmayacaktır. Keza 6/A (e) bendi

¹⁰⁶ Yine DMA m.41, piyasa incelemesinin üye ülke rekabet otoriteleri tarafından da (üç otoritenin birlikte) talep edilebileceğini öngörmektedir.

de daha ziyade uygulama dağıtım platformları açısından uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bu örnekler uzatılabilir.

İkinci gerekçe de hükmün lafzından çıkmaktadır. Hüküm, açık bir şekilde Kurulun “teşebbüsün tabi olacağı yükümlülükleri her bir platform hizmeti için...” belirleyeceğini belirtmektedir. Teşebbüs özelinde belirleme olmasa, her halde bu türden bir düzenleme ihtiyacı olmazdı. Dolayısıyla ikinci aşama, yükümlülüklerin belirlenmesi aşamasıdır¹⁰⁷.

Hemen belirtelim ki, Taslak, bu yönüyle DMA düzenlemesinden ayrılmaktadır. Zira DMA’da önemli pazar gücü belirlemesi (veya “ataması”) ile birlikte, 5 ve 6. maddede düzenlenen yükümlülüklerin tamamı otomatik olarak uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁸. Komisyon, önemli pazar gücü belirlemesi kararında, hangi yükümlülüklerin uygulanacağından ziyade, bu statünün hangi temel platform hizmetlerini kapsayacağını belirtecektir. Bu hususun, yani hangi temel platform hizmetleri açısından önemli piyasa gücüne sahip olduğunun, açıkça ifade edilmese de, Kurul kararında da yer alacağını varsayıyoruz. Öte yandan Avrupa Birliği hukukunda DMA’de öngörülen yükümlülüklerle kısmi olarak tabi olma imkanının sadece gelecekte önemli piyasa gücüne sahip olması öngörülen teşebbüsler açısından söz konusu olabilir (m.17/4).

Taslak, önemli pazar gücü tespiti ile birlikte, yükümlülüklerin de belirleneceğini belirttiğine göre Kurul, her iki değerlendirmeyi de (aşamalı olarak) birlikte yapacaktır. Burada yine ikili ayırım yapmak isabetli olur.

Birinci ihtimalde, tebliğ kapsamına giren teşebbüsler açısından süreç açıktır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, teşebbüs 30 gün içerisinde Kuruma başvuracaktır. İtiraz yoksa, Kurul yükümlülükleri başvurudan itibaren 60 gün içerisinde ama muhtemelen daha kısa sürede karara bağlayacaktır. İtiraz var ise hem itiraz hem de

¹⁰⁷ Bu yorum kabul edilirse, Kanun’a yeni eklenmesi düşünülen 9/A maddesinin lafzı ile çelişkinin doğması kaçınılmazdır. Zira ilgili maddede (ki aşağıda ele alıyoruz) önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün 6/A’da yer alan yükümlülüklerle tamamen uyum sağlaması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla 9/A maddesindeki ifadenin, Kurul tarafından belirlenen yükümlülükler olarak düzeltilmesi gerekmektedir. Tahminen bu madde, DMA madde 8’den esinlendiği için bu şekilde kaleme alınmıştır.

¹⁰⁸ Diğer yandan DMA. 7. maddede belirtilen yükümlülükler sadece numaradan bağımsız kişilerarası iletişim servisleri açısından tatbik edilecektir. Her halükârda aslında yukarıda ifade ettiğimiz üzere, yine de somut olayda önemli pazar gücüne sahip teşebbüs belirlemesi yapılan teşebbüs, faaliyetleri itibarıyla pratik olarak tüm yükümlülüklerle tabi (fiilen) tabi olmayabilir.

yükümlülükler için değerlendirilmeleri yine başvuru (ve itirazdan) itibaren 60 gün içerisinde tamamlayacaktır. Dolayısıyla 60 günlük süre içerisinde hem önemli pazar gücü vasıflandırması hem de yükümlülüklerin kapsamı belirli olacaktır.

İkinci ihtimalde, tebliğ kapsamına girmeyen teşebbüsler açısından, Kurul, resen veya şikâyet üzerine inceleme yapacak ve bu inceleme üzerine bir karar verecektir. Burada 6/A yükümlülüklerinin hangi aşamada belirleneceği de açık değildir. İki ihtimal söz konusu olabilir. Kurul bunu, önemli pazar gücüne sahip teşebbüs vasıflandırması yaparken veya sonraki bir aşamada belirleyebilir. İlk fıkra, ikinci yoruma daha yatkındır. Yani önce önemli pazar gücüne sahip vasıflandırılması yapılır. Teşebbüs buna itiraz edebilir veya kabul edebilir. İtiraz ile birlikte, eğer bu itiraz reddedilecekse yükümlülükler belirlenir. Pek tabii ki itiraz kabul edilirse, bu durumda yükümlülük belirleme ihtiyacı da olmayacaktır. Bu, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin Tebliğ kapsamında belirlenmesi süreci ile daha uyumludur ve açıkçası itirazların müstakil ve aşamalı değerlendirilmesi yönünden daha isabetli gözükmektedir.

Diğer yorum ise, maddenin üçüncü fıkrasına dayandırılabilir. Zira anılan hüküm açıkça bu yükümlülüklerin önemli pazar gücüne sahip vasıflandırması ile bir arada tespit edileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla Kurul resen veya şikâyet üzerine yaptığı değerlendirmede, hem önemli pazar gücüne sahip vasfını belirleyecek hem de ilgili teşebbüsün tabii olması gereken yükümlülükleri tespit edecektir. Bu senaryoda teşebbüsler, iki hükme de birlikte itiraz edebilecektir. Dolayısıyla itiraz bir yandan önemli pazar gücü statüsüne, diğer yandan yükümlülükler yönünde olabilir. İlk fıkra, sadece önemli pazar gücüne itirazı düzenlemektedir. Yukarıda ele aldığımız üzere, Kurul'un bu itirazı (itirazdan itibaren değil ancak) bilgi ve belgelerin kendisine iletilmesinden itibaren 60 gün içerisinde karara bağlaması gerekir. Önemle altını çizelim, Taslak ne yazık ki bu süreci çeşitli senaryoları dikkate alacak şekilde düzenleme altına almamıştır. Buna bağlı olarak yorum sorunu doğması kaçınılmazdır.

C. Önemli Pazar Gücüne Sahip Teşebbüslerin Getirilen Yükümlülükler İtirazı

Önemli Pazar gücüne sahip teşebbüs belirlemesi yapıldığı bir durumda, teşebbüsün yükümlülükleri kural olarak bu kararda belirtilir. Bu Tebliğ kapsamında yapılmışsa, (itirazlı veya itirazsız) başvuru üzerine Kurul'un aldığı kararda yer alır. Teşebbüs

tebliğ kapsamında değilse, önemli Pazar gücü ancak yapılan inceleme sonucunda belirlenir. Bu kararda da yükümlülükler yer alır.

Teşebbüs önemli Pazar gücü belirleme kararına itiraz edebileceği gibi, yükümlülüklerle de itiraz edebilir. Bu durum üçüncü fıkrada düzenlenmiş gözükmemektedir. Buradaki usule göre, önemli Pazar gücüne sahip teşebbüs tespiti yapılan kararda, yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gereken süre belirtilir. Bu süre de maksimum 6 ay olur. İşte teşebbüs, bu yükümlülüklerle ve/veya süreye (eğer 6 ayın altında bir süre söz konusu ise) “*aynı sürede*” itiraz edebilir. Taslak’taki aynı sürenin ne olduğu anlaşılammaktadır. Burada çeşitli ihtimaller olmakla birlikte, fıkrada yer verilen “*makul süre*” kavramına atıf yapıldığı düşünülmektedir. Bu çerçevede Kurul yükümlülükleri yerine getirmek için ne kadar süre tanımışsa, bu süre dolana kadar teşebbüs itiraz edebilir¹⁰⁹.

Taslak bu itirazı “*haklı gerekçe*” olarak adlandırılmaktadır. Taslak itirazın muhtevası ile ilgili bir açıklama içermemektedir. Bu çerçevede, tartışmalı olmakla birlikte, itirazın mahiyeti hususunda bir sınırlama olmaması gerekir. Dolayısıyla ilk olarak itiraz tamamen süre ile ilgili teknik hususları içerebilir. Yani bu sürede yükümlülüklerin yerine getirilmesinin teknik olarak mümkün olmadığını veya bunun son derece maliyetli olacağını ileri sürebilir. İtirazın, rekabet politikasına veya ekonomik etkinliğe ilişkin olması da mümkün olmalıdır. Örneğin, yükümlülüğün somut olayda herhangi bir ekonomik faydaya hizmet etmeyeceğini; bunun piyasayı daha rekabetçi hale getirmeyeceğini, rekabeti olumsuz etkileyeceğini ya da bunun ölçsüz bir yükümlülüğe yol açacağını ileri sürebilir. Mesela bu yükümlülük ile korunacak bir menfaatin bulunmadığını, (üst piyasaya girerek kendisine bizzat hizmet sağladığı bir senaryoda) ilgili piyasanın rekabetçi olduğunu, piyasaya girişinin rekabeti arttıracığını ileri sürebilir. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse, ilgili düzenleme, teşebbüs 6/A kapsamında yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin teknik olarak mümkün olmadığını, piyasayı daha rekabetçi kılmayacağını ve herhangi bir etkinliğe sebep olmayacağını ispatlamak suretiyle ilgili yükümlülükten muaf tutulabilmelidir.

Kurul tüm bu itirazları 60 gün içerisinde değerlendirir. Uygun bulursa, doğal olarak yükümlülüğün ya da yükümlülüklerin uygulanmamasına karar verir. Buna karşılık

¹⁰⁹ Bunun dışında iki ihtimal daha olabilir. İlki 60 günlük süredir. Bu yukarıdaki fıkralarda düzenlenen karar alma süresidir. Diğer ihtimal ise 30 günlük süredir. Ancak bu sürenin çok kısa olduğunu düşünüyoruz.

reddederse, yükümlülüğün tatbik edilmesine karar verecektir. Burada fikrimizce **iki sorun vardır. İlki 60 günlük süre bizce kısadır.** Bunun daha uzun olması veya en azından uzamasının mümkün olması gerekir. **İkincisi, teşebbüs itirazlarının reddedilmesi halinde, ilave bir süre öngörülmemiştir.** Dolayısıyla teşebbüsün bir taraftan itiraz edip, diğer yandan reddedilmesi ihtimaline karşılık bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için uyum çalışması yapması gerekir ki, itirazın kabul edilmesi halinde bu uyum çalışmaları israf anlamına gelecektir. Bu nedenle burada kısa da olsa ilave bir süreye yer vermek gerekir. Aynı fıkradaki 6 aylık süreyi geçmeyecek şekilde makul süre verilmesi usulünün geçerli olması doğru gözükmemektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere DMA'de, önemli pazar gücüne sahip teşebbüs tespiti ile birlikte, ilgili teşebbüsün 5 ve 6. maddedeki tüm yükümlülükleri yerine getirmesi beklenir. Bu çerçevede "*haklı gerekçe itirazı*" bu düzenlemede yoktur¹¹⁰. Teşebbüs, önemli pazar gücü tespitine itiraz edebilir yahut 9 ve 10. maddede düzenlenen (olağandışı) gerekçeleri ileri sürerek itirazda bulunabilir. 9. madde, somut bir yükümlülüğün belirli bir süre için askıya alınmasını ("*suspension*") düzenlemektedir. Teşebbüs, kendisinden kaynaklanmayan olağan dışı bir durum nedeniyle, somut bir yükümlülüğün uygulanmasının Avrupa Birliği içerisinde ekonomik faaliyetlerini sürekliliğini tehdit edeceğini ileri sürerek bir başvuruda bulunur ve bu başvuru haklı görülürse, Komisyon (başvurudan itibaren 3 aylık sürede) askıya alma kararı verebilir. 10. madde ise, kamu sağlığı ve güvenliği gerekçeleriyle, yine somut bir yükümlülük bakımından muafiyeti ele almaktadır. Burada teşebbüs başvuru yapabileceği gibi, Komisyon da resen bu incelemeyi gerçekleştirebilir.

D. Teşebbüslerin Yükümlülükleri Yerine Getirmesi

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler için öngörülen yükümlülüklerin maksimum 6 aylık süre içerisinde yerine getirilmesi gerekir. Dolayısıyla Kurul daha kısa bir süre öngörebilir. DMA'da bu konuda Komisyona bir takdir yetkisi verilmemiş ve önemli pazar gücü nitelmesi yapılması ile birlikte ("*designation decision*") 6 aylık sürede yükümlülüklerin gereğinin yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir (m.3/10).

¹¹⁰ Ancak şunu belirtelim, Komisyon 12. maddeye göre, 19. madde kapsamında yaptığı bir piyasa araştırması çerçevesinde 5 ve 6. maddede yer alan yükümlülüklerin kapsamında önemsiz ya da ikinci derece unsurlara dair değişiklikler yapabilir. Dolayısıyla 5 ve 6. maddede yer alan yükümlülüklerle tam olarak uyulacaksa da, Komisyon bunların kapsamını güncelleme yetkisine sahiptir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, haklı gerekçe itirazının reddedilmesi halinde, yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ilave bir süre verilmesi zaruridir. **Kanun'da bu konuda bir düzenleme yapılmaması bir eksiklik** tir. Düzenleme olması, aslında, teşebbüslerin süreyi uzatmak amacıyla itiraz yapmaya güdülenmelerine neden olabilir. Dolayısıyla, ilave süre, salt süre uzatmak amacıyla itiraz yapılması riskini beraberinde getirir. Ancak buna rağmen, özellikle sürelerin kısalığı dikkate alınır, burada ilave (ve daha kısa) bir süreye yer verilmesi isabetlidir.

Kanun'un 8/A maddesi, yükümlülüklerin ne şekilde yerine getirileceğine, teşebbüslerin yükümlülüklerine nasıl uyum göstereceğine ilişkin düzenleme içermemektedir. Sadece maddenin 6. fıkrasında, yükümlülük ve tedbirleri izlemek üzere ilgili kamu kurumu ve kuruluşu ile iş birliği yapılabileceği belirtilmektedir. Burada herhalde özellikle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu kastediliyor olabilir. Örneğin 6/A(h) ve (i) bentlerinin uygulanması açısından bu tür iş birliklerine gereksinim duyurulabilir.

Öte yandan bu hususa dair düzenleme, Taslak'ta 7. maddede yer almaktadır. Aşağıda da ele aldığımız üzere, Kanun'a 9/A maddesi olarak eklenen bu maddeye göre, önemli pazar gücüne sahip olan teşebbüsler, 6/A yükümlülüklerin gereği olan tüm tedbirleri (davranış değişiklikleri ya da uyum tedbirleri) almak durumundadır. Ayrıca Kurum talep ederse, bu tedbirlerin neler olduğunu raporlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla bu madde çerçevesinde şu tespit yapılabilir. Teşebbüsler, 6/A maddesindeki yükümlülükleri yerine getirmek için ne tür tedbirler alacaklarını kendileri tespit edeceklerdir. Ayrıca bunların Kuruma raporlanması kanunen gerekli değildir. Ancak Kurum bunu somut olayın özelliklerine göre gerekli görebilir. Taslak, bunun hangi şartlar altında gerekli görüleceği hususunda bir açıklama içermemektedir. **Esasen bu türden bir düzenleme olması isabetli olabilir.** Öte yandan Kurul'un raporlama talep etmesi halinde, buna aykırı davranışın bir yaptırımını da 16. maddede öngörülmemiştir. **Bu yönde bir düzenleme yapılması isabetli olabilir.**

Öte yandan Avrupa Birliği hukukunda yükümlülüklerle uyum konusunda oldukça farklı bir düzenleme vardır (m.11,26,27 ve 28). Buna göre, önemli pazar gücü tespiti yapılmasından itibaren 6 ay içerisinde teşebbüs 5 ve 6 (yerine göre 7.) madde yükümlülüklerini yerine getirecek ("*compliance*") ve bunu Komisyona raporlayacaktır. Bu rapor her sene güncellenecek ve ayrıca Komisyon tarafından

web sitesinde yayımlanacaktır¹¹¹. Bu faaliyetlerin yürütülmesi için ise, DMA teşebbüslerin organizasyonu içerisinde “uyum birimi” veya “uyum işlevi” (“*compliance function*”) adı altında özel bir birim kurulmasını öngörmektedir (m.28). Buna göre, teşebbüsün gündelik operasyonlarından bağımsız ve asli görevi DMA’de öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi olan, başında bir direktörün bulunduğu, yönetime erişim de dahil olmak üzere diğer gereken yetki ve kaynaklara sahip uyum birimi kurmaları gerekmektedir. DMA ayrıca bu birimin (asgari) yetkilerini de belirlemektedir (28/5). Uyumun sağlanıp sağlanmadığının izlenmesi hususunda Komisyon, her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Bu çerçevede bağımsız dış uzman veya denetçi atanması gibi tedbirler alınabilir (m.26). Dolayısıyla DMA’de öngörülen yükümlülüklerle uyum, salt teşebbüsün takdirine bırakılmamış, bu husus oldukça detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

DMA’de yer verilen uyum sürecinin bir benzerinin 4054 sayılı Kanun kapsamına alınması düşünülebilir. Teşebbüsler 6/A’da kendilerine yüklenen yükümlülük ve yasakları yerine getirdiklerine ilişkin raporu Kurum’a sunabilir ve Kurum bunu resmi internet sitesinde yayımlayabilir. Hatta üçüncü taraflar ilgili raporu inceleyerek, raporla uyumlu olmayan fiili davranışları da Kurum’un bilgisine sunma imkanına sahip olabilir. Bu şekilde şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkelerine uyumlu bir düzenleme hayata geçirilmiş olur.

E. Yükümlülüklerle Aykırı Davranış ve İnceleme Süreci

Peki 6/A. maddesinde öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranış sergilenirse ne olur? Kanun bu ihtimali açıkça düzenlemiştir¹¹². 8/A. maddesinin 5. fıkrası, teşebbüsün 6/A yükümlülüklerine aykırı davrandığının resen veya şikâyet üzerine inceleme konusu yapılabileceğini ve bu hususta da Rekabet Kanunu’ndaki olağan

¹¹¹ Hatta önemli Pazar gücüne sahip teşebbüs, yükümlülüklerle uygun davranıp davranmadığının tespiti amacıyla kendisi Komisyona da başvurabilir (m.8 ve 8/3)

¹¹² Taslak’ta yükümlülüklerle aykırılığın farklı türlerine yer verilmemiştir. AB hukukuna bakıldığı zaman, hukuki sonuçları itibarıyla üç tür aykırılık (“*non-compliance*”) olduğu söylenebilir (m.8,18 ve 20). İlki alelade aykırılıktır. Teşebbüsün, herhangi bir yükümlülüğe bir kez aykırı davranması halinde söz konusu olur. Aykırılığın kusur ile gerçekleştirilmesi halinde idari para cezası tatbik edilir (m.30). İkincisi sistematik aykırılıktır (“*systematic non-compliance*”). Bu kavram ile kastedilen, piyasa incelemesi kararından önceki 8 yıllık süre içerisinde teşebbüsün üç defa Komisyon kararı ile hukuka aykırı davrandığının tespit edilmesidir. Bu durumda Komisyon diğer yaptırımların yanı sıra davranışsal ve yapısal tedbirler alabilir (18/1). Öte yandan sistematik aykırılık kavramına paralel olarak, teşebbüsün 8 yıllık süre içerisinde birden fazla yükümlülüğe aykırı davranması halinde daha ağır idari para cezası da uygulanabilir (m.30).

inceleme usulünün uygulanacağını öngörmektedir. Buna göre önce önaraştırma açılacak akabinde ihlal iddiası ciddi görülürse soruşturma açılması kararı verilecek ve teşebbüsün üç yazılı, bir sözlü savunması alınarak bir hükme varılacaktır. Tabiatıyla burada zaten yükümlülüklerin teşebbüs özelinde, onun faaliyet alanını, piyasadaki konumunu ve piyasanın rekabetçi özelliklerini dikkate alarak belirlendiği dikkate alınır, önaraştırma safhasının atlanarak doğrudan soruşturma açılması ihtimal dahilindedir. Herhangi bir aykırılık tespit edilmezse, inceleme son bulacak; aykırılık tespit edilirse 9 ve 16. maddede yer alan yaptırımlar tatbik edilecektir. Bu hususu aşağıda ele alıyoruz.

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüs ve tabi olacağı yükümlülükler, kural olarak, Kurul tarafından bir karar ile belirlenmektedir. Nitekim 5. fıkra bu ihtimali açıkça zikretmektedir. Kararda belirtilen yükümlülükler aykırı davranış, yaptırımı gerektirir. Ancak aynı fıkra, 6/A yükümlülüklerine aykırılığın da inceleme konusu yapılacağını belirtmektedir. Bu durumda, Kurul tarafından teşebbüs özelinde bir değerlendirme ve karar alınmaksızın, inceleme yapılarak yaptırım uygulanması mümkün olabilecek midir sorusu akla gelmektedir. Diğer bir ifade ile, Tebliğ kapsamında veya öngörülen nitel ölçütler çerçevesinde önemli pazar gücü eşiğini geçen ve dolayısıyla bu vasfa sahip olan, ancak hakkında (başvuru yapmadığı için) bir karar alınmayan teşebbüsler açısından, 6/A maddesi kendiliğinden uygulanabilir mi? Biz bunun, en azından Tebliğ kapsamı dışında kalan teşebbüsler için geçerli olmayacağını düşünüyoruz. Zira Tebliğ, son tahlilde önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin belirlenmesine yönelik ölçütler öngörmekle, bu konu hukuk güvenliği sağlamaktadır. Bu kapsama girmeyen ve fakat önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin artık Kurul tarafından 8/A maddesi uyarınca belirlenmesi gerekir. Belirleme yapılmaksızın, yani teşebbüsün önemli piyasa gücüne sahip olduğu Kurul tarafından tespit edilmeksizin bizce 6/A yükümlülüğü doğmaz. Dolayısıyla burada, tartışmalı olarak, Tebliğ kapsamına giren ve buna rağmen başvuruda bulunmayan teşebbüsler için 6/A maddesi uygulama alanı bulması savunulabilir¹¹³. 8/A

¹¹³ Buradaki senaryo şudur: Teşebbüs, esasen tebliğde yer verilen eşikleri aşmaktadır, ancak Kuruma başvuruda bulunmamıştır. Varsayalım ki, Kurul da bu teşebbüs hakkında resen veya şikâyet üzerine bir inceleme yapmamış olsun. Böyle bir durumda, teşebbüs aslında 6/A yükümlülüklerine tabi olacak iken, başvuruda bulunmadığı için, kapsam dışı kalacaktır. Peki bu halde, sırf hakkında bir “tespit” yapılmadığı için, yükümlülükler tabi olmayacak mıdır? Salt başvuruda bulunmaktan ötürü usuli idari para cezasına mı muhatap olacaktır? Bizce bu türden bir senaryoda hakkında karar alınmasa bile, bu teşebbüsün (tartışmalı olarak) 6/A yükümlülüklerine tabi olduğu kabul edilebilir. Örneğin, bu yükümlülükler aykırı davrandığı durumda cirosunun %10’una kadar idari para cezası uygulanabilir. Şüphesiz ideal olan burada açık düzenleme yapılmasıdır. Fakat hemen belirtelim ki bu tartışmalı önerme, sadece Tebliğ kapsamına giren teşebbüsler açısından söz konusu olabilir. Tebliğ

maddesinin ilk fıkrasını dikkate alırsak, burada önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler için hem usule hem de esasa dair bir idari para cezasının tatbik edileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla teşebbüs hem Kurum'a başvuruda bulunmadığı hem de 6/A maddesine aykırı davrandığı için idari para cezasına muhatap olacaktır.

Bu inceleme ve özellikle soruşturma evresinde teşebbüsler ne şekilde savunma imkanlarına sahiptir? Kanun bu konuda bir sınırlama öngörmemiştir. Hal böyle olunca, maddi rekabet hukuku ve etkinlik savunmaları da dahil olmak üzere, teşebbüsün her türlü savunma yapma imkânının mevcut olduğu düşünülmektedir. Dolayısıyla, teşebbüse ve piyasaya özel yükümlülükler belirlenmiş olsa dahi, salt yükümlülüğe aykırı davranışın gerçekleşmediği veya bir zaruret halinden doğan aykırılık olduğu gibi savunmalar haricinde, aynen haklı gerekçe kısmında belirttiğimiz üzere, rekabetin sınırlanmadığı veya ekonomik koşulların değiştiği gibi savunmaların da getirilmesi mümkün olmalıdır. Aksi halde zaten üç yazılı bir sözlü savunmadan oluşan bir sürecin işletilmesine gerek olmaz. Ancak şunu da belirtelim: Özellikle teşebbüs ile Kurum arasında işleyen bir idari süreç sonucunda önemli pazar gücü ve yükümlülüklerin belirlendiği ve hatta bu yükümlülüklerle uygun davranışların raporlandığı bir halde, yine de hukuka aykırı davranışlar söz konusu ise, rekabet hukukunun muhtevasına ve ekonomik etkinliğe dair savunmalar çok da etkili olmayabilir. Bu tür savunmaların, piyasa koşullarında önemli bir değişiklik olmadığı ya da öngörülmeven durumlar ortaya çıkmadığı sürece, dinlenmemesi daha isabetli gözükmektedir¹¹⁴. Aksi halde, mahiyeti icabı "taahhüt" mekanizmasına benzeyen yükümlülük sürecinin işi boşaltılmış olur.

Diğer yandan teşebbüsün Tebliğ kapsamına girmesine rağmen, hiç başvuruda bulunmadığı bir durumda savunma seçenekleri biraz daha geniş olacaktır. Burada önemli pazar gücüne sahip olmadığı da dahil olmak üzere, yükümlülüklerin kendisi için uygun olmadığını ve haklı gerekçe de dahil diğer tüm savunma argümanlarını ileri sürebilir. 30 günlük başvuru süresinin geçirilmiş olması, bu itirazların yapılmasına engel değildir. Ancak bu teşebbüsün başvuruda bulunmamaktan ötürü idari para cezasına muhatap olacağı anımsanmalıdır.

kapsamına girmeyen ancak önemli piyasa gücüne sahip teşebbüsler için, mutlak suretle Kurul kararı gerekir.

¹¹⁴ Gerçi Taslak, piyasa koşullarındaki değişmelerin yükümlülükler üzerindeki etkisini ayrı düzenlemiştir (8/A/4). Dolayısıyla bir olasılık, yapılan bir incelemede bu hüküm çerçevesinde yükümlülüklerin değiştirilmesi söz konusu olabilir.

Avrupa Birliği hukukunda ise, DMA, müstakil bir inceleme süreci öngörmektedir. Yasa'nın 20 vd. hükümleri ayrıntılı bir şekilde inceleme sürecini düzenlemektedir. Burada bilgi isteme, yerinde inceleme, taahhüt, uyum fonksiyonu, savunma hakkı ve dosyaya giriş müesseseler özel olarak düzenlenmiştir. Tabiatıyla, teşebbüsün yükümlülöklere uygun davranıp davranmadığını belirlemeden önce, savunmalarını alınması zaruridir (m.34)¹¹⁵. Ancak bizim hukukumuzda olduğu gibi, üç yazılı, bir sözlü savunmayı içeren bir süreç söz konusu değildir. 5, 6 ve 7. maddede belirtilen yükümlölöklere aykırı davranışların tespiti halinde ("*non-compliance*") 29. madde uyarınca idari para cezaları tatbik edilir. Nitekim bu cezaları aşağıda ele alıyoruz. Her halükârda incelemenin 1 sene içerisinde tamamlanması kuralı benimsenmiştir (m.30/2).

F. Önemli pazar gücüne Sahip Teşebbüs Statüsünün ve Yükümlölöklere Süresi ve Değişmesi

Taslak, önemli pazar gücüne sahip teşebbüs statüsünün 3 sene boyunca devam edeceğini öngörmektedir (8/A, fıkra 2). Teşebbüs sürenin dolmasından 90 gün önce başvurup itiraz etmediği sürece, bu statü bir üç sene daha uzamaktadır. İkinci üç seneden sonrası için bir düzenleme olmadığına göre, ikinci üç seneden sonra bir yenileme olmayacağı söylenebilir. Taslak toplamda 6 seneye varan bu süre içerisinde piyasa koşullarında ve teşebbüsün konumundaki değişiklik olacağını dikkate alarak hem statüsünün hem de yükümlölöklere değiştirilmesine imkân tanımıştır. İlgili maddenin 4. fıkrasına göre, karara esas olan olgulardan birinin önemli ölçüde değişmesi, kararın eksik veya yanlış bilgiye dayanması veya yükümlölöklere yetersiz olması hallerinde Kurul kararını gözden geçirebilir, geri alabilir ve deđiştirebilir¹¹⁶.

Statüsünün değişmesi, var olan önemli pazar gücünün kaldırılması ve dolayısıyla yükümlölöklere de ortadan kalkması anlamına gelir. Örneğin, piyasanın daha

¹¹⁵ İlgili maddeye göre sadece yükümlölöklere ihlali değil, pek çok süreçte ve karara varmadan önce savunma hakkının alınacağı düzenlenmiştir. Örneğin, 9 ve 10. maddelerde düzenlenen askıya alma ve muaf tutma, 17. Madde uyarınca yapılan piyasa incelemesi (ki bu incelemenin konusu yukarıda ele alındığı üzere nicel eşiklerin dışında kalan teşebbüslerin önemli piyasa gücüne sahip olup olmadığının tespitidir), sistematik aykırılık, taahhüt ve ceza kararı vermeden önce savunma alınması gerekmektedir.

¹¹⁶ Madde önemli pazar gücü tespiti yapılan kararın değiştirilmesinden bahsedilmektedir. Oysa herhalde, teşebbüs hakkında önemli piyasa gücü olmadığının tespiti kararının da aynı madde kapsamında değiştirilmesi ve geri alınması mümkün olmalıdır.

rekabetçi hale gelmesi nedeniyle kararın geri alınması bu türden bir sonuca neden olur. Öte yandan piyasanın daha da yoğunlaşması veya platformun yeni hizmetler sunması halinde statünün kaldırılmaksızın yükümlülüklerin kapsamı genişletilebilir. Benzer şekilde teşebbüs tarafından yanlış bilgi verilmesi nedeniyle de yükümlülüklerin kapsamının genişletilmesi imkân dahilindedir. Tabii bu durumda aynı zamanda idari para cezasının tatbik edilmesi gerekir (m.16/f).

DMA'da bu hükme paralel olan düzenleme 4. maddede yer almaktadır. Burada, karara temel olan olguların esaslı şekilde değişmesi veya kararın eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgiye dayalı olarak verilmiş olması halinde, statü değiştirilebilmektedir. Bu düzenlemede yer alan önemli bir fark, "gözden geçirme" ("review") kurumuna yer verilmesidir. Bu gözden geçirme bir yandan her yıl eşiklerin halen aşılmayıp aşılmadığını, diğer yandan üç senede bir esasa dair koşulların değerlendirilmesini içerir. Dolayısıyla DMA, statünün devamlılığını öngörmüş olmakla birlikte, bunun Komisyon tarafından gözden geçirilmesi esasını benimsemiştir. Gözden geçirme esnasında, mesela, önemli piyasa gücü tespitine temel teşkil eden faktörlerin değiştiği kanaatine varılırsa, bu durumda yine Komisyon kararını değiştirebilmektedir (m.4/2).

Taslak'taki düzenleme ile ilgili **temel sorun, statünün otomatik olarak bir üç sene daha uzaması ve aksini ispat yükünün teşebbüse bırakılmasıdır**. Teşebbüs pasif kaldığı bir durumda, Kurul da kararını gözden geçirmezse¹¹⁷, teorik olarak statü 6 senelik bir süre boyunca devam edecektir. **Fikrimizce otomatik uzamaya ilişkin hüküm kaldırılmalı, bu statünün ancak Kurul kararı ile yenilenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmelidir**.

Öte yandan, önemli pazar gücüne sahip olma statüsünün 3 sene için belirlenmesi, hızlı değişen dijital piyasalar bakımından, bu piyasaların dinamik yapısıyla uyumlu değildir. Bu açıdan bu sürenin prensip olarak daha kısa (mesela 1 yıl olarak) belirlenmesi yerinde olur. Bu teşebbüsün statüsünün daha kısa aralıklarla (mesela her yıl) tekrar gözden geçirilmesi daha isabetli olur. Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde, birçok platforma bu statü ilk kez verileceği için, ilk tespit döneminde bu sürenin 2 sene olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Fakat akabinde her sene bu yükümlülüğün gözden geçirilmesi gerekir. Bu gözden geçirme sürecinin hem statü hem de yükümlülükler bakımından geçerli olması gerekir. Ayrıca, teşebbüsler,

¹¹⁷ Kurul resen gözden geçirme yapabilir, ancak Taslak, DMA düzenlemesinden farklı olarak bu konuda bir yükümlülük getirmemektedir.

yükümlülüklerin artık kendileri bakımından geçerli olmayacağına ilişkin itiraz imkânı tanınması ve teşebbüsün bu itirazı elindeki somut delillerle şartlardaki değişikliğin gerçekleşmesiyle yapabiliyor olması gerekir.

G. Diğer Düzenlemeler

Taslak'ta yer alan diğer düzenlemeler, 6/A. maddesinin tatbikinde diğer kurumlar ile kurulacak iş birliğini konu edinmektedir. Burada düzenlenen davranışların farklı hukuk dalları ile olan yakın ilişkisinden ötürü iş birliği düzenlemeleri makuldür¹¹⁸. Ancak ***buna ayrı bir maddede bağımsız olarak yer vermek bizce daha doğrudur.*** Maddenin 6. fıkrasında, tedbirlerin izlenmesi ile ilgili kamu kurumları iş birliği yapılabileceği düzenlenmiştir. Belirttiğimiz üzere bu bilhassa Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olabilir. Yine buna paralel olarak, çevrimiçi sosyal ağ hizmetleri, kişiler arası iletişim hizmetleri ve bulut bilişim hizmetleri için alınan kararlarda, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görüşü ve bu Kurumun düzenleyici işlemlerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir (fıkra 7). Devam eden fıkra ise, genel koordinasyon ihtiyacının varlığını kabul ederek bir koordinasyon kurulunun kurulacağını belirtmektedir. Bu koordinasyon kurulunun işleyişi hakkında da bir tebliğin çıkarılacağı öngörülmektedir. İş birliği ve koordinasyon yapılması isabetli bir yasama tercihi olmakla birlikte, tebliğ hükümleri ve pratik uygulama bunun verimli olup olmadığı belirleyici olacaktır.

2. Madde 6: Yapısal Tedbirler

Taslak'ın 6. maddesi, Rekabet Kanunu'nun 9. maddesinde bir değişiklik öngörmektedir. Buna göre ilk fıkrada 6/A maddesinin eklenmesinin dışında, iki ve üçüncü fıkra yenidir. Eklenen fıkralar aynen şu şekildedir:

“6/A maddesi bakımından yapısal tedbire karar verilebilmesi için öncelikle nihai kararlar verilmiş bir davranışsal tedbirin bulunması şartı aranmaz. Ancak bu durumda, davranışsal tedbirin sonuç vermeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olması gerekir.

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin son beş yıl içinde en az iki defa 6/A maddesini ihlal ettiğinin tespit edilmesi üzerine Kurul, tekrarlanan

¹¹⁸ DMA kapsamında da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Yüksek seviye grup (“*high level group*”) olarak adlandırılan bu koordinasyon komitesi, DMA hükümlerinin diğer düzenlenen piyasalar ile ilgili kurallar ile uyum içerisinde uygulanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bkz. m.40.

ihlallerden doğan zararları ortadan kaldırmaya veya doğması muhtemel ciddi veya telafi olunamayacak zararları önlemeye yönelik olarak, bu teşebbüsler tarafından gerçekleştirilecek birleşme veya devralma işlemlerini beş yıla kadar yasaklayabilir."

Hüküm, yapısal tedbirin uygulanma koşullarını hafifletmiştir. Zira mevcut maddede, Kanun'un ihlal edilmesi neticesinde yapısal tedbirin uygulanması için, davranışsal tedbirin uygulanmış olması gerekir. 6/A bakımından ise, davranışsal tedbirin uygulanması şartı aranmaz, sadece bu tedbirin sonuç vermeyeceğinin açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bu isabetli bir düzenleme tarzıdır. Zira önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasalarda, yoğunlaşma sorunun kalıcı olduğu, piyasanın özellikleri nedeniyle rekabetçi baskının yaratılamayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda ise, her şart altında davranışsal tedbirin uygulanması koşulunu aramak isabetli olmayabilir.

Avrupa Birliği hukukunda DMA, yapısal tedbirlerin tatbikinde, sistematik aykırılık şartını aramaktadır (m.18). Teşebbüs sistematik aykırılıkta bulunmadığı sürece, yapısal tedbirlere DMA hükümleri çerçevesinde başvurulması imkânı yoktur. Dolayısıyla yapısal tedbirin uygulanma şartının ağırlaştırıldığını söyleyebiliriz.

İkinci değişiklik ise, birleşme ve devralma işlemlerinin yasaklanmasına ilişkindir. Buna göre önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün beş yıllık süre içerisinde iki defa 6/A maddesini ihlal etmesi halinde, teşebbüsün birleşme ve devralma işlemi yapması Kurul tarafından yasaklanır. Görüldüğü üzere, birleşme ve devralmanın yasaklanması bir yaptırım tedbiri olarak maddede yer bulmaktadır. Düzenlemenin lafzına göre, Kurul bu tedbire yer vermek durumunda olmadığı gibi, yer verdiği durumda da süre açısından daha kısa bir süre için yasak öngörebilir. Kurula takdir yetkisi verilmesi isabetlidir. Ancak bu yaptırımın, 6/A ihlalleri ile olan ilişkisi ve diğer yaptırımların yanı sıra neden gerekli olduğu anlaşılammaktadır. Gerekçe de bu konuda bir açıklama içermemektedir. ***Bu hükmün tamamen kaldırılması isabetli olur.***

3. Madde 7: Yükümlülük ve Tedbirlerin İzlenmesi

Taslak'ın 7. maddesi, Kanun'a yeni bir madde eklemiştir. 9/A maddesi aynen şu şekildedir:

“Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, 6/A maddesinde yer alan yükümlülüklerle tamamen ve etkin şekilde uyumu sağlamakla, bu kapsamda gerekli tüm tedbirleri almakla ve Kurumun talebi üzerine buna yönelik süreçleri raporlamakla yükümlüdür. Önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler ticari veya teknik yollar ya da arayüz tasarımları ile bu yükümlülüklerle uymaktan kaçınamaz, nicel eşiklerden kaçınmak için faaliyetlerini ayıramaz.”

Önemli pazar gücüne sahip teşebbüs, 6/A kapsamında muhatap olduğu yükümlülüklerle uyum göstermek zorundadır. Buna aykırı davranış, yani uyum tedbirleri almamak Kanun’un 9 ve 16. maddeleri çerçevesinde yaptırım uygulanmasına neden olur. Dolayısıyla 6/A maddesinin, 4 ve 6. maddelerden önemli farkı, bu maddelerin prensip olarak bir davranış değişikliği, yani uyum tedbiri almayı gerekli kılmasıdır. Kanun bu tedbirlerin neler olacağını belirlemediği gibi, bunların Kurul tarafından da belirlenmeyeceğini belirtmiştir. Kurul sadece yükümlülükleri tespit edecektir. Bu yükümlülüklerle uygun tedbirler teşebbüs tarafından belirlenecektir. Ayrıca bunun için raporlamayı da zorunlu kılmamıştır. Yani teşebbüsün, ilgili yükümlülüklerle uyduğunu, bir başvuru ya da bildirim ile birlikte Kuruma raporlaması şart değildir. Ancak Kurum gerekli görürse, bu tedbirlere dair rapor yükümlülüğü getirebilir. Tabiatıyla bunun 6 aylık süre içerisinde yapılması gerekmektedir. Kurumun bu türden bir talepte bulunması halinde, buna aykırı davranış sadece Rekabet Kanunu’nun 17. maddesinde yaptırımın uygulanmasına neden olacaktır. Ayrıca bir usul yaptırımını öngörülmemiştir.

AB hukukunda ise, yükümlülüklerin nasıl yerine getirildiğinin teşebbüs tarafından raporlanması esasını benimsemiştir (m.11). Dolayısıyla teşebbüs önemli piyasa gücü belirlemesi kararından itibaren 6 ay içerisinde bu raporlamayı yapmakla yükümlü kılınmış ve teşebbüse ayrıca her yıl bu raporlamayı tekrarlama yükümlülüğü getirilmiştir¹¹⁹. Keza Komisyon da, uyumun sağlanıp sağlanmadığı hususunda, dış denetçi atanması da dahil olmak üzere tedbir alabilir (m.26).

Bu maddeye dair **temel sorun, bunun 8/A hükmü ile, en azından lafzen, çelişkili olmasıdır**. Burada teşebbüsün 6/A yükümlülüklerle tamamen uyum sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Oysa 6/A yükümlülüklerinin tamamı, somut teşebbüs açısından uygun olmayabilir ve Kurul, ilgili kararında itiraz üzerine ya da

¹¹⁹ İlgili maddeye göre, söz konusu Rapor, Komisyon sayfasında yayımlanacaktır (m.11/2(3)).

resen bunlardan bir kısmını teşebbüs için uygulanamaz kabul etmiş olabilir. Bu nedenle burada tamamen ile kastedilen 6/A'da yer alan tüm yükümlülüklerin değil, teşebbüsün (Kurul kararı ile belirlenen) yükümlülüklerine tamamen uymasındır. Maddenin bu yönde değiştirilmesi isabetli olur. Maddede yer alan ikinci cümlede, teşebbüsün Kanunu dolanmasını önlemeye yönelik bir hüküm öngörülmüş gözükmektedir. Bu türden bir ***hükümün gerekliliği tartışılır***.

4. Madde 8: Yerinde İnceleme

Taslak'ın 8. maddesi, yerinde inceleme yetkisini düzenleyen 15. maddede bir değişiklik öngörmektedir. Buna değişikliğe göre, yeni bir ikinci fıkra eklenmiş ve mevcut ikinci fıkrada (ki Taslak'ta bu üçüncü fıkra olmaktadır) bir değişiklik yapılmıştır¹²⁰. Değişiklikler aynen şu şekildedir:

“...Türkiye’de en az bir temel platform hizmeti sunan teşebbüsler, Türkiye’de yerleşik olup olmadığından bağımsız olarak, bu maddede düzenlenen yetkilerin kullanımına imkan sağlayacak teknik ve idari gereklilikleri yerine getirmekle yükümlüdür.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından ve 6/A maddesinin uygulanması bakımından çözümü özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren durumlarda, gerekli görülmesi halinde, Kurul tarafından görevlendirilecek özel bilgi, beceri veya deneyim sahibi bilirkişiler yardımıyla yapılır. İncelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar. Bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılacak tebliğ ile belirlenir. Bilirkişiye verilecek ücretin tutarı Kurul ile Hazine ve Maliye Bakanlığınca birlikte tespit olunur ve bu ücret Kurum bütçesine konulacak ödenekten karşılanır...”

Burada iki konuya dair düzenleme olduğu söylenebilir. *Birincisi*, Türkiye’de mukim olmayan teşebbüslerin malvarlığında inceleme yapılması sorunu düzenlenmiştir. *İkincisi* ise, Kurum meslek personelinin inceleme için gereken uzmanlığa sahip olmaması durumunda, bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin imkana yer verilmesidir.

¹²⁰ Avrupa Birliği hukukunda DMA, ayrıntılı bir şekilde yerinde inceleme yetkisini 23. maddede düzenlemektedir. Madde işyerlerinde yerinde inceleme yapmaya, çalışanlara inceleme konusu olgu ve belgeler ile ilgili soru sormaya, her türlü dokümanın kopyasını almaya yetki vermektedir.

İlk düzenleme son derece basit bir ilke öngörmektedir. Buna göre Türkiye’de hizmet sunan önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, yerinde inceleme yapılmasına imkân veren bir alt yapı kurmak ve bununla ilgili bir muhatap ya da temsilci bulundurmamak durumundadırlar. Üstelik bu yükümlülükler sadece önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler değil, Türkiye’de temel platform hizmeti sunan tüm teşebbüslere getirilmiş gözükmetedir. Bu dikkat çekici bir kapsam maddesidir. Buna aykırılık ise, Kanun’un 16. maddesi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmekte ve ağır yaptırımlara tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla Taslak, sadece önemli piyasa gücüne sahip teşebbüsler için düzenleme getirmemiştir denebilir.

İkinci düzenleme ise, Kurum uzmanlarının bilgi eksikliğini gidermeyi amaçlamaktadır. Bilişim sistemlerinde yapılan yerinde incelemede, Kurum meslek personelinin yeterli uzmanlığa ve bilgi birikimine sahip olmaması durumunda, konu ile ilgili uzmanlardan yararlanılması gerekebilir. Madde buna imkân sağlamakta ve bunun uygulama esaslarını belirleyecek bir tebliğ yayımlanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu genel olarak olumlu bir düzenlemedir. Ancak ikincil düzenleme hazırlanırken, özellikle ticari sırlar konusundaki teşebbüslerin sahip olabileceği endişeleri gidermeye yönelik düzenlemeler yapılması büyük önem taşımaktadır. Zira ilgili uzmanların bu incelemeler esnasında elde edecekleri bilgiler “ticari sır” mahiyeti taşıyacak ve bu sırların ifşa edilmesi önemli riskler barındırabilecektir. Salt sözleşmesel bir taahhüt ise bu konuda yeterli olmayabilir.

5. Madde 9: İdari Para Cezaları

Taslak’taki 9. madde, Kanun’un 16. maddesinin ilk fıkrasına üç yeni bent eklemekte ve ikinci fıkradaki esasa dair idari para cezasının üst sınırında değişiklik getirmektedir. Değişiklikler aynen aşağıdaki gibidir:

- “... E) Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca getirilen yükümlülüğe uymaması,*
f) Kanununun 8/A maddesi uyarınca yapılan bildirimde eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi,
g) Kanununun 8/A maddesi uyarınca bildirim yükümlülüğüne uymaması,
... , 6/A maddesinin ihlali halinde ise bu oranın iki katına kadar idarî para cezası verilir”

İlk olarak, yukarıda belirttiğimiz üzere Türkiye’de mukim olmayan teşebbüsler, yerinde inceleme yapmaya imkân verecek idari ve teknik alt yapıyı kurmak durumundadır. Bunun kurulmaması halinde, bu davranış yerinde incelemenin engellenmesi olarak kabul edilmekte ve teşebbüs cirosunun %0,5 oranında idari para cezasının tatbikine yol açmaktadır. Kanun’un mevcut halinde, yerinde incelemenin engellenmesi yine aynı ölçekte idari para cezasının uygulanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla düzenleme ağır bir yaptırım bir öngörmekle birlikte ve mevcut hüküm ile uyum içerisindedir ve 15. maddenin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaya yöneliktir.

İlgili maddede (f) ve (g) maddeleri ise, 8/A bildirimini düzenlemektedir. Anımsanacağı üzere bu bildirim, öncelikle Tebliğ kapsamına giren teşebbüsler için öngörülmüştür. Teşebbüs Tebliğ kapsamına giriyorsa, bunu 30 günlük süre içerisinde bildirecektir. Bu süre içerisinde bildirmezse, 16. maddenin (g) bendi uyarınca cirosunun %0,1 oranında idari para cezasına muhatap olacaktır. Öte yandan hem bu bildirim hem de tebliğ dışında kalan teşebbüsler hakkında yapılacak değerlendirmede yapılan bilgi talepleri açısından, teşebbüsün doğru ve zamanında bilgi vermesi önemlidir. İşte Kanun’un 16. maddesinin (f) bendi de bu kapsamda sunulan bilgilerin doğru, eksiksiz ve süresinde olmasını sağlamak amacıyla bir idari para cezası öngörmektedir.

Maddede diğer önemli değişiklik ise, 6/A yükümlülüğüne aykırı davranışları hakkında uygulanacak idari para cezasının üst sınırına ilişkin olarak getirilmiştir. Rekabet Kanunu’ndaki maddi yasaklayıcı normlara aykırılık halinde uygulanacak idari para cezasının üst sınırı teşebbüs cirosunun %10’una kadardır. Pratikte de bu ceza oranının (son yıllarda) genellikle %2-3’ler seviyesinde takdir edildiği söylenebilir. Oysa Taslak önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler açısından bu oranı %20 olarak belirlemiştir. Bu farklılığa gerekçe olarak ise, bu teşebbüsler açısından gayri safi gelirlerin piyasa gücünü tam olarak yansıtmaması ve dolayısıyla %10 üst sınırının caydırıcılık açısından yetersiz kalması endişesi belirtilmiştir. Platform hizmetleri açısından cironun ya da gayri safi gelir ölçütünün neden piyasa gücünü yansıtmadığı hususunda açıklık yoktur. Muhtemelen varsayılan, bu teşebbüsler açısından kâr marjının yüksekliği olabilir. Dolayısıyla genel olarak kâr marjı ve özel olarak ihlalden elde edilen “*ilave kar marjı*” yüksekliği, bu gerekçeye göre caydırıcılık yaratmak için üst sınırın arttırılmasını gerektirmiş olabilir. Bizce mesele bilimsel açıdan değerlendirmeye ve ispata muhtaçtır. Dolayısıyla bu hükmün isabetinde tereddüt ediyoruz. Bizce mevcut durumda neredeyse her zaman %5’in altında idari para cezaları takdir edilirken, önemli piyasa gücüne sahip teşebbüsler

açısından %20 oranının üst sınır olarak belirlenmesi makul gözükmemektedir. Bu oranın %10 seviyesine indirilmesi zaruridir. Her halükarda, bu maddede yapılacak bir değişikliğe paralel olarak Ceza Yönetmeliği'nde de yeni bir düzenleme yapılması gerekir.

Öte yandan DMA hükümleri incelendiği zaman, Avrupa Birliği hukukunda da yasa koyucunun %20 üst sınırını öngördüğü görülmektedir. Dolayısıyla Türk yasa koyucusunun, bu hükmü DMA 30/2. madde hükmünden esinlenerek kaleme aldığı söylenebilir. Ancak DMA'deki bu hüküm, "dar anlamıyla tekerrür" halinde %20 üst sınır eşiğinin uygulanacağını belirtmektedir. Buna göre, aynı platform hizmetleri açısından, 8 yıllık süre içerisinde aynı ya da benzer bir yükümlülüğün ihlal edildiği tespit edilmişse, bu durumda idari para cezası teşebbüs Dünya cirosunun %20'sine kadar takdir edilebilir (m.30/2). Dolayısıyla bu istisna bir yana, olağan şartlar altında 5, 6 ve 7. maddede yer alan yükümlülük ihlali için uygulanan idari para cezasının üst sınırı teşebbüs Dünya cirosunun %10'una kadar olabilir (m.30/1)¹²¹. Öte yandan 1/2003 sayılı Tüzük'te açıkça belirtildiği üzere, bu para cezaları ancak teşebbüsün kusuru halinde uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla kusursuz ihlal söz konusu ise, idari para cezası da tatbik edilemez.

6. Madde 10: Nispi İdari Para Cezaları

Taslak, nispi idari para cezalarının düzenlendiği 17. maddede de bir değişiklik getirmektedir. Buna göre:

"... d) Kanunun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca getirilen yükümlülüğe uymaması,

.....

¹²¹ Hemen şunu belirtelim, teşebbüs cirosunun %10'una kadar idari para cezası sadece önemli Pazar gücüne sahip teşebbüsün bu maddelerde sayılan yükümlülükleri ihlal etmesi halinde değil, aynı zamanda, diğer başka hükümleri ihlal etmesi halinde de öngörülmüştür. Örneğin 8/2. maddede düzenlenen ve Komisyon tarafından "implementing act" (5-7. madde yükümlülüklerine uyumun sağlanması için yerine getirilmesi gereken davranışın Komisyon tarafından belirtilmesi) olarak öngörülen davranışın yerine getirilmemesi halinde de cironun %10'una kadar idari para cezası tatbik edilebilir. Benzer şekilde, teşebbüsün, 5-7. madde yükümlülüklerini sistematik ihlal etmesi halinde (8 yıl içerisinde üç defa ihlal kararı) teşebbüs aleyhine bir davranışsal veya yapısal tedbire karar verilebilir. İşte bu karara aykırı davranış da teşebbüs cirosunun %10'una kadar idari para cezasının uygulanmasına neden olur. Aynı şekilde taahhüt ve geçici tedbir kararlarına aykırı davranışın sonucunda cironun %10'una kadar idari para cezasıdır.

Birinci fıkranın (a) ve (c) bentlerine göre idarî para cezaları, bu bentlerde belirtilen kararlardaki yükümlülüklere uyulması için belirlenen sürenin dolmasından itibaren verilebilir. (a) bendindeki fiile ilişkin idarî para cezası, yükümlülük getirilen kararda herhangi bir süre belirlenmemiş ise, bu kararın tebliğini takip eden günden itibaren verilebilir. (b) ve (d) bentlerindeki fiillere ilişkin idarî para cezası ise, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.”

Bu hüküm uyarınca yerinde incelemenin yapılabilmesi için, gerekli idari ve teknik alt yapıyı kurmayan teşebbüsler, 17. maddeye göre günlük idari para cezasına muhatap olacaklardır. Günlük idari para cezası tutarı ise (yerinde incelemenin engellendiğinin tespitinden itibaren) bu yükümlülüğün yerine getirilmediği her gün için, günlük olarak teşebbüs cirosunun %00,5 tutarında olacaktır. Dolayısıyla Kanun'un 15/2 hükmüne aykırı davranan bir teşebbüs, hem bir defalığına %0,5 tutarında, hem de günlük %00,5 tutarında bir idari para cezası ile karşı karşıya kalacaktır.

7. Madde 11: Taahhüt

Taslak, Rekabet Kanunu'nun 43. maddesinde değişiklik öngörmekte ve sadece 4 ve 6. maddeler için değil; 6/A maddesi açısından da taahhüt kurumunun uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Dolayısıyla 6/A maddesine aykırı davrandığı iddiası ile başlatılan bir incelemede, teşebbüs, taahhüt vermek suretiyle incelemeyi sonlandırabilir. Bunun bir sonucu, 6/A maddesinin ihlalinin “açık ve ağır ihlal” kapsamında değerlendirilmemiş olmasıdır. Bu, söz konusu yükümlülüklerin hukukumuza yeni dahil olduğunu dikkate alırsak, isabetli bir düzenlemedir.

Avrupa Birliği hukukunda DMA de, taahhüt usulüne yer vermektedir (m.25). Ancak ilginç bir şekilde bunun 18. maddede düzenlenen sistematik hukuka aykırılıklar açısından geçerli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla alelade hukuka aykırılık şüphesi ile ilgili yapılan incelemeler açısından, taahhüt imkanının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

8. Madde 12: Sürelerin Uzatılması

Taslak, Kanun'a eklenecek geçici 8. madde ile süreler hakkında iki hususu düzenlemektedir. Bunlardan *ilki*, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün belirlenmesine yönelik Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden itibaren 1 yıllık süre

içerisinde yapılacak başvurular açısından 8/A maddesindeki sürelerin iki kat olarak uygulanacak olmasıdır. Dikkat edilirse burada sadece başvurular ifadesi geçmektedir. Başvuru dışında, re'sen veya şikâyet ile başlatılan incelemeler açısından sürelerin iki katı uygulanmayacağı yorumu yapılabilir. Kanun'un 8/A maddesindeki sürelerin kısa olduğunu dikkate alırsak, bu maddenin sadece başvurular için değil; başvuru olmaksızın başlayan incelemeler için de uygulanması gerektiği söylenebilir.

İkinci düzenleme ise, tebliğlerin yürürlük tarihlerine ilişkindir. Buna göre 6/A ve 8/A maddesi uyarınca çıkarılacak tebliğler, Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren (ki Kanun'un yayımı ile birlikte yürürlüğe gireceği belirtilmektedir) 6 aylık sürede çıkarılacaktır. Tebliğlerin Kanun'un uygulanması ve özellikle 6/A maddesinin ve yükümlülüklerin belirlenmesindeki önemi dikkate alınır, bunun son derece olumlu bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir.

V. Taslak'ın Esasa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi

A. Çifte Cezalandırma Perspektifinden Genel Bir Bakış

Taslak ile E-ticaret Kanunu arasında, ticari kullanıcıdan elde edilen verinin ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanılması, veri taşımanın engellenmesi ve farklı kanallarda faaliyet yürütülmesi ve daha iyi koşullarda hizmet sağlanmasının yasaklanmasına dair düzenlemelerde örtüşme bulunmaktadır. Bunun haricinde, Taslak'ta satıcılara ve reklam verenlere (ve reklam hizmeti ile ilgili paydaşlara) yönelik bilgi verme yükümlülükleri, potansiyel olarak E-ticaret Kanunu'ndaki haksız ticari uygulamalar hükmü ile bir arada uygulanabilir. Aşağıda bu örtüşmeler ele alınacak ve aynı eylemden ötürü birden fazla cezanın mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Ancak bu örtüşme alanlarından bahsetmeden önce, E-ticaret Kanunu'nun, Taslak ile kıyaslandığı zaman daha dar bir kapsama sahip olduğunu belirtelim. Her ne kadar E-ticaret Kanunu'nun kapsamı belirsiz ise de, bu Kanun'un kapsam maddesi açık şekilde bazı piyasaları kapsam dışı tutmuştur. Dolayısıyla elektronik aracı hizmet sağlayıcı olmasına rağmen, E-ticaret Kanunu kapsamına girmeyen muhtelif platformlar olabilir. O nedenle aşağıdaki açıklamalar, sadece E-ticaret Kanunu ile Rekabet Kanunu Taslağı'nın bir arada uygulandığı pazarları konu edinmektedir.

İlk olarak, E-ticaret Kanunu ek madde 2 (2)a hükmüne göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL üzerinde olan e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıları,

elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ve alıcıdan elde ettiği verileri, yalnızca aracılık hizmetlerinin sunulması amacıyla kullanır ve aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerleri veya diğer elektronik ticaret ortamlarında elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla rekabet ederken kullanamaz. Taslak 6/A (b) hükmü, bu hüküm ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Taslak 6/A (b) hükmüne göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, kamuya açık olmayan verileri, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanamaz. Bu açıdan, her iki kanun kapsamına giren bir teşebbüsün ticari kullanıcılardan elde ettiği veriyi, ticari kullanıcılarla rekabet ederken kullanması, bu iki kanun kapsamında ihlal olarak değerlendirilebilecektir.

İkinci olarak, E-ticaret Kanunu ek madde 2 (2)b hükmüne göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar TL üzerinde olan e-ticaret aracı hizmet sağlayıcıları, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının satışları dolayısıyla elde ettiği verileri bedelsiz taşımaya ve bu veriler ile bunlardan elde ettiği işlenmiş verilere bedelsiz ve etkin şekilde erişim sağlamasına teknik imkân sunma yükümlülüğü altındadır. Taslak 6/A (i) hükmü, bu hüküm ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Taslak 6/A (i) hükmüne göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, temel platform hizmetlerini veya yan hizmetleri kullanan son kullanıcılar, ticari kullanıcılar ya da bu ticari kullanıcıların son kullanıcıları tarafından sağlanan veya bu tarafların ilgili platform üzerindeki faaliyetleri kapsamında üretilen verileri, talepleri üzerine, ücretsiz ve etkin bir şekilde taşımalarına imkân tanıma, veri taşınabilirliğini kolaylaştıracak araçları ücretsiz sağlama yükümlülüğü altındadır. Bu kapsamda, ticari kullanıcılarca, son kullanıcılara ait kişisel verileri de içeren verinin taşınması, 6698 sayılı Kanuna uygun olarak gerçekleştirileceği de Taslak kapsamında hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla her iki kanun kapsamına giren bir platformun veri taşımaya izin vermemesi, her iki kanun kapsamında da ihlal olarak değerlendirilebilecektir.

Üçüncü olarak, E-ticaret Kanunu ek madde 2 (3)c hükmüne göre, bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar TL ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcısı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını ya da reklam yapmasını kısıtlayamaz, herhangi bir kişiden mal veya hizmet teminine zorlayamaz. Buna imkân sağlayan herhangi bir hükme aracılık sözleşmesinde yer veremez. Taslak 6/A (f) hükmü, bu hüküm ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Taslak 6/A (f) hükmüne göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, ticari kullanıcıların, rakip teşebbüsler ile çalışmalarını, aynı ürün veya hizmetler bakımından platform üzerinden veya diğer kanallar üzerinden son kullanıcılara teklif vermelerini ve son kullanıcılarla sözleşme yapmalarını, bu

kanallar aracılığıyla kendi mal veya hizmetlerinin reklamını yapmalarını kısıtlayamaz veya zorlaştıramaz ve kendi kanalları veya farklı kanallar üzerinden veya rakip teşebbüsler ile çalışırken belirli bir mal veya hizmet için farklı fiyat veya koşullar sunmalarını engelleyemez.

Son olarak, Taslak'ta yer alan bilgilendirme yükümlülükleri yani 6/A maddesinde yer alan (l) ve (m) bentleri zımnen de olsa, E-ticaret Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen haksız ticari uygulamalar kapsamında değerlendirilebilir. Zira önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün karmaşık bir fiyatlama yapması ya da satıcının anlayamayacağı tarzda performans denetimi uygulaması gibi haller, aynı zamanda haksız ticari uygulama olarak vasıflandırılabilir.

Taslak kapsamında, yukarıda açıklamaya çalıştığımız türden muhtemel bir örtüşmeye ilişkin olarak özel bir düzenleme yapılmıştır. Taslak'a göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler hakkında Taslak'ın 6/A maddesinde yer alan yükümlülüklerden dolayı E-ticaret Kanunu'nun ek 2. maddesi hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren hallerde, 4054 sayılı Kanun md. 16/3 hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmaz. Bu hüküm, Kurul tarafından 4054 sayılı Kanun'da belirlenen diğer idari yaptırımların uygulanmasına engel teşkil etmez. Ancak diğer idari yaptırımların tespitinde E-ticaret Kanunu kapsamında uygulanan tedbirleri dikkate alır.

İlgili hüküm ile marifetiyle aynı eylemden dolayı idari para cezası yönünden çifte cezalandırmanın önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, bir teşebbüs, ilgili kanun hükümlerine göre aranan diğer koşulları sağlaması durumunda, ticari kullanıcının farklı mecralarda daha uygun fiyata satış yapmasını yasaklaması (=EKM hükmü uygulaması) durumunda, E-ticaret Kanunu kapsamında idari para cezasına çarptırılırsa, ayrıca aynı eylemden ötürü 4054 sayılı Kanun'un 6/A bendince tekrar idari para cezasına çarptırılmayacaktır. Benzer durum, verinin rekabet ederken kullanılması ve veri taşımanın engellenmesi gibi eylemler bakımından da geçerlidir.

Bu yaklaşım ilk bakışta isabetli olmakla birlikte, hukuki belirlilik açısından sorunlu bir durum da bulunmaktadır. Nitekim, yukarıda yer verilen ve Taslak ile E-ticaret Kanunu bağlamında örtüşen üç yasak aslında 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bağlamında hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecek

yasaklardır¹²². Mesela veri taşımanın engellenmesine ilişkin *NadirKitap* kararı ve mevcut durumda Kurul tarafından yürütülen *Sahibinden* soruşturması bulunmaktadır. Farklı mecralarda daha uygun fiyata satış yasağına ilişkin *Booking* ve *YemekSepeti* kararları bulunmaktadır. Ticari kullanıcı verilerinin platform tarafından kullanılmasına ilişkin olarak mevcut durumda yürüyen *Trendyol* soruşturması bulunmaktadır. Dolayısıyla, Kurum, her ne kadar 6/A kapsamında idari para cezası uygulayamayacak olsa da geleneksel hâkim durumun kötüye kullanımı enstrümanını kullanmasının önünde, en azından teorik olarak, herhangi bir engel bulunmamaktadır. Taslak'ın ilk maddesinde hâkim durumun kötüye kullanılmasıyla önemli pazar gücünün kötüye kullanılması arasına yerleştirilen “**ya da**” bağlacı da bu görüşü destekler niteliktedir. Öte yandan, Taslak'daki “*bu maddede yer alan yükümlülüklerden dolayı*” ifadesinde yasa yapıcının özellikle bu madde diyerek 6/A maddesini kastettiği ve eğer iradesi diğer maddeleri de kapsamak olsaydı bunu açıkça yazabileceği yorumu da iki farklı yaptırım ihtimalini desteklemektedir.

İlaveten, E-ticaret Kanunu kapsamında ilgili teşebbüse yaptırım uygulanması durumunda, Rekabet Kanunu kapsamında bir idari para cezasının uygulanmayacak olması, Rekabet Kanunu ihlalden kaynaklı diğer yaptırımların tatbikine ya da zarar görenlerin tazminat davası açmalarına engel değildir. Taslak kapsamındaki hüküm, yalnızca idari para cezası bakımından çifte cezalandırmayı önlediği için, diğer idari yaptırımlar bakımından bir soruşturmanın gerekeceği açıktır. Bu soruşturma sonucunda ihlal sonucuna ulaşılması ve fakat yalnızca idari para cezasının uygulanmaması durumunda, zarar görenlerin tazminat hakkının bulunacağına dair Taslak'ın revize edilmesi gereklidir.

Öte yandan, konuya hukuk politikası bakımından yaklaştığımızda, aynı eylemden ötürü iki farklı idari yaptırımın uygulanmasının isabetsiz bir yaklaşım olacağı değerlendirilebilir. Nitekim her iki kanun da benzer amaca hizmet etmektedir. Niteliği itibariyle ihlali kabahat olan bu iki kanunun ihlali durumunda iki farklı idari para cezası uygulanması Kabahatler Kanunu'na da aykırı olabilir. Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesine göre, bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Yine aynı hükme göre, bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda

¹²² Haksız ticari uygulamalar başlığı altındaki örtüşme ise, Rekabet Kanunu kapsamında değerlendirilmesi güç olan ancak bir olasılık sömürüye dayalı kötüye kullanma tipi içerisinde mütalaa edilebilir bir durumdur.

idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörölmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. Bu kapsamda, aynı eylemden ötürü iki farklı idari para cezası uygulanmasının hukuk politikası bağlamında problemlili olacağı rahatlıkla söylenebilir.

Diğer taraftan, Taslak ve E-ticaret Kanunu kapsamında, doğrudan örtüşmekten ziyade birlikte uygulanması durumunda hukuk güvenliği açısından problemlili olduğu tartışılabilir unsurlar da bulunmaktadır. Taslak 6/A (a) hükmüne göre, önemli pazar gücüne sahip teşebbüsler, kendi mal veya hizmetlerine, ticari kullanıcıların mal veya hizmetlerine kıyasla sıralamada, taramada, dizinlemede veya diğer koşullarda ayrımcılık yapamaz ve ilgili koşulların adil ve şeffaf olmasını sağlama yükümlülüğü altındadır. E-ticaret Kanunu'nun ek 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre, *elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamaz veya bu malların satışına aracılık edemez.*¹²³ İki hüküm birlikte değerlendirdiğimizde, E-ticaret Kanunu kapsamında olan teşebbüslerin kendi platformunda markasını satması yasaklanırken, Taslak kapsamında, platformun kendi markasını ön plana çıkarması yasaklanmıştır. Aslında, E-ticaret Kanunu ile belirli teşebbüslerin kendini öncelemek bir kenara kendi markasıyla kendi platformunda faaliyet göstermesi yasaklanarak, Taslak'taki yasak adeta bazı platformlar bakımından uygulanamaz hale getirilmiştir. Fakat, platformların potansiyel bir ihlali durumunda ise ortaya hukuki güvenliği sarsabilecek senaryolar çıkabilir. Mesela, bir pazaryeri, hem kendi markasını kendi platformunda satıp hem de kendini öncelediği kurguda hem E-ticaret hem de Rekabet Kanunu'nu ihlal etmiş olacaktır. Burada aslında iki farklı eylem bulunmaktadır. Birinde kendi markasını satışa sunarken diğerinde bu markayı öncelemektedir. Bu açıdan iki farklı kanun bağlamında iki farklı idari yaptırım mümkündür.

Bu bağlamda, çok büyük ölçüde benzer menfaatleri koruyan E-ticaret Kanunu ve Rekabet Kanunu bağlamında uygulanacak idari yaptırımlarda, bu iki kanun bağlamında uygulanan idari yaptırımlar göz önünde bulundurularak idari para cezası miktarının belirlenmesine yönelik ilave bir hükmün Kanun kapsamına alınması isabetli olur. Mesela, bir pazaryeri, E-ticaret Kanunu'nu ihlal edecek şekilde promosyon vererek rakiplerine karşı dışlayıcı eylemde bulunduğunu ve yine aynı

¹²³ Bkz. 7416 sayılı Kanun, m. 8. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/07/20220707-2.htm>

rakiplerini dışlamak için o rakiplere veri taşınmasını engellediğini varsayalım. Bu durumda iki farklı eylem vardır. Fakat bu iki eylem de rakibi dışlamak ve piyasadaki rekabet ortamını bozmak için yapılan ve tamamen aynı stratejinin birer ürünü olan eylemlerdir. Her iki kanun kapsamında yer alan yasaklayıcı normlara baktığımızda benzer çıkarımı yapabiliriz. Bu kapsamda, iki farklı ceza uygulanacağına göre, ilgili teşebbüsün gereğinden fazla cezalandırılmasını önleme amacına matuf olarak ikinci idari para cezası uygulanırken ilk ceza göz önünde bulundurulabilir.

Öte yandan, aynı konuda iki farklı kurum tarafından iki farklı soruşturma yürütülmesi de kaynakların etkin kullanımı bakımından sorunludur. Ticaret Bakanlığı'nın E-ticaret Kanunu kapsamında, belirli bir soruşturma süreci sonunda, bir ihlal kararı verildiği kurguda, Kurul'un farklı bir soruşturma yürütmesini engelleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hatta, belki idari para cezası açısından değil fakat diğer tedbirlerin uygulanabilirliği için Kurul tarafından da soruşturma yapılmasının gerekliliği açıktır. Fakat, bu gereklilik ise kamu kaynaklarının etkin kullanımı bakımından sorunlu olduğu gibi teşebbüslerin uyum maliyetlerini de artırmaktadır. Bir teşebbüse aynı konuda iki farklı kurum tarafından yerinde inceleme yapılması, bilgi talep edilmesi ve savunma alınması şüphesiz ki ilgili teşebbüsün de uyum maliyetlerini önemli ölçüde artırabilir. Bu açıdan kurumlar arası koordinasyonun güçlendirilerek daha etkin yöntemlerin benimsenmesi yerinde olacaktır.

B. Nesnel Gereklilik ve Etkinlik Savunması

Taslak kapsamında öngörülen öncül yükümlülükler, büyük ölçüde 12.10.2022 tarihinde Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanan Dijital Piyasalar Yasası'ndan ve Almanya Rekabet Kanunu'ndan yola çıkılarak hazırlanmıştır. Ancak Taslak'taki hükümlerin model olarak alınan örneklerden ayrılan yönleri de bulunmaktadır. Bu farklılıkların nedenlerinin anlaşılabilmesi için de özellikle mehz düzenlemeden ayrılan hükümler açısından gerekçede bir açıklamaya yer verilmesi isabetli olurdu. Taslak 6/A'nın maddesinin muhtevasına baktığımız zaman, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslere birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Maddenin düzenleniş şekline bu yükümlülüklerin tahdidi olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Zira maddede sayılan yükümlülüklerin Rekabet Kanunu'nun 6. maddesindeki gibi örnekleyici olduğu belirtilmemiştir.

Taslak'ın 6/A maddesinde öngörülen yükümlülüklere ilişkin etkinlik ve nesnel gereklilik savunmalarının dinleneceği net bir şekilde kaleme alınmamıştır. Yalnızca

Taslak'ın 8. maddesine, teşebbüsün, 6/A maddesinde yer alan yükümlülükleri yerine getiremeyeceğine ilişkin varsa haklı gerekçe savunmasını, yeterli düzeyde doğrulanmış, somut bilgi ve belgelerle birlikte, kararın kendine tebliğinden itibaren aynı süre içinde sunabileceği ve Kurul'un, bu savunmayı 60 gün içinde yapacağı inceleme ile değerlendirerek karara bağlayacağı ifade edilmiştir. İlgili hükmün, ilk bakışta, yer aldığı bölüm ve lafzına bakıldığında, ilgili teşebbüse sorumlulukların yükleneceği usuli sürece dair bir savunma unsuru olduğu düşünülebilir. Ne var ki, bu Rekabet Kanunu'nun ruhuna aykırı bir yaklaşım olur. Bu açıdan ilgili hükmün hem ödevlendirme hem de yükümlülüğe aykırı davranılıp davranılmadığının tespitinde kullanılabilir olduğu kabul edilmelidir. Fakat, her halükârda, hukuki belirlilik açısından, nesnel gereklilik ve etkinlik savunması imkânın 6/A maddesi altına açıkça alınması yerinde olur. Yukarıda ilgili maddeye ilişkin yaptığımız açıklamalara ve önerimize atıfla yetiniyoruz.

Duruma Avrupa Birliği açısından bakılacak olursa, Avrupa Birliği Komisyonunun söz konusu savunmaları, prensip olarak kabul etmediği, görülmektedir. Bunun Avrupa Birliği'ne özgü muhtelif sebepleri olabilir. Nitekim kapsamında etkinlik analizine izin veren ve özünde rekabet hukuku müdahalesine yaklaşan hukuki normların, ABİHA kapsamında değişiklik gerektirmesi ve bunun da tüm üyelerin onayıyla ve haliyle daha meşakkatli bir yoldan gerçekleştirilebilecek olması sebebiyle, farklı bir düzenleme yoluna gidilmiş olması olasıdır. Bu kapsamda, Komisyonun konuya yaklaşımında Avrupa Birliği'nin uluslar üstü konumu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle Komisyonun bu konudaki yaklaşımını doğrudan esas almanın isabetliliği tartışılır.

Alman Rekabet Kanunu'nun 19a(3) maddesi kapsamında nesnel gereklilik savunmasına yer verildiği görülmektedir¹²⁴. İlgili hükme göre, 19a kapsamında yer verilen yükümlülükler, ilgili davranışın nesnel olarak haklı olduğu ölçüde geçerli olmayacaktır. Bu hususta ispat yükümlülüğü ilgili teşebbüsün omuzlarında bırakılmıştır. İlgili düzenlemedeki nesnel gereklilik kavramının kapsamı ise belirsizdir. Bu bağlamda, etkinlik savunmasının da bu kapsama dahil edildiğini kabulü gerekir.

Aynı doğrultuda ABD'de 02.03.2022 tarihinde Senatoya sunulan *American Innovation and Choice Online Act* kapsamında bu tür savunmaların (düzenlemede

¹²⁴ Alman Rekabet Kanunu'ndaki ilgili hüküm için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0071

“*affirmative defenses*” kavramı kullanılmıştır) yapılabileceği kabul edilmiştir¹²⁵. Bu noktada, temelde ikili bir ayırım yapılmıştır. Yasa tasarısının üçüncü bölümündeki öncül yasaklardan ilk üçü için (a) federal veya eyalet yasalarının ihlalinin önlemek veya bu yasalara uymak; (b) ürün güvenliği, kullanıcı gizliliğini, kamuya açık olmayan verilerin güvenliğini veya kapsanan platformun güvenliğini korumak veya (c) kapsanan platformun temel işlevselliğini sürdürmek veya önemli ölçüde geliştirmek için gerekli olduğu savunmasına imkân tanınmaktadır. Tabii bu noktadaki ispat külfeti ilgili teşebbüsün omuzlarındadır. Diğer 7 yasak için ise ilaveten rekabet üzerinde önemli etkisi bulunmadığı ve bulunmayacağı savunmasına da imkân tanınması öngörülmektedir. Henüz yasalaşmamış tasarı kapsamında böylesi savunma imkanlarına yer verilmesi dijital piyasaların dinamikleriyle de son derece uyumludur.

Taslak 8/A altındaki haklı gerekçe savunmasının 6/A kapsamındaki öncül düzenlemeler için uygulanabilir olup olmadığına ilişkin bir tartışmanın önünü kapama amacına matuf olarak nesnel gereklilik ve etkinlik savunmasına yönelik genel bir düzenlemenin Taslak 6/A altına alınmasının isabetli bir tercih olacağı değerlendirilmektedir. Dijital piyasaların düzenlenmesinin Rekabet Kanunu kapsamında yapılan değişiklik marifetiyle gerçekleştirilmesi de aslında bu eklemenin gerekliliğine işaret etmektedir. Aksi halde 6/A hükmüyle getirilen yasaklar rekabet hukukunun ruhuyla çelişir hal alabilecektir. Nitekim aksi yaklaşım iktisadi etkinliğin reddi anlamına gelebilecek ve bu kapsamda piyasaların etkin işleyişine zarar verebilecektir.

Sonuç Yerine

4054 sayılı Kanun kapsamında yapılacak değişikliklerle, tüm dünyada tartışılan dijital piyasaların düzenlenmesine yönelik ülkemizde de önemli bir adım atılmış olacaktır. Aslında Temmuz 2022’de resmî gazetede yayınlanan E-ticaret Kanunu ile bu konuda ilk adım atılmıştı. Bu Çalışma kapsamında, E-ticaret Kanunu’nun yerindeliğini ele alınmamakla birlikte, ilgili düzenlemenin, benzerlerine kıyasla oldukça atipik olması ve özü itibarıyla birçok problemi hem içerik itibarıyla hem de kapsam itibarıyla çözmekten uzak olması sebebiyle, ülkemiz bakımından asıl düzenlemenin 4054 sayılı Kanun’da yapılan değişikliklerle birlikte ortaya çıkacağı söylenebilir.

¹²⁵ American Innovation and Choice Online Act kapsamındaki ilgili hüküm için bkz. section 3(b) <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>

Taslak hazırlanırken DMA ile Alman Rekabet Kanunu'nun model alındığı görülmektedir. Öte yandan, yukarıda da irdelendiği üzere model alınan iki düzenlemeden de önemli ölçüde farklılaştığı alanlar bulunmaktadır. Fakat bu farklılaşmaların ekseriyetinin politika tercihi olduğu söylenebilir. Zaten DMA gibi salt regülasyon olarak adlandırılacak bir düzenlemenin doğrudan Rekabet Kanunu'na derç edilmesi 4054 sayılı Kanun'un ruhuyla uyumlu olmazdı. Genel gerekçede de Taslak'ta yer alan değişikliklerin rekabet hukukunun ruhuna uygun olması adına hareket edildiği de açıkça ifade edilmiştir.

Taslak ile birlikte Kurul, mevcut Kanun kapsamında müdahale imkanına sahip olduğu teşebbüsler arası rekabet karşıtı anlaşmalar ile hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine, temel platform hizmetleri bakımından önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin önemli pazar gücünü kötüye kullanması halleri de eklenmiştir. Fakat bu ekleme, hakim durumun ya da önemli pazar gücünün kötüye kullanılması demek suretiyle adeta hakim durumun kötüye kullanılmasına haline bir alternatif olarak getirilmiş ve Kurul'a ilave bir araç sunulmuştur. Taslak'ın 8/A kapsamında yer verilen önemli pazar gücüne sahip teşebbüsün ve yükümlülüklerinin belirlenmesine ilişkin süreç, teşebbüsçe başvuru yapılması ve akabinde Kurul tarafından yasak ve yükümlülüklerin belirlenmesi şeklinde ilerlediği için, en azından hem 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi hem de 6/A maddesi kapsamına giren ihlaller bakımından, 6/A'nın evleviyetle uygulanacağı söylenebilir. Öte yandan, 6/A kapsamındaki öncül yasaklara ilişkin ispat kolaylığı, fiili olarak, zaten Kurul'u 6/A hükmünü işletmeye güdüler.

Taslak kapsamında yer verilen temel platform hizmetleri, dijital piyasalardaki neredeyse tüm iş modellerini kapsayacak şekilde geniş hazırlanmıştır. Taslak'ın bu yaklaşımı dijital piyasaların gerçekliğiyle uyumludur. E-ticaret Kanunu gibi düzenlemeleri belirli bir sektöre özgülemek hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik açısından şüphesiz ki sorunlu bir yaklaşım olurdu. Bu açıdan Taslak'ın hakkını teslim etmek gerekir. Yine Taslak kapsamında her bir temel platform hizmetine ilişkin tanıma yer verilmiş olması da hukuki belirlilik açısından son derece değerlidir.

Taslak'ta yer alan yasakların, öncül olduğu belirtilmektedir. Bunun olağan şartlarda anlamı şudur: Yasak, herhangi bir etkiden bağımsız olarak, salt hükümde belirlenen ve betimlenen davranışın gerçekleştirilmesi halinde tatbik edilir. Bunu daha açık bir şekilde anlatmak için şu mukayeseyi yapabiliriz: Kanun'un 6. maddesindeki yasak,

davranışın piyasadaki etkisine göre uygulama alanı bulur. Mesela münhasırlık, salt eylem olarak yasak değildir; bunun piyasada kapama etkisine bakılır. Ancak bu etki var ise, münhasır ilişkiler hukuka aykırı olur. Oysa Taslak'taki münhasırlık, piyasadaki etkisinden bağımsız olarak hukuka aykırıdır. Salt münhasır ilişki kurulması yeterlidir. Bir eylem, öncül bir yasak ile düzenlenmişse, ikinci bir özelliği ise bunun ilgili hükümde yeteri açıklıkla betimlenmesi gerekir. Zira mademki etkiye bakılmamaktadır, bu durumda hangi davranışın yasak olduğu tereddüde yer bırakmayacak şekilde tanımlanmalıdır ("*rules*"). Şimdi bu iki özellik açısından değerlendirdiğimiz zaman, Taslak'ta yer alan yasakların bir kısmı öncül vasfa sahip olmadığını düşünüyoruz. Örneğin 6/A(f) bendindeki bazı davranışlar ve 6/A(g) bendi, öncül vasfa sahip değildir. Burada bir etki değerlendirmesi, bir zarar koşulu aramak, hükmün lafzı icabı gereklidir. Öte yandan bazı yasakların ise, işin mahiyet gereği etkisine bakmak gerekebilir. Örneğin 6/A(c) ve (n) bentleri açısından bir etkinin olması gerektiği ileri sürülebilir (tart.). Belki daha da önemli olan şudur: Neredeyse hiçbir hüküm, yasaklanan davranışı yeterli açıklıkla ve detayda ifade etmemektedir. Hükümler yoruma açıktır, bu ise, bir davranışın ne zaman yasak kapsamına gireceği hususunda belirsizlik yaratma potansiyeline sahiptir. "*Makul veya adil olmayan koşullar*", "*adil ve şeffaf koşullar*", "*sözleşmenin ifası için gerekli olmadıkça*", "*yeterli bilgi sağlar*" gibi ifadeler, yoruma açık ifadeler bağlamında ilk akla gelen örneklerdir. Bu sava karşılık olarak, bu riskin ikincil düzenleme ile çözümlenebileceği iddia edilebilirse de, bu yaklaşım tarzının yasama tekniği açısından doğru olmadığı ve ikincil düzenlemeye gereğinden fazla hukuki değer yüklenmesine neden olacağı eleştirisi pekala getirilebilir.

Sonuç olarak, Taslak da bu çalışma gibi henüz nihai halini almamış ve taslak halindedir. Bu açıdan hem Taslak hem de bu çalışma eleştiriye açıktır ve eleştirilerle geliştirilebilir bir haldedir. Taslak'ın meclise sunulacak ve hatta meclis genel kurulunda kabul edilecek aşamaya gelene kadar muhtelif değişikliklere uğraması olasıdır. Bu değişikliklerin tamamı mümkün olduğu ölçüde bu çalışmaya zamanla aktarılacaktır. Bu açıdan, Taslak gibi bu çalışmanın da bir taslak olduğu saygıyla arz olunur.
