

EN ÇOK KAYRILAN MÜŞTERİ ŞARTLARININ REKABETE ETKİLERİ -Dar EKM Şartlarına Özel Bakış-

*Effects of Most Favoured Nation Clauses on Competition
-A Closer Look at Narrow Most Favoured Nation Clauses-*

Necla SÜMER ÖZDEMİR*

ÖZET

Sağlayıcının alternatif alıcılara ya da satış kanallarına daha avantajlı şartlar sunmasını yasaklayan en çok kayrılan müşteri şartları, çevrim içi platformların ticarete daha yoğun kullanımıyla rekabet otoritelerinin gündeminde önemli bir yer almaya başlamıştır. Çevrim içi pazarlardaki yirmi yıldan uzun süreli uygulamasına bakıldığında, EKM şartlarının rekabet hukukuna aykırı olup olmadığının tespitinde olay bazında etki analizinin belirleyici olduğu görülmektedir. Bu analizler sonucunda, zamanla geniş ve dar EKM şartları şeklinde ikili bir ayırım gelişmiştir. ABD, AB ve Türkiye gibi farklı pazarlardan örnekler incelendiğinde, alternatif platformlarda daha avantajlı şart sunulmasını kısıtlayan geniş EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerinin daha belirgin bir şekilde ortaya konulduğu; bu şartları konu edinen incelemelerin daha istikrarlı bir şekilde rekabet hukukuna aykırılık tespiti ile sonuçlandığı görülmektedir. Diğer yandan, sağlayıcının kendi kanallarında daha avantajlı şart sunmasını kısıtlayan dar EKM şartlarını konu edinen davalar benzer bir tutarlılık sağlayamamaktadır. Almanya ve Türkiye’de bu şartlara yönelik daha müdahaleci kararlar görülmektedir. Buna karşın, diğer ülkelerdeki davalar rekabet hukukuna aykırılık yönünde bir tespit yapılmaksızın sonlandırılmıştır. Ancak bu ülkelerin bir kısmında daha sonra yürürlüğe giren düzenlemelerde dar EKM şartlarının da yasaklandığı gözlemlenmektedir. Açıklanan sebeplerle, işbu makalede geniş ve dar EKM şartlarının rekabete etkileri geçmiş davalar, yasal düzenlemeler, öğretilerdeki görüşler çerçevesinde kronolojik sıralama esas alınarak incelenecek, çoğunlukla dar EKM şartlarına haklı gerekçe olarak öne sürülen bedavacılık sorununun ne şekilde ele alınması gerektiği çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: En çok kayrılan müşteri şartı, EKM, MFN, rekabet, çevrim içi platform.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.12.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 13.06.2023

* LL.M., Rekabet Uzmanı, Rekabet Kurumu, n.sumerozdemir@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-6934-8174>. “Makalede yer alan görüşler yazarın şahsi görüşleri olup Rekabet Kurumu’nu bağlayıcı değildir.”

ABSTRACT

Most favoured nation clauses, that prohibit the seller from providing better conditions on alternative channels, have been a hot subject on competition authorities' agendas with the increased use of online platforms by businesses. Over more than twenty years of investigation history, the question whether MFN clauses contradict with competition law, depended up on their effects on each specific case. As a result of these investigations, a classification of wide and narrow MFN clauses has been emerged. When analysing cases from different jurisdictions like the USA, the EU and Türkiye, it can be noticed that anticompetitive effects of wide MFN clauses, which restrict more favourable conditions on alternative platforms, have been unveiled more clearly. Vast majority of investigations regarding wide MFN clauses resulted in infringement decisions. Contrarily, same clarity cannot be asserted for the cases regarding narrow MFN clauses, which restrict more favourable conditions on direct channels of sellers. German and Turkish Competition Authorities have more interventionist decisions about the narrow MFN clauses. In contrast, cases in other countries resulted in non-intervention. Yet, following these cases, in some of those countries, MFN clauses including narrow ones were banned with the legislation. According to the writer, a direct assumption of whether being competitive or anti-competitive regarding narrow MFN clauses may be misleading. Therefore, in this article, it is aimed to research the competitive effects of wide and narrow MFN clauses by studying cases, legislations and literature; and how to evaluate the free-riding problem, which is claimed as objective justification against narrow MFN clauses.

Key Words: Most favored nation clause, MFN, parity clause, competition, digital platform.

GİRİŞ

En çok kayrılan müşteri (EKM) şartları¹, rekabet otoritelerince incelenmesi çok geçmişe dayanıyor olmakla birlikte, özellikle günümüz çevrim içi dünyasında kullanımının giderek artmasıyla, dünya genelinde hem rekabet davalarının hem de rekabet hukuku düzenlemelerinin odağı haline gelmiştir.² Söz konusu şartlar temel olarak bir sağlayıcının (satıcının) müşterisine bir başka müşteriye daha avantajlı şartlar sunmayacağını temin etmesini ifade etmektedir.³ Çevrim içi ortamda uygulanan EKM şartlarında ise, çevrim içi platform, sağlayıcıdan kendi platformunda sunulan ürünleri/hizmetleri için rakip platformlarda veya alternatif diğer kanallarda daha avantajlı şartlar sunmayacağı garantisini edinmektedir.

¹ *Best price clause, parity clause, most favoured nation/customer (MFN) clause* gibi terimlerle de anılmaktadır.

² Richard Whish ve David Bailey, *Competition Law* (9th edn, OUP 2018) 663; Ariel Ezrachi, 'The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce' (2015) 11 *European Competition Journal* 488, <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1148870>> Erişim Tarihi 07.05.2020.

³ Justin Coombs, 'Most Favored Customer Clause and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law' [2014] e-Competitions-Institute of Competition Law <www.concurrences.com> Erişim Tarihi 12.06.2022

Bu açıdan, geleneksel EKM ile çevrim içi EKM şartları arasındaki ayrıma dikkat edilmesi gereklidir. Geleneksel EKM şartları teşebbüsün kendi taraf olduğu alım/satım işleminin fiyatını düzenlemeyi amaçlarken, çevrim içi EKM şartları⁴, teşebbüsün tarafı olmadığı bir başka ticari işlemdeki fiyatları denetim altına almayı amaçlamaktadır. Diğer deyişle, çevrim içi pazarlarda EKM şartları, teşebbüslerin kendi platformları üzerinde, rakip platformlar veya sağlayıcının kendi internet sitesi gibi diğer kanallara kıyasen fiyat veya diğer unsurlar bakımından en avantajlı tekliflerin sunulmasını sağlamak için kullanılmaktadır. Çift taraflı pazarlarda sağlayıcı ile müşteri arasında aracı özelliği gösteren çevrim içi platformlarda, sağlayıcı, müşteriye değil, platforma garanti sağlamaktadır. Dolayısıyla bu hallerde, EKM şartına ilişkin taahhüdü platformlar almaktayken, ilgili ürünler platform müşterileri tarafından satın alınmakta, bu açıdan müşteriler EKM şartından dolayı olarak faydalanmaktadır. Platform sağlayıcısının söz konusu şarttan faydası ise komisyon ve/veya reklam ücreti aldığı platformu üzerinden satış oluşturarak tüketici çekmek şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Dolayısıyla çevrim içi EKM şartları özellikle (i) odak noktasının aracının (platformun) sağlayıcıdan aldığı fiyattan ziyade sağlayıcının ürününü sunduğu diğer satış kanallarında yayınladığı fiyatlar üzerinde olması, (ii) nihai müşterilere sunulan fiyata karar vericinin sağlayıcının kendisi olması, (iii) sağlayıcının nihai müşterilere doğrudan da satış yapabilmesi, böylelikle sağlayıcı ile platform arasında bir rekabetin söz konusu olabilmesi, (iv) aracının sağlayıcıdan daha fazla pazar gücüne sahip olabilmesi bakımından geleneksel EKM şartlarından farklılaşmaktadır.⁵

⁴ *Retail (price) MFN, platform MFN, across platform parity agreements* gibi terimlerle de anılmaktadır. Margherita Colangelo, 'Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets' içinde Klaus Mathis ve Avishalom Tor (eds), *New Developments in Competition Law and Economics* (Springer International Publishing 2019) 296 <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-11611-8_14> Erişim Tarihi 08.10.2020

⁵ Avrupa Komisyonu, *Support Studies for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation: Support Study and Study on Consumer Purchasing Behaviour in Europe: Final Report*. (Publications Office 2020) 93 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/771951>> Erişim Tarihi 08.06.2020 EKM şartları destekledikleri dağıtım modeli bakımından da iki şekilde isimlendirilmektedir. Geleneksel modelde (*merchant/wholesaler model*), anlaşma üst pazardaki sağlayıcının platforma sattığı fiyatı düzenlemekte, ancak platformda yayınlanan nihai fiyatı serbest bırakmaktadır. Bu hallerde, EKM şartı platformun rekabetçi bir maliyet yapısı elde etmesi amacıyla kullanılmaktadır. Acente modelinde ise, platformdaki nihai fiyatı üst pazardaki sağlayıcı belirlemekte, platform ise her bir satış üzerinden belirli komisyon almaktadır. Bu hallerde, platform, ürünü yeniden satmak yerine sağlayıcının satışına aracılık etmektedir. EKM şartı platformun maliyet yapısına etki etmemekte, bunun yerine platform üzerindeki ürün/servislerin rekabetçi seviyelerle fiyatlandırılması amacıyla kullanılmaktadır. Bir de her iki modeli de içeren karma modeller, örneğin sağlayıcının toptan satış fiyatını belirlediği ve üzerine perakendeci için yine üzerinde anlaşılmış sabit bir marjın eklendiği modeller de söz konusu olabilecektir. Ezrachi (n 2) 489. Çevrim içi EKM şartlarının çoğunlukla acente modeli üzerinden uygulandığı söylenebilecektir.



Bu farklılaşma, rekabete etkileri bakımından çevrim içi EKM şartlarının daha olumsuz sonuçlara yol açmasına sebep olabilmektedir.⁶ Nitekim geleneksel EKM şartı ile alıcı sağlayıcıdan satın aldığı ürün/hizmetin fiyat ve diğer şartlarını düzenlemektedir. Alıcılar söz konusu ürün/hizmetin nihai tüketicilere hangi fiyat veya şartlarda sunacağına serbest kaldıklarından, nihai tüketicilere sunulan fiyat ve diğer şartlar üzerinde rekabet de serbest olmaktadır. Buna karşın çevrim içi EKM şartı ile platformlar, sağlayıcıların doğrudan tüketicilere sunacağı fiyat ve diğer şartları düzenlemektedir. Böylece nihai tüketicilere sunulan fiyat ve diğer şartlardaki farklılaşma daha sınırlı kalmaktadır.

Çevrim içi EKM şartları da kapsam ve etkisi bakımından kendi içinde dar ve geniş EKM şeklinde iki sınıfa ayrılmaktadır. Dar EKM (*narrow MFN*) şartı, temel olarak platform üzerinde yayımlanan fiyatların (veya fiyat dışı unsurların) sağlayıcının kendi internet sitesinde yayımlanandan daha dezavantajlı olmamasını sağlamaktayken, geniş EKM (*wide MFN*) şartı, benzer korumayı rakip platformları ve/veya telefon satışları, doğrudan/yüz yüze satışlar gibi çevrim dışı kanalları da içermek üzere her türlü kanalda sağlayarak daha geniş bir kapsama yaymaktadır.⁷

İlk kez İngiltere’de motorlu taşıtlara ilişkin yürütülen bir davada ayrıma dikkat çekilen geniş ve dar EKM şartlarının söz konusu tanımlarının esasen Avrupa Birliği’nde (AB) EKM şartlarının rekabet hukuku bakımından soruşturulduğu çevrim içi otel rezervasyon pazarındaki uygulamalardan yola çıkılarak oluşturulduğu anlaşılmaktadır.⁸ Ancak bu şartların kapsamı, kullanılan satış ve pazarlama kanallarındaki farklılıklar (çevrim içi/çevrim dışı veya doğrudan/dolaylı satış kanalları gibi) sebebiyle incelenen pazara göre farklılık arz edebilmektedir. Nitekim kimi pazarlarda söz konusu şartların sağlayıcının yalnız çevrim içi kanalını (kendi web sitesini) değil, telefon, mağaza gibi geleneksel kanallarını da ihtiva ederek daha geniş uygulandığı görülebilmektedir.⁹

⁶ Kerem Cem Sanlı ve Cihan Doğan, ‘Rekabet Hukuku ve İktisadi Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları’ (2022) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 6

⁷ Ezrachi (n 2) 489; Avrupa Komisyonu (n 5) 93

⁸ Avrupa Komisyonu (n 5) 93 dn.74

⁹ BKartA, HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, B.9–66/10 (Bundeskartellamt’ın HRS kararı); Booking.com B.V., Booking.com France SAS, Booking.com Customer Service France SAS, Decision 15 D-06 21 Nisan 2015 (Fransa Rekabet Otoritesi’nin (CNIL’in) Booking.com kararı), Kararın basın duyusu için CNIL, ‘Online hotel booking sector’ (2015) <<https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/21-april-2015-online-hotel-booking-sector>> Erişim Tarihi 10.10.2020

Tanımlında ve uygulamasındaki farklılıklar kadar, EKM şartlarının rekabet hukuku kurallarına uygunluğu bakımından da yeknesak bir değerlendirmeden söz edilememektedir. Geniş EKM şartları pek çok dava ve düzenlemede tutarlı bir şekilde rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Buna karşın dar EKM şartları bakımından kimi ülkelerde ve hatta aynı ülkede görülen benzer davalarda farklı değerlendirme ve yaptırımlarla karşılaşmıştır. Dar EKM şartları çoğu ülkede bireysel muafiyet şartlarını sağlaması gibi sebeplerle ihlal sayılmamışken, kimi ülkelerde rekabet hukukuna aykırı bulunup ihlal sayılmıştır. Diğer yandan, dar EKM şartlarının ihlal sayılmadığı ülkeler de dâhil pek çok ülkede, gerek sektöre özgü gerekse genel düzenlemelerde, salt geniş değil dar EKM şartlarına yönelik olarak da çeşitli kısıtlamaların getirildiği gözlemlenmektedir.

Çalışmada çevrim içi pazarlarda uygulanan EKM şartlarının hangi hallerde rekabeti sınırladığı incelenecek, bu çerçevede, öncelikle, ülkemiz de dâhil dünya rekabet hukuku uygulamalarında karşılaşılan EKM şartlarına yönelik vakalar geniş ve dar EKM özelinde analiz edilerek bu şartların somut olarak hangi rekabet zararlarına yol açtığı karşılaştırmalı olarak ortaya konulacak, akabinde EKM şartlarına yönelik getirilen yasal düzenlemelere ve bu düzenlemelerdeki farklılıklara değinilecek, sonrasında teoride söz konusu şartların rekabet yanlısı ve rekabet karşıtı etkileri incelenecek ve nihayetinde Fransa, İsveç, İtalya gibi üye ülkelerdeki davalarda müdahale edilmeyen, buna karşın Almanya ve Türkiye’de müdahale edilen, bu bakımdan rekabet otoritelerince hakkında yeknesak bir uygulamadan söz edilemeyen dar EKM şartlarının hangi şartlarda rekabet karşıtı etkilere yol açabileceği değerlendirilecektir. Çalışma böylece dar EKM şartlarının rekabete etkilerine yönelik genellemelerin hatalı olabileceğine dikkat çekmeyi amaçlamaktadır.

I. ÇEVİRİM İÇİ EKM ŞARTLARININ UYGULAMA ÖRNEKLERİ

EKM şartları, daha çok son yıllardaki çevrim içi EKM şartlarını içeren davalar ile gündeme gelmiş, öğretide çevrim içi EKM şartlarına yönelik yaklaşımlar da karşılaşılan her bir dava ile evrilegelmiştir. Her ne kadar hakkında yerleşik bir öğreti bulunmasa da, hem rekabet yanlısı hem rekabet karşıtı etkilere yol açması sebebiyle, EKM şartlarının şartın kapsamına, uygulanma şekline, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabet seviyesine, pazarın özelliklerine, tarafların pazardaki konumlarına göre incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Gerek öğretide gerekse uygulamada bu şartlar şekilci bir yaklaşımla doğrudan ihlal sayılmamış, şartın rekabete etkilerinin olay bazında değişiklik arz ettiği kabul edilmiştir.¹⁰ Bu sebeple, EKM içerikli davalar dikkatli bir

¹⁰ Gönenç Gürkaynak vd., ‘Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline’ (2016) 42 European Journal of Law and Economics 129 <<http://link.springer.com/10.1007/s10657-015-9515-y>> Erişim Tarihi 21.09.2021

inceleme ve şartların olumlu olumsuz etkileri arasında bir denge analizi gerektirmiştir.

Bu bakımdan, rekabet otoritelerinin kararlarının EKM şartlarının ne şekilde değerlendirildiği, platformun ve sağlayıcıların pazardaki konumu, sağlayıcıların kendi kanallarında daha avantajlı teklifler sunma motivasyonları, şartın incelemeye tabi tutulduğu kanun maddesi, olay özelinde incelenen zarar teorileri, ilgili şarta karşı alınan tedbirlerin kapsamı, incelenen pazarın koşulları, otoritelerin geniş ve özellikle dar EKM şartlarına ilişkin yaklaşımları gibi unsurlara odaklanılarak incelenmesi gerekliliği doğmuştur. Bu çerçevede, EKM şartlarının konu olduğu sektörler özelinde, AB, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Türkiye'den önde gelen karar örneklerine kronolojik sıralamayla aşağıda yer verilmektedir.

A. Çevrim İçi Seyahat Acenteliği Pazarında EKM Şartlarının İncelendiği Davalar Öncesinde Görülen Gelişmeler

Çevrim içi seyahat acenteliği pazarı incelemeleri öncesinde, geleneksel model bakımından bir örnek 2010'da ABD'de tek taraflı davranışlar çerçevesinde ele alınan *Blue Cross Blue Shield of Michigan* (BCBSM) davası ile karşımıza çıkmaktadır. Dava konusu olayda, özel kurumsal ve bireysel sağlık sigortası sunan BCBSM, hastanelere rakip sigortacılara kendisine sağlanandan daha düşük fiyatla hastane hizmeti sağlamamalarını şart koşmuş, kimi hallerde hastanelerin kendisine daha düşük fiyat uygulamalarını sağlamış, kimi hallerde rakiplerden kendisinden alınandan %40 daha yüksek fiyat almalarını garanti ettirmiştir. Bunun üzerine Bölge Mahkemesi teşebbüsün sahip olduğu %60 pazar payının ve sigortaladığı kişi sayısı bakımından en yakın rakibinden dokuz kat daha fazla kullanıcıya erişmesinin teşebbüse önemli derecede pazarlık gücü verdiğini, anılan eylemlerle sigorta ücretlerinin yükseldiğini, rakiplerin maliyetlerinin artırıldığını ve dışlandığını değerlendirmiştir.¹¹ Bu sırada, Michigan eyaletinin çıkardığı yasal düzenlemeler ile sağlık sektöründe EKM şartlarını yasaklaması üzerine dava düşmüştür.¹²

Çevrim içi EKM şartı uygulamaları ise ilk olarak hem ABD, hem AB'de incelemeye tabi tutulan *Apple-iBooks* davaları ile dikkat çekmiştir. Davada, perakende seviyesinde Amazon ile rekabetten kaçınmayı arzu eden Apple ile Amazon'un e-kitaplardaki 9.99 dolarlık fiyat seviyesini yükseltmeyi arzu eden beş büyük yayıncının bir araya gelmesi ve e-kitapların perakende fiyatlarını sabitlemek ve artırmak üzerine anlaşması incelenmiştir. Davanın esas konusu-

¹¹ United States v Blue Cross Blue Shield of Michigan, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011)

¹² Benzer bir zarar teorisi yine sağlık sektörüne ilişkin *Delta Dental* davasında incelenmiştir. United States v. Delta Dental of R.I., 943 F. Supp. 172, 172-182 (D.R.I. 1996); Jonathan B. Baker ve Fiona Scott Morton, 'Antitrust Enforcement Against Platform MFNs' (2018) 127(7) The Yale Law Journal 2176, 2181

nu fiyat rekabetini kısıtlamak üzerine anlaşmak oluştursa da, Apple tarafından sunulan şartlar aynı zamanda geniş EKM şartlarını ihtiva etmiştir. Bu şartlar en uygun e-kitap fiyatının Apple mağazasında sunulmasını garanti etmesinin yanı sıra, yayıncıların Amazon’u ve diğer perakendecileri satış modellerini değiştirmek yönünde baskılamalarını, aksi halde yayıncıların para cezasına tabi tutulmasını sağlamıştır. Apple’nin bu şartlarla, perakendecilerin satışını yaptıkları kitap fiyatlarını kendilerinin belirlediği toptan satış modelinden kitap fiyatlarını yayıncının belirlediği acente modeline geçilmesi için yayıncıları yönlendirdiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, EKM şartlarının doğrudan rekabet yanlısı etkilerine değinmemiş, bunun yerine Apple tarafından yayıncılara uygulanan geniş EKM şartları ve acente modeli içeren anlaşmaların, yayıncıların danışıklı hareket etmelerini kolaylaştırdığını, yayıncıların perakende fiyatlarını kontrol etmelerine ve e-kitap fiyatlarını yükseltmelerine yol açtığını değerlendirmiş ve söz konusu şartları yasaklanmıştır.¹³

Aynı uygulamalar Avrupa Komisyonunca da incelenmiştir. EKM şartlarının yayıncılar tarafından Amazon’u acente modeline geçmesi için zorlamak üzere bir araç olarak kullanıldığı, Amazon’un aksi halde e-kitaplara erişiminin reddedilmesi riskiyle karşı karşıya bırakıldığı değerlendirilmiştir. Dava Apple ve yayıncıların acente anlaşmalarının sonlandırılması ve yayıncıların iki yıl süreyle perakendecilerin fiyatlarını kısıtlamasının veya perakendecilerin indirimlerine müdahale etmesinin ve ayrıca beş yıl süreyle EKM şartının yasaklanması taahhütleri ile sonlanmıştır.¹⁴

EKM şartının doğrudan incelemeye konu olduğu dosyalar bakımından ilk örnek *Amazon* davalarıdır. EKM şartları vesilesiyle Amazon tarafından sağlayıcıların rakip platformlara fiyat ve fiyat dışı unsurlarda daha uygun şartlar sağlaması engellenmiştir. 2013’te *İngiltere Rekabet Otoritesi (Competition and Markets Authority-CMA)* ve *Almanya Rekabet Otoritesi (Bundeskartellamt)* bu şartların çevrim içi platformların ücretlerini artırdığı ve potansiyel girişleri engellediği yönündeki zarar teorilerini incelemiştir. İnceleme karşısında Amazon AB’de EKM şartlarını kaldırmıştır.

Ardından, 2015’te bu kez Avrupa Komisyonu tarafından Amazon’un geniş EKM şartı içeren e-kitap dağıtım anlaşmalarına karşı soruşturma açılmış, soruşturma Amazon’un EKM şartını kaldırma taahhüdü ile son bulmuştur. Bu kararda teşebbüsün Avrupa Ekonomik Alanı’nda (AEA) İngilizce ve Almanca e-kitaplarının perakende dağıtım pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiş, teşebbüsün pazar payının Birleşik Krallık ve İrlanda’da 2010-2015 döneminde istikrarlı bir şekilde %[70-90] arasında, AEA’da 2011-2015 döne-

¹³ United States v Apple Inc, 952 F. Supp. 2d 638, 15 647 (S.D.N.Y. 2013). United States v Apple Inc, No 13-3741-cv (2d Cir. 2015) kararı ile onanmıştır.

¹⁴ Case COMP/AT-39.847-E-Books, Commission Decision of 25.07.2013



minde yaklaşık % [80-100] aralığında olduğu tespit edilmiş, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma'nın (ABİDA) 102. maddesi çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır.¹⁵

CMA söz konusu Amazon davaları sürerken başlattığı ve 2014'te sonlandırdığı kasko sigortası pazarına ilişkin sektör araştırmasında, fiyat karşılaştırma sitelerince kasko sigortası sağlayıcılarına uygulanan EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerini detaylı bir şekilde analiz etmiştir. Sektör araştırmasında geniş EKM şartları sonucu, fiyat karşılaştırma siteleri arasındaki rekabetin sınırlandığı, yeni girişlerin ve inovasyonun engellendiği, böylelikle sağlayıcıların ödediği komisyon oranlarının yükseldiği, sağlayıcıların karşılaştığı bu maliyet artışının da bir kısmını prim fiyatlarının artmasına yol açacağı, artan komisyon ve prim fiyatları sonucu bir noktada sağlayıcıların fiyat karşılaştırma sitesini terk ederek müşterileri çekmek için rakip sitelere ve/veya direk satış kanallarına geçeceği değerlendirilmiş, ilgili pazarda geniş EKM şartları yasaklanmıştır.¹⁶

Sektör araştırmasında dar EKM şartlarına ilişkin zarar teorileri üzerine de kapsamlı bir analiz gerçekleştirilmiştir. İlk olarak, sağlayıcının satışlarında kendi kanalının önemli bir paya sahip olduğu, bunun sonucunda sağlayıcıların kendi kanalları ile platform arasında önemli bir rekabetin olduğu hallerde, dar EKM şartlarıyla da geniş EKM şartlarına benzer rekabet karşıtı etki meydana gelebileceği değerlendirilmiştir. Bunun kimi zaman bir sağlayıcı için bile olsa geçerli olabileceği belirtilmiştir. Nitekim bu hallerde sağlayıcının kendi kanalındaki prim fiyatlarını -daha düşük komisyon ile çalışıyor dahi olsa- rakip platformlarda sunduğu fiyatlardan daha yüksek tutmak istemeyeceği, bu bakımdan yerleşik platformun komisyon artışlarının sağlayıcının maliyetini ve dolayısıyla kendi kanalındaki primleri artıracacağı, kendi kanalını diğer platformlardan daha dezavantajlı konumda bırakmak istemeyen sağlayıcının bu kez rakip platformlarda da primleri artıracacağı ifade edilmiştir. Ancak somut olayda kasko sigortası sağlayıcılarının daha az maliyetli olması sebebiyle direkt kanallarından ziyade platformlar üzerinden rekabet ettiği, dar EKM şartlarının olmadığı senaryoda dahi sağlayıcıların platform üzerindeki fiyatları düşürme saiklerinin olmadığı ortaya konulmuş, bu sebeple dar EKM şartlarının platformlar arası rekabeti etkilemesinin muhtemel olmadığı sonucuna varılmıştır.

¹⁵ CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), Commission Decision of 04.04.2017, <https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseft/case_details.cfm?proc_code=1_40153> Erişim Tarihi 20.05.2020

¹⁶ UK Competition and Markets Authority (CMA), 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', September 2014, para.8.32-8.43 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf> Erişim Tarihi 20.08.2021

İkinci olarak, dar EKM şartlarının sağlayıcının kendi kanalına yatırım yapmasını ve dolayısıyla platformun sağlayıcının kendi kanalından gelecek rekabeti engellediği zarar teorisi de araştırılmış, ancak ilgili pazarda platform üzerindeki markalar arası rekabetin sağlayıcının direk kanalı ile platform arasında marka içi rekabetten daha güçlü olduğu, direk kanallardaki fiyatlamanın platform fiyatlarında **güçlü bir** baskı oluşturmadığı, dar EKM şartları olmasa dahi, rekabetin esas olarak platformlar arası rekabetten geleceği tespit edilmiştir.¹⁷

Son olarak, CMA, dar EKM şartlarının platformun faaliyetlerini yürütmesi için gerekli olup olmadığını sorgulamıştır. Bunun için ilk olarak, platformun tüketiciye sağlayıcının kendi web sitesinde daha uygun fiyatları bulamayacağını garanti etmemesi halinde, platformun güvenilirliğinin ve tüketici talebinin düşeceği savı incelenmiştir. Platformun sağlayıcının kendi sitesindeki fiyatları yansıtabilme garantisini dar EKM şartına alternatif açık bir yol tespit edilmemiştir. İkinci olarak, sağlayıcıların platformu reklam aracı olarak kullandığı, ancak satışları daha uygun şartlar sunduğu kendi kanallarından gerçekleştirdiği hallerde ortaya çıkan bedavacılık sorunu savı incelenmiştir. CMA bu sava karşı (i) platformların sağlayıcılar için alternatif ödeme yöntemleri geliştirebileceğini ya da (ii) platformun sağlayıcıya hem platformdan hem de sağlayıcının kendi kanalından fiyat teklifi alan müşteri için farklı/daha düşük teklif sunmayacağı yönünde şart getirebileceğini değerlendirerek bedavacılık sorununa alternatif olarak geliştirilebilecek yöntemler olduğunu belirtmiştir. CMA ayrıca bedavacılık sorununun her zaman pazar aksaklığına yol açmıyabileceğini eklemiştir.¹⁸

B. Çevrim İçi Seyahat Acenteliği Pazarında Görülen Gelişmeler

EKM şartlarının rekabet hukuku kapsamında meydana getirdiği sorunlar başta Apple ve Amazon davalarıyla gündeme gelmiştir. Ancak geniş ve dar EKM şartları ayırımında zarar teorileri özellikle Avrupa'da çevrim içi konaklama hizmetleri pazarında görülen davalarla dikkat çekmiştir. Bu ayırımında her ne kadar geniş EKM şartlarına müdahalede görece daha tutarlı bir yaklaşım sergilense de, gerek üye devletler arasında gerekse üye devletlerin kendi içlerinde görülen ayrı davalar bakımından dar EKM şartlarına yönelik farklı yaklaşımlar sergilenmiştir.

¹⁷ ibid para.8.46-8.68.

¹⁸ *Quote-poaching agreements.Platformlar müşteriye verecekleri teklifleri müşteri bilgileri girdikten sonra sağlayıcının web sitesinden elde etmektedir. Bu halde müşteri bilgileri sağlayıcıda depolanmakta, sağlayıcı bir müşterinin platform üzerinden ya da kendi kanalı üzerinden sorgulama yapıp yapmadığını takip edebilmektedir. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/53d223ba40f0b60b9f000005/AA_Saga_Response_to_Provisional_Decision_on_Remedies.pdf> para.46, Erişim tarihi 22.08.2021.*



Bu çerçevede Avrupa’da öncü olarak nitelendirilebilecek kararlardan ilki, 2013’te otel platformu pazarında Almanya’da Bundeskartellamt’ın ABİ-DA’nın 101. maddesinin ihlal edildiği tespiti yaparak ceza öngörmemekle birlikte, EKM şartının bütünüyle kaldırılmasına karar verdiği HRS kararıdır.¹⁹ Karara göre, pazarda %30’un üzerinde payı olan HRS, kendisine en azından diğer internet platformlarında veya doğrudan otel resepsiyonunda yapılan rezervasyonlarda veya otellerin internet siteleri de dâhil olmak üzere otellerin kendi çevrim içi-dışı kanallarında verilen fiyat ve diğer şartları kadar avantajlı şartların uygulanmasını garantilemektedir. HRS incelenen şarta uyulup uyulmadığını internetten arama robotu²⁰ gibi araçlarla aktif olarak izlemekte, uyulmaması halinde yazılı veya sözlü olarak otelleri platformundan çıkarmakla tehdit etmektedir.

Kararda, bahse konu uygulamaların marka içi rekabet bakımından otel platformları ile oteller arasındaki rekabeti kısıtladığı, [aynı şartların booking.com ve expedia.com tarafından da uygulanması ve otellerin bir kanalda yaptıkları indirimini tüm piyasaya yansıtmaları gerekliliği sonucu] rakiplerin HRS’den daha düşük komisyon alarak daha düşük fiyata oda sağlamalarının engellendiği, bunun komisyon oranlarını artırabileceği ve pazara girişleri engelleyebileceği sonucuna varılmıştır. HRS’nin otellerin farklı kanallarda farklı fiyatlara sunulmasının platforma yatırım motivasyonlarını ve hizmetlerinin kalitesini düşüreceği yönündeki savunmaları reddedilmiş, bedavacılık riskinin ilgili olayda düşük kaldığı değerlendirilmiştir. HRS tarafından teklif edilen beş yıl boyunca geniş EKM şartının kaldırılması yönündeki taahhütler reddedilmiş, otorite EKM şartının geçici olarak kaldırılmasını yeterli bulmamıştır. EKM şartları tamamıyla yasaklanmıştır. 2015’te Düsseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi de HRS’nin kararın platformun bedavacılık sorunu sebebiyle yatırım motivasyonunu zedelediği savını reddetmiş, kalite, özel teklifler ve promosyon gibi araçların platformun pazardaki konumunu güçlendireceğini, dolayısıyla bu araçların kullanmanın platformun kendi çıkarına olacağını, EKM şartı olmaksızın da platformların yatırım motivasyonu olacağını belirtmiş, kararı onamıştır.²¹

Söz konusu karar sonrasında, AB’de pek çok üye ülkede incelemeye tabi tutulan booking.com davaları ile rekabet otoritelerinin dar ve geniş EKM şartlarına yönelik yaklaşımlarındaki farklılık iyice belirgin hale gelmiştir. Almanya’da booking.com geniş EKM şartının kapsamının daraltılarak yalnızca otellerin kendi kanallarında daha avantajlı teklifler sunmamasını içeren dar EKM

¹⁹ Bundeskartellamt’ın HRS kararı (n 9)

²⁰ *Web crawler/spider(bot)*. Web sitelerini sistematik olarak ziyaret edip istenilen bilgileri listeleyen yazılımları ifade eder. Çoğunlukla arama motorları veya web siteleri tarafından web sitelerinin içeriğini indekslemek amaçlı kullanılır. https://en.wikipedia.org/wiki/Web_crawler, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Arama_robotu>, Erişim Tarihi 05.08.2021.

²¹ OLG Düsseldorf, 9 January 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS. Karar nihaidir.

şartının uygulanmasını taahhüt etmiş, ancak Bundeskartellamt, HRS davasında olduğu gibi, bunu reddederek EKM şartının tamamını rekabet hukukuna aykırı bulmuştur.²² Bunun aksine, Avrupa Rekabet Ağı (*European Competition Network-ECN*) çatısı altındaki işbirliği sonucunda, Fransa, İsveç ve İtalya Rekabet Otoriteleri EKM şartının yalnızca otellerin kendi web sitelerinde uygulanması yönündeki taahhüdü kabul ederek, otellerin kendi web siteleri özelinde dar EKM şartının uygulanmasına izin vermişlerdir. Otoriteler bu yolla bedavacılık riskini önlediklerini ve zarar teorilerine karşılık dengeleyici bir formül oluşturduklarını belirtmişlerdir.²³

Fransa'da verilen taahhütlere göre²⁴, geniş EKM şartlarının kaldırılmasının yanında, kahvaltılık, spor alanları, spa, internet erişimi veya iptal şartlarındaki farklılıklara müdahale edilmeyeceği, otellerin telefon üzerinden satışları da içeren çevrim dışı kanallarında fiyatları serbestçe belirleyebilecekleri, otellerin oda müsaitliği bakımından platforma kendi kanallarında sağladıkları sayıdan daha az sayıda oda sağlayabilecekleri, booking.com'un platformu üzerinde otellerin kendi web sitesindeki oda müsaitliği seçeneğini de kullanıcılarına sunacağı, sadakat programı üyeleri veya müşterinin hangi kanaldan edinildiğinden bağımsız olarak eski müşteriler gibi seçilmiş müşteri grupları ile iletişim kurabilecekleri ve bu gruplara indirim teklif edebilecekleri öngörülmüştür. Fransa Rekabet Otoritesi böylece booking.com ile rakip çevrim içi seyahat

²² Söz konusu karar Haziran 2019'da Düsseldorf Mahkemesi tarafından booking.com lehine bozulmuştur. Kronolojik silsileyi takiben mahkeme kararına ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

²³ İtalya'da şikâyetçiden gelen ek beyanlar doğrultusunda, taahhütler daha da geliştirilmiştir. Bunlar diğerlerinin yanında kalite şartının kaldırılmasını, şirket iletişim politikasının taahhütler paralelinde uyumlaştırılmasını, geniş EKM şartına bağlı olarak teşvik uygulamasının yasaklanmasını içermektedir. <[https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660E-E2E99780F7B5C1257E350039D1CD/\\$File/p25422.pdf](https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660E-E2E99780F7B5C1257E350039D1CD/$File/p25422.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020. Expediadabooking.com ile benzer taahhütler üzerinde anlaşmıştır. <[https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB1C1257F92003FE656/\\$File/p25940.pdf](https://www.agcm.it/dotcms-Custom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB1C1257F92003FE656/$File/p25940.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020. *Çekya'da da 2018 kararında booking.com tarafından uygulanan geniş EKM şartları ihlal olarak değerlendirilmiş ve ceza verilmiş, dar EKM ve minimum oda tahsisi, minimum uygunluk, oda uygunluğuna ilişkin makul yaklaşım gibi diğer şartların rekabet endişesi uyandırmadığı kanaatine varılmıştır. Avrupa Komisyonu* (n 5) 160. İrlanda'da ise dava Fransa, İsveç ve İtalya'daki taahhütlerin paralelinde sonlandırılmıştır. ibid 181; Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, Decision of 25.09.2015 <<https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booking-comSignedCommitmentsSeptember2015.pdf>> Erişim Tarihi 08.10.2020

²⁴ CNIL'in Booking.com kararı (n 9)



acenteleri arasında rekabetin gelişerek komisyon oranlarını düşüreceğini, otellere ticari ve fiyatlama özgürlüklerinin kazandırılarak dengeleyici alıcı gücü sağlanacağını, aynı zamanda platformlar için tüketicilere güçlü arama-karşılaştırma hizmetleri sunabilecekleri bir ekonomik modelin devam edeceğini değerlendirmiştir.²⁵

Benzer şekilde, Avrupa genelinde booking.com'un takipçisi konumunda olan expedia.com da resmi bir taahhüt olmaksızın Avrupa'da geniş EKM şartı uygulamasını dar EKM şartı ile değiştirmiştir.²⁶ Geniş ya da dar EKM şartlarına karşı daha müdahaleci tutumuyla dikkat çeken Almanya'da ise, 2017 yılında, expedia.com'un geniş EKM şartlarının ABİDA'nın 101. maddesine aykırı olduğu, ancak teşebbüsün pazar payının dikey anlaşmalara ilişkin grup muafiyeti eşiği olan %30'un altında kalması sebebiyle geçerli olduğu kabul edilmiştir.²⁷

Türkiye'de de 2017 yılında sonuçlandırılan booking.com soruşturmasında²⁸, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine hükmedilmiş, soruşturma cezai yaptırım ve geniş EKM şartının kaldırılması ile sonuçlanmıştır. Booking.com dosya sürecinde sadece dar EKM hükümlerinin uygulamasına devam edeceği ve dar EKM yükümlülüğünün de sadece konaklama tesislerinin kendi internet sitelerinden doğrudan yapacakları satışlarla sınırlı kalacağı taahhüdünde bulunmuştur. Yapılan değerlendirmede dar EKM hükümlerinin, geniş EKM uygulamasında olduğu gibi fiyat farklılaştırmasını bütünüyle engeller nitelikte olmamakla birlikte yine de konaklama tesislerinin perakende seviyede sunacağı fiyata ilişkin bir kısıtlama getirdiği, fiyatlama bağımsızlığını etkilediği vurgulanırken dar EKM altında halen, konaklama tesislerinin, kendi internet sitelerini dezavantajlı konuma getirmenin bedeline katlanmak şeklinde, pratikte rakip platformlara daha düşük fiyat verme güdülerini zayıflatıcı bir etkisinin mevcut olduğu belirtilmiştir.

Süreçte booking.com tarafından dar EKM hükümleri ile tüketicilerin güvenilir bir fiyat şeffaflığına ulaşarak hızlı ve kolay fiyat karşılaştırması yapabildiği ve önemli bir arama faydasına ulaşıldığı, konaklama tesislerinin ise çevrim içi platformların yaptığı yatırımlar sayesinde yeni müşteri gruplarına erişim sağladığı ve tek başlarına bütçelerinin yetmeyeceği pazarlama imkânlarına erişerek önemli ölçüde maliyet tasarrufu elde ettiği savunulmuştur. Bu etkinlik kazanımlarının ise ancak dar EKM şartları aracılığıyla bedavacılık riskinin engellenmesi sayesinde sunulabildiği belirtilmiştir. Yapılan değerlendirmeler

²⁵ Avrupa Komisyonu (n 5) 164

²⁶ Avrupa Komisyonu (n 5) 111

²⁷ LG Cologne, 16 February 2017, 88 O (Kart) 17/16 – expedia; OLG Düsseldorf Bölge Yüksek Mahkemesi, temyiz mercii olarak kararı onamıştır. OLG Dusseldorf, 4 December 2017, VI-U (Kart) 5/17 – expedia.

²⁸ 05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Rekabet Kurulu (Kurul) kararı.

neticesinde, dar EKM hükümlerini içerecek şekilde değiştirilmesi öngörülen sözleşmelerin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca beş yıl süreyle bireysel muafiyetten yararlanabilecek nitelik gösterdiği ve ilgili pazarın ne yönde bir gelişme göstereceğinin belirsizliği dikkate alındığında, dar EKM hükümlerini içeren sözleşmelere tanınabilecek muafiyetin beş yıllık bir süre sonrasında yeniden gözden geçirilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

Diğer yandan, 2019 yılından günümüze değin booking.com hakkında görülen iki davaya ilişkin gelişmeler, geniş ve dar EKM şartlarına ilişkin yaklaşım farklılıklarının salt farklı ülkeler arasında değil, aynı ülke içinde alınan kararlar arasında da ortaya çıktığını göstermektedir.

İlk olarak, booking.com'un dar EKM şartlarını da ihlal olarak değerlendiren Bundeskartellamt'ın kararının temyiz süreci dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerinin ne denli tartışmaya açık olduğunu ortaya koymaktadır. Bundeskartellamt'ın kararını geçici tedbir aşamasında kabaca takip eden Düsseldorf Mahkemesi²⁹, daha sonra booking.com lehine bozmuş ve dar EKM şartının ABİDA'nın 101. maddesi kapsamında ihlal sayılmadığını belirtmiştir. Ancak bozma gerekçesi şimdiye kadarki gerekçelerden farklılaşmıştır. Mahkeme, dar EKM şartının yan sınırlama teşkil ettiğini, bu sebeple 101(1). madde kapsamından muaf olduğunu belirtmiş, Türkiye'de ve diğer Avrupa ülkelerinde olduğu gibi şartı bir sınırlama olarak kabul edip sonrasında bireysel muafiyet alabilme durumunu incelememiştir.³⁰

Söz konusu bozma kararı için temyize gidilmesi üzerine, Federal Adalet Divanı (Bundesgerichtshof) booking.com'un dar EKM uygulamalarının kanuna aykırı olduğunu değerlendirmiş, Düsseldorf Mahkemesi'nin bozma kararını iptal etmiştir.³¹ Adalet Divanı'nın kararı üzerine, dar EKM şartlarının hukuka uygunluğuna yönelik soru işaretleri bir nebze giderilmiş, bu şartların rekabeti sınırlayıcı etkilerinin varlığına yönelik etkileri kabul edilmiş ve Almanya'nın bu şartlara karşı uygulaması kendi içinde tutarlı hale gelmiştir. Hem HRS ve hem de booking.com davalarının nihayetinde Almanya'nın diğer üye ülkelere nazaran dar EKM şartlarına yönelik daha sert ve müdahaleci bir tutum sergilediği söylenebilecektir.

İkinci dava, İsveç Rekabet Otoritesinin booking.com'un dar EKM şartları-

²⁹ OLG Düsseldorf, 4 May 2016, VI-Kart 1/16 (V) – booking.

³⁰ OLG Düsseldorf, 4 June 2019, VI-Kart 2/16 (V) – booking.

³¹ Bundeskartellamt, 'Courtesy translation of Press Release No 099/2021 published by the Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice) on 18/05/2021 provided by the Bundeskartellamt' (18.05.2021) <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_BGH_KVR_54-20_Booking.com.html?nn=3591568> Erişim Tarihi 20.06.2021. Kararın gerekçesinin henüz yayımlanmaması sebebiyle mahkemenin bozma kararına dayanak olan unsurlar hakkında bilgi edinilememektedir.



na izin verdiği kararın³² aksine, İsveç Patent ve Pazar Mahkemesi'nin yürüttüğü davaya ilişkindir. Mahkeme, booking.com'un dar EKM şartlarının otellerin kendi internet sitelerinde daha düşük fiyat sunmalarını engellediğini ve ayrıca diğer platformlarda da daha düşük fiyat sunma motivasyonlarını engellediğini vurgulayarak muafiyet alamayacağını değerlendirmiştir. Mahkeme, Almanya'da Düsseldorf Mahkemesi'nin bozma kararındaki değerlendirmelerin aksine, söz konusu şartların yan sınırlama doktrininden faydalanamayacağını belirtmiştir.³³

İsveç Mahkemesi'nin bu yaklaşımı dar EKM şartlarının rakipleri dışlayıcı etkilerine yönelik aynı ülke içinde de farklı yaklaşımlar olduğunu ortaya çıkarmıştır. Ancak, söz konusu karar 2019'da, İsveç Temyiz Mahkemesi tarafından davacının şartların rekabete etkisini yeteri kadar kanıtlayamaması sebebiyle bozulmuştur.³⁴ Temyiz Mahkemesi çevrim içi seyahat acenteliği pazarında³⁵ booking.com'un %50, expedia.com'un yaklaşık %25 pazar payının olduğunu kabul etmiş, pazarın kalanının diğer oyuncular arasında paylaşıldığını değerlendirmiştir. Söz konusu mahkeme, EKM şartlarının etkisi itibarıyla rekabet hukukuna aykırı olabileceğinin ve şartların kayda değer bir süredir uygulanageldiğinin kabulü altında, davacının yalnızca olası ekonomik zararlar rekabet karşıtı etkiyi kanıtlayamayacağını, fiili bir delil sunması gerektiğini belirtmiştir. Davacı, dar EKM şartının bir sonucu olarak otellerin alternatif kanallarda farklı fiyat uygulamasına gitmediğini iddia etmiştir. Ancak Temyiz Mahkemesi, otellerin farklı kanallarda fiyat indirimine gitmemesinin tek sebebinin dar EKM şartlarıyla açıklanamayacağını belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin bu kararı ile de İsveç sınırları içinde incelenen benzer davalardaki farklı sonuçlar giderilmiş ve booking.com'un uyguladığı dar EKM şartları nihayetinde serbest bırakılmış olsa da, teoride dar EKM şartlarının rakipleri dışlayıcı etkisinin olabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

C. Çevrim İçi Yemek Siparişi Platform Hizmetleri Pazarında Görülen Gelişmeler

Yemek siparişi platform hizmetleri pazarının, konaklama sektörünün ardından, EKM şartları dolayısıyla rekabet endişelerinin en sık gündeme geldiği pazar olduğu söylenebilecektir.³⁶ Aşağıda AB'de ve Türkiye'de bu alanda görülen gelişmeler yine kronolojik sıralamayla aktarılmaktadır.

³² Konkurrensverket, 15 April 2016, Ref. No. 596/2013 – booking (taahhüt kararı)

³³ Stockholms Tingsrätt, 20 July 2018, PMT 13013-16 – booking

³⁴ Svea Hovrätt, 9 May 2019, PMT 7779-18 – booking. Karar nihaidir. Kararın tercümesi için, Consortia 'Booking.com Sweden' (SpringerLink, 31.10.2019) <<https://doi.org/10.1007/s40319-019-00884-z>> Erişim Tarihi 12.05.2020

³⁵ Mahkeme, bölge mahkemesinin aksine meta arama motorlarını pazara dâhil etmiştir.

³⁶ Avrupa Komisyonu (n 5)

Çevrim içi yemek siparişi platform hizmetleri pazarındaki EKM şartlarına ilişkin ilk örnek karara Türkiye’de rastlanmaktadır. Rekabet Kurulunun yürüttüğü soruşturmada Yemek Sepeti tarafından restoranlara uygulanan EKM şartları incelenmiş, Yemek Sepeti’nin restoranların rakip platformlar üzerinden kullanıcılara sunduğu, maliyetine bizatihi rakip platformların katlandığı avantajları engellemesinin, restoranları bu avantajları Yemek Sepeti’ne de sağlamaya zorlamasının ve rakip platformların ürün ve hizmet farklılaştırmasını engelleyecek diğer davranışlarının nihai karara kadar durdurulması yönünde geçici tedbir kararı alınmıştır. Kurulun geçici tedbir kararıyla EKM şartlarının rakip platformlar üzerindeki dışlayıcı etkilerini ciddi ve telafi olunmayacak nitelikte bulduğu anlaşılmaktadır.

Soruşturma neticesinde ise Yemek Sepeti’nin faaliyete başladığı 2001 yılından itibaren ülke genelinde etkili bir rakibinin bulunmadığı, 50 ilde alternatifsiz olduğu, en az bir rakibinin bulunduğu 12 ilin 11’inde siparişlerin tamamına yakınının yine anılan teşebbüs üzerinden verildiği değerlendirmeleriyle teşebbüsün pazar gücüne dikkat çekilmiş, EKM uygulamalarının, pazara girişi ve pazarda tutunmayı zorlaştırdığı, rakip platformların farklı menüler sunmasının ve farklı/daha geniş bir gönderim alanına hizmet sunmasının da olanaksız hale geldiği değerlendirilmiştir. Para cezası uygulanan soruşturma sonucunda, sözleşmelerde restoranların rakip platformlarda daha iyi/farklı koşullar sunabileceğinin açıkça ifade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu vesile ile geniş EKM şartları yasaklanmışken, restoranların telefon ve web siteleri gibi satış kanallarını da kapsayan dar EKM şartına müdahale edilmemiştir.³⁷

Çevrim içi yemek siparişi platform hizmetleri pazarına ilişkin AB’de görülen iki karardan ilki Hollanda’da 2016’da alınan *Takeaway (Thuisbezorgd.nl)* kararıdır. Restoranlara uygulanan aynı fiyat garantisi şartının şikâyet edildiği vakada, Rekabet Otoritesi, muhtemel tüketici zararının olmadığı gerekçesiyle şikâyeti ön incelemede reddetmiştir. Otorite söz konusu şartın teoride muhtemel dezavantajlarından ilki olarak platformun sağlayıcılara uyguladığı komisyonu artırma eğiliminde olacağını, fiyatların platform ve direkt kanallarda aynı tutulması zorunluluğundan dolayı bunun tüm satış kanallarında fiyat artışına yol açacağını, bunun sonucunda sağlayıcıların platform üzerindeki rekabetçi baskısının azalacağını değerlendirmiştir. İkinci olarak ise, şartın sonucunda platformun daha fazla kullanıcı çekebilmek için kaliteye ideal olandan daha fazla yatırım yapabileceği, ancak aynı fiyat garantisinin bu yatırımların maliyetine yalnız platform kullanıcılarının değil, restoranların direkt kanallarını kullanan tüketicilerin de katlanmasına sebebiyet vereceği, bu halde platform kullanıcıları durumdan memnun olacakken toplam tüketici refahı bakımından optimum sonuçtan uzaklaşılacağı vurgulanmıştır.

³⁷ 09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Kurul kararı



Ancak pazarın fiili durumuna ilişkin yapılan analiz teoride dile getirilen söz konusu tüketici zararlarını doğrulamamıştır. Zira Hollanda’da Takeaway’ın haricinde (6.000 anlaşmalı restoran) aktif olan hungry.nl (2.300 anlaşmalı restoran), sneleten.nl (1.800 anlaşmalı restoran) gibi rakiplerin olduğu, hungry.nl’nin Eylül 2015’te pazara girmesine rağmen güçlü bir pozisyon elde ettiği, pazarda platform hizmetlerine ek olarak dağıtım hizmetleri de sunan Deliveroo ve Foodora gibi firmaların da bulunduğu, UberEats’in de pazara gireceğinin duyurulduğu, temel olarak rakiplerin dar EKM şartını uygulamadığı, yalnız JustEat’in Ağustos 2016 sonrasında menüler için aynı fiyat garantisini uyguladığı, indirimlerin bu şarttan hariç tutulduğu tespit edilmiştir. Ülkede 2015’te 23.000 restoran olduğu, bunların 9.500-13.000 aralığında bir kısmının paket servis sağladığı, dolayısıyla paket servis restoranlarının önemli bir kısmının platformlarla işbirliği içinde bulunduğu, sipariş tutarı bakımından gel-al servisin %64, paket servisin %36 paya sahip olduğu, bir pazar araştırmasına göre paket serviste tüketicilerin %63’ünün çevrim içi sipariş, %35’inin telefon ile sipariş verdiği açıklanmıştır. Pazardaki bu şartlar altında, tüketicilerin Takeaway’a karşı yetersiz sayıda alternatifi olsaydı restoranların platformu disiplin edemeyeceği ve artan fiyatlardan tüketicilerin zarar göreceği değerlendirilmiştir. Ancak aynı fiyat garantisine rağmen restoranların aktif olarak kendi kanallarını geliştirme fırsatlarının olduğu, zincir restoranların doğrudan siparişlerde indirim ve promosyonlarla farklılaşabildiği, bu bakımdan gerek doğrudan gerekse dolaylı yoldan platforma rekabetçi baskı oluşturduğu, şartın tüketicilerin paket servisten daha çok tercih ettiği gel-al fiyatlarını kapsamadığı değerlendirilmiş ve olay özelinde tüketici zararının muhtemel olmadığı sonucuna varılmıştır.³⁸

AB’deki ikinci dava ise Bulgaristan’da yürütülmüştür. Bulgaristan’ın en büyük yemek sipariş platformu Netpincer, restoranları web sitesi, telefon, broşür gibi hem çevrim içi hem çevrim dışı kanallarındaki şartların aynısını platformunda da sağlamakla zorunlu kılmıştır. Her ne kadar bu şartlar rakip platformları içermese de, Rekabet Otoritesi, restoranların tüm dağıtım kanallarında aynı fiyat ve şartları sunduğunu tespit etmiştir. Otoritenin endişelerine göre, kendi kanallarından ziyade platformların tercih edilmesinden korkan restoranlar, diğer platformlarda da fiyat başta olmak üzere kendi kanallarında uyguladıkları şartlardan farklı şartlar sunmama eğilimine girmişlerdir. Zira platform üzerinden verilen siparişler komisyon ödemeleri sebebiyle restoranların finansal yükünü artırmaktadır. Bu bakımdan teşebbüsün sözleşmelerinin, platformlar arası rekabeti ve yeni girişleri sınırladığı gerekçesiyle rekabet karşıtı etkiler doğurduğu öngörülmüştür. 2018’de yayınlanan basın duyurusuna

³⁸ Decision of Netherlands Authority for Consumers and Markets, 15.1073.53 (18.11.2016) <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16836_besluit-thuisbezorgd-english-new.pdf> Erişim Tarihi 09.10.2020

göre, soruşturma Netpincer'in restoranların çevrim dışı kanallarda veya özel promosyonlarda serbest bırakılması taahhüdü üzerine sonlanmıştır.³⁹

Son olarak, Türkiye'de Yemek Sepeti hakkında diğerlerinin yanında dar EKM uygulamaları iddiasıyla yürütülen ikinci bir soruşturma 2021'de taahhütle sonuçlanmıştır.⁴⁰ Kararda, restoranların Yemek Sepeti komisyon ödemelerinden kaçınmak adına kendi kanallarını geliştirmeye, kendi kanallarında daha uygun fiyata ürün sunmaya çabaladıkları, buna karşın dar EKM uygulaması sonucu, tüketicilerin restoranların kendi kanalından sunulabilecek daha avantajlı tekliflerden faydalanamayabileceği değerlendirilmiştir. Bunun yanında, dar EKM şartının yalnız fiyatlara yönelik değil, menü içeriği, promosyonlar, gönderim bölgesi vb. unsurlar bakımından da uygulanmasının, tüketici refahını yalnız daha uygun fiyatta ürüne erişimin engellenmesi bakımından değil çeşitlilik gibi diğer unsurlar bakımından da kısıtlayabildiği belirtilmiştir. Dahası, söz konusu şarta riayet edilip edilmediğinin broşürler üzerinden kontrol edilmesinin ve broşürlerin genelde salon menüleriyle aynı olmasının, şartın yalnız paket servisi değil restoranların salon içi fiyatlarını da etkileyebildiği ifade edilmiştir. Restoranların kendi kanallarında uygulayacağı düşük fiyatların aynısını Yemek Sepeti'ne de uygulayacaklarını bilmelerinden dolayı şartın genel olarak yemek fiyatlarını da artırabilecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Yemek Sepeti'nin sahip olduğu restoran ve kullanıcı ağı vesilesiyle paket serviste bir geçit bekçisi (*gatekeeper*) niteliğinde olması, bu restoranların paket servislerinin büyük çoğunluğunun Yemek Sepeti üzerinden sunulması ve ayrıca pazarda Yemek Sepeti'ne karşı etkin bir rakibin bulunmaması dolayısıyla restoranların Yemek Sepeti'ne bağımlı olduğu tespit edilmiştir. Dar EKM şartlarının restoranların kendi kanallarını geliştirmelerine engel olacağı, Yemek Sepeti'nin kullanıcı ağını daha da güçlendireceği ve dolayısıyla restoranların Yemek Sepeti'ne olan mevcut bağımlılığını daha da artırabileceği ihtimali üzerinde durulmuştur. Rakip platformların da, söz konusu etkiler sonucu oluşan bu kullanıcı ve restoran ağı karşısında Yemek Sepeti'ne karşı dezavantajlı konuma düşebileceği, bu bakımdan dar EKM uygulamasının, rakip platformlara giriş engeli oluşturabilecek nitelikte olduğu değerlendirilmiştir.

Söz konusu soruşturma, 2016'da sonuçlanan Yemek Sepeti soruşturmasında olduğu gibi, yukarıda incelenen vakalardan hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamında yürütülmesi bakımından farklılaşmaktadır. Soruşturma ayrıca, dar EKM şartlarının yalnız tüketiciler ve sağlayıcılar üzerindeki etkisini

³⁹ Bulgaristan Rekabet Otoritesi, 'Netpincer undertook to modify its contracts signed with restaurants' (27.04.2018) <https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/netpincer_undertook_to_modify_its_contracts_signed.html> Erişim Tarihi 09.10.2020 Soruşturma 2015 yılından dosya numarası almıştır. Avrupa Komisyonu (n 5) 180.

⁴⁰ 28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı Kurul kararı



değil, rakipler üzerindeki etkisini de konu edinmiştir. Kararda, dar EKM şartı ile teşebbüsün elde ettiği restoran ve kullanıcı ağının, rakip platformlar için giriş engeli teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu bakımdan karar Hollanda'nın *Takeaway* kararı ile farklılık, Bulgaristan'ın *Netpincer* kararı ile benzerlik arz etmektedir.

D. Çevrim İçi EKM Şartlarının Uygulama Örneklerinin Genel Değerlendirmesi

Yukarıda yer verilen davalar ışığında, EKM şartlarının geleneksel dikey pazarların yanı sıra çevrim içi platform sağlayıcılığında da (görece düşük pazar paylarının söz konusu olması durumunda dahi) rekabeti sınırlayıcı bir olgu olarak değerlendirilebildiği, şartın etki değerlendirmesine tabi tutulduğu, bu çerçevede rekabet karşıtı etkilerin tarafların pazardaki konumları, pazarın özellikleri, şartın kapsamı ve uygulanma şekli, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabet seviyesi gibi unsurların incelenmesiyle ortaya konulduğu görülmektedir.

Uygulamada, EKM şartlarına ilişkin kararların çoğunun, özellikle çevrim içi konaklama hizmetleri pazarındaki kararların, Türkiye'de incelenen Yemek Sepeti dosyalarındaki gibi hâkim durumun kötüye kullanılmasından ziyade, dikey anlaşmalar yoluyla rekabetin kısıtlanması incelemelerine konu olduğu dikkat çekicidir. ABD'de geleneksel EKM şartı yasaklanan BCBSM'nin %60 pazar payına sahip olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca verdiği taahhütle tüm Avrupa'da EKM uygulamalarını kaldıran Amazon'un AB'de yaklaşık %70-100 aralığında bir pazar payına sahip olduğu açıklanmıştır. Ancak söz konusu iki örnekte de dar EKM uygulaması gündeme gelmemiş, geniş EKM uygulamaları incelenmiştir. Dar EKM şartlarının incelendiği çevrim içi yemek sipariş hizmetleri pazarındaki davalardan ise, Hollanda'da *Takeaway* her ne kadar rakiplerine nazaran güçlü bir konumu olsa da, ilgili rekabet kanununun rekabeti sınırlayan anlaşmaları yasaklayan maddesi kapsamında incelenmiştir. Bulgaristan'dan *Netpincer*'in ise pazardaki en büyük oyuncu olduğu bilinmekle birlikte, taahhüt ile sonuçlanan davanın hangi madde kapsamında yürütüldüğü hakkında bilgi edinilememektedir.

Avrupa'da dar EKM uygulamasının gündeme geldiği çevrim içi seyahat acenteleri davalarının ise tümü ABİDA'nın 101. maddesi çerçevesinde incelemeye tabi tutulmuştur. Bunlardan *expedia.com*'un kimi ülkelerde pazar payı grup muafiyeti eşiği %30'un da altında kalmıştır. Diğer kararlarda ise, *booking.com* davaları da dâhil olmak üzere, gerek teşebbüslerin pazar gücünün hâkim durum eşiğine varmaması, gerekse yenilik oranı yoğun, yatırım maliyeti düşük görülebilecek dijital piyasalarda hâkim durum tespitinin güçlüğü sebepleriyle ABİDA'nın 101. maddesi incelemesi ile yetinilmiştir.

Fransa, İtalya, İsveç gibi AB ülkelerinde rekabet otoritelerinin çoğunlukla taahhütle sonuçlanan *booking.com* kararlarında, dar EKM şartının yalnızca

otellerin kendi internet sitelerinde fiyat eşitleme bakımından uygulanmasının serbest bırakıldığı dikkat çekmektedir. Telefon kanalı da olmak üzere dâhil çevrim dışı kanallarda bu uygulamaya izin verilmediği, keza oda sayısı, odanın yanında sunulan yan hizmetler bakımından farklılaştırmanın serbest bırakıldığı, otellerin hangi kanaldan edinilmiş olursa olsun eski müşterileri ile iletişime geçmelerinin ve bu müşterilere özel indirim sunmalarının mümkün kılındığı, dolayısıyla otellere kendi kanalları üzerinden rekabet için daha geniş alan sağlandığı görülmektedir.

Dar EKM şartları Almanya’da gerek HRS, gerekse booking.com kararlarında rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Almanya’da dar EKM şartlarının tüketicilere düşük fiyatla ürün sunulmasına engel olduğu ve bu şartlar olmadan da teşebbüslerin yatırım güdüsünün devam edeceği değerlendirilmiştir. Nitekim booking.com itiraz gerekçesi olarak yasaklama kararının ardından otellerin kendi kanallarında fiyat farklılaştırma yoluna gitmediği yönünde bir çalışmaya dayanmıştır. Ancak karara göre otellerin fiyat farklılaştırma saikleri bulunmuyorsa, zaten bedavacılık sorunu da söz konusu olmayacaktır ya da bedavacılık sorunu fiyat farklılaştırmasına gidildiği senaryodakiyle aynı derecede ortaya çıkmayacaktır. Bu karar 2019’da Düsseldorf Mahkemesi tarafından şartın yan sınırlama sayıldığı ve 101. madde yasaklamasından muaf olduğu gerekçesiyle bozulsada, 2021’de bu karar da bozulmuş, Federal Adalet Divanı dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı etki gösterdiğini kabul etmiş, böylelikle Almanya uygulaması en azından kendi içine tutarlı bir hale gelmiştir.

İsveç’te ise bir booking.com kararı, dar EKM şartına izin verilen taahhütlerle sonuçlanırken, aynı konuya ilişkin bir başka mahkeme tarafından yapılan incelemede dar EKM şartları da yasaklanmıştır. Ancak 2019’da, dar EKM şartlarının yasaklandığı söz konusu karar, davacının şartların rekabete etkisini yeterince ortaya koyamaması gerekçesine dayandırılarak bozulmuştur. Söz konusu davada booking.com’un pazar payının %50, en yakın takipçisi expedia.com’un pazar payının %25 olduğu tespit edilmiştir.

Çevrim içi seyahat acentelerine yönelik bu davalara nazaran, çevrim içi yemek sipariş pazarlarında dar EKM şartlarının değerlendirildiği kararlarda kurulan zarar teorilerinin daha tutarlı olduğu söylenebilecektir. Bu kararlarda zarar teorisi olarak gerek rakip platformlarda gerekse restoranların direkt kanallarında fiyat artışına yol açılacağı, restoranların platformlar üzerindeki rekabetçi baskısının zayıflayacağı, platform üzerinde ideal olandan fazla yatırımın platformu geliştirirken bunun maliyetine diğer kanalların ve tüm tüketicilerin katlanacağı ve bunun toplam refahı azaltacağı üzerinde durulmuştur. Hollanda’da rakiplerin olması, çevrim içi platformların paket servis içindeki payını gel-al’dan daha az olması, restoranların kendi kanallarını geliştirebilecek alanlarının var olması gibi sebeplerle pazardaki fiili durumun zarar teorisini desteklemediğine kanaat getirilmiştir. Ancak Bulgaristan’da ve Türkiye’de



dar EKM şartlarının çevrim dışı kanalları da içerecek şekilde geniş uygulandığı tespit edilmiş, restoranların kendi kanallarının platformlara göre geri planda kalmasından endişelenmesi ve dolayısıyla rakip platformlara kendi kanallarındaki farklı şartlar sunmaması sonucu platformlar arası rekabetin sınırlandığı, dar EKM şartlarının rakip platformları dışlayıcı etki meydana getirdiği değerlendirilmiştir.

Nihayetinde, incelenen davaların tümünde geniş EKM şartları genel olarak rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. Buna karşın, dar EKM şartlarına ilişkin farklı yaklaşımlar sergilenmiştir. Çevrim içi seyahat acenteliği pazarında dar EKM şartları Almanya’da rekabeti sınırlayıcı bulunmuştur. AB’ye üye diğer ülkelerde taahhülle sonuçlanan davalarda geniş EKM şartlarına son verilirken sağlayıcıların yalnız çevrim içi kanallarına uygulanması taahhüdüyle dar EKM şartları rekabeti dengeleyici bulunmuştur. Türkiye’de ise geniş EKM şartı için ihlal tespit edilmekle birlikte dar EKM şartlarına beş yıllığına muafiyet verilmiştir.

Görece daha yoğunlaşmış olduğu anlaşılan çevrim içi yemek siparişi pazarında ise, Bulgaristan’da ve Türkiye’de dar EKM uygulamalarına taahhülle son verilmiştir. Hollanda’da ise dar EKM şartlarının rekabet hukukuna aykırı zarar teorileri işlenmekle birlikte, rekabet karşıtı etki tespit edilmediğinden söz konusu şartlara müdahale edilmemiştir. Son olarak İngiltere’de kasko sigortası pazar araştırması özelinde dar EKM şartlarının da rekabeti sınırlayıcı etkileri teorik olarak işlenmiş, ancak sektör özelinde bu yönde fiili bir etki tespit edilmemiştir.

Bu açıklamalardan hareketle, EKM şartlarının daha çok çevrim içi seyahat acenteleri hakkında yürüyen davalarla gündeme geldiği, çoğunlukla taahhülle son bulan bu davalarda geniş EKM şartlarının uygulamasına son verilirken dar EKM şartlarının uygulamasının çoğunlukla serbest bırakıldığı görülmektedir. Ancak salt bu gelişmelere dayanarak dar EKM şartlarının doğrudan rekabet yanlısı olduğu söylenemeyecektir. Zira bu davalarda dar EKM şartlarının esasında rekabet karşıtı etkilerinin ortaya konulamaması gerekçesiyle serbest bırakıldığı, ancak Almanya’da çevrim içi seyahat acenteliği pazarı için, Türkiye’de ve Bulgaristan’da çevrim içi yemek sipariş hizmetleri pazarı için rekabeti sınırlayıcı/dışlayıcı etkinin ortaya konulması sonucu dar EKM şartlarının ihlal olarak değerlendirildiği söylenebilecektir.

II. EKM ŞARTLARINA YÖNELİK YASAL DÜZENLEMELER

Önceki bölümde incelenen EKM şartlarına ilişkin davalar sonrasında, zaman içinde, çeşitli ülkelerde bu şartları yasaklayan düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Bunlardan ilki, ABD’nin Michigan eyaletinde BCBSM davası sırasında çıkarılan düzenlemedir. Buna göre, sigortacıların hizmet sözleşmelerinde EKM şartı 2013 itibarıyla söz konusu dönemde geçerli olan sözleşmeleri de

ihativa edecek şekilde yasaklanmıştır.⁴¹ Bu düzenlemenin sağlık alanına ilişkin olduğu, düzenlemeye konu EKM şartının geleneksel EKM şartını konu etmesi sebebiyle hususi olarak dar EKM şartlarını ihativa etmediği belirtilmelidir.

Çevrim içi EKM şartlarına gelince, ilk olarak, AB’de taahhülle sonuçlanan booking.com davalarının ardından 2017’de Fransa, İtalya, Belçika ve Avusturya’da rekabet mevzuatı dışındaki yasal düzenlemeler ile çevrim içi seyahat acenteleri tarafından dar ya da geniş her tür EKM şartı yasaklanmıştır.⁴² Burada da dikkat çeken ilk husus, düzenlemelerin belirli bir pazara özgü olarak getirilmesidir. İkinci husus ise, daha önce rekabet otoritelerince dar EKM şartlarına muafiyet verilen bu ülkelerde, dar ya da geniş ayırımına gidilmeksizin çevrim içi seyahat acentelerinin tüm EKM şartı uygulamalarının yasaklanmasıdır. Ancak, düzenlemelerin yürürlüğe girmesi sonrasında söz konusu ülkelerin bir kısmında yapılan geriye dönük çalışmalar, her iki tür EKM şartının yasaklanmasının da tüketicinin faydasına olduğunu ortaya koymuştur.⁴³

Türkiye’de Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz’un (Kılavuz) 2018’de güncellenmesiyle EKM şartlarına ilişkin hüküm getirilmiştir.⁴⁴ Kılavuz’da EKM şartının kullanımının, rekabet açısından pazarda her zaman aynı sonuçları doğurmadığı vurgulanmakta, bu yüzden, EKM şartına ilişkin incelemelerde, şarttan yararlanan tarafın ve rakiplerin pazardaki konumuna, bu şartın sözleşmeye ne amaçla konulduğuna, pazarın ve koşulun özelliklerine detaylı bir şekilde bakılması öngörülmektedir. Bununla beraber, EKM şartı ilke olarak, sözleşmede lehine bu şartın tesis edildiği tarafın pazar payının %40’⁴⁵ aşmadığı ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nde⁴⁶ belirtilen diğer şartların sağlandığı hallerde grup muafiyetinden yararlanabilmektedir. Diğer hallerde, lehine EKM şartı tesis edilen tarafların rakiplerine kıyasla pazar gücüne sahip oldukları durumlarda, bu koşulların rekabete daha çok zarar vereceği; yoğunlaşmış pazarlarda bu şartların kullanılmasının, yoğunlaşmamış pazarlarda kullanımına göre daha çok endişe verici olduğu görülmüştür. Zira yoğun-

⁴¹ Buna önceden Komisyoner’den onay alma istisnası getirilmiştir. R. Kevin Clinton, Commissioner of the Office of Financial and Insurance Regulation, Order No. 12-035-M, Bulletin 2013-04-INS <https://www.michigan.gov/-/media/Project/WebSites/difs/Bulletins/2013/Bulletin_2013-04-INS.pdf?rev=ffc6478896842f4a6799f974f2481d5> Erişim Tarihi 12.06.2022

⁴² Benzer şekilde, İsviçre’de, 2022 yılında, Haksız Rekabet Yasası’nın 8a maddesi ile konaklama hizmetlerine yönelik platform hizmeti sağlayıcılarının EKM şartı uygulamaları haksız rekabet olarak tanımlanarak yasaklanmıştır. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/en, Erişim Tarihi: 18.03.2023.

⁴³ Avrupa Komisyonu (n 5) 96; Baker ve Morton (n 12) 2189; Whish ve Bailey (n 2) 663–664

⁴⁴ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, 29.03.2018 18-09/179-RM(1) para 223-225

⁴⁵ 05.11.2021 tarih ve 31650 sayılı değişiklikle bu eşik %30’a indirilmiştir.

⁴⁶ 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, RG 14.7.2002/24815



laşmış pazarlarda bu şartların tarafı olmayan rakip alıcıların alternatif sağlayıcı bulabilme olasılığı daha düşüktür. Öte yandan Kılavuz'da EKM şartları, pazar gücü olmayan küçük alıcılar tarafından kullanıldığında, bu alıcıların da pazardaki uygun fiyat ve koşullardan yararlanmasına imkân sağlandığından, şartların pazardaki rekabete olumlu katkısının olabileceği değerlendirilmiştir. Pazarın şeffaf olmadığı durumlarda da EKM şartlarının pazarda uygulanıp uygulanmadığının takibi etkin bir şekilde yapılamadığından, şartların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin görece olarak düşük kalacağı öngörülmüştür.

Kılavuz'da söz konusu değerlendirmeler için dar ya da geniş EKM ayrımına gidilmemiş olmakla birlikte, Komisyonun 2019 tarihli "Dijital Çağ İçin Rekabet Politikası" başlıklı çalışmasında⁴⁷ dar EKM şartı özelinde değerlendirmelere yer verilmiştir. Raporda öncelikle yerleşik teşebbüs avantajının öneme, çift taraflı pazarlarda güçlü ağ dışsallıklarının olması nedeniyle EKM koşullarının sıkı bir şekilde incelenmesi gerekliliğine, hâkim durumdaki teşebbüsün yatırımlarını korumayı amaçlayan kısıtlamaların asgari düzeyde ve amaca yönelik olmasının beklendiğine değinilmiştir. Ardından platformlar arası rekabetin yeterince güçlü olduğu durumlarda dar EKM şartlarının serbest bırakılabileceği, platformlar arası rekabetin zayıf olduğu durumlarda hâkim durumdaki platform üzerindeki rekabetçi baskı, diğer platformlardan değil, platformu kullanan sağlayıcıların kendi satış kanallarından gelebileceğinden bu şartların da yasaklanabileceği belirtilmiştir. AB'nin Dikey (Anlaşmalara İlişkin) Grup Muafiyeti Tüzüğü'nü güncelleme çalışmaları çerçevesinde de benzer değerlendirmelere yer verilmiştir. Buna göre, dar EKM şartları altında teoride komisyon oranları üzerinden platformlar arası rekabet hala devam etmektedir. Ancak bu şartlar her ne kadar platformları geniş EKM şartları gibi korumasa da, sağlayıcının kendi kanallarının satışları içerisinde önemli bir payı olması halinde platformlara bir koruma sağlamaktadır. Dar EKM uygulayan platformun pazarda çok güçlü bir konuma sahip olması halinde, rakip platformlardaki daha düşük komisyon ücretleri satış hacimleri üzerinde çok sınırlı etki oluşturabilir.⁴⁸

Söz konusu çalışmaların ardından, Komisyon 15 Aralık 2020'de Dijital Pazarlar Yasası Tasarısı'nı yayımlamıştır⁴⁹. Tasarının gerekçesinde, geçit bekçilerinin geniş EKM şartlarına denk gelen uygulamalarının sağlayıcıların al-

⁴⁷ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, *Competition Policy for the Digital Era*. (Publications Office 2019) 57 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>> Erişim Tarihi 02.12.2020

⁴⁸ Avrupa Komisyonu (n 5) 102–103

⁴⁹ Proposal for a regulation of The European Parliament and of The Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) [2020] COM/2020/842 final. Söz konusu tasarı 14.09.2022 tarihinde kabul edilerek yasalamaştır. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>, Erişim Tarihi: 18.03.2023

ternatif çevrim içi aracılık hizmetlerini kullanımı üzerinde ciddi bir caydırıcı etki yaparak platformlar arasındaki rekabeti sınırlandırabileceğinden, bunun da son kullanıcıların alternatif çevrimiçi aracılık kanalı seçeneklerini sınırlandıracağından bahsedilmiştir. Dolayısıyla bu uygulamalara ve bu uygulamalara benzer şekilde komisyon oranının yükselmesi veya ticari kullanıcıların tekliflerinin listelenmemesi sonucunu doğuran hiçbir eyleme izin verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.⁵⁰

Akabinde tasarının 5(b) maddesinde geçit bekçilerinin yükümlülükleri arasında “*Ticari kullanıcıların son kullanıcılara aynı ürün ve hizmetleri, üçüncü taraf çevrimiçi aracılık hizmetleri yoluyla, kapı bekçisinin çevrimiçi aracılık hizmetleri yoluyla sunulandan farklı fiyat ve koşullarda sunmasına izin vereceği*” düzenlenmiştir. Böylelikle geçit bekçilerinin geniş EKM uygulamaları yasaklanmıştır. Tasarının bu halinde dar EKM şartlarına yönelik bir sınırlandırma görülmemekteyken, 18 Kasım 2021’de yayımlanan Parlamento görüşmeleri sonrası üzerinde uzlaşılan ve 18 Temmuz 2022’de kabul edilen versiyonunda dar EKM şartları da yasaklanan uygulamalar arasına girmiştir.⁵¹ Buna karşın, Almanya’da dijital gelişmeler karşısında güncellenen rekabet yasası EKM şartlarına ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektedir.⁵²

Ardından, Mayıs 2022’de yayımlanan yeni AB Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü’nde⁵³, çevrim içi aracılık hizmetleri sağlayıcıları ile diğer teşebbüsler arasındaki anlaşmalar açıkça dikey anlaşma olarak kabul edilmiştir. Ancak söz konusu sağlayıcıların hizmet sundukları teşebbüslerle aynı zamanda rakip olarak faaliyet gösterdikleri karma bir yapı sergilemeleri halinde grup muafiyetinden yararlanamayacakları belirtilmiştir.⁵⁴ ABİDA’nın 101(3). maddesindeki muafiyet şartlarını sağladığı yeterli kesinlikte varsayılabilen sınırlamaların grup muafiyetinden faydalanmasını engellemek, özellikle ilgili pazarlara erişimi sağlamak ya da ilgili pazarlarda rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları engellemek amacıyla grup muafiyetinde bazı koşulların düzenlenmesi gerektiği açıklan-

⁵⁰ ibid dibace 37

⁵¹ Andreas Schwab, Digital Markets Act Version of 18-11-2021 <https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2021/11-22/DMA_Compromise_Ams_EN.pdf> Art. 5(b), <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/>> Erişim Tarihi 27.07.2022

⁵² Act Against Restraints of Competition [05.06.2018] <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GW.html;jsessionid=0E041494EEFBEBD704B-B0011617A4552.2_cid371?nn=4136442> Erişim Tarihi 27.05.2022

⁵³ Commission Regulation (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (VBER) [11.5.2022] OJ L 134, p. 4–13

⁵⁴ ibid dibace 10-11



mıştır. Bu çerçevede, çevrim içi aracılık hizmetlerinin alıcılarının rakip çevrim içi aracılık hizmeti sağlayıcıları üzerinde daha avantajlı şartlarda ürün veya hizmet sunmalarının, sağlamalarının ya da yeniden satmalarının yasaklanmasına yol açan [geniş] EKM şartlarının grup muafiyeti düzenlemesinden faydalanamayacağı ifade edilmiştir.⁵⁵ Ayrıca, benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar sonucu rekabet karşıtı etkilerin oluşması halinde de grup muafiyetinin geri alınacağı vurgulandıktan sonra, bu şekilde kümülatif rekabet karşıtı etkilerin EKM şartları için de ortaya çıkabileceği belirtilmiştir.⁵⁶ Böylece geniş EKM şartları, amaç bakımından ihlal teşkil eden bir uygulama sayılmamakla birlikte, bireysel muafiyet şartlarını net olarak sağladığı kabul edilemediği için grup muafiyeti dışına çıkarılmıştır. Bununla birlikte, birikimli negatif etki meydana getirenler hariç olmak üzere dar EKM şartları grup muafiyeti kapsamında kalmıştır.

Aynı şekilde, Brexit sonrası CMA, kendi güncel dikey kılavuzunu yayımlayacağını ilan etmiş ve bu yönde çalışmalara başlamıştır.⁵⁷ Ancak CMA, görüşe açtığı taslakta, geniş EKM şartlarına ilişkin Komisyon'a kıyasla daha sert denilebilecek bir yaklaşım sergilemiştir. Öncelikle çalışmanın girişinde değinildiği gibi, CMA de geniş ve dar EKM şartlarının tanımlarına ilişkin belirsizliğe dikkat çekmiş, bu belirsizliği gidermek adına satış kanalı bazlı bir tanım önermiştir. Bu bakımdan rakip platformlardaki daha avantajlı şartların sunumunu engelleyen [geniş] EKM şartlarının dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartları (*indirect sales channel parity obligations*), sağlayıcının kendi kanallarında daha avantajlı şartların sunumunu engelleyen [dar] EKM şartlarının doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartları (*direct sales channel parity obligations*) olarak tanımlanabileceğini öngörmüştür. Paydaşların görüşlerine başvurması sonrasında CMA, dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartlarının dolaylı satış kanalları arasındaki rekabeti zayıflattığı, çevrim içi platformlar gibi araçlar arasında fiyat, inovasyon, giriş ve penetrasyon motivasyonunu azalttığı endişelerini dile getirmiştir. Ardından, bu şartların yalnız grup muafiyeti kapsamı dışına çıkarılan hallerden mi, yoksa ağır ihlallerden mi sayılacağı hususunu değerlendirmiş, bu tür şartların, olası etkinlik gerekçelerine ilişkin ikna edici bir kanıt bulunmadığından, ağır ihlal sayılması gerektiği kanısına varmıştır. Bu yaklaşımın bireysel muafiyet alabilenler hariç olmak üzere söz konusu şartları caydırmasının en muhtemel yol olduğunu değerlendirmiştir. Diğer yandan, potansiyel etkinlik gerekçeleri dikkate alındığında doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartlarının ağır ihlal ya da grup muafiyeti dışına çıkan sınırlamalar

⁵⁵ ibid dibace 16

⁵⁶ ibid dibace 18

⁵⁷ The National Archives, 'Commission Regulation (EU) No 330/2010' ([legislation.gov.uk](https://www.legislation.gov.uk/eur/2010/330/contents#)) <<https://www.legislation.gov.uk/eur/2010/330/contents#>> Erişim Tarihi 12.08.2021

listesine dâhil edilmesinin uygun olmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, dolaylı satış kanallarına yönelik EKM şartlarınınkine benzer etkiler doğurması halinde, doğrudan satış kanallarına yönelik EKM şartlarının da incelenebileceğini ve bu şartlara verilen muafiyetin geri alınabileceğini eklemiştir.⁵⁸

Son olarak, konuya ilişkin 2022'nin ikinci yarısında, ülkemizde iki önemli gelişme görülmüştür. İlk olarak, 7416 sayılı E-Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da yapılan değişikliklerle (Ek Madde 2/3(c)), net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan 'elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları', diğerlerinin yanında, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari ilişkilerini, alternatif kanallardan aynı ya da farklı fiyattan mal veya hizmet sunmasını kısıtlamamakla yükümlü kılınmışlardır. Benzer şekilde, 2022'de kamuya açıklanan 4054 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı'nda, önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin, ticari kullanıcıların kendi kanalları veya farklı kanallar üzerinden veya rakip teşebbüsler ile çalışırken belirli bir mal veya hizmet için farklı fiyat veya koşullar sunmalarını engelleyemeyeceği düzenlenmektedir (Madde 6A(f)). Böylelikle, ilk düzenlemede, e-ticaret platformlarının, ikinci düzenlemede ise dijital pazarlara ilişkin daha geniş bir kümeyi kapsayan temel platform hizmetlerinde⁵⁹ önemli pazar gücüne sahip teşebbüslerin geniş veya dar EKM şartı uygulamasının yasaklanması amaçlanmıştır.

Yukarıdaki düzenlemelere topluca bakıldığında üç temel husus dikkat çekmektedir. Öncelikle EKM şartlarına yönelik ilk yasal düzenlemeler ABD, İngiltere ve AB'nin kimi üye devletlerinde sağlık, kasko sigortası veya çevrim içi seyahat acenteleri gibi sektörlerde gerçekleştirilen rekabet hukuku incelemelerinin ardından bu sektörlerde özgü olmakla sınırlı kalmıştır. Buna karşın yakın zamanda AB'de ve İngiltere'de dijital pazarlara veya dikey anlaşmalara ilişkin daha genel düzenlemeler gündeme gelmiştir. Dijital Pazarlar Yasası bakımından bu yöndeki sınırlamalar geçit bekçilerinin faaliyet gösterdiği sektörlerde geçerli olmakla birlikte, Grup Muafiyeti Tüzüğü'nde tüm dikey anlaşmaları kapsamaktadır.

İkinci olarak, geniş EKM şartları özelinde gelişen düzenlemelerin giderek daha müdahaleci olduğu göze çarpmaktadır. İlk sektöre özgü düzenleme-

⁵⁸ CMA, 'The Retained Vertical Agreements Block Exemption Regulation Consultation Document' 17.06.2021 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994552/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf> para.4.71-4.76, Erişim Tarihi:25.08.2022

⁵⁹ 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 kapsamaktadır (Madde 3).



lerde geniş EKM şartları doğrudan yasaklanmıştır. Ardından dijital pazarlara özgü yasal düzenlemelerle geniş EKM şartlarının genel olarak yasaklanması gündeme getirilmiştir. Dahası, AB’de yeni Dikey Grup Muafiyeti Tüzüğü geniş EKM şartlarını yalnız grup muafiyetinden çıkarmak ve bireysel muafiyet almasının yolunu açık bırakmak şeklinde güncellenirken İngiltere’de geniş EKM şartları doğrudan ağır ihlal sayılarak amaç bakımından ihlal kategorisine dâhil edilmiştir. Esasında, yukarıda aktarılan geniş EKM şartlarına ilişkin vakaların tümünün rekabeti sınırlayıcı bulunduğu dikkate alındığında, bu yaklaşımın isabetli olmadığını söylemek güç görünmektedir.

Son olarak, dar EKM şartlarına yaklaşımın seyri incelendiğinde tutarlı bir yönelimden söz etmek mümkün gözükmemektedir. Zira ilkin çevrim içi seyahat acenteliği pazarında taahhülle sonuçlanan davalarda, üye ülkelerin çoğunda dar EKM şartları serbest bırakılmışken aynı ülkelerde aynı pazarlarda yasal düzenlemelerle bu şartların uygulanması yasaklanmıştır. Daha sonra dijital pazarlara yönelik yasal düzenlemelerde, bünyesindeki davalarda dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı bulunduğu Almanya’da dar EKM şartları konu edilmemişken, AB’de Parlamento’yla görüşmeler sonrasındaki versiyon ile dar EKM şartları da ihlal sayılan uygulamalar arasında yerini almıştır. Buna karşın, hem AB’de hem İngiltere’de grup muafiyetine ilişkin düzenlemelerde dar EKM şartları grup muafiyetinin kapsamı dâhilinde bırakılmıştır. Ülkemizde de çeşitli dijital pazarlarda belirli eşikleri aşan platformlar bakımından hem geniş hem dar EKM şartlarının yasaklanması yoluna gidildiği görülmektedir. Bu gelişmeler karşısında dar EKM şartlarının kimi ülkelerde belirli sektörler özelinde topyekûn yasaklandığı, ancak genel olarak etki değerlendirmesine tabi bırakıldığı değerlendirilebilecektir.

III. EKM ŞARTLARININ REKABETE ETKİLERİ

A. EKM Şartlarının Rekabet Yanlısı Etkileri

Platformların gerek tüketicilere gerekse pazardaki rekabete katkılarının olduğu açıktır. Özellikle farklılaştırılmış ürün/hizmetlerin yaygın olduğu pazarlarda, sağlayıcılar, tarih, yer gibi pek çok niteliksel ve niceliksel bilgiyi bir yerde toplamakta, bu sayede tüketicilere fiyat, kalite gibi özellikleri karşılaştırma ve en uygun teklifi tespit etme imkânı sunmaktadır. Platformlar, sağlayıcıların tüketicilerin bilgi asimetrisinden faydalanmalarının önüne geçmekte, erişimi kolay ve ücretsiz bilgi ile tüketicilerin arama maliyetlerini düşürmekte, sağlayıcıların satışlarını artırabilmek amacıyla fiyat ve kalite rekabetlerini artırmakta, böylelikle sosyal refaha katkı sağlamaktadır.⁶⁰

⁶⁰ Ingrid Vandendorre ve Michael J Frese, ‘Most Favored Nation Clauses Revisited’ (2014) 35 ECLR

Bunların yanında platformlar, sağlayıcılar açısından da çeşitli faydalar oluşturmaktadır. Tek başlarına çevrim içi reklam ve satışların maliyetini ve riskini karşılayacak ölçek ekonomisine sahip olmayan ya da özellikle tıklanma başına ödeme bazlı reklamcılık modeline dayanan arama sitelerindeki anahtar kelimeler üzerinden reklam vermek için gerekli yetkinliği ve güçlü mali yapısı bulunmayan küçük ve orta ölçekli işletmelere, bu hizmetleri mali açıdan daha etkin bir şekilde alma imkânı sunmaktadır. Bunun yanında, sağlayıcıların tıklanma yerine yalnızca satışa çevrilen işlemler için komisyon ödemesini, özellikle pazara yeni giren sağlayıcıların tüketicilere güvenebilecekleri bir ödeme sistemi kullandırmalarını, tüketicilerin arama sürelerini kısaltarak satışların daha kısa süre içinde gerçekleşmesini, özellikle küçük işletmelerin platformun olmadığı hallerde erişemeyeceği kadar geniş bir kullanıcı kitlesine erişimini ve bilinirliğini sağlamaktadır.⁶¹

Platformlar yukarıda sayılan etkinlikler karşısında yatırımlarını korumak adına EKM şartlarına başvurabilmektedir. Nitekim diğer dikey sistemlerin çoğunda olduğu gibi platformlar da bedavacılık sorunu ile karşılaşabilmektedir. çevrim içi ortamlarda, sağlayıcının fiyat veya diğer satış şartlarında platformlarda listelediğine nazaran daha avantajlı teklifler sunması tüketicilerin platformları yalnızca arama, bilgi edinme, kullanıcı tavsiyeleri, harita, ipuçları vs. gibi diğer hizmetlerden faydalanmasına ve fakat alım işlemini sağlayıcının daha avantajlı teklif sunduğu kanal üzerinden gerçekleştirmesine yol açabilecektir.⁶²

Çevrim içi EKM şartları, platformda sunulan ürünlerin daha uygun fiyatla başka bir yerde bulunmamasını sağlayarak platformun en iyi fiyat garantisi sunmasına müsaade etmesi bakımından platform tüketicisi açısından da çekici görülebilecektir. Ancak bu rekabet yanlısı faydalar rekabet karşıtı etkiler sebebiyle aldatici da olabilecektir. Bu bakımdan geniş ve dar EKM şartlarının olası rekabet karşıtı etkilerinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

B. Geniş EKM Şartlarının Rekabet Karşıtı Etkileri

Yukarıda anılan rekabet yanlısı etkilerinin yanında, geniş EKM şartlarının farklı pazar koşulları altında ortaya çıkabilecek rekabet karşıtı dört temel etkisinden söz edilmektedir. İlk olarak, geniş EKM şartları, sağlayıcıların kendilerine daha düşük fiyat vermesini engellemesi sebebiyle, düşük maliyet modeliyle pazara girmek isteyen platformlar için giriş engeli oluşturmaktadır. Sağlayıcılar aynı fiyat veya diğer şartları yerleşik platforma da sunmak zorunda kaldıklarından, ya sağlayıcı yeni giriş yapan platforma daha avantajlı şartlar sağlamayacak ya da sağlasa da aynı şartlar yerleşik platformda da olacağından bunun yeni giriş yapan firmaya bir avantajı olmayacaktır. Benzer şekilde, yeni

⁶¹ Ezrachi (n 2) 492–496

⁶² ibid 491–492



giriş yapacak platform, sağlayıcılarından daha düşük komisyon talep etse de, geniş EKM şartları sağlayıcının ürün/hizmetlerini söz konusu platforma daha düşük fiyata sunmasına engel olacaktır.⁶³

İkinci olarak, özellikle kayda değer alternatiflerin olmadığı, sağlayıcıların alıcı gücünün bulunmadığı, sağlayıcı için platformda listelenmekten vazgeçmenin bir alternatif olmadığı, yeni bir platformun pazara giriş ihtimalinin düşük olduğu hallerde komisyon oranları rekabetçi dengenin üzerine çıkarılabilecektir. Bu da pazarda aracılık hizmetlerinin şişirilmesine (*excessive intermediation*) yol açmış olacaktır.⁶⁴

Üçüncü olarak, pazar genelinde uygulanan geniş EKM şartları, aracılık yapılan ürünlerin/hizmetlerin fiyatında ve diğer unsurlarında katılığa yol açabilecektir. Özellikle markalar arası rekabetin güçlü olduğu, buna karşın marka içi rekabetin zayıf olduğu hallerde bu etki daha şiddetli olacaktır. Bu hallerde oluşan tablo sağlayıcılar arasında kartel kurulmuş gibi etkiye sahip olabilecektir.⁶⁵

Son olarak, yenilikçi platformlar, sağlayıcıların kendilerine daha uygun şartlar sağlamayacağını veya daha fazla kullanıcı çekemeyeceklerini düşünebileceklerdir. Bunun sonucunda alternatif platformların, geniş EKM şartını uygulayan bir platforma karşı yenilikçi ürün/hizmet geliştirme ve bu yönde yatırım yapma güdülleri düşebilecektir.⁶⁶

C. Dar EKM Şartlarının Rekabet Karşısı Etkileri

Dar EKM şartları temel olarak sağlayıcının kendi çevrim içi kanalları ile platformda sunduğu fiyat ve şartları düzenlemekle birlikte, kimi pazarlarda sağlayıcının çevrim dışı fiyat ve şartlarını da içermekte, kimi zaman da, belirli grup müşterilerin şartın kapsamından hariç tutulması sonucu daha sınırlı uygulanabilmektedir. Ancak bu şartlar her şekilde doğrudan “sağlayıcı” ile “bir platform” arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Bu bakımdan öğretilerde çoğunluk tarafından dar EKM şartlarının rekabet karşısı etkileri, sağlayıcı ile alternatif platformlar arasındaki ilişkiyi düzenleyen geniş EKM şartlarına nazaran daha az sınırlayıcı bulunmaktadır.

Bunun başta gelen sebebi, platform komisyon oranlarını artırdığında, dar EKM şartının platformun rakip platformlara karşı dezavantajlı konuma girmesini engellemeyecek olmasıdır. Diğer deyişle dar EKM şartını uyguluyor olsa dahi, platform, diğer platformlarla rekabete devam edecektir. Benzer şekilde sağlayıcı da farklı platformlarda listelenmek adına diğer platformlarda daha

⁶³ Ezrachi (n 2) 498; Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’, 2022, 202-214; CMA (n 16) 8.69-8.72

⁶⁴ Ezrachi (n 2) 496; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁵ Ezrachi (n 2) 499; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁶ Ezrachi (n 2) 500; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

uygun şartlar sunma motivasyonuna sahip olabilecektir. Dar EKM şartlarının uygulanması halinde rekabetin devam edeceği bir diğer boyut ise markalar arası rekabettir. Lehine dar EKM şartı uygulanan platform üzerinde sağlayıcılar arasındaki fiyat ve diğer şartlar üzerinden rekabet de devam edecektir.⁶⁷ Bunun karşısında, platformlar bedavacılık sorununa karşı önlem almış olacak, sağlayıcılara daha kapsamlı ve kaliteli hizmet için yatırım yapma güdülerini devam ettirebileceklerdir.

Bununla birlikte, dar EKM şartlarının da rekabet karşıtı bazı etkileri bulunmaktadır. Bunlardan ilki⁶⁸, sağlayıcının satışlarının önemli bir kısmının kendi kanalı üzerinden gerçekleştiği ve iş birliği yaptığı platformların (yalnız bir platform bile olsa) önemli bir kısmının sağlayıcıya dar EKM şartını uyguladığı hallerde, sağlayıcının kendi kanalındaki fiyat ve diğer şartların çekiciliğini koruyabilmesi için farklı platformlar üzerinde daha avantajlı şart sunma motivasyonunu yitirmesi riskidir. Nitekim bu hallerde, sağlayıcının herhangi bir platforma daha uygun şart sunması tüketici gözünde kendi kanalını dezavantajlı konuma düşürecek, sağlayıcı tüm platformlarda aynı şartları sunmaya daha meyilli olacaktır. Bunun sonucunda, düşük komisyon ile pazara girmek isteyen bir rakip, platformunda daha düşük fiyat sunulmasını sağlayamayacağı için rakibin önünde giriş engeli oluşacaktır. Keza dar EKM şartı uygulayan bir platformdaki komisyonların artmasıyla meydana gelen maliyet artışını platformdaki fiyatlara yansıtan sağlayıcı, aynı artışı kendi kanalındaki fiyatlara da yansıtmak zorunda olacak, bu hallerde kendi kanalını daha dezavantajlı konuma düşürmemek adına, aynı değişikliği diğer platformlara da uygulayacaktır. Oluşan bu *hub-and-spoke*⁶⁹ etkisi altında, farklı platformlardaki belirli bir ürün/hizmet için sunulan tüm fiyat ve diğer şartlar sağlayıcının kanalında sunulana eşitlenmiş olacaktır.

Komisyon da çeşitli raporlarında platformlar arası rekabetin görece düşük olduğu pazarlarda dar EKM şartlarının olası rekabeti sınırlayıcı etkilerine dikkat çekmiştir. Nitekim dar EKM uygulayan platformun çok yüksek pazar payına sahip olması halinde, rakip platformların daha düşük komisyon ücretleri ile satış hacimlerini artırması daha güç olacaktır.⁷⁰ Komisyona göre, platformlar arası rekabetin yeterince güçlü olduğu durumlarda, dar EKM şartlarına izin verilerek yalnızca geniş EKM şartlarının yasaklanması uygun olabilmektedir. Ancak, platformlar arası rekabetin zayıf olduğu durumlarda hâkim durumdaki platform üzerindeki rekabetçi baskı, diğer platformlardan değil, platformu kul-

⁶⁷ Ezrachi (n 2) 507; Rekabet Kurumu (n 63); CMA (n 63)

⁶⁸ Ezrachi (n 2) 507

⁶⁹ Rekabet Kurumu, 'Rekabet Terimleri Sözlüğü' 2019 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>> 148, Erişim Tarihi: 27.08.2022

⁷⁰ Avrupa Komisyonu (n 5) 102–103

lanan sağlayıcıların kendi satış kanallarından gelebilmektedir. Bu durumda rekabet otoritelerinin dar EKM uygulamalarını da yasaklaması gerekebilecektir.⁷¹

Dar EKM şartının rekabeti sınırlayıcı ikinci etkisi ise, sağlayıcı ile platform arasındaki rekabetin sınırlanmasına ilişkindir.⁷² Zira dar EKM şartı sağlayıcının kendi web sitesinde platformdakinden daha avantajlı şart sunarak tüketiciyi fiyat, çeşitlilik vb. yönlerden çekmesini engellemektedir. Sağlayıcıların temel olarak platformlar üzerinden rekabet ettiği pazarlarda, dar EKM şartının getirdiği sınırlama markalar arası rekabeti önemli derecede kısıtlamayacaktır. Ancak dar EKM şartı, “sağlayıcıların rakipleriyle rekabette kendi web siteleri/kanallarını önemli bir araç olarak kullandığı pazarlarda” marka içi rekabeti sınırlayıcı endişeler meydana getirebilecektir.

Söz konusu zarar teorileri CMA tarafından kasko sigortası sağlayıcıları sektör araştırmasında sorgulanmıştır. Ancak sigortacıların platformlar üzerinden müşteri rekabetini tercih ettiği, bunu kendi kanallarına yatırım yapmaktan daha uygun bulduğu tespit edilmiştir.⁷³ Bulgaristan’da *Netpincer* kararı ile Kurulun 2021 tarihli *Yemek Sepeti* kararında da, platformlar arası rekabetin görece düşük olması, restoranların Yemek Sepeti platformuna karşı kendi kanallarını geliştirme motivasyonu işlenmiş, nihayetinde dar EKM şartlarının restoranların kendi kanallarındaki rekabeti geliştirmesini engellediği sonucuna varılmıştır.⁷⁴

AB’de vuku bulan EKM şartlarına ilişkin davaları inceleyen Akman da, şartın platformun ticari ortaklarının olduğu seviyedeki rekabeti sınırlayabileceğini vurgulamıştır. Örneğin EKM şartlarını kabul etmeyen veya bu şartlara uymayan ticari ortakların platformun kullanıcı tabanına erişiminin kısıtlanması sonucu bu ortakların dışlanabileceğini, bunun sonucunda ticari ortaklarla platformun rekabet ettiği seviyede rekabetin kısıtlanabileceğini öne sürmektedir. Bu gibi eylemlerin ABİDA’nın 102(b) maddesinde (4054 sayılı Kanun’un da 6(2)(e) maddesinde) anılan tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanmasının kapsamına gireceğini ifade etmektedir.⁷⁵

Sonuç itibarıyla, önceki bölümlerde incelenen davaların çoğunda, dar EKM şartlarının getirdiği sınırlamaların, dar EKM şartlarının varlığı halinde devam edecek olan rekabet ve platformların karşılaşacağı bedavacılık riskiyle dengelendiği öngörülmüştür. Ancak, platformlar arası rekabetin sınırlı olduğu, sağlayıcının satışları içerisinde kendi kanalının önemli bir paya sahip olduğu

⁷¹ Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü (n 47)

⁷² Ezrachi (n 2) 509

⁷³ CMA (n 16) 8.55–8.68

⁷⁴ Kurul (n 40)

⁷⁵ Pinar Akman, “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”, *Journal Competition Law & Economics*, 2016, 1-53, 47.

hallerde dar EKM şartlarının da göz ardı edilmeyecek boyutta rekabet sınırlayıcı etkilere yol açabileceği savunulmaktadır. Bu hallerde, geçmiş davalara dayanarak söz konusu dengenin her zaman her türlü pazar koşuluna genellenmesi hataya yol açabilecektir.

Bu sebeple tıpkı diğer dikey sınırlamalarda olduğu gibi, dar EKM şartlarının ve buna karşı haklı gerekçe olarak öne sürülen temel savunmalardan bedavacılık sorununun detaylı bir incelemeden geçirilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Aşağıda dar EKM şartlarına karşı haklı gerekçe olarak öne sürülen bedavacılık sorunu detaylıca incelenecek, dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkileri ile rekabet yanlısı etkileri arasında bir denge analizi yapılırken dikkate alınabilecek hususlara değinilecektir.

D. Bedavacılık Sorunu ve Dar EKM Şartlarına Özel Bakış

Platformlar tarafından dar EKM uygulamasına haklı gerekçe olarak öne sürülen temel savunmalardan biri olan bedavacılık sorunu çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunun bir şekli tüketicilerin geleneksel mağazalardan (veya sağlayıcının kendi web sitesinden) araştırma yaparak bilgi toplamasının ardından çevrim içi kanallardan alışveriş yaptığında ortaya çıkmaktadır. Geleneksel mağazalar mağazanın kurulumu ve personelin eğitimi için önemli derecede kaynak harcamaktadır. Ancak çoğu zaman çevrim içi platformlar geleneksel mağazalardaki fiyatların altında fiyat sunmaktadır. Bu sorunun önüne geçmek için geleneksel perakendeciler bilinçli olarak satış öncesi destek eğitimi sağlamaktan vazgeçebilmekte ya da pazardan çıkma pahasına da olsa kendilerini agresif bir fiyat rekabetinin içinde bulabilmektedirler. Kısa vadede tüketicilerin faydasına gibi görünen bu durum uzun vadede tüketici tercihlerinin kısıtlanmasına ve rekabetin azalmasına yol açabilmektedir.⁷⁶

Bedavacılık sorununun vuku bulduğu bir diğer şekil, tüketicilerin çevrim içi araştırmalarından elde ettikleri bilgi sonrası geleneksel kanallardan ya da sağlayıcının kendi web sitesinden alışveriş yaptığında ortaya çıkmaktadır. Tüketicinin tüm bilgiyi platformdan elde ettiği, ancak daha düşük fiyat sunması dolayısıyla satın alma işlemini fiziki mağaza ya da web sitesi gibi sağlayıcının kendi kanalından yaptığı senaryoda, platform, işlem merkezinden ziyade yalnızca bir veri karşılaştırma merkezi haline dönüşebilmektedir.⁷⁷ Buna karşın platformlar çoğunlukla kullanıcının platform üzerindeki deneyimini geliştirmek için önemli yatırımlar yaptıklarını öne sürmektedir. Örneğin çevrim içi seyahat acenteleri, otellerin platform üzerindeki profillerini geliştirmek, platformun fonksiyonelliğini ve çevrim içi görünürliğini artırmak için yatırım yaptıklarını, dar EKM

⁷⁶ Paul Hughes, 'Bright Line or Barbed Wire? The Classification of Supplier Influence over Resale Prices under EU Competition Law' (2017) 38 ECLR 272

⁷⁷ *Showrooming* ya da *billboard effect* terimleriyle de anılmaktadır.



şartlarının uygulanmadığı bir senaryoda, tüketicileri platforma çekmek için yaptıkları yatırımları karşılayamayacaklarını öne sürmüştür.

Ancak, Komisyonun Dikey Kısıtlamalar Rehberi'ne (Rehber) göre⁷⁸ bu yönde bir sorunun oluşması için gerçek bir bedavacılıktan söz etmek gerekir. Bu çerçevede, alıcılar arasında bedavacılık ancak satış öncesi hizmetlerde veya diğer tanıtım faaliyetlerinde oluşabilir, satıcının müşteri özelinde ücretlendirme yapabileceği satış sonrası hizmetlerde ise bedavacılık söz konusu değildir. Bedavacılıktan söz edebilmek için ürünün genellikle yeni, teknik olarak karışık olması veya ürünün bilinirliğinin (*reputation*) ürüne yönelik talebi oluşturan temel etken olması gerekmektedir. Aksi senaryoda müşteri, geçmiş alışverişlere dayanarak ne alacağını iyi biliyor olacaktır. Keza bedavacılık sorununun ortaya çıkması için ürünün makul derecede yüksek bir değere sahip olması gereklidir. Aksi halde müşterinin ürünü alması için bir mağazadan diğerine giderek bilgi toplaması anlamlı olmayacaktır. Bedavacılık sorununa konu tanıtım faaliyetlerinin toplam tüketici refahını artırıp artırmayacağı, diğer deyişle genel olarak tüketicilerin söz konusu tanıtım faaliyetlerinden fayda sağlayıp sağlamadığı, bu tanıtımların bilgilendirme, ikna etme yoluyla fayda sağlanacak çok sayıda yeni müşteriye mi, yoksa temel olarak zaten ne alacağını bilen ve ekstra tanıtım faaliyetlerinin fiyat artışı anlamına geleceği müşterilere mi yapıldığına bağlıdır.⁷⁹

Bedavacılık sorununu genel olarak işlese ve özel olarak çevrim içi pazarlardaki bedavacılık sorununa yoğunlaşmasa da, Rehber'deki bu açıklamalar paralelinde, bedavacılık sorununun daha ziyade müşterinin ne alacağını bilmediği hallerde söz konusu olacağı, aksi halde müşterinin zaten bir arama hizmeti ihtiyacından ve dolayısıyla sağlayıcının satış öncesi sunduğu tanıtım hizmetlerinden bahsetmenin anlamlı olmayacağı söylenebilecektir.

Otel örneği üzerinden yola çıkarak Vezoso dar EKM şartlarının olmadığı bir senaryoda bedavacılık sorununun oluşup oluşmadığını değerlendirmiştir.⁸⁰ Vezoso, bu senaryoda, her ne kadar ilk bakışta otellerin kolaylıkla kendi kanallarında daha uygun fiyatlar sağlayarak platformları bedava kullanma riskinin yüksek olduğu görülse de, daha derin ve kapsamlı bir incelemenin bedavacılık sorunun kapsamının çok daha belirsiz olduğunu açığa çıkardığını belirtmektedir. Bu bakımdan Vezoso, neyin bedava kullanılacağını anlamasının önemli olduğunu vurgulamaktadır. İlk olarak, oteller, çevrim içi görünürlüklerini ve çekiciliklerini (*attraction*) artırmak amacıyla reklam, pazarlama, (platformun sahip olduğu büyük verilerden türetilen) web/mobil analizi gibi platform üzerindeki bazı hizmet ve araçlardan faydalanabilirler. Benzer

⁷⁸ Guidelines on Vertical Restraints [2010] OJ C 130, 19.5.2010, p. 1–46 para.107

⁷⁹ ibid dn. 38

⁸⁰ Simonetta Vezoso, 'Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence' 38, 25

şekilde, oteller platformun marka ve imajını da bedava kullanabilir. Bu hallerde otellerin yukarıda değinildiği gibi, platformu yayınlanma/teşhir alanı olarak kullanarak doğrudan satışlarını önemli derecede artıracakları savı ön plana çıkmaktadır. Ancak Vezzoso, bu savın platformların baskın bir bilgi kaynağı olduğu varsayımını içerdiğini, gerçekte ise tüketicilerin bloglar, çevrim içi/çevrim dışı gazete ve dergi eleştirileri, meta arama motorları, arkadaş çevresi vs. gibi sayısız yoldan bilgi edindiğine dikkat çekmektedir. Kanımızca bu sav, çevrim içi yemek sipariş pazarı vb. başka pazarlarda daha çarpıcı hale gelebilecektir.

Dolayısıyla, Rehber’de işaret edildiği gibi, kullanıcının ne alacağını bildiği hizmetlerde dar EKM şartlarının uygulanmasıyla, (otel, restoran gibi) sağlayıcıların kendi kanallarındaki fiyatlarını düşüremediği, böylelikle ne alacağını bilen kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Dar EKM şartları sadece bu yönde bir kaldıraç etkisi oluşturmamaktadır. Sağlayıcı fiyatlarının platform fiyatlarına eşitlenmesiyle sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan tüketiciler de, ne alacağını bilsin ya da bilmesin platform kullanıcılarını sübvans etmek durumunda kalabilecektir. Bu durum da Hollanda’nın *Takeaway* kararında tespit edilen zarar teorileri ile benzer sonuç doğurmaktadır. Buna göre dar EKM şartının dezavantajlarından biri, şartın sonucunda platformun daha fazla kullanıcı çekebilme için kaliteye ideal olandan daha fazla yatırım yapması, ancak dar EKM şartının bu yatırımların maliyetine yalnız platform kullanıcılarının değil, restoranların direkt kanallarını kullanan tüketicilerin de katlanmasına sebebiyet vermesi, böylece bir kısım platform kullanıcıları durumdan memnun olacakken toplam tüketici refahı bakımından optimum sonuçtan uzaklaşmasıdır.

Dahası bedavacılığın hangi yönde gerçekleştiği ya da çift taraflı olup olmadığı da ayrıca dikkat edilmesi gereken bir husustur. Sağlayıcıların dar EKM şartlarının olmadığı halde çevrim içi teşhir hizmetini bedava kullanmaları riski karşısında, sağlayıcıların yatırımlarının çevrim içi platformlar tarafından bedava kullanılması da risk dâhilindedir. Nitekim otel veya restoran gibi sağlayıcılar da kendi kanallarını, mağazalarını vs. tanıtmak üzere pek çok yoldan pazarlama/tanıtım faaliyetleri yürütmektedir. Söz konusu sağlayıcılar platform üzerinden listelenmek ve satış gerçekleştirmek üzere de ayrıca komisyon ücreti, listeleme ücreti gibi maliyetlere katlanmaktadır. Buna ek olarak sağlayıcılar üzerine yüklenen dar EKM şartları sağlayıcıların platform harici kanallardaki söz konusu yatırımlarının üzerinde de bedavacılık sorunu oluşturabilecektir. Diğer deyişle, bedavacılık sorunu salt platformdan sağlayıcı yönüne değil, sağlayıcıdan platform yönüne de gerçekleşebilecektir.

Platform üzerinde bir bedavacılık sorununun oluşup oluşmadığının analizinde, dar EKM şartının uygulanmadığı halde platformun yatırım motivasyonunun gerçekten zedelenip zedelenmeyeceği veya yatırım motivasyonunun



tüketicinin toplam refahını azaltacak derecede düşüp düşmeyeceği hususunun sorgulanması gerekmektedir. Vezzoso'ya göre bedavacılık ancak platformun harcamalarını gerçekçi şekilde telafi etmesinin engellenmesi halinde yatırım motivasyonunu olumsuz etkilemektedir. Platformların otellere sunduğu sözleşme özelinde, reklam amaçlı ve tek seferlik hizmetlerde olduğu gibi yatırımların düşük olması ve kısa vadede karşılığının alınması hallerinde bedavacılığın sorun olması düşük ihtimaldir. Otellerin komisyon ödemelerine gönülsüz oldukları, komisyon yerine kendi çevrim içi kanallarına yatırımı tercih ettikleri derecede, platformların hizmet kalitesine yönelik yatırımlarının kısıtlanacağı savı makul sayılabilir. Ancak Bundeskartellamt, bir kısım müşteri kaybına karşın, platformların kaliteli hizmet yatırımı için motivasyonlarının olumsuz etkilenmeyeceğini ifade etmiş, çift taraflı pazarlardaki dolaylı ağ etkilerinin önemi dolayısıyla, kaliteli hizmet için yapılan yatırımların önemli bir rekabet aracı olduğunu vurgulamıştır. Platformun fonksiyonelliği ve kullanım rahatlığı hem tüketicilerin hem de otellerin platform tercihinde önemli bir etkidir. Aslında, EKM şartının uygulanmadığı halde dahi, kullanıcıların alternatif kanalları tercihini engelleyeceği için platformların çekiciliğini ve kullanım rahatlığını artırmak üzere yatırımlarını artırabileceği öngörülmektedir. Sanlı ve Doğan da, AB'de çevrim içi seyahat acentelerinin dar EKM şartlarını yasaklayan ve serbest bırakan üye ülkelerde karşılaştırmalı yapılan ampirik çalışmalara dayanarak dar EKM şartı uygulanmasına gerekçe olarak ileri sürülen etkinliklerin, dar EKM şartlarının yasaklandığı hallerde de ortadan kalkmadığını ya da yasaklamanın sosyal maliyete neden olmadığını değerlendirmektedir.⁸¹

Yine, Rehber'de değinildiği gibi sağlayıcı için tüm alıcılara sözleşme ile etkin tanıtım ve hizmet yükümlülükleri getirmenin mümkün olmadığı hallerde bedavacılık sorunundan bahsedilebilecektir. Ancak, Bundeskartellamt bedavacılık sorununun platformu kullanan sağlayıcılara uygulanacak sabit veya iki parçalı tarife gibi alternatif ödeme modelleri veya platformu bilgi edinmek amacıyla kullanan tüketicilere uygulanacak hizmet bedeli ile aşılabileceğini belirtmiştir. OECD de platformu platform dışında gerçekleştirilen satışlar karşısında tazmin edecek alternatiflere örnek olarak görünürlük sistemleri karşılığında ödeme modelini⁸² veya tüketicilerin *premium* servislere erişim için (ek) ödeme yaptıkları ücretsiz (*freemium*) modelini vermiştir.⁸³

Sonuç olarak, dar EKM şartları karşısında ileri sürülen bedavacılık sorununun kapsamının detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereklidir. İlk olarak bu sorun, salt platformlar bakımından değil sağlayıcılar bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple hangi tarafın ne seviyede yatırım yaptığı

⁸¹ Sanlı ve Doğan (n 6) 19

⁸² *pay-for-visualisations system*

⁸³ OECD, 'Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note' (2019) 25

göz ardı edilmemelidir. İkinci olarak, bu sorun daha çok kullanıcının ne alacağını bilmediği hallerde ortaya çıkmaktadır. Kullanıcıların (büyük çoğunluğunun) ne alacağını bildiği hallerde sağlayıcıya dar EKM şartının uygulanması, ne alacağını bilen kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakılması sonucunu ortaya çıkarabilecektir. Üçüncü olarak, sağlayıcı fiyatlarının platform fiyatlarına eşitlenmesiyle sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan tüketiciler de, ne alacağını bilsin ya da bilmesin platform kullanıcılarını sübvans etmek durumunda kalabilecektir. Dördüncü olarak, dar EKM şartının koruması dolayısıyla platforma ideal seviyenin üzerinde (gereksiz) yapılacak yatırımların maliyetine de yine platformu kullanan veya kullanmayan diğer kullanıcılar katlanmış olacaktır. Son olarak, bedavacılık sorunu oluşsa dahi, buna dar EKM şartı dışında önlem almak mümkün olabilecektir. Sağlayıcılara uygulanacak alternatif ödeme yöntemleri bu çerçevede kabul görmüş bir alternatiftir.

SONUÇ

EKM şartları, rekabet hukuku bağlamında incelenmesi geçmişe dayanıyor olmakla birlikte, çevrim içi platformların kullanımının artmasıyla rekabet otoritelerinin gündeminde yer tutan önemli konulardan biri haline gelmiştir. Dünya genelinde bu uygulamalara yönelik yeknesak bir yaklaşımın olmaması EKM şartlarına yönelik müdahaleleri de tartışmalı hale getirmiştir.

Geleneksel EKM şartlarında olduğu gibi kendi taraf olduğu alım işlemini düzenlemekten ziyade, sağlayıcının platform üzerinden kullanıcılara sunduğu fiyat ve diğer şartları düzenleyen çevrim içi EKM şartlarının, tüketicilere sunulan nihai fiyat ve diğer şartları sınırlaması sebebiyle rekabet üzerinde görece daha fazla olumsuz etkiye yol açtığı değerlendirilmektedir.

Çevrim içi EKM şartlarının rekabete olumlu ve olumsuz etkileri konusunda farklı ülkelerde farklı değerlendirmeler ve yaptırımlar görülmektedir. Bu bakımdan, ABD, AB ve Türkiye rekabet otoritelerinin kararları incelendiğinde, rakip platformlarda daha avantajlı şartlar sunulmamasını düzenleyen geniş EKM şartlarının farklı ürün ve coğrafi pazarlarda dahi olsa benzer rekabet karşıtı etkilerinin ortaya çıktığı söylenebilecektir. Öğretide geniş EKM şartlarının, pazara girişleri engellemesi, yoğunlaşmış pazarlarda sağlayıcı için alternatif platformun bulunmaması halinde komisyon oranlarının artması, yine yoğunlaşmış pazarlarda ürünlerin/hizmetlerin fiyat ve diğer şartlarında rekabetin azalması, bu şartların pazarın genelinde uygulanması halinde kartel benzeri etki oluşturması ve yenilikçi ürün/hizmet geliştirme motivasyonunun düşmesi şeklinde sonuçlar doğurabildiği değerlendirilmektedir. Nitekim seyahat acenteleri veya yemek siparişi platform hizmetleri gibi pek çok pazarda istikrarlı şekilde bu şartların rekabeti ihlal ettiği tespit edilmiştir. Bu bakımdan geniş EKM şartlarının son düzenlemelerle AB’de grup muafiyeti kapsamından çıkma-



rilmasının, hatta İngiltere’de bu şartların ağır ihlal sayılmasının isabetli olduğu, Türkiye’de de mevzuatta geniş EKM şartlarının grup muafiyeti kapsamında çıkarılması yönünde bir güncellenmenin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Buna karşın dar EKM şartlarının rekabet karşıtı etkilerine ilişkin kararlarda aynı istikrardan bahsedilememektedir. Bu şartları konu eden davalar incelendiğinde, çevrim içi seyahat acenteliği pazarı bakımından çoğu AB ülkesinde ve Türkiye’de dar EKM şartlarına müdahale edilmemiş ya da muafiyet verilmiştir. Diğer yandan bir İsveç mahkemesinde booking.com hakkında yürüyen dava dar EKM şartlarına müdahale edilmeksizin taahhülle sonlandırılırken bir başka mahkemede yürüyen dava rekabet karşıtı etkisinin doğmaması sebebiyle müdahalesiz sonuçlanmıştır. Almanya’da ise rekabet karşıtı etkilerinin varlığı kabul edilerek dar EKM şartları ihlal sayılmıştır.

Çevrim içi seyahat acenteleri kadar AB otoritelerinin ve akademisyenlerin gündemine oturma da, dar EKM şartlarının konu edildiği çevrim içi yemek sipariş hizmetlerine yönelik davalarda daha yeknesak değerlendirmelerin orta çıktığı gözlemlenmektedir. Hollanda’da Takeaway dosyası soruşturma açılmaksızın kapatılsa da, dar EKM şartlarının hangi hallerde rekabet karşıtı etki göstereceğine işaret edilmiş, ancak somut davada bu etkilerin muhtemel olmaması sebebiyle şarta müdahale edilmemiştir. Buna karşın, Bulgaristan’da Netpincer’in çevrim dışı kanalları da kapsayan aynı fiyat şartının, restoranların teşebbüse bağımlılığı ve şartların restoranların kendi kanallarını geliştirmesine engel olması, bunun ayrıca yeni girişleri caydırarak platformlar arası rekabeti sınırlaması sebebiyle rekabet hukukuna aykırı olduğu kabul edilmiştir. Türkiye’de ise 2016 Yemek Sepeti kararında dar EKM şartlarına müdahale edilmez ve yalnız geniş EKM şartları yasaklanırken 2021 Yemek Sepeti kararı ile rekabet karşıtı etkiler doğurması sebebiyle dar EKM şartı uygulaması da sonlandırılmıştır. Bulgaristan ve Türkiye örnekleri dar EKM şartlarının salt sağlayıcılar veya tüketiciler üzerindeki etkisini değil, şartların doğrudan tarafı olmayan rakip platformlar üzerindeki etkisini de ortaya koyması bakımından diğer örnek kararlardan farklılaşmaktadır.

Dar EKM şartlarına yönelik davalar üzerine gelişen öğretide, bu şartların salt bir platform ile sağlayıcıları arasındaki ilişkiyi düzenlemesi, platformların komisyon oranları üzerindeki veya sağlayıcının faaliyet gösterdiği ürün/hizmet pazarındaki rekabeti doğrudan etkilememesi sebebiyle daha sınırlı etkiye yol açtığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, öğretide de dar EKM şartlarının olası rekabet karşıtı etkileri dile getirilmiştir. Özellikle platformlar arası rekabetin düşük olduğu veya sağlayıcının satışlarında kendi kanallarının önemli bir paya sahip olduğu hallerde bu etkiler belirgin hal almaktadır. Platformlar arası rekabetin düşük olduğu yoğunlaşmış pazarlarda dar EKM şartları sonucu, sağlayıcının rakip platformlara daha avantajlı şartlar sunma motivasyonu düşebilecektir. Özellikle sağlayıcının kendi satış kanallarının önemli bir paya

sahip olması halinde bu etki daha kuvvetli olacaktır. Böyle bir durumda, platformların büyük çoğunluğunun dar EKM şartı uygulaması, sağlayıcının faaliyet gösterdiği ürün/hizmetler pazarında fiyat katılığı meydana gelebilecektir. Bulgaristan ve Türkiye örneklerinde pazar özellikleri bu zarar teorilerini doğrular niteliktedir.

Bu bakımdan AB’de ve İngiltere’de dar EKM şartlarının grup muafiyeti alabilen uygulamalar kapsamında bırakılmasının isabetli olduğu düşünülmektedir. Ancak, AB’de seyahat acenteliği pazarına ilişkin davalarda dar EKM şartlarına müdahale edilmezken davaların ardından bu pazardaki dar EKM şartlarının yasaklanması çelişki doğurmaktadır. Bu yasal düzenlemeler sonrasında yapılan çalışmaların dar EKM şartı uygulamasının kaldırılması sonucu (doğrudan satış kanallarının geliştirilmesi veya satılan ürün/hizmetlerdeki fiyat rekabeti ve hatta platform kullanım miktarı bakımından) tüketici faydasının arttığını göstermesi, dar EKM şartlarının rekabeti sınırlayıcı etkilerinin azımsanmış olabileceği ihtimali ortaya çıkmaktadır. Hal böyle iken dar EKM şartlarına yönelik gelecekteki davalarda, bu şartların ihlal sayılmayacağı veya doğrudan muafiyet alabileceği yönünde genel yaklaşımların hatalı sonuç verebileceği düşünülmektedir. Bu bakımdan dar EKM şartlarının ihlal teşkil edip etmediğinin tespiti için detaylı bir analiz şarttır.

Bu yönde bir analizde EKM şartlarının şartın kapsamı, uygulanma şekli, tedarik zincirinin farklı seviyelerindeki rekabetin boyutu, alıcı gücü, pazarın özellikleri, sağlayıcıların satış kanalı tercihleri gibi özelliklere dikkat edilmelidir. Bu özellikler bakımından pazar gücüne sahip olan platformların, esasında 4054 sayılı Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Taslağı’nda önemli pazar gücüne sahip teşebbüs niteliğini de haiz olmasının bekleneceğinden hareketle, ilgili Kanun Teklifi’nde geniş EKM şartlarının yanında dar EKM şartlarının da yasaklanmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.

Ek olarak, dar EKM şartları karşısında ileri sürülen bedavacılık sorununun kapsamının da detaylı bir değerlendirmeye tabi tutulması gereklidir. Nitekim bu sorun, salt platformlar bakımından değil sağlayıcılar bakımından da ortaya çıkabilmektedir. Keza, platformun getirdiği dar EKM şartı koruması, ne alacağını bilen ve dolayısıyla arama hizmetinden faydalanmayan kullanıcıların ne alacağını bilmeyen kullanıcıları sübvans etmek zorunda bırakılması ya da sağlayıcının doğrudan kanallarını ve hatta fiziki işletmelerini kullanan kullanıcıların platform kullanıcılarını sübvans etmesi gibi sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu hallerde platforma optimum seviyenin üzerinde yapılacak yatırımların maliyetine de yine platformu kullanan veya kullanmayan diğer kullanıcılar katlanmak durumunda kalacaktır. Analiz sonucunda bedavacılık sorununun varlığı tespit edilse dahi, bu sorunun dar EKM şartı dışındaki diğer önlemlerle giderilebilir giderilemeyeceği de değerlendirmeye alınması gereken önemli bir husustur.

KAYNAKÇA

Akman P., “A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured- Customer Clauses”, *Journal Competition Law & Economics*, 2016, 1-53

Avrupa Komisyonu Rekabet Genel Müdürlüğü, *Competition Policy for the Digital Era*. (Publications Office 2019) 57 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>> Erişim Tarihi 02.12.2020

Avrupa Komisyonu, *Support Studies for the Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation: Support Study and Study on Consumer Purchasing Behaviour in Europe: Final Report*. (Publications Office 2020) 93 <<https://data.europa.eu/doi/10.2763/771951>> Erişim Tarihi 08.06.2020

Baker JB ve Morton FS, ‘Antitrust Enforcement Against Platform MFNs’ (2018) 127(7) *The Yale Law Journal* 2176

CMA, ‘The Retained Vertical Agreements Block Exemption Regulation Consultation Document’ 17.06.2021 <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994552/VBER_recommendation_2021_consultation_with_annexes_170621_FINAL.pdf, Erişim Tarihi:25.08.2022

Colangelo M, ‘Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets’ içinde Klaus Mathis ve Avshalom Tor (eds), *New Developments in Competition Law and Economics* (Springer International Publishing 2019) 296 <http://link.springer.com/10.1007/978-3-030-11611-8_14> Erişim Tarihi 08.10.2020

Coombs J, ‘Most Favored Customer Clause and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law’ [2014] *e-Competitions-Institute of Competition Law* <www.concurrences.com> Erişim Tarihi 12.06.2022

Ezrachi A, ‘The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce’ (2015) 11 *European Competition Journal* 488 <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17441056.2016.1148870>> Erişim Tarihi 07.05.2020

Gürkaynak G vd., ‘Most-Favored-Nation Clauses in Commercial Contracts: Legal and Economic Analysis and Proposal for a Guideline’ (2016) 42 *European Journal of Law and Economics* 129 <<http://link.springer.com/10.1007/s10657-015-9515-y>> Erişim Tarihi 21.09.2021

Hughes P, ‘Bright Line or Barbed Wire? The Classification of Supplier Influence over Resale Prices under EU Competition Law’ (2017) 38 *ECLR* 272

OECD, ‘Implications of E-Commerce for Competition Policy - Background Note’ (2019) 25

Rekabet Kurumu, 'E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu', 2022

'Rekabet Terimleri Sözlüğü' 2019 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/genel-dosya/rk-terimleri-sozlugu-2018-pdf>> Erişim Tarihi: 27.08.2022

Sanlı KC ve Doğan C, 'Rekabet Hukuku ve İktisadı Bağlamında Dar Platform EKM Koşulları' (2022) İstanbul Hukuk Mecmuası, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 6

UK Competition and Markets Authority (CMA), 'Private Motor Insurance Market Investigation: Final Report', September 2014, para.8.32-8.43 <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf> Erişim Tarihi 20.08.2021

Vandenborre I ve Frese MJ, 'Most Favoured Nation Clauses Revisited' (2014) 35 ECLR

Vezzoso S, 'Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence' 38, 25 Whish R ve Bailey D, *Competition Law* (9th edn, OUP 2018)

Yararlanılan İnternet Siteleri

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/53d223ba40f0b60b9f000005/AA_Saga_Response_to_Provisional_Decision_on_Remedies.pdf> Erişim tarihi 22.08.2021

https://en.wikipedia.org/wiki/Web_crawler, <https://tr.wikipedia.org/wiki/Arama_robotu> Erişim Tarihi 05.08.2021.

<[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660EE2E99780F7B-5C1257E350039D1CD/\\$File/p25422.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/660EE2E99780F7B-5C1257E350039D1CD/$File/p25422.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020

<[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB-1C1257F92003FE656/\\$File/p25940.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/4AC063DE04DC3DB-1C1257F92003FE656/$File/p25940.pdf)> Erişim Tarihi 10.10.2020

Competition and Consumer Protection Commission and Booking.com, Decision of 25.09.2015 <<https://www.ccpc.ie/business/wp-content/uploads/sites/3/2017/02/Booking-comSignedCommitmentsSeptember2015.pdf>> Erişim Tarihi 08.10.2020

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.html;jsessionid=0E041494EEFBEBD704BB0011617A4552.2_cid371?nn=4136442> Erişim Tarihi 27.05.2022

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online>
Erişim Tarihi 27.07.2022

KARARLAR

ABD

United States v. Delta Dental of R.I., 943 F. Supp. 172, 172-182 (D.R.I. 1996)

United States v Blue Cross Blue Shield of Michigan, 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011)

United States v Apple Inc, 952 F. Supp. 2d 638, 15 647 (S.D.N.Y. 2013).

United States v Apple Inc, No 13-3741-cv (2d Cir. 2015)

AB

Case COMP/AT-39.847-E-Books, Commission Decision of 25.07.2013

CASE AT.40153 E-book MFNs and related matters (Amazon), Commission Decision of 04.04.2017, <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40153> Erişim Tarihi 20.05.2020

AB Üye Ülkeleri

BKartA, HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, B.9–66/10

Booking.com B.V., Booking.com France SAS, Booking.com Customer Service France SAS, Decision 15 D-06 21 Nisan 2015

Decision of Netherlands Authority for Consumers and Markets, 15.1073.53 (18.11.2016) <https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/16836_besluit-thuisbezorgd-english-new.pdf> Erişim Tarihi 09.10.2020

Konkurrensverket, 15 April 2016, Ref. No. 596/2013 – booking

LG Cologne, 16 February 2017, 88 O (Kart) 17/16 – expedia

OLG Düsseldorf, 9 January 2015, VI-Kart 1/14 (V) – HRS

OLG Dusseldorf, 4 December 2017, VI-U (Kart) 5/17 – expedia

OLG Düsseldorf, 4 May 2016, VI-Kart 1/16 (V) – booking

OLG Düsseldorf, 4 June 2019, VI-Kart 2/16 (V) – booking

Stockholms Tingsrätt, 20 July 2018, PMT 13013-16 – booking

Svea Hovrätt, 9 May 2019, PMT 7779-18 – booking

Türkiye

Rekabet Kurulu Kararları

09.06.2016 tarih ve 16-20/347-156 sayılı Yemek Sepeti kararı

05.01.2017 tarih ve 17-01/12-4 sayılı Booking.com kararı

28.01.2021 tarih ve 21-05/64-28 sayılı Yemek Sepeti (taahhüt) kararı