

Kişisel veri ve rekabet hukuku kapsamında “Big data”

Muammer Ketizmen

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı,
Ankara, Türkiye, muammerketizmen@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0001-6357-2960*

Aslıhan Kart

*Kart Avukatlık ve Arabuluculuk Bürosu,
Ankara, Türkiye, aslihankart@gmail.com
ORCID: orcid.org/0000-0002-9263-630X*

ÖZ

Az sayıda oyuncunun big datayı kendileri lehine kullanımının hâkim güç yaratarak verinin dev boyuttaki gücünün suistimali suretiyle piyasada ortaya çıkan etki nedeniyle big datanın AB, Fransız ve Alman rekabet kurumlarının rekabet hukuku uygulamaları çerçevesinde artık sadece kişisel veri hukuku ile sınırlı bir inceleme ile yetinilmediği görülmektedir.

Sosyal medya, haberleşme satış ve satışa aracılık sitelerinin veri odaklı ürünler olmaları hasebiyle big datanın en büyük edincileridir. Bu şirketlerin, piyasadaki konumları gereği, varlıklarını sürdürürebilmek için kullanıcıların kişisel verilerini edinmek, saklamak ve kullanmak zorunda oldukları, yoksa piyasada var olamayacakları göz önüne alındığında, big datanın sadece kişisel veri hukuku bağlamında değil, bunun yanında ve ilaveten doğrudan rekabet hukuku alanında da ele alınması zorunluluğu doğmaktadır.

Bu kapsamda, big datanın rekabet hukukuyla ilişkisi, Facebook, Amazon, Uber gibi veri odaklı ürün kullanan örnekler kişisel veri hukuku bağlamında ele alınarak AB, Fransız ve Alman rekabet hukuku uygulamalarının incelenmesi ile Türk hukukundaki durumun ortaya konulması suretiyle değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler: Big data, Kişisel veri, Rekabet, Facebook, Hakim durum,

"Big data" Within the context of personal data and competition law

ABSTRACT

Due to the impact of the market in the consequence of a small number of actors, the use of big data in their favor in order to have the dominant power in the market, it is seen that big data investigation will not be satisfied with personal data law but within the framework of competition law applications of EU, French and German competition authorities.

Social media, communication, sales and sales agency web sites are the biggest buyers of big data because of their nature of being data-driven products. In view of the fact that these companies are required to acquire, store and use the personal data of their users in order to maintain their existence in the market, otherwise they may not exist in the market, big data is not only required in the context of personal data law, but also directly in the field of competition law.

In this context, the relation of big data with competition law, will be evaluated in the context of personal data law and by examining EU, French and German competition law practices and the situation in Turkish law, by considering the data-driven product examples such as Facebook, Amazon, Uber.

Keywords: Big data, Personal data, Competition, Facebook, Dominant position,

Atf Gösterme

Ketizmen, M., Kart, A. (2019). Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında “Big Data”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. 1(1), 64-76.

GİRİŞ

Uzunca bir süre her seçim döneminde kadük olup yeni dönemde tekrar meclis komisyonları önüne gelen kişisel veri düzenlemelerine yasal zeminini kazandırma yolunda ilk adım 2010 yılındaki Anayasa değişikliği ile atılmış, sürecin sonunda 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (“KVKK”) ile yasal dayanağı kazandırılmıştır.

2010 yılında Anayasa’nın 20. maddesine eklenen 3. fıkra ile kişisel veri hususu Anayasa’daki yerini almıştır.

KVKK’de de kişisel veri ve kişisel veri işlemenin tanımı yapılmıştır. Buna göre, kişisel veri, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi”; kişisel verilerin işlenmesi ise, “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) kişisel verilerle ilgili özel bir hüküm olmayıp ayrı bir hak olarak düzenlenmemiştir. AİHM uygulamasına bakıldığında, kişisel veri kavramının içeriğinin, AİHS’nin 8. maddesinde düzenlenen “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” hükmü bağlamında verilen kararlar ile oluşturulduğu görülmektedir (Ketizmen, 2008).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.06.2015 tarih ve E. 2014/ 56, K. 2015/ 1679 sayılı kararında da kişisel verinin sayısal olarak sınırlandırılmasının mümkün olmadığına, bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri, tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtlarının kişisel veriler olarak kabul edilebileceğine hükmetmektedir (Akkurt, 2016). Yargıtay, kişisel veriyi böyle belirledikten sonra kişisel verilerin korunmasını, AİHM ile uyumlu biçimde AİHS’nin 8. maddesinde yer alan “Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” altında korunan “mahremiyet hakkı”nın bir parçası olarak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilmesi, bilgilerin kaydedilememesi, rızası olmadan açıklanamaması ve yayılamaması şeklindeki hukuki çıkarlarını da içerdiğini ifade etmektedir (Öncü, 2011). Dolayısıyla kişisel veri ihlali doğrudan hak ihlali yaratan bir hukuka aykırılık olarak kendini göstermektedir.

Türkiye’de tablo böyle iken o sırada Avrupa Birliği nezdinde de 95/46/EC sayılı Direktif (“Directive on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data”) ile başlayan süreç, 2002/58/EC sayılı Direktif (“Directive on Privacy and Electronic Communications”) ile devam etmiş ve en nihayetinde 2016 yılında, 25 Mayıs 2018’de yürürlüğe girmek üzere General Data Protection Regulation (“GDPR”) çıkarılmıştır. Zira, GDPR’ın 95. maddesinde de elektronik iletişim hizmetlerinin sağlanması ile bağlantılı işleme faaliyetleri konusunda 2002/58/EC sayılı Direktif’e atıf kurularak aralarındaki ilişki pekiştirilmiştir.

GDPR’ın kapsamına bakıldığında her ne kadar bir AB düzenlemesi olsa da GDPR’ın kimi zaman AB üyesi ülkeleri de aşan bir etkiye sahip olabildiği görülmektedir (Bkz. GDPR md. 4 - Bölgesel Kapsam).

Bu bağlamda, kişisel veri işlenmesine ilişkin ilkeler de aslında, aynı ekonomik sistem içerisinde faaliyet göstermek isteyen herkes için uygulanacak tüm düzenlemelerin temelini oluşturmakta, kurallar, izinler ve yasaklar bu ilkeler üzerinde şekillenmektedir. Bu ilkeleri genel olarak,

1. Kişisel verileri dürüst ve hukuka uygun bir şekilde toplama ve işleme;
2. Kişisel verilerin toplanmasının, verinin toplanma amaç(lar)ının gerçekleştirilmesi için gerekli ve yeterli olduğu miktarla sınırlı tutulması anlamına gelen asgarilik veyahut veri minimizasyonu;
3. Kişisel verilerin önceden belirlenmiş olan ve hukuka uygun amaçlarla toplanması, işlenmesi ve bu amaçlara aykırı surette işlenmemesi,
4. Belirlenen amaçlar dışında başka bir amaç için kişisel verilerin kullanımının, ancak veri sahibinin rızası veya yasal bir yetki ile mümkün olması, verilerin kullanımının sınırlandırılması ilkesi;
5. Kişisel verilerin doğru, tam ve işleme amaçları ile ilgili olması;
6. Kişisel verilerin istenmeyen ya da yetkili olmayan ifşalardan, yok edilmeden veya değiştirilmeden korumak için gerekli güvenlik önlemleri alınması,
7. Veri sahiplerinin, işlenen verileri hakkında bilgilendirilmesi, bunlara erişimlerinin temini ve düzeltme hakkına sahip olması şeklinde kendini gösteren bireysel katılım ilkesi ve
8. Veri işleme sorumluluğu olan kişilerin, bu ilkelere riayet etme yönünde sorumluluğu ilkesi olarak sekiz başlık altında toplamak mümkündür (Ketizmen, 2008) (Wacks, 1989) (Bygrave, 1998).

İlkelerden yola çıkarak, kişisel veri işlenmesi hususunun yetki sorunu, yönetimin örgütlenmesi ve bilgilendirme, erişim, düzeltme ve rıza gibi yollarla bireysel katılımın sağlanması suretiyle ele alınması gerektiği, bu yolla ifade özgürlüğü, verinin serbest dolaşımı ve özel hayatın gizliliği üçgeninde dengenin kurulabileceği açıktır. Ancak tüm bunların ötesinde kişisel veri açısından asıl çözülemeyen sorun, veri nasıl işlenirse işlensin (hukuka uygun bile işlense), bu veri havuzundaki verinin, veriyi toplayanlarca ve analiz edebilenlerce nasıl kullanıldığıdır. Kaldı ki, bu husus rıza konusunda da ortaya çıkmaktadır. Zira veri odaklı sosyal medya ağlarının ortak özelliği, rızaya aykırı veri toplamaları değil, şekli olarak da olsa, rızaya dayalı olarak veri toplamalarıdır. İşte big data merkezinde ortaya çıkan ve kişisel veri hukuku alanını aşarak rekabet hukuku alanına da yansıyan uyumsuzluk da tam bu noktada kendini göstermektedir.

“Big Data” Nedir ve Neden Önemlidir?

Geleceğin şekillendirilmesinde söz sahibi olmak isteyenler bakış açılarını değiştirmek, IT devriminin sadece zaten vurgulanan “T” (technology, teknoloji) kısmına değil, “I” (informatics, bilgi) kısmına da yoğunlaşmak zorundadırlar (Mayer-Schönberger, 2011). Bu da kişisel veri ve big data ilişkisinin kabullenilerek hukuki zeminde değerlendirilmesini ve sıkı koruma mekanizmalarını zorunlu kılmaktadır. Öyleyse artık big datanın varlığını bilerek temiz bir dünyada yaşıyor muyuz gibi davranmak mümkün değildir (Helland, 2011).

Big data ile kendi başına önemsiz, zararsız ve hükümsüz görünen kişisel veriler algoritmalar, örnekleme ve anlamlandırma (Walker, 2014) yoluyla birleştirilip sentezlenerek kullanılmakta ve satılmaktadır. Bu andan itibaren her bir veri artık bir tür bağımlılığın ve mahkûmiyetin en değerli unsuru (veya silahı) haline gelerek piyasayı yönetmeye başlamaktadır. Tıpkı ABD’li yargıç *Louis D.*

Brandeis ve Samuel D. Warren 1890 yılında, o dönemde fotoğraf ve ses kayıtlarının ortaya çıkıp yaygınlaşmasıyla artan paylaşımları değerlendirdikleri "The Right to Privacy" makalesinde, görüntü ve seslerin artık paylaşarak saklanabilmesi ve sentezlenebilmesi nedeniyle ifade ettikleri "dedikodu artık boş vakit öldürme ve kötülüğün kaynağı değil, aynı zamanda sanayiye hizmet eden bir ticaret metası haline gelmiştir" (Warren & Brandeis, 1890) tespitlerinde olduğu gibi. Şüphesiz, böyle bir metalaşma, bağımlılık ve mahkûmiyet ise kötüye kullanımı da beraberinde getirecektir.

Şirketlere getirdiği olanaklar bakımından big data, bir teşebbüsün ürün ve hizmetlerini iyileştirmesine yardımcı olabilmekte, şirketlerin bazı maliyetlerini düşürmelerini mümkün kılmakta, piyasa etkinliklerini artırmakta, örneğin, GSM operatörlerinin edindiği mobilite verilerinin navigasyon ve trafik yoğunluğunun gösterilmesi hizmetlerinde de kullanılması gibi yeni birtakım iş alanları yaratmakta (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016), veri sahibi bireye yansıyan tüketici refahı açısından ise şirketlerin müşterilerine daha iyi hizmet ettikleri görüntüsünü oluşturmaktadır.

Örneğin, UPS'in kargo hizmeti verirken rotaları kısaltmak için veri kullandığı, bu sayede şirketin her rotadan bir mil keserek yılda 50 milyon dolar tasarruf edebileceği (Vestager, Competition in a Big Data World, 2016) beyan edilmiş olup bu örnekteki maliyet düşüşü açıkça görülmektedir. Bu maliyet düşüş tablosu ve bu düşüşün piyasada bireye/ tüketiciye olumlu yansıtacağı düşünülebilecek olsa da, az sayıda şirketin bu veri kontrol gücüne sahip olmasının, o şirketlerin piyasada hâkim duruma gelmelerine ve bu verileri kullanma eylemleri itibarıyla hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olabilme ihtimallerinin de olduğu açıktır. Büyük piyasada faaliyet gösteren az sayıdaki oyuncunun kendileri lehine hâkim güç yaratarak datanın dev boyuttaki gücünü suiistimal etmeleri sonucu doğacaktır. Keza, OECD tarafından da bu husus vurgulanmaktadır (OECD, 2017).

Kişisel verinin, dönemin **yeni petrolü** (Biase, 2018) veya Avrupa Komisyonu 2014 - 2019 Rekabet Komiseri Margrethe Vestager'in de ifade ettiği biçimde **yeni para birimi** (Vestager, Competition in a Big Data World, 2016) olarak "More than personal" - "kişisel'den fazlası" şeklinde tanımlanması boşuna değildir. Artık şirketlerin piyasada kalmalarının yolu, "veri = para" denklemini uygulamak olacaktır. Zamanla bu işleyişin, küçük veri setlerine sahip olanların, daha büyüklerine bu verileri satmaları ve kiralamalarına imkân veren bir piyasadaki ibaret olabileceği de öngörülmektedir. Bu durum bugün rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yoluyla dijital kartellerin doğması şeklinde kendini göstermektedir.

Nitekim 1990 ve 2015 yıllarında, ABD Adalet Bakanlığı, iki davada kişisel veri işlenmesi ve rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yoluyla oluşan kartelleri incelemiştir. 1990 yılında, henüz big data "big" değil iken hava yolu şirketleri hakkında yapılan kovuşturmayla konu olayda, bazı ABD havayolu şirketleri çevrimiçi tarife sağlamak için tekrarlanan tarife duyurularını ve hızlı fiyat değişikliklerini takip ve analiz etmek için bir veri tabanı oluşturmakla ve yaptıkları rekabeti sınırlayıcı anlaşma ile bu veri tabanını kartelleşme yönünde kullandıkları, bu sayede anlaşma tarafı olan şirketlerin, fiyat ve talep değişikliklerine diğer şirketlere oranla daha hızlı tepki verdikleri ve menfaat temin ettikleri iddiası ile suçlanmışlardır. Ancak bu uyuşmazlık neticesinde nasıl bir hukuki değerlendirme yapıldığı bilinmemektedir; zira dosya ABD Adalet Bakanlığı ve şirketler arasında uzlaşma yoluyla kapatılmıştır (OECD O. D., 2016).

2015 yılında ise ABD Adalet Bakanlığı yine kişisel verilerin kullanılması yoluyla bir fiyatlandırma algoritması temelinde çalışan bir karteli kovuşturmayla almıştır. Kovuşturmayla konu olayda, afiş, baskı, çerçevesiz ürünler alanında faaliyet gösteren bir e-ticaret şirketi yöneticisi ile bir başka tedarikçi, Amazon üzerinden çevrimiçi satılan bazı ürünlerin fiyatlarını sabitlemek, bunu yaparken de Amazon üzerinden aynı ürün piyasasındaki tüm kullanıcı verilerine dair big datayı kullanarak özel bir fiyatlandırma algoritması oluşturmak ve fiyatları belirlemesi için talimat veren bir yazılım kodu yazmakla suçlanmış ve mahkûm olmuşlardır (Department of Justice, 2015).

İnternet üzerinden alışveriş konusunda 2017 yılında KPMG’nin yaptığı “*The Truth About Online Costumers*” (KPMG, 2017) araştırmasındaki sonuçlar ilgi çekici olup özellikle e-ticaret alanında big dataya duyulan mecburiyeti ispat etmektedir. Müşterinin o firma, marka ya da ürün ile olan bağımlı devam ettirmesi olarak tanımlanan (Koçer, 2017) müşteri sadakati, en önemli rekabet avantajlarından biri olarak karşımıza çıkmakta ve özellikle çevrimiçi alışveriş piyasası söz konusu olduğunda, rapora göre, şu unsurlardan esaslı olarak etkilenmektedir:

Üyelere özel teklifler sunma, kişiselleştirilmiş kampanyalar, tekrarlanan alışverişlerin kolaylaştırılması, geçmiş alışverişlerine göre ürün önerileri sunma, müşterilerini tüm kanallarda tanıma ve ihtiyaçları müşteri profiline göre tahmin etme (KPMG, 2017).

Müşteri sadakatinin unsurlarını oluşturduğu söylenen bu özellikler değerlendirildiklerinde her birinin ancak big data ile elde edilebilecek kalemler oldukları açıktır. Bu tabloda bir piyasa aktörünün, müşteri sadakatini kontrol ederek ve fiyatı belirleyerek piyasada rekabet avantajı elde etmek ve kârını artırabilmek için çağın petrolü veya para birimi olan big dataya vereceği değer ve öncelik çok açıktır.

Ortaya Çıkan İki Boyutlu Tablo

Big datanın piyasaya etkisi nedeniyle ortaya çıkan rekabet hukuku ihlalleri, 2019 yılının Ocak ayında Rekabet Kurumu’nun, Google’ın genel arama hizmetlerine yönelik yaptığı algoritma güncellemeleri ve Adwords reklamları ile hâkim durumunu kötüye kullanarak teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığı (Rekabet Kurumu, 2019) iddiasına ilişkin soruşturma başlattığı duyurusu ile artık Türkiye’de de konuşulmaya başlanmıştır. Soruşturma işbu bildirinun sunulduğu tarih itibariyle sonuçlanmamış olup Türk hukukunda big datanın ele alınışı açısından Rekabet Kurumu - Google örneğinin nasıl sonuçlanacağı zamanla görülecektir.

Avrupa Birliği tarafında ise, kişisel veri ile rekabet hukukunun ilişkisi ve/ veya ilişkisizliği konusunda uzun süredir yoğun bir tartışmanın sürdüğü görülmektedir. Kişisel verinin, özellikle big data bağlamında ele alındığında, sadece kişisel veri hukuku ile sınırlı bir incelemeye mi tabi tutulacağı, yoksa bunun yanında ek olarak veya ayrıca hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında doğrudan rekabet hukuku alanında da mı ele alınması gerektiği karmaşası tartışılmaktadır. Konunun farklı yüzlerinin tarafımızca değerlendirilmesi, bu çalışmada Almanya, Fransa, Avrupa Adalet Divanı (“AAD”) ve Avrupa Birliği düzenleme ve uygulamaları ele alınmak suretiyle yapılacaktır.

Veri odaklı ürünler olan sosyal medya, haberleşme, alışveriş ve satışa aracılık siteleri kişisel verinin en büyük edincileri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu şirketler, piyasadaki konumları gereği, varlıklarını sürdürebilmek ve kâr elde edebilmek için kullanıcıların kişisel verilerini edinmek, saklamak, sentezlemek ve kullanmak zorundadırlar; aksi halde piyasada var olamayacaklardır. Öyleyse Facebook kurucusu Mark Zuckerberg’in ABD Senatosu’nda verdiği ifadede dilediği özrün ve artık daha hassas olacakları taahhüdünün veyahut hakkında, geçmişte kullanılan bir IOS sürümünün Amerikan istihbarat kurumlarına veri sızdırdığı iddiaları ortaya atılan Apple’ın CEO’su Tim Cook’un, kişisel verilerin kötüye kullanılmasının silahlanma kadar rahatsız edici olduğu ve acilen ABD’de de tıpkı Avrupa’daki GDPR gibi ağır veri koruma düzenlemelerinin getirilmesinin hayati önemde olduğu (Baraniuk, 2018) serzenişlerinin ticari açıdan bir karşılık bulamayacağı, şirketlerin kişisel verilerin korunması gibi bir hassasiyete ağırlık vermeleri halinde ortaya çıkacak fırsat maliyetine ve piyasa dışında kalma riskine katlanma yolunu seçmeyecekleri açıktır. Şüphesiz bu zorunluluk nedeniyle bir şirketin ilgili pazarda hakim konumda olduğu açıkça tespit edilse bile bu durum onların da tıpkı diğer şirketler gibi piyasada faaliyet göstermelerinin ve rekabet etmelerinin önüne geçmeyecektir (Louis, Braun, Duvernoy, Kamann, & Vallery, 2018) ve fakat daha sıkı rekabet kurallarına tabi olmaları, özel sorumlulukların tanımlanması söz konusu olabilecektir.

Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması

Hâkim durumun kötüye kullanılması, kötüye kullanma eyleminin doğrudan doğruya kimi hedeflediği esastan hareketle sömürücü ve dışlayıcı/ rekabet karşıtı davranışla kötüye kullanma ana başlıkları ile ele alınmaktadır (Kısa, 2004).

4054 sayılı RKHK'nin 6. maddesinde de hâkim durumun kötüye kullanılması düzenlenmiş ve devamında kötüye kullanma hallerine birkaç örnek hal sayılmıştır. Bu hallerden (a) ve (d) bentleri dışlayıcı davranış olarak ortaya çıkarken, (b), (c) ve (e) bentleri sömürücü davranış olarak kendini göstermektedir.

Sömürücü davranış ile yapılan kötüye kullanmalar, kural olarak doğrudan tüketiciyi sömüren, tüketici refahına etki eden faaliyetler (İnan, 2007) olup İnan, ayrıca, dışlayıcı davranışları, rekabeti doğrudan kısıtlayan, bozan veya engelleyen haller olarak vurgularken, sömürücü kötüye kullanmanın rekabeti bozmadığı halde bir ihlal olduğu ayrımını da ifade etmektedir (İnan, 2007).

Adam Smith'ten bu yana rekabetçi liberal kapitalizmin temel savı olan “görünmez el” teorisinden hareketle, müdahale edilemeyen piyasa kendi koşullarında kendi dengesini bulacak, refah ekonomileri kapsamında da başarısızlık halinde bir düzenleyici veya onarıcı konumundaki devletin piyasaya müdahalesi meşru hale gelecektir (Ayata, 2014). Bu müdahaleyi meşrulaştıracak kapsamı, hedefleri, yöntemleri ve sonuçları belirlemek ise siyasi tercihlere ve benimsenen politikaya bağlıdır. Müdahale, karar ve yaptırımlar yoluyla gerçekleşmektedir. Ancak muafiyet oluşturulması örneğinde, rekabet otoritesi, eylem henüz gerçekleştirilmeden bir denetim gerçekleştirdiğinden daha doğrudan müdahale söz konusudur (Ayata, 2014).

Rekabet politikası ve hukukunda hukuki ve iktisadi bir ölçüt olarak tüketici refahı, refah ekonomilerinde kullanılmaya başlanmış ve en alt seviyedeki devlet müdahalesini içerir bir etkinlik standardı olarak yeri almıştır (Ayata, 2014). Bu standardın ne kadar objektif olduğu ise tartışmalıdır. Zira iktisadi etkinliğin ölçülmesinde üretici etkinliğinin yanında tüketici etkinliğinin ölçümü, tüketicinin gelirini, kaynaklarını, artış veya kayıplarını hesaplamak güç olduğundan daha zordur (Evans, 2007).

2007 tarihli Lizbon Anlaşması'nın 2. maddesinde AB'nin “rekabet gücü yüksek sosyal piyasa ekonomisi” amacı üzerine kurulu olduğu belirtilmektedir. Ancak 1990'lardan itibaren ABD finans sistemiyle mücadele etmek zorunda kalmanın, AB'yi, serbest piyasa ekonomisine uyumlanmak zorunda bıraktığı görülmektedir. Nitekim bu doğrultuda tüketici refahı standardı, AB rekabet hukuku içtihadında çok yer bulmamakta, AB rekabet otoriteleri de bilhassa hakim durumun kötüye kullanılması iddialarında tüketici refahından hareketle sömürücü davranışla kötüye kullanma konusunda ihlal kararı verme konusunda isteksiz davranmakta, benimsenen serbest piyasa ekonomisi kurallarına uygun surette müdahale edilmemektedir.

Dışlayıcı davranış ile kötüye kullanma eylemlerinin hedefi (Kart, 2017), doğrudan, rekabet (Kısa, 2004) olup piyasadaki rakiplerin piyasa dışına çıkarılması veya girmelerinin zorlaştırılması yahut zarara uğramalarının teminidir (Ünal, 2010). Dışlayıcı davranışların ne olduğu konusunda 4054 sayılı Kanun'un 6/ 2 (a) ve (d) bentleri örnek kabilinden sayılmakta olup somut olaya göre dışlayıcı davranışın tespiti gerekecektir.

AB Komisyonu'nun yayınladığı 2009 tarihli “Roma Antlaşması'nun 82. Maddesinin Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber

(Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02))” ve Rekabet Kurumu’nun 2014’te yayınladığı “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz”da hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili değerlendirmelerin nasıl yapılacağı konusunda açıklamalara yer verilmiştir.

Veri paylaşımı söz konusu olduğunda, AAD, hakim durumun kötüye kullanılmasında dışlayıcı davranış ile sömürücü davranış farklı kriterlerle ele almaktadır.

Buna göre, dışlayıcı davranış nedeniyle rekabete aykırılıktan söz edebilmek için veriye sahip olan piyasa aktörünün söz konusu veri setinin, çoğaltma (replicate) olasılığı olmadan gerçekten tek/benzersiz olduğunu ve rakibin, kendi hizmetlerini gerçekleştirmek için ihtiyaç duyduğu verileri elde etmesi için bu verilerin paylaşılmasından başka bir imkân olmadığını ispatlaması gerekecektir. Başka bir ifade ile, veriyi edinenin, diğer aktörlere, verilere erişim vermeyi reddetmesi, alt pazardaki etkin rekabetin ortadan kaldırılmasına yol açmalıdır ki rekabete aykırılık ortaya çıksın. Ancak o zaman hakim durumdaki şirketin erişime izin vermesi istenebilecektir. AAD bu yolla rekabete aykırılığın giderileceğini söylemektedir (AAD (CJ); C-418/01, IMS Health, Judgment of the Court 29.04.2004, § 34-52; C-7/97, Bronner, Judgment of the Court, 26.11.1998, § 44-45; General Court, T-201/04, Microsoft, Judgment of the Court, 17.09.2007, § 320-336). Ancak tek başına bu kabul, big datanın aslında ayrı ayrı her bir bireyin kişisel verisini içerdiği, onlardan oluştuğu ve her birinin özünde hukuka aykırı biçimde elde edildiği yönlerini göz ardı etmektedir.

Bunların yanında, big dataya rekabet kurumlarının yaklaşımı açısından bakıldığında, aslında amaçlanan, big datanın kötüye kullanımının piyasa aktörleri üzerinde yarattığı dışlayıcı davranışı devre dışı bırakmak iken ihlallerin tüketici refahı üzerinden sömürücü davranış ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Zira dışlayıcı davranışın sınırlı bir kapsamı olmamakla verinin kötüye kullanılması eylemi, ne fiyatlandırmaya, ne sözleşme yapmayı reddetmeye, ne münhasırlık anlaşmalarına, ne de indirim sistemlerine veyahut diğer dışlayıcı davranışlara girmektedir. Ancak böyle bir ihlalin, piyasanın diğer aktörleri üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle cezalandırılması da gerekmektedir. Öyleyse en doğru yol, bu eylemleri tüketici refahı içerisinde değerlendirerek sömürücü davranış olarak kabul etmek ve bu minvalde cezalandırmak ve engellemektir. Nitekim AB nezdinde de ağırlık, rekabet hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik olduğu görüşünden bizatihi rekabetin korunmasının amaçlandığı görüşüne doğru değişmiştir (Kısa, 2004; Ünal, 2010).

Bundeskartellamt ve Facebook Soruşturması

Alman Federal Rekabet Kurumu Bundeskartellamt, big datanın piyasa gücüne etkisini, sorulması en muhtemel rekabet hukuku sorusu olarak tanımlamaktadır (Louis, Braun, Duvernoy, Kamann, & Vallery, 2018). Bu soru çerçevesinde, big data ve kişisel veri konusunda, Bundeskartellamt’ın Facebook hakkındaki hakim durumun kötüye kullanılması iddiasını kabul ederek tesis ettiği yasaklama kararından hareketle, Almanya’nın izlediği sıkı rekabet politikası değerlendirilebilir.

Bundeskartellamt, GWB (*German Act against Restraints of Competition, Alman Rekabetin Kısıtlanmasına Karşı Kanun*) uyarınca, şirketlerin eylemlerinin Alman piyasasına da etki eder nitelikte bir rekabete aykırılık taşıması halinde şirketin nerede olduğuna bakılmaksızın kendisinin soruşturma ve cezalandırma yetkisi olduğunu belirterek Facebook hakkında hâkim durumun kötüye kullanılması odaklı inceleme başlatmıştır. Bu durum, ilgili ülkede mukim olmayan teşebbüslerin de, o ülkenin piyasasına etki eder eylemlerde bulunmaları halinde soruşturulabilir olmaları anlamına gelmekte olan etki teorisi olup Türk hukukunda da 4054 sayılı RKHK’nin 2. maddesinde de etki teorisi kabul edilmiştir.

Bu inceleme, Avrupa'daki bir rekabet otoritesinin, kişisel verilerin işlenmesi ve hâkim durumun kötüye kullanılması bağlantısı ile yaptığı ilk rekabet hukuku incelemesi (Louis, Braun, Duvernoy, Kamann, & Vallery, 2018) olup Bundeskartellamt'ın incelemeyi dışlayıcı davranışlar üzerine değil, daha çok sömürücü davranışları esas alarak tüketiciler açısından değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Bundeskartellamt, rekabet hukuku kuralları uygulamasının temelini üç araca dayandığını ifade etmektedir. Bunlardan ilki, kartel anlaşmaları, ikincisi birleşme kontrolü, sonuncusu ise bir şirketin sahip olduğu pazar gücünü kötüye kullanıp kullanmadığıdır. Bundeskartellamt, bu üç aracı sayarken, hakim durumun kötüye kullanılmasında asıl amaçlananın, diğer rekabet ihlali hallerinden farklı olarak, aktörleri tecziye etmek ve piyasa dışına atmak değil, rekabet edilebilirlik koşullarının olabildiğince hızlı biçimde yeniden kurularak piyasanın sürdürülebilirliğinin temini olduğunu vurgulamaktadır.

İnceleme konusu olan, Facebook'un ve Whatsapp, Instagram gibi artık Facebook'a ait olan ağların da aralarında bulunduğu sosyal ağlar veri odaklı ürünlerdir. Bundeskartellamt'a göre, sosyal ağda faaliyet gösteren bir şirketin piyasada var olabilmek veya piyasadaki konumunu güçlendirmek saikiyle kullanıcıların kişisel verilerini nasıl işlediği ve kullandığı sorusu artık yalnızca veri koruma yetkilileri için değil, rekabet otoriteleri için de önemli bir soru ve sorun niteliğindedir.

Nitekim GWB'nin “Pazar Hakimiyeti”ni düzenleyen 18/ 3 fıkrasında genel olarak bir teşebbüsün rakipleri açısından piyasadaki konumunu değerlendirirken dikkate alınacak özellikler sayılmış, aynı maddenin (3a) fıkrasında ise sosyal ağlar açısından pazar hakimiyetinin değerlendirilmesinde ayrıca birtakım unsurların da dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu unsurlar arasında teşebbüsün rekabetle ilgili verilere erişimi de yer almaktadır. Bu anlamda Bundeskartellamt yetkisini sadece big datanın Alman piyahasındaki rekabete olan etkisinden (etki teorisinden) değil, GWB 18/ (3a) - 4 hükmünden de almaktadır.

Bundeskartellamt, Facebook'u, Google+'ın da pazardan kaybolmasıyla birlikte, neredeyse pazarın tümüne yaklaşan yüksek pazar payı, bulunduğu piyasaya girişin çok zor olması, kullanıcıların Facebook aracılığıyla kurdukları ağ ilişkileri nedeniyle pratikte Facebook'a kilitlemeleri ve başka bir sosyal medya ağına geçmeyi mümkün ve yerinde görmemeleri, çok sayıda kullanıcıya sahip olduğu için reklam verenlerin de tercihlerini değiştirmelerinin mümkün olmaması gibi nedenlerle hakim durumda kabul etmektedir.

Söz konusu sosyal ağlara ücretsiz ve gönüllü olarak dahil olan kullanıcıların verilerinin belli bir şekilde işlenmesini ve aktarılmamasını talep etme hakları bakidir. Fakat bu gönüllülük, zorlayıcı bir gönüllülüktür. Zira hizmet, kullanıcının kişisel verilerini kullanma konusunda kapsamlı izin vermesi koşuluna bağlı olup kullanıcı bu izni vermemesi halinde zaten hizmeti alamayacaktır. Dolayısıyla kullanıcı tarafından bu şartlar altında verilmiş rıza, sağlıklı bir tercih sonucu değil, ilgili hizmete ulaşmak, ağa dahil olmak için zorunlu olarak gösterilmek zorunda olan bir irade açıklamasından ibarettir.

Bu durum ise, “rıza” ve “açık rıza” kavramlarını tartışmaya açmaktadır. Nitekim kullanıcı sayısının ve kullanıcı alışkanlıklarının kullanım yoğunluğunu belirlediği, ikame hizmetlerin özellikle bu iki husustan etkilenecek piyasaya girmesinin -en azından kısa ya da orta vadede- zorlaştığı dikkate alındığında, dönemselsel olarak veri koruma politikalarının değiştirilmesi suretiyle de bu tür hizmet sağlayıcılar süreci istedikleri gibi şekillendirebilmektedirler. Söz konusu değişiklikler ister lehe, ister aleyhe olsun, ön plana çıkan bu iki etken bu tür veri işlenmesine yönelik politika değişiklikleri karşısında kullanıcılar duyarsızlaşmakta ve değişikliğe ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, yüksek bir olasılıkla, rıza ya da rıza yerine geçecek her türlü beyanı açıklamakta ve kabul etmektedirler. Dolayısıyla hakim durumun yaratılmasına da yol açan bu etkenler “rıza” ya da “açık rıza” kurumlarını şekli bir işlem kategorisine indirgemektedir. Bu da kişisel veri koruma

düzenlemelerinde koruma için güçlü bir kalkan vazifesi atfedilen rıza dayalı işlem esasını, piyasa koşulları içerisinde ortadan kaldırılabilmektedir.

Kaldı ki Facebook’un hâkim durumu nedeniyle bireylerin başka bir seçeneği olmadığı da dikkate alındığında bu zorunluluk daha belirgin olmaktadır. Bu biçimde verilen rızanın ardından kullanıcılar artık kişisel verilerinin kontrolünü kaybetmekte, Facebook tarafından nasıl kullanıldığını da kontrol edememektedirler. Rızaya konu olan veya sözleşmenin ifası için gerekmeyen verilerin kişisel veriler bir araya getirilerek big datayı oluşturmakta ve daha büyük bir değer kazanmaktadır.

Bundeskartellamt da, yaptığı incelemede, hizmet şartlarının yukarıda sözü edilen zorlayıcı gönüllülük içine sıkıştırılmış bir irade ile kabul ettirilmesinden söz etmektedir. Bireyler ve kurumlar arasındaki asimetrinin yarattığı, taraf eşitliğinin olmadığı ve mecburen serdettikleri kabul yönündeki irade beyanı, bireylerin çıkarlarına uygun değildir.

Bu halde, hem kullanıcıların anayasal hak ve özgürlüklerinin ve kişisel verilerinin ihlali söz konusu olacak, hem de Facebook’un hakim durumuna dayanarak daha fazla kullanıcı temin etmek, mevcut kullanıcıların sadakatini artırmak, big data yoluyla oluşturduğu veri setlerini istedikleriyle paylaşmak, reklam etkinliklerini geliştirmek gibi yollarla rekabeti ihlal eden eylemleri ortaya çıkmaktadır.

Bu nedenle Bundeskartellamt, Facebook’un veri işleme konusundaki şart ve işlemlerinin adil olup olmadığı hakkında rekabet hukuku açısından yapacağı incelemede veri koruma yasa ve ilkelerini uygulayacağını, veri koruma kurallarının, bireylerin kişisel verilerinin piyasa tarafından sömürülmesini engellemek açısından rekabet kanunu ile aynı amaca sahip olduğunu ifade etmektedir. Buna karşın veri koruma yasalarını, tek başına, hâkim durumun kötüye kullanılması ile ilgili bir incelemeye esas almak için yetersiz bulmaktadır, zira, veri koruma yasaları hakim şirketlerin eylemlerine ilişkin yaptırımları içermezler. Bununla birlikte Facebook üzerinde yaptığı rekabete aykırılık incelemesinin merkezine veri korumayı oturtmaktadır.

İncelemenin neticesinde Bundeskartellamt, Facebook’un Almanya’daki veri işleme politikasını yasaklamış, veri ve çerez politikalarını on iki ay içerisinde ayrıntılandırmasına, geliştirmesine hükmetmiştir.

Türkiye ve Facebook’a Yaptırım Kararı

Türk hukukunda da, Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun 11.04.2019 tarih ve 2019/104 sayılı “Facebook nezdinde gerçekleşen veri ihlalinin değerlendirilmesi” kararına konu olayda, Facebook tarafından, kullanıcı fotoğraflarına erişmek için üçüncü taraf uygulamalara izin veren bir fotoğraf API hatası keşfedildiğinden bahisle, 6698 sayılı KVKK’nin 12/ 1 ve 5. fıkraları ihlal edildiğinden idari para cezası ile tecziyesine karar verilmiştir. Ancak kararda ilgi çekici olan asıl kısım, incelemede yer verilen, “Facebook platformu uygulamalarının en başta, kullanıcının arkadaş bilgileri başta olmak üzere diğer tüm bilgilerine ulaşabilecek şekilde çalışması konusunda izin aldıkları” ve “ilgili kişilerin uygulamada paylaşmaya izin verecekleri kişisel verilerinin neler olması gerektiği ve yükleme aşamasında gizlilik ayarlarıyla ilgili seçimlere imkân sağlamayarak, kişisel verilerin bu şekilde işlenmesini açık rızaya dayandırdığı” tespiti olup Kurul, yukarıda sözü edilen açık rıza sorunu ile aynı doğrultuda olmak üzere, ilgili kişinin açık rızasının, bir ürün veya hizmetin sunulmasının ya da ürün veya hizmetten yararlandırılmasının ön şartı olarak ileri sürülmesinin “hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma” ilkesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.

Almanya ve Fransa Ortak Raporu ile Güçlenen Vurgu

Alman Bundeskartellamt ile Fransız Rekabet Otoritesi (Autorité de la concurrence), Bundeskartellamt'ın Facebook aleyhine başlattığı yukarıda açıklanan soruşturmasını izleyen tarihlerde bir ortak rapor yayınlamışlar ve bu raporda, dijital pazarlarda verilerin toplanması, işlenmesi ve big data yoluyla ticaret hayatında meta olarak kullanılması, verilerin kurumsal stratejilerdeki rolü, piyasaya etkisi ve bu tür stratejilere rekabet kanunlarının uygulanması konusunda değerlendirmelere yer verilmiştir (Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 2016). Otoriteler, bugün piyasada birkaç firmanın, big data suretiyle veri kullanımını içeren iş modellerine dayanan yüksek cirolar elde ettiklerini, bu verilerin neden, nasıl ve ne ölçüde bir pazar gücünün aracı olabileceğinin belirlenmesinin, tüm rekabet otoriteleri için önemli olduğunu belirtmektedirler. Raporu göre bu önemin tespiti, söz konusu verilerin rakipler tarafından kolayca elde edilip edilemeyeceği ve verilerin ölçeğinin ve kapsamının ne olduğu, bu kapsamın etkisinin önemli olup olmadığından hareketle yapılacaktır.

Rekabet otoritelerine göre, her ne kadar veri koruma ve rekabet yasaları farklı amaçlara hizmet etse de, mahremiyet sorunları, kişisel verilerin toplanması ve kullanılması ile ilgili olarak bir teşebbüsün aldığı kararlar, bunların koşut biçimde ekonomi ve rekabet boyutlarına dair yansımaları, özellikle hâkim bir teşebbüs tarafından uygulanır olduğunda yalnızca doğası gereği veri hukukuna tabi olduğundan bahisle rekabet hukukunun alanından dışlanamaz (Kart, 2017; Autorité de la concurrence ve Bundeskartellamt, 2016). Dolayısıyla veri koruma kuralları ile rekabet hukuku kural ve uygulamaları birbiriyle bağlantılı olarak ele alınmak durumundadır.

Adalet Divanı ve Avrupa Komisyonu'nun Değişen Bakışı

Big datanın rekabet hukuku bağlamında sıkı biçimde ele alınması gerektiği düşüncesine karşı çıkan bazı girişimciler, big datanın piyasada etkin biçimde kullanımı söz konusu olduğunda rekabete ilişkin düzenlemelerin yenilikçiliği engelleyebileceği iddiasında bulunmaktadır (OECD, 2017). Bunu desteklemek için verilen örnek ise, AAD nezdinde UBERPop uygulaması ile ilgili olarak *Fransa vs. UBER France SAS* arasında görülen davada, Divan'ın 10 Nisan 2018 tarihli kararıdır (*CJ, Grand Chamber, 10.04.2018, C-320/16, France vs. UBER France SAS*). Bu karardan hareketle UBER hakkında rekabet kurallarına dayanılarak hüküm kurulduğu ve böyle bir kararın UBER'le benzer biçimde hizmet sunan çok sayıdaki küçük işletmeyi de olumsuz etkilediği savunulmuştur.

Şöyle ki, kararda AAD, aslında Fransa'nın iddia ve savunmalarına da uygun surette değerlendirme yapmıştır. Karara göre, UBER bir teknoloji hizmetinden öteye, esasında, bir akıllı telefon uygulamasının aracı olarak kullanılması vasıtasıyla sağlanan ve ana unsurunun nakliye hizmeti olduğu bir genel taşıma hizmetinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, ulaştırma hizmetidir. Öyleyse 98/34/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile 2006/123/AT sayılı Hizmetler Direktifi'nde hariç tutulan şehir taşımacılığı, taksiler, ambulanslar, liman hizmetleri de dahil olmak üzere Fransa'da, yetkilendirilmeden taşıma hizmeti sunanlara hangi cezai kurallar uygulanıyorsa UBERPop konusunda da aynı düzenlemelerin uygulanması gerektiğine karar verilmiştir.

Bu çerçevede, UBER'in sunduğu hizmetin teknoloji ve veri toplama kısmına değil, yetkilendirilmemiş taşıma hizmeti kısmına vurgu yapılarak hüküm kurulduğundan, kanımızca aslında dikkat çekilmesi gereken kısım bu kararın inovasyona etkisi ve UBER benzeri küçük işletmeleri olumsuz etkilemesi iddiası değil, AAD'ın big data, kişisel veri ve rekabet hukuku ilişkilendirmesinden uzak durarak hüküm kurmuş olmasıdır. Kararın GDPR'ın yürürlüğünden çok kısa bir süre önce verilmiş olması ve GDPR ile birlikte bu yöndeki görüşün nasıl değişeceğinin takip edilmesi gerektiği de muhakkaktır.

Keza Avrupa Birliği Rekabet Komiserliği de zamanla görüş değiştirmektedir. 2014 yılında Facebook ile Whatsapp'ın birleşmesi sırasında yayınladığı açıklamada, birleşme işleminin sonucu olarak Facebook'un kontrolündeki artan veri yoğunluğundan kaynaklanan veri gizliliği ile ilgili kaygılarını, AB rekabet hukuku kuralları kapsamında değil, AB veri koruma kuralları kapsamında yer aldığını açıklarken (European Commission, 2014) ve bu doğrultuda birleşme gerçekleşmiş iken; 2017 yılına gelindiğinde Avrupa Komisyonu Facebook'a, Whatsapp ile birleşmesi sürecinde hatalı ve yanıltıcı bilgi sağladığı ve Facebook'un, Whatsapp ve Facebook kullanıcılarının kişisel verilerini birleştirerek kullanmayacağı yönünde rekabeti düzenleyici kurumlara verdiği taahhüde aykırı davrandığı gerekçesiyle 110 milyon Euro para cezası vermiştir (ABGM, 2017). Başka bir bakışla, Avrupa Birliği Rekabet Otoritesi de kişisel verilerin kullanıldığı bir durumda rekabetin korunmasında önceden veri kurallarına güvenmekte iken, zamanla bu kuralların rekabetin ve piyasanın korunması için yetersiz kaldığını görmüş ve yeniden rekabet hukukuna dönüş yapmıştır.

Avrupa Komisyonu 2014 - 2019 Rekabet Komiseri Vestager'in 2018 yılının Eylül ayında düzenlediği bir basın toplantısında (Vestager, 2018) Amazon hakkında henüz soruşturma açmadıklarını ancak keşif yaptıklarını söylemesinin ardından, Bundeskartellamt, 29 Kasım 2018 tarihinde Amazon aleyhine de, pazardaki en büyük perakendeci ve çevrimiçi pazar yeri olarak platformdaki diğer satıcıları engellediği iddiaları doğrultusunda, Amazon'un piyasada sahip olduğu hakim konumu kötüye kullanıp kullanmadığını değerlendirmek üzere bir soruşturma başlattığını ve bu soruşturmanın Vestager'in açıkladığı keşif ve inceleme ile birbirini tamamlayan nitelikte olduğunu vurgulamıştır.

Öyleyse, big datanın, özellikle tüketiciler veya teknoloji ve inovasyon konusunda büyük faydalar sağlayacağı düşüncesi ile varılan yer, doğru bir dengenin bulunması zorunluluğu olarak kendini göstermektedir (OECD, 2017). Başka bir ifade ile, hiçbir durumda big dataya sonsuz bir teslimiyet mümkün değildir.

SONUÇ YERİNE

Kişisel verinin, veri odaklı ürün üreten ve/ veya hizmet veren alanlarda yoğun surette kullanıldığı günümüzde bir yandan GDPR gibi etki alanı dünya çapında olan düzenlemeler ve uyum sürecindeki ulusal düzenlemeler ile kişisel veri koruma sistemi oluşturulurken, ortaya çıkan gelişmeler, big data mefhumunun yalnızca kişisel veri mevzuatına sıkışıp kalamayacağını, kişi temel hak ve özgürlüklerinin ötesinde rıza sorunları, teknolojik gelişme hızı, dijitalleşme ile birlikte bireylerin her geçen gün daha çok verisinin işlendiği hususları ve bu hususların piyasada yarattığı hakim durum oluşturucu veya mevcut durumu güçlendirici etkileri nedeniyle big data başka bir alana sürüklenmektedir. Bu alan ise rekabet hukuku ve hakim durumun kötüye kullanılması ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rekabet otoritelerinin, big data edincisi olan teşebbüslerin bu faaliyetlerinin aslında dışlayıcı etkilerinden rahatsız oldukları değerlendirilmekte iken, verinin kötüye kullanımının dışlayıcı faaliyetlerden herhangi birine dahil edilmesi daha zor olduğundan nitelemedeki tercihlerini tüketici refahı kavramı üzerinden sömürücü davranış ile ilişkilendirmektedirler. Nitekim bu ihlalin, tüketici refahı bağlamında sömürücü davranış üzerinden cezalandırılması halinde de piyasanın diğer aktörleri üzerindeki olumsuz etki de bir nebze olsun giderilmektedir.

Bundeskartellamt, Facebook soruşturmasındaki yetkisini bir şirketin merkezinin nerede olduğuna bakılmaksızın, GWB kurallarının, ilgili şirketin eylemlerinin Alman piyasasında etki yaratan bir rekabet kısıtlamasına yol açtığı her durumda geçerli olduğuna dayandırmıştır. Başka bir ifade ile "etki teorisi"ni esas almaktadır.

Türk hukukunda da 4054 sayılı Kanun'un 2. maddesine bakıldığında, Rekabet Kurumu'nun da TC mal ve hizmet piyasalarını etkileyen her türlü teşebbüsün rekabet ihlali niteliğindeki hukukî işlem ve davranışlarını kapsadığı hükme bağlanmıştır. Benzer biçimde madde gerekçesinde de, bu husus vurgulanmış, "etki teorisi"nin benimsendiği, merkezleri TC sınırları dışında bulunan, fakat Türkiye'de faaliyet gösteren teşebbüslerin de RKHK kapsamında bulunduğu açıklaması yapılmıştır.

GDPR ile uyumlanmaya çalışan Türk hukukunda da kişisel veri düzenlemelerinin, piyasa ve rekabetin korunması konusunda yeterli olmayacağı zamanla anlaşılacağı ve big datanın, rekabet hukuku bağlamında da yoğun bir inceleme ve denetime tabi tutulacağı değerlendirilmektedir. Nitekim henüz bu bildirin hazırlandığı tarihte sonuçlanmamış olmakla birlikte 2019 yılının Ocak ayında Rekabet Kurumu da, Google hakkında genel arama hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak kendi yerel arama hizmetini rakiplerini dışlayacak şekilde öne çıkardığı şüphesiyle (Rekabet Kurumu, 2019) soruşturma açmış olup Türkiye'de kişisel verinin tam anlamıyla anlaşılması ile birlikte bu soruşturmaların artacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- ABGM, T. A. (2017). *Facebook AB tarafından Para Cezası ile Cezalandırıldı*. http://www.abgm.adalet.gov.tr/duyuru/2017/mayis/18.05.2017_1.html adresinden alındı
- Akkurt, S. S. (2016). 17.06.2015 tarih, e. 2014/4-56, k. 2015/1679 sayılıyargıtay hukuk genel kurulu kararı ve mukayeseli hukuk çerçevesinde "Unutulma Hakkı". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 2605-2635.
- Autorité de la concurrence, ve Bundeskartellamt. (2016). *(Report on) Competition Law and Data*.
- Ayata, Z. (2014). Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), 35-54.
- Baraniuk, C. (2018, October 24). Tim Cook blasts 'weaponisation' of personal data and praises GDPR. BBC News: <https://www.bbc.com/news/technology-45963935> adresinden alındı
- Biase, L. D. (2018). *Personal Data Shouldn't Be The New Oil*. OECD FORUM: <https://www.oecd-forum.org/users/42272-luca-de-biase/posts/31810-personal-data-shouldn-t-be-the-new-oil> adresinden alındı
- Bygrave, L. A. (1998). Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Right Treaties. *International Journal of Law and Information Technology*, 6, 247-284.
- Department of Justice, U. (2015). *Former E-Commerce Executive Charged With Price Fixing In the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*. USA Department of Justice: http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2015/313011.docx adresinden alındı
- European Commission. (2014). *Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*. European Commission: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf adresinden alındı
- Evans, D. (2007). The Known Knowns and the Known Unknowns. *Consumer Policy Review*, 17(2), 48-51.
- Helland, P. (2011). If You Have Too Much Data, Then "Good Enough" Is Good Enough. *Communications of the ACM*, 54(6), 40-47.
- İnan, N. (2007). *Rekabet Hukuku El Kitabı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Yayınları.
- Kart, İ. (2017). Le droit européen de la concurrence à l'épreuve du, Big Data: Quelles adaptations de l'analyse concurrentielle? *Master 2 de Droit économique de l'Union européenne, Sous la*

- direction de Monsieur Christophe Lemaire, Paris, École de Droit de la Sorbonne, Pantheon Sorbonne Université Paris I.*
- Ketizmen, M. (2008). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kısa, S. U. (2004). *Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Rekabet Karşısı Eylem ve İşlemlerin Kötüye Kullanılması*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları.
- Koçer, K. (2017). Müşteri İlişkileri Yönetiminin Müşteri Sadakati Üzerine Etkisi: Bankacılık Sektörü Üzerine Bir Alan Araştırması. *Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 7(2), 713-735.
- KPMG. (2017). *İnternet Tüketicileri Hakkında Gerçekler*. KPMG.
- Louis, F., Braun, D. M., Duvernoy, C., Kamann, P. D.-G., & Vallery, A. -T. (2018). European Union: 8-in-8 Recent Trends in European Law and Policy Alert Series: Competition and Big Data Recent Developments in Europe. *Mondaq Business Briefing*.
- Mayer-Schönberger, V. (2011). *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. New Jersey: Princeton: University Press.
- OECD. (2017). *Inequality, Digitalisation and Competition*. <https://www.oecd-forum.org/users/50593-oecd/posts/20993-inequality-digitalisation-competition> adresinden alındı
- OECD, O. D. (2016). *Big Data: Bringing Competition Policy To The Digital Era -- Background Note By The Secretariat, Daf/Comp (14)*,.
- Öncü, G. A. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Rekabet Kurumu. (2019, 01 07). Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti., Google International LLC, Google LLC, Google Ireland Limited ve Alphabet Inc. Hakkında Soruşturma Açıldı (7.1.2019).
- Ünal, Ç. (2010). Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar. *Rekabet Dergisi*, 11(4), 111-164.
- Vestager, M. (2016). *Competition in a Big Data World*. European Commission: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en adresinden alındı
- Vestager, M. (2018, 09 19). EU Starts Preliminary Probe into Amazon's Treatment of Merchants. (W. S. Journal, Röportaj Yapan)
- Wacks, R. (1989). *Personal Information: Privacy and the Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Walker, S. J. (2014). Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think. *International Journal of Advertising*, 33(1), 181-183.
- Warren, S., & Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(5), 193-220.