

ALGORİTMALAR VE GİZLİ ANLAŞMALAR



Tuğçe Sayer
RK Daire Başkanı

Açık işbirliği/açık anlaşma, geleneksel bir kartel olarak mevcut rekabet hukuku araçları ile ortaya çıkarılıp cezalandırılabilmektedir.



Ekonominin dijitalleşmesinin bir sonucu olarak, şirketlerin fiyatlandırma kararlarını iyileştirmek için daha sık algoritmalara başvurduklarını görmekteyiz. Yirmi yıl önce bilgisayar yazılım sistemleri olarak adlandırdığımız uygulamalar artık algoritmalar olarak karşımıza çıkmakta. İşin arka planında, özellikle son yıllarda "dijital karar verme"nin yaygınlaşması bulunuyor. Artık makineler günlük hayatımızda bizim yerimize karar veriyor. Google gibi arama motorları, kendi kendine giden arabalar, öğrenen algoritmalar, insanlar yerine "dijital karar verme"yi yaparken birçok unsuru değerlendiren programlar olarak hayatımıza girmiş bulunuyor. Bu dijital karar verme sürecinin girdileri neler diye baktığımızda büyük verinin devreye girdiğini görüyoruz. Veriyi algoritmanın geçmiş tecrübelerinden öğrenerek doğru karar vermesi için ihtiyaç duyduğu tüm bilgiler bütünü olarak özetleyebiliriz.

Fiyatlama algoritmaları da şirketlere rakiplerin ürün/hizmetlerinin fiyatlarını izleme ve kendi ürün/hizmetlerinin fiyatlarını buna göre oluşturabilme imkânı tanımaktadır. Algoritmalar bu işlevi yerine getirirken, şirketlerin maliyetleri gibi kendi gizli

bilgilerini ve rakiplerin fiyatları, talep dalgalanmaları gibi diğer gözlemlenebilir bilgileri kullanır. Yapay zekanın ve makine öğreniminin kullanımı, fiyatlama algoritmalarını daha karmaşık ve kompleks hale getirmiştir. Artık yeni nesil algoritmalar, geçmiş tecrübelerden öğrenerek şirketlerin kârlarını maksimize edebilmektedir. Fiyatlama algoritmaları birçok farklı sektördeki firmalar, havayolu şirketleri, oteller ve Amazon gibi çevrimiçi e-pazaryerleri tarafından kullanılmaktadır. Fiyatlama algoritmaları, satıcıların talepteki dalgalanmaları ve arz koşullarındaki değişiklikleri takip etmelerini ve bunlara hızlı tepki vermelerini sağlamaları nedeniyle verimlilik ve maliyet avantajları sağlar. Fiyat karşılaştırma sitelerinde uygulanan fiyatlama algoritmaları gibi algoritmalar tüketicilere de fayda sağlamaktadır. Ancak, fiyatlama algoritmalarının rakip piyasa oyuncuları ile paralel veya yüksek fiyatlama sonuçları elde etme stratejilerinde kullanılması durumunda rekabete aykırı etkileri de olabilmektedir.

Son yıllarda, fiyatlama algoritmalarının rakipler arasındaki “gizli anlaşmayı/gizli danışıklığı” kolaylaştırması durumu çeşitli ulusal rekabet otoritelerince mercek altına alınmaktadır. Almanya ve Fransa rekabet otoritelerinin “Algoritmalar ve Rekabet” konulu ortak bir raporu bulunmaktadır. İngiltere Rekabet ve Piyasa Otoritesi, Ocak 2021’de algoritmaların ne ölçüde rekabeti azalttığı ve tüketiciler için zararlı olduğunu inceleyen bir araştırma

Rakipler tarafından algoritmaların kullanılması, pazarda işbirlikçi bir sonuç riskini artırabilir.

”



raporu yayımlamıştır. Hollanda Tüketiciler ve Piyasalar Otoritesi'nin, algoritmaların izlenmesine ilişkin 2020 yılında yayımladığı raporu bulunmaktadır. Norveç, Finlandiya, Japonya gibi ülkeler de 2021 yılında konuya ilişkin çalışmalar yayımlamıştır. Son olarak Avrupa Komisyonu (Komisyon) gözden geçirerek 1 Mart 2022 tarihinde yayımladığı taslak "Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine İlişkin Kılavuz"da (Taslak Kılavuz) algoritmaların gizli anlaşma riskini artırabileceğine dikkat çekerek çeşitli düzenlemeler getirmektedir.

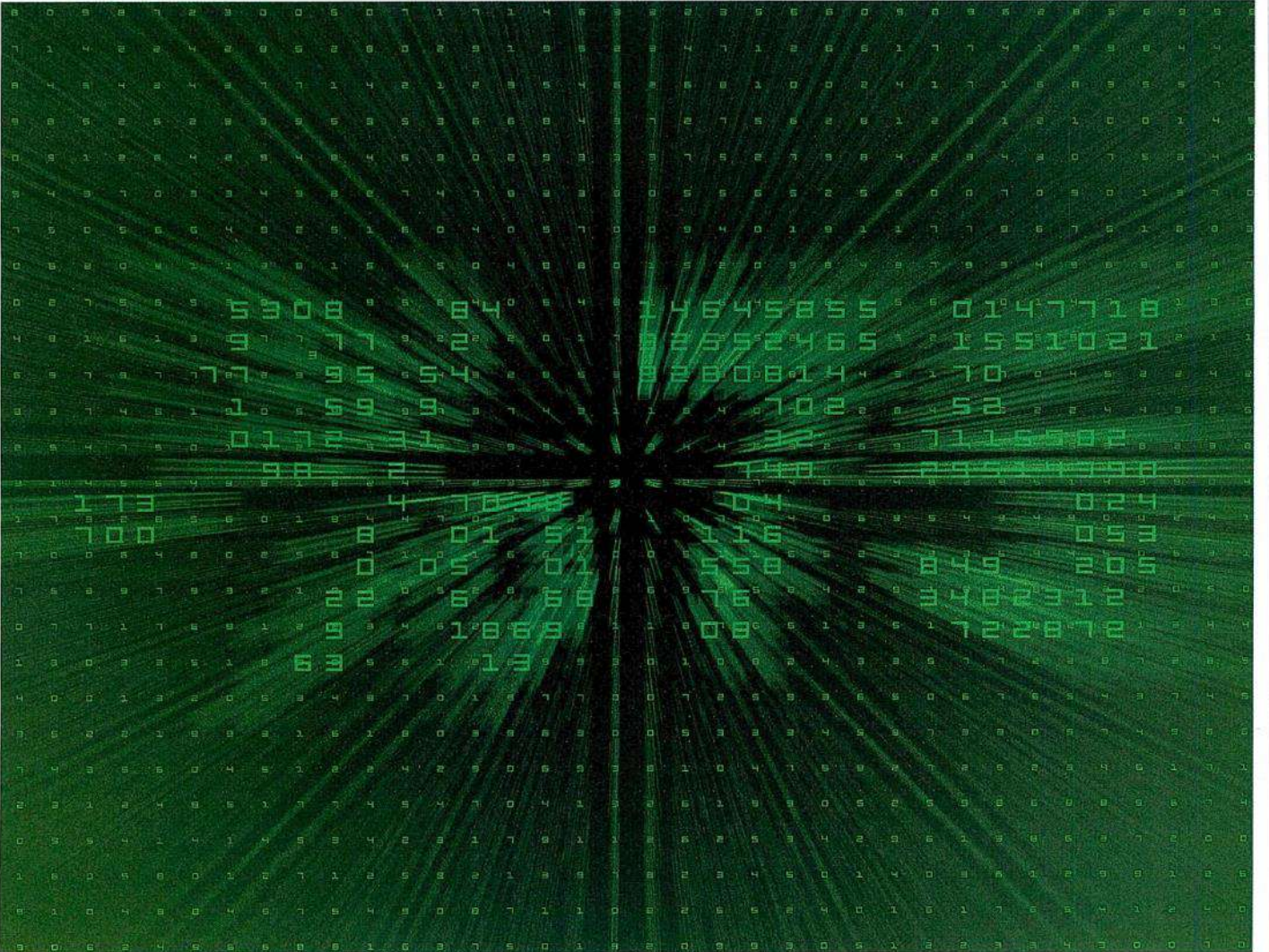
"Açık işbirliği ve kartelleşme"

Biz de bu yazımızda, özellikle Komisyon'un Taslak Kılavuz hükümleri doğrultusunda fiyatlama algoritmalarının hangi durumlarda rekabet otoritelerinin radarına girebileceğine yakından bakmak istedik. Açık işbirliği/açık anlaşma, geleneksel bir kartel olarak mevcut rekabet hukuku araçları ile ortaya çıkarılıp cezalandırılabilir. Açık anlaşmada algoritmalar hâlihazırda var olan bir karteli uygulamak ve/veya izlemek için kullanılır. Bu, kartel anlaşmasını stabilize

ettiği ve anlaşmadan sapma olasılığını azalttığı için kartel üyeleri açısından önemli bir avantaj sunar. Bununla birlikte, teşebbüsler arasında herhangi bir iletişimin ve açık koordinasyonun olmadığı "gizli anlaşma" türlerinin ortaya çıkarılması son derece zordur. Gizli anlaşma basitçe firmaların rakiplerini gözlemleyip, fiyat artırmada ortak faydaları olduğunu anlamalarından ibaret fiyatların yükselmesi halidir.

Taslak Kılavuz'un 418. paragrafı, algoritmaların pazarda şeffaflığı artırarak işbirliği riskini artırdığına değinmekte ve algoritmik gizli anlaşmanın hangi pazar koşullarında gerçekleşebileceğini de açıklamaktadır: "Örneğin, rakipler tarafından algoritmaların kullanılması, pazarda işbirlikçi bir sonuç riskini artırabilir. Algoritmalar, rakiplerin pazar şeffaflığını artırmalarına, fiyat sapmalarını gerçek zamanlı olarak tespit etmelerine ve ceza mekanizmalarını daha etkin hale getirmelerine olanak sağlayabilir. Öte yandan, algoritmik danışıklılığın mümkün olabilmesi için, algoritmaların özel tasarımına ek olarak, yüksek etkileşim sıklığı, sınırlı alıcı gücü ve homojen ürün/hizmetlerin varlığı gibi bazı yapısal piyasa koşulları gereklidir."

Taslak Kılavuz ayrıca, bir şirketin ticari açıdan hassas bilgileri, bunları kabul eden rakiplerine ifşa etmesinin



şirketler arasındaki koordinasyonu ifade eden uyumlu eylem teşkil edebileceğini, bu tür ifşanın ise paylaşılan bir algoritmik araçta bir fiyat kuralının getirilmesi yoluyla gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bu tür bir fiyatlandırma üzerinde şirketler tarafından açıkça anlaşmaya varılması gerekli değildir. Taslak Kılavuz'un 432. paragrafına göre; "Örneğin, bir teşebbüsün fiyatlandırma planlarını rakiplerine açıkladığı bir toplantıya katılımı, fiyatları artırmaya yönelik açık bir anlaşmaya ilişkin danışıklı davranış olmasa bile, Madde 101(1)'i ihlal etmesi muhtemeldir. Aynı şekilde paylaşılan bir algoritmik araçta bir fiyatlandırma kuralı getirilmesi (örneğin, ilgili çevrimiçi platform(lar)daki veya mağaza(lar)daki en düşük fiyat +%5 veya bir rakibin fiyatı -%5) de gelecekteki fiyatlandırmayı uyumlu hale getirmek için açık bir anlaşmanın olmaması durumunda bile Madde 101(1)'in ihlali sayılabilir."

Öte yandan Taslak Kılavuz, 435. paragrafında algoritmalara ilişkin gizli anlaşma senaryolarından "hub-and-spoke" senaryosuna da değinmektedir. Burada rakipler arasında ticari açıdan hassas bilgi alışverişi, üçüncü bir taraf (paylaşılan bir algoritma) aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Rakip şirketler kendi fiyat algoritmalarını geliştirmeyi değil, bir üçüncü taraf algoritmasını kullanmayı seçtiklerinde gizli anlaşma ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir araç çağırma platformu, üye sürücüler için otomatik fiyatlandırma araçları sağlayabilir. Bu durumda sürücüler arasında doğrudan bir iletişim olmamasına rağmen algoritma sağlayıcısı aracılığıyla fiyatların uyumlu hale gelme endişesi ortaya çıkabilir.

Eturas Davası

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere algoritmik gizli anlaşmanın tespiti ve değerlendirilmesi, rekabet otoriteleri bakımından son derece zordur. Bugüne kadar fiyatlandırma algoritmalarını ele alan kararların çoğu, geleneksel fiyat sabitleme anlaşmaları (ABD ve İngiltere'deki çevrimiçi poster satıcıları davası) veya yeniden satış fiyatının tespiti (Komisyon'un tüketici elektroniği davası) ile ilgilidir. Bunlar dışında iyi bilinen bir diğer dava Eturas davasıdır. Bu davada online rezervasyon platformu sağlayıcısı olan Eturas iş ortağı seyahat acentelerine platform üzerinden satılan turlarda sistemin %3 indirim tavanını otomatik olarak uygulayacağını belirten bir e-posta mesajı göndermiştir. Akabinde platform operatörü, platformun sistemindeki değişikliği hayata geçirmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı platformu kullanan seyahat acentelerinin, söz konusu mesajların içeriğini öğrenir öğrenmez, açıkça bu mesaj ile aralarına mesafe koymadıkları sürece, gizli anlaşmaya katıldıklarının varsayılması gerektiğini değerlendirmiştir. Komisyon Taslak Kılavuz'un 432. paragrafında Eturas davasına atıfla; "Bir e-posta mesajının kişisel posta

kutularına gönderilmesi, kendi başına alıcıların bu mesajın içeriğinden haberdar olmaları gerektiğini göstermez. Diğer nesnel ve tutarlı göstergeler ışığında, alıcıların içeriğin farkında olduğu varsayımını haklı gösterebilir, ancak bu alıcılar hâlâ bu varsayımı çürütme fırsatına sahip olmalıdır." şeklinde açıklama getirmiştir.

LCA Kararı

Bir diğer dava Lüksemburg'daki taksi hizmetleri için bir rezervasyon platformu olan Webtaxi'nin algoritmik fiyat sabitleme düzenlemesini, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 101. maddesinin yasaklamasından muaf tutan 7 Haziran 2018 tarihli Lüksemburg Rekabet Kurumu (LCA) kararıdır. Burada farklı şirketlere ait taksiler, bir fiyatlandırma algoritması aracılığıyla katılımcı taksilerin ücretlerini sabitleyen rezervasyon platformundan yararlanmıştı. LCA, kararında ileri sürülen haklı gerekçe savunmalarını değerlendirerek algoritmaya dayalı ücretlerin, taksimetre fiyatına eşit veya bu fiyattan daha düşük olacağı sonucuna vararak tüketiciler için çeşitli faydalar sağladığını tespit etmiştir. Otorite Webtaxi'nin tahmini pazar payının yüzde 26 olduğunu göz önüne alarak, algoritmanın pazardaki fiyat rekabetini ortadan kaldırmadığına karar vermiştir.

Rekabet otoritelerinin fiyatlandırma algoritmalarına artan ilgisine rağmen bugüne kadar bir düzenleme ile karşılaşmamıştık. Komisyonun Taslak Kılavuz ilkeleri rekabet hukuku kurallarının fiyatlandırma algoritmalarına uygulanmasındaki boşlukları doldurabilecek bir rehber niteliği taşıyabilir. Bu gelişmeler ışığında, algoritmik gizli anlaşmaları tespit etmek için rekabet otoritelerinin daha fazla yazılımcı ve veri uzmanı istihdam edeceği, fiyatlandırma algoritmalarına ilişkin rekabet otoritelerinin soruşturmalarının artacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bir süre daha bekleyip gelişmeleri göreceğiz.

