

E-Ticarette Aracı Hizmet Sağlayıcının İçerikten Sorumluluğu

Hacer Ülkü Doğan Kaya

Kılıç Hukuk Bürosu

Eskişehir Yolu Mustafa Kemal Mahallesi
2079 Sokak Via Green İş Merkezi No:2 B/11
Çankaya/ANKARA
hacerulkudogan@kilichukuk.org

Gizem Turan

Kılıç Hukuk Bürosu

Eskişehir Yolu Mustafa Kemal Mahallesi
2079 Sokak Via Green İş Merkezi No:2 B/11
Çankaya/ANKARA
gizemturan@kilichukuk.org

ÖZET

İnternet üzerindeki B2C ('Business to Consumer' veya 'İşletmeden Tüketiciye') ticaret faaliyetlerinin önemli bir kısmı, 1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe giren 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da (E-Ticaret Kanunu) 'aracı hizmet sağlayıcı' olarak tanımlanan kategoriye giren gerçek veya tüzel kişilerin aracılığıyla sağlanmaktadır. Bu bakımdan, 'aracı hizmet sağlayıcı' olarak faaliyet gösterenlerin internet sitelerinde ticarete sunulan mal veya hizmetler nedeniyle ortaya çıkabilecek sorumluluklarının belirlenmesi, anılan ortamlardaki ticari faaliyetlere katılan bütün taraflar ve aracı olarak faaliyet gösteren sağlayıcılar yönünden önem arz etmektedir. Bu çalışmanın amacı, Türk hukukunda aracı hizmet sağlayıcıların adı geçen sorumluluklarını, (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi) ilgili mevzuat hükümleri ve Yargıtay Kararları ışığında ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler

Aracı Hizmet Sağlayıcı; Elektronik Ticaret Kanunu; Elektronik Ticaret.

ABSTRACT

An important portion of the B2C commercial interactions through internet is realized through 'intermediary service providers' as defined by the Act on the Regulation of Electronic Trade no. 6563. Thus determination of the responsibilities of 'intermediary service providers' which may arise in relation to the goods or services that are offered on their websites is crucial for both these intermediaries and the parties of the e-commerce activities conducted in those platforms. The purpose of this study is to discuss these responsibilities of intermediary service providers in the light of the current legislation in Turkey (e.g. Industrial Property Act no. 6769, Act no. 5651 on Regulating Broadcasting in the Internet and Fighting Against Crimes Committed through Internet Broadcasting, Intellectual and Artistic Works Act no. 5846) and the case-law of Turkish Court of Cassation.

Keywords

Intermediary service provider; Act on Electronic Commerce; E-commerce.

GİRİŞ

İnternet ortamında, işletmeden tüketiciye (B2C) ticari faaliyetlerin önemli bir kısmında, e-ticaret ilişkisinin tarafları dışında, bu faaliyete aracılık eden üçüncü kişilerin (aracı hizmet sağlayıcıların) rolü de bulunmaktadır. 1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe giren E-Ticaret Kanunu, aracı hizmet sağlayıcıların hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri denetlemekle yükümlü olmadıkları kuralını benimsemiştir.

Bununla birlikte, bu hükmün, aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerinde sunulan içerikler yönünden Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca ortaya çıkabilecek sorumlulukları bakımından anlamının ve bu kişilerin İnternet Kanunu hükümleri uyarınca girdikleri kategoriler gereği yer sağlayıcı olarak sorumluluklarının sınırının tartışılması gerekmektedir.

Bu bağlamda, bu çalışmanın temel amacı, Türk hukukunda, E-Ticaret Kanunu'na göre 'aracı hizmet sağlayıcı' olarak tanımlanan gerçek ve tüzel kişilerin internet sitelerinde yayınlanan içerikler yönünden ortaya çıkabilecek sorumluluklarının kapsamını ve bu kişilerin sorumluluğuna başvurulabilmesi için aranan şartları tartışmaktır.

ELEKTRONİK TİCARET KANUNU'NUN KAPSAMI

E-Ticaret Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, Kanunun kapsamı 'ticari iletişimi, hizmet sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını, elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler ile elektronik ticarete ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini ve uygulanacak yaptırımları' içine alacak şekilde belirlenmiştir. E-Ticaret Kanunu'nun 2'inci maddesinin 1-(a) bendinde elektronik ticaretin "çevrim içi" iktisadi ve ticari faaliyetleri ifade ettiği belirlenmiştir. Bu bakımdan, Kanun yalnızca çevrimiçi (online) ortamdaki faaliyetleri kapsamına almaktadır.

ARACI HİZMET SAĞLAYICI TANIMI

E-Ticaret Kanunu'nda aracı hizmet sağlayıcı, "Başka- larına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır (m. 2/1-d). Alt komisyon raporunda, aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin Kanuna eklenmesi konusundaki açıklamalara bakıldığında; düzenlemenin esasen internette gerçekleştirilen satışlarda, kurdukları platformlar-

la alıcı ve satıcının bir araya gelmesine aracılık eden kişilerin sorumluluklarını belirlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır (TBMM, s. 21).

ARACI HİZMET SAĞLAYICININ İNTERNET SİTESİNDE TİCARİ FAALİYETE KONU EDİLEN MAL VEYA HİZMETLERLE İLGİLİ SORUMLULUĞU

E-Ticaret Kanunu anlamında ‘aracı hizmet sağlayıcı’, e-ticaret faaliyetlerine aracılık eden platformları sağlayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Bunlar, İnternet Kanunu anlamında ‘yer sağlayıcı’ kategorisine girmektedir. Bu kişilerin sağladıkları platformlar üzerindeki e-ticaret faaliyetleri bakımından sorumlulukları, Türk hukukunda, özellikle İnternet Kanunu, FSEK, Sınai Mülkiyet Kanunu ve Kişisel Verilen Korunması Kanunu yönleriyle gündeme gelebilecektir. Aşağıdaki bölümde, aracı hizmet sağlayıcıların bu kanunlar uyarınca yükümlülüklerine geçmeden önce, aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu açısından AB ve ABD’deki yasal durum, inceleme konusu edilecektir.

Avrupa Birliği ve Amerika’daki Mevzuat

2000/31/EC sayılı Avrupa Birliği E-Ticaret Direktifi’nde, aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun üç başlık altında incelendiği görülmektedir (m. 12-14). Bu kapsamda, erişim hizmetleri sağlayanlar (m. 12), veriyi alıcıya ulaşması için geçici veya otomatik olarak depolayan hizmet sağlayıcılar (ön bellekleme)¹ (m. 13) ve yer sağlayanlar (m. 14), E-Ticaret Direktifi’nde aracı hizmet sağlayıcı kategorileri olarak belirlenmiştir. Böylece AB Direktifindeki tanım, internet üzerinde alıcı ve satıcı arasındaki faaliyetlerin gerçekleştirilmesi amacıyla platform sağlayan gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra, erişim sağlayıcıların ve internet sitesine erişim için ilgili veriyi geçici ya da otomatik olarak depolayanların sorumluluklarını da ele almaktadır.

Dikkat çekeceği gibi, AB’de ‘aracı hizmet sağlayıcısı’ olarak nitelendirilen kategori, E-Ticaret Kanunu’nda yer verilenden daha geniştir. Bununla birlikte, bu çalışmanın amacı bakımından, AB Direktifi’nde aracı hizmet sağlayıcılardan, yalnızca, ‘yer sağlayıcıların sorumluluklarına’ (hosting) ilişkin düzenlemeye değinilecektir (bkz. ABAD 2011, pr. 104).

AB Direktifi’ne göre, ‘aracı yer sağlayıcı’, ancak şu iki şartın sağlanması durumunda, içerik yönünden sorumlusuzluğunu ileri sürebilecektir (m. 14):

1. Aracı ‘yer sağlayıcının’ hukuka aykırı içerikten ‘fiilen’ (actual) bilgisi olmamalıdır ve tazminat sorumluluğu bakımından, içeriğin hukuka aykırılığının anlaşılabilmesi olgu ya da durumlardan habersiz olmalıdır;
2. Aracı ‘yer sağlayıcı’, ilgili bilgi ya da haberi aldıktan sonra derhal hukuka aykırı içeriği silmeli ya da ona erişimi engellemelidir.

Burada, ilk şart bakımından önemli olan, aracı hizmet sağlayıcı olarak faaliyet gösteren kişinin hukuka aykırılığa ilişkin ‘fiili bilgi’sinin olup olmadığının ve ‘basi-

retli bir iş insanı’ olarak hukuka aykırılığın anlaşılabilmesi olgu veya durumdan habersiz olmasının olağan karşılanıp karşılanamayacağı değerlendirilmesidir (ABAD 2011, pr. 118-124). Bu değerlendirme neticesinde, yer sağlayıcının içerikten haberdar olduğu, ya da olması gerektiği, sonucuna varılırsa, içerikten sorumluluğu gündeme gelebilecektir (ABAD 2011, pr. 145, DLA Piper, s. 18).

AB’deki düzenleyici politika, öğretide ‘yatay düzenleme yaklaşımı’ olarak adlandırılmaktadır (Baistrocchi, s. 117). Bu yaklaşımda, aracı hizmet sağlayıcılarına ilişkin bütün hukuk dallarına yönelik sorumluluğun tek bir düzenlemeyle ele alındığı ifade edilmektedir. Buna karşılık, ABD’deki düzenleyici yaklaşım ise; dikey düzenleyici yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Burada, aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu İletişimde Edep Yasası, Dijital Milenyum Telif Yasası ve 1996 Telekomünikasyon Yasası gibi ayrı kanunlarda düzenlenmiştir (Baistrocchi, s. 117). Konunun sınırlanması bakımından, burada, AB Direktifi’yle benzer düzenlemeler içeren ve sıkça uygulama alanı bulan Dijital Milenyum Telif Yasası’nda aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu ele alınacaktır.

Dijital Milenyum Telif Yasası, internet ortamındaki telif hakkı ihlalleri bakımından aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunun şartlarını AB Direktifiyle paralel şekilde düzenlemiştir. Fakat, Direktif’te belirlenen şartlara ek olarak Yasa’da aracının içeriği kontrol etme hak ve yetkisi var olduğu durumda hukuka aykırı içerikten maddi bir menfaat elde etmiyor olması ve Yasa’da belirlenen usule göre yapılan bildirim üzerine ilgili içeriği derhal kaldırması ya da içeriğe erişimi engellemesi şartları belirlenmiştir (Section 512(c)).

Dijital Milenyum Telif Yasası’ndaki bu düzenlemede, AB Direktifi’nden farklı olarak, özel bir bildirim prosedürü (*‘notice and take down procedure’*) ve bir itiraz prosedürü (*‘put back procedure’*) öngörmüştür. Buna göre, aracı, telif hakkının ihlal edildiğini öne süren kişi tarafından kendisine gönderilen bildirim üzerine derhal içeriği kaldırmakla ya da ona erişimi engellemekle yükümlüdür (DLA Piper, s. 29; Section 512(c)). Buna karşı, içerik sağlayanın usulüne uygun bir karşı-ihbar göndermesi durumunda, aracı bu karşı-ihbarı ihlal iddia eden tarafa gönderecek ve en az on en fazla on dört gün bekleyerek; ihlali iddia edenin ihlal iddiasına ilişkin diğer tarafa dava açtığını ortaya koymaması halinde içeriği eski haline getirecektir (Section 512 (g); DLA Piper, s. 29).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 2013/11-1138 K. 2014/16 sayılı Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Elektronik Ticaret Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce verdiği E. 2013/11-1138 K. 2014/16 sayılı kararı, ‘aracı hizmet sağlayıcıların’ sundukları platformlarda gerçekleştirilen e-ticaret faaliyetlerinden sorumluluğuna ilişkin öğretici bir örnek teşkil etmektedir. Aşağıda anılan Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan yargılama süreci, kronolojik bir şekilde aktarılmıştır.

Olayda, davacı, tescilli ve tanınmış markasıyla aynı ibareleri taşıyan taklit ürünlerin aracı hizmet sağlayıcı-

¹ Bu kapsamda, özellikle ‘proxy sunucular’ bulunmaktadır (DLA Piper, s. 7).

ya ait internet sitesi üzerinden satışa sunulduğu iddiasıyla, aracı hizmet sağlayıcı şirkete dava yönelmiştir. Davalı şirket, sahip oldukları portalın tamamen kullanıcılar arasındaki iletişimi sağlama ve ödemelerin güvenli bir şekilde yapılmasına aracılık etme amacını taşıdığını ve hiçbir ürünün satış, pazarlama, reklam ve dağıtımını amaçlamadığını vurgulayarak; olayda hukuki sorumluluğun elektronik ticaret ilişkisinin tarafında olduğunu savunmuştur.

İlk derece mahkemesi, davalının yürüttüğü hizmet gereği internet sitesinde satışa sunulan ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda olmadığını değerlendirmiş, ancak talep halinde koşulları varsa erişimi engelleme yetkisi olduğunu belirtmiştir. Bu bakımdan, Mahkeme, Türk hukukunda, bu hususta kanuni bir boşluğun bulunduğunu değerlendirmiş ve AB E-Ticaret Direktifi'ndeki düzenlemeleri gözeterek ihtar olmaksızın davalının ilgili internet sitesindeki içerikten sorumlu tutulamayacağını belirlemiştir.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu kararını, davalının internet sitesindeki yayınları dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı Marka KHK m. 61/e bendi hükmü anlamında, (a) ilâ (c) bendinde sayılan marka tecavüzü fiillerine 'iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek' ya da 'kolaylaştırmak' olarak değerlendirerek; davada, davalının da anılan düzenleme gereğince mütevaciz olarak kabul edilmesi gerektiği şeklinde bozmuş ve ilk derece mahkemesinin davalının sorumluluğunu bu yönüyle incelemesi gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.1.2012 tarih ve E. 2011/15509 K. 2012/540 sayılı kararı).

Mahkeme, bozma üzerine; AB E-Ticaret Direktifi ve ABD Dijital Milenyum Telif Yasası'ndaki düzenlemeleri de dikkate alarak, FSEK'in Ek 4'üncü maddede yer alan telif haklarına ilişkin düzenlemeyi kıyasen uygulamış; ayrıca yargılama devam ederken yürürlüğe giren İnternet Kanunu'nda yer alan düzenlemeleri de dikkate almış ve yeni gerekçeyle, davalının ihtar ya da erişimin engellenmesi talebi olmaksızın internet sitesindeki içerikten sorumlu tutulamayacağı yönünde hüküm kurmuştur.

İlk derece mahkemesinin farklı gerekçeyle verdiği bu hüküm de temyiz edilmiştir. Temyiz üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.1.2012 tarih ve E. 2011/15509 K. 2012/540 sayılı kararıyla, davalının internet sitesinde marka hakkını ihlal eder nitelikte içerik yayınlamasının 556 sayılı Marka KHK m. 61/e bendi hükmü anlamında tecavüz sayılması gerektiği sonucuna varmıştır. Buna göre, kararda, davacının, davalının kusurlu olması şartını gerektirmeyen, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması talepleri bakımından eda hükmü oluşturulması gerektiği değerlendirilmiştir. Ancak aynı kararda, Yargıtay, davalının tazminattan sorumlu tutulabilmesi için kusur şartının aranması gerektiği; davalının ihlalden haberdar olmaması gözetilerek, davalıya ihtar çekilip çekilmediğinin bu yönüyle davalının kusurunu ispat için göz önünde bulundurulması gerektiğini değerlendirerek kararı bozmuştur.

Mahkemenin önceki kararında direnmesi üzerine; konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu da davalının internet sitesinde söz konusu içeriğe yer vermesini 556 sayılı Marka KHK'nın 61/e bendi hükmü çerçevesinde marka tecavüzü olarak değerlendirmiştir. Kararda, ayrıca, bu fiillerin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 50'nci maddesine (6098 Sayılı TBK m. 61) göre de müteselsil sorumluluk kapsamında olduğu belirtilmiştir. Dahası, Hukuk Genel Kurulu kararı, Özel Dairenin verdiği kararın gerekçesinden de davalının kendisine karşı dava açılmasıyla birlikte söz konusu içeriğin hukuka aykırılığından haberdar olduğu ve dava tarihinden sonra bu içeriği internet sitesinden kaldırmamakta kusurlu davranıldığı gerekçesiyle ayrılmıştır.

Sonuç olarak, kısaca özetlenecek olursa; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dava açıldığı tarihte yürürlükte olan 556 sayılı Marka KHK m. 61/e bendi hükmünde sayılan fiillerin tecavüz teşkil etmesi için kusurun şart olmadığını gözeterek; aracı hizmet sağlayıcının internet sitesinde üçüncü kişilerin marka hakkını ihlal eden içeriği yayınlamasını tecavüz fiili olarak değerlendirmiştir. Zira anılan hüküm bakımından, aracı hizmet sağlayıcının içerikten haberdar olup olmadığının bir önemi yoktur. Bu sebeple, tecavüzün varlığı halinde Marka KHK'ya göre kusur şartı aranmaksızın açılacak dava türleri bakımından (tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması davaları), aracı hizmet sağlayıcının sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Ancak, marka tecavüzüne dayalı tazminat davaları yönünden kusur şartı olduğundan; ihtar, aracı hizmet sağlayıcının kusurunun ne zaman gündeme geldiğini değerlendirirken dikkate alınmıştır. Burada da, dava açılmasının ihtar yerine geçtiğini göz önünde bulundurarak; aracı hizmet sağlayıcının dava açıldığı tarihten sonra, ihlalden haberdar olduğu için tazminat bakımından da sorumluluğu olduğu sonucuna varmıştır.

Elektronik Ticaret Kanunu m. 9 Düzenlemesinin Anlamı

E-Ticaret Kanunu m. 9/1 şöyle demektedir: "*Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmek, bu içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.*"

Bu bakımdan, madde hükmünden ve Komisyon Raporu'ndaki açıklamalardan² anlaşıldığı üzere, Elektronik Ticaret Kanunu m. 9, E-Ticaret Direktifi ve Dijital

² Komisyon Raporu'nda, aracı hizmet sağlayıcıların sağladığı platformlarda üçüncü kişilerin haklarına yönelik ihlallerin söz konusu olması durumuyla ilgili "...bu durumlarda haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişilerin meri mevzuat hükümlerine göre hareket edebilecekleri gerçeği de göz önüne alınarak aracı hizmet sağlayıcıların, içerikten doğrudan sorumlu tutulmaması ve uygulamada tereddütlerin yaşanmaması için..." ilgili düzenlemenin getirildiği belirtilmiştir.

Milenyum Telif Yasası'ndan farklı olarak, aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerindeki içerikten sorumlu olmalarının şartlarını düzenlememektedir. (TBMM, s. 25) Hüküm yalnızca, aracı hizmet sağlayıcıların, internet sitelerinde yer alan içeriği denetlemekle doğrudan yükümlü olmadıklarını ele almaktadır. Bu bakımdan, aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerindeki içerikten sorumluluğu, ilgili hukuk alanında somut olaya uygulanacak hükümler dikkate alınarak tespit edilmeye devam edilecektir. Bu nedenle, aşağıdaki bölümlerde, aracı hizmet sağlayıcıların yürürlükteki ilgili mevzuat hükümleri uyarınca sorumlulukları inceleme konusu yapılacaktır.

Yer Sağlayıcının Sorumluluğuna İlişkin İnternet Kanunu Düzenlemeleri

İnternet Kanunu m. 2/m'ye göre; yer sağlayıcı, "*hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri*" ifade etmektedir. E-Ticaret Kanununa göre, 'aracı hizmet sağlayıcısı' olarak tanımlanan kişiler, üçüncü kişilerce yürütülen ticari faaliyetler için sunulan içerikleri barındıran platformları hazırladıklarından; İnternet Kanunu kapsamında, yer sağlayıcı olarak değerlendirilmeleri mümkündür. (bkz. ABAD 2011, pr. 104)

İnternet Kanunu m. 5/1'de, E-Ticaret Kanunu m. 9'daki hükme paralel şekilde, "*Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir*" düzenlemesi benimsenmiştir. Bununla birlikte, Kanun m. 5/2'ye göre, yer sağlayıcılar, 8 ve 9. maddelere göre haberdar edilmeleri üzerine hukuka aykırı içeriği yayından çıkarmakla yükümlü hale gelirler. (Ayrıca bkz. FSEK Ek m. 4)

FSEK ve Sınai Mülkiyet Kanunu Düzenlemeleri

FSEK kapsamında, telif haklarını ihlal eder nitelikteki ürünlerin aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerinde satışa sunulmasının FSEK m. 23'te eser sahibinin mali hakları arasında düzenlenen 'yayma hakkı'nın ihlali olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışma konusu yapılabilir. FSEK m. 23'e göre, "*Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*" Bu hakkın ihlali halinde, eser sahibi tecavüzün men'i (m. 69) veya ref'i (m. 66) ve tazminat davası (m. 70) açma hakkı bulunmaktadır.

Bu davalardan, tecavüzün ref'i (durdurulması) ve men'i (önlenmesi) davaları için kusurun varlığı şart değildir (m. 66/3, m. 69/2). Bu yönüyle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2013/11-1138 K. 2014/16 sayılı Kararı'nda da belirtildiği üzere; eser sahibinin mali haklarını ihlal eder nitelikte bir ürünün aracı hizmet sağlayıcı vasıtasıyla satışa sunulması halinde, tecavüzün ref'i (durdurulması) ve men'i (önlenmesi) davaları açısından aracı hizmet sağlayıcıya husumet yönlendirilmesi gündeme gelebilir. Nitekim anılan kararda, Hukuk Genel Kurulu, bu davalar yönünden de tecavüzün durdurulması veya önlenmesi bakımından,

aracı hizmet sağlayıcıya husumet yönlendirilmesinde hukuki yarar bulunduğunu kabul etmiştir.

Eser sahibinin yayma hakkının ihlal edildiğinden bahisle tazminat sorumluluğu doğabilmesi için ise aracı hizmet sağlayıcının kusurunun ispatlanması gerekmektedir. Bu yönüyle, E-Ticaret Kanunu m. 9/1'in aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu yönünden bir karine öngördüğü tespit edilebilir; buna göre aracı hizmet sağlayıcılarının internet sitesinde kullanıcıların sunduğu içeriklerin hukuka aykırılığını denetleme yükümlülüğü yoktur. O halde, bu kişilerin tazminat yükümlülüğü, ancak telif haklarına aykırılık teşkil eden içerikten haberdar edilmeleri, yani E-Ticaret Kanunu m. 9/1'deki karinenin aksinin ispatlanması, halinde söz konusu olmalıdır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 29'da marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri ve m. 141'de patent veya faydalı model haklarına tecavüz sayılan fiilleri belirlemiştir. Bu hükümlere göre, marka, patent veya faydalı model haklarına tecavüz eden ürünleri, bu tecavüzü bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde "*satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak*" da tecavüz olarak kabul edilmiştir (m. 29/1-c, m. 141/1-b, c). Aracı hizmet sağlayıcının bu anlamda sorumluluğuna gidilmesi için; Kanun hükmü gereği ürünün üçüncü kişilerin sınai haklarını ihlal ettiğini "*bildiği veya bilmesi gerektiğinin*" ortaya konulması gerekmektedir. E-Ticaret Kanunu m. 9/1'in aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu yönünden öngördüğü karine, bu açıdan aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğuna gidilmesinin de önüne geçmektedir. Aracı hizmet sağlayıcılarına bu hükümler kapsamında (m. 29/1-c, m. 141/1-b, c) sorumluluk yüklenebilmesi için; E-Ticaret Kanunu m. 9/1'de öngörülen karinenin aksinin ispatlanması, yani aracı hizmet sağlayıcının durumdan haberdar edilmesi, gerekmektedir.

Kanunun 149'uncu maddesine göre, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, tespit, önleme, durdurma, tecavüzün kaldırılması ile tazminat, el koyma ve el koyulan ürün üzerinde mülkiyet hakkı tanınması davaları açabilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun m. 29/1-c ile m. 141/1-b ve c hükümlerine göre, aracı hizmet sağlayıcının fiilinin tecavüz oluşturabilmesi için kusur zorunlu olduğundan (zira, hükümde 'bildiği veya bilmesi gerektiği' denilmektedir); bu davaların tamamında aracı hizmet sağlayıcıya husumet yöneltilmesi için onun ihlalden haberdar edilmesi gerektiği genel olarak değerlendirilebilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2013/11-1138 K. 2014/16 sayılı Kararı'nda dava tarihinde yürürlükte olan Mülga 556 sayılı Marka KHK'nın 61/e hükmüne dayanıldığı düşünülecek olursa; aracı hizmet sağlayıcıya karşı artık bu hükme dayanılarak, dava yöneltilmeyeceği açıktır.

SONUÇ

Sonuç olarak; Türk hukukunda aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerindeki içerikten hukuken sorumlu tutulması için gerekli şartları ele alan yeknesak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine, aracı hizmet sağlayıcının internet sitesinde yer alan içerikten sorumluluğunun koşullarını belirlemek için, E-Ticaret Kanunu, İnternet Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu ve FSEK hükümlerini birlikte ele almak gerekmektedir.

Bu yönüyle; telif haklarını ihlal eden ürünlerin aracı hizmet sağlayıcılara ait platformlarda satışa sunulması halinde, FSEK m. 23 ile m. 66 vd. hükümleri bir arada değerlendirilecek olursa, yayma hakkına ilişkin tecavüzün men'i (önlenmesi) ve ref'i (durdurulması) davaları açısından kusur şartı aranmadığından Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E. 2013/11-1138 K. 2014/16 sayılı kararı uyarınca aracı hizmet sağlayıcıya husumet yöneltilmesi mümkün görünmektedir. Ancak tazminat istemi bakımından ise, E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen hüküm, aracı hizmet sağlayıcının internet sitesinde yayınlanan içerikten doğrudan sorumlu tutulmasının önüne geçmektedir (m. 9/1). Bu yönüyle, tazminat davalarında, E-Ticaret Kanunu m. 9/1 hüküm dikkate alınarak, aracı hizmet sağlayıcının durumdan haberdar edilmesi (ihtar çekilmesi), buna karşın içeriğin kaldırılmaması halinde FSEK'e dayanarak tazminat davası açılabilen değeri değerlendirilebilir.

Sınai haklar yönünden ise, aracı hizmet sağlayıcılar vasıtasıyla gerçekleştirilen satışlarda Sınai Mülkiyet Kanunu m. 29/1-c, m. 141/1-b, c hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden ve bu hükümlerde belirtilen fiillerin tecavüz sayılması için kusur şartı arandığından; aracı hizmet sağlayıcının bu hükümler uyarınca sorumluluğuna, kural olarak, gidilememesi gerekir. Ancak E-Ticaret Kanunu m. 9/1'de öngörülen hüküm gereği aracı hizmet sağlayıcının doğrudan sorumluluğuna gidilemeyeceğinden; aracı hizmet sağlayıcıya ihtarda bulunulduktan sonra, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun bu hükümleri uyarınca tecavüz sayılabilecek bir durumdan söz edilebilir. Bu durumda, ihtardan sonra kusurlu hale gelecek olan aracı hizmet sağlayıcıya karşı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 149'da sayılan davalar yöneltilenilecektir.

Bunun dışında, aracı hizmet sağlayıcılar aynı zamanda İnternet Kanunu anlamında 'yer sağlayıcı' kategorisine girdiklerinden; kendilerine hukuka aykırı içeriklere ilişkin olarak yapılan bildirimler üzerine içeriği yayından çıkarmakla yükümlü hale gelirler.

Dolayısıyla sonuç olarak, E-Ticaret Kanunu m. 9/1'de öngörülen düzenlemenin, aracı hizmet sağlayıcıların kusur gerektiren tecavüz fiilleri ve dava türleri bakımından doğrudan sorumlu tutulmasının önüne geçtiği; aracı hizmet sağlayıcıların internet sitelerinde yayınlanan içeriklerden sorumluluklarının somut uyumsuzluğunun koşulları dikkate alınarak yürürlükteki mevzuatın ilgili ihlal türlerine ilişkin hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

[1] TBMM, "Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu, Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporları" (1/488), Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 240, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf> internet sitesinden 05.10.2017 tarihinde erişilmiştir.

[2] DLA Piper, "6. Liability of online intermediaries", EU Study on the Legal Analysis of a Single Market for the Information Society: New Rules for a new age?, http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/document.cfm?doc_id=835 internet sitesinden 05.10.2017 tarihinde erişilmiştir.

[3] Avrupa Birliği Adalet Divanı Büyük Daire (ABAD), C- 324/09 sayılı ve 12/07/2011 tarihli L'oreal v. eBay kararı (ABAD 2011).

[4] Baistrocchi, Pablo, "Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce", Santa Clara High Technology Law Journal, 19 (1), Ocak 2003, <http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1315&context=chtlj> adresinden erişilmiştir.

[5] Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)", TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, ss. 51-104.

[6] Semiz, Özgür, "Elektronik Ticarette Fikri Hak İhlalleri ve Aracı Online Alış Veriş Sitelerinin Sorumluluklarının Sınırı Sorunu", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl: 7 Sayı: 26, 2011, ss. 269-280.

ÖZGEÇMİŞLER



Hacer Ülkü Doğan Kaya

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2014 yılında mezun olan Doğan Kaya, aynı üniversitede Ekonomi Hukuku alanında Yüksek Lisans yapmıştır. Mezuniyetinden bu yana çeşitli avukatların yayında ve bir patent şirketinde avukat olarak

çalışmalarda bulunmuştur. Halen Ankara Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Yüksek Lisans programında öğrenim görmeye devam eden yazar, aynı zamanda Kılıç Hukuk Bürosu'nda avukatlık yapmaktadır.



Gizem Turan

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2009 yılında mezun olan Turan, mezuniyetinden sonra İnşaat Sözleşmeleri Hukuku, Borçlar ve Ticaret Hukuku alanlarında eğitim almıştır. Yazar, mezuniyetinden bu yana, halihazırda Kılıç Hukuk

Bürosunda olmak üzere, yerli ve yabancı şirketlere dava ve danışmanlık hizmetleri vermektedir.