



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 08.12.2023
Revizyon Talebi: 07.05.2024
Son Revizyon Tarihi: 29.07.2024
Kabul: 26.08.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu

Ahunur AÇIKGÖZ¹, Murat GÜREL^{2*}

Öz

Bilgi ve içerik paylaşımının gerçekleştirildiği internetin kullanım alanlarının genişlemesi ve internete erişilebilirliğin artmasının sonucu olarak fikrî ve sınai hakların internet aracılığıyla ihlal edilmesinin yol açtığı hukuki sorunlar güncelliğini korumaya devam etmektedir. Bu sorunlardan birisi de yer sağlayıcı sıfatına sahip olan dijital platformların ihlalden sorumlu olup olmayacağıdır. Özellikle; internetin henüz gelişim aşamasında olduğu dönemde faaliyetleri sınırlı olabilecek yer sağlayıcıların aksine, ihlale konu içeriğin internette yer alması bakımından dijital platformların günümüzdeki faaliyetlerinin çok daha etkin olması karşısında bu sorun daha da önem kazanmaktadır. Bu çalışmada da dijital platformların fikrî ve sınai hak ihlallerinden kaynaklanan sorumluluğu, platformun müteceviz ya da mütecevizin fiiline yardım eden sıfatına sahip olmasına göre incelenmiştir. Anılan inceleme yapılırken konuya ilişkin hükümlerin mehzazı olan Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından da yararlanılmıştır. Çalışmada özellikle dijital platformun yardım eden sıfatıyla sorumluluğu ele alınırken Elektronik Ticaret Kanunu m 9'da, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin dijital platformların mevcut durumdaki hukuki sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği tartışılacaktır. Bu çerçevede, anılan değişikliğin, Türk hukukunda dijital platformların yardım eden sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilirken parçalı bir inceleme yapılmasını zorunlu kılmasına ve bu parçalı incelemenin yol açtığı tutarsızlıklara da değinilecektir. Çalışmada ayrıca söz konusu tutarsızlıkların giderilmesi ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatlarıyla uyum sağlanmasına yönelik olarak birtakım önerilere de yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Platform, Yer Sağlayıcı, Aracı Hizmet Sağlayıcı, Fikrî ve Sınai Haklar, Hukuki Sorumluluk, Elektronik Ticaret, Uyar-Kaldır

Legal Liability of Digital Platforms for Infringements on Intellectual and Industrial Property Rights from Third Parties' Content

Abstract

Legal challenges resulting from violations of intellectual and industrial property rights on the internet continue to preserve its actuality due to increased internet usage and enhanced Internet accessibility. One of these challenges is whether digital platforms serving as host providers are liable for content provider infringements. This issue is particularly crucial considering the increasingly integral role that digital platforms are playing in relation to online digital content, as opposed to their limited activities. In this study, the liability of digital platforms arising from intellectual and industrial right infringements is examined according to the legal qualification of the platform as an infringer or accessory. Legislation of the European Union and the Court of Justice of the European Union's jurisprudence, which serve as the basis for the related regulations in Turkish law, are also considered. In the study we discuss particularly how the current liabilities of digital platforms as accessories (secondary liability) would be affected by the recent Act No. 7416, amending Electronic Commerce Act No. 6563. We also discuss the unjustifiable necessity of the fragmented analysis resulting from the

* **Sorumlu Yazar:** Ahunur Açıkgoz (Araş. Gör.), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikrî Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: anacikgoz@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-8301-7072

** Murat Gürel (Doç. Dr.), Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gurelm@ankara.edu.tr ORCID: 0000-0002-4671-9374

Atf: Acikgoz A, Gurel M, "Başkasına Ait İçerikteki Fikrî ve Sınai Hak İhlalleri Nedeniyle Dijital Platformların Hukuki Sorumluluğu" (2024). *Istanbul Hukuk Mecmuası* 693. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2024.82.3.0005>



amendments and the inconsistencies brought about by the fragmented provisions. Additionally, we offer some suggestions to eliminate these inconsistencies and align Turkish law with EU law.

Keywords

Digital Platform, Hosting Provider, Intermediary Service Provider, Intellectual and Industrial Rights, Legal Liability, Electronic Commerce, Notice and Takedown

Extended Summary

Digital platforms allow third parties share content and offer goods and services to internet users. If the shared content is illegal, content providers are liable for these infringements provided that the related act is not considered an exception under the law. It can also be considered that digital platforms are liable for these infringements because the infringement was caused by content providers' usage of their infrastructure. However, the answer to the question of whether digital platforms are liable for content providers' activities is not simple.

The liability of digital platforms for third parties' infringing acts should be examined in two ways. First, the digital platform's liability as an infringer (direct/primary liability) and second, as an accessory (indirect/secondary liability).

Regarding the platform's liability as an infringer, digital platforms shall not be considered as infringers who perform the infringing act as long as they are not the content providers. However, the line between being a content provider or not is not always clear. For trademark infringements, the CJEU does not consider platforms as "users" of trademarks. However, for intellectual property infringements, the CJEU discussed whether these platforms' acts constitute communication to the public and thus violate the rights of intellectual property owners. In its case law, the CJEU widened the scope of the right to communication to the public and accepted that platforms may also be considered infringers under certain conditions. Nevertheless, some scholars have criticised the Court for considering subjective criteria for infringements of intellectual and industrial rights. But we have to emphasise that the Court's main concern in this approach is its will to harmonise Member States' laws on that matter. Therefore, we believe that the CJEU's approach should not be directly transferred to Turkish law because Turkey is not a member state.

Not accepting the platforms as infringers does not mean that they are not liable for infringing material. Because they provide technical means to third parties' infringing acts, they may be liable for their actions. However, the legal nature of this liability should be the so-called secondary liability. According to Turkish law, in order to liable as an accessory, the accessor should be acted in fault. When determining whether the host provider has committed an error, the provisions of Turkish Internet legislation should be considered.

In terms of providing technical means, digital platforms are already qualified as host providers. According to Article 5/1 of Act No. 5651, host providers have no general obligation to monitor or control the information they store or transmit. Despite the different assessments of the Turkish Court of Cassation and the doctrine, this provision should not be viewed as a liability exemption but as a standard for determining the host provider's fault.

Additionally, according to Article 6 of Regulation 2022/2065 (Digital Services Act-DSA) of the EU, the so-called safe harbour provision, host providers shall not be liable for the information they store or transmit under the conditions prescribed in Article 6/1/a-b. The CJEU applies this rule only to passive providers on the basis of its purpose. Until Act No. 7416s amendments to Electronic Commerce Act No. 6563 there have not been any safe harbour provisions for host providers have been established in Turkish law.

According to Article 9/1 of the E-Commerce Act, which entered into force on 01.01.2023, intermediary service providers shall not be liable for the content offered by the service (content) providers. This rule applies only to “intermediary service providers” which have a more limited scope than host providers. Intermediary service providers are a subset of host providers. Moreover, Articles 9/2 and 3, the exemptions of the safe harbour, are only envisaged for “electronic commerce intermediary service providers” which also has more limited scope than host and intermediary service providers. These fragmented provisions make it difficult to assess the liability of digital platforms because the liability of host providers, intermediary service providers, and e-commerce intermediary service providers is regulated in a different way, which is sometimes contradictory. However, there is no justifiable basis for a different treatment for the liability of host providers. For intellectual and industrial rights violations, there is no different treatment in EU law, and Turkey's legislation should follow this path.

In addition, the liability exemption for host providers should not be understood in absolute terms. This exemption should be based on the rationale of the rule. In particular, a balance should be struck between the interests of internet users, rightsholders, and host providers. Therefore, considering the CJEU's decisions, the host provider's liability in terms of offering.

I. Dijital Platformlar ve Dijital Platformların Hukuki Niteliği

A. Dijital Platformlar

Mevzuatımızda dijital platformun tanımına rastlanmamakta olup tespit edebildiğimiz kadarıyla bu ifadeye yer de verilmemiştir. Bununla beraber sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması ve elektronik ticaretin gelişmesiyle beraber “dijital platform” ifadesi de gündelik dile hemen hemen yerleşmiştir.

Çalışmamızda dijital platform ifadesi internet kullanıcılarının platform kullanım koşullarına uygun olarak içerik paylaşabilmesine ve/veya mal ya da hizmet sunabilmesine imkân veren platformları ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu çerçevede çalışmaya konu dijital platformlar en az üç adet süjenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bunlar; dijital platform işleticisi, dijital platform aracılığıyla içerik paylaşan ve/veya mal ya da hizmet sunan kişiler ve bu içeriklere ya da mal veya hizmetlere muhatap olan internet kullanıcılarıdır.

Bazı durumlarda platform işleticisi ile platform aracılığıyla içerik paylaşan ve/veya mal ya da hizmet sunanlar aynı kişi olabilese de platformun dijital platform olarak nitelendirilebilmesi için sunulan hizmet kapsamında bu iki süjenin ayrı kişiler olabilme ihtimalinin olması da zorunludur. O halde, dijital platformlar tarafından sunulması zorunlu iki hizmet olduğu söylenebilir. Bu hizmetlerden ilki internet kullanıcılarının başkası tarafından sunulan içeriklere veya mal veya hizmetlere ulaşmasını sağlamak, ikincisi ise internet kullanıcılarının da ayrıca platform aracılığıyla içerik paylaşabilmesine ya da mal veya hizmet sunabilmesine imkân vermektir.

Youtube, Instagram, eBay, Amazon, Trendyol, hepsiburada, yemeksepeti, Facebook gibi platformlar çalışma kapsamına giren dijital platformlara örnek olarak verilebilir.

B. Mevzuat Çerçevesinde Dijital Platformların Hukuki Olarak Nitelendirilmesi

1. Mevzuatta Yer Alan İlgili Kavramların Tespiti

Toplumun internet ağından faydalanabilmesi için birtakım teknik altyapının sağlanması zorunludur. Bu teknik altyapı sayesinde toplumun internete erişim sağlamasından, içeriklerin araştırılması, üretilmesi ve paylaşılmasına kadar uzanan, internet kullanımı ile ilgili her türlü fiilin gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmektedir. İnterneti bir bilgisayar ekranı olarak düşünürsek bu ekranın bir tarafında kullanıcı yer almakta iken diğer tarafında ise internete konu edilebilecek her türlü

fiilin gerçekleştirilmesini teknik anlamda mümkün hale getiren *görünmez* araçlar yer almaktadır.

Mevzuatımızda kullanıcıların ve araçların internet ağındaki rolleri bakımından nasıl nitelendirileceği ve hangi hükümlere tâbi olacağı temel olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da¹ (5651 sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Anılan Kanun'da “içerik sağlayıcı”, “erişim sağlayıcı” ve “yer sağlayıcı” olmak üzere üç ayrı internet sükjesinin düzenlendiği görölmektedir. Bu sükjelerin yanı sıra 2020 yılında 7253 sayılı Kanun² ile yapılan değişlikle beraber mevzuata ayrıca “sosyal aę sağlayıcı” kavramı girmiştir.

İnternet sükjelerine ilişkin temel sınıflandırmayı içeren ve bu sükjelerin açıkça tanımlandığı 5651 sayılı Kanun'un yanı sıra mevzuatta Türk Ticaret Kanunu³ m 58/4'te “hizmet sağlayıcı”, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁴ Ek madde 4/3'te⁵ ise “servis sağlayıcı” terimlerine de yer verilmiştir. Ancak ilgili kanunlarda ne “hizmet sağlayıcı” ne de “servis sağlayıcı” kavramı tanımlanmıştır. Bu kavramların içerik sağlayıcı dışında yer sağlayıcıyı veya erişim sağlayıcıyı ifade edebileceğini söylemek mümkündür.

Somut olayın özelliğine göre internet sükjelerinin konu olabileceği bir diğer nitelendirme ise Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da⁶ (E-Ticaret Kanunu) bulunmaktadır. Anılan Kanun'da “hizmet sağlayıcı” ve “aracı hizmet sağlayıcı” kavramları yer almakta olup bu kavramlara 7416 sayılı Kanun⁷ ile 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere⁸ “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” ve “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” kavramları eklenmiştir.

Dijital platformların yukarıda anılan kavramlardan hangisinin kapsamına girdiği platformun tâbi olacağı hükümlerin tespiti açısından önem taşımaktadır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, dijital platformların “erişim sağlayıcı” olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Nitekim, 5651 sayılı Kanun m 2/1-e'ye göre erişim sağlayıcı, *kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü*

¹ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5651, Kabul Tarihi: 04.05.2007, RG 23.05.2007/26530.

² İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7253, Kabul Tarihi: 29.07.2020, RG 31.07.2020/31202.

³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası:6102, Kabul Tarihi: 14.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

⁴ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kanun Numarası: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG 13.12.1951/7981.

⁵ Ek madde 4/3'ün son hali şu kanun ile öngörülmüştür: Çeşitli Kanunlarda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 5101, Kabul Tarihi: 03.03.2004, RG 12.03.2004/25400.

⁶ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6563, Kabul Tarihi: 23.10.2014, RG 05.11.2014/29166.

⁷ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişlik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7416, Kabul Tarihi: 01.07.2022, RG 07.07.2022/31889.

⁸ 7416 sayılı Kanun m 12/c.

gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Tanıma göre, erişim sağlayıcılar esas itibarıyla kullanıcıların internete ulaşmasına imkân veren altyapıyı sağlayanlardır.⁹ Örneğin, Türk Telekom veya Turkcell gibi. Bu çerçevede bu bölümde dijital platformlar, aşağıda görüleceği gibi sorumluluk hukuku açısından özel düzenlemeler içermesi nedeniyle, yer sağlayıcı ve içerik sağlayıcı olarak 5651 sayılı Kanun kapsamında ve anılan kavramların alt türlerine ilişkin özel düzenlemeler içeren E-Ticaret Kanunu kapsamında ele alınacaktır.

2. Yer Sağlayıcı Olarak Dijital Platformlar

a. Yer Sağlayıcı

5651 sayılı Kanun m 2/1-m’ye göre yer sağlayıcılar, *hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerdir*. Tanımda da yer aldığı üzere yer sağlayıcılık faaliyetinin temelinde barındırma (*hosting*) hizmeti yer almaktadır.¹⁰ Yer sağlayıcılar, bir anlamda kendi sunucularını¹¹ internet kullanıcıları veya içerik sağlayıcılara “kiralayarak” bu süljelerin internete içerik yükleyebilecekleri, başka bir deyişle içerikleri “barındırabilecekleri” alanları temin etmektedirler.¹²

İnternetin gelişimi dikkate alındığında yer sağlayıcıları dar anlamda ve geniş anlamda yer sağlayıcılar olarak sınıflandırabilmek mümkündür. Belli bir ücret karşılığında, sağladığı sunucu vasıtasıyla kişiye kendi internet sitesini kurma ve kendi içeriklerini paylaşma imkanı veren yer sağlayıcılar dar ve geleneksel anlamda yer sağlayıcılara örnek olarak gösterilebilirler.¹³ Geniş anlamda yer sağlayıcılar ise kullanıcıları sağladığı geniş kapsamlı çevrim-içi hizmetin bir parçası olarak ayrıca üçüncü kişilere ait içerikleri barındırma hizmeti de veren yer sağlayıcılardır.¹⁴ İşte geniş anlamda yer sağlayıcılık faaliyeti çerçevesinde, dijital platformlar, üçüncü kişilere ait içerikleri barındırdıkları durumlarda yer sağlayıcı olarak nitelendirileceklerdir.

E-Ticaret Kanunu’nda yer sağlayıcının özel iki türüne yer verilmiştir. Bunlar; aracı hizmet sağlayıcı ve 01.01.2023 tarihinden itibaren elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıdır.

⁹ Sefer Oğuz, ‘Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları’ (2008) 12(1-2) GÜHFD 149.

¹⁰ Kavrama ilişkin detaylı bilgi için bkz Ümit Gezder, *İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (Beta 2017) 114 vd.

¹¹ İnternete yüklenen her bir verinin manyetik bir ortamda depolanması gerekmekte olup bu depolama işlemini gerçekleştiren bilgisayarlara sunucu adı verilmektedir. Bkz Veysel Başpınar ve Doğan Kocabay, *İnternette Fikri Hakların Korunması* (Yetkin 2007) 75.

¹² Mikko Välimäki, ‘Liability of Online Intermediary for Copyright Infringement’ (Thesis for the Faculty of Law Helsinki 1999) 12, < <https://core.ac.uk/download/pdf/14917033.pdf>> erişim tarihi: 03.12.2022.

¹³ Beatrice Martinet Farano, ‘Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches’ (2012) TTLF Working Papers No 14, 67 <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹⁴ ibid.

b. Aracı Hizmet Sağlayıcı

E-Ticaret Kanunu m 2/1-d’ye göre, aracı hizmet sağlayıcıları (AHS) “başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri” ifade etmektedir. Tanım uyarınca AHS’nin her şeyden önce bir elektronik ticaret ortamı sunması zorunludur. Elektronik ticaret ortamının tanımı ise 7416 sayılı Kanun m 2 ile yapılan değişiklikle E-Ticaret Kanunu’na m 2/1-ğ bendi olarak eklenmiştir. Buna göre elektronik ticaret ortamı, “elektronik ticaret faaliyetinde bulunulan internet sitesi, mobil site veya mobil uygulama gibi platformlar” olarak tanımlanmıştır. Elektronik ticaret ise m 2/1-a’ya göre “fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyet”tir. Görüldüğü üzere elektronik ticaretin tanımı oldukça geniş bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu çerçevede, internet ağında ekonomik bir menfaat elde etmeye elverişli her türlü faaliyet E-Ticaret Kanunu bakımından elektronik ticaret olarak kabul edilmelidir. Örneğin, internet ağında mal veya hizmet satışı elektronik ticaret olarak nitelendirileceği gibi ürettikleri içerikler vasıtasıyla reklam alan ya da bir mal veya hizmetin tanıtılması için içerik üreten ve böylece reklam geliri elde eden kişilerin faaliyetleri de elektronik ticaret olarak değerlendirilmelidir.¹⁵ İşte kullanıcılarına bu faaliyetlerin yapılması için gerekli ortamı sağlayarak aracılık eden platformlar AHS olarak nitelendirilecektir.

AHS’ler Elektronik Ticaretin Düzenlemesi Hakkında Kanun Tasarısı’nın ilk hâlinde yer almamakta olup, Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu tarafından kurulan Alt Komisyon tarafından şu gerekçelerle Tasarı metnine eklenmiştir:

“Mevcut ve yeni geliştirilen elektronik ticaret uygulamalarında ve iş modellerinde yer alan en önemli aktörlerinden olan, elektronik ticaret pazaryeri olarak da faaliyet gösteren aracı hizmet sağlayıcılar; satıcı ve tüketici arasında gerekli iletişimi, satıcıların ürün ve hizmetlerini sergileyebilmesini ve elektronik ticarete en önemli unsur olan güven ilişkisinin oluşması için gerekli araçları sağladığından «aracı hizmet sağlayıcı» tanımının d) bendi olarak metne”¹⁶ eklenmiştir.

Görüldüğü üzere aslında Gereğe göre dijital platformlar E-Ticaret Kanunu’nun ilk halinde aracı hizmet sağlayıcıları olarak kanun kapsamına alınmıştı. Öte yandan 7416 sayılı Kanun değişikliği ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tanımlanarak, dijital platformlar tekrar düzenlenmiştir.

¹⁵ AB hukukunda da elektronik ticaret hizmetinin bu şekilde anlaşıldığı hakkında bkz Dominik Lubasz ve Monika Namysłowska, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020) Art 5, para 14.

¹⁶ 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), TBMM Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, S Sayısı: 240, 24. (<<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf>> erişim tarihi: 14.11.2022).

c. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar (ETAHS) E-Ticaret Kanunu'na 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren m 2/1-f ile tanımlanmıştır. Tanıma göre “*elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcıyı*” ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere ETAHS, AHS'nin özel bir türünü oluşturmaktadır. Buna göre, ETAHS'nin kapsamı yalnızca mal veya hizmetlerin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlama ile sınırlandırılmıştır. Ancak yine ETAHS olarak nitelendirilebilmek için bu imkânın “elektronik ticaret pazar yerinde” verilmiş olması gerekir. Elektronik ticaret pazar yeri ise 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe giren E-Ticaret Kanunu m 2/1-h'ye göre, “*Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmetlerini sunduğu elektronik ticaret ortamını*” ifade etmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kanun değişikliği öncesinde de AHS'leri, ETAHS'leri kapsayacak şekilde anlamak mümkündür. Kanun değişikliğiyle beraber artık AHS'ler ile ETAHS'ler arasında bir farklılık yaratılmıştır. Bu farklılığın yerindeligi aşağıda incelenecektir.

d. Değerlendirme

Günümüzde dijitalleşmenin ortaya çıkardığı yeni iş imkanları ve dijital platformların sunduğu teknik imkanlar sayesinde bu platformların, internet kullanıcıları tarafından iktisadi ve ticari amaçlarla çeşitli şekillerde kullanıldığı görülmektedir. Bu durum, dijital platformların hangi durumlarda hangi şekilde nitelendirileceğinin tespiti için bazı açıklamaların yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

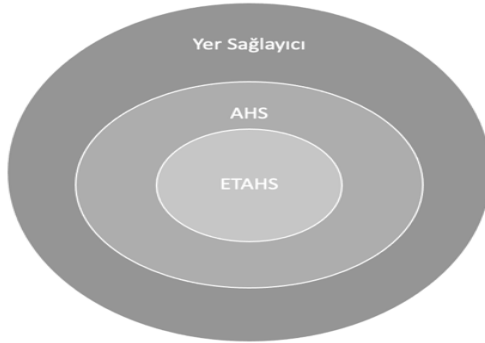
Her şeyden önce belirtmek gerekir ki dijital platformlar başkasına ait içerikler bakımından her durumda yer sağlayıcı sıfatına sahip olacaklardır. Nitekim yer sağlayıcı, 5651 sayılı Kanun'da üst bir kavram olarak düzenlenmiştir. Öte yandan AHS veya ETAHS sayılabilmek için E-Ticaret Kanunu'nda aranan ilave şartları sağlamak gerekir. Bu itibarla her AHS ve ETAHS'nin aynı zamanda yer sağlayıcı olduğu söylenebilecekken¹⁷ her yer sağlayıcının AHS veya ETAHS olduğu söylenemeyecektir. Örneğin, kullanıcının iktisadi ve ticari faaliyette bulunmadan Instagram'da içerik paylaştığı ya da X (Twitter)'te tweet attığı durumlarda dijital platform yalnızca yer sağlayıcı sıfatını haiz olacaktır.

Yine yukarıda belirtildiği gibi her ETAHS aynı zamanda AHS olarak nitelendirilebilecekken her AHS'nin ETAHS olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Dijital platform, kullanıcısının iktisadi ve ticari faaliyette bulunmasına imkân sağlamakta ancak aracılık hizmetini sunduğu platformda sözleşme yapılmasına

¹⁷ AHS'nin yer sağlayıcı olduğu konusunda bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022) 49.

veya sipariş verilmesine imkan sağlamamakta ise ETAHS olmayan bir AHS'nin varlığından söz edilecektir. Örneğin, dijital platform aracılığıyla kullanıcının başkalarına ait mal veya hizmetleri yalnızca tanıttığı ve bu şekilde gelir elde ettiği durumlarda ETAHS olmayan bir AHS'nin varlığından söz edilecektir. Youtube veya Instagram gibi mecralarda bu gibi örneklerle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu durumda yer sağlayıcı olan dijital platform, kullanıcının üçüncü kişiye ait mal ve hizmetleri için reklam faaliyeti gerçekleştirmesine imkân sağladığı için AHS olarak nitelendirilecektir. Ancak sözleşme yapılmasına veya sipariş verilmesi için ortam sağlamadığından AHS'nin ayrıca ETAHS olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Peki, reklam faaliyeti gerçekleştiren kullanıcının, takipçilerine ayrıca ilgili mal veya hizmete ilişkin siparişin verilebileceği bir link sunduğu durumlarda platform ETAHS olarak nitelendirilebilecek midir? Kanaatimizce bu sorunun da olumsuz yanıtlanması gerekmektedir. Nitekim bu durumda AHS kendi aracılık hizmetini sunduğu elektronik ticaret pazar yerinde sözleşme yapılması veya sipariş verilmesine imkân sağlamamakta yalnızca ilgili kişinin başkasına ait elektronik ticaret pazar yerine yönlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Sözleşme yapma veya sipariş verilmesine imkân sağlama, bu gibi halleri de kapsayacak şekilde geniş olarak yorumlanmamalı ve ETAHS'nin kendi aracılık hizmetini sunduğu ortamda bu imkânı sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmelidir. Kendi aracılık hizmetini sunduğu elektronik ticaret pazar yerinde sözleşme yapılması veya sipariş verilmesine ortam sağlaması nedeniyle ETAHS olarak nitelendirilecek dijital platformlara ise Amazon, Trendyol, eBay, hepsiburada vs örnek verilebilir.

Yukarıda anılan üç kavramın birbiri ile ilişkisi şu şema ile ortaya konulabilir:



Şekil 1. Yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS ilişkisi

Aşağıda görüleceği üzere, dijital platformun sorumluluğunu etkileyebilecek hükümler yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS bakımından parçalı bir şekilde düzenlendiğinden, platformun somut olayda hangi sıfatı haiz olduğunun tespit edilmesi oldukça önem taşımaktadır.

3. İçerik Sağlayıcı Olarak Dijital Platformlar

5651 sayılı Kanun'a göre, içerik sağlayıcı "*internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*" ifade etmektedir.¹⁸ Tanım uyarınca, veriyi internet ortamına koyan kişi içerik sağlayıcıdır.¹⁹ Buna göre, esas olarak dijital platform vasıtasıyla içerik paylaşan internet kullanıcılarının içerik sağlayıcı olarak nitelendirileceği açıktır. Bununla beraber, yukarıda da ifade edildiği gibi bazı durumlarda dijital platformun kendisinin de içerik paylaşması veya kendi platformu aracılığıyla mal veya hizmet sunabilmesi de mümkündür. Örneğin, Youtube'da Youtube tarafından içeriğin paylaşılması halinde böyle bir durum söz konusudur. İşte bu gibi hallerde, dijital platform aynı zamanda içerik sağlayıcı olarak değerlendirilecektir.

E-Ticaret Kanunu'nda, tıpkı yer sağlayıcı kavramında olduğu gibi, içerik sağlayıcının özel iki türüne yer verilmiştir. Bunlar hizmet sağlayıcı (HS) ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcıdır (ETHS). E-Ticaret Kanunu m 2/1-ç'ye göre hizmet sağlayıcı, *elektronik ticaret faaliyetinde bulunan kişi*, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı ise, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenen m 2/1-g'ye göre *elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan* hizmet sağlayıcıdır. Dolayısıyla dijital platform kendisi bir elektronik ticaret faaliyetinde bulunuyorsa HS veya ETHS olarak nitelendirilecektir. Örneğin, Youtube kendisi üçüncü kişilere ait mal veya hizmetler bakımından bir reklam faaliyetinde bulunuyorsa²⁰ HS olarak ya da aynı zamanda ETAHS olan Amazon kendi elektronik ticaret pazar yeri veya başka bir ETAHS'ye ait pazar yerinde mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapıyor ya da sipariş alıyorsa ETHS olarak nitelendirilecektir.

Dijital platformun yer sağlayıcı olduğu durumların aksine içerik sağlayıcı olduğu durumlarda bu süjenin²¹ fikrî ve sınai hak ihlallerinden sorumlulukları farklı hükümlere tâbi değildir. Bu nedenle dijital platformun "başkasına ait içerikten" sorumluluğunun incelendiği çalışmamız açısından bu sınıflandırmanın özel bir önemi olmadığı söylenebilir. Yine de belirtmek gerekir ki; yer sağlayıcı, AHS ve ETAHS arasındaki ilişki aynı şekilde içerik sağlayıcı, HS veya ETHS arasında da vardır. Her HS ve ETHS içerik sağlayıcıyken, her içerik sağlayıcı HS veya ETHS olarak nitelendirilemez. Yine Her ETHS aynı zamanda HS olarak nitelendirilebilecekken her HS, ETHS olamaz.

¹⁸ Kavrama ilişkin detaylı bilgi için bkz Gezder (n 10) 26 vd.

¹⁹ Oğuz (n 9) 154; Mustafa Ateş 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 68.

²⁰ Reklam yapmanın, elektronik ticaret faaliyet niteliğinde olduğuna daha önce değinilmişti.

²¹ HS olmayan içerik sağlayıcı, ETHS olmayan HS olan içerik sağlayıcı ve ETHS olan içerik sağlayıcı.

II. Dijital Platformların Fikrî veya Sınai Hak İhlali Oluşturan Başkasına Ait İçerikten Müteceviz Olarak Sorumluluğu (Mümkün Müdür?)

A. Mütecevizin/Asli Failin Esasen İçerik Sağlayıcı Olduğu

Mevzuatımızda fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar²² FSEK'te, sınai haklar ise büyük ölçüde Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)'da²³ düzenlenmiştir.²⁴ Anılan kanunlar ile hak sahibine birtakım tekeli yetkiler verilmiş ve bu tekeli yetkilerin belli şekillerde hak sahibinin rızası olmaksızın kullanılması hakka tecavüz olarak nitelendirilerek yasaklanmıştır. Kanun'da sayılan bir fiili gerçekleştiren kişinin "müteceviz" olarak nitelendirilmesi birkaç istisna dışında²⁵ tamamen objektif bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Başka bir anlatımla, kanunda tanımlanan fiilin ilgili kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması bu kişinin ilgili fiilin tecavüz olduğunu bilip bilmediği gibi sübjektif koşullardan bağımsız olarak "müteceviz" sıfatıyla nitelendirilebilmesi için yeterlidir.²⁶ Bu çerçevede her ne kadar fikrî ve sınai haklara tecavüz, esasında Türk Borçlar Kanunu (TBK)²⁷ anlamında haksız bir fiil olsa da hakkın ihlal edilmiş olması için failin kusurlu olması aranmaz.²⁸ Ancak kusurundan bağımsız olarak Kanun'da sayılan fiilleri gerçekleştiren kişi müteceviz olarak nitelendirilebilse de bu kişiye karşı tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi, kusur şartının gerçekleşmesine bağlıdır.²⁹

Dijital platform vasıtasıyla fikrî veya sınai hak tecavüzüne konu fiili hak sahibinin rızası olmaksızın gerçekleştiren içerik sağlayıcının müteceviz/asli fail sıfatına sahip olacağı açıktır (5651 sayılı Kanun m 4/1³⁰). Örneğin; dijital bir platformda bir eserin fiziksel nüshalarının hak sahibinin rızası olmaksızın satışa çıkarılması halinde

²² Bu çalışmada fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar fikrî haklar olarak anılacaktır.

²³ Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

²⁴ SMK'da düzenlenen sınai haklar dışında kalan ticaret unvanı TTK'da, işlahçı hakları 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunmasına İlişkin Kanun (RG 15.01.2004/25347) ile, entegre devre topoğrafyaları ise 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun (RG 30.04.2004/25448) ile düzenlenmiştir.

²⁵ Örneğin bkz SMK m 29/1-c, SMK m 86, SMK m 141/1-c.

²⁶ Ansgar Ohly, 'Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before CJEU' (2022) 17(7) JIPLP 2022 575, 576; Yusufoğlu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 502. Öztan ise şu ifadelerle yer vermiştir: "Ortada hukuka aykırı bir tecavüzün bulunup bulunmadığı, esas itibarıyla eser sahibinin haklarıyla ilgili münferit maddelere bakılarak tespit edilir." Bkz Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 620'den naklen. Yine eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüzün olduğu her halde, failin kusuru aranmaksızın önleme ve kaldırma davalarının açılacağı ve bu davalarda davalı sıfatının mütecevize ait olacağı konusunda bkz Ünal Tekinalp, *Fikrî Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat 2012) 311-327. Yine kusurun sadece tazminat talebi için aranacağı hakkında bkz Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikrî Haklar* (7. Baskı, Turhan 2021) 394-402.

²⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

²⁸ Fikrî haklar bakımından bkz İlhami Güneş, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2015) 149.

²⁹ Fikrî haklar bakımından mali haklara tecavüz halinde kusur şartı tazminat talepleri bakımından FSEK m 70/2'de açıkça aranmıştır. Ancak SMK kapsamında kalan haklar bakımından tazminat taleplerini düzenleyen SMK m 150'de kusur şartı açıkça aranmamıştır. Bununla beraber Gerekçe'de "Tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir" ifadeleri yer almaktadır. Bkz Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısı (1/699) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 1, Sıra Sayısı: 341, m 150 Gerekçesi.

³⁰ İçerik sağlayıcı internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

bu nüshaları satışa çıkararak yayma hakkını (FSEK m 23) ihlal eden kişi, içerik sağlayıcıdır. Yine, Kanun'da aranan diğer şartların varlığı halinde, hak sahibinin izni olmaksızın sahte ürünlerin dijital bir platformda tescilli bir markanın aynısı ya da benzeri bir ad altında satışa sunulması halinde, SMK m 7 anlamında markayı ticaret alanında kullanan kişi içerik sağlayıcıdır. Benzer şekilde, hak sahibinin rızası olmaksızın, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim sağlayabilecekleri şekilde, dijital bir platformda paylaşarak eseri umuma ileten (FSEK m 25/2) kişi yine içerik sağlayıcıdır.

B. Dijital Platformun Müteceviz Sifatının İncelendiği Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları

Dijital platformun, başkasına ait bir içeriği barındırdığı durumlarda fikrî veya sınai hakka tecavüz olarak tanımlanan fiiller nedeniyle içerik sağlayıcıyla beraber tecavüz eden olarak sorumlu tutulabilip tutulamayacağı marka hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ABAD'ın bazı kararlarına konu olmuştur.

Türk fikrî ve sınai haklar mevzuatı büyük ölçüde AB düzenlemelerini mehz olarak aldığı için [markaya tecavüz bakımından 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi³¹ ve 2017/1001 sayılı AB Markası Tüzüğü;³² umuma iletim hakkı (FSEK m 25/2) ise 2001/29 sayılı Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Yönergesi³³], AB hukukunun yeknesak şekilde uygulanmasını temin eden ABAD kararlarının burada kısaca anılmasında fayda vardır.

1. Markayı “Kullanma” Bakımından

Başkasına ait içerik nedeniyle dijital platformun markayı kullanıp kullanmadığına ilişkin ABAD'ın temel olarak üç kararı bulunmaktadır. Bunlar 2010 tarihli “Google France ve Google”³⁴ kararı, 2011 tarihli “L’Oréal ve diğerleri”³⁵ kararı ve 2022 tarihli “Amazon ve Louboutin”³⁶ kararıdır.

Google France ve Google kararına konu uyuşmazlıklarda marka sahiplerinin markası üçüncü kişiler tarafından Google'ın sunduğu AdWords hizmeti aracılığıyla anahtar kelime olarak seçilmiştir. Google'ın sunduğu AdWords hizmeti sayesinde

³¹ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2015] OJ L336/1.

³² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark [2017] OJ L154/1.

³³ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society [2001] OJ L167/10.

³⁴ Joined cases C-236/08 to C-238/08, *Google France and Google* [2010] ECR I-2417 ECLI:EU:C:2010:159.

³⁵ C-324/09 *L’Oréal and others* [2011] ECR I-6011 ECLI:EU:C:2011:474.

³⁶ Joined cases C-148/21 and C-184/21, *Christian Louboutin v Amazon Europe Core Sàrl and others* [2022] ECLI:EU:C:2022:1016.

anahtar kelime olarak seçilen ilgili tescilli markalar Google arama motoruna yazıldığında üzerinde markanın kullanıldığı taklit ürünlerin reklamları listenin en üst kısmında veya ekranın sağ tarafında kullanıcılara sergilenmektedir. Uyuşmazlıklar bakımından ABAD’a yöneltilen sorulardan birisi de, sunduğu anahtar kelime hizmeti ile, kullanıcıları marka sahibinin markasını taklit eden ürünlerin satışa sunulduğu internet sitelerine yönlendiren Google’ın, markayı kullanıp kullanmadığıdır.³⁷

Divan öncelikle, ihlal niteliği taşıyan “işaretin ticaret alanında kullanımını” değerlendirirken,³⁸ Google’ın, sunduğu hizmet çerçevesinde kendisine ekonomik bir avantaj sağlayacak şekilde ticari bir faaliyet yürüttüğünü belirtmiştir. Ancak Divana göre, Google’ın, marka sahibinin markasını anahtar kelime olarak kullanarak reklam verilmesine imkan verirken ticari bir faaliyet yürütmesi markayı kendisinin kullandığını göstermemektedir.³⁹ Markayı kendi ticari faaliyeti için kullanan kişiler, marka sahibinin markası ile aynı veya benzer bir anahtar kelimeyi seçerek reklam verenlerdir.⁴⁰ ABAD’a göre, markanın kullanılması için gerekli teknik şartların oluşturulması ve bu hizmet için ayrıca bir ücret elde edilmesi, ilgili hizmeti sunanın kendisinin markayı kullandığı anlamına gelmez. Google da kendisi bu markaları kullanmaksızın yalnızca ilgili markaların aynısı veya benzerinin müşterileri tarafından kullanılmasına imkân vermektedir.⁴¹ Dolayısıyla Google “markayı kullanan kişi” başka bir deyişle, müteceviz olarak kabul edilemez.

“L’Oréal ve diğerleri” kararında ise yukarıda anılan duruma ek olarak, üzerinde marka sahibine ait markanın yer aldığı ürünlerin hak sahibinin rızası olmaksızın eBay platformu üzerinden üçüncü kişilerce satışa sunulduğu hallerde, bu sunum ile ilişkilendirilerek markaya internet sitesinde yer verilmesi durumu incelenmiştir. Bu çerçevede, ABAD’a, markanın çevrimiçi pazar yeri işleticisinin internet sitesinde satışa sunulması hâlinde, çevrimiçi pazar yerinin markayı kullanıp kullanmadığı sorusu yöneltilmiştir.⁴² Divan, anılan durumda ilgili markanın, işleticinin internet sitesinde kullanıldığı konusunda bir şüphe olmadığını kabul etmektedir. Bununla beraber, üçüncü bir kişinin, müşterilerinin ekonomik faaliyetlerini gerçekleştirirken (örneğin, satış teklifinde bulunma gibi) markayı kendi internet sitesinde sergilemesine imkan vermesi, bu kişinin markayı tecavüz oluşturacak şekilde kullandığı anlamına gelmez.⁴³ Sonuç olarak, Divana göre, çevrimiçi pazar yerinde sergilenen satış tekliflerinde markanın aynısının ya da benzerinin kullanımı, çevrimiçi pazar yeri işleticisi tarafından değil, ilgili internet sitesinin müşterileri olan satıcılar tarafından gerçekleştirilmektedir.

³⁷ Google France ve Google, para 32-37-41.

³⁸ Markaya tecavüzün söz konusu olması için işaretin ticaret alanında kullanılması gerekir: Marka Yönergesi, m 10/2, AB Markası Tüzüğü m 9/2, SMK m 7/3.

³⁹ Google France ve Google, para 50-51.

⁴⁰ Google France ve Google, para 52.

⁴¹ Google France ve Google, para 55-57.

⁴² L’Oréal ve diğerleri, para 50.

⁴³ L’Oréal ve diğerleri, para 102.

ABAD'ın dijital platformun platform üzerinde üçüncü kişiler tarafından hak sahibinin rızası olmaksızın markanın kullanılması eyleminden sorumlu olup olmayacağını değerlendirdiği son kararı ise 2022 tarihli Amazon ve Louboutin kararıdır. L'Oréal ve diğerleri kararında olduğu gibi Amazon ve Louboutin kararında da hak sahibinin rızası olmaksızın markanın kullanıldığı ürünler Amazon platformu üzerinden üçüncü bir kişi tarafından satışa sunulmakta ve bu satışla bağlantılı olarak platform üzerinde verilen reklamlarda markayı içeren ürünlerin görsellerine yer verilmektedir. Esasında uyumsuzluk L'Oréal ve diğerleri kararına konu uyumsuzlukla son derece benzer olsa da Divan'a yöneltilen soru Amazon'a ait platformun önceki karardaki platformdan farklı bir iş yöntemine sahip olmasından hareketle formüle edilmiş ve Divan da bu farklılıktan hareketle birtakım değerlendirmelerde bulunmuştur. Amazon eBay platformundan farklı olarak hibrit bir iş yöntemine sahiptir. Buna göre, platform üzerinden üçüncü kişilerin satışa sunduğu ürünlerin yanı sıra bizzat platform işleticisi Amazon'un satışa sunduğu ürünler de sergilenmekte ve her iki kategori bakımından da Amazon depolama, teslimat vb. hizmetleri de ayrıca sunmaktadır⁴⁴. Bu çerçevede Divan'a yöneltilen soru, üçüncü kişiler tarafından satışa sunulan ürünlerin yanı sıra platformun kendisinin de satış hizmetinde bulunduğu ve her iki satışa ilişkin reklamların platform üzerinde bir arada yer aldığı durumlarda hak sahibinin izni olmadan markanın kullanıldığı ürünlerin platform kullanıcısı tarafından satışa sunulması halinde platformun da markayı kullanmış sayılıp sayılmayacağıdır⁴⁵. Diğer kararlarından farklı olarak ABAD "işaretin ticaret alanında kullanımını" değerlendirirken makul derecede bilgilendirilmiş ve makul derecede bilgili ve dikkatli internet kullanıcısı nezdinde ihlal oluşturan satışa ilişkin reklamın, platformun kendi ticari iletişiminin bir parçası olarak algılanması halinde platformun markayı kullanmış sayılacağını belirtmiştir⁴⁶. Özellikle Amazon gibi, platformun bizatihi kendisinin de satış eylemini gerçekleştirdiği hibrit iş yöntemlerinde eğer makul derecede bilgilendirilmiş ve makul derecede bilgili ve dikkatli platform kullanıcısı markayı taşıyan ürünlerin bizatihi platform tarafından satışa sunulduğu izlenimini edinmekteyse marka bizatihi platformun kendi ticaret alanında kullanılmış kabul edilmelidir⁴⁷.

2. Umuma İletim Eylemi Bakımından

ABAD'ın dijital platformların sorumluluğu çerçevesinde umuma iletim eylemini incelediği kararlara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, AB hukukunda eser sahiplerine tanınan umuma iletim hakkına yönelik iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, hakkın içeriğini belirleyen 2001/29 sayılı Yönerge m 3/1 ve

⁴⁴ Amazon ve Louboutin, para 13.

⁴⁵ Amazon ve Louboutin, para 23.

⁴⁶ Amazon ve Louboutin, para 48.

⁴⁷ Amazon ve Louboutin, para 54.

belirli şartların varlığı halinde özellikle dijital platformların⁴⁸ umuma iletim hakkı ihlalinden doğrudan müteceviz olarak sorumluluğuna gidilmesine imkan veren 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Hakkında Yönergesi⁴⁹ m 17'dir. Aşağıda daha detaylı olarak görüleceği üzere 2019/790 sayılı Yönerge ile esasen ABAD'ın ilgili Yönerge yürürlüğe girmeden önce 2001/29 sayılı Yönerge çerçevesinde dijital platformları umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutmaya yönelik içtihadı hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla, aşağıda ABAD'ın 2019/790 sayılı Yönerge yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararlara yer verilecektir. Bu kararların incelenmesi hem dijital platformun doğrudan müteceviz olarak sorumluluğuna ilişkin bir hükmün yer almadığı Türk hukuku için yol gösterici olabilir hem de ilgili kararlar çerçevesinde 2019/790 sayılı Direktif m 17'nin içeriği somutlaştırılabilir.

ABAD, umuma iletimin varlığı için temel olarak umum ve iletim eylemini aramaktadır.⁵⁰ Bu kriterlerin yanı sıra Divan, umuma iletim eylemini gerçekleştirdiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmayan kişinin eylemini kolaylaştıran, umuma iletimin gerçekleşmesi için gerekli teknik şartları sağlayan, eserin umuma iletimine aracılık eden kişinin de umuma iletimden sorumlu olup olmadığını değerlendirirken birtakım ek kriterlere başvurmaktadır.

ABAD'a göre ilgili kişinin umuma iletimden sorumlu olabilmesi için, yalnızca gerekli teknik şartları sağlamanın dışında, bu kişinin kendi müdahalesinin sonuçlarının tamamen bilincinde olarak eserin yeni bir kitleye iletilmesine aracılık etmesi gerekir.⁵¹ Yeni umum, eserin, ilk iletimde hak sahibi ya da yetkili kişi tarafından dikkate alınmayan yeni bir kesimin istifadesine sunulması anlamına gelmektedir.⁵² Kişinin, bilincinde olması gereken müdahalesinin sonucu ise söz konusu aracılık faaliyeti olmasaydı toplumun ilgili kesiminin eserden istifade etmesinin mümkün olamamasıdır. Örneğin, bir otelin odalarında kurulu televizyon setleri aracılığıyla yayın kuruluşu tarafından yayınlanan müzik eserlerinin kişilerin istifadesine sunulması durumunda otel kendi müdahalesinin tamamen bilincinde olarak eserleri müşterilerinin dinlemesini sağlamaktadır. Otelin sağladığı bu teknik şartlar olmasaydı ilgili toplum kesimi eserden istifade edemeyecekti.⁵³ Yine, bir multimedya oynatıcısına, filmlerin yer aldığı internet sitelerine yönlendiren linkler önceden yüklenerek, oynatıcının satışa sunulması durumunda da böyle bir durum

⁴⁸ Hükmün kapsamındaki dijital platformlar için bkz aşağıda dn 98.

⁴⁹ Directive 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, [2019] OJ L130/92.

⁵⁰ ABAD'ın uyguladığı ilgili kriterler hakkında detaylı bilgi için bkz Ahunur Açıköz, 'Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi' (2022) 24(4) HBVÜHFD 217, 238 vd.

⁵¹ C-306/05 *SGAE* [2006] ECR I-11519 ECLI:EU:C:2006:764, para 42; C-403/08 and 428/08 *Football Association Premier League and others* [2011] ECR 2011 I-9083 ECLI:EU:C:2011:631; C-135/10, *SCF* ECLI:EU:C:2012:140, para 95-96.

⁵² Detaylı olarak bkz Açıköz (n 50) 240-241.

⁵³ *SGAE*, para 42.

söz konusudur. İlgili internet sitelerinde sahibinin rızası olmaksızın yer alan filmler bakımından multimedya oynatıcısına önceden linklerin yüklenmesi sayesinde alıcılar başka türlü ulaşamayacakları eserlerden istifade edebilmektedirler.⁵⁴ Dolayısıyla kişinin, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar olarak multimedya oynatıcısına hak sahibinin izni olmadan umuma iletilen eserlerin yer aldığı linkleri önceden yükleyerek oynatıcıyı satışa sunması ve alıcıların ilgili eserleri kendi ekranlarından seyretmesine imkan sağlaması umuma iletim eylemidir.

ABAD'ın dijital platformlar ile doğrudan bağlantılı bir diğer kararı ise C-610/15 sayılı *The Pirate Bay* (TPB) kararıdır.⁵⁵ TPB, kullanıcılar tarafından oluşturulan ve eseri *peer to peer* yöntemiyle indirme imkânı veren *torrent* dosyalarının kendi platformuna yüklenmesini sağlamaktadır. Diğer kullanıcılar bu dosyalarda yer alan veriler sayesinde kendi bilgisayarlarında kurulu *BitTorrent Client* yazılımını kullanarak ilgili dosyaları indirebilmektedirler. TPB yalnızca *BitTorrent Client*'da kullanılacak verileri kullanıcılara sunmakta ayrıca aranan dosyaların bulunabilmesi için de bir arama motoru işletmektedir. Bu arama motoru faaliyeti kapsamında TPB *torrent* dosyalarını türüne, popüleritesine vs göre de sınıflandırmaktadır.⁵⁶

TPB'yi kullanarak *torrent* dosyalarını ilgili platforma yükleyen kullanıcıların umuma iletim eylemini gerçekleştirdiği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Divan, TPB'nin umuma iletim eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği bakımından ise yine platformun kendi davranışının sonuçlarının tamamen bilincinde olup olmadığını araştırmıştır. ABAD'a göre TPB, kendi platformu üzerinde eserin *peer-to-peer* yöntemi ile paylaşılmasına imkan veren *torrent* dosyalarını bulundurarak, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar bir şekilde, eserlere erişim sağlanmasına aracılık etmektedir.⁵⁷ TPB böyle bir platformu işletmeseydi dosyalar kullanıcılar arasında paylaşılacak ya da en azından paylaşılması daha güç olacaktı. Divan, TPB'nin kendi davranışının sonuçlarının tamamen bilincinde olduğu sonucuna ulaşırken, TPB'nin kendi platformu üzerinde, telif hakları ile korunan eserleri kullanıcıların erişimine açma yönündeki amacını ortaya koymasını ve kullanıcıları bu eserleri çoğaltmaya teşvik etmesini⁵⁸ de dikkate almıştır.⁵⁹

ABAD'ın dijital platformların umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulabilip tutulamayacağına ilişkin yakın tarihli son kararı ise Youtube

⁵⁴ C-527/15, *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems* ECLI:EU:C:2017:300, para 69.

⁵⁵ C-610/15, *Stichting Brein v Ziggo BV* ECLI:EU:C:2017:456.

⁵⁶ TPB, para 9-13.

⁵⁷ TPB, para 26-34.

⁵⁸ Halihazırda TPB'nin internet sitesinde şu ifadeler yer verilmektedir: "Pirate Bay'in arkasındaki temel düşünce telif kanunlarını atlatarak kişilerin diledikleri içeriklere ücretsiz bir şekilde erişebilmesini sağlamaktır. Tek bir torrent dosyası milyonlarca kullanıcı tarafından indirilebilir." Bkz <<https://thepirate-bay.org/en/>>, erişim tarihi: 15.10.2022.

⁵⁹ TPB, para 45.

ve Cyando kararıdır.⁶⁰ Kararda, esasen benzer soruların sorulduğu iki farklı dava (Youtube aleyhine olan dava ve Cyando aleyhine olan dava) birleştirilmiştir. Kararda belirli içeriklerin umuma iletilmesi bakımından Youtube platformu ve Cyando tarafından idare edilen Uploaded platformunun sorumluluğu tartışılmıştır. Her iki platform da üçüncü kişilerin içerik paylaşmasına imkân veren ve içerik paylaşma sürecinin platform tarafından otomatik bir şekilde yürütüldüğü internet siteleridir. Hem Youtube hem de Uploaded, içeriğin seçilmesine ve oluşturulmasına müdahale etmemekte, yükleme öncesinde içeriği kontrol etmemekte ve kullanıcılarını platform aracılığıyla telif hakkı ihlali gerçekleştirmeme konusunda bilgilendirmektedir.⁶¹

Youtube, üçüncü kişilerin hakkını ihlal eden paylaşımların engellenmesi amacıyla platformu üzerinde birçok tedbir uygulamakta, içerik sağlayıcıları bu konuda uyarmakta ve ihlal teşkil eden bir içeriği fark etmesi halinde hak sahibine bu konuda bilgi vererek ihlali sona erdirmesi veya reklam gelirlerini elde etmesi gibi çeşitli seçenekler sunmaktadır.⁶² Uploaded ise Cyando tarafından işletilen dosya barındırma ve paylaşım platformudur. Kullanıcılar diledikleri dosyayı ilgili platforma yükleyebilmekte ve bu yükleme sonucunda platform tarafından otomatik bir şekilde kullanıcıya ilgili dosyanın Uploaded üzerinden indirilebileceği bir link sunulmaktadır. Dosyalar ve indirilebilir linkler Uploaded’da depolanmakla beraber Uploaded kullanıcıların platform üzerindeki içerikleri araştırabilecekleri bir arama hizmeti vermemektedir. Uploaded’da yer alan dosyalara erişim yalnızca kullanıcıya sunulan linkler vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Bununla beraber, kullanıcılar bu linkleri başka platformlarda, bloglarda veya “link koleksiyonlarında” paylaşabilmektedirler. Platformda yer alan dosyaların indirilmesi ücretsizdir. Ancak kullanıcılar ücret karşılığında Uploaded’da yer alan dosyaları daha hızlı bir şekilde indirebilmektedirler.⁶³ ABAD’a göre, Cyando platformun hukuka aykırı amaçlarla kullanılması konusunda kullanıcıları ciddi bir şekilde teşvik etmektedir. Şöyle ki; Cyando, platforma dosya yükleyen kullanıcılarına dosyanın indirilme sayısına göre belli bir ücret vermektedir. Ne kadar fazla indirme gerçekleşirse kullanıcı o kadar fazla ücret elde etmektedir.⁶⁴ Eser niteliği taşıyan ve bu nedenle de başka bir platformda ücret karşılığında erişilebilecek dosyalara Uploaded sayesinde ücretsiz bir şekilde erişilebileceğinden, bu nitelikteki dosyaların platformda indirilme sayısının fazla olacağı düşünüldüğünde, kullanıcılar eser niteliği taşıyan dosyaları yükleme konusunda ücret aracılığıyla teşvik edilmektedirler. Buna ek olarak, indirme linklerinin dosyaya doğrudan erişim sağlaması, kullanıcıların bu dosyaları, özellikle link koleksiyonları aracılığıyla, internette paylaşmasını da kolaylaştırmaktadır.

⁶⁰ Joined cases C-682/18 and C-683/18 *YouTube and Cyando* ECLI:EU:C:2021:503.

⁶¹ Youtube ve Cyando, para 92-97.

⁶² ibid para 30.

⁶³ ibid, para 41-45.

⁶⁴ ibid, para 52.

Ayrıca platformun anonim bir şekilde kullanılabilmesi de telif ihlalleri nedeniyle kullanıcıların hukuki taleplere maruz kalma ihtimalini de azaltmaktadır.⁶⁵

Fikrî hak ihlali oluşturan içeriklerin platforma kullanıcılar tarafından yüklendiği ve diğer internet kullanıcılarının içeriğe erişim sağlayabilip sağlayamayacağına karar veren kişilerin de platform kullanıcıları olduğu açıktır. Dolayısıyla bu kişiler kendi davranışlarının sonuçlarından sorumlu olup mütecevizdir.⁶⁶ Youtube ve Uploaded'ın müteceviz olarak sorumluluğu bakımından ise ABAD yine bu iki platformun eserin umuma iletilmesindeki aracılık faaliyetlerinin iletim eylemi bakımından vazgeçilmez olup olmadığını başka bir deyişle, söz konusu aracılık faaliyeti olmasaydı toplumun ilgili kesiminin esere erişim sağlayabilip sağlayamayacağını değerlendirmiştir. Bu açıdan her iki platformun da bu nitelikte bir aracılık faaliyeti yürüttüğü açıktır.⁶⁷ Ancak, bu aracılık faaliyetinin umuma iletim eylemine yol açabilmesi için aracılık faaliyeti yürüten kişinin müdahalesinin kasıtlı olması gerekir. Bunun için ise platformun, kendi davranışının sonuçlarından tamamen haberdar olması gerekmekte olup somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.⁶⁸

Her şeyden önce ABAD'a göre, işleticinin kendi platformu aracılığıyla eserlerin hukuka aykırı bir şekilde umuma iletilebileceğine ilişkin genel bir bilgiye/kanaate sahip olması kullanıcıların içeriğe erişim sağlaması konusunda kasıtlı bir müdahalesi olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Bununla beraber, eğer platform içeriğin hukuka aykırılığı konusunda bilgilendirilmiş buna rağmen içeriğe erişimi engellemek amacıyla gecikmeksizin harekete geçmemişse artık platformun internet kullanıcılarına içeriğe erişim imkânı verme amacıyla hareket etmediği söylenemeyecektir.⁶⁹

Yine, işleticinin, kendi platformu aracılığıyla eserlerin hukuka aykırı olarak erişimine imkan verileceğini bilmesi veya bilmesi gerekmesine rağmen, aynı durumda makul ve basiretli bir işleticiden ihlallerin engellenmesi amacıyla alması beklenebilecek uygun teknolojik önlemleri almaktan kaçınmış olması veya hukuka aykırı olarak umuma iletilen içeriğin seçimine katılması, özellikle hukuka aykırı içeriklerin paylaşımını kolaylaştıran araçları sağlaması ya da bilerek bu paylaşımları desteklemesi de platformun müdahalesinin kasıtlı olduğunu gösterecektir.⁷⁰ Özellikle, platform, hukuka uygun kullanımların yanında ağırlıklı olarak eserlerin hukuka aykırı olarak umuma iletilmesi için kullanılmaktaysa makul ve basiretli bir işleticiden ihlallerin engellenmesi amacıyla alması beklenebilecek uygun teknolojik önlemlerin alınmamış olması, platformun müdahalesinin kasıtlı olduğu sonucuna ulaşılması

⁶⁵ ibid, para 52.

⁶⁶ ibid, para 71-72.

⁶⁷ ibid, para 77.

⁶⁸ ibid, para 80-84.

⁶⁹ ibid, para 85.

⁷⁰ ibid, para 84.

bakımından önem arz edecektir.⁷¹ İşleticinin uyguladığı finansal kullanıcıların platform aracılığıyla bu tür paylaşımları gerçekleştirmesini teşvik etmesinden platformun müdahalesinin kasıtlı olduğu çıkarılabilir.⁷²

Yukarıda açıklanan, platformun müdahalesinin kasıtlı olduğunu gösterebilecek hallerde, platform işleticisi, platformun üçüncü kişilerce kullanılmasına imkan verme eylemini aşacak şekilde, toplumun içeriğe erişebilmesine katkı sağladığından umuma iletim eyleminden sorumlu tutulabilecektir.⁷³ Bu haller bakımından ABAD somut olay temelinde Youtube tarafından alınan teknolojik önlemlere dikkat çekmiş,⁷⁴ Cyando bakımından ise esere yalnızca kullanıcıya gönderilen indirme linki vasıtasıyla erişim sağlanabileceğini vurgulamıştır. İlgili linkleri üçüncü kişilerle paylaşan kişiler Uploaded'a içeriği yükleyen kişilerdir. Uploaded, bu linkin ve dolayısıyla da eserin diğer internet kullanıcıları ile paylaşılmasına imkân vermemekte, kendi platformunda içeriklerin hukuka aykırı paylaşımlarını kolaylaştırmak için gerekli araçları sağlamamakta ve bu paylaşımları da desteklememektedir. Bununla beraber Cyando'nun teknolojik bir önlem almamış olması ve uyguladığı finansal yöntem nedeniyle kullanıcıları ihlal teşkil eden içerikleri paylaşmaya teşvik ediyor olması somut olayda ayrıca dikkate alınması gereken hususlardır.⁷⁵

Bu tespitlerde bulunan ABAD, Youtube ve Cyando'nun umuma iletim eylemini gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda verilecek nihai kararı ulusal mahkemeye bırakmıştır.⁷⁶

C. Değerlendirme

ABAD kararlarına yansıdığı üzere, özellikle internet kullanımına elverişli haklar olması sebebiyle, yer sağlayıcının müteceviz olarak sorumluluğuna ilişkin uyuşmazlıkların marka hakkı ve umuma iletim hakkı bakımından ortaya çıktığı görülmektedir. Zira, marka hukuku bakımından “kullanımın” gerçekleştiği yerin dijital platform işleticisinin internet sitesi olması ve markanın ve markanın üzerinde kullanıldığı ürünlerin bu sitede sergilenmesi, kullanım fiilinin dijital platforma atfedilebilir olup olmadığının tartışılmasını gerektirebilir. Umuma iletim eylemi bakımından ise bu “atfedilebilirliğin” daha güçlü olduğu söylenebilir. Nitekim

⁷¹ ibid, para 100.

⁷² ibid, para 101.

⁷³ ibid, para 102.

⁷⁴ ibid, para 92-96.

⁷⁵ ibid para 98-101.

⁷⁶ Alman Federal Mahkemesi Cyando'nun, fikrî hak ihlalinin önlenmesi için yeterli önlemleri almadığı ve hatta kullanıcıları ihlale teşvik ettiği için umuma iletim eylemini gerçekleştirdiğini kabul etmiştir, bkz BGH NJW 2022, 2994, Rn 31 vd, 36. Youtube'un sorumluluğu bakımından ise, Alman Federal Mahkemesi, platformun aldığı önlemlerin ihlâl gerçekleştikten sonra işlevsiz olduğunu, kullanıcılara ihlali bildirme imkânı verilmesinin tek başına fikrî hakların ihlâlini önlemekle yetersiz olacağını kabul etmiş, YouTube Audio ID ve YouTube Video ID programlarının fikrî hakların ihlali ile mücadelede etkin olup olmadığının istinaf mahkemesince incelenmesi gerektiğini belirtmiştir, bkz BGH NJW 2022, 2980 vd, Rn 88.

markanın kullanımının aksine eserin içerik sağlayıcı tarafından internette umuma iletilmesi için dijital platformun sağladığı teknik imkanların varlığı her halükarda zorunludur. Bu açıdan, içerik sağlayıcı ile platformun kullanıcıların eserden istifade edebilmesi için iş birliği yaptığı düşünülebilir.⁷⁷

ABAD kararlarının değerlendirilmesine geçmeden önce, anılan kararlarda incelenen ihtimaller dışında dijital platformların fikri ve sınai haklara tecavüz eden olup olamayacağı incelenebilir.

Her şeyden önce fikir ve sanat eserinin internete yüklenerek umuma iletilmesi aynı zamanda eserin, yer sağlayıcının sunucusunda depolanması dolayısıyla da çoğaltılması anlamına gelmektedir.⁷⁸ Yine umuma iletim gibi çoğaltmanın da internette gerçekleştirilmesi halinde teknik yönü sebebiyle bu eylemin de dijital platforma atfedilebileceği söylenebilir. Dolayısıyla da umuma iletim eylemi bakımından yapılan değerlendirmeler aynı şekilde çoğaltma eylemi bakımından da geçerli olacaktır.⁷⁹

Tasarım, patent gibi ürün korumasının söz konusu olduğu sınai haklar bakımından ise temel olarak tecavüz oluşturan üretim fiilinin (SMK m 81/1-a, SMK m 141/1-b-c) dijital platforma “atfedilebilirliği” söz konusu olamaz. Bununla beraber üretim sonucu elde edilen ürünün dijital platform üzerinde üçüncü kişiler tarafından satışa çıkarılması halinde dijital platformun ilgili düzenlemeler çerçevesinde “satışa sunan”, “piyasaya süren” gibi sıfatlara sahip olup olmayacağı düşünülebilir (SMK m 81/1-a, m 141/1-a). Benzer şekilde fikir ve sanat eseri sahibinin yayma hakkı bakımından da eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarını satışa çıkaran başka bir deyişle, yayma hakkını kullanan kişinin içerik sağlayıcıyla beraber dijital platform olup olmadığı sorulabilir (FSEK m 23).

Dijital platformun tecavüz fiilinin gerçekleştirilmesi için gerekli teknik şartları sağlaması bu platformun müteceviz, Kanun’da sayılan eylemleri bizatihi gerçekleştiren kişi olarak kabul edilmesine yol açmayacaktır. Dijital platformlar, platformda yer alacak içerikleri seçmemekte ve hangi içeriklerin platformda yer alacağı konusunda bir kontrol imkanına sahip bulunmamaktadır.⁸⁰ ABAD Coty kararında, yalnızca eylem üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak bir kontrol imkanına

⁷⁷ Ohly, Red Soles (n 26) 580.

⁷⁸ Abdullah Çelik: *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarını İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011) 104.

⁷⁹ Burada ifade edilen çoğaltmaların kalıcı çoğaltmalar olduğu vurgulanmalıdır. Zira internette gerçekleştirilen geçici çoğaltmalar içerik sağlayıcı tarafından değil bizatihi internetin teknik altyapısını sunan kişiler tarafından gerçekleştirilmektedir. İlgili çoğaltmalar için bkz. Tekin Memiş, *Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, (Seçkin 2002) 113 vd; Pablo Baistrocchi, ‘Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce’ (2003) 19(1) SCHTLJ 111, 119-120. Bu tür geçici çoğaltmaların hak sahibinin belirli şartlarda çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği açıkça 2001/29 sayılı Yönerge m 5’te açıkça düzenlenmiştir. Hukukumuzda anılan çoğaltmaların TBK m 63’te düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilebileceği hakkında bkz. Pelin Karaaslan, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması’ (2022) 8(1) TFM 29 vd.

⁸⁰ Vălimăki (n 12) 13.

sahip olan kişinin, marka ihlali oluşturan kullanımı durdurabilecek ve marka hukuku tarafından öngörülen markayı kullanma yasağına uyabilecek kişi olacağını kabul etmiştir.⁸¹ Burada ABAD’ın vurguladığı kontrol imkanının eylemi gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusundaki kontrol olduğu söylenebilir. Yoksa elbette, platform tarafından gerçekleştirilen birtakım denetimler ve bu denetimler sonucunda içeriğin platformdan kaldırılması gibi platforma teknik bir kontrol imkânı vermektedir. Ancak, otomatik olarak gerçekleştirilen bu sınırlı kontrol, platformun, tecavüz fiilinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi konusunda bir kontrol imkanına sahip olduğunu göstermemektedir. Platformda yer alacak içeriği seçen ve içeriği platforma yükleyip yüklememe konusunda tam bir kontrol imkanına sahip olan kişi içerik sağlayıcıdır.⁸²

Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü üzere, dijital platformun tecavüz eyleminin gerçekleştirilmesindeki rolü, yalnızca teknik şartların sağlanması ile sınırlı kalmayabilir. Örneğin, platform ayrıca kullanıcılarını hukuka aykırı içeriklere erişimi kolaylaştıran bir arama motoru sunabilir ya da içerik sağlayıcıları ücretlendirme gibi yöntemlerle özellikle hukuka aykırı içeriklerin paylaşılmasını teşvik edebilir. Anılan durumlarda da içerik üzerinde tam bir kontrol yetkisine sahip kişi yine içerik sağlayıcıdır. Dijital platformun kanunda anılan eylemleri gerçekleştiren kişi olarak nitelendirilmesi ancak platformun içerik sağlayıcılar tarafından sunulan içerikleri editoryal anlamda seçtiği durumlarda söz konusu olabilir.⁸³ Zira otomatik ve teknik bir seçim olmadığı sürece içeriklerin seçilerek platformda sunulması içerik sağlayıcı yanında ayrıca dijital platforma içeriği yükleyip yüklememe (tecavüz olarak kabul edilen fiili gerçekleştirip gerçekleştirilmeme) konusunda tam bir kontrol imkânı verecektir. Bu durum dışında platform esas olarak, içerik sağlayıcının eylemini gerçekleştirmesi için gerekli araçları ve teknik altyapıyı sunan ve eyleme müdahalesinin seviyesine göre tecavüz eyleminin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran kişidir.⁸⁴

Yukarıdaki açıklamalarla paralel olarak ABAD’ın marka hakkı bakımından Amazon ve Louboutin kararına kadar istikrarlı bir şekilde yer sağlayıcının markayı kullanan kişi olmadığına karar verdiği görülmektedir. Esasında, önceki kararlara konu uyuşmazlıklarla Amazon ve Louboutin kararına konu uyuşmazlığın benzer

⁸¹ C-567/18 *Coty Germany* ECLI:EU:C:2020:267, para 38.

⁸² Vâlimâki (n 12) 13.

⁸³ Aşağıda ilgili hükümleri detaylı olarak incelenecek olan 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetler İçin Tek Pazar Hakkında Tüzük, Dibace 18’in lafzı incelendiğinde içeriğin, sağlayıcının “editoryal sorumluluğu altında geliştirdiği durumlar” içeriğin sağlayıcı tarafından sunulduğu durumlara dahil edilmiştir. Editoryal sorumluluk ise 2010/13 sayılı Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) [2010] OJ L95/1 m 1(c)’de tanımlanmıştır. Buna göre editoryal sorumluluk, hizmet kapsamında sunulacak yayınların seçiminde etkili bir kontrol uygulanması anlamına gelmektedir.

⁸⁴ Joined cases C-682/18 and C-683/18 *YouTube and Cyando*, Opinion of AG Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2020:586 [Youtube ve Cyando Hukuk Sözçüsü (HS) Görüşü olarak anılacaktır]. Yine yer sağlayıcının marka hukuku bakımından mütecevaz olamayacağı konusunda bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, ‘Fikrî Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması’ in *Fikrî Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 505.

olması sebebiyle Divan'ın üçüncü kişilerin içerikleri bakımından yer sağlayıcıların markayı kullanmış kabul edilmeyeceğine ilişkin içtihadında bir değişiklik beklenmemekteydi⁸⁵. Gerçekten de önceki uyumsuzluklarla paralel olarak temelde platform kullanıcısı kullanım eylemi üzerinde tam bir kontrol imkanına sahipken Amazon yalnızca bu eylemin gerçekleştirilmesi için platform kullanıcılarına teknik imkan sunmuştur. Yalnızca teknik imkan sunulması platform kullanıcısının aksine kullanım eylemi üzerinde tam bir kontrol elde edilmesi anlamına gelmediği sürece bu teknik imkanın somutlaştırıldığı farklı yöntemlerin (Amazon örneğinde hibrit olma) yer sağlayıcının müteceviz olarak sorumluluğunu etkilememesi gerektiği kanaatindeyiz⁸⁶. Öte yandan, objektif kriterlere göre belirlenmesi gereken “markanın kullanılması” eyleminin, platform kullanıcısının algısından hareketle sübjektif bir kritere göre belirlenmesi de eleştiriye oldukça açık bir durumdur⁸⁷. Muhatap kitlenin algısı gibi sübjektif kriterler ilgili kişi tarafından kullanımın gerçekleştirildiği konusunda herhangi bir şüphenin bulunmadığı durumlarda bu kullanımın kanuna göre markaya tecavüz niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi aşamasında devreye girmelidir.

Umuma iletim hakkı bakımından ise Divan, umuma iletim eylemine bilinçli bir şekilde müdahil olması halinde yer sağlayıcıyı da müteceviz olarak kabul etmektedir. ABAD'ın, dijital platformun umuma ileten sıfatına sahip olması için müdahalesinin kasıtlı olup olmadığını araması gibi birtakım ek kriterlere başvurusu eleştirilmiştir.⁸⁸ Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, kanunda tanımlanan tecavüz fiilinden asli fail olarak sorumluluk, fiili gerçekleştiren kişinin kusurundan bağımsız olarak yalnızca eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, “kişinin kusuru olmasaydı tecavüz fiilini gerçekleştirmiş olmazdı” önermesi doğru bir önerme olmayacaktır. Oysa ABAD, tecavüz fiilinin yer sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmiş olmasını yer sağlayıcının kusuruna bağımlı kılarken dolaylı olarak yer sağlayıcının kusuru olmasaydı “umuma ileten” olarak sorumlu olmazdı sonucuna ulaşmaktadır.

Özellikle umuma iletim hakkı bakımından ABAD'ın kusuru olan yer sağlayıcının müteceviz olduğu sonucuna ulaşmasının sebeplerinden biri de *secondary liability*

⁸⁵ Uyuşmazlığın ABAD'ın içtihatlarını değiştirmeye yol açmayacağı hakkında bkz Eleonora Rosati, ‘The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and Primary Liability Under EU Trade Mark Law’ (2022) 44(7) European Intellectual Property Review 435, 435-440; Ohly, Red Soles (n 26) 581 vd.

⁸⁶ Ancak platformun sunduğu teknik imkanın, başka bir deyişle platformun iş yönteminin aşağıda görüleceği üzere yer sağlayıcının katılan sıfatıyla sorumluluğu, aktif bir davranışta bulunup bulunmadığı ve özen yükümlülüğünün derecesinin belirlenmesi üzerinde etkileri olabilir. Bkz Başlık III.

⁸⁷ Objektif bir belirlemeyi gerektiren kullanım eylemine dahil edilen bu sübjektif algı kriterinin eleştirisi ve kullanım eyleminin yeni içeriğine ilişkin bazı değerlendirmeler için bkz. Josephine Bersem, ‘Die Haftung von Intermediären für Markenverletzungen heute und morgen -Störerhaftung oder täterschaftliche Haftung nach dem Vorbild des Urheberrechts?’ (2023) 125(5) GRUR 307, 311 vd; Franz Hoffman, ‘Plattformhaftung für rechtswidrige Dritthinhalte im Marken- und Designrecht Zugleich Besprechung von EuGH “Louboutin” (2023) 125(4) GRUR 238, 240-241.

⁸⁸ Ansgar Ohly, ‘The Broad Concept of ‘Communication to the Public’ in recent CJEU Judgements and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability’ (2018) 13(8) JIPLP 664, 672 vd; Ohly, Red Soles (n 26) 580; Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 94-106.

olarak adlandırılan, müteceviz sıfatıyla sorumluluk (*primary liability*) dışında kalan, yardım eden, katılan ya da bağımsız fail sıfatıyla sorumluluk türünün AB düzeyinde uyumlaştırılmamış olmasıdır.⁸⁹ Bu durum yer sağlayıcıların sorumluluğunun farklı ulusal mahkemelerde farklı yorumlanmasına yol açmıştır. Örneğin, Youtube ve Cyando kararından ve 2019 tarihli Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Hakkında Yönergesi'nin iç hukuka aktarılmasından⁹⁰ önce Alman hukukunda dijital platformlar, müteceviz veya tecavüz fiiline katılan olarak değerlendirilmemekte, onların sorumluluğu, müdahaleden sorumluluk (*Störerhaftung*) olarak adlandırılan üçüncü bir kategoride incelenmekteydi. Zira Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğunda katılan sıfatıyla sorumlu olabilmek için kast veya dolaylı kast aranmaktadır. Bu subjektif şart ise kural olarak dijital platformlarda yer almamaktadır. Dolayısıyla Alman hukukunda dijital platformlar aleyhine durdurma ve önleme kararı alınabilmesi için üçüncü tür bir sorumluluk sebebi yaratılması gerekmiştir. Bu sorumluluk esasen Alman Medeni Kanunu § 1004'te düzenlenen, malikin, mülkiyet hakkına müdahale eden kişilere karşı müdahalenin durdurulması veya önlenmesi talebinin kıyasen dijital platformlar aleyhine uygulanması ile Alman Federal Mahkemesi kararları ile doğmuştur. Bu sorumluluğun şartları şöyle belirlenmiştir:⁹¹ Hak ihlâli ile platformun fiili arasında illiyet bağı bulunmalı; tartışmalı ve kararlarda yeknesak şekilde uygulanmamakla birlikte, platformun fiili, ihlâl tehlikesini artırmış olmalı; platform meydana gelebilecek ihlalleri önleyebilecek durumda olmalı ve en önemlisi kendisinden beklenebilecek olan denetim ve gözetim yükümlülüğünü ihlâl etmelidir. Bu yükümlülüğün ihlâl edilip edilmediği ise her somut olayda ayrıca değerlendirilecektir.⁹² Ancak platformlar bakımından özellikle ihlâl bildirim yapıldıktan sonra bu yükümlülüğün doğduğu kabul edilmektedir. Yine bu denetim ve gözetim yükümlülüğünün bir parçası olarak, hukuka aykırı içerik hakkında haberdar edilmiş olan platformun sadece mevcut içeriği kaldırması yetmemekte, ayrıca teknik şartlar elverdiği ölçüde benzer ihlalleri önleme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁹³ Son olarak müdahale eden aleyhine sadece durdurma ve önleme kararı alınabilmekte, zararın tazmini talep edilememektedir.⁹⁴

⁸⁹ Katılan sorumluluğu (*secondary liability*) üye devletlerin mevzuatına bıraktığı için bu konuda ABAD'ın yetkisi olmadığı görüşü hakkında bkz Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 102-104.

⁹⁰ Çevrimiçi İçerik Paylaşan Hizmet Sağlayıcılarının Fikrî Mülkiyet Hakkı İhlallerinden Sorumluluğu Hakkında Kanun (*Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, UrhDaG*), 31.05.2021 tarihinde kabul edilen Fikrî Mülkiyet Hukukunun Dijital İçpazarın Gereklere Uyumu Hakkında Kanun'un (*Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, Bundesgesetzblatt 4.7.2021, Teil I Nr. 27, 1204*) 3. maddesinde düzenlenerek iç hukuka aktarılmıştır. Kanunun yürürlüğe girişi 01.08.2021'dir (Uyum Kanunu m 5).

⁹¹ Ansgar Ohly 'Die Verantwortlichkeit von Intermediären' (2015) ZUM 308, 311.

⁹² Thomas Hoeren ve Silviya Yankova, 'The Liability of Internet Intermediaries-The German Perspective' (2012) IIC, 501, 504; Ohly 'Verantwortlichkeit' (n 91) 312-313.

⁹³ BGH GRUR 2013, 370.

⁹⁴ Hoeren ve Yankova (n 92) 504.

İşte ABAD da yer sağlayıcıların sorumluluğunu, kusur şartına bağlı olarak AB düzeyinde uyumlaştırılmış olan müteceviz sıfatıyla sorumluluk kapsamında değerlendirerek bu farklı uygulamaların önüne geçmeyi amaçlamıştır.⁹⁵ Nitekim Alman hukukunda özellikle Youtube ve Cyando kararından sonra fikri haklar bakımından müdahale eden sorumluluğu kurumunun etkisinin oldukça azaldığı dile getirilmiştir.⁹⁶ Zira Alman hukukunda müdahale eden sorumluluğunun şartları gerçekleştiğinde aslında ABAD kararlarına göre artık bu kişi umuma ileten/müteceviz sayılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi ABAD’ın dijital platformların umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulmasına ilişkin içtihadı daha sonra 2019/790 sayılı Yönerge m 17 ile hukuki düzenleme halini almıştır.⁹⁷ İlgili hükme göre çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıları⁹⁸ kullanıcıları tarafından platforma yüklenen telif hakkı korumasını haiz eserlere kamunun erişimini sağladıkları takdirde umuma iletim eylemini gerçekleştirmektedirler. Bu çerçevede, Yönerge m 17/1 paragraf 2’ye göre kullanıcıları tarafından yüklenen eserler bakımından umuma iletim eylemini gerçekleştirecek olan ilgili hizmet sağlayıcının eser sahiplerinden izin almış olması zorunludur. Görüldüğü üzere, madde temel olarak platformun umuma iletim eylemini gerçekleştirdiğini hüküm altına alarak madde kapsamında kalan dijital platformların müteceviz sıfatıyla (ABAD’ın yetki alanında kalacak şekilde) doğrudan sorumlu tutulmasını sağlamaktadır. Yoksa, umuma iletim eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından ABAD’ın yukarıda bahsedilen içtihatları uygulama alanı bulmaya devam edecektir⁹⁹.

⁹⁵ Bu konuda bkz Christina Angelopoulos, ‘On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (2017), 33 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947800> erişim tarihi: 30.11.2022; Rosati, Louboutin (n 85) 440.

⁹⁶ Nils Rauer ve Alexander Bibi, ‘Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urhberrecht’ (2021) ZUM 819, 828.

⁹⁷ Maddeye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 211 vd.

⁹⁸ Buna göre, hüküm tüm yer sağlayıcıları değil ‘‘çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıları’’ (*online content-sharing service providers*) kapsamaktadır. Çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılar 2019/790 sayılı Yönerge m 2/6’ya göre; temel amacı veya amaçlarından biri kullanıcıları tarafından yüklenen telif korumasını haiz eserleri ya da başka bir korumayı haiz içerikleri depolamak ve bunları kamunun erişimine sunmak olan bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarıdır. Çevrim-içi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcıları konusunda detaylı olarak bkz Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 219. 2019/790 sayılı Yönerge *lex specialis* olduğu için çevrim-içi içerik paylaşma hizmet sağlayıcıları dışında kalan yer sağlayıcılar bakımından 2001/29 sayılı Yönerge ve E-Ticaret Yönergesi’ndeki güvenli liman hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Bkz Karina Grisse, ‘After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790’ (2019) 14(11) JIPLP 887, 891.

⁹⁹ Bu konuda bkz ibid 889. Burada kısaca belirtmek gerekir ki; 2019/790 sayılı Yönerge, hak sahiplerinden gerekli izinleri almayan çevrim-içi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcıların umuma iletim hakkı ihlalinde sorumlu olacıklarını belirttikten sonra m 17/4’te ilgili sağlayıcıların sorumluluktan kaçabilmesine imkan veren ihtimaller de yer vermiştir. Buna göre, eser sahiplerinden umuma iletim hakkına ilişkin izin almamış olsa bile çevrim-içi içerik paylaşım hizmeti sağlayıcı (a) hak sahibinden izin almak için azami çabayı göstermişse, (b) ilgili hak sahibinin hizmet sağlayıcıya gerekli ve yeterli bilgileri sağladığı içeriğe erişimin engellenmesi için yüksek endüstri özen standartlarına uygun şekilde azami çabayı göstermişse, (c) ilgili hak sahiplerinin yeterince temellendirilmiş uyarıları kendilerine ulaştıktan sonra içeriğin internet sayfasından kaldırılması ya da içeriğe erişimin engellenmesi amacıyla hemen harekete geçmiş ve gelecekteki yüklemelerin engellenmesi için azami çabayı göstermişse, umuma iletim hakkının ihlalinde sorumlu tutulmayacaktır. İlgili istisna hükmünün dijital platformun umuma iletim eyleminden sorumluluğuna etkilerine yönelik doktrinde iki farklı görüş savunulmaktadır. İlk görüşe göre, istisna hükümleri madde kapsamındaki dijital platformlara güvenli bir liman sunmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu istisnai hükümde yer alan herhangi bir bent (a, b, c) kapsamına giren dijital platform umuma iletim eyleminden ne müteceviz ne de yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir. Bir diğer görüşe göre ise, dijital platform a bendine göre hak sahibinden izin almak için azami çabayı göstermişse umuma iletim eyleminden müteceviz olarak sorumlu tutulmayacaktır. Bununla beraber, a bendi somut olayda gerçekleşmiş olsa bile b ve c bentleri uyarınca dijital platform kendisine yüklenen özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmişse bu durumda yardım eden, katılan sıfatıyla sorumlu olmaya devam edecektir. Detaylı olarak bkz ibid 892 vd.

Esasında ABAD kararlarına konu hallerde dijital platform hukuka aykırı paylaşımları doğrudan veya dolaylı olarak teşvik etmek ya da hukuka aykırılığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde içeriğe erişimi engellemekle yalnızca gerekli teknik şartları sağlamakla kalmayıp hukuka aykırılığa gerçekten de bir şekilde müdahil olmaktadır. Özellikle tecavüz olarak tanımlanan iletim eyleminin kendisinin platform üzerinden gerçekleştirilmesi ve yine bu eylemin içerik platformda kaldığı sürece devam ediyor olması, platform işleticisinin “içeriği kaldırmama” yönündeki müdahalesini diğer fikrî ve sınai hak ihlallerinden daha özellikli bir konuma taşımaktadır. Bununla beraber bu müdahalenin ABAD’ın kabul ettiği şekilde, dijital platformu, içerik sağlayıcıyla beraber asli fail/mütecaviz olarak nitelendirmek için yeterli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Haksız fiil sorumluluğunda asli fail zarara doğrudan doğruya kendi fiiliyle sebep olan kişidir.¹⁰⁰ Haksız fiil sonucunda meydana gelen zarara birden fazla kişinin yol açabilmesi mümkün olmakla beraber, asli fail, başka bir deyişle, fiil unsurunu kendi davranışıyla gerçekleştiren kişinin fiili olmadan diğer kişilerin zarar verebilmesi mümkün değildir.¹⁰¹ Umuma iletim eylemi bakımından, içerik sağlayıcıların eylemleri olmasaydı dijital platform üzerinde herhangi bir içerik paylaşılmayacak ve platformun da iletim eylemine herhangi bir şekilde müdahil olması mümkün olmayacaktı.¹⁰² Dolayısıyla haksız fiilin varlığı için fiili vazgeçilmez olan süje içerik sağlayıcı, başka bir deyişle, içeriği seçerek iletim eylemini başlatan kişidir.¹⁰³ İçerik sağlayıcının eylemi olmadığı sürece dijital platformun da meydana gelen zarara bir katkısının olduğundan söz edilemeyeceğinden dijital platformun “umuma ileten” olarak sorumlu olduğu sonucuna ulaşılamayacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce, bu yönde açık bir düzenleme yoksa, ki Türk hukukunda yoktur, dijital platform içeriği seçmediği sürece eylem müdahalesi hangi seviyede olursa olsun gerek umuma iletim gerekse de diğer tecavüz eylemleri bakımından asli fail/mütecaviz olarak sorumlu olmamalıdır. Ancak bu durum dijital platformun hiçbir şekilde sorumlu olmadığı ve müdahalesinin seviyesinin hiçbir önem taşımadığı anlamına da gelmez. Özellikle, günümüzde dijital platformların sadece barındırma hizmeti veren yer sağlayıcıların aksine yalnızca gerekli teknik şartları sağlamakla kalmayıp içerikle ilgili daha aktif bir rol oynayabilmesi platformun müdahalesinin seviyesinin her bir somut olaya göre incelenmesini gerektirmektedir. Dijital platformun mütecaviz olarak sorumlu tutulmamasının önemi ise, platformun müdahalesinin seviyesine göre sorumluluğu değerlendirilirken TBK’da yer alan genel hükümler ile 5651 sayılı Kanun ve E-Ticaret Kanunu’nda yer alan ilgili özel hükümlerin dikkate alınmasıdır.

¹⁰⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021) 931.

¹⁰¹ *ibid.*

¹⁰² Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 77.

¹⁰³ Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 73.

III. Dijital Platformların Başkasına Ait İçerikten Sorumlu Tutulabilmelerine İlişkin Esaslar

A. İnternette Sorumluluk Belirlenirken Sağlanması Gereken Denge

Bilginin paylaşılması ve yayılması, düşüncelerin geniş kitlelere karşı dile getirilmesini kolaylaştıran; farklı iş, pazarlama ve reklam alanları sunarak rekabetin artmasını sağlayan internetin toplumların ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimlerinde önemli bir yerinin olduğu açıktır. İnternetin, sağladığı tüm bu imkanların yanı sıra özellikle kullanıcıların anonim kalabilme özelliği nedeniyle hukuka aykırı faaliyetlerin gerçekleştirilmesine elverişli bir ortam hazırladığı da yadsınmaz.¹⁰⁴ Bu hukuka aykırılıklar nedeniyle meydana gelen maddi veya manevi zararlardan söz konusu hukuka aykırılığı kendi davranışlarıyla gerçekleştiren kişilerin doğrudan sorumlu tutulabileceği açıktır. Ne var ki, internetin anonimlik özelliği nedeniyle mağdur tarafından bu kişilerin kolaylıkla tespiti her zaman mümkün olmamakta ayrıca, bu hukuka aykırılıkları engelleme ve ortadan kaldırma konusunda da internet alt yapısını sunan kişilerin teknik anlamda bir kontrol yetkisi vardır.¹⁰⁵ Bu nedenle, hukuka aykırılığın hızlı bir şekilde giderilebilmesi amacıyla mağdur tarafından internetin teknik alt yapısını sunan kişilere başvuru yapılması daha kolay ve pratik görülmektedir.

İnternetin teknik alt yapısını sunan sağlayıcıların, hangi içeriklerin internette yer alabileceği konusunda “teknik anlamda” bir kontrol imkânının olması ve bu hukuka aykırılıkların gerçekleştirildiği ortamı sağlıyor olması bu sağlayıcıların faaliyetleri kapsamında özen yükümlülüğünün ve dolayısıyla hukuki sorumluluğunun ne olması gerektiği sorusuna yol açmaktadır.

Sağlayıcıların özen yükümlülüğü belirlenirken internet sükülerinin farklı menfaatleri arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir.¹⁰⁶ Şöyle ki, sağlayıcının özen yükümlülüğünün seviyesinin yüksek tutulması halinde sağlayıcılar bu özen yükümlülüğüne aykırı davranmamak amacıyla her içeriği kontrol etmek zorunda kalacaklardır. Böyle bir ihtimalde alınması gereken tedbirin niteliği ise bazı durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açabilir.¹⁰⁷ Her şeyden önce, sağlayıcıların bazı tedbirleri almaya maruz bırakılması, ekonomik ve teknik maliyet açısından kişileri internetin teknik alt yapısına ilişkin hizmetleri sunma

¹⁰⁴ Jan Bernd Nordemann, ‘Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?’ (2017) (In-Depth Analysis European Parliament – Directorate General for Internal Policies, European Union 2017), 6 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹⁰⁵ ibid.

¹⁰⁶ Bu konu hakkında detaylı olarak bkz Christina Angelopoulos ve Stijn Smet, ‘Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability’ (2016) 8(2) JML 266 vd.

¹⁰⁷ Yer sağlayıcıların sorumluluğu ve temel hak ve özgürlükler ile ilişkisi hakkında detaylı olarak bkz Christophe Geiger, Giancarlo Frosio ve Elena Izyumenko, ‘Intermediary Liability and Fundamental Rights’ in Giancarlo Frosio (ed) *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online* (Oxford 2020) 138 vd.

konusunda caydırıcı olabilecektir. Bu durum toplum açısından olumsuz bir sonuç doğurmakla beraber herkesin dilediği alanda çalışma hakkına sahip olduğunu öngören çalışma özgürlüğünün (Anayasa m 48) de kısıtlanmasına yol açacaktır.¹⁰⁸ Ayrıca yine bu yükümlülük, sağlayıcıları otomatik birtakım tedbirler almaya zorlayacağından, hukuka aykırı içeriklerin yanında hukuka uygun içeriklerin de kaldırılma ihtimalinin olması ifade özgürlüğünün (Anayasa m 26) ve bilgi alma özgürlüğünün de haksız yere kısıtlanmasına yol açabilecektir.¹⁰⁹ Kaldı ki, internetin yapısı gereği, teknik alt yapıyı sunan kişilerin yüklenen her bilgi ve veriyi kontrol etmesi de kendilerinden beklenemez.¹¹⁰ İşte tam bu nedenlerle, aşağıda görüleceği gibi, gerek AB hukukunda gerekse de Türk hukukunda yer sağlayıcıların yer sağladıkları içeriklerle ilgili hukuka aykırılıkları araştırmakla yükümlü olmadıkları kabul edilmiştir.¹¹¹

Öte yandan, özellikle günümüzde dijital platformlar sayesinde yer sağlayıcıların faaliyetlerinin yer sağlama faaliyetini aşarak çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmesi de mümkündür. Dolayısıyla yer sağlayıcıların mutlak anlamda sorumsuzluğunun kabul edilmesi de hakkı ihlale uğrayan hak sahiplerinin menfaatlerinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.¹¹² Zaten ABAD da bu yüzden Youtube ve Cyando kararında çeşitli ihtimalleri umuma iletim eylemi kapsamına dahil etmiş ve aşağıda görüleceği üzere sorumluluktan muafiyet hükmünün uygulama alanını da hükmün amacına uygun olarak yorumlayarak faaliyetleri açısından bazı yer sağlayıcıları muafiyet hükmünün dışında bırakmıştır.

B. Dijital Platformların Sorumluluğu Değerlendirilirken Dikkate Alınması Gereken Hükümler

1. AB Hukukunda Yer Alan Düzenleme ve ABAD İçtihatları

AB hukukunda, Dijital Hizmetler Yasası (*Digital Services Act-DSA*) olarak anılan, 2022/2065 sayılı Dijital Hizmetlerde Tek Pazar Hakkında Tüzük¹¹³ ile bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların belirli eylemlerden belirli şartlarda sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bilgi toplumu hizmeti; hizmetin alıcısının talebi üzerine, elektronik yollarla, kural olarak belirli bir ücret karşılığında, uzaktan sağlanan hizmet anlamına gelmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Bu etki için bkz C-70/10 *Scarlet Extended* [2011] ECR I-11959 ECLI:EU:C:2011:771, para 46-49.

¹⁰⁹ C-314/12 *UPC Telekabel Wien* ECLI:EU:C:2014:192, para 56.

¹¹⁰ Baistorocchi (n 79) 126.

¹¹¹ ABAD'ın genel bir araştırma yükümlülüğünü, yukarıda anılan temel hakların kısıtlanmasına yol açacağı şeklinde yorumladığı konusunda bkz Angelopoulos ve Smet (n 106) 283.

¹¹² ibid 283-284.

¹¹³ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L277/1.

¹¹⁴ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (codification) [2015] OJ L241/1, Art 1.1.b.

DSA m 8’de bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların depoladıkları içerikleri ve hukuka aykırılığı gösteren durum ve olayları araştırma konusunda genel bir yükümlülüğe tâbi kılınmayacağı düzenlenmiştir. DSA m 4, 5 ve 6’de ise sırasıyla bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların maddedeki şartların varlığı halinde sırasıyla iletim, kaşeleme (*caching*) ve yer sağlama faaliyetlerinden dolayı sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. Güvenli liman (*safe harbor*) olarak adlandırılan¹¹⁵ ve hizmet sağlayıcının yer sağlama faaliyetinden kaynaklanan sorumsuzluğunu düzenleyen m 6’ya göre; alıcı tarafından sunulan bilgilerin depolanması hizmeti bakımından bilgi toplumu hizmet sağlayıcı, hizmetin alıcısının talebi üzerine depolanan bilgilerden kural olarak sorumlu değildir. Ancak, hizmet sağlayıcının, 1) hukuka aykırı eylem veya içeriğe ilişkin güncel bir bilgiye sahip ve tazminat talepleri bakımından hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olması halinde 2) bu yönde bir bilgi veya farkındalık elde eder etmez içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmamış veya içeriğe erişimi engellemek için harekete geçmemişse artık sorumsuzluğundan söz edilemeyecektir.

DSA’nın kabul edilmesinden önce yer sağlayıcıların sorumsuzluğu, DSA m 6/1 ile aynı düzenlemeyi içeren 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi¹¹⁶ m 14’te yer almaktaydı.¹¹⁷ Anılan hükmün uygulanma alanı ise ABAD içtihatları ile şekillenmişti. İlgili içtihatları uyarınca ABAD, bilgi toplumu hizmet sağlayıcının fikrî veya sınai hakkı ihlal eden kişi (mütecaviz) olarak sorumlu tutulmadığı hallerde E-Ticaret Yönergesi m 14 kapsamında sorumlu olup olmayacağını değerlendirmektedir.¹¹⁸ Hükümler temel olarak aynı olduğu için ABAD içtihadının DSA sonrasında da geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.

ABAD, E-Ticaret Yönergesi Dibacesi’nin 42. paragrafından (DSA Dibace paragraf 18) hareketle söz konusu hükmün uygulanma alanı bakımından aktif ve pasif rol oynayan hizmet sağlayıcılar arasında bir ayrıma gitmektedir. 42. paragrafa göre, Yönerge’de yer alan muafiyetler yalnızca bilgi toplumu hizmet sağlayıcının teknik, otomatik ve pasif bir rol oynadığı, dolayısıyla iletilen veya depolanan içeriğe ilişkin herhangi bir bilgi ve kontrol sahibi olmadığı durumları kapsamaktadır. Bu çerçevede ABAD’a göre, sorumluluk muafiyetinden bu nitelikleri haiz hizmet sağlayıcılar faydalanmalı eğer hizmet sağlayıcı aktif bir role sahipse bu hüküm kapsamında değerlendirilmemelidir.¹¹⁹ ABAD önüne gelen uyuşmazlıklarda yalnızca hizmet

¹¹⁵ Eleonora Rosati, ‘Why a reform on hosting providers’ safe harbour is unnecessary under EU copyright law’ (2016) CREATE Working Paper 2016/11, 1 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440> erişim tarihi: 30.11.2022.

¹¹⁶ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [2000] OJ L178/1.

¹¹⁷ DSA m 89’a göre, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin E-Ticaret Yönergesi m 12, 13, 14 ve 15 hükümleri ilga edilmiş, anılan hükümler yerine sırasıyla DSA m 4, 5, 6 ve 8 hükümleri kabul edilmiştir.

¹¹⁸ Zira, mütecaviz olan yer sağlayıcının hükümdeki sorumsuzluk şartlarını sağlayabilmesi de mümkün değildir. Bkz Youtube ve Cyando, para 107-108.

¹¹⁹ Google France ve Google, para 112-114; L’Oréal ve diğerleri, para 112; Youtube ve Cyando, para 106.

sağlayıcının pasif bir rol alıp almadığını ve eğer pasifse E-Ticaret Yönergesi m 14'te (DSA m 6) yer alan şartların sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir. Müteccaviz sıfatı dışında kalan hallerde hizmet sağlayıcının sorumluluğu AB düzeyinde uyumlaştırılmadığı için ABAD aktif rol aldığı durumlarda hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin bir değerlendirmede bulunmayarak bu meseleyi ulusal mahkemelere bırakmaktadır.¹²⁰

ABAD aktif rolü, sağlayıcıya içerik üzerinde bilgi veya kontrol imkanı verecek olan rol olarak tanımlanmaktadır.¹²¹ Divanın anılan içtihatlarından hareketle de DSA Dibasesi'nin 18 numaralı paragrafında, yer sağlayıcının, faaliyetini içeriğin otomatik ve teknik bir şekilde işlenmesi ve dolayısıyla hizmetin tarafsız bir şekilde sunumu ile sınırlamadığı hallerde kendisine içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkanı verecek şekilde aktif bir rol aldığı ve bu durumlarda da muafiyet hükmünün uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Aktif rolün kapsamının belirlenmesinde ise ABAD daha çok neyin aktif rol olmayacağını saymaktadır. Bu çerçevede, çevrim-içi pazar yeri işleticisinin kendi sunucusunda satış tekliflerini depolaması, hizmet koşullarını belirlemesi ve bu hizmet için ücretlendirilmesi ve kendi müşterilerine hizmet hakkında genel bilgileri sağlayıcı olması aktif bir rol aldığı göstermez.¹²² Yine, eğer platform, yüklenen içerikleri seçmiyor, oluşturmuyor, görüntülemiyor ya da incelemiyor ise bu platformun yüklenen içeriklerin telif haklarını ihlal edip etmediğini tespit etmek için teknolojik önlemler uygulaması¹²³ ve platformun sağladığı hizmet vasıtasıyla kullanıcıların fikrî mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde paylaşımlar yapabilecekleri konusunda genel ve soyut bir bilgiye sahip olması da¹²⁴ aktif rolün varlığı için yeterli değildir.

O halde, aktif rol alma halinin hizmet sağlayıcının tamamen pasif bir konumda kalması şeklinde anlaşılması gerekmektedir.¹²⁵ Zira aksi takdirde, hizmet sağlayıcı, aktif rol alma ve sorumsuzluk muafiyetinden yararlanamama ihtimali nedeniyle tamamen hareketsiz kalmaya teşvik edilecek ve platformu üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırılıkları tespit etmek ve engellemek için herhangi bir girişimde

¹²⁰ Bu çerçevede AB düzeyinde üçlü bir sorumluluk rejimi vardır: yer sağlayıcının 1) müteccaviz sıfatına, 2) pasif yer sağlayıcı sıfatına, 3) aktif yer sağlayıcı sıfatına sahip olduğu durumlar. İlk iki durumda yer sağlayıcının sorumluluğu AB düzeyinde uyumlaştırılmış olmakla beraber, üçüncü durumda sorumluluk rejimi her bir üye devletin iç hukukuna göre çözümlenmektedir. Bu konuda bkz Ohly, The Broad Concept (n 88) 665-666; Ansgar Ohly, 'The Liability of Intermediaries for Trade Mark Infringement' in G.B. Dinwoodie ve M.D. Janis (eds) *Research Handbook on Trademark Law Reform* (Edgar Elgar Publishing 2021) 396, 404.

¹²¹ Google France ve Google, para 120; L'Oréal ve diğerleri, para 113; Youtube ve Cyando, para 117.

¹²² Google France ve Google, para 116; L'Oréal ve diğerleri, para 115.

¹²³ Youtube ve Cyando, para 109.

¹²⁴ Youtube ve Cyando, para 111.

¹²⁵ Tatiana-Eleni Synodinou, 'Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in the EU: Evolutions and Confusions' (2015) 31 Computer Law & Security Review 57, 79.

bulunmayacaktır.¹²⁶ Zaten aktif rolün içeriği belirlenirken bu yönde bir yorumun yapılmasının engellenmesi amacıyla da DSA m 7’de; hukuka aykırı içeriğin tespit edilmesi, kaldırılması ve içeriğe erişimin engellenmesi amacıyla hizmet sağlayıcının birtakım tedbirler almış olması ya da kendi teşebbüsü ile birtakım araştırma faaliyetleri gerçekleştirmesinin, sağlayıcının istisna hükmünden faydalanamayacağı anlamına gelmediği açıkça belirtilmektedir.¹²⁷

Neyin aktif rol olabileceği konusunda “L’Oreal ve diğerleri” kararı yol gösterici olabilir. eBay tarafından kullanıcılara iki tür hizmet sağlanabilmektedir. İlk hizmet bütün kullanıcılara objektif ve otomatik bir şekilde sağlanmaktadır. İkinci hizmet ise yalnızca belli kullanıcılara bu kullanıcıların satış tekliflerinin sunumunun iyileştirilmesi veya bu tekliflerin tanıtımı açısından müşterilerine çeşitli yollarla destek sağlaması şeklinde gerçekleştirilmektedir.¹²⁸ ABAD ikinci durumda eBay’in aktif bir rol almış olabileceğini belirterek somut olayda hangi tür hizmetin verildiğini tespit etme görevini ulusal mahkemeye bırakmıştır.¹²⁹

“L’Oreal ve diğerleri” kararı ışığında platformun, gerçek anlamda yalnızca “aracılık” rolünü üstlenerek tüm kullanıcılara sağlanan otomatik hizmetin dışında kalan,¹³⁰ ve platforma, münferit içerik üzerinde münferit eylemleriyle entelektüel bir kontrol imkanı veren durumlarda aktif bir rolün söz konusu olduğu kabul edilmelidir.¹³¹ Eğer sağlayıcı yukarıda anılan şekilde aktif bir rol almamışsa, sağlayıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için hukuka aykırılığa ilişkin bilgi sahibi olması ya da hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkına varması halinde içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırmalı veya içeriğe erişimi engellemelidir. ABAD, hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olması şartını incelerken hizmet sağlayıcının, “basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederdi ve içeriği yayımdan kaldırırdı” sonucuna ulaşırabilecek durum ve koşulların farkında olmasını aramaktadır.¹³² Bu farkındalık üçüncü bir kişinin bildirimini veya hizmet sağlayıcının kendi araştırmaları sonucunda elde edilebilir. Üçüncü kişiler tarafından hizmet

¹²⁶ Angelopoulos (n 95) 11; Esther Arroyo Amayuelas, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds) *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020), Art 14, para 30 vd.

¹²⁷ Hükümle ilgili detaylı bir açıklama için bkz Buiten C. Miriam, ‘The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation’ (2021) 12(5) JIPITEC 361, 372 vd.

¹²⁸ Bu konuda bkz Angelopoulos (n 95) 11-12.

¹²⁹ L’Oréal ve diğerleri, para 117.

¹³⁰ Angelopoulos (n 95) 12.

¹³¹ Angelopoulos (n 95) 12; Youtube ve Cyando, HS Görüşü, para 152. Yine de aktif rolün oldukça belirsiz bir kriter olduğu, bugün çoğu dijital platformun yürüttükleri faaliyet çerçevesinde aktif bir role sahip olabileceği, bu nedenle aktif rol kriterinden vazgeçilmesi ve DSA ile yer sağlayıcılar için öngörülen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığına göre güvenli liman hükmünün uygulama alanının tespit edilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz Miriam (n 127) 372.

¹³² L’Oréal ve diğerleri, para 120; Youtube ve Cyando, para 115. Söz konusu kriterin sınırları belirsiz bir kriter olduğu ve yorum güçlüklerine yol açacağı konusunda bkz Christine Riefa, ‘The End of Internet Service Providers Liability as We Know It – Uncovering Consumer Interest in CJEU Case C-324/09 (L’Oréal/eBay)’ (2012) 1(2) JECML 104, 110; Synodinou (n 114) 66.

sağlayıcıya hukuka aykırılığa ilişkin bildirimde bulunulmuş, ancak bildirim içeriği yetersizse, bu bildirim de hizmet sağlayıcının hukuka aykırılığı gösteren olay ve koşulların farkında olup olmadığı incelenirken dikkate alınması gerekmektedir.¹³³ Divan, içeriği yetersiz bildirimlerin de sorumsuzluğu ortadan kaldırmaya elverişli olabileceğini belirtse de bildirimlerin, yer sağlayıcının ayrıca bir hukuki inceleme yapmasını gerektirmeyecek şekilde içeriğin hukuka aykırı olduğunu ve içeriği kaldırmanın ifade özgürlüğü ile çelişmeyeceğini açıkça gösteriyor olması gerektiğini de vurgulamıştır.¹³⁴

2. Türk Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

Türk hukukunda dijital platformların sorumluluğu değerlendirilirken dikkate alınması gereken ilk hüküm 5651 sayılı Kanun m 5/1'dir. İlgili hükme göre; “[y]er sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.” 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde E-Ticaret Kanunu’nda da paralel bir düzenlemeye yer verilmekteydi. Buna göre, 01.01.2023 tarihinde yürürlükten kalkan E-Ticaret Kanunu m 9 uyarınca “[a]racı 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.”

7416 sayılı Kanun m 3 ile yapılan değişiklikte bu madde değişikliğe uğramış ve AB hukukundaki düzenlemeye paralel bir düzenleme esas alınmıştır. Değiştirilen m 9’a göre,

“(1) Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.

(2) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir.

(3) Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafa konu ürün hakkındaki bilgiler; ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

¹³³ L’Oréal ve diğerleri, para 122; Youtube ve Cyando, para 115.

¹³⁴ Youtube ve Cyando, para 116.

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde Türk hukukunda dijital platformların sorumluluğuna ilişkin parçalı bir düzen kabul edildiği söylenebilir. Buna göre, AHS olsun olmasın tüm dijital platformlar yer sağlayıcı olmaları itibarıyla 5651 sayılı Kanun m 5/1 hükmüne tâbidir. Eğer yer sağlayıcı olan dijital platform aynı zamanda AHS ise ETAHS olup olmadığı önemli olmaksızın E-Ticaret Kanunu değişik m 9/1 hükmüne; dijital platform aynı zamanda ETAHS ise E-Ticaret Kanunu m 9/1-2 ve 3'e tâbi olacaktır.

C. Dijital Platformun Sorumluluğunun Hukuki Niteliği: İçerik Sağlayıcının Fiiline Katılma Nedeniyle Haksız Fiilden Kaynaklanan Müteselsil Sorumluluk

FSEK veya SMK gibi özel kanunlara göre müteceviz olarak nitelendirilemediği durumlarda dijital platformun, platform üzerinde gerçekleştirilen fikrî veya sınai hak ihlallerinden sorumlu olup olmayacağı genel hükümlere göre belirlenmelidir. Bu hükümler ise TBK'daki haksız fiil hükümleridir. Müteceviz/asli fail konumunda olmayan dijital platformların sorumluluğu ancak haksız fiilde fer'i fail olmaya dayandırılabilir.¹³⁵

TBK m 61'e göre birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu hüküm çerçevesinde ortada tek bir zarar var ve bu zarardan birden fazla kişi aynı veya farklı sebeplerle sorumlu tutulabilmekteyse her biri mağdura karşı müteselsil olarak sorumlu olacaktır. TBK m 61 gereğince haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulacak kişi açısından haksız fiilin; hukuka aykırılık, fiil, illiyet bağı, zarar ve kusurdan oluşan şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi dijital platformlar içerik sağlayıcının fiilinin gerçekleştirilmesine aracılık eden kişilerdir. Yargıtay tarafından da yer sağlayıcılar; içerik sağlayıcının fiiline aracılık etme, kolaylaştırma, yardım etme, teşvik etme gibi fiillerle iştirak eden/katılan kişiler kapsamında değerlendirilmektedir.¹³⁶ Kişinin haksız fiilden katılan olarak sorumlu tutulabilmesi için bu kişilerin olay öncesinde veya olayın icrası esnasında asli faille birlikte davranma iradelerinin bulunması ya da en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olmaları gerekmektedir.¹³⁷ Asli fail ve failin fiiline katılan kişiler kast veya ihmâl birliği içerisinde hareket etmiş olabilirler. Kast birliğinde zarar verenler olay öncesinde veya olayın icrası

¹³⁵ Fikrî hak ihlalleri bakımından yer sağlayıcının sorumluluğunda Borçlar Kanunu'ndaki fer'i failliğe ilişkin hükümlerin uygulanabileceği konusunda İsviçre hukukundaki görüş için bkz Mare Wullschleger, *Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet* (Stämpfli 2015) 98-99, N 181.

¹³⁶ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; Yargıtay 11 HD, 1613/6599, 27.11.2017; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019 (çalışmadaki bütün kararlara Kazancı İçtihat Bankası'ndan erişilmiştir).

¹³⁷ Eren (n 100) 929.

enasında birbirlerinin davranışından haberdar olmakta ve bilerek ve isteyerek hareket etmektedirler. İhmal birliğinde ise zarar verenler davranışlarından haberdar olmamakla beraber eğer gerekli dikkat ve özeni gösterebilirler birbirlerinin davranışından haberdar olacaklardır.¹³⁸

Dijital platformun içerik sağlayıcının fiiline katılan olarak sorumluluğu platformun fiili açısından ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Bunlardan ilki; kullanıcılara platformu sunma şeklinde gerçekleşen olumlu fiili, ikincisi ise platformun hukuka aykırılıkları “engellememe”, “ortadan kaldırmama” şeklinde gerçekleşen olumsuz fiilidir. Ayrıca bu inceleme gerçekleştirilirken 5651 sayılı Kanun ve E-Ticaret Kanunu’nda yer alan hükümlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu hükümler farklı sınıflara sahip dijital platformlar açısından parçalı düzenlemelere yer verdiği için dijital platformların sorumluluğu platformun somut olayın özelliğine göre sahip olduğu sıfat dikkate alınarak belirlenmelidir. İlk olarak yalnızca yer sağlayıcı sıfatına sahip, başka bir deyişle AHS olmayan dijital platformun sorumluluğu incelenecektir. Dolayısıyla bir sonraki başlıktaki incelemeler esasında Yargıtay’ın değişiklik öncesi yer sağlayıcıların hukuki sorumluluğuna ilişkin içtihatlarını da yansıtmaktadır. E-Ticaret Kanunu değişikliği AHS ve ETAHS bakımından yeni düzenlemeler öngördüğünden yalnızca yer sağlayıcı olan dijital platformlar açısından bu içtihatlar uygulanmaya devam edecektir.

D. AHS Olmayan Dijital Platformun Sorumluluğu

1. Platformun Kullanıcılara Sunulmasından (Olumlu Fiilinden)

Dolayı Sorumluluğu

Kişinin “yapma” şeklinde gerçekleşen olumlu bir fiilin varlığı durumunda, fiil sonucunda mutlak bir hakkın veya bir koruma normunun ihlal edilmiş olması haksız fiilin şartlarından hukuka aykırılığın varlığını göstermektedir.¹³⁹ Fikrî ve sınai haklar mutlak haklardan olduğu için platformun platformu kullanıcılara sunma fiili sonucunda, içerik sağlayıcının fiiliyle fikrî veya sınai bir hak ihlal edilmişse, platformun hukuka aykırılık nedeniyle sorumlu tutulup tutulmayacağı tartışılabilir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, olumlu fiili nedeniyle içerik sağlayıcının fiiline katılan sıfatıyla (TBK m 61) sorumluluğunun doğabilmesi için yer sağlayıcının içerik sağlayıcıyla birlikte davranma iradesinin olması gerekir. Bu irade, olay öncesinde veya olay esnasında kast birliği veya ihmal birliği olarak ortaya çıkabilir. Dolayısıyla yer sağlayıcının olumlu fiili nedeniyle katılan sıfatıyla sorumlu olabilmesi için içerik sağlayıcının hukuka aykırı fiilini bilmesi veya gerekli dikkat ve özeni gösterseydi bilebilecek durumda bulunması gerekmektedir.

¹³⁸ ibid 930.

¹³⁹ Gökçe Kurtulan, ‘Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru’ (2017) 23(1) MÜHF-HAD 465, 486.

Burada tartışılması gereken husus, dijital platformun olumlu fiili açısından sorumluluğuna yol açan, içerik sağlayıcının davranışını “bilme” ve “bilebilecek durumda olma” şartlarının hangi esnada olması gerektiğidir. İfade edildiği gibi doktrinde bu şartların olayın öncesinde veya olayın icrası esnasında olabileceği belirtilmiştir. Niteliği gereği tecavüz eylemi (örneğin, markayı kullanma, eseri umuma iletme, tecavüz oluşturan ürünleri satışa sunma gibi), içerik dijital platformda kaldığı sürece devam edeceğinden bu süre içerisinde bilme veya bilebilecek durumda olma dijital platformun olumlu fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesine yol açabilecektir. Bununla beraber, platforma yüklendiği esnada içeriğin hukuka aykırılığını bilmeyen ya da bilebilecek durumda olmayan platformların daha sonra bu hukuka aykırılığı öğrenmesi veya bilebilecek duruma gelmesi halinde, içeriği belli bir süre içerisinde kaldırma imkânı sunulmaksızın yer sağlayıcıyı sorumlu tutmak internetin işleyişine uygun bir yorum olmayacaktır. Bu çerçevede yer sağlayıcının olumlu fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu değerlendirirken bilme ve bilebilecek olma şartı, içeriğin platforma yüklendiği ana, dolayısıyla aslında içerik sağlayıcının fiili gerçekleştirmesinden önceki duruma göre belirlenmelidir.¹⁴⁰ Hukuka aykırılığını sonradan öğrendiği ya da bilebilecek bir konuma geldiği hallerde yer sağlayıcının sorumluluğuna bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğü olup olmadığına göre karar verilmelidir.¹⁴¹

Yer sağlayıcının, yüklenme öncesinde hukuka aykırılığı önceden bildiği ya da bilebileceği durumlar üzerinde durulmalıdır. Yer sağlayıcılık faaliyeti düşünüldüğünde sağlayıcının yüklenme öncesinde hukuka aykırı içeriği bildiğini kabul etmek güçtür. O hâlde yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğu ihtimaller önem taşımaktadır. Yer sağlayıcının fikrî ve sınai hak ihlâlini bilebilecek durumda olması ise, onun özen yükümlülüğü ile ilgilidir. Özen yükümlülüğü ise her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Bu çerçevede yer sağlayıcının özen yükümlülüğü belirlenirken; dijital platformun sunduğu hizmetin niteliği ve toplumsal menfaat açısından önemi, dijital platformun üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı ve hukuka uygun kullanımlarının ölçüsü, meydana gelen zarar ve büyüklüğü, dijital platform tarafından alınabilecek tedbirlerin maliyeti ve etkililiği gibi çeşitli kriterlerin dikkate alınması yerinde olacaktır.¹⁴² Örneğin, yer sağlayıcının ücretlendirme politikası,

¹⁴⁰ Tandoğan’a göre, “*Failler birbirlerinin fiillerinden bunların ikaandan önce haberdar olmalıdırlar.*” Bkz Haluk Tandoğan, ‘*Türk Mes’uliyet Hukuku*’ (İlk bası 1961, Tıpkı Bası Vedat 2010) 372’den naklen. *Bozbel* de erişim sağlayıcı açısından sağlayıcının “önceden” ihlalden haberdar olma hali söz konusu olamayacağından içerik sağlayıcıyla birlikte hareket etme iradesinin olmadığını kabul etmiştir. Yazara göre, erişim sağlayıcı ihlalden sonradan haberdar olduğu için yataklık eden sıfatına sahip olabilecektir, bkz Savaş Bozbel, ‘Fikrî Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyatî Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?’ in Tekin Memiş (ed) *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 153. Bununla beraber, yataklık eden sıfatı ancak haksız fiil işlendikten ve tamamlandıktan sonra ortaya çıkar, bkz Eren (n 100) 931; Tandoğan (n 140) 374; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Turhan 2018) 577. Fikrî ve sınai haklara tecavüzün niteliği gereği içerik internette kaldığı sürece tecavüz eylemi (örneğin satışa sunma, kullanma, umuma iletme eylemi) dolayısıyla haksız fiil devam ettiğinden yer sağlayıcının yataklık eden sıfatına sahip olması söz konusu olamaz.

¹⁴¹ Bu konu ise aşağıdaki başlıkta incelenecektir.

¹⁴² Ohly, Trade Mark (n 120) 416-417.

kullanıcıların platforma fikrî ve sınai hakları ihlâl eden içerik yüklemelerini teşvik ediyorsa, bu ihtimalde yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün ağırlaştığı kabul edilebilir.

Özen yükümlülüğü ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken önemli bir konu ise, yer sağlayıcının fikrî ve sınai hak ihlallerini önlemek için tedbir almak yükümlülüğü bulunup bulunmadığıdır. Bu sorunun çözülmesinde, yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığını düzenleyen 5651 sayılı Kanun m 5/1'in göz önüne alınması gerekir.

Bu düzenlemenin mehaızı, DSA m 8'dir (E-Ticaret Yönergesi mülga m 15). Hükmün amacı esas olarak yer sağlayıcıların, yer sağladıkları hukuka aykırı içerikten her durumda sorumlu olacakları endişesiyle internetin özgürce işlemesine hâle gelmesini engellemektir. Şöyle ki, fikrî ve sınai hak ihlallerinin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran yer sağlayıcının, sahip olduğu teknolojik imkânlarla yer sağladığı içeriğin hukuka aykırı olduğunu her zaman bilebileceği ileri sürülebilir. Bu iddia ise, her halükarda hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olan yer sağlayıcının ihlallerden adeta kusursuz sorumluluğu olduğu sonucuna götürebilir.¹⁴³ Bu sonuç kabul edilirse, internetin düzgün işleyişi ve toplumun menfaati açısından önemli bir işlevi yerine getiren yer sağlayıcıların bu iddialarla, dolayısıyla sorumluluk tehditleri ile karşılaşma ihtimalleri, ya yer sağlayıcılık faaliyetinin gerçekleştirilmesi konusunda kişileri caydıracak ya da yer sağlayıcıların otomatik filtreleme şeklinde birtakım tedbirler almasına yol açacaktır. İfade edildiği gibi, bu sonuç toplumun menfaati açısından istenmeyen bir sonuç olmakla beraber çoğu durumda otomatik filtreleme şeklindeki teknolojik önlemler de kişilerin ifade özgürlüğünün ve dijital platformların çalışma hürriyetini ölçsüz bir şekilde kısıtlanmasına yol açacaktır.¹⁴⁴

Şu hâlde bu düzenleme esasen yer sağlayıcıların hiçbir koşulda fikrî ve sınai hak ihlâllerine karşı tedbir alması gerekmediğini düzenlememektedir. Nitekim E-Ticaret Yönergesi Dibacesi'nin 48. paragrafında ulusal hukuk düzenlemelerinin yer sağlayıcılar bakımından özen yükümlülüğü öngörmesinin E-Ticaret Yönergesi m 15'e (5651 s Kanun m 5/1) aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, ABAD'ın Youtube ve Cyando kararına göre de yer sağlayıcının umuma ileten konumunda olmaması, makul ve basiretli bir işleticinin ihlalleri önlemek için kendisinden beklenebilecek uygun teknolojik önlemleri almasına bağlıdır.¹⁴⁵

Öte yandan Yargıtay, yerleşik içtihatlarında, yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğunu kabul etmemekte ve bu nedenle de yer sağlayıcının

¹⁴³ Bu konuda bkz Baistrocchi (n 79) 114.

¹⁴⁴ Esther (n 126) Art 15, para 1. Otomatik filtrelemenin tartışmalı bir yöntem olduğu konusunda bkz Ohly, Red Soles (n 26) 584.

¹⁴⁵ Youtube ve Cyando, para 83-84.

sorumluluğunu ancak hukuka aykırılıktan haberdar edildiği, buna rağmen içeriği yayımdan kaldırmadığı hallerle sınırlandırmaktadır.¹⁴⁶ Kanaatimizce Yargıtay bu yorumu ile yer sağlayıcının olumlu fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu reddetmektedir. Zira Yüksek Mahkeme, istisnasız bir şekilde bilme ihtimalini yalnızca “haberdar edilme” durumu ile sınırlandırarak yer sağlayıcının ancak haberdar edilmiş olması halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğunu ve bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde sorumluluğunun doğacağını kabul etmektedir. Bu itibarla Yargıtay, yer sağlayıcının fiilinin hukuka aykırılığını belli bir durumun ortaya çıkması (“haberdar edilme”) halinde belli bir şekilde davranmamış olmasına bağlamaktadır. Bu ise esasen içeriği kaldırmamaktan doğan yani olumsuz bir davranıştan dolayı sorumluluktur.¹⁴⁷

Yargıtay bu sonuca, yüksek ihtimalle, yer sağlayıcıların araştırma yükümlülüğü olmadığını düzenleyen hükümden (5651 sayılı Kanun m 5/1) hareketle varmaktadır. Zira bu hükmün doktrinde de, DSA m 6’daki (E-Ticaret Yönergesi m 14) gibi bir sorumsuzluk hükmü olarak yorumlandığı görülmektedir.¹⁴⁸ Ancak, yer sağlayıcının araştırmakla yükümlü olmadığı kuralı, yer sağlayıcıyı sorumluluktan tamamen kurtaracak bir şekilde yorumlanmaya müsait bir hüküm değildir. Esasında yukarıda da açıklandığı üzere, yer sağlayıcının araştırmakla yükümlü olmadığı kuralıyla, hukuka aykırı fiillerde ihmal şartının, adeta yer sağlayıcıların kusursuz sorumluluğuna yol açacak şekilde yorumlanması engellenmektedir. Bu itibarla, yer sağlayıcıların araştırmakla yükümlü olmadıkları hükmü, mutlak bir sorumsuzluk hükmü olarak değil yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün sınırlarını belirleyen bir hüküm olarak anlaşılmalıdır.

5651 sayılı Kanun m 5’te yer alan hükmün doktrin ve Yargıtay’ın kabul ettiğinin aksine sorumsuzluk hükmü olarak yorumlanmadığı takdirde yer sağlayıcının hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olması, başka bir deyişle ihmali de olumlu fiili nedeniyle katılan sıfatıyla sorumlu olmasına yol açacaktır.

Eğer, yer sağlayıcı sıfatını haiz dijital platformun özen yükümlülüğünün olduğu kabul edilirse, bu yükümlülüğe aykırı davranması, aşağıda görüleceği gibi olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğundan farklı olarak, platform, içeriği “haberdar edildikten” sonra kaldırmış olsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Zira, yer sağlayıcının, ihlal için gerekli teknik imkanları sunması ve somut olayın özelliğine göre belirlenecek özen yükümlülüğüne aykırı davranması sonucunda fikri veya sinai bir hakkın ihlal edilmiş olmasıyla yer sağlayıcı haksız fiile katılmış demektir.

¹⁴⁶ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; YHGK 11-1138/16, 15.01.2014; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019; Yargıtay 11 HD, 766/2582, 30.03.2022.

¹⁴⁷ Haberdar edilme ve kaldırmama şartının kusur değil, “yapmama” fiili çerçevesinde hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz Özlem Tüzüner, ‘Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihağı’ in Tekin Memiş (ed) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığı 2013* (Yetkin 2015) 471.

¹⁴⁸ Zeynep Yasaman, ‘Avrupa Birliğı ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları’ (2019) 27(2) MAAD 263, 287; Ateş (n 19) 75; Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 506; Erdem Büyüksağış ve Defne Kahveci, ‘“Çiçeksepeti Kararı” Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler’ (2022) 48(2) YD 305, 307-308.

Yargıtay ve doktrinde kabul edilmemekle beraber, yukarıda anılan şekilde somut olayın özelliğine göre inceleme yapılmasını öneren bu yorumun, yer sağlayıcıların ve hak sahiplerinin menfaatleri arasında daha dengeli bir sonuca yol açtığı ve ABAD kararlarıyla da uyumlu olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, Yargıtay'ın kabul ettiği şekilde yer sağlayıcıların istisnasız olarak yalnızca “haberdar edilmiş” ve içeriği yayımdan kaldırmamışlarsa sorumlu tutulabilecekleri, ABAD kararlarına konu uyuşmazlıklarda da görüldüğü şekilde, hukuka aykırı yüklemeyi doğrudan veya dolaylı olarak teşvik ederek ihlaller için elverişli bir ortam sağlayan dijital platformları sorumluluktan kurtaracaktır. Örneğin, TPB gibi platformlar ancak içerikten haberdar edildikleri ve içeriği yayımdan kaldırmadıkları takdirde sorumlu olacaklardır.

Oysa, birçok olumlu etkisi olmasına rağmen dijitalleşme, hak sahiplerinin hakları üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. Dijital platformların sorumluluğu, kanunun öngördüğünden fazla sınırlandırılarak hak sahipleri üzerindeki olumsuz etki daha da artırılmamalıdır.¹⁴⁹ İnternetin henüz gelişim aşamasında olduğu dönemde faaliyetleri sınırlı olan yer sağlayıcının mutlak sorumsuzluğunun kabul edilmesi anlaşılabilir. Günümüzde ise fikrî ve sınai hakların büyük ölçüde kullanıma konu edildiği dijital platformlar teknolojinin sunduğu imkanlar çerçevesinde yer sağlama faaliyetini aşan şekillerde faaliyette bulunabilmektedirler. Dolayısıyla, halihazırda internetin geldiği nokta itibarıyla yer sağlayıcıların sorumluluğunun yalnızca güvenli liman düzenlemesinden hareketle belirlenmesi her durumda adil sonuçlara yol açmayacaktır.¹⁵⁰

Yargıtay'ın henüz önüne bir uyuşmazlık gelmemesi nedeniyle bu hususları tartışma imkânı elde edememiş olduğu söylenebilir. Ancak, yerleşmiş içtihatlarında Yüksek Mahkeme'nin yer sağlayıcının sorumluluğunu yalnızca haberdar edilmiş ve içeriği kaldırmamış olması ile sınırlamasının yukarıda açıklanan sebeplerle isabetli olmadığı söylenebilir.

2. Engellememe veya Ortadan Kaldırmama Şeklindeki Olumsuz Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğu

a. Yer Sağlayıcının Engelleme veya Ortadan Kaldırma Şeklindeki Yazılı Olmayan Davranış Yükümlülüğü

AHS niteliğinde olmayan dijital platformun, yapma fiilinden kaynaklanan sorumluluğunun tesis edilemediği ancak içerik platforma yüklendikten sonra platformun hukuka aykırılığı bilecek veya bilebilecek bir duruma geldiği hallerde platformun içeriği kaldırmama nedeniyle sorumlu olup olmadığı da incelenmelidir. Bu

¹⁴⁹ Angelopoulos ve Smet (n 106) 287.

¹⁵⁰ Yukarıda belirtildiği gibi katılan sıfatıyla sorumluluğun reddedilmesi ve sorumluluğun haberdar edilmiş olmasına rağmen içeriği yayımdan kaldırmamış olmakla sınırlanmasının kabulünde AB hukukunda yer alan güvenli liman (E-Ticaret Yönergesi m 14) düzenlemesinin etkisi görülmektedir.

inceleme bakımından, her şeyden önce dijital platformun, yapma fiilinden kaynaklanan bir sorumluluğu olmasa bile platform üzerinde gerçekleştirilen hukuka aykırılıkları içeriğin platforma yüklendiği esnada “engellememe” ya da sonradan ortaya çıkan birtakım durumları (örneğin, haberdar edilmeyi) takiben “ortadan kaldırmama” şeklindeki olumsuz davranışının hukuka aykırı olup olmadığı belirlenmelidir. Yapma fiillerinden farklı olarak yapmama fiillerinin hukuka aykırı olabilmesi için mutlak hakkın ihlal edilmiş olması değil, bir davranış normunun, “belli bir şeyi yapma ödevinin” ihlal edilip edilmediği aranmaktadır.¹⁵¹ Bu davranış normu yazılı kurallardan kaynaklanabileceği gibi yazılı olmayan kurallardan da kaynaklanabilmektedir.¹⁵²

Davranış normunun yazılı kurallardan kaynaklandığı durumlarda hareketsiz kalma kanuna aykırılık nedeniyle her halükarda hukuka aykırı bir fiil oluşturacaktır.¹⁵³ Ancak yazılı bir davranış normunun bulunmadığı hallerde, kendi fiilleri ile üçüncü kişilerin mutlak haklarına yönelik tehlikeli bir durumun oluşmasına yol açan kişinin¹⁵⁴ hareketsiz kalarak, başka bir deyişle, “engellememe” veya “ortadan kaldırmama” fiiliyle bir zarara yol açması halinde bu kişinin kendisini belli bir şekilde davranmaya zorlayan bir davranış yükümlülüğünün olup olmadığı ya da bunun sınırının ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵⁵

Bu çerçevede her şeyden önce, dijital platformlar açısından, platformun üçüncü kişilerin fikrî ve sınai haklarının ihlal edilmesine elverişli “tehlikeli” bir ortam sağlaması nedeniyle, bu hak ihlallerini “engelleme” konusunda belli bir davranış yükümlülüğünün olup olmadığı sorulmalıdır. Bu soru olumsuz bir şekilde yanıtlanmalıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, engelleme yükümlülüğü ile kastettiğimiz, yukarıdaki başlıkta söz edilen basiretli bir işleticinin alması kendisinden beklenecek tedbirleri almış olmasına rağmen fikrî ve sınai hak ihlali meydana gelmişse, sağlayıcının bundan sorumlu olup olmayacağıdır. Zira, sağlayıcının engelleme yükümlülüğü olduğunun kabulü, hakkın ihlal edilmesi halinde yer sağlayıcının ihlali engellememesi nedeniyle her durumda sorumluluğuna yol açacaktır. Oysa böyle bir sonuç, yer sağlayıcının kusursuz sorumluluğu anlamına gelecek olup, 5651 sayılı Kanun m 5/1’in amacına da aykırıdır. Şu hâlde kendisinden beklenebilecek tedbirleri alan makul ve basiretli bir işletici, bu tedbirlere rağmen gerçekleşen fikrî ve sınai hak ihlallerinden sorumlu olmayacaktır¹⁵⁶.

¹⁵¹ Yeşim Atamer, *Haksız Fiil Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (Beta 1999) 25.

¹⁵² Tuba Akçura Karaman ‘Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı’ (2004) 3(1) GSÜHFD 554, 568.

¹⁵³ Eren (n 100) 674.

¹⁵⁴ Yapmama fiilinin hukuka aykırı olup olmadığı özellikle davranışları ile tehlikeli bir durum yaratan kişinin sorumluluğu incelenirken dikkate alınmaktadır. Bkz Kurtulan (n 139) 487; Atamer (n 151) 34 vd.

¹⁵⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz Atamer (n 151) 34 vd; Akçura Karaman (n 152) 553 vd; Kurtulan (n 139) 466 vd.

¹⁵⁶ *Yusufoğlu*, aracı hizmet sağlayıcıların engelleme konusunda davranış yükümlülüklerinin olmadığını açıkça ifade etmese de, ihlali engelleme için gerekli tedbirleri almayan araçların ancak somut bilgiye sahip olmaları ve buna rağmen *pasif kalmaları* durumunda sorumluluklarının doğacağını kabul etmektedir. Yazarın bu görüşü, makul ve basiretli bir işleticinin alması gereken tedbirlerin alınmaması hali için de geçerli gibi anlaşılmaktadır. Bkz Yusufoğlu Bilgin, *Dijital Piyasalar* (n 17) 500-501, 505-506.

Peki, hukuka aykırılıkları “engelleme” şeklinde bir yükümlülüğü olmamakla beraber, yer sağlayıcı hukuka aykırılığı sonradan öğrenmiş ya da öğrenebilecek bir duruma gelmişse hukuka aykırılığa yol açan içeriği “ortadan kaldırma”, daha uygun bir ifadeyle yayımdan kaldırmakla yükümlü müdür? Bu noktada engellememe yükümlülüğü hakkında söylediklerimizden farklı olarak kendi hâkimiyet alanındaki mutlak hak ihlâlinden haberdar olan yer sağlayıcının içeriği kaldırmaması onu ihlâl katılan konumuna (TBK m 61) sokacaktır.¹⁵⁷ Nitekim bu hususta, Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarıyla, hak sahipleri tarafından içeriğin hukuka aykırılığından “haberdar edilmiş” olmaları halinde yer sağlayıcıların içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁸ Buna göre, yer sağlayıcı içeriğin hukuka aykırılığından haberdar edilmiş olmasına rağmen içeriği yayımdan kaldırmamışsa içerik sağlayıcıyla beraber fikrî ve sınai hak ihlallerinden müteselsilen sorumlu olacaktır.

b. İhlâli Ortadan Kaldırma Yükümlülüğü Çerçevesinde Yer Sağlayıcının Haberdar Edilmesinin Özel Bir Usulü Var mıdır?

Haberdar edilme şartının sağlanması için belli bir usulün izlenip izlenmemesi gerektiği konusunda ise Yargıtay’ın kararları farklılaşmaktadır. Burada Yargıtay’ın bazı kararlarında yer sağlayıcının hukuki sorumluluğu tesis edilirken özellikle FSEK Ek madde 4/3 ve 5651 sayılı Kanun m 5/2’ye gönderme yapıldığı görülmektedir.¹⁵⁹ FSEK Ek madde 4/3’te eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin FSEK’te düzenlenen haklarının ihlal edilmiş olması halinde hak sahiplerinin önce içerik sağlayıcıya başvurmaları, bu başvurudan üç gün içerisinde sonuç alınmaması halinde Cumhuriyet Savcısı’na başvurarak “servis sağlayıcıdan”¹⁶⁰ hizmetin durdurulmasını talep etmeleri gerekmektedir. 5651 sayılı Kanun m 5/2’ye göre ise yer sağlayıcı, belirli suçların varlığı ve kişilik haklarının ihlali halinde belli bir usule uygun olarak yayımdan kaldırma ve erişimin engellenmesini düzenleyen m 8 ve m 9 hükümlerine göre haberdar edilmiş olması halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlüdür. Bu hükümlerde yer sağlayıcının içeriği kaldırmakla yükümlü tutulması için belli bir usulün izlenmesi gerekirken de Yüksek Mahkeme ağırlıklı olarak yer sağlayıcının ihtarname gibi yöntemlerle herhangi bir şekilde önceden uyarılmaları halinde içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğunu da belirtmektedir. Bu çerçevede Yargıtay içtihatları uyarınca, yer sağlayıcının içeriği kaldırmakla yükümlü tutulabilmesi için izlenmesi gereken özel bir usul bulunmamaktadır.

¹⁵⁷ Özel bir düzenleme bulunmadığı dönemde İsviçre hukukunda da durumun böyle olduğu hakkında bkz Wullschleger (n 135) 134, N 243. Ayrıca bkz Yusufoglu Bilgin, Fikri Mülkiyet (n 84) 515.

¹⁵⁸ Bkz yuk dn 146’deki kararlar.

¹⁵⁹ Yargıtay 11 HD, 8816/11666, 04.06.2013; Yargıtay 11 HD, 902/11631, 17.06.2014; Yargıtay 11 HD, 725/7399, 01.06.2015; Yargıtay 11 HD, 7120/649, 25.01.2018.

¹⁶⁰ Hükümdeki servis sağlayıcının ancak yer sağlayıcı olabileceği ve hükmün eleştirisi için bkz Bozbel, İhtiyati Tedbir (n 140) 153 vd.

Bu noktada kanaatimizce iki husus tartışılabilir. Bunlardan ilki mevcut kanuni düzenlemelerin, içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulması açısından yer sağlayıcının belli bir şekilde haberdar edilmesi konusunda özel bir usul öngörüp öngörmediğidir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından yer sağlayıcının haberdar edilmesi durumunda içeriği kaldırmakla yükümlü tutulmasının kanuni dayanağı olarak 5651 sayılı Kanun m 8 ve 9 hükümleri gösterilmektedir.¹⁶¹ Bununla beraber, bu hükümler belirli suçlar ve kişilik hakkı ihlalleri bakımından öngörülmuş hükümlerdir. Bu nedenle, fikrî ve sinai hak ihlalleri bakımından ilgili hükümlerin uygulama alanı bulunmamaktadır.¹⁶² Fikrî haklar bakımından ise FSEK Ek madde 4/3, doktrinde eleştirilen bir hüküm olmakla beraber, ihlale konu eserlerin içerikten çıkarılması için özel bir usul öngörmüştür. Dolayısıyla yer sağlayıcının katılan sıfatıyla sorumlu olmamak için içeriği kaldırmak konusunda davranış yükümlülüğünün doğabilmesi için kanunda halihazırda var olan özel bir usulün¹⁶³ Yargıtay kararları ile göz ardı edilmesinin isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Sinai haklar bakımından ise Yargıtay içtihatlarının olduğu dönemde herhangi özel bir hüküm olmadığından, bu haklar bakımından yer sağlayıcıların yazılı olmayan bir davranış yükümlülüğüne tâbi kılınması mümkün olacaktır.

Tartışılacak ikinci husus ise, yer sağlayıcıların haberdar edilmiş olması şartının sağlanması için özel bir usulün kabul edilmemiş olmasının hak sahipleri ile içerik sağlayıcıların/toplumun menfaatleri arasındaki dengeyi yeterince sağlayamamasıdır. Bu noktada haberdar edilmiş olmak için özel bir usul öngörülmediğinden hem bildirinin/uyarının ne şekilde yapılacağı hem de içeriğinin ne olması gerektiği belirsizdir. Ancak Yargıtay'a göre "*hak sahiplerinin, içeriğinin kaldırılmasını talep ederken, kendilerinin önceden elde edilmiş üstün hak sahibi olduklarını yaklaşık ispata yeterli delillerini de*" yer sağlayıcılara sunmaları gerekmektedir.¹⁶⁴ Bu çerçevede, örneğin kişinin yalnızca platformda yer alan eserin sahibinin kendisi olduğunu, yer sağlayıcının elektronik posta adresine göndereceği bir beyan ile belirtmesi dijital platformun içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olması için yeterli olacak mıdır? Platformun bu nitelikteki bildirimler için özel bir uyar-kaldır sistemi kurmuş olması halinde bu sistem haricinde gerçekleştirilen bildirimler haberdar edilme şartını sağlayacak mıdır? Hak sahipleri tarafından değil de, üçüncü kişiler tarafından yapılan bildirimler haberdar edilme şartının değerlendirilmesinde dikkate alınacak mıdır? Yer sağlayıcıya karşı dava açılmış olması halinde dava dilekçesinin tebliğ edilmesi yer sağlayıcının haberdar edildiği anlamına gelecek midir? Yine FSEK ve SMK'da

¹⁶¹ Ateş (n 19) 102: "5651 sayılı Kanun onları, hukuka aykırı içerikten haberdar edilmeleri kaydıyla, teknik olarak söz konusu içeriğin yayından kaldırılması veya erişimin engellenmesi ile yükümlü tutulmuştur." Ayrıca bkz Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha 2018), 548-551; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 321-322; Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 508-510.

¹⁶² Tüzüner (n 136) 474-475; Bozbel, *İhtiyati Tedbir* (n 140) 144.

¹⁶³ Karş. Yusufoglu Bilgin, *Fikri Mülkiyet* (n 84) 522.

¹⁶⁴ Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019.

öngörülen sınırlamalar ve istisnalar dikkate alındığında, kişinin fikrî ve sinaî haklar bakımından önceden elde edilmiş üstün bir hakka sahip olması, bu kişinin hakka konu unsurları üçüncü kişilerin kullanmasını mutlak bir şekilde engelleyebileceği anlamına gelmemektedir. Hakkın kapsamına getirilen bir istisnanın varlığı halinde yalnızca üstün hak beyanıyla içeriğin yayımdan kaldırılması adil bir sonuç doğuracak mıdır?

Yargıtay içtihatları çerçevesinde, haberdar edilmiş olma için özel bir usulün kabul edilmemesi yukarıda anılan şekilde hukuki belirsizliklere yol açabileceği gibi ifade özgürlüğünün Anayasa'ya aykırı bir şekilde sınırlandırılmasına da yol açabilir. Nitekim yer sağlayıcılar herhangi bir yöntemle yapılan yetersiz iddiaların varlığı halinde dahi hukuki sorumluluk tehdidi altında kalmamak amacıyla içeriği yayımdan kaldırmayı tercih edebileceklerdir.¹⁶⁵

c. Yer Sağlayıcının Fikrî ve Sinaî Hak İhlalinden Başka Yollarla Haberdar Olması Hâlinde Kaldırma Yükümlüğü

Yargıtay kararlarında yer sağlayıcının davranış yükümlülüğü “haberdar edilme” ile sınırlandırıldığından dijital platformun kendi eylemleri sonucunda içeriğin hukuka aykırılığından haberdar olması veya haberdar olabilecek bir duruma gelmesi halinde içeriği kaldırmakla yükümlü olup olmadığı ise net değildir. ABAD kararlarına konu olduğu üzere, tüm kullanıcılara sağlanan hizmetin yanı sıra dijital platformun kendisine münferit bir içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı verecek şekilde, sonraki birtakım davranışlarının (aktif rolünün) gerçekleşmesi de dahil olmak üzere, platformun içeriğin hukuka aykırılığını gösteren durum ve koşullardan haberdar olması halinde de platform içeriği belli bir süre içerisinde kaldırmamışsa sorumlu tutulabilmelidir. Bu durumda, ihlale konu hakkın niteliği ve ihlalin gerçekleşme şekli platformun hukuka aykırılığı bilme veya bilebilecek durumda olma halinin değerlendirilmesinde özel bir öneme sahip olacaktır. Zira, dijital platform hukuki nitelendirme yapma konusunda yetkili merci değildir. Örneğin, marka gibi ayırt edici ad ve işaretlerin söz konusu olduğu durumlarda ihlalin varlığı için gereken işaretlerin ve mal veya hizmetin benzer olup olmadığı, karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ya da markanın üzerinde kullanıldığı ürünün sahte olup olmadığının ilk bakışta tespiti mümkün değildir. Ancak, örneğin markalı bir ürünün çok düşük bir fiyata satışa sunulması halinde¹⁶⁶ ya da yeni çıkan bir filmin platform üzerinden paylaşılması halinde, platform münferit içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı elde edecek davranışlarda bulunmuş ancak içeriği gecikmesizin yayımdan kaldırmamışsa hukuka aykırılığı bilebilecek durumda olduğu ve özen yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna daha rahat ulaşılacaktır.

¹⁶⁵ Baistorocchi (n 79) 130.

¹⁶⁶ Benzer örnekler için bkz Çolak, Marka (n 161) 553.

3. Tazminat Dışındaki Taleplerin Yer Sağlayıcıya Karşı İleri Sürülmesi

Yargıtay kararlarıyla yer sağlayıcının kusurunun yalnızca haberdar edildiği halde içeriği kaldırmamış olmakla sınırlanması, önceden haberdar edilmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğuna muhatap olamayacak yer sağlayıcının önleme ve durdurma davalarında davalı olup olamayacağı ve yer sağlayıcı aleyhine önleme veya durdurma kararı verilip verilemeyeceği sorununa yol açmaktadır. Yargıtay çoğu kararında önceden haberdar edilmeyen yer sağlayıcıya karşı önleme ve durdurma taleplerinin ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁷ Bununla beraber Yüksek Mahkeme, 2017 tarihli bir kararında¹⁶⁸ ise, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi talepleri bakımından yer sağlayıcıların sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurun şart olduğu bu nedenle yer sağlayıcının haberdar edilmiş ve içeriği yayımdan kaldırmamış olması gerektiğini belirtmiştir.

Bu itibarla, her ne kadar Yüksek Mahkeme yer sağlayıcının sorumluluğunun “varlığını” haberdar edilme şartına bağlamış olsa da yer sağlayıcılara karşı yöneltilebilecek tazminat talepleri ile tazminat dışındaki talepler arasında bir ayrım gidilmiştir. Anılan yöndeki ayrımın hareket noktası ise fikrî ve sınai hakka tecavüz eylemlerinin varlığı için kusur şartının aranmaması, dolayısıyla tecavüzün önlenmesi veya kaldırılması taleplerinin her zaman ileri sürülebilmesi, ancak tazminat talep edilebilmesi için mütecevizin ayrıca kusurlu olmasının aranmasıdır. Bu çerçevede, yer sağlayıcı hukuka aykırılıktan haberdar edilmese, başka bir deyişle, sağlayıcının kusurunun varlığından söz edilemese dahi Yargıtay’ın ilgili kararları çerçevesinde yer sağlayıcı aleyhine tecavüzün önlenmesi ve durdurulması kararının verilebilmesi mümkündür.

Kanaatimizce Yargıtay’ın bu içtihadı eleştirilebilir. Fikrî ve sınai hak ihlallerinde tazminat dışındaki talepler bakımından kusurun aranmadığı doğrudur. Ancak bu durum yalnızca kanunda sayılan fiilin gerçekleştirilmesi durumunda, dolayısıyla bu fiili gerçekleştiren, müteceviz sıfatına sahip olan kişi açısından geçerlidir. Oysa yer sağlayıcılar daha önce de belirtildiği üzere içeriğe müdahale etmedikleri sürece asli fail/müteceviz konumunda değildir. Yer sağlayıcıların sorumluluğu ancak fer’i fail olmalarının şartları gerçekleştiyse doğar. Bu durum, sadece tazminat bakımından değil, tazminat dışı talepler bakımından da geçerlidir.¹⁶⁹ Dolayısıyla hukuka aykırı içeriği bilmediği için fer’i fail olamayacak yer sağlayıcı aleyhine de

¹⁶⁷ Yargıtay 11 HD, 15509/540, 20.01.2012; Yargıtay 11 HD, 618/8167, 16.12.2019; Yargıtay 11 HD, 7666/2582, 30.03.2022; Yargıtay 11 HD, 7666/2582, 30.03.2022.

¹⁶⁸ Yargıtay 11 HD, 1613/6559, 27.11.2017.

¹⁶⁹ Özel bir düzenleme bulunmadığı dönemde İsviçre hukukunda da durumun böyle olduğu hakkında bkz Wullschleger (n 135) 107, N 197.

tazminat dışındaki durdurma veya önleme talepleri ileri sürülemez¹⁷⁰. Bu taleplerin öne sürülebilmesi için hak sahibi tarafından yapılan ihtarın sonuçsuz kalması veya -Yargıtay tarafından kabul edilmese de- yer sağlayıcının özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi gerekir.

Kısaca müteceviz sıfatına sahip olmayan ve kusuru olmadığı için de TBK m 61 gereği müteselsilen sorumlu tutulamayan yer sağlayıcı aleyhine önleme veya durdurma kararlarının verilebilmesi mümkün olmayacaktır. Yer sağlayıcının kusurunun olup olmadığı ise işin esasına ilişkin bir incelemeyi gerektirmektedir.

E. AHS Olan Dijital Platformun Sorumluluğu

1. E-Ticaret Kanunu m 9/1 (Sorumluluktan Muafiyet Hükümü)

AHS olan dijital platformların sorumluluğu incelenirken E-Ticaret Kanunu m 9'daki hükümün dikkate alınması gerekecektir. Hükme göre, "*Diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça, aracı hizmet sağlayıcı, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumlu değildir.*" Hemen ifade edelim ki, bu başlık altında anlatılanlar bütün AHS'leri kapsamaktadır (ETAHS olan ve olmayanlar).

Daha önce de açıklandığı gibi, 7416 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce E-Ticaret Kanunu m 9/1'de, 5651 sayılı Kanun m 5/1 ile benzer bir düzenlemeye yer verilerek AHS'nin hukuka aykırılığı araştırmakla yükümlü olmadığı hüküm altına alınmıştı. E-Ticaret Kanunu m 9/1, 7416 sayılı Kanun ile değiştirilmiş, araştırma yükümlülüğü olmadığı kuralı yerine, yukarıda alıntılanan hüküm getirilmiştir.

Öncelikle belirtelim ki, E-Ticaret Kanunu m 9/1'de yapılan değişiklik sonrasında AHS'nin hukuka aykırı içeriği araştırmakla yükümlü tutulabileceği söylenemez. Zira her AHS aynı zamanda yer sağlayıcı da olacağından, 5651 sayılı Kanun m 5/1'de öngörülen yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriği araştırmakla yükümlü olmadığı kuralı AHS'ler hakkında da uygulanacaktır.¹⁷¹ Böylece 7416 sayılı Kanun öncesinde

¹⁷⁰ Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar (n 17) 509. Benzer şekilde, Çolak, internet üzerinde gerçekleştirilen satışlar bakımından patent hakkına tecavüzün tespiti davasının internet sitesi sahibine karşı ancak gerekli uyarı yapıldığı takdirde açılacağı, aksi takdirde site sahibine husumetin yöneltilemeyeceğini belirtmektedir. Yazar tecavüzün tespiti davası bakımından yaptığı açıklamaları tecavüzün durdurulması davası için yinelemekte, tecavüzün önlenmesi ve kaldırılması davaları için ise davada husumetin SMK'da patent hakkına tecavüz olarak kabul edilen *eylemleri gerçekleştiren mütecevize* karşı yöneltilebileceğini belirtmektedir. Bkz Uğur Çolak, *Türk Patent Hukuku*, (Adalet 2022) 1025-1049.

¹⁷¹ 7416 sayılı Kanun Gerekçesi'nde E-Ticaret Kanunu m 9/1'de yapılan değişiklik hakkında "*Birinci fıkrada yer alan aracı hizmet sağlayıcının, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içerik ve içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı hususlardan sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin mevcut hüküm muhafaza edilmiştir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Bkz İzmir Milletvekili Hamza Dağ ve 11 Milletvekilinin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4528) ve Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 345, m 3 Gerekçesi. Ancak AHS'nin araştırmakla yükümlü olmadığına ilişkin hüküm açık bir sorumsuzluk hükmü olmayıp, yukarıda yer sağlayıcılar bakımından yapılan açıklamalar çerçevesinde, yalnızca AHS'nin hukuka aykırılığı bilecek veya bilebilecek durumda olması değerlendirilirken dikkate alınabilecek bir hükümdür.

E-Ticaret Kanunu m 9’da öngörülen mükerrer düzenleme yürürlükten kaldırılmış, araştırma yükümlülüğüne tâbi olmak açısından AHS’nin hukuki durumunda bir değişiklik yapılmamıştır.

Değişiklik sonucunda, E-Ticaret Kanunu m 9/1 ile, AHS’ler bakımından başkasına ait içeriklerle ilgili olarak, AB hukukunda olduğu gibi sorumluluktan muafiyet hükmü öngörülmüştür. Hükmün gerekçesinde de DSA da dahil olmak üzere AB mevzuatından yararlanıldığı ifade edilmiştir.¹⁷² Nitekim, E-Ticaret Kanunu m 9/2 ve 3’te de, DSA m 6’da olduğu gibi muafiyet hükmünün istisnaları (AHS’nin olumsuz fiili çerçevesinde) düzenlenmiştir. Bu itibarla, aşağıda söz konusu muafiyetin AHS’nin olumlu fiilinden ve olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği AB hukukundan da faydalanılarak açıklanacaktır.

2. Muafiyet Hükmünün AHS’nin Olumlu Fiilinden Sorumluluğuna Etkisi

E-Ticaret Kanunu m 9’da sorumluluktan muafiyetin istisnalarına AHS’nin olumsuz fiili (içeriği kaldırmama) çerçevesinde yer verilmiştir. Muafiyet istisnalarının yalnızca olumsuz fiil temelinde kaleme alınmış olması nedeniyle, E-Ticaret Kanunu m 9/1’in acaba AHS’yi olumlu fiilinden mutlak olarak sorumsuz kıldığı söylenebilecek midir? Burada tekrar hatırlatmak gerekir ki, AHS olmayan dijital platformların (yani sadece yer sağlayıcıların) olumlu fiilinden sorumluluğu özellikle sağlayıcının özen yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda tesis edilebilmekteydi. Bu çerçevede, E-Ticaret Kanunu m 9/1’in, AHS’nin olumlu fiili bakımından özen yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir hüküm olup olmadığı incelenmelidir.

Yukarıda sorulan soru, muafiyet hükmünün AB hukukunda kabul edilen uygulanma alanından hareketle cevaplandırılabilir. Şöyle ki, yukarıda ayrıntısıyla anlatıldığı gibi, her şeyden önce ABAD, özellikle umuma iletim ile ilgili kararları çerçevesinde dijital platformun belli bir dereceye kadar özen yükümlülüğünün olduğunu ve bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde platformun umuma ileten olarak sorumlu olacağını kabul etmektedir. Dijital platformun müteceviz olarak sorumluluğunun tesis edilemediği hallerde ise muafiyet hükmünün uygulanma alanı yalnızca yer sağlayıcının pasif rol aldığı hallerle sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla yer sağlayıcı gerek müteceviz olduğu gerekse de aktif rol aldığı hallerde¹⁷³ sorumsuzluk hükmünden faydalanamayacaktır. Bu itibarla; her ne kadar Türk hukuku açısından dijital platformun belirli haller dışında müteceviz olarak sorumlu olmaması ve katılan sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiğini ifade etsek de katılan sıfatıyla sorumluluk

¹⁷² “Elektronik ticarete yaşanan değişim ve karşılaşılan yeni sorunların çözümüne yönelik olarak dünyada farklı mevzuat çalışmaları yürütülmektedir. Avrupa Parlamentosu tarafından yayımlanan 2019/1150 sayılı Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Ticari Kullanıcıları İçin Adillliği ve Şeffaflığı Teşvik Etmeye İlişkin Tüzük ile Dijital Hizmetler ve Dijital Piyasalar düzenleme tasarıları bulunmaktadır.” 345 Sıra Sayılı Komisyon Raporu, Genel Gerekeçe, 10.

¹⁷³ Teorik bir ayırım olmakla beraber, aktif rol bakımından sorumsuzluk hükmünün uygulanabileceği ve olumsuz davranıştan dolayı sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin farklı bir yorum için bkz başlık III, E, 3, b, aa.

halinde uygulama alanı bulacak olan E-Ticaret Kanunu m 9/1 hükmü, AHS'nin, ABAD içtihatları çerçevesinde kabul edilen özen yükümlülüğünü de ortadan kaldıran bir hüküm olarak yorumlanmamalıdır.

Kaldı ki, DSA Dibacesi'nin 17. paragrafında da yer sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin hükümlerin, yalnızca, sağlayıcının hizmetin alıcısı tarafından sağlanan *hukuka aykırı içerikle ilgili olarak sorumlu tutulmadığı hallerde uygulanacağı* ve ilgili muafiyet hükümlerinin, sağlayıcının *hangi durumlarda sorumlu tutulabileceğini temellendirdiği* şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, esasında 17. paragrafta da güvenli liman düzenlemesinin, hükümdeki koşulları yerine getiren (haberdar olma/ edilme halinde içeriği kaldıran) yer sağlayıcıların mutlak anlamda sorumsuz kabul edilmesine yol açmayacağı zımnen ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, yer sağlayıcının sorumlu tutulabileceği tek senaryo, hükümdeki hallerin gerçekleşmiş olmasına (haberdar olma veya farkında olma) rağmen içeriği kaldırmaması olarak kabul edilemeyecektir. Bu çerçevede, aslında artık yer sağlayıcının sorumsuzluğuna ilişkin hüküm bir “güvenli liman” düzenlemesi olmaktan ziyade yer sağlayıcının hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmadığı hallerde, sağlayıcıyı belli bir davranış yükümlülüğüne muhatap kılan bir hükümdür. Bu haliyle AB hukukundaki düzenleme, yukarıda incelediğimiz olumsuz fiilden sorumluluk alanını düzenlemektedir. Olumlu fiilden dolayı sorumluluk ise ilgili üye devletlere veya duruma göre ABAD kararlarına bırakılmıştır.

Öte yandan, AB hukukunda DSM Yönergesi m 17 ile dijital platformlar çeşitli tedbirler alma konusunda yükümlü tutulmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde de fikir ve sanat eseri sahibinin mali haklarının ihlali bakımından yer sağlayıcıların Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu (*Digital Millennium Copyright Act – DMCA*)'nda¹⁷⁴ öngörülen sorumluluk muafiyetinden yararlanabilmesi için sağlayıcının kendisinden beklenebilecek ve mali açıdan ciddi bir külfete yol açmayacak önlemleri almış olması gerekmektedir (DMCA m 512(i)).¹⁷⁵

O hâlde, buraya kadar açıklananlardan AB hukukunu iç hukukuna aktarmayı hedeflediği söylenebilecek olan Türk hukuku bakımından da şu tespitlerde bulunulabilir: Yukarıda yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesini önerdiğimiz olumlu fiillere ilişkin “özen yükümlülüğü”, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle paralel olarak, AHS'ler bakımından da kabul edilebilir. Özen yükümlülüğünü ihlal etmemesi nedeniyle olumlu fiilden sorumlu tutulamayan yer sağlayıcının *olumsuz fiilden kaynaklanan sorumluluğu E-Ticaret Kanunu m 9'a göre belirlenmeli* ve ancak m 9/2 ve 3'teki şartlar gerçekleşmişse AHS'nin olumsuz fiilden kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilmelidir.

¹⁷⁴ Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, 2887, October 28 1998.

¹⁷⁵ Esasında bu düzenleme ile, günümüzde, hukuka aykırı içeriklerin tespit edilmesini kolaylaştıran teknolojilere erişebilirlik arttıkça yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün de arttığı kabul edilmiştir. Bkz Kamiel Koelman ve Bernt Hugenholtz, Workshop on Service Provider Liability (1999), World Intellectual Property Organization 30, <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/wipo99.pdf>> erişim tarihi: 30.11.2022.

Yeri gelmişken vurgulamak gerekir ki, E-Ticaret Kanunu m 9/1 değişikliğinin yalnızca AHS'ler bakımından değil 5651 sayılı Kanun ile tüm yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesi çok daha isabetli olabilirdi. Her ne kadar Yargıtay içtihatlarıyla AHS olmayan yer sağlayıcılar bakımından da benzer bir sonuca ulaşıyor olsa da kanunda AHS olan yer sağlayıcılar ile AHS olmayan yer sağlayıcılar arasında sorumluluk konusunda bir ayrımın yapılması ve bu iki yer sağlayıcıyı farklı hükümlere tâbi tutulması uygun olmamıştır. Bu iki grup arasında farklılık yaratılmasını gerektiren haklı bir neden yoktur.

3. Muafiyet Hükümünün İstisnası: AHS'lerin Olumsuz Fiilinden Sorumluluğu

a. ETAHS Olmayan AHS Olan Dijital Platformlar

E-Ticaret Kanunu m 9/2 ve 9/3 hukuka aykırı içeriği kaldırma yükümlülüğü ve fikrî ve sınai haklar bakımından özel bir uyar-kaldır sistemi öngörmektedir. Ancak hükmün lafzına bakıldığında bu yükümlülüklerin süjesi ETAHS ile sınırlandırılmıştır. ETAHS, belirtildiği gibi, AHS sıfatına sahip yer sağlayıcılardan daha dar bir kapsama sahiptir. Dolayısıyla hükmün lafzına bakıldığında ETAHS olmayan AHS'ler bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğü olmadığı görülmektedir. Bu durumun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olup olmadığı kanun gerekçesinden anlaşılamamaktadır.

Yargıtay'ın değişiklik öncesi tüm yer sağlayıcılara ilişkin kabul ettiği, haberdar edilme halinde içeriği yayımdan kaldırmaya ilişkin yazılı olmayan davranış kuralının, açık bir sorumsuzluk hükmü karşısında (E-Ticaret Kanunu m 9/1) AHS'ler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Esasında ABAD içtihatları çerçevesinde haberdar edilmiş ancak içeriği kaldırmamış olan AHS'nin artık aktif bir rol oynadığı, dolayısıyla E-Ticaret Kanunu m 9/1'deki hükümden yararlanamayacağı söylenebilir. Yine içeriğin hukuka aykırı olduğunu öğrenen AHS'nin artık haksız fiilden katılan sıfatıyla (TBK m 61) sorumlu olacağı da kabul edilebilir. Kaldı ki, kanun koyucunun amacının ETAHS olmayan AHS'leri mutlak anlamda sorumsuz kabul etmek olduğu söylenemez. Bu açıdan hükmün özensiz şekilde kaleme alındığı ve burada açık boşluk olduğu kabul edilebilir. Mevcut hükümler çerçevesinde E-Ticaret Kanunu m 9 ikinci ve üçüncü fıkralarının AHS'ler bakımından kıyasen uygulanması veya bütün yer sağlayıcılar bakımından kabul ettiğimiz gibi, AHS'lerin genel haksız fiil sorumluluğuna tâbi tutulması benimsenebilir.

ETAHS'ler bakımından öngörülen hükümleri incelemeyen önce ifade etmek gerekir ki, tıpkı AHS olan ve olmayan yer sağlayıcılar açısından farklı düzenlemelerin yapılmasını haklılaştıracak bir neden olmadığı gibi ETAHS olan ve ETAHS olmayan

AHS'lerin de internetteki sorumluluk açısından farklı hükümlere tâbi olmasını haklılaştıracak bir neden kanaatimizce bulunmamaktadır.

b. ETAHS Olan Dijital Platformlar

aa. Genel Olarak

E-Ticaret Kanunu m 9/2'ye göre, “[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, elektronik ticaret hizmet sağlayıcı tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan haberdar olması hâlinde, bu içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirir.” Görüldüğü üzere, hükümde ETAHS, içeriğin “hukuka aykırı olduğundan haberdar olması halinde” içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulmaktadır. Burada kullanılan “hukuka aykırılık” kavramının içeriği oldukça geniş anlaşılmalıdır. Bu itibarla, hukuka aykırılık örneğin, bir kişilik hakkı ihlali veya suç teşkil eden bir eylem olabilecektir.¹⁷⁶ Hukuka aykırılık kavramının mutlak haklardan olan fikrî ve sınai hak ihlallerini de kapsayacağı düşünülebilirse de aşağıda açıklayacağımız sebeplerle bu ihtimalin E-Ticaret Kanunu m 9/3'e göre değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

Yine, E-Ticaret Kanunu m 9/2'de yer alan “haberdar olma” ifadesi de “haberdar edilme” ifadesinden daha geniş bir durumu ifade etmektedir. Zira haberdar olma ifadesi, haberdar edilmenin aksine hak sahibi veya üçüncü kişilerin herhangi bir bildirim olmadan, ETAHS'nin kendiliğinden hukuka aykırılıktan bilgi sahibi olmasını ifade etmektedir. Kanun koyucunun bu konudaki tercihinin bilinçli olduğu konusunda tereddüde düşülebilir. Zira 5651 sayılı Kanun m 5.2 haberdar edilmeden ve yine E-Ticaret Kanunu m 9.3 bildirim yapılmasından söz etmektedir. Öte yandan aşağıda değinileceği üzere, ETAHS'nin bilgi sahibi olmasını sadece haberdar edildiği durumlarla sınırlamamak diğer hukuk sistemleri ile daha uyumu olacaktır.

Hükümün üçüncü fıkrasına göre ise “[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir.” Burada m 9/3'ün, m 9/2'ye göre daha dar kapsamlı bir hüküm olması nedeniyle fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından haberdar olma halinin haberdar edilme ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı tartışılmalıdır. Zira hükümün ikinci fıkrasında içeriğin kaldırılması halinde bunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirileceği, üçüncü fıkrasında ise hak sahibine bildirileceği düzenlenmektedir. Gerekçede de “[m]addeye eklenen üçüncü fıkrayla, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlallerinin önlenmesi amacıyla, ikinci fıkradaki esaslardan farklı olarak özel yayımdan kaldırma (uyar-kaldır) usulü

¹⁷⁶ İlgili hallerde 5651 sayılı Kanun m 8 ve 9 hükümlerinde içeriğin “yayımdan çıkarılmasına” ilişkin usulün ilga edilip edilmediği tartışılabilecektir.

düzenlenmektedir” ifadelerine yer verilmiştir.¹⁷⁷ Bu çerçevede her ne kadar kural olarak m 9/2’de yer alan “hukuka aykırılık” ifadesi fikrî ve sınai hak ihlallerini de kapsayacak genişlikte olsa da kanun koyucu tarafından, fikrî ve sınai haklar ikinci fıkra kapsamında değil üçüncü fıkra kapsamında değerlendirilerek haberdar olma hali, “hak sahibi tarafından haberdar edilme” ile sınırlandırılmıştır sonucuna ulaşılabilecektir.

Gerek DMCA’da, gerekse DSA’da yer sağlayıcının içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulması “haberdar edilmiş” olması hali ile sınırlandırılmamaktadır. Her iki düzenlemede de yer sağlayıcının hukuka aykırılıkla ilgili güncel bir bilgiye sahip olması yeterli olduğu gibi, hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma dahi yer sağlayıcının içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü tutulmasına yol açmaktadır.¹⁷⁸ Bu çerçevede, mevzuatımızda da fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından haberdar edilmenin yanı sıra haberdar olma ve hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olmanın da içeriğin yayımdan kaldırılmasına ilişkin davranış yükümlülüğünün kapsamında düzenlenmesi, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle daha uyumlu olurdu. Özellikle yer sağlayıcı içerik üzerinde kendisine bilgi ve kontrol imkânı verecek şekilde içerikle ilgili birtakım (aktif) faaliyetlerde bulunmuşsa internetin düzgün işleyişi açısından sağlayıcının, ihlali gecikmeksizin ortadan kaldırmama şeklindeki olumsuz davranışından sorumlu tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla, fikrî ve sınai haklar bakımından hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma halinin de hükmün kapsamına dahil edilmesi aktif rol oynayan yer sağlayıcının sorumluluğunun da davranış yükümlülüğü çerçevesinde kanuni bir zemine dayandırılması açısından daha isabetli olurdu.¹⁷⁹

bb. Fikrî ve Sınai Haklar için Kabul Edilen Özel Uyar-Kaldır Usulü

Fikrî ve sınai haklar bakımından özel bir uyar-kaldır usulü öngören E-Ticaret Kanunu m 9/3’e göre,

“[e]lektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, hak sahibinin, fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlaline dair bilgi ve belgeye dayanan şikâyeti üzerine, elektronik ticaret hizmet sağlayıcının şikâyete konu ürününü yayımdan kaldırarak durumu kendisine ve hak sahibine bildirir. Elektronik ticaret hizmet sağlayıcının, şikâyetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanan

¹⁷⁷ 7416 sayılı Kanun m 3 Gerekeşi.

¹⁷⁸ Bkz DMCA m 502(c)(1), DSA m 6/1-a.

¹⁷⁹ Aslında yer sağlayıcının aktif rol aldığı hallerle yer sağlayıcının hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olduğu haller bir açıdan örtüşmektedir. Zira yukarıda açıklandığı üzere ABAD’a göre aktif rol, yer sağlayıcıya içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı verecek roldür. Hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olmak ise “basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederdi ve içeriği yayımdan kaldırırdı” sonucuna ulaştırabilecek durum ve koşulların farkında olma hali. Eğer yer sağlayıcı sonraki davranışlarıyla içerik üzerinde bilgi ve kontrol imkânı elde edecek bir rol oynamışsa içeriğin hukuka aykırılığını gösteren durum ve koşulların farkında olmadığı söylenemez. Dolayısıyla hukuka aykırı eylem veya bilginin açıkça anlaşıldığı durum ve koşulların farkında olunması hali hükmeye dahil edilirse aktif rol oynayan yer sağlayıcılar da içeriği gecikmesizin yayımdan kaldırmadıkları durumlarda sorumlu olacaklardır. *Rosati* de aktif rol alma hali ile durum ve koşullardan farkında olma hali arasında bir bağlantı kurmuştur, Reform (n 115) 14.

itirazını elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya sunması üzerine şikâyete konu ürünü yeniden yayımlar. Şikâyet ve itirazda; ilgililerin açık kimlik ve adres bilgileri, ihtilafla konu ürün hakkındaki bilgiler; ürünün yayımdan kaldırılması veya yayımlanmasının gerekliliğine dair gerekçeler ile yönetmelikle belirlenen diğer hususlar yer alır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakları saklıdır.”

Her ne kadar hükmün uygulanma alanı ETAHS’ler ile sınırlandırılmış olsa da, fikrî ve sınai haklar açısından özel bir uyar-kaldır usulünün kabul edilmiş olması Türk hukuku açısından oldukça olumlu bir gelişmedir. Zira gerek DSA gerekse DMCA’da yer sağlayıcılar özel bir uyar-kaldır sistemi kurma konusunda yükümlü tutulmaktadır.¹⁸⁰ İlgili düzenlemelere göre, bu usul aracılığıyla yer sağlayıcının haberdar edilmiş olması halinde yer sağlayıcılar içeriği yayımdan kaldırmalıdır. E-Ticaret Kanunu m 9/3, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle büyük ölçüde uyumlu olduğu gibi yer sağlayıcılar açısından daha önce bahsedilen hukuki belirsizliği de ortadan kaldırması açısından da önemli bir hükümdür. Zira, bu sistem sayesinde ETAHS’lerin hangi durumlarda haberdar edildiği konusundaki tereddüt de ortadan kalkmış olacaktır. E-Ticaret Kanunu m 9 hükmünün kaleme alınış şekli itibarıyla ETAHS’nin Yönetmelikle belirlenen usul dışındaki şekillerde haberdar edilmiş olması halinde, içeriği yayımdan kaldırma şeklinde bir davranış yükümlülüğünün ortaya çıkmadığı kabul edilmelidir.¹⁸¹

ETAHS’nin haberdar edilme usulüne ilişkin detaylar 29.12.2022 tarihli Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik¹⁸² (E-Ticaret Yönetmeliği) m 12 vd.’da düzenlenmiştir. Bu çerçevede E-Ticaret Kanunu’na uygun bir bildirim varlığı ve ETAHS’nin içeriği kaldırmakla yükümlü tutulabilmesi için gerçekleştirilmesi gereken bildirim usul ve içeriği bu Yönetmelik çerçevesinde kısaca incelenmelidir.

¹⁸⁰ Bkz DMCA, m 512(c), DSA m 16.

¹⁸¹ Yukarıda belirttiğimiz gibi yayımdan kaldırma yükümlülüğünün yalnızca haberdar edilme ile sınırlanmaması gerekmektedir. Yayımdan kaldırma yükümlülüğünün haberdar edilme ile sınırlanmadığı hallerde yer sağlayıcının uyar-kaldır usulü haricinde haberdar edilmiş olması halinde de hukuka aykırılıktan “haberdar olma” ya da “hukuka aykırılığı açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma” halinin gerçekleşebileceği ileri sürülebilir. ABAD’a göre içeriği yetersiz, başka bir deyişle, yeterince kesin ve temellendirilmiş olmayan bildirimler de yer sağlayıcının “içeriğin hukuka aykırılığını açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olma” hali incelenirken dikkate alınması gerekmektedir. Buna göre, bildirim içeriği yetersiz olsa dahi basiretli bir ekonomik operatör somut olaydaki hukuka aykırılığı fark ederdi ve içeriği yayımdan kaldırdığı sonucuna ulaşabilmekte ise bu bildirim üzerine içeriğin yayımdan kaldırılmaması da yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açabilecektir. Bkz L’Oréal ve diğerleri, para 122. DSA m 16/3’te ise, yer sağlayıcının m 16 ile kabul edilen uyar-kaldır usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, basiretli bir yer sağlayıcının detaylı bir hukuki inceleme yapmaksızın ilgili bilgi veya eylemin hukuka aykırılığını tespit edebildiği durumlarda, yer sağlayıcının, m 6 (güvenli liman düzenlemesi) anlamında güncel bir bilgi veya farkındalığa (*actual knowledge or awareness*) sahip olmasına yol açacaktır. Anılan maddede gerek güncel bir bilgiye sahip olma gerekse farkındalık hali bakımından “usulüne uygun olarak” yapılan bildirimlerden bahsedildiği için usulüne uygun olarak yapılmayan bildirimlerin yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açıp açmayacağı kanaatimizce ABAD’ın içtihatlarına göre belirlenecektir. DMCA’da ise usulüne uygun olarak yapılmayan bildirimlerin yer sağlayıcının güncel bir bilgiye sahip olması ve içeriğin hukuka aykırılığını açıkça gösteren durum ve koşulların farkında olmasını etkilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bkz DMCA m 512(c)(3)(B). Uyar-kaldır sisteminin kabul edildiği durumlarda usulüne aykırı olarak yapılan bildirimlerin yer sağlayıcının bilgi veya farkındalığına yol açtığının kabul edilmesinin sistemi anlamsız kılacağı ve yer sağlayıcıları, sorumluluk altında kalmamak için içerikleri rastgele yayımdan kaldırmaya teşvik edeceği konusunda Rosa Julia-Barceló ve Kamiel J. Koelman, ‘Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good But It’s Not Enough’ (2000) 16(4) CLSR 231, 237.

¹⁸² RG 29.12.2022/32058.

Hemen belirtelim ki; E-Ticaret Kanunu m 9/3'te "hak sahibi" tarafından gerçekleştirilecek bir şikayetten başka bir deyişle, içeriğin fikri veya sınai bir hakkı ihlal ettiğine ilişkin bir bildirimden bahsedilmektedir. Dolayısıyla, üçüncü kişiler tarafından yapılacak olan bildirimler, Yönetmelik ile detaylandırılan uyar-kaldır usulüne tâbi olmayacaklardır. DSA'da ise uyar-kaldır usulünün kullanımı yalnızca hak sahibi ile sınırlandırılmamış, üçüncü kişi ve kuruluşlar tarafından yapılacak olan tüm bildirimler aynı usul kapsamında düzenlenmiştir.

E-Ticaret Kanunu m 9/3'te, hak sahibi tarafından yapılacak şikayetin "bilgi ve belgeye" dayanması gerektiği belirtilmektedir. Kanun ile uyumlu olarak E-Ticaret Yönetmeliği m 12/1 a-d fıkralarında şikayet başvurusunda yer alacak bilgi ve belgelerin ne olduğu açıkça sayılmıştır. Buna göre şikayet; hak sahipliğini gösterir belge, şikayette bulunanın kişisel bilgileri, şikayet konusu ürünün fikri ve sınai mülkiyet hakkını ihlal ettiğine dair gerekçe ve deliller, şikayete konu ürünün yer aldığı internet sitesinin adresi ve son olarak şikayet başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda başvuru sahibinin doğacak zararlardan sorumlu olduğuna dair bir beyan içermelidir. Şikayet başvurusu sahibi bu hususları içeren şikayetini dahili iletişim sistemi¹⁸³, noter veya KEP aracılığıyla ETAHS'ye iletmek zorundadır (m 12/1). Yönetmelik m 12/2'ye göre belirtilen hususları içermeyen şikayet başvurusu ETAHS tarafından işleme alınmayıp başvuru sahibi eksikler konusunda bilgilendirilecektir.

Yönetmelik m 12/1-a'da itiraz sahibinin şikayetinde yer vermesi gereken, hak sahipliğini gösterir belgelerin sınırlı bir şekilde sayıldığı görülmektedir. Buna göre, "Türk Patent ve Marka Kurumunca düzenlenen hak sahipliğini gösterir tescil belgesi veya Kültür ve Turizm Bakanlığınca düzenlenen bandrol formu ya da 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamındaki meslek birlikleri bakımından faaliyet belgesi" şikayet başvurusunda yer almalıdır. Bununla beraber, mahkeme kararı olmaksızın içeriğin kaldırılmasına yol açabilecek şikayetin içeriğinin kuvvetlendirilmesini ve ETAHS tarafından yapılacak incelemenin

¹⁸³ Yönetmelik m 4/1-ç'ye göre dahili iletişim sistemi; *elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcılarla elektronik ticaret pazar yerindeki her türlü iletişimini kolay ve ücretsiz sağlamak üzere oluşturduğu* sistemdir. Yönetmelik m 18'de ise ETHS ile olan iletişimin dahili iletişim sistemi üzerinden gerçekleştirilmesi ETAHS'lerin yükümlülükleri arasında sayılmış, platform kullanıcıları için de sistemin aktifleştirilmesi konusunda ETAHS'ler açıkça yükümlü tutulmamıştır. Bu itibarla; her ne kadar fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlalleri bakımından noter veya KEP aracılığıyla da itiraz imkanı sağlanmış olsa da noter masrafları ve ortalama bir internet kullanıcısının KEP aracılığıyla iletişime geçme ihtimalinin oldukça düşük olduğu dikkate alındığında ETHS'lerin ETHS olmayan kullanıcılarına da dahili iletişim sistemini kullanma imkanı sunmak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Zira, Elektronik Ticaret Kanunu m 9/3'ün gerekçesinde de "elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı, bu fıkırdaki yer alan usul ve esaslara göre iletişim sistemini kurmak, erişime açık tutmak ve etkin bir şekilde işletmekle yükümlü olacaktır" ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca DSA'da da yer sağlayıcılar erişimi kolay ve kullanıcı dostu sistemler kurmaları konusunda yükümlü tutulmaktadır (m 16/1). ETHS'lerin kullanıcılarına kolay iletişim imkanı veren dahili iletişim sistemini sunmaları ve bu sistem aracılığıyla itirazların ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin site kullanım koşullarında talimatlara yer vermeleri platformların özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. ETAHS'nin bu yöndeki yükümlülüğüne aykırı davranması, başka bir ifadeyle, ilgili iletişim sistemini erişilebilir kılmaması ya da kullanım koşullarında gerekli bilgilere yer vermemesi halinde, ETAHS'nin özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı ve fikri veya sınai hak ihlalinin yardım eden olarak müteselsilen sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Bu konuda bkz Ohly, The Broad Concept (n 88) 675.

“kolaylaştırılmasını” sağlasa bile hükmün sınırlayıcı bir şekilde kaleme alınması şu soruları da beraberinde getirmektedir: Tescilsiz bir hakkın, örneğin uzun yıllardır kullanılan tescilsiz bir marka veya SMK korumasını haiz tescilsiz bir tasarım hakkının ya da FSEK m 81/1¹⁸⁴ dışında kalan, hatta FSEK m 81/1 kapsamında dahi kalsa FSEK korumasının kazanılması için bandrol kullanımının zorunlu olmadığı eserlerin¹⁸⁵ varlığı halinde bu haklara ilişkin ispat ne şekilde gerçekleştirilecektir? Önceki tarihteki tescilsiz hakkın ya da eser korumasının varlığını tespit eden bir mahkeme kararının şikayette sunulması halinde şikayet işleme alınmayacak mıdır? Yine hükümde yer alan “meslek birlikleri bakımından faaliyet belgesi” ile şikayette bulunanın meslek birliği olması durumu mu kastedilmektedir, bu soru olumlu yanıtlanacak olursa münhasır esere ilişkin bilgileri içermeyen meslek birliğinin faaliyet belgesi hak sahiplerinin meslek birliklerini hak takibi konusunda yetkilendirdikleri yetki belgesi olarak mı anlaşılmalıdır¹⁸⁶? Bu gibi soruları bertaraf etmek amacıyla hükmün daha esnek bir şekilde kaleme alınması daha isabetli olurdu.

Yönetmelik’te şikayet başvurusunda şikayet konusu ürünün fikri ve sınai mülkiyet hakkını ihlal ettiğine dair gerekçe ve delillerin yer alması gerektiği belirtilmekle beraber bu gerekçe ve delillerin ispat kuvveti bakımından sahip olması gereken nitelikler maddede açıkça sayılmamıştır. Buna ek olarak, Yönetmelik m 12/3’te ise, gerekli içeriğe sahip şikayet kendisine ulaşan ETAHS’nin kırk sekiz saati geçmemek üzere içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu itibarla, şikayetin yeterince temellendirilmiş olup olmadığı konusunda Yönetmelik’te ETAHS’ye bir takdir hakkı verilmediği söylenebilir. Ancak, E-Ticaret Kanunu m 9/3’te açıkça belirtilen şikayetin “bilgi ve belgeye dayanması” şartı DSA m 16/2’deki “bildirim yeterince kesin ve temellendirilmiş olması” şartı ile uyumlu bir içeriğe sahip olacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu açıdan bildirimlerin açıkça temelden yoksun ve soyut birtakım iddialardan ibaret olmaması gerekir. O halde, ETAHS’nin şikayetin temellendirilmiş olup olmadığının tespiti açısından belli ölçüde bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilmelidir. Bu takdir yetkisinin sınırları belirlenirken ETAHS’lerin hukuki inceleme mercii olmadığı unutulmamalıdır. Her şeyden önce ETAHS’nin ürünü yayımdan kaldırıp kaldırmama konusunda değil, ihlal iddiasının somut ve

¹⁸⁴ “Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayımlara bandrol yapılandırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapılandırılması zorunludur.”

¹⁸⁵ Eser korumasının tescil vb. bir koşula tâbi olmaksızın elde edildiği konusunda bkz Kılıçoğlu, Fikrî Haklar (n 26) 95.

¹⁸⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla mevzuatımızda münhasıran meslek birliklerine özgü “faaliyet belgesi” adı altında bir belgeye rastlanmamaktadır. Bu belgenin, meslek birliklerinin faaliyete geçebilmeleri için gerekli makamlardan alınacak izinlere yönelik bir belge olduğu düşünülecek olsa bile söz konusu belgenin, E-Ticaret Yönetmeliği m 12/1-a bendinde sayılan diğer belgelerden farklı olarak paylaşım konu içerik üzerindeki hak sahipliğini gösterme fonksiyonunu icra etmesi zordur. Bu açıdan hükümde yer alan belgenin “yetki belgesi” olarak anlaşılması daha makul gözükmemektedir. Nitekim, Telif Hakları Alanında Meslek Birlikleri Yönetmeliği’ne (RG 07.04.2022/31802) göre yetki belgesi, *hak sahibinin belirli mali haklarının idaresi ve takibi, telif ücretlerinin tahsili ve bu ücretlerin dağıtımını için meslek birliğini yazılı olarak yetkilendirdiği, hak sahibi ile meslek birliği arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğuran belgeyi ifade etmektedir. Aynı Yönetmelik’in 53. maddesine göre de; “Meslek birliği; hak sahiplerince verilecek yetki belgesine konu hakları kendi adına kullanmaya, üçüncü kişilere kullanırmaya, kullanmaktan men etmeye, kullanımlar karşılığında ödenen ücreti tahsil etmeye, bu hakların takibi ve tahsili için her türlü kazai, idari ve icrai yollara başvurmaya ve takip etmeye yetkili ve yükümlüdür.”*

makul ölçüde temellendirilip temellendirilmediği konusunda bir takdir yetkisinin olduğu vurgulanmalıdır. Eğer şikayet yeterince kesin ve temellendirilmişse ETAHS içeriği yayımdan kaldırmakla yükümlüdür. Bunun dışında; gerçekten böyle bir hakkın olup olmadığı, somut olaydaki kullanımın tecavüz niteliğinde olup olmadığı, ihlale ilişkin iddiaların doğru olup olmadığı, içeriğin yayımdan kaldırılması gerekmediği konusunda bir takdir yetkisi olmaksızın, ETAHS, içeriği kırk sekiz saat geçmeden yayımdan kaldırmakla yükümlüdür.¹⁸⁷ Zira ortada gerçekten bir tecavüzün olup olmadığını belirlemek en nihayetinde mahkemelerin yetkisindedir.¹⁸⁸ Ürünün eser korumasını haiz olup olmadığı, somut olayda hakkın kapsamı dışında bırakılan bir eylemin mevcut olup olmadığı, ayırt edici ad ve işaretler bakımından karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ancak mahkemeler tarafından belirlenebilir.

Bu incelemeyi akreditifte belgeler üzerinden yapılan incelemeye benzetmek yanlış olmayacak kanaatindeyiz. Orada olduğu gibi ETAHS sunulan belgeleri dış görünüş itibarıyla inceleyecek, Yönetmelik'te aranan belgelerin metinlerini esas alacaktır¹⁸⁹.

Öte yandan, bilgi ve belgeye dayanmanın tespiti açısından belli ölçüde bir takdir yetkisinin olduğu kabul edilse de, kendisine bir bildirim ulaştırılması halinde, ETAHS'nin içeriği yayımdan kaldırmadığı takdirde sorumluluk tehdidi altında kalabilecek olması da, sağlayıcının bildirim içeriğinden bağımsız olarak şikayete konu ürünü yayımdan kaldırması ile sonuçlanabilecektir.¹⁹⁰ Bu itibarla, gerek uyar-kaldır usulünün kötü niyetli kullanımlara elverişli olması gerekse şikayetin içeriğinin "bilgi ve belgeye" dayanıp dayanmadığının muğlak bir şart olması nedeniyle içeriğin haksız yere yayımdan kaldırılması örnekleri ile karşılaşma ihtimali oldukça yüksektir.¹⁹¹ İşte bu gibi durumların önüne geçmek amacıyla, içerik sağlayıcının ifade özgürlüğünün korunmasındaki¹⁹² menfaati de dikkate alınarak geri bildirim (itiraz) yoluyla içeriğin yeniden yayımlanmasının sağlanması gerekmektedir.¹⁹³ Böylece esasında içerik yeniden yayımlanarak hak sahibi de iddialarında ciddiye hakkını

¹⁸⁷ DMCA'da kabul edilen uyar-kaldır sistemi bakımından yer sağlayıcının ihlal bildirimini geçerli olup olmadığını incelemek zorunda olmadığı, zira hükmün amacının uyumsuzluğu nihai anlamda ortadan kaldırmak değil yer sağlayıcının ihlal iddialarından korunması olduğu konusunda bkz Mitchell Zimmerman 'Your DMCA Safe Harbour Questions Answered' (Fenwick & West LLP 2017) 22, <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf>> erişim tarihi: 03.12.2022. Yine bildirim sonucunda içerik haksız yere yayımdan kaldırılmış ve içerik sağlayıcı bir zarara uğramışsa içerik sağlayıcı bildirimde bulunan kişiye karşı genel hükümler uyarınca sorumlu olabilir. Nitekim Elektronik Ticaret Kanunu m 9/3'te de ilgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Şikayet başvurusunda yer alması gereken, sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda başvuru sahibinin doğacak zararlardan sorumlu olduğuna dair beyanın bu konuda bir uyarı niteliği taşıdığı da söylenebilir.

¹⁸⁸ Yusufoglu Bilgin, Fikri Mülkiyet (n 84) 507.

¹⁸⁹ Bu inceleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Kaya Arslan, *Belgeli Akreditifte Lehlerin Hukuki Durumu* (Beta 1995) 100; Seza Reisoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif* (Ayyıldız Matbaası 1995) 199.

¹⁹⁰ Ohly, Trade Mark (n 120) 425.

¹⁹¹ Uyar-kaldır sistemi, özellikle marka açısından olması gerekene ulaşma konusunda yetersiz olduğu için eleştirilmektedir. Bkz ibid 431.

¹⁹² İçerik sağlayıcının haberdar edilmeksizin içeriğin yayımdan kaldırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği konusunda bkz Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 231.

¹⁹³ Geri bildirim sisteminin kabul edilmesinin önemi hakkında bkz Baistrocchi (n 79) 125; Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 234 vd.

nihai karar mercii olan mahkemelerde aramaya teşvik edilmektedir. Bu çerçevede E-Ticaret Kanunu m 9/3'e göre, içerik sağlayıcının geri bildirim üzerine içeriğin yeniden yayımlanacağını kabul edilmesinin menfaatler arasındaki dengeyi de daha iyi şekilde sağladığı söylenebilir.¹⁹⁴

İçerik sağlayıcı tarafından yapılacak şikayetin aksini gösteren geri bildirim Yönetmelik m 13'te "şikayet başvurusuna itiraz" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre itirazda; (a) itirazda bulunan kişinin kişisel bilgileri, (b) itirazın gerekçeleri, yayımdan kaldırılan ürünün şikâyetle bulunanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal etmediğine dair belge ve deliller, (c) ürünün orijinal olduğunu ispatlamaya elverişli fatura veya fatura yerine geçen belgeler, kendisinden başlayarak geriye doğru fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahibini veya hak sahibinin verdiği yetkiyle ürünü piyasaya sunmuş kişileri gösterir sözleşme, sair belge ve delilleri¹⁹⁵ ve (ç), itiraz başvurusu kapsamında sunulan bilgi ve belgelerin gerçeğe aykırı olması durumunda doğacak zararlardan sorumluluğa dair bir beyan içermelidir. İçerik sağlayıcı tarafından yapılan itiraz da dahili iletişim sistemi, noter veya KEP aracılığıyla yapılacaktır.

Yönetmelik'te, şikayet başvurusundan ve içeriğin yayımdan kaldırılmasından farklı olarak içeriğin şikayet başvurusuna itirazını takiben yeniden yayımlanması için itirazın haklılığının "açıkça" anlaşılması şartı aranmıştır (m 14). Dolayısıyla, ETHAS itirazı takiben içeriği doğrudan yeniden yayımlayamayacak itirazın açıkça haklı olup olmadığını araştıracaktır. Örneğin, şikayete konu ürünün satın alındığını gösteren bir belge varsa itirazın açıkça haklı olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bununla beraber, itiraz sahibi örneğin üründe, şikayet başvurusunda bulunan kişinin aksine markanın benzerinin kullanılmadığını iddia etmişse bu iddia kapsamında ETHAS'nin haklılık incelemesini ne şekilde gerçekleştireceği cevaplanması gereken önemli sorulardan birisidir.

Geri bildirim imkanı, hak sahibi ve içerik sağlayıcı arasında bir açıdan iş birliğini de sağlayarak istisnai hallerde zararın büyümesine de engel olabilir. Şöyle ki; elektronik ticaret faaliyeti yeterli uzmanlığı olmayan kişiler tarafından da yapılabilir. Bu kişiler, kimi durumlarda başkasının korunan bir hakkının varlığından dahi haberdar olmayabilir. Böyle bir durumda ETHAS'nin kendisine şikayete ilişkin bildirim ile bilgilendirilen kişi, fiilini sürdürmekten vazgeçebilecektir. Yine şikayete itirazda bulunan kişinin ciddi birtakım iddiaları da hak sahibinin ihlal iddialarını

¹⁹⁴ DSA'de yer sağlayıcılar geri bildirim usulü kurma konusunda yükümlü tutulmamaktadır. Ancak DMCA'da geri bildirim usulü kabul edilmiştir. Bununla beraber Türk hukukundaki düzenlemenin aksine DMCA'da yer sağlayıcı karşı bildirim, ilk bildirimde bulunan kişiye iletmeli ve bu kişinin dava açmamış olması halinde 10-14 iş günü içerisinde içeriği yeniden yayımlayacağını ilk bildirim sahibine bildirmelidir. Bkz DMCA m 512(g)(2)(C). İçeriğin, içerik sağlayıcının bildirim üzerine yayımlanmamasının ve mahkeme ile elde edilmesi gereken sonuca (tecavüzün önlenmesi, durdurulması) bildirim yoluyla ulaşılmasının eleştirisi için bkz Julia-Barceló ve Koelman (n 181) 236.

¹⁹⁵ Hükümün (b) bendinde zaten "fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal etmediğine dair belge ve delillerin" sunulması gerektiği kaleme alınmıştır. Dolayısıyla "sair belge ve deliller" ifadesi de dikkate alındığında (c) bendi (b) bendinde belirtilen belge ve delilleri örneklendirmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu çerçevede (c) bendinin (b) bendi altında kaleme alınması daha isabetli olabilirdi.

değerlendirmesi ve dava açıp açmama konusunda nihai kararını vermesine etki edebilir. Bu çerçevede kanaatimizce Yönetmelik ile, ETAHS tarafından, içerik sağlayıcının itirazının da şikayette bulunan hak sahibine iletilmesi gerektiğinin düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak, daha önce de belirtildiği gibi, yukarıda açıklanan olumlu sonuçları nedeniyle ETAHS'ler açısından kabul edilen uyar-kaldır usulünün tüm yer sağlayıcılar bakımından kabul edilmesi çok daha yerinde olurdu.

Sonuç

Çalışmada varılan sonuçları şöyle özetleyebiliriz:

1. ABAD özellikle umuma iletim eyleminin kapsamını genişleterek bazı durumlarda içerik sağlayıcıyla beraber yer sağlayıcıyı da umuma ileten olarak değerlendirmektedir. ABAD içtihatları ile kabul edilen bu yaklaşım daha sonra DSM Yönergesi m 17'de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ancak ABAD'ın bu içtihadının arkasında üye devletlerin iç hukukunun uyumlaştırılması ve umuma iletim eylemine, yer sağlayıcılık faaliyetini aşarak müdahil olan yer sağlayıcıların güvenli liman düzenlemesine dayanarak sorumsuz kabul edilmesinin önüne geçilmesi amacı vardır.
2. ABAD'ın genişletici yorumunun saikleri düşünüldüğünde bu içtihadın Türk hukukuna (açık bir düzenleme bulunmadığı sürece) olduğu gibi aktarılmaması gerekmektedir. Bu çerçevede umuma iletim eylemi de dahil olmak üzere, yer sağlayıcı olan dijital platformlar, aynı zamanda içerik sağlayıcı olmadığı ve içeriği editoryal anlamda seçmediği durumlarda mütecevaz olmamalı, katılan sıfatıyla sorumluluğu değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme gerçekleştirirken mevzuatta yer alan ilgili hükümler dikkate alınmalıdır.
3. Türk hukukunda yer sağlayıcıların katılan sıfatıyla sorumluluğu çerçevesinde dikkate alınması gereken hükümler parçalı ve birbiri ile çelişkili biçimde düzenlenmiştir. Bu hükümler dikkate alındığında somut olayın özelliğine göre dijital platformlar şu üç sığata sahip olabilir: AHS olmayan yer sağlayıcılar, AHS olan ETAHS olmayan yer sağlayıcılar, ETAHS olan yer sağlayıcılar. Oysa sorumluluk konusunda yer sağlayıcıların türü bakımından farklı düzenleme yapmanın hukuk politikası bakımından haklı görülecek bir sebebi yoktur. Bu düzenlemenin tüm yer sağlayıcılar bakımından, AB ve ABD hukukunda olduğu gibi, tek bir madde ile kaleme alınması gerekirdi. Özellik arz eden yer sağlayıcılar bakımından (örneğin, video paylaşım platformları) zorunlu ise farklı yükümlülükler öngörülebilir.
4. AHS olmayan yer sağlayıcıların sorumluluğu Yargıtay içtihatlarıyla şekillenmiştir. Doktrin ve Yargıtay tarafından 5651 sayılı Kanun m 5/1'de yer alan, araştırmakla yükümlü olunmadığına ilişkin hüküm muafiyet hükmü

olarak yorumlanmakta yer sağlayıcının yalnızca haberdar edilmiş ancak içeriği yayımdan kaldırmamış olması halinde sorumlu olabileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, yer sağlayıcının yalnızca olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur.

5. Oysa yer sağlayıcının sorumluluğu yalnızca olumsuz fiilinden kaynaklanan hallerle sınırlandırılmamalıdır. Özellikle özen yükümlülüğü çerçevesinde AB hukuku ile uyum sağlama amacıyla olduğu görülen Türk hukukunda da yer sağlayıcıların fikrî ve sınai hak ihlallerini önlemek için gerekli tedbirleri almaları konusunda bir özen yükümlülüğü olduğu kabul edilebilir. Bu tedbirler, ilgili yer sağlayıcıdan ekonomik ve teknik olarak beklenebilir düzeyde olmalıdır. Yargıtay'ın yer sağlayıcıların sorumluluğunu sadece bildirim yapılmasına bağlayan içtihadı gözden geçirilmelidir.
6. Yer sağlayıcılar aleyhine ortadan kaldırma ve önleme kararı verilebilmesi için yer sağlayıcılar bakımından da haksız fiilin şartlarının gerçekleşmesi aranmalıdır. Bu talepler bakımından kusurun aranmaması sadece müteceviz bakımındandır. Kural olarak müteceviz sıfatı bulunmayan yer sağlayıcılar aleyhine ortadan kaldırma ve önleme kararının verilebilmesi için sağlayıcıların müteselsil sorumluluğunun tesis edilebilmesi gerekir.
7. 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklikle beraber, AHS'ler bakımından Yargıtay içtihatları ile kabul edilen muafiyet hali hüküm altına alınmıştır. Hükümdeki çelişkiler bir yana bırakılarak hüküm bütün halinde incelendiğinde bu hükmün DSA m 6'daki güvenli liman düzenlemesinin muadili olarak kaleme alındığı görülmektedir. Ancak hüküm AB hukukundaki mehak düzenleme ile de yeterince uyumlu değildir.
8. E-Ticaret Kanunu m 9 hükmünün de, AB hukukundaki düzenleme çerçevesinde olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlediği ve belli bir davranış yükümlülüğü öngördüğü kabul edilmelidir. Dolayısıyla açık muafiyet hükmü yer sağlayıcının olumlu fiilinden sorumlu olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.
9. E-Ticaret Kanunu'nda yapılan değişiklik özellikle, AHS olan yer sağlayıcının davranış yükümlülüğünün pozitif şekilde düzenlenmesi ve her ne kadar ETAHS'ler ile sınırlı bir düzenleme olsa da fikrî ve sınai hak ihlalleri bakımından özel bir uyar-kaldır usulünün öngörülmesi açısından olumlu bir gelişmedir. Bu düzenlemeyle, fikrî hak ihlallerinde özel bir kaldırma usulü öngören FSEK ek madde 4/3'ün ETAHS'ler bakımından ilga edildiği söylenebilir.
10. Olumsuz fiilinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin pozitif düzenlemeler AHS olmayan ve olan yer sağlayıcılar bakımından farklılık arz etse de Türk hukukunda 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu m 9'a eklenen 2. ve 3. fıkranın tüm yer

sağlayıcılar bakımından uygulanacağı, Yargıtay'ın bugüne kadarki içtihadı göz önüne alındığında tahmin edilebilir.

11. ETAHS'ler bakımından uyar-kaldır sistemine göre yapılacak bildirim ve geri bildirim içeriği Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Geri bildirim özellikle, ihlal bildirimine dayanarak içeriğin kaldırılmasını takiben içerik sağlayıcıya da iddialarını ileri sürebilme ve içeriği yeniden yayımlatabilme imkanı verilmesi, ifade özgürlüğünün korunması ve ihlale ilişkin uyuşmazlıkların fiziksel dünyada olduğu gibi internette de nihai olarak mahkeme önünde çözümlenmesini sağlaması açısından önemlidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: xx.; Veri Toplama: xx.; Veri Analizi /Yorumlama: xx.; Yazı Taslağı: xx.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: xx.; Son Onay ve Sorumluluk: xx

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: xx.; Data Acquisition: xx.; Data Analysis/ Interpretation: xx.; Drafting Manuscript: xx.; Critical Revision of Manuscript: x.; Final Approval and Accountability: xx.

Bibliyografya/Bibliography

Açıkgöz A, 'Link Verme ve Eser Sahibinin Umuma İletim Hakkının Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında İncelenmesi' (2022) 24(4) Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 217-270.

Akçura Karaman T, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsurunun İrdelenmesi ve Tehlike Kuralı' (2004) 3(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 554-583.

Angelopoulos C, 'On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market' (2017), <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2947800>> erişim tarihi: 30.11.2022.

----- ve Smet S, 'Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability' (2016) 8(2) Journal of Media Law 266-301.

Arroyo Amayuelas E, 'E-Commerce Directive' in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020).

Arslan K, *Belgeli Akreditifte Lehtarın Hukuki Durumu* (Beta 1995).

Atamer Y, *Haksız Fiil Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (Beta 1999).

Ateş M, 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ 2013* (Yetkin 2015).

Baistrocchi P, 'Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce' (2003) 19(1) Santa Clara High Technology Law Journal 111-130.

Başpınar V ve Kocabay D, *İnternette Fikri Hakların Korunması* (Yetkin 2007).

- Bersem J. ‘Die Haftung von Intermediären für Markenverletzungen heute und morgen -Störerhaftung oder täterschaftliche Haftung nach dem Vorbild des Urheberrechts?’ (2023) 125(5) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 307-315.
- Bozbel S, ‘Fikrî Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?’ in Tekin Memiş (ed), *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009).
- *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, (On İki Levha 2015).
- Büyüksağış E ve Kahveci D, ‘‘Çiçeksepeti Kararı’ Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler’ (2022) 48(2) Yargıtay Dergisi 305-320.
- Çelik A, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarını İhlali - İhlalin Sonuçları* (Seçkin 2011).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha 2018).
- Çolak U, *Türk Patent Hukuku*, (Adalet 2022).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26. Baskı, Yetkin 2021).
- Farano B M, ‘Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches’ (2012) TTLF Working Papers No 14 <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Geiger C, Frosio G ve Izyumenko E, ‘Intermediary Liability and Fundamental Rights’ in Giancarlo Frosio (ed), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online* (Oxford 2020).
- Gezder Ü, *İçerik Sağlayıcı ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (Beta 2017).
- Grise K. ‘After the storm—examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790’ (2019) 14(11) Journal of Intellectual Property Law & Practice 887-899.
- Güneş İ, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2015).
- Hoeren T ve Yankova S, ‘The Liability of Internet Intermediaries-The German Perspective’ (2012) IIC 501-531.
- Hoffman F. ‘Plattformhaftung für rechtswidrige Dritthalte im Marken- und Designrecht Zugleich Besprechung von EuGH “Louboutin”’ (2023) 125(4) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 238-242.
- Julia-Barcelò R ve Koelman K J, ‘Intermediary Liability in the E-Commerce Directive: So Far So Good But It’s Not Enough’ (2000) 16(4) Computer Law & Security Report 231-239.
- Karaaslan P, ‘Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Gereklik Nedeniyle Geçici Çoğaltılması’ (2022) 8(1) TFM 29-49.
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Turhan 2018).
- Kılıçoğlu A, *Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikrî Haklar* (7. Baskı, Turhan 2021).
- Koelman K ve Hugenholtz B, ‘Workshop on Service Provider Liability’ (1999) World Intellectual Property Organization <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/wipo99.pdf>> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Kurtulan G, ‘Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru’ (2017) 23(1) MÜHF-HAD 465-503.
- Lubasz D ve Namysłowska M, ‘E-Commerce Directive’ in Reiner Schulze ve Dirk Staudenmayer (eds), *EU Digital Law Article by Article Commentary* (Nomos/Hart 2020).
- Memiş T, *Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu*, (Seçkin 2002).

- Miriam B C, 'The Digital Services Act from Intermediary Liability to Platform Regulation' (2021) 12(5) Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law 361-380.
- Nordemann, J B, 'Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content – Regulatory Action Needed?' (2017) (In-Depth Analysis European Parliament – Directorate General for Internal Policies, European Union 2017) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA\(2017\)614207_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/614207/IPOL_IDA(2017)614207_EN.pdf)> erişim tarihi: 30.11.2022.
- Oğuz S, 'Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-182.
- Ohly A, 'Die Verantwortlichkeit von Intermediären' (2015) ZUM 308-318.
- 'The Broad Concept of 'Communication to the Public' in recent CJEU Judgements and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability' (2018) 13(8) Journal of Intellectual Property Law & Practice 664-675.
- 'The Liability of Intermediaries for Trade Mark Infringement' in G.B. Dinwoodie ve M.D. Janis (eds) *Research Handbook on Trademark Law Reform* (Edgar Elgar Publishing 2021)
- 'Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before CJEU' (2022) 17(7) JIPLP 575-585.
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Rauer N ve Bibi, A, 'Die fortentwickelte Intermediärhaftung im Urhberrecht' (2021) ZUM 819-828.
- Reisoğlu S, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif* (Ayyıldız Matbaası 1995).
- Riefa C, 'The End of Internet Service Providers Liability as We Know It – Uncovering Consumer Interest in CJEU Case C-324/09 (L'Oréal/eBay)' (2012) 1(2) Journal of European Consumer and Market Law 104-112.
- Rosati E 'Why a reform on hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law' (2016) CREATE Working Paper 2016/11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440 erişim tarihi: 30.11.2022.
- 'The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and Primary Liability Under EU Trade Mark Law' (2022) 44(7) European Intellectual Property Review 435-440.
- Synodinou T-E 'Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in the EU: Evolutions and Confusions' (2015) 31 Computer Law & Security Review 57-67.
- Tandoğan H, '*Türk Mes'uliyet Hukuku*' (İlk bası 1961, Tıpkı Bası Vedat 2010).
- Tekinalp Ü, '*Fikri Mülkiyet Hukuku*' (5. Baskı, Vedat 2012).
- Tüzüner Ö, 'Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı' in Tekin Memiş (ed) *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015).
- Välimäki M, 'Liability of Online Intermediary for Copyright Infringement' (Thesis for the Faculty of Law Helsinki 1999) <<https://core.ac.uk/download/pdf/14917033.pdf>> erişim tarihi: 3.12.2022.
- Wullschlegel M, *Die Durchsetzung des Urheberrechts im Internet* (Stämpfli 2015).
- Yasaman Z, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları' (2019) 27(2) MAAD 263-291.
- Yusufoğlu Bilgin F, 'Fikri Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması' in *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 463-528.
- *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022).
- Zimmerman, M, 'Your DMCA Safe Harbour Questions Answered' (Fenwick & West LLP 2017) <<https://assets.fenwick.com/legacy/FenwickDocuments/DMCA-QA.pdf>> erişim tarihi: 3.12.2022