

# Elektronik Ticaret Platformlarının Üçüncü Kişilerin Fikri ve Sınai Hakkını İhlal Eden İçerikten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu

## Civil Liability of Electronic Commerce Platforms for Content Infringing Intellectual Property Rights of Third Parties

Ekin KORKMAZ GÖKA\* 

### ÖZ

Son yıllarda büyük bir hızla yaygınlaşan elektronik ticaretin doğurduğu önemli hukuki sorunlardan biri, hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden bir içeriğe yer sağlayan elektronik ticaret platformunun hak sahibine karşı sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Sorunun çözümü, fikri mülkiyet hukukuna, haksız fiil hukukuna, temel hak ve özgürlüklere ve hatta e-ticaret pazarının desteklenmesine ilişkin çoklu bir bakış açısı gerektirmektedir. Pozitif hukukumuzdaysa durum fazlasıyla karmaşık olup bu karmaşa, uygulamayı da belirsiz hale getirmekte, tüm menfaat sahipleri açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bu çalışmada öncelikle elektronik ticaret platformlarının özel hukuk sorumluluğuyla ilgili mehz düzenlemeler incelenmiş, daha sonra hukukumuzda meseleye uygulanabilir hükümler tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu açıklamalardan sonra, hukukumuzda belirtilen hükümlere ilişkin değerlendirmelere ve konuyla ilgili önerilerimize yer verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Elektronik Ticaret, E-ticaret, E-Ticaret Kanunu, İnternet Kanunu, FSEK Ek 4. Madde, FSEK Ek Madde 4, Hukuka Aykırı İçeriğin Kaldırılması, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Platformun Hukuka Aykırı İçerikten Sorumluluğu, Yer Sağlayıcının Sorumluluğu.

### ABSTRACT

The e-commerce industry has experienced significant growth over the past decade, giving rise to many legal problems. One such problem is whether an electronic commerce platform that provides content that infringes the intellectual property rights of the right holder can be held liable against the right holder or not. The solution requires a multidimensional perspective on intellectual property law, tort law, fundamental rights and freedoms, and even promoting the growth of the e-commerce market. The current situation is quite complex in Turkish positive law, and this complexity eliminates legal certainty and creates negative consequences for all parties. First, the study analyses the relevant provisions in the USA and EU. Then, the study makes efforts to determine the applicable provisions under Turkish law. Following that, the provisions are examined in detail and suggestions are provided.

**Keywords:** Electronic Commerce, E-Commerce, E-Commerce Law, Internet Law, FSEK Additional Article 4, Removal of Illegal Content, Law No. 6563 on The Regulation of Electronic Commerce, Liability for Illegal Content, Liability of the Hosting Providers.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ORCID: 0000-0003-3711-7360.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Ekin KORKMAZ GÖKA

**E-posta/E-mail:** ekin.korkmazgoka@atilim.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 30.08.2024

**Kabul Tarihi/Accepted:** 14.11.2024

**How to cite this article/Atf için:** Ekin Korkmaz Göka, 'Elektronik Ticaret Platformlarının Üçüncü Kişilerin Fikri ve Sınai Hakkını İhlal Eden İçerikten Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu' (2024) 30(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 994-1030. DOI: 10.33433/maruhad.1541155

## I. GİRİŞ

Ticaret Bakanlığı tarafından açıklanan son verilere göre, ülkemizde elektronik ticaret (“e-ticaret”) hacmi 2023 yılında bir önceki yıla göre %115,15 artarak 1,85 trilyon TL’ye; işlem sayısı %22,25 artarak 5,87 milyar adede ulaşmıştır<sup>1</sup>. İçinde bulunduğumuz 2024 yılında ise, işlem hacminin 3,39 trilyon TL; işlem sayısının ise 6,67 milyar adet olacağı öngörülmektedir<sup>2</sup>. Bunda aracı platformların yaygınlaşmasının etkisi büyüktür. Bu platformlar sayesinde tüketiciler satıcıların kimliğini dahi bilmeksizin sözleşmeler akdedebilmektedir. Aracı platformların yaygınlaşmasıyla e-ticaret platformlarında satılan ürünlerin sayısı, çeşidi ve kapsamı da hızla artmıştır. Bu artış ve aracı platformların e-ticaretteki kritik konuları, çeşitli hukuki soru(n)ları beraberinde getirmiştir. Bunlardan en önemlilerinden biri, hak sahiplerinin fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal eden ürünlerin üçüncü kişiler tarafından e-ticaret platformlarında satışa sunulması halinde platformların hukuki sorumluluğunun bulunup bulunmayacağıdır. Örneğin, orijinal olmayan (marka ihlali teşkil eden) ya da hak sahibinin fikri hakkını ihlal eden bir ürünün platformda satışa sunulması halinde platformun hak sahibine karşı bu ihlalden sorumluluğu doğacak mıdır?

Mesele yalnızca ülkemizde değil; e-ticaret platformlarının yaygın olarak kullanıldığı özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği’nde de önemli bir sorun olarak ortaya çıkmıştır<sup>3</sup>. Önceleri bu sorun, uygulamada, lüks markaların belirli platformlarla mutabakat anlaşmaları (*memorandum of understanding*) imzalamaları yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmış<sup>4</sup>, ancak bu yöntemin soruna kalıcı bir çözüm bulamayacağı kısa sürede anlaşılarak burada bir düzenleme boşluğunun bulunduğu değerlendirilmesi yapılmıştır<sup>5</sup>. Neticede, her iki düzende de mesele “pasif aracının hukuki sorumsuzluğu” prensibiyle çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ülkemizde aynı konu, uzun bir süre tam anlamıyla düzenlenememiş ve bundan ileri gelen boşluk, aslında uygulanmaması gereken bazı hükümlerle doldurulmaya çalışılmıştır. 2022 yılında 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un (“E-Ticaret Kanunu”) 9. maddesinde yapılan değişiklik ve buna paralel olarak, 29.12.2022 tarihinde çıkarılan Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik’in (“E-Ticaret Yönetmeliği”/“Yönetmelik”) 10.maddesinde konu, “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları” özelinde bir ölçüde düzenlenmiştir. Ancak bu

1 T.C. Ticaret Bakanlığı, ‘Türkiye’de E-Ticaretin Görünümü’ (*Ticaret Bakanlığı*, 27 Mayıs 2024) < <https://ticaret.gov.tr/data/66506fa313b87685dc0dbcce8/2023%20yılı%20Türkiye’de%20E-Ticaretin%20Görünümü%20Raporu.pdf> > Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

2 ibid 18.

3 Örneğin, OECD and EUIPO, ‘Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits’ (*OECD-ilibrary*, 25 October 2021) <[https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits\\_1c04a64e-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits_1c04a64e-en)> accessed 15 August 2024; OECD and EUIPO, ‘Illicit Trade – Global Trade in Fakes: A Worrying Threat’ (*EUIPO*, 15 July 2021) <[https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/reports/2021\\_EUIPO\\_OECD\\_Report\\_Fakes/2021\\_EUIPO\\_OECD\\_Trade\\_Fakes\\_Study\\_FullR\\_en.pdf](https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2021_EUIPO_OECD_Report_Fakes/2021_EUIPO_OECD_Trade_Fakes_Study_FullR_en.pdf)> accessed 15 August 2024; EU Commission ‘Staff Working Document – Counterfeit and Piracy Watchlist 2022’ (*CIRCABC*, 1 December 2022) <<https://circabc.europa.eu/ui/group/d0803128-7d62-40ee-8349-c43ee92745aa/library/b36f701d-2850-4768-9b3e-e487140e11e5/details?download=true>> accessed 15 August 2024.

4 Graeme B Dinwoodie, ‘A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers’ in Graeme B Dinwoodie (ed), *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Springer 2017) 40.

5 Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online’ (Official Journal of the European Union [2018] OJ L63/50.

düzenleme de sorunu tamamen çözememiştir. Ayrıca, “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıları” dışındaki internet servis sağlayıcılarının durumu da belirsizliğini korumaktadır.

Bu çalışmanın konusu, Türk hukukunda hak sahibinin fikri ve/veya sınai hakkını ihlal eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması durumunda, platformun tâbi olduğu hukuki sorumluluk rejiminin, ABD ve AB hukukundaki mehz düzenleme ve kararlardan da yararlanılarak incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Derhal belirtmek gerekir ki, bu çalışma sadece fikri ve sınai hakkı ihlal edilen kişinin aracı e-ticaret platformundan hangi şartlar altında hangi taleplerde bulunacağını eleştirel bir bakış açısıyla ele almaktadır. Fikri mülkiyet hukuku dışında kalan, hukukun başka alanlarındaki kurallara aykırı içerikler nedeniyle platformun hakkı ihlal edilen kişiye karşı sorumluluğu – E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesindeki ayrı düzenlemeye paralel şekilde – bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir. Ayrıca, ülkemizde özellikle ÇiçekSepeti kararı<sup>6</sup> sonrasında önemli tartışmalara konu olan, aracı e-ticaret platformlarının tüketicilere karşı (özellikle kötü ifadan doğan) sorumluluğu bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Öte yandan, incelememiz, pozitif düzenlemelerdeki farklılıklar nedeniyle klasik anlamda aracı e-ticaret platformlarıyla, yani, aşağıda açıklanacağı üzere, “mal ve hizmetlerin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan” platformlarla sınırlandırılmıştır. Bunlara ülkemizde Trendyol, Hepsiburada, Amazon, n11, Pttavm platformları örnek verilebilir. Bu nitelikte olmayan, örneğin ve özellikle YouTube, X (Twitter), Instagram, Facebook, Tiktok gibi platformların hak sahiplerinin fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal eden içerikleri yayınlaması halinde doğacak hukuki sorumlulukları bu çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir.

Ülkemizde özellikle son yıllarda dijitalleşmeye ilişkin hukuki metinlerde büyük ölçüde AB düzenlemelerinin örnek alındığı görülmektedir. Özel olarak e-ticaret platformlarına ilişkin düzenlemelerde de ilgili AB düzenlemelerinin etkisini görmek mümkündür. Konuyla ilgili AB düzenlemelerinin kökeni ise ABD’dir. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle hukukumuzda örnek alınan ABD ve AB düzenlemelerine ve bunların kısa bir değerlendirmesine yer verilecektir. Daha sonra, hukukumuzda aracı e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali oluşturan içerikten kaynaklanan hukuki sorumluluğuna uygulanabilir hükümler tespit edilecektir. Bu kapsamda E-Ticaret Kanunu’nda yapılan 2022 değişikliğinin yürürlüğe girmesinden önceki dönem ve sonraki dönem ayrı ayrı incelenecektir. Daha sonra, aracı e-ticaret platformları bakımından ülkemizde öngörülen sorumluluk düzeni, ABD ve AB hukukundaki düzenleme ve kararlardan yararlanılarak değerlendirilecektir. Çalışmamız, Türk hukukuna yönelik önerilerle sonlandırılacaktır.

## II. E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUYLA İLGİLİ MEHAZ DÜZENLEMELER

### A. ABD’DE DURUM

ABD’de platformların (teknik adıyla “yer sağlayıcıların”), kullanıcıların (“içerik sağlayıcıların”) davranışlarını denetleme yükümlülüğünün olmadığı birçok eyalette kabul edilmiş bir ilkedir. Bu

6 Yargıtay 3 HD, E 2021/4000 K 2021/11403, 15.11.2021.

nedenle de, ABD hukukunda – tamamen ihtimal dışı olmamakla birlikte – yer sağlayıcı konumundaki kişilerin haksız fiilden sorumluluğun şartlarını sağlamaları oldukça zordur. Yer sağlayıcıların, içerik sağlayıcılar tarafından sağlanan hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulabilmeleri için, hukuka aykırı içeriği *bilmeleri* dahi yeterli görülmemiş; sorumluluğun doğması yer sağlayıcı ile içerik sağlayıcının *ortak iradelerinin varlığına* bağlanmıştır<sup>7</sup>. Ortak iradenin açık veya örtülü olarak ortaya koyulması mümkün olmakla birlikte, tek taraflı davranış, talimat ya da sessiz kalma tek başına yeterli bulunmamıştır<sup>8</sup>. Örneğin Tiffany v eBay kararında<sup>9</sup> mahkeme, eBay’in sorumlu tutulabilmesi için üçüncü kişiyi marka ihlalinde bulunmaya açıkça teşvik etmiş ya da marka ihlalinde bulunan üçüncü kişilere bu durumu bilerek hizmet sunmaya devam etmiş olması gerektiğini belirtmiş; eBay’in ihlali “bilmesi gerektiği” (bu konuda genel bir bilgi sahibi olduğu) iddiasını eBay’in sorumluluğuna hükmetmek için yeterli görmemiştir. “Tiffany standardı/kriteri” ABD’de birçok mahkeme kararında benimsenmiştir<sup>10</sup>. Görüldüğü gibi bu sistem, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmalarını oldukça güçleştirmektedir. Nitekim yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulmalarının bu denli güç olması, hak sahiplerini ve mahkemeleri, başta AB olmak üzere dünyanın geri kalanına öncülük eden “uyar-kaldır” (*notice and takedown*) sistemini geliştirmeye itmiştir. *Religious Tech v Netcom* kararında<sup>11</sup> mahkemenin, çevrimiçi yer sağlayıcının telif hakkı ihlali iddiasını araştırmaması ve ihlal teşkil eden içeriği kaldırmamış olmasını ihlale katılma (*contributory infringement*) olarak değerlendirmesini müteakiben birçok çevrimiçi yer sağlayıcı kuruluş, olası ihlaller hakkında bildirim yapılabilmesini sağlamak amacıyla sistemler kurmuştur<sup>12</sup>. Bu sistemden uyarı (bildirim) alan yer sağlayıcılar, içeriği kaldırmak yoluyla sorumluluğu bertaraf etmiştir<sup>13</sup>.

ABD’deki pozitif düzenlemelere bakıldığında sorumluluktan muafiyet rejiminin iki başlı olduğu ifade edilebilir. 1996 tarihli Communication Decency Act (CDA)’in<sup>14</sup> § 230 (c) (1) hükmünde başkaları tarafından oluşturulan içeriği kamuya sunan kişinin içerikten sorumlu olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu genel sorumsuzluk kuralına, 230 (e) (2) hükmünde fikri mülkiyet ihlalleri bakımından istisna getirilmiştir. Bu istisna çerçevesinde çevrimiçi platformlar, (i) içeriğin

7 Örneğin, *L’Oreal SA v eBay International AG* [2009] EWHC 1094 (Ch) kararının 350. paragrafında Yüksek Mahkeme, bir başka kararın şu bölümüne atıfta bulunmuştur: “*Mere assistance, even knowing assistance, does not suffice to make the ‘secondary’ party liable as a joint tortfeasor with the primary party. What he does must go further. He must have conspired with the primary party or procured or induced his commission of the tort ... ; or he must have joined in the common design pursuant to which the tort was committed...*”

8 Dinwoodie (n 4) 21-22.

9 Tiffany (NJ) Inc v eBay Inc 600 F 3d 93 (2nd Cir 2010).

10 Bkz Dinwoodie (n 4) 25 vd.

11 Religious Tech Center v Netcom On-Line Comm, 907 F Supp 1361 (N D Cal 1995).

12 Bu konuda, örneğin, eBay’in kurduğu *Verified Rights Owner (VeRO)* programı dikkat çekicidir.

13 Dinwoodie (n 4) 29. Belirtmek gerekir ki, ABD’de ikincil sorumluluk iki ayrı kategoride incelenmektedir: Katılım yoluyla sorumluluk (“*contributory liability*”) ve başkasının fiilinden sorumluluktur (“*vicarious liability*”). İlki, hukuka aykırı davranışı bizzat işlememekle birlikte bu davranışı bilen ve teşvik eden, kolaylaştıran, davranışa vesile olan ya da davranışı fiilen destekleyen kişinin sorumluluğudur. İkincisi ise, hukuka aykırı davranışta bulunan kişi üzerinde denetim hak ve yetkisi bulunan ve ihlalden doğrudan finansal menfaat elde eden kişinin sorumluluğudur. Anglo-Amerikan hukukundaki sorumluluk düzeniyle ilgili olarak Türkçe kaleme alınmış bir eser için bkz. Şebnem Akipek ve Esra Dardağan, ‘Sanal Ortamda Telif Hakları’ (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 68 vd. İngiliz hukukundaki durum için bkz. Jaani Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (Oxford 2016) 113 ff.

14 Communications Decency Act of 1996, 47 USC.

yaratılması, düzenlenmesi ya da seçilmesi üzerinde aktif bir rol oynuyorsa, (ii) platformdaki hukuka aykırı içeriği biliyorsa ya da (iii) hukuka aykırı içeriği öğrendikten sonra içeriği kaldırmak ya da içeriğe erişimi engellemek için süratli hareket etmiyorsa sorumludur. 230 (e) (2)'deki istisnanın ABD mahkemelerince farklı anlaşıldığı görülmektedir. Özellikle bu düzenlemenin federal ve eyalet düzeyindeki ihlalleri kapsamına alıp almadığı konusunda farklı yönde kararlar verilmiştir<sup>15</sup>.

Daha sonra 1998 yılında yürürlüğe giren Digital Millenium Copyright Act (DMCA)<sup>16</sup> ile telif hakları hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan biri, DMCA'nın bir parçası olarak yürürlüğe giren Online Copyright Infringement Liability Limitation Act ile getirilen 512. kısımdır (Section 512). Genel olarak 512. kısım, telif hakkı sahiplerine mahkeme yoluna başvurmadan hak ihlali teşkil eden içeriğin kaldırılmasını talep etme imkânı vermiş, çevrimiçi hizmet sağlayıcıları da ihlal konusunda (hak sahipleriyle içeriği süratle kaldırma özelinde) işbirliği yapmaları karşılığında sorumluluktan muaf tutmuştur. Bu kısım güvenli liman (safe harbor) olarak adlandırılmaktadır.

Aynı zamanda, DMCA 512 (i) uyarınca tüm internet hizmet sağlayıcıların mükerrer ihlallere karşı önlem alma ve bu önlemleri uygulama ve belirli “standart teknik önlemler” alma yükümlülükleri bulunmaktadır<sup>17</sup>. Bu yükümlülükleri yerine getiren internet hizmet sağlayıcılardan tazminat talep edilememekte ancak bunlar, örneğin, hukuka aykırı içeriğin kaldırılması gibi taleplere muhatap olabilmektedir. Yer sağlayıcılar, bunlara ilaveten, 512 (c) hükmü uyarınca, hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olmadığı ya da ihlal teşkil eden davranışın açıkça anlaşılabilceği başka durumlardan haberdar olmadığı<sup>18</sup>; bu konuda bilgi sahibi olduğu ya da haberdar olduğu hallerde bu içeriği kaldırma ya da içeriğe erişimi engelleme konusunda süratli davrandığı takdirde içeriğin hukuka aykırılığından sorumlu tutulamamaktadır. Bu sistemde, hukuka aykırı içerik kendisine (çoğu zaman hak sahibi tarafından) bildirilen platform, içeriğin kaldırılması ya da içeriğe erişimin engellenmesi konusunda süratli hareket etmek zorundadır. İçerik kaldırıldığında ya da içeriğe erişim engellendiğinde de platformun bunu derhal içerik sağlayıcıya bildirmesi gerekmektedir. İçerik sağlayıcıya da bir karşı bildirim/uyarı (*counter-notice*) hakkı tanınmıştır. İçerik sağlayıcı bir karşı bildirim/uyarıda bulunursa yer sağlayıcının en az 10 en fazla 14 iş günü içinde içeriğe yeniden erişim sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır meğerki ilk bildirim gönderen (potansiyel hak sahibi) içerik sağlayıcıya karşı dava yoluna başvurduğunu yer sağlayıcıya bildirsün.

Marka ihlalleri ise pozitif düzenlemelerde herhangi bir güvenli liman kapsamına dahil edilmemiştir. Bu nedenle, marka ihlali teşkil eden ürünlere yer sağlayan sağlayıcıların hukuki sorumluluğu büyük ölçüde yukarıda aktarılan “Tiffany” kriterine göre belirlenmiştir<sup>19</sup>. Ancak yine yukarıda belirtildiği gibi, marka ihlallerine ilişkin uygulama da zaman içinde “uyar-kaldır” sistemine evrilmiştir.

15 Örneğin, Perfect 10, Inc v CCBill LLC, 488 F3d 1102 (9th Cir 2007) kararında mahkeme 230 (e) (2)'deki istisnanın sadece federal taleplere uygulandığını kabul ederken; Hepp v Facebook, No 20-2725 (3d Cir 2021) kararında mahkeme, hem federal hem de eyalet düzeyindeki talepler bakımından bu istisnanın geçerli olduğuna hükmetmiştir.

16 Digital Millenium Copyright Act, Pub L No 105-304, 112 Stat 2860 (1998).

17 Bununla birlikte, içeriğe ilişkin genel bir denetleme yükümlülüğünün bulunmadığı 512 (m)'de açıkça hükme bağlanmıştır.

18 Bu şart, hak sahibinin bildiriyle ya da “tehlike işaretinin” (*red flag*) varlığı durumunda sağlanabilir. Tehlike işareti, 512(d) uyarınca, makul bir internet hizmet sağlayıcının açıkça fark edebileceği hukuka aykırılıklar olarak ifade edilmiştir.

19 Dinwoodie (n 4) 33. Bazı yazarlar 32 (2) hükmünün markalara ilişkin muafiyet hükmü olarak da değerlendirilebileceği

## B. AB'DE DURUM

Avrupa Birliği, ABD pazarı karşısında “Dijital Tek Pazar”ın rekabetçi gücünü artırabilmek temel amacından hareketle, e-ticareti hukuken düzenleme (regüle etme) politikası benimsemiştir. Bu düzenlemelerde ABD'deki düzenlemelerin etkisini yoğun biçimde görmek mümkündür.

Avrupa Birliğinde e-ticaret platformlarına ilişkin (ilk) temel düzenleme, 2000/31 sayılı “Elektronik Ticaret Direktifi”dir<sup>20</sup>. Bu Direktifin ana süjesi “bilgi toplumu hizmeti sunan(lar)/sağlayıcıları”dır<sup>21</sup> (“*information society service provider*”). Bilgi toplumu hizmeti sunan kavramı, AB mevzuatında “*normal şartlar altında ücret karşılığında, uzaktan, elektronik yollarla ve hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine sağlanan herhangi bir hizmet*”; bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısı kavramı da “*bu hizmeti sunan gerçek ya da tüzelkişi*” olarak geniş biçimde tanımlanmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan, malların çevrimiçi satışına imkân tanıyan e-ticaret platformlarının da bilgi toplumu hizmeti sunan kapsamına girdiği kuşkusuzdur<sup>22</sup>. Bununla birlikte, Direktif, özellikle bunların tâbi olduğu sorumluluk rejiminin belirlenmesi bakımından bilgi toplumu hizmeti sunanlar arasında bir ayırım yapmıştır. Faaliyetleri yalnızca iletim sağlamakla sınırlı olanlar (basit iletim yapanlar) (“*mere conduit*”)<sup>23</sup> ve ön bellekleme yapanların (“*caching*”)<sup>24</sup> sorumlulukları 12. ve 13. maddelerde yer almaktayken, yer sağlayıcıların/bilgi barındırma hizmeti sunanların (“*hosting*”)<sup>25</sup> sorumlulukları ise 14. maddede düzenlenmiştir.

Kademeli sorumluluk düzenlemesinin altında yatan mantık, hizmet sunanın içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olduğu ölçüde sorumluluğunun kapsamının genişlemesidir. Bu bağlamda, basit iletim yapanlar ve ön bellekleme yapanlar, şartları sağlandığı ölçüde, sorumluluktan “muaf” (*exemption*) durumda iken; yer sağlayıcılar için aşağıda açıklanacak olan bir sorumluluk “sınırlaması” (*limitation*) düzenlenmiştir<sup>26</sup>. E-ticaret platformlarının tipik olarak yer sağlama faaliyetinde (*hosting*) buldukları kabul edilmektedir<sup>27</sup>. Bunun dışında yaptıkları faaliyetlerde ise faaliyetin niteliğine göre sorumluluk düzeni değişmektedir.

kanaatindedir. Bkz. Mark Lemley, ‘Rationalizing Internet Safe Harbors’ (2007) 6 Journal on Telecommunications and High Technology Law 101, 105-106.

20 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.

21 Terimin çevirisiyle ilgili eleştiriler için bkz V, A.

22 Kavramın kapsamı e-ticaret platformlarından çok daha geniştir. Çevrimiçi gerçekleşen birçok ekonomik faaliyet kapsama dahildir bkz Commission, ‘on Barriers to widespread access to new services and applications of the information society through open platforms in digital television and third generation mobile communications’ (Communication) COM (2003) 410 final.

23 Yalnızca iletim faaliyetinde bulunanlar (basit iletim) herhangi bir veri ve bilgi depolamaksızın duraklar arası iletim sağlamaktadır.

24 Ön bellekleme, teknik olarak gelen isteklere ilişkin cevapların kısa süreli depolandığı alanları ifade etmektedir.

25 Yer sağlayıcılar/bilgi barındırıcılar, yer sağlama hizmeti sundukları taraflara ait içeriği devamlı olarak barındırmakta, yani depolamaktadır.

26 Dir 2000/31 (n 20) 42, 43, 46.

27 Zeynep Yasaman, ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcıların Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları’ (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 269, 269.

AB E-Ticaret Direktifi bağlamında, teknik olarak yer sağlayıcı sıfatını haiz bir e-ticaret platformu, sunduğu hizmetler kapsamında bünyesinde depolanan içeriklerin hukuka aykırılığından sorumlu değildir; meğerki:

- Yer sağlayıcı hukuka aykırı davranış hakkında bilgi sahibi olsun ya da tazminat talepleri bakımından ihlalin açıkça görülebileceği olgu veya durumlardan haberdar olsun ya da
- İhlal hakkında bilgi sahibi olduğunda ya da ihlalden haberdar olduğunda içeriğin kaldırılması veya erişimin engellenmesi konusunda süratli hareket etmemiş olsun.

İkinci fıkrada, yer sağlayıcının aynı zamanda bilgi (içerik) sağlayıcı olduğu durumlarda bu “sınırlı” sorumluluk düzeninin geçerli olmayacağı düzenlenmiştir<sup>28</sup>.

Görüldüğü gibi, özü itibarıyla ABD’deki sisteme benzer şekilde, Direktife göre yer sağlayıcılar, üçüncü taraf bilgi sağlayıcılardan gelen ve bünyelerinde depolanan bilgilerin hukuka aykırılığından, zarar görenin bildirim yoluyla ya da başka bir yolla haberdar olup bu içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme konusunda süratli davranmadığı takdirde, bu durumla sınırlı olarak sorumlu tutulmaktadır.

Direktifin getirdiği sorumluluk rejiminin ifade özgürlüğünü korumak ile internet servis sağlayıcıları kanalıyla hukuka aykırı içeriğin yayılmasını engellemek arasında bir denge sağlayarak Birlik içindeki e-ticareti desteklemeyi hedeflediği belirtilmiştir<sup>29</sup>. Yer sağlayıcılar özelinde bu denge, hukuka aykırı içeriğin kaldırılması (ya da içeriğe erişimin engellenmesi) faaliyeti sırasında ifade özgürlüğünün dikkate alınması gerekliliği olarak ortaya çıkmaktadır<sup>30</sup>.

Son olarak, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikleri tespit etme ve önleme amacıyla genel denetleme yükümlülükleri bakımından ise Direktif, üye ülkelerin yer sağlayıcılara onlardan beklenebilecek makul denetim yükümlülükleri yükleyebileceklerini ifade etmektedir<sup>31</sup>.

AB uygulamasında bu Direktife dayanarak verilen ve konuyla ilgili uygulamayı şekillendiren iki karar bulunmaktadır. Bunlar, ABAD tarafından verilen *Google France v Louis Vuitton*<sup>32</sup> ve *eBay v L’Oreal*<sup>33</sup> kararlarıdır. *Google France v Louis Vuitton* kararına konu olayda, 2003 yılında Vuitton, Google’a reklam verenlerin, kendisine ait “Louis Vuitton”, “Vuitton” ve “LV” markalarına ilişkin anahtar kelimelerini kullanmaları sebebiyle, bu kelimeleri Google’da arayan kişilerin Google tarafından imitasyon ürünler satan internet sitelerine yönlendirilmeleri nedeniyle Google’ın marka ihlalinde bulunduğunu ileri sürmüştür. ABAD’ın önüne ön karar usulüyle gelen olayda, Mahkeme, yer sağlayıcılarının, yer sağladıkları içeriğin hukuka aykırılığından sorumlu tutulmamaları için bu

28 Dir 2000/31 (n 20) m. 14.

29 Özellikle bkz Dir 2000/31 (n 20) par 9, 40, 41.

30 Dir 2000/31 (n 20) par 46.

31 Dir 2000/31 (n 20) par 48.

32 Joined Cases C-236/08 to C-238/08 *Google France SARL and Google Inc v Louis Vuitton Malletier SA and Others* [2010] ECR I-2467.

33 Case C-324/09 *L’Oreal SA v eBay International AG* [2011] ECR I-6073.

içerik hakkında “bilgi ve kontrol sahibi olmaması” gerektiğinin altını çizmiş, E-Ticaret Direktifinin Dibacesinden hareketle, bu ifadenin içerik bakımından nötr, yani yalnızca “teknik, otomatik ve pasif” bir konum içinde bulunmaya karşılık geldiğini ifade etmiştir<sup>34</sup>. Mahkeme somut olayda bir yer sağlayıcı olan Google’ın salt kendi belirlediği bedel karşılığı gösterim yapması ve reklamcıların anahtar kelime belirlemesinin yer sağlayıcının içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olduğu – ve dolayısıyla hukuka aykırı içerikten sorumlu olduğu – anlamına gelmediğine hükmetmiştir<sup>35</sup>. Böylece, Mahkeme, yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından asıl ölçütün içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olmak olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Buna göre, yer sağlayıcı, baştan, hukuka aykırı içerik konusunda bilgi ve kontrol sahibiyse sorumlu olacaktır. Sonradan bilgi ve kontrol sahibi olduğu takdirde ise bu içeriği kaldırmak için gerekli özeni göstermez, süratli hareket etmezse sorumluluğu doğacaktır.

Aynı şekilde, eBay v L’Oreal kararında da yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından asıl belirleyici hususun ihlal konusu içerik bakımından “aktif” olması olduğunun altını çizilmiştir. eBay’in hizmet şartlarını belirlemesinin, yer sağlama hizmeti sunması karşılığında bir bedel alıyor oluşunun, müşterilerine belirli bilgiler sağlıyor oluşunun başlı başına “aktif olma” anlamına gelmeyeceği; aktif olmanın somut olay bazında incelenmesi gerektiği, örneğin, indirim yapılacak ürünler üzerinde belirleyici etkiye sahip olması ya da belirli ürünlerin indirime dahil edilmesi konusunda teşviklerde bulunması halinde “nötr” sıfatını kaybederek “aktif” duruma geçeceği belirtilmiştir<sup>36</sup>. Ayrıca, yer sağlayıcının basiretli bir işleten olarak bilmesi beklenecek olan hukuka aykırılıklara karşı süratli hareket etmediği hallerde de sorumlu tutulacağı belirtilmiştir<sup>37</sup>. Mahkemenin yer sağlayıcının sorumsuzluk zırhı altında kalabilmesi için gereken bilgi/farkındalık seviyesini açıkça belirlememiş olması eleştirilmiştir<sup>38</sup>. Nitekim, daha sonra, üye ülke mahkemelerinin benzer olaylarda farklı sonuçlara vardığı görülmektedir<sup>39</sup>.

İsmi itibarıyla çalışma konumuzla ilgili olduğu düşünülebilecek bir başka düzenleme Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifidir<sup>40</sup>. Bu düzenlemede çevrimiçi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılarına (“*online content-sharing service providers*”)<sup>41</sup> paylaşılan içeriklere ilişkin ayrı bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Direktifin oldukça tartışmalı 17. maddesinde, “çevrimiçi içerik paylaşma hizmeti sağlayıcılarının” ihlal teşkil eden içerikten ötürü doğrudan doğruya (birincil) sorumlu oldukları kabul edilmiştir<sup>42</sup>. Ancak Direktifin 2. maddesinin 6. fıkrasında “çevrimiçi pazaryerleri”, “çevrimiçi

34 ECJ (n 32) par 114.

35 ECJ (n 32) paras 117-118.

36 ECJ (n 33) paras 115-116-117.

37 ECJ (n 33) par 124.

38 Dinwoodie (n 4) 37.

39 Bkz. Dinwoodie (n 4) dn 185-186-187’deki kararlar.

40 Directive (EU) 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. Bu Direktif, AB uygulaması ve yazınında kısaca “*Digital Single Market Directive*” olarak anılmaktadır.

41 Bu kavram, özel bir tür yer sağlayıcı olarak yorumlanmıştır. Bkz. Zoi Krokida, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark Infringement* (Hart 2022) 119-121.

42 Bkz. örneğin ibid 121 ff. Bu düzenlemenin platformları aşırı sansüre ittiği ve böylece ifade özgürlüğünü kısıtladığı ve ayrıca, ikincil sorumluluk rejimi benimseyen diğer düzenlemelerle uyumsuz olduğu ileri sürülmektedir. Bu derece ileri giden



içerik paylaşma hizmet sağlayıcısı” olarak kabul edilmemiştir<sup>43</sup>. Yani, örneğin ve özellikle e-ticaret platformları, bu Direktifin kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>44</sup>. Dolayısıyla, bu Direktif ile ilgili ilave açıklamalara yer verilmeyecektir.

2022 yılında AB’de konuyla ilgili önemli bir gelişme yaşanmıştır. Dijital Hizmetler Yasası<sup>45</sup> (*Digital Services Act*, “DSA”) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. E-Ticaret Direktifi’ndeki anlamıyla “yer sağlayıcıları” da kapsamına alarak önemli düzenlemeler getiren<sup>46</sup> bu düzenlemenin ticari kullanıcılar ve tüketicilerin yeni ve inovatif şekillerde, çoğalan ve çeşitlenen çevrimiçi sosyal ağlar ve platformlar aracılığıyla ilişkiler kurmaları karşısında yeni risk ve sorunların ortaya çıkardığı ihtiyaca cevap vermek amacıyla yürürlüğe konulduğu ifade edilmiştir<sup>47</sup>. Süjeler özelinde 2000/31 sayılı Direktif’te açıkladığımız üçlü ayırımın burada da korunduğu ancak “çevrimiçi platformların” (*online platforms*) yürüttükleri hizmetin ayrık niteliği karşısında DSA kapsamında diğer yer sağlayıcılardan ayrı öncül yükümlülükler tabi tutulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, çevrimiçi platformlar, platform kullanıcılarının sağladığı bilgileri yalnızca depolayan değil; aynı zamanda bunları kullanıcıların talebi üzerine kamuya yayan yer sağlayıcıları olarak tanımlanmış, sosyal ağlar ve çalışma konumuzu oluşturan, tüketicilerin satıcılarla mesafeli sözleşmeler akdetmesine olanak sağlayan çevrimiçi platformlar bu tanıma örnek gösterilmiştir<sup>48</sup>.

DSA’da süjelere kapsamlı yükümlülükler getirildiği, bunun da aracı hizmet sağlayıcılar aracılığıyla yürütülen faaliyetlerin güvenli, belirlenebilir ve güvenilir çevrimiçi ortam sağlamaya hizmet ettiğinin belirtildiği görülmektedir<sup>49</sup>. E-Ticaret Direktifinde benimsenen menfaatler arası denge sağlama misyonu DSA’da da korunmuştur. Hukuka aykırı içeriğin<sup>50</sup> yayılmasının yarattığı riskler ile Avrupa Temel Haklar Şartı’nda<sup>51</sup> yer alan temel hakların etkin olarak korunmasının ve böylece inovasyonun desteklenmesinin hedeflendiği belirtilmiştir<sup>52</sup>.

Çalışma konumuzu oluşturan hukuka aykırı içerikten sorumluluk özelinde DSA’da önemli düzenlemeler yer almaktadır. Bir kere, E-Ticaret Direktifinin yarattığı muafiyet/sınırlı sorumluluk

bir sorumluluk düzenininin, platformların işleyişine ve dolayısıyla yarattıkları faydalara ket vuracağı ifade edilmektedir. ibid 6-7.

43 Vurgu eklenmiştir.

44 Dir 2019/790 (n 40) par 62.

45 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 L 277/1. Teknik AB hukuku terminolojisiyle, bu metin aslında bir “yasa” değildir; bir “*regulation*” yani teknik çevirisiyle “tüzük”tür. Ancak AB Resmi Gazetesinde yayımlanmış metnin başlığında da olduğu gibi, yazın dilinde ve uygulamada bu düzenleme “*act*” olarak anıldığından ve Türkçe karşılığı olarak da “yasa” yerleşmiş olduğundan metinde bu kullanıma sadık kalınmıştır.

46 DSA (n 45) par 5.

47 DSA (n 45) par 1.

48 DSA (n 45) par 13.

49 DSA (n 45) par 9.

50 DSA’nın amacına uygun şekilde, “hukuka aykırı içeriğin” geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiş, konumuz bağlamında fikri ve sınai hak konusu ürünlerin hukuka aykırı şekilde kullanımının bu kapsama dahil olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bkz DSA (n 45) par 12.

51 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/391.

52 DSA (n 45) par 9.

düzeninin DSA'da da korunduğu ve fakat “iç hukuka aktarım sırasındaki ve uygulamadaki farklılıklar karşısında açıklığı sağlamak amacıyla burada yeniden düzenlendiği ve açıklandığı”<sup>53</sup> görülmektedir. DSA'nın 6. maddesi uyarınca yer sağlayıcı, içerik sağlayıcılar tarafından sağlanan hukuka aykırı içerikten şu koşullar altında sorumlu değildir:

- Hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olmayacaktır ve tazminat talepleri bakımından hukuka aykırı içeriğin açıkça anlaşılmasına imkân veren durumlardan haberdar olmayacaktır; ya da
- Hukuka aykırı içerik konusunda bilgi sahibi olduğu ya da durumdan haberdar olduğu hallerde hukuka aykırı içeriği kaldırma ya da içeriğe erişimi engelleme konusunda süratli davranmış olacaktır.

Görüldüğü üzere, ABAD kararlarından izler taşıyan bu hükümde hukuka aykırı içerikler bakımından E-Ticaret Direktifinde de benimsenen sorumsuzluk prensibi ilkel düzeyde korunmuştur.

DSA'nın 6. maddesinin sonraki fıkralarında bu prensibe iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, içerik sağlayıcının yer sağlayıcının “hakimiyeti” altında bulunması; diğeri platformun ürünü satışa sunuş biçiminden, ortalama bir tüketicide ürünün platform tarafından sunulduğu kanaatini uyandırmasıdır. Bu takdirde sorumsuzluk prensibi işlemeyecektir.

Dibacede konuyla ilgili kapsamlı açıklamalara yer verilmiştir. Bunların tamamına çalışmamızda yer verilmesi mümkün ve gerekli değildir. Ancak sorumluluğa ilişkin temel ilkelerin tespiti, hukukumuzda örnek olması açısından oldukça önemlidir. Dibaceye göre platformların hukuka aykırı içerikten sorumluluklarına ilişkin<sup>54</sup> temel ilkeler şöyledir:

- DSA'da yer alan sorumsuzluk düzenlemeleri, aracı hizmet sağlayıcılarının sağlanan içerik üzerinde aktif bir rol oynamaması (platformun (hukuka aykırı) içerik hakkında bilgisi olmaması ya da onun üzerinde kontrolü bulunmaması) halinde uygulanabilir<sup>55</sup>.
- DSA'da yer alan sorumsuzluk düzenlemeleri, platformun kullanıcıyla hukuka aykırı içerik yaymak üzere anlaşmış olması durumunda (örneğin, platformun asıl amacı hukuka aykırı faaliyetleri kolaylaştırmaksa) uygulanmaz<sup>56</sup>.
- Yer sağlayıcının, sorumsuzluğa ilişkin DSA düzenlemelerinden faydalanabilmesi için hukuka aykırı içerik hakkında bilgi edindikten ya da bunu fark ettikten sonra içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme konusunda süratle hareket etmiş olması gerekir. Platform, hukuka aykırı içerik hakkında kendi iç denetimi sırasında<sup>57</sup> veya bireyler ve birliklerin DSA'da öngörülen

53 DSA (n 45) par 16.

54 DSA'da öngörülen yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımının belirlenmesi konusunda üye ülkelere takdir yetkisi verilmiştir.

55 DSA (n 45) par 18. Bu ifadeden, ABAD'ın yukarıda aktarılan yaklaşımının AB pozitif hukukunda da benimsendiği anlaşılmaktadır.

56 DSA (n 45) par 20. Konumuz özelinde örneklendirmek gerekirse, tamamen imitasyon ürünleri satışa sunan bir e-ticaret platformunun DSA'daki sorumsuzluk düzenlemelerden faydalanması düşünülemeyecektir.

57 Örneğin, Amazon, Marka Sicili (*Amazon Brand Registry*) uygulaması geliştirmiştir.

yollarla kendisine bildirimde bulunması yoluyla bilgi edilebilir ya da içeriği bu yolla fark edebilir. Ancak bunun için bu bildirimlerin, özenli bir ekonomik işletmenin hukuka aykırılığı makul şekilde tespit edebileceği ve gerektiğinde içeriğe karşı harekete geçebileceği ölçüde net ve yeterli derecede gerekçelendirilmiş olması gerekir<sup>58</sup>.

- İçeriği kaldırma ya da erişimi engelleme bakımından, ifade özgürlüğünün ve bilgi edinme özgürlüğünün dikkate alınması şarttır<sup>59</sup>.
- İçerik sağlayıcı yer sağlayıcının hakimiyetindeyse (örneğin, fiyatları yer sağlayıcı belirliorsa) yer sağlayıcı, DSA'daki sorumsuzluk rejiminden faydalanamaz<sup>60</sup>.
- E-ticaret platformlarında, tüketici nezdinde içeriğin platform tarafından sunulduğu ya da satıcıların platform hakimiyetinde bulunduğu ve platformun içerik üzerinde bilgi ya da kontrol sahibi olduğu kabul edilebiliyorsa, gerçekte durum böyle olmasa bile, platform DSA'daki sorumsuzluk rejiminden faydalanamaz. Örneğin, platform, satıcının kimliğini DSA kapsamında kendisine yüklenen şekilde açıklamıyorsa, işlem sonuçlanana kadar saklı tutuyorsa ya da platform, ürünü sağlayıcı adına değil de; kendisi adına satışa koyuyorsa durum böyledir. Böyle durumlarda, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak objektif olarak ortalama bir tüketicinin içeriğin e-ticaret platformunun kendisi tarafından ya da onun hakimiyetinde satışa sunulduğunu düşünmesinin haklı olup olmadığı değerlendirilecektir<sup>61</sup>.
- DSA'daki sorumsuzluk prensibi, mahkemeler ya da idari otoriteler tarafından içeriğin kaldırılması veya erişimin engellenmesine yönelik yahut başkaca tedbir kararları verilmesini engellemez<sup>62</sup>.
- Yer sağlayıcılar, ihtiyari olarak, hukuka aykırı içeriğin platforma konulmasını engellemek amacıyla objektif, eşit, ölçülü, ilişkiye dahil olan tüm tarafların çıkarlarını gözeten nitelikte çeşitli önlemler alabilir. Salt böyle bir önlemin alınmış olması, yer sağlayıcıyı DSA'da düzenlenen sorumluluktan muafiyet düzeninin dışına çıkarmaz<sup>63</sup>.
- Hukuka aykırı içerik nedeniyle mağdur olan kişilerin, esas itibariyle bu içeriği sağlayanların sorumluluğuna başvurmaları halinde hukuka aykırı içeriğin yayılmasının önüne daha etkili biçimde geçilebileceğinin altı çizilmelidir<sup>64</sup>.
- İçerik sağlayıcılar platformda sunulan hukuka aykırı içerikler üzerinde – de facto veya de iure – genel bir denetleme yükümlülüğü altında değildir<sup>65</sup>.

58 DSA (n 45) par 22.

59 DSA (n 45) par 22.

60 DSA (n 45) par 23.

61 DSA (n 45) par 24. Bu kurala sorumluluk düzeninin belirlenmesinde kullanılan içerik karşısında aktif/pasif konumda olma kriterine bir istisna getirilmiştir. Yer sağlayıcı içerik bakımından pasif konumda olmakla birlikte ortalama tüketici nezdinde aktif konumda olduğu kanaatini uyandırıyor, sorumsuzluk ilkesinden yararlanamayacaktır.

62 DSA (n 45) par 25.

63 DSA (n 45) par 26. Diğer bir ifadeyle, böyle bir önlemin alınmış olması yer sağlayıcının platforma konulan hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu anlamına gelmeyecektir.

64 DSA (n 45) par 27.

65 DSA (n 45) par 30.

DSA, yer sağlayıcılar tarafından hukuka aykırı içeriğin tespitine ve tespiti durumunda atılacak adımlara dair de birçok hükme yer vermiştir. İlk olarak, m. 15'te kendilerine yapılan hukuka aykırı içerik bildirimlerine ilişkin yılda en az 1 kez olmak üzere raporlama yükümlülüğü getirilmiştir<sup>66</sup>. Bunun yanı sıra, yer sağlayıcıların kolayca kullanılabilir, çevrimiçi hukuka aykırı içerik bildirim mekanizmaları oluşturması gerektiği kabul edilmiştir. Bu mekanizma üzerinden yer sağlayıcıya yapılan bildirimlerin, makul bir yer sağlayıcının detaylı bir hukuki inceleme yapmaksızın anlayabileceği şekilde hukuka aykırı bir içeriğe işaret etmesi durumunda yer sağlayıcının yukarıda açıklanan m. 6 uyarınca hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu/bilgi sahibi olduğu kabul edilmiştir (m. 16/3). Ayrıca, yer sağlayıcıya bu mekanizma üzerinden gelecek şikayetleri, kısa süre içinde, özenli ve objektif olarak değerlendirme yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 16/6). Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerik sağlayanlara m. 17'de belirtilen yaptırımlardan birini (uygulayabileceği düzenlenmiştir. Yer sağlayıcı, bu yaptırımlardan birini uygularken içerik sağlayıcıya ayrıntılı gerekçe sunma yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, yer sağlayıcılara, hukuka aykırı içeriklere ilişkin bir iç şikayet çözüm mekanizmasına yer verme yükümlülüğü yüklenmiştir (m. 20). Yer sağlayıcılar, şikayetleri hızlı, eşit ve özenli şekilde inceleme, gerekiyorsa, önceden vermiş olduğu kararı değiştirme yükümlülüğü altındadır. Ayrıca, yer sağlayıcı inceleme sonucunda vardığı kararı ve bu karara karşı başvurulabilecek mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını (m. 21) gerekçeli olarak ve gecikmeksizin şikayetçiye bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu kararın otomatik olarak değil, nitelikli personel tarafından verilmesi gerektiği de hükme bağlanmıştır.

Sıklıkla hukuka aykırı içerik sağlayan içerik sağlayıcılara sunulan yer sağlama hizmeti, durum onlara önceden bildirilmek suretiyle belirli bir süre askıya alınabilecektir (m. 23).

### C. DEĞERLENDİRME

AB'de e-ticaretin kurallarının hukuk eliyle düzenlenmesi yolu tercih edilmiştir. Regülasyonun başta hukuki belirlilik ve güvenlik olmak üzere belirli avantajları beraberinde getirdiği bir gerçektir<sup>67</sup>. Bununla birlikte, e-ticaret gibi hızlı devinen pazarlarda regülasyonun pazarın büyümesini engelleyici sonuçlar doğurma potansiyeli çok yüksektir<sup>68</sup>. Bu nedenle dijital dünya bakımından regülasyondan arı, serbest bir düzen öneren görüşlere (*self-regulation*)<sup>69</sup> ve daha ılımlı görüşlere (*co-regulation*)<sup>70</sup> de rastlanmaktadır. Kanaatimizce, özellikle DSA ile birlikte AB'nin politikasının dijital dünyada

66 Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriklerle bağlantılı olarak ilave raporlama yükümlülüklerine m. 24'te yer verilmiştir. Buna göre, yer sağlayıcılar, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm merkezlerine ve m. 23 uyarınca düzenli olarak hukuka aykırı içerik sağlamış olmaları sebebiyle yer sağlama hizmeti askıya alınan içerik sağlayıcılara ilişkin rapor sunmakla yükümlü tutulmuştur.

67 Konuya öncülük eden çalışma için bkz Jack Goldsmith and Tim Wu, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World* (1st edn Oxford 2006).

68 Dijital pazarlar özelinde konuyla ilgili bir değerlendirme için bkz Halil Baha Karabudak, Ekin Korkmaz Göka, Gülce Korkmaz ve Sevgi Özben, 'Dijital Pazarlara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemelerin ve Düzenleme Çalışmalarının Uluslararası Örnekler Işığında Rekabet Hukuku ve Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (TEPAV, 2024) <[https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital\\_pazarlara\\_iliskin\\_Turk\\_hukukundaki\\_duzenlemeler.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital_pazarlara_iliskin_Turk_hukukundaki_duzenlemeler.pdf)> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

69 Bu görüşün başını çeken yazarlara örnek olarak John Perry Barlow, David R. Johnson ve David Post, Lawrence Lessig ve Andrew D. Murray verilebilir.

70 Bu görüşün başını çeken yazarlara örnek olarak Joel R. Reidenberg ve Christopher T. Marsden verilebilir.

ko-regulasyona evrildiği yorumu yapılabilir. Elbette, bu politikanın isabetini tartışmak bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Burada AB'nin hukuka aykırı içerik özelinde “pasif yer sağlayıcının sorumsuzluğu” prensibini benimsediğinin belirtilmesi yeterlidir.

Yukarıdaki açıklamalardan görüleceği gibi, AB düzeyinde *sorumsuzluğun*<sup>71</sup> şartları (görece) net olmakla birlikte, hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarını ihlal eden ürünlerin satışına imkân tanıyan yer sağlayıcıların bu içeriklerden *sorumluluğunun* şartları ve sonuçları AB düzeyinde belirlenmemiştir<sup>72</sup>. Yükümlülükleri yerine getirmeyen yer sağlayıcının ihlalden *sorumlu olup olmayacağı* meselesine ilişkin nihai karar üye ülkelere bırakılmıştır. Bu durum, aşağıda örneklendirileceği gibi, üye ülkeler düzeyinde farklı adlandırmalar ve sorumluluk rejimlerinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Nitekim bu nedenle de mevzuatın “yeknesaklaştırma” amacına hizmet edemediği değerlendirilmiştir<sup>73</sup>.

Gerçekten de, sorumsuzluk şartlarını sağlamayan yer sağlayıcılar için bazı ülkelerde içerik sağlayıcıyla müteselsil sorumluluk (birincil, asli) (*joint-tortfeasance*); bazılarında ise farklı isimlerle anılmakla birlikte (örneğin, *accessory liability*, *contributory liability*, *indirect liability*, *secondary liability*) tali (ikincil) sorumluluk öngörülmüştür<sup>74</sup>. Öte yandan, AB yazınında itiraf edildiği gibi ikincil (tali) sorumluluk “yeterince incelenmemiş” (*under-analyzed*) bir kavramdır<sup>75</sup>. Her bir üye ülke, kavramın şartları, sonuçları ve hatta adlandırılması konusunda kendi haksız fiil rejimi çerçevesinde, belirli ölçüde örtüşen ancak temel konularda birbirinden ayrılan sonuçlara varmıştır. Meseleyi somutlaştırmak için AB’de iki temel haksız fiil geleneğini temsil eden Alman ve Fransız hukuklarına kısaca değinilecektir.

Alman hukukunda internet hizmet sağlayıcının sorumluluğu, önceleri, *Störerhaftung* kavramı altında değerlendirilmiştir<sup>76</sup>. Buna göre, bir internet hizmet sağlayıcının fikri ve sınai hak ihlal eden bir içerikten sorumluluğun doğabilmesi için iki şartın varlığı gerekmektedir: İhlale bilinçli katkı ve özen yükümlülüğünün ihlali<sup>77</sup>. Bu prensip, çevrimiçi bir ihlal özelinde ilk olarak *Rapidshare* kararlarında uygulanmıştır. Rapidshare II ve III kararlarında Alman Federal Mahkemesi, Rapidshare’in yalnızca hak sahiplerinin haklarını ihlal eden aykırı içerikleri yayınlayan bir site olmadığını; hukuka uygun içeriklerin de bu sitede yer aldığını belirtmiş; yani iş modelinin doğrudan doğruya ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Bununla birlikte, makul ve teknik olarak mümkün olduğu ölçüde Rapidshare’in sitesinde yer alan içeriği denetleme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülüğün kapsamı, somut olay bazında değişecektir. Örneğin ve özellikle, yer sağlayıcının

71 Buradaki “sorumsuzluk” ifadesi, aslında, ikincil sorumluluğa (asli sorumlu olmamaya) işaret etmektedir. İkincil sorumluluğun altında yatan sebepler için bkz. Krokida (n 41) 48 ff; Dinwoodie (n 4) 16 ff

72 Dinwoodie (n 4) 34-35.

73 Bkz. ör. Krokida (n 41) 103.

74 Krokida (n 41) 22; Dinwoodie (n 4) 9.

75 Paul Davies, *Accessory Liability* (Hart 2015), 1ff.

76 Ansgar Ohly, ‘Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten’ (2022) 41 Neue Juristische Wochenschrift 2961, 2961 ff; Gerhard Wagner, ‘BGB § 823 Schadensersatzpflicht’ in Mathias Habersack (ed), *Münchener Kommentar zum BGB* (CH Beck 2024) par 967 ff.

77 Christina Angelopoulos, *European Intermediary Liability in Copyright – A Tort Based Analysis* (Kluwer 2017) 236-237.

ihlaldeki rolü, ihlal riskinin mevcudiyeti, failin sorumluluğuna başvurulup başvurulamayacağı, yer sağlayıcının alabileceği önlemlere ilişkin finansal ve teknik kapasitesi, ifade özgürlüğü gibi hususlar dikkate alınacaktır<sup>78</sup>. *Störerhaftung* doktrini çerçevesinde Alman hukukunda, yer sağlayıcının özen yükümlülüğünün kapsamına mevcut ihlallerin yanı sıra gelecekte ortaya çıkabilecek benzer nitelikteki ihlallerin de dahil olduğu (*Kerntheorie*) kabul edilmektedir<sup>79</sup>.

*Störerhaftung* kapsamında yer sağlayıcılar içerik üzerinde daha aktif bir role büründürülmüştür. Bununla birlikte, *Störerhaftung* kapsamında sorumlu tutulan bir yer sağlayıcıya karşı yalnızca ihtiyati tedbir kararı verilebiliyor (kendilerinden tazminat talep edilemiyor) oluşu karşısında bu doktrinin amaçlanan sonuca ulaşmada elverişli olmadığı yorumu yapılmış, zaman içinde mahkemeler, yer sağlayıcıları Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823(1) kapsamında müteselsil sorumlular kapsamına dahil etmiştir<sup>80</sup>. Yer sağlayıcıların bir *fiilinin* mevcut olup olmadığı konusunda ise Federal Mahkeme, içeriğin yayınlanmadan önce yer sağlayıcı tarafından kontrol edildiği ve/ya düzenlendiği durumlarda yer sağlayıcının bir fiilinden söz edilebileceğine hükmetmiştir<sup>81</sup>. Benzer şekilde, 2016 yılında *Berlin Landesgericht* tarafından verilen *Davidoff v Amazon* kararında Amazon algoritmasının ürün yanına konulacak resimlere müdahale etmesi sebebiyle, resme ilişkin hak ihlalinin Amazon'un doğrudan doğruya sorumlu olduğuna hükmedilmiştir<sup>82</sup>. Son olarak, Alman hukukunda internet hizmet sağlayıcılarının § 830 (1) ve (2) BGB uyarınca “ihlale yardımcı olanlar” çerçevesinde müteselsil sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bu çerçevede, yer sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için haksız fiilin asıl failiyle en azından “amaç birliği” içinde olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda amaç birliğinin *Störerhaftung* bakımından aranan özen kriteriyle belirlenebileceği ifade edilmekte, ihlal riskinin ciddi anlamda göz önüne alınmış ve onaylanmış olması durumunda amaç birliğinin sağlandığı ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Ayrıca objektif olarak davranışın hukuka aykırılığından haberdar olma şartının da arandığı belirtilmektedir<sup>84</sup>. Bununla birlikte, zararı aşan tazminata da izin veren bu sonucun haksız rekabet durumlarıyla sınırlı olarak uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>85</sup>. Gerçekten de öğreti, bu kriterlerin uygulamada fikri ve sınai hak ihlalleri özelinde fazla uygulama bulamayacağı kanaatindedir<sup>86</sup>.

Fransız hukukunda mesele, Fransız Medeni Kanununun 1382 ve 1383. maddeleri bağlamında haksız fiil kuralları çerçevesinde ele alınmaktadır<sup>87</sup>. Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriği sağlayanlar

78 Krokida (n 41) 91-92.

79 Krokida (n 41) 92; Christina Angelopoulos, ‘Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU – A Summary’ in Giancarlo Frosio (ed), *Handbook of Online Intermediary Liability* (Oxford 2020) 325.

80 Fiilin hukuka aykırılığının temeli Alman Telif Hakları Kanununun 97. paragrafında ve Marka Kanununun 14(6). bölümünde bulunmuştur. “Yapmama”nın fiil teşkil edip etmediği tartışması bakımından ise, özen yükümlülüğünün ihlalinin bir fiil teşkil ettiği kabul edilmiştir. Bkz Angelopoulos, ‘Harmonizing’ (n 79) 323.

81 Bkz Alman Federal Mahkemesinin *marions-kochbuch.de* kararı, BGH NJW-RR 2010, 1276.

82 LG Berlin, *Davidoff v Amazon*, MMR 2016, 624.

83 Krokida (n 41) 95-96; Angelopoulos, ‘Harmonizing’ (n 79) 323-324.

84 Angelopoulos, ‘Harmonizing’ (n 79) 324, 326.

85 Krokida (n 41) 95-96.

86 Bu görüşte bkz ör Angelopoulos, ‘Harmonizing’ (n 79) 324.

87 Angelopoulos, *Tort-Based* (n 77) 273.

tarafından işlenenden farklı bir haksız fiilden aslen sorumlu oldukları kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Alman hukukuna benzer şekilde Fransız hukukunda da sorumluluğun özen yükümlülüğünün ihlali üzerine kurgulandığı görülmektedir. Nitekim Fransız hukukunda da yer sağlayıcıların, yer sağladıkları içeriklere ilişkin olarak basiretli ve özenli bir aracı gibi hareket etmeleri gerektiği kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Yine Alman hukukuna benzer şekilde, E-Ticaret Direktifi'nin kabulünden önce yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriğe ilişkin özen ve denetim yükümlülüğünün geniş yorumlandığı görülmektedir. *Lacoste ve Calimero* kararları bu yaklaşıma örnek gösterilmektedir<sup>90</sup>. 2004 yılında Direktif'in Fransız iç hukukuna adaptasyonundan sonra ise Fransız yargı uygulamasında yer sağlayıcıların sorumlulukları, kendilerine bildirilen hukuka aykırı içerikleri kaldırmadıkları ve aynı içeriklerin yeniden konulmasına izin verdikleri hallerle sınırlandırılmıştır<sup>91</sup>. Bununla birlikte, yer sağlayıcıların yer sağlama hizmeti verdikleri içerikleri kontrol etmedikleri için sorumlu tutuldukları kararlara da rastlanmaktadır<sup>92</sup>. Bu kararlar öğretide özellikle Direktif'in 15. maddesine aykırılıkları sebebiyle eleştirilmiş, Fransız Yargıtayı 2012 yılında verdiği üç karar ile yer sağlayıcıların ileride ortaya çıkabilecek ihlalleri önleme yükümlülüğü ("*notice and stay down*") ile mevcut ihlalleri önleme yükümlülüğünü ("*notice and take down*") birbirinden ayırmıştır<sup>93</sup>.

Görüldüğü gibi sistemler arasındaki farklılıklar oldukça dikkat çekicidir. Örnekler çoğaltıldığında farklılıklar da çeşitlenmektedir. Bir diğer ifadeyle, AB'de yer sağlayıcıların *sorumsuzluğuna* ilişkin prensipler netleşmiş olmakla birlikte *sorumluluklarının* şartları ve kapsamı her bir üye ülke özelinde değişiklik göstermektedir. Her bir ülkenin sorumluluk sistemi de zaman içinde değişikliklere uğramaktadır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA UYGULANABİLİR HÜKÜMLERİN TESPİTİ

#### A. 2023'TEN ÖNCE

Ülkemizde internet ortamında gerçekleşen fikri ve sınai hak ihlallerine ilişkin olarak uluslararası örneklere uygun özel bir düzenleme yapılması gerektiği, mevcut kuralların yeterli olmadığı uzun bir süredir vurgulanmakta<sup>94</sup>, özellikle AB uygulaması takip edilmekteydi.

88 Dinwoodie (n 4) 30.

89 Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 322-323.

90 Kararlara ilişkin açıklamalar için bkz. Krokida (n 41) 97.

91 Bkz ör Tribunal de Grande Instance de Paris, 2007, *SARL Zadig Productions, Jean-Robert Viallet et Mathieu Verboud c Ste Google Inc et AFA*; Tribunal de Grande Instance de Paris, 2007, *Christian C, Nord Quest Production, UGC Images*; Cour d'appel de Paris, 2011, *Google Inc v Les Films de la Croisade, Goatwork Films*.

92 Özellikle Court of Appeal in Versailles, 2011, *Google v Viaticom et Luteciel*; Cour de Cassation, 2008, *Sedo GmbH v Hotel Meridien, Stephane H*.

93 Bkz. Krokida (n 41) 99; Angelopoulos, 'Harmonizing' (n 79) 321.

94 Bu yönde bkz ör Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 347, par 167 vd.; Akipek ve Dardağan (n 13) 76-77.

Telif hakkı ihlalleri bakımından, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun (“FSEK”) 2004 yılında değiştirilen ek 4. maddesinin 3. fıkrasında, dijital ortamlarda telif hakları ihlal edilen hak sahiplerinin, ihlal teşkil eden içerikleri sağlayanlara başvurarak 3 gün içinde ihlalin durdurulmasını; ihlalin devam etmesi halinde Cumhuriyet savcısına başvurarak 3 gün içinde yer sağlayıcıdan, ihlal teşkil eden içeriği sağlayan içerik sağlayıcısına sunulan yer sağlama hizmetinin durdurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Marka ihlalleri özelindeyse 21.01.2009 tarihinden önce yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin (“Marka KHK”) 61/1(e) hükmü “(a) ila (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak” fiillerini açıkça marka hakkına tecavüz olarak kabul etmiştir. Çalışma konumuz bakımından asıl önemli olan (ve 2008 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bulunan) c bendi, “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” fiilini düzenlemiştir. Bu bağlamda, Marka KHK uyarınca eser sahibinin marka hakkını ihlal eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması ve bu ihlalin platform tarafından bilindiği ya da bilinmesi gerektiği hallerde, platformun 61/1(e) uyarınca sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Gerçekten, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, dava tarihinde yürürlükte olan Marka KHK (ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu) uyarınca verdiği *Lancome v. Gittigidiyor* kararında<sup>95</sup>, e-ticaret platformu *Gittigidiyor*’a karşı açılmış olan davanın *Gittigidiyor*’a tebliğ edilmiş olması nedeniyle *Gittigidiyor*’un ihlal teşkil eden fiili bildiğinin kabul edilebileceğini, bu nedenle *Gittigidiyor*’un marka ihlalinde bulunan satıcıyla müteselsilen sorumlu olacağına hükmetmiştir.

Ancak 21.01.2009 tarihinde kabul edilen ve 28.01.2009 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Marka KHK’nın 61/1(e) hükmü yürürlükten kaldırılmış; yani, çalışmamız özelinde, e-ticaret platformunun eser sahibinin marka hakkını ihlal eden ürünün satıcısına *yalnızca yer sağladığı için* marka ihlali nedeniyle satıcıyla beraber müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırılmıştır. 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”) kapsamında da marka ihlali teşkil eden bir ürüne *yalnızca yer sağlanmış olması*, yer sağlayıcının sorumluluğuna yol açmamaktadır. Ayrıca, SMK’nın FSEK’ten farklı olarak, dijital ortamlarda gerçekleşen marka ihlallerine karşı içeriğin kaldırılmasına ilişkin bir düzenleme öngörmediğine dikkat çekilmelidir.

1 Mayıs 2015 tarihinde yürürlüğe giren E-Ticaret Kanunu’nun 9. maddesinde ise, bu kanun uyarınca “aracı hizmet sağlayıcı” olarak adlandırılan (m.2/1-d) gerçek ya da tüzel kişilerin *hizmet sundukları elektronik ortamda sunulan içerikleri denetlemekle yükümlü olmadıkları* bir prensip olarak düzenlenmiştir<sup>96</sup>.

95 Yargıtay HGK, E 2013/11-1138 K 2014/16, 15.01.2014.

96 “Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri



Özetle, 2022'den önce E-Ticaret Kanunu uyarınca “aracı hizmet sağlayıcı” sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının, sunulan içeriklerin hukuka aykırı olup olmadıklarını denetlemekle yükümlü olmadıkları hükme bağlanmıştır. Bir sorumluluk düzeni öngörmese de FSEK'in 2004 yılında değiştirilen ek 4. maddesinin 3. fıkrasında ise dijital ortamlarda hak sahiplerinin, telif haklarını ihlal eden içerikleri sağlayanlara (yani satıcılara) başvurarak 3 gün içinde ihlalin durdurulmasını; ihlalin devamı halinde Cumhuriyet savcısına başvurarak 3 gün içinde yer sağlayıcıdan (yani e-ticaret platformundan), ihlal teşkil eden içeriği sağlayan içerik sağlayıcısına verilen yer sağlama hizmetinin durdurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Marka KHK'nın değişiklikten önceki halinde, 61/1-e hükmü uyarınca e-ticaret platformunun, ihlalde bulunana yardım etmek suretiyle marka hakkına tecavüz fiili işlediği kabul edilebilirken; hükmün değiştirilmesi ve SMK'da da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında, yer sağlayıcı sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının salt ihlal teşkil eden içeriğe yer sağlamaları gerekçesiyle marka ihlalinde buldukları söylenemeyecektir. Ayrıca, SMK'da marka hakkı dijital ortamda ihlal edilen hak sahibinin içeriği kaldırmasını sağlayacak bir imkân da öngörülmemiştir.

2022'den sonraki hukuki duruma geçmeden önce, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (“İnternet Kanunu”) ile Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 58/4 uyarınca e-ticaret platformlarının başkalarının fikri haklarını ihlal eden ürünlerin satışa sunulmasından sorumlu olup olmadıkları meselesine uygulanıp uygulanamayacağına değinmek gerekmektedir. 2007 yılında yürürlüğe giren İnternet Kanunu'nda (E-Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak) erişim, içerik, yer sağlayıcı ayrımları yapılarak yer sağlayıcıların “*yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü [olmadığı]*” belirtilmiştir (m. 2/1-m). Bununla birlikte, bu maddenin 6.2.2014'te değiştirilen 2. fıkrasında yer sağlayıcının “*Kanunun 8inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde [içeriği] yayından çıkarmakla yükümlü [olduğu]*” düzenlenmiştir. İnternet Kanunu'nun 8. maddesi *suç teşkil eden* içeriklere ilişkindir. Bu kanunun 9. maddesinde ise internet ortamında yapılan yayın nedeniyle *kişilik haklarının* ihlal edildiğini iddia eden kişilerin içeriğin kaldırılmasını ve/ya erişimin engellenmesini talep hakkı hükme bağlanmıştır. Bilindiği üzere, fikri hakların kişilik hakkıyla ilişkisi oldukça tartışmalıdır. Alman hukukunda ortaya atılan, fikri hakkın hukuken korunmasını, sahibi ile arasındaki sıkı ilişki nedeniyle kişilik hakkının korunması gerekliliğiyle açıklayan kişilik hakkı teorisi fikri haktan manevi hakların da doğduğunun benimsenmesine ve bunların korunmasına zemin hazırlamış olmakla birlikte, bunun fikri hakların hak sahibine verdiği birçok yetkiyi açıklamakta yetersiz kaldığı kabul edilmektedir. Günümüzde kabul edilen teoriye göre, eser alenileşmekle eser sahibinin kişilik alanından çıkarak ayrı bir varlık kazanmaktadır<sup>97</sup>. Bu bağlamda, her ne kadar eser, onu meydana getiren kişiliğinden süzülerek

*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.”*

97 Ayrıntılı bilgi için bkz Cannur Ercan, ‘Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi’ (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377, 392; Şafak N Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 32-33; Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı – Fikri Haklar* (8. Bası, Turhan 2022) 1-2. Eserin alenileşmekle kişilik hakkının korunmasından çıkıp FSEK'e tabi olacağı yönünde bkz. Tekinalp (n 94) 11, par 31.

varlık kazanıyor, bu anlamda eser üzerindeki haklar kişilik hakkından önemli izler taşıyor ve bunların uygulama alanları da belirli durumlarda kısmen örtüşüyor olsa da fikri hakkın ihlal edildiği her durumda, kişilik hakkını koruyan hükümlerden faydalanmak mümkün değildir. Bu nedenle İnternet Kanunu'nun yukarıda sözü edilen yer sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin e-ticaret platformlarının hak sahibinin fikri hakkını ihlal eden ürünlerin satışa sunulmasından doğan sorumluluğu bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz<sup>98</sup>. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliğin<sup>99</sup> 16. maddesinde yer alan (“*Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, 5651 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla... yükümlüdür*”) “hukuka aykırı içerik” ifadesini kanunun kapsamını aşan şekilde yorumlamak ve her türlü hukuka aykırılığın bu yönetmelik altında düzenlendiğini kabul etmek de mümkün değildir. Aynı şekilde, yine İnternet Kanununa dayanılarak hazırlanan bir diğer yönetmeliğin<sup>100</sup> 7. maddesinde yer alan (“*Yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine göre Başkanlık, adli makamlar veya hakları ihlal edilen kişiler tarafından haberdar edilmesi halinde ve hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla ... yükümlüdür*”) “hukuka aykırı içerik” ifadesinin kanunun kapsamını genişletecek ve kişilik hakkına aykırılık dışındaki hukuka aykırılıkları kapsamına alacak şekilde geniş yorumlanması ve dolayısıyla fikri ve sınai hak ihlallerinde başvurulabilecek bir yol olarak ele alınması da uygun değildir<sup>101</sup>.

Bununla birlikte, Türk mahkeme uygulaması bu yönde gelişmemiş, İnternet Kanunu'ndaki söz konusu hükümler, dijital ortamlarda gerçekleşen fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından (fikri haklar özelinde FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasıyla birlikte) uygulanmıştır<sup>102</sup>.

98 Aynı görüşte bkz Özlem Tüzüner, ‘Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 461, 474-475, 482. İnternet Kanununda fikri hakların ihlali halinde uygulanacak hükümlerin düzenlenmemesinin büyük bir eksiklik olduğunu belirten Sefer Oğuz, ‘Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu’ (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149, 179. Karş Mustafa Ateş, ‘Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 59, 106-107; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015) 322; Savaş Bozbel, ‘Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir Mi?’ iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 135, 140; Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 266. Farklı gerekçeyle Ali Demirbaş, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (On İki Levha 2015) 284. Yazar, internette fikri hak ihlali FSEK ek 4. maddesinin “özel hüküm” olması nedeniyle öncelikle uygulanacağı kanaatinde. İsbeti konusunda kanaat belirtmemekle birlikte İnternet Kanununun “yatay” bir düzenleme; FSEK’in ise dikey bir düzenleme getirdiği, dolayısıyla İnternet Kanunundaki düzenlemelerin FSEK ile çatışmadığı müddetçe eserler açısından da uygulama bulacağı yönünde bkz Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022) 470, 472.

99 Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 24.10.2007/26680.

100 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, RG 30.11.2007/26716.

101 Açıkça bu sonuca varmamakla birlikte yer sağlayıcılara hukuka aykırı içeriği kaldırma yükümlülüğünün yönetmelikle getirilmiş olmasının kanun yapma tekniği açısından isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz Yusufoglu Bilgin (n 98) 472.

102 Bununla birlikte, görüşümüzle aynı doğrultuda, İnternet Kanunu'nun kişilik haklarına ilişkin olması sebebiyle fikri hak ihlallerine uygulanamayacağı yönünde ayrıştı mahkeme kararlarına da rastlanmaktadır. Bkz ör Ankara 3 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E 2021/90 K 2021/416, 16.12.2021.

Konuyla ilgili bir “geçiş dönemi” kararı olan *Gittigidiyor* uyuşmazlığında davacı, kendisine ait tescilli ve tanınmış markaları ile iltibas yaratacak şekilde aynı ibareleri ve tanıtma vasıtalarını içeren taklit ürünlerin *gittigidiyor.com* adresinden satışa sunulması üzerine yer sağlayıcı sıfatını haiz *gittigidiyor.com*’dan “*tecavüzün ref’i, internet sitesi üzerinden yapılan yayının ve satışların durdurulması, satışa arzın önlenmesi, irtibata sebebiyet veren ürünlerin ve ambalajların toplatılması ve imhası, 10.000 YTL manevi tazminat ve mahkeme kararının ilanı*” taleplerinde bulunmuştur. Uyuşmazlığa ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, Türk hukukunda o tarihte internet ortamında yer sağlayıcısı olarak faaliyet gösteren platformların marka hakkına tecavüzden kaynaklanan sorumluluğunu düzenleyen bir mevzuat olmadığı tespitini yaparak bundan ileri gelen kanun boşluğunun AB e-Ticaret Direktifi ve ABD DMCA hükümleri ile FSEK ek 4. maddesindeki uyar-kaldır sisteminin uyuşmazlığa kıyasen uygulanarak doldurulması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, buna göre, platformun kendisine ihlal teşkil eden içeriğin web sitesinden çıkartılması için ihtarname gönderildikten sonra bu ihtara rağmen söz konusu içeriği web sitesinden çıkarmadığı takdirde sorumlu tutulabileceğini, olayda böyle bir ihtar bulunmadığından platformun sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamıştır<sup>103</sup>. Temyiz mercii Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise ilk derece mahkemesinin konu ile ilgili boşluk bulunduğu tespitini uygun bulmamış, dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı Marka KHK’nın 61/e bendine göre tazminat dışındaki taleplerin platforma ileri sürülebileceğine; platformdan tazminat talep edilebilmesinin ihlal teşkil eden davranıştan haberdar olmasına (kusurlu olmasına) bağlı olduğuna hükmederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>104</sup>. Uyuşmazlığı yeniden inceleyen ilk derece mahkemesi, ilk karardan sonra yürürlüğe giren 5651 sayılı *İnternet Kanunu*’nun söz konusu boşluğu doldurduğuna, bu çerçevede sitedeki yayının ve satışın önlenmesi talepleri dışında davalıya husumet yöneltilemeyeceğine hükmederek direnme kararı vermiştir. Yargıtay HGK, 15.12.2010 tarih ve 588/658 sayılı kararıyla mahkeme kararının değişik gerekçeye dayalı yeni bir hüküm niteliğinde olduğundan bahisle dosyayı yeniden 11. Hukuk Dairesine göndermiş, Daire, önceki kararıyla aynı yönde karar vermiştir. Bunun üzerine dosya HGK’nın önüne gelmiş, HGK hukukumuzdaki boşluğun 5651 sayılı *İnternet Kanunu*’yla doldurulduğunu teyit etmekle birlikte, dava tarihinde Marka KHK’nin ilgili hükümleri henüz iptal edilmemiş olduğundan dava tarihinde boşluk bulunmadığını, meselenin dava tarihinde yürürlükte olan Marka KHK üzerinden çözülmesi gerektiğini hükme bağlamıştır<sup>105</sup>. Sonuç olarak HGK, dava dilekçesinin *Gittigidiyor*’a tebliğ edilmesiyle birlikte tazminat talep edilmesi için gerekli “kusur” şartının gerçekleştiği sonucuna varmıştır<sup>106</sup>.

*İnternet Kanunu*’nun yürürlüğe girmesinden sonra, bu kanunun fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından tereddütsüz biçimde uygulandığı görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir olayda eser sahibi, yüksek lisans tez çalışması olan “Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları” adlı kitabın “belgeler.com” isimli internet sitesinde izinsiz ve telif bedeli ödenmeksizin yayınlandığını ileri sürerek tecavüzün tespitini, yayının durdurulmasını, FSEK’in 68.

103 İstanbul 1 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E 2009/167 K 2010/41, 09.03.2010.

104 Yargıtay 11 HD, E 2011/15509 K 2012/540, 20.01.2012.

105 Yargıtay HGK, E 2013/1138 K 2014/16, 15.01.2014.

106 Kararda kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ilişkin bir tereddüt söz konusudur. Konuyla ilgili olarak bkz. aşa. IV.

maddesi kapsamında üç kat tazminat talep etme hakkını saklı tutarak maddi ve manevi tazminat ödenmesini talep etmiştir. Uyuşmazlığa ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan Bakırköy 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, yer sağlayıcı konumundaki “belgeler.com”un fiilinin FSEK m. 25/II uyarınca umuma iletim hakkının ihlali teşkil ettiğini belirterek maddi tazminat istemini tamamen, manevi tazminat istemini ise kısmen kabul etmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine dosyaya bakan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi FSEK ek 4. maddesinin yanı sıra 5651 sayılı *İnternet Kanunu’nun* 5, 8 ve 9. maddelerine dayanarak ihlalden haberdar edilmemiş yer sağlayıcının sorumlu tutulamayacağına hükmetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>107</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle bu uygulamayı –o dönem için bir zorunluluğun tezahürü olduğunu kabul etmekle birlikte– isabetli bulmuyoruz. Aşağıda açıklanacağı üzere, E-Ticaret mevzuatında 2022 yılında yapılan değişikliklerden itibaren İnternet Kanunu’ndaki –aslında bu tarihten önce dahi uygulanması isabetli olmayan– hükme zorlama yoluyla başvurmaya çabalama ihtiyacı kalmamıştır.

Son olarak, TTK m. 58/4’te, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemiş olan hizmet sağlayıcılar aleyhine hükmün ilk fıkrasında belirtilen davaların açılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, aşağıda açıklanacak anlamda içerik karşısında “pasif” olan yer sağlayıcının sorumluluğuna haksız rekabet hükümleri kapsamında da gidilememesi gerekir<sup>108</sup>.

## ***B. 2023 İTİBARIYLA***

01.07.2022 tarihinde 7416 sayılı Kanun ile E-Ticaret Kanunu’nda önemli değişiklikler yapılmış ve bunlar 01.01.2023 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Çalışmamız bakımından, 2. maddenin 1. fıkrasının f ve g bentlerinde tanımlanan “elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı” (“ETAHS”) ve “elektronik ticaret hizmet sağlayıcı” (“ETHS”) kavramları önemlidir. Değişikle, ETAHS, “*Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlayan aracı hizmet sağlayıcı*”; ETHS ise “*Elektronik ticaret pazar yerinde ya da kendine ait elektronik ticaret ortamında mal veya hizmetlerinin teminine yönelik sözleşme yapan ya da sipariş alan hizmet sağlayıcı*” olarak tanımlanmıştır. Değişiklikten önceki tanımla (“*Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişi*”) karşılaştırıldığında, 7416 sayılı Kanun’la değiştirilmiş olan ETAHS kavramının kapsamının daraltılarak belirlenleştirildiği görülmektedir. E-ticaret platformları bu kanun anlamında kural olarak ETAHS konumunda olacaktır.

<sup>107</sup> Yargıtay 11 HD, E 2014/902 K 2014/11631, 17.06.2014

<sup>108</sup> Hak sahibinin fikri/sınai hakkını ihlal eden bir ürünün hak sahibinin izni olmaksızın yayımlanmasının TTK m. 58/1-a uyarınca haksız rekabet teşkil ettiği ve bu bağlamda hak sahiplerinin platform aleyhine dava açabilecekleri yönünde bkz Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 324. Yusufoglu Bilgin aynı kanaatte olmakla birlikte, kanaatimizce de haklı olarak, hükmün ikinci kısmında yer alan ve sağlayıcılara ihtiyati tedbir kararlarına karşı da muafiyet tanıyan düzenlemeyi eleştirmektedir. Yazara göre, bu düzenleme AB düzenlemeleriyle ve ihtiyati tedbirin niteliğiyle bağdaşmaz. Nitekim, bu düzenleme pozitif hukukumuzdaki diğer düzenlemelerle de uyumlu değildir. Yusufoglu Bilgin (n 98) 474-475.

Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren bir başka değişiklik, E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinde yapılmıştır. “Hukuka Aykırı İçerik” başlıklı hükmün üç fıkradan oluşan yeni hali şöyledir:

*“(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 ürünü 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.”*

Hükmün ilk fıkrası, e-ticaret platformlarının yer sağladıkları hukuka aykırı içerikten sorumlu olmadıkları temel prensibini içermektedir. İkinci fıkrada, e-ticaret platformlarının hukuka aykırı içerikten “haberdar olduğu” durum düzenlenmiştir. Böyle bir durumda, platforma içeriği gecikmeksizin yayımdan kaldırma ve hukuka aykırılığı ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Son fıkra ise münhasıran fikri sınai hak ihlali içeren içeriklere ilişkin, hak sahibinin şikâyetine dayanan bir içerik kaldırma usulü getirmektedir. Bu hükümle, yukarıda FSEK ek 4. madde ve İnternet Kanunu kapsamında açıklanan “uyar-kaldır” sisteminin, fikri ve sınai hakların tamamını kapsar şekilde –elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarla sınırlı olarak da olsa, nihayet– hükme bağlandığını söylemek mümkündür. Gerekçede açıkça belirtildiği üzere, ETAHS, bu fıkrada yer alan usul ve esaslara göre, bilişim sistemini kurmak, erişime açık tutmak ve etkin bir şekilde işletmekle yükümlü tutulmuştur<sup>109</sup>.

Kanun değişikliğinden bir süre sonra, 29.12.2022 tarihinde “Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik” (“E-Ticaret Yönetmeliği”) yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmeliğin 10. Maddesinde hukuka aykırı içerikten sorumsuzluk prensibi bir kez daha vurgulanarak “haberdar olma” durumunun ve “uyar-kaldır” sisteminin<sup>110</sup> ayrıntıları düzenlenmiştir. Buna göre “ETAHS, ETHS tarafından sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğundan

<sup>109</sup> Bkz 7416 sayılı Kanun Gerekçesi.

<sup>110</sup> Yusufoglu Bilgin'e göre, burada “uyar ve kaldır” in ötesine geçen ve AB sistemine yaklaşan bir “uyarı ve eylem” prosedürü öngörülmektedir. Zira klasik “uyar ve kaldır” prosedüründe içerik sağlayıcıya bir cevap (itiraz) hakkı tanınmamaktadır. Yusufoglu Bilgin (n 98) 486. Gerçekten de hukukumuzdaki sistem, itiraza da izin vermesi yönüyle ABD'deki sisteme daha yakındır.

*haberdar olması hâlinde, bu içeriği kırk sekiz saati geçmemek üzere gecikmeksizin yayımdan kaldırarak hukuka aykırı hususu ETHS'ye ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına gerekçesiyle bildir[ecektir]”<sup>111</sup>.*

Ayrıca, Yönetmeliğin 10. maddesinin son fıkrasında “haberdar olmaya” ilişkin bir karine öngörülmüştür. Ancak karineye geçmeden önce Yönetmeliğin 24. maddesinde yer alan yükümlülüğün açıklanması gerekir. Bu maddede, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” ETAHS'lara<sup>112</sup>, ETHS tarafından sağlanan içerikle ilgili olarak mevzuata uygunluk denetimi yapma ve bunu Bakanlığa raporlama yükümlülüğü getirilmiştir. Hükümde, içeriğin uygun olup olmadığı denetlenirken incelenmesi gereken mevzuat arasında FSEK ve SMK da sayılmıştır. Buna göre, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” ETAHS'lar her yıl mevzuata aykırılıkları tespit etmek amacıyla aracılık hizmeti yürüttükleri platformlarda inceleme yapmak ve bu incelemeye ilişkin rapor (“mevzuata uygunluk raporu”) hazırlayarak izleyen takvim yılında Bakanlığa sunmak durumundadır. Bu raporda, “aykırılığın konusu ve ilgili mevzuatı, bunlara ilişkin tespit yöntemleri ile alınan tedbirlere” yer verecektir.

İşte, Yönetmeliğin 10. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarına aykırı içeriğin platformda satışa sunulduğunun 24'üncü madde çerçevesinde hazırlanan mevzuata uygunluk raporu kapsamında ETAHS tarafından tespit edilmesi halinde, Yönetmeliğin 10. ve E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesi bağlamında platformun ihlalden “haberdar olduğu” varsayılacaktır. Bunun yanı sıra aynı fıkrafta “yargı mercilerinin hukuka aykırı içeriğe ilişkin kararının ETAHS'ye bildirilmesi” ya da “Bakanlığın ya da görev alanlarına giren konularda diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hukuka aykırı içerik bildiriminde bulunması durumunda” da ETAHS'in hukuka aykırı içerikten haberdar olduğunun kabul edileceği düzenlenmiştir<sup>113</sup>.

Sonuç itibarıyla, 2022 tarihli değişiklikten sonra, “orta”, “büyük” ve “çok büyük ölçekli” kapsamına dahil olan e-ticaret platformları tarafından hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarını ihlal eden içeriklerin platform dahilinde satışa sunulmuş olup olmadığının Yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca yıllık olarak denetlenmesi ve aykırılıkların “mevzuata aykırılık raporuna” dahil edilerek Bakanlığa sunulması gerekmektedir. Bu rapor veya konuyla ilgili olarak verilmiş mahkeme kararı “gibi durumlar” kapsamında ya da Bakanlık yahut diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca platforma bildirimde bulunulmuş olması halinde platformun bu aykırılıktan “haberdar olduğu” kabul edilmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesi ve E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasının birlikte değerlendirilmesi neticesinde, platformun aykırılıktan haberdar olduğu andan itibaren 48

111 Vurgu eklenmiştir.

112 23.02.2023 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Ek İkinci, Ek Üçüncü ve Ek Dördüncü Maddelerinde Belirtilen Parasal Eşiklerinin Yarıya Oranında Artırılmasına İlişkin 6829 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı” ile yarıya oranında arttırılmış olan ve bu çalışmanın yazıldığı tarihte yürürlükte bulunan tutarlar sırasıyla (bir takvim yılındaki net işlem hacmi) on beş milyar TL (orta), kırk beş milyar TL (ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan: büyük) ve doksan milyar TL'dir (çok büyük).

113 Hükümde mevzuata uygunluk raporu ve yargı mercilerinin kararlarından sonra “gibi durumlar” ifadesine yer verilerek sayılanların sınırlı sayıda olmadığı belirtilmiştir: “Hukuka aykırı içeriğin 24 üncü madde çerçevesinde hazırlanan mevzuata uygunluk raporu kapsamında ETAHS tarafından tespit edilmesi veya yargı mercilerinin hukuka aykırı içeriğe ilişkin kararının ETAHS'ye bildirilmesi gibi durumların yanı sıra Bakanlığın ya da görev alanlarına giren konularda diğer kamu kurum ve kuruluşlarının hukuka aykırı içerik bildiriminde bulunması durumunda ETAHS'nin hukuka aykırı içerikten haberdar olduğu kabul edilir.” (Vurgu eklenmiştir).

saat içinde bu içeriği kaldırması ve ETHE ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına konuyu bildirmesi gerekmektedir.

Yönetmelikte, ayrıca, E-Ticaret Kanunu'nda öngörülen "uyar kaldır" sistemine ilişkin ayrıntılar da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, platformun, bilgi ve belgeye dayanan şikayet üzerine şikayete konu ürünü yayımdan kaldırarak durumu hak sahibine ve ETHE'ye bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. ETHE şikayetin aksini gösteren bilgi ve belgeye dayanarak itirazda bulunursa, platform, şikayete konu ürünü yeniden yayımlayacaktır. İlgililerin genel hükümlere göre adli ve idari mercilere başvurma imkanları saklı tutulmuştur. Şikayet ve itirazın yapılma usulü ve şikayet başvurusunun sonuçlandırılma usulü Yönetmeliğin 12, 13 ve 14. maddelerinde düzenlenmiştir. İlk olarak hak sahibi hak sahipliğini gösterir belgeler ve ihlale ilişkin gerekçe ve deliller ile platformun dahili iletişim sistemi, noter ya da KEP aracılığıyla ETAHS'a başvuracaktır (m. 12(1)). ETAHS, şikayetin kendisine ulaşmasından itibaren en geç 48 saat içinde şikayete konu ürünü yayımdan kaldırarak durumu hak sahibine ve ETHE'ye bildirecektir (m. 12(3)). ETHE, ürünün hak ihlali teşkil etmediğine dair belge ve deliller ile ürünün orijinalliğini kanıtlayarak aynı araçlarla ETAHS'a itiraz başvurusunda bulunabilecektir (m. 13). ETHE'nin itirazının haklı olduğunun sunulan belgelerden "açıkça anlaşılması halinde", ETAHS, itirazın kendisine ulaşmasından itibaren 24 saat içinde ürünü yeniden yayımlayacak ve durumu hak sahibi ile ETHE'ye bildirecektir (m. 14(1)).

Olası ihlallere ilişkin olarak ETAHS'ın inceleme yetkisi ve yükümlülüğü, kendisine sunulan belgeler ile sınırlandırılmış (m. 14(3)), yeni belge sunulmadıkça aynı ürün ve iddiaya ilişkin yapılan şikayet başvurularının dikkate alınamayacağı (m. 14(2)) hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi, E-Ticaret Kanunu m.9/3 kapsamında düzenlenen şikayet usulünde belge ve bilgiye dayanan hak ihlali iddiası (şikayet) üzerine platforma, 48 saat içinde ilgili ürünü yayımdan kaldırma; belge ve bilgiye dayanan hak ihlali bulunmadığı iddiasının (itiraz) haklı olduğunun açıkça anlaşılması üzerine ise ürünü 24 saat içinde yeniden yayımlama yükümlülüğü getirilmiştir. Burada şikayet üzerine içeriği yayımdan kaldırılması için değil; itirazın dikkate alınabilmesi için "açıkça anlaşılma" şartının arandığına dikkat çekilmelidir. Bununla birlikte, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, içeriğin yayımdan kaldırılması için ihlalin de açık olması gerekmektedir<sup>114</sup>. Konuyla ilgili aşağıda detaylandırılacak olan kanaatimiz, uygulamanın –ihlal açıkça anlaşılın ya da anlaşılmasın– gelen şikayet başvurusu üzerine ürünün yayımdan kaldırılması şeklinde gelişeceği yönündedir. İnceleme yapmak için 48 saati olan platformlar, büyük olasılıkla içeriği kaldırmamaları halinde muhatap olacakları idari para cezası karşısında, doğrudan içeriği kaldırma ve buna yapılması muhtemel itiraza göre tavır alma yoluna gideceklerdir. Eğer itiraz karşısında içerik yeniden yayımlanırsa, hakkının ihlal edildiğini düşünen hak sahibi tipik olarak dava yoluna başvuracak, bu dava süresince (en azından bu konuda bir tedbire hükmedilmediği sürece) içerik yayımda kalmaya devam edecektir.

Bu açıklamalardan sonra, mehz ABD ve AB'deki düzenden hareketle, yukarıda belirtilen düzenlemelerin değerlendirilmesine ve konuyla ilgili önerilerimizin sunulmasına geçilmesi mümkündür.

114 Yusufoglu Bilgin (n 98) 487.

## IV. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUYLA İLGİLİ DÜZENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle, e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali oluşturan içeriğe yer sağlamasından kaynaklanan doğan özel hukuk sorumluluğunun temel esasları şöyledir:

1. İnternet Kanunu'nun 5. maddesinde, E-Ticaret Kanunu'nun 9. maddesinde ve hatta E-Ticaret Yönetmeliği'nin 10. maddesinde açıkça öngörülen sorumsuzluk prensibi uyarınca, bir e-ticaret platformunun yer sağladığı bir ürünün fikri ve sınai hak ihlali teşkil etmesi nedeniyle sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Bu, FSEK ve SMK uyarınca ihlal teşkil eden fiillerin, yer sağlayıcı tarafından, sadece yer sağlanması fiiliyle işlenemeyeceği anlamına gelir. Yani, örneğin ve özellikle, hak sahibinin telif hakkını ihlal eden bir ürünün bir e-ticaret platformunda satışa sunulması halinde e-ticaret platformunun eser sahibinin FSEK m. 23'te düzenlenen yayma hakkını ihlal ettiğini ya da marka hakkı ihlali teşkil eden bir ürünün e-ticaret platformunda satışa sunulması halinde platformun SMK m. 29 uyarınca marka ihlalinde bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Marka KHK'nın 61/1(e) hükmünün iptali ve bu yönde bir hükme SMK'da yer verilmemiş olması da bu sonucu desteklemektedir. Her ne kadar yer sağlayıcı, aslında içeriğe yer sağlamakla hukuki niteliği itibarıyla haksız fiil teşkil eden fikri ve sınai hak ihlaline "yardımcı" sıfatıyla katılıyor olsa da, içerikle ilgili kontrolünün (fiilen) bulunmadığı (pasif konum) gerçeği dikkate alınarak yer sağlayıcılar sorumsuzluk zırhı altına alınmıştır.
2. Bu sorumsuzluk, fikri ve sınai hak ihlallerine karşı kanunlarda öngörülmüş olan tüm özel hukuk sorumluluklarını bütün boyutlarıyla kapsamına almaktadır. Yani, platformlar, ihlallerin kusura bağlı olmayan sonuçlarından<sup>115</sup> dahi sorumlu tutulamaz<sup>116</sup>. Zira sorumsuzluk prensibinin öngörülmesinin anlamı, yer sağlayıcının fiili açısından bir hukuka uygunluk sebebinin getirilmesi ve böylece fiilin hukuka uygun sayılmasıdır. Örneğin ve özellikle, fikri hak ihlali teşkil eden bir ürünün platformda satışa sunulması halinde platformdan FSEK m. 66 vd. uyarınca tecavüzün ref'i de talep edilemeyecektir. Bunun kapsamına, içeriğin kaldırılmasının talep edilememesi de dahildir. Nitekim FSEK ek 4. maddeye 3. fıkra olarak içeriğin kaldırılması imkânı tam da bu nedenle getirilmiştir.
3. FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasında getirilen imkânın, hakları ihlal edilen kişilerin mahkemeye başvurmaksızın hak ihlallerini hızlıca ortadan kaldırabilmesi için, FSEK m. 66 vd.'na *alternatif olarak* getirildiği de ileri sürülebilir. Bir diğer ifadeyle, platformların yalnızca yer sağlama fiillerinin hukuka aykırı olduğu, dolayısıyla platforma karşı ihlalin kusura bağlı olmayan sonuçlarının ileri sürülebileceği; platformun içerikten haberdar olduğu andan itibaren kusurlu olduğu kabul edilerek ona karşı tazminat taleplerinin de ileri sürülebileceği düşünülebilir. Ancak böyle bir yaklaşım aşağıda açıklanacak olan sorumluluk düzenine tamamen aykırı

115 Bu konuda bkz. Kılıçoğlu (n 97) 423 vd.; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022) 134 vd.; Erel (n 97) 331 vd.; Tekinalp (n 94) 303 vd., 491 vd.

116 Karş Yasaman, 'Sorumlulukları' (n 27) 280.



olacak, pozitif hukukumuzun (mehaza uygun olarak) üç ayrı yerde tekrarladığı temel ilkenin altını boşaltacaktır. Şöyle ki:

4. Yer sağlayıcıların sorumlulukları “kontrol” üzerine kurulmuştur. Platformlara, bu içerik üzerinde “kontrol sahibi oldukları takdirde” (aktif konum)<sup>117</sup> yükümlülük getirilmiştir. Kontrol sahibi olma da içeriğin hukuka aykırılığını bilebilecek duruma gelme (mevzuatın lafziyla “haberdar olma”) üzerine kurgulanmıştır<sup>118</sup>. Yukarıda açıklanan düzen çerçevesinde yer sağlayıcı platform, içeriğin hukuka aykırılığını, (i) kendi hazırladığı mevzuata uygunluk raporları sırasında; (ii) hak sahibinin şikayeti üzerine; (iii) yargı mercilerinin kararlarının kendisine bildirilmesi üzerine ya da (iv) Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarının bildiri üzerine bilebilecek duruma gelecektir.
5. Platformun bu konuma gelmesiyle birlikte, platforma, şartları ve kapsamı yukarıda açıklandığı şekliyle içeriği kaldırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılmasının yaptırımını olarak idari para cezası öngörülmüştür. Dolayısıyla, içerik üzerinde aktif bir konuma gelmesine rağmen içeriği gecikmeksizin kaldırmayan platformun idari sorumluluğu doğmaktadır<sup>119</sup>. Bununla birlikte, bu konuma gelmekle birlikte, özel hukukun temel sorumluluk prensipleri göz önüne alındığında oldukça önemli bir başka sonucun daha doğduğu kabul edilmelidir; bu da platformun fikri ve sınai hakkın ihlali nedeniyle içerik sağlayıcıyla müteselsil sorumluluğunun doğmasıdır. Şöyle ki, yer sağlayıcı sıfatını haiz e-ticaret platformunun gerçekte haksız fiilin işlenmesi bakımından yardımcı kişi (fer’an medhal) konumunda olduğu ancak mehaza uygun olarak içeriğin yer sağlayıcıların kontrolü dışında bulunduğu müddetçe hukukumuzda yer sağlayıcılar için bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunun kabul edilmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır<sup>120</sup>. Bu hukuka uygunluk sebebinin öngörülmüş olma nedeni, yukarıda da açıklandığı gibi, yer sağlayıcının içerik karşısında pasif konumda bulunmasıdır. Dolayısıyla, özel hukuk perspektifinden yukarıda açıklanan düzene bakıldığında, hukuka aykırı içerikten haberdar olan, yani içerik karşısında aktif konumda bulunan yer sağlayıcının sorumsuzluk zırhının ortadan kalktığı, aktif bir davranış yükümlülüğü altında bulunduğunun kabulü gerekir. İşte, hukuka aykırı içerikten yukarıda açıkladığımız yollardan biri vesilesiyle haberdar olan platformun, aktif davranış yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde (yani bu içeriğe karşı harekete geçmemesi durumunda) özel hukuk sorumluluğu (da) doğmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, platformun hukuka aykırı içerikten haberdar olmasının haksız fiilin kusur unsurunu;

117 Tekinalp (n 94) 349, par. 172.

118 Bu anlamda “haberdar olma” ile “haberdar edilme” arasındaki ilişki için bkz. Mohammad Sadeghi, ‘The Knowledge Standard for ISP Copyright and Trademark Secondary Liability: A Comparative Study on the Analysis of US and EU Laws’ (DPhil thesis, Brunel University London 2013) 35 vd.; Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha 2020) 604 vd.

119 Aynı görüşte bkz. Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 271. İnternet Kanunundan hareketle aynı sonuca varan Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 322.

120 Bu doğrultuda, açıkça belirtilmese de ihlal karşısında en başından aktif konumda bulunan yer sağlayıcılar (örneğin başlı başına hukuka aykırı içeriklere yer sağlamak amacıyla kurulmuş platformlar ya da içerik sağlayıcıyla bu yönde anlaşmış olan yer sağlayıcılar) sorumsuzluk zırhından elbette faydalanamayacaktır.

içeriğin kaldırılmamasının ise hukuka aykırılık unsurunu sağladığı<sup>121</sup> ve böylece hukuka aykırı içerik karşısında haberdar olma yoluyla aktif konuma gelen ancak içeriği kaldırmayan yer sağlayıcının hem e-ticaret mevzuatı uyarınca idari sorumluluğunun hem de fikri/sınai hak ihlalden dolayı özel hukuk sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, böyle bir durumda platforma karşı, ihlal edilen bir fikri haksız FSEK m. 66 vd.; ihlal edilen bir sınai haksız SMK m. 149 vd.'nda öngörülen imkanların kullanılabilmesi gerekir.

6. Özel hukuk sorumluluğu bakımından platform, içerik sağlayıcıyla TBK m. 61'e göre müteselsilen sorumlu olacaktır<sup>122</sup>. Yargıtay da –erişebildiğimiz kararlardan tespit edebildiğimiz kadarıyla sorumluluğun arka planını açıklamaksızın– hukuka aykırı içeriği kaldırmayan yer sağlayıcının içerik sağlayıcıyla müteselsilen sorumlu tutulacağını belirtmekte ve bu sorumluluğun doğması için yer sağlayıcının içeriğin hukuka aykırılığını “*en azından bilmesi gerektiğini*” ifade etmektedir<sup>123</sup>. Bu ifadelerin hem mülga BK döneminde hâkim görüşün tam teselsül için ortak kusur şartını aramasından ileri gelen bir alışkanlıktan hem de günümüzde yürürlükte olan ve yukarıda açıkladığımız düzende yer sağlayıcının özel hukuk sorumluluğunun doğması için kusurun (yani burada tartışılan bağlamda hukuka aykırılıktan haberdar olma), hukuka aykırılığın (yani burada tartışılan bağlamda içeriğin kaldırılmaması) gerçekleşmesinin ön şartı olarak düzenlenmesinden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Bu, Türk hukukundaki klasik haksız fiil sorumluluğu düzenine uygun bir yapı değildir. Zira bilindiği üzere, kusur, hukuka aykırılığın ön şartı olmayıp bunlar birbirinden ayrı olarak değerlendirilen unsurlardır. Klasik haksız fiilden sorumluluk düzenimiz itibarıyla, buradaki hukuki yapının şöyle kurgulanması elbette daha uygun olurdu: Platformun hukuka aykırı içeriği yayınlaması tek başına (içeriği kaldırmaması halinde değil; yalnızca bu içeriği platforma koymasıyla) hukuka aykırılık unsurunu sağlamakla beraber, bunun hukuka aykırı olduğunu öğrenmesiyle kusur unsuru sağlandığından, haksız fiilin şartlarının bu andan itibaren sağlanmış olduğu kabul edilmeliydi. Fakat bu yorum da ne mehz düzenlemelerle güdülen amaca ne de Türk hukukundaki sistemin işleyişine uygundur. Zira sistem böyle kurgulandığı takdirde,

121 Bu anlamda kusur ve hukuka aykırılık unsurları Yargıtay HGK'nın, “Gittigidiyor” kararında birbiri yerine kullanılmıştır: “*Somut uyumsuzlukta ileri sürülen talepler bakımından da kusur şartının gerçekleşmesi ve dolayısıyla da davalının iştirak halinde sorumluluğuna gidilebilmesi için önceden haberdar edilmesi ve buna rağmen haklı veya yasal bir neden olmaksızın ihlal oluşturan içeriğin davalı tarafından web sitesinden çıkartılmaması gereklidir.*” “*Dava konusu içeriğin web sitesinden çıkartılması ya da erişimin engellenmesi şeklinde olumlu bir davranışta bulunmayarak, tecavüz teşkil eden içeriği işletmecisi olduğu www.gittigidiyor.com adlı web sitesinden çıkartmamak suretiyle kusurlu davranan davalının...*” Yargıtay HGK, E 2013/11-1138 K 2014/16, 15.01.2014. Bu karar özelinde aynı görüşte bkz. Tüzüner (n 98) 471. Bu kararda ayrıca, “uyar-kaldır” sistemindeki, yer sağlayıcıyı ihlalden haberdar eden uyarıya karşılık gelmek üzere “ihtarname” ifadesi kullanılmıştır. Bu, öğretide haksız fiilde ihtar şartının aranmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bkz. Tüzüner (n 98) 471. Burada HGK “ihtar” kelimesini teknik anlamda kullanmamış olsa da doğru ifade “yer sağlayıcının ihlalden haberdar olmasını sağlayan bildirim (uyarı, ihbar)” olmalıydı.

122 İçeriği platformdan kaldırmayan ya da erişimi engellemeyen yer sağlayıcının eyleminin haksız fiil teşkil ettiği ve yer sağlayıcının asıl faille birlikte müteselsilen sorumlu olduğu yönünde bkz. ör. Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 285-286; Demirbaş (n 98) 287; Bozbel, *Fikri Mülkiyet* (n 98) 322. İçerik kaldırmaya ilişkin bir kriter getirmeksizin fikri hak ihlallerinden haberdar olan ve bunu engelleyebilecek teknik donanıma sahip olan yer sağlayıcıların içerik sağlayıcıyla birlikte müteselsilen sorumlu tutulabileceğini belirten görüş için bkz. Erel (n 97) 205.

123 Bkz. yuk. III.

hukuka aykırı içeriğin yayımlanmasından itibaren platform, kusur aranmayan sorumluluklar ve/ya imkanlar bakımından<sup>124</sup> haberdar olmasa da sorumlu olacaktır. En basitinden, böyle bir düzende, yer sağlayıcı bakımından hukuka aykırılık baştan (içeriğin platforma konulduğu andan itibaren) mevcut olacağından hak sahibi, tecavüzün ref'i kapsamında içeriğin kaldırılmasını talep edebilecektir. Bu, yukarıda açıklandığı gibi, hukukumuzda kurgulanan sisteme tamamen ters düşer.

7. Söz konusu sorumluluk düzeninin uygulamasına gelindiğinde, yukarıda FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasının getirilme amacının, platformun yer sağlama fiilinin başlı başına hukuka aykırı sayılması ve dolayısıyla platformdan FSEK m. 66 vd'da düzenlenen ref talebinde bulunulmaması olduğunu belirtmiştik. Ancak önceki başlıktaki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrası, bu amacın tam olarak yerine gelmesinde yetersiz kalmaktadır<sup>125</sup>. Konuyla ilgili esasların çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüşse de konuyla ilgili bir yönetmelik çıkarılmamış olmasının da etkisiyle, hükmün içerdiği usul önemli belirsizlikler içermektedir. Bir kere, eser sahibinin Cumhuriyet savcısına başvurarak üç gün içinde platformdan, satıcıya sunulan yer sağlama hizmetinin durdurulmasını istemesinin hukuki temeli belirsizdir. Zira başvurunun haklı olması kadar, olmaması da pekâlâ mümkündür. Cumhuriyet savcısı nasıl bir inceleme yaparak platforma satıcıya sunduğu yer sağlama hizmetini durdurmasını emredebilecektir? Hükümde, içeriğin kaldırılması için ihlalin açık olması ya da başvurunun mahkeme kararı sunması gibi bir zorunluluk da öngörülmemiştir. Mevcut düzende, salt iddia üzerine platformun içerik sağlayıcıya sunduğu yer sağlama hizmetinin savcılık kararıyla "ihlal durdurulana kadar" engellenmesi söz konusudur. Üstelik, savcının kararına karşı başvurulabilecek bir kanun yolu da öngörülmemiştir<sup>126</sup>. Bu ölçüsüz sınırlamanın amaca uygun düşüp düşmediği şüphelidir. Gerçek bir hak ihlalden söz edilemediği bir senaryoda "ihlalin" durdurulduğunun nasıl tespit edileceği de ayrıca belirsizdir. Öte yandan, – özel hukuk bakış açısıyla – bu senaryoda haklı bir sebebe dayanmaksızın belirli bir süre ürünlerini platformda satışa sunamayan satıcının zararının tazminini talep edip edemeyeceği ve edebileceyse kimden/kimlerden talep edeceği sorusu da yanıtızdır. Bir başka soru, hak sahiplerinin her bir platform için ayrı ayrı başvuru yapmasının gerekli olup olmadığıdır. Son olarak, Savcının kararına uymayan platformun hangi yaptırıma tâbi tutulacağı da cevapsız bırakılmıştır<sup>127</sup>.

Konuyla ilgili olarak, 2017 yılında "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" ("Tasarı") hazırlanmış ancak bu Tasarı kanunlaşmamıştır. Kanaatimizce yukarıda açıklanan yetersizliği giderme amacı güdülerek, Tasarının 27. maddesiyle FSEK'e, 77/B maddesi olarak "İnternet ortamında hak ihlallerinin önlenmesi" başlıklı bir hüküm eklenmesi öngörülmüştür. Bu hükümde, FSEK'te tanınan hakları internet ortamında

124 Kusura bağlı olmayan sonuçlar için bkz yuk dn 115.

125 Aynı görüşte bkz Ateş (n 98) 106.

126 Cansu Topal, 'FSEK Ek Madde 4 İle Hak İhlallerinin Ortadan Kaldırılması Usulüne Dair Kanun Değişikliği Çalışmaları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2015* (Yetkin 2017) 371, 378 vd.

127 Hükme ilişkin başka bazı eleştiriler için bkz Bozbel, 'İhtiyati Tedbir' (n 98) 154-155.

ihlal edilen hak sahiplerine, *hak sahipliğini ve ihlali gösterir bilgi veya belgelerle birlikte içerik sağlayıcısına veya yer sağlayıcısına internet sayfalarındaki elektronik posta veya diğer iletişim araçlarıyla göndereceği uyarıyla*, ihlale konu içeriğin yayından çıkarılmasını ya da *doğrudan Cumhuriyet savcısına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini isteme* imkânı tanınmıştır<sup>128</sup>. Görüldüğü gibi, FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasından farklı olarak, hak sahiplerinin yalnızca hak ihlali iddiasıyla değil; hak sahipliğini ve ihlali gösterir bilgi veya belgelerle başvurması zorunluluğunun getirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, mevcut düzenden farklı olarak, öncelikle içerik sağlayıcı, daha sonra Cumhuriyet savcısı üzerinden yer sağlayıcısından talepte bulunma usulü kaldırılmış; hak sahibinin doğrudan içerik sağlayıcısına ya da yer sağlayıcısına başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği ya da doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında, Tasarı'da içerik ve yer sağlayıcının talebinin uyarıdan itibaren 24 saatlik bir süre içinde yerine getirmesi öngörülmüştür. Öte yandan Cumhuriyet savcısının, ihlale konu içerik yayından kaldırılana kadar içeriğe erişimi engelleyebileceği, internet sayfası belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin kaldırılmayacağına kanaat getirilmesi halinde ise gerekçesini de belirterek internet sitesindeki tüm yayına erişimi engelleyebileceği öngörülmüştür. Her bir platform için ayrı başvuru zorunluluğunun eser sahibine yükleyebileceği zorluklar dikkate alınarak Tasarı'nın 77/B maddesine 4. fıkra olarak, erişimin engellenmesi kararına konu içeriğin kısmen veya tamamen başka internet sitelerinde de yayınlanması halinde, ilgili hak sahipleri tarafından müracaat edilmesi üzerine mevcut kararın bu adresler için de infaz olunacağı düzenlemesi eklenmiştir. Tasarı'da, içeriğin yayından kaldırılması veya erişimin engellenmesi kararına uymayan yer ve içerik sağlayıcılara – fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde – beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası verileceği de hükme bağlanmıştır. Hükümde ayrıca, internet hizmetinin yavaşlatılması yetkisi de getirilmiş, hükümdeki imkanların etkin kullanılabilmesi için Bakanlık bünyesinde merkezler oluşturulabileceği kabul edilmiş, Cumhuriyet savcısının bu imkanları kullanmaya ilişkin kararını en geç 24 saat içinde sulh ceza hakiminin onayına sunacağı, hâkimin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca fikri ve sınai haklar ceza mahkemesine itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır.

Bu Tasarı kanunlaşmış olsaydı, konuyla ilgili yukarıda belirtilen önemli sorunların – en azından fikri haklar bakımından – çözülmüş olacağı itiraf edilmelidir. Ancak halihazırda pozitif hukukumuz bakımından FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrası uygulanabilir bir hüküm niteliğinde değildir. Birçok mesele belirsizliğini korumakta ve hüküm mevcut haliyle çözümden çok soru(n) üretmektedir.

8. SMK'da ise içeriğin kaldırılmasına ilişkin bir hüküm dahi mevcut değildir. İşte, SMK'daki düzenleme eksikliği ve FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasının da sorunları çözmeye muktedir olmaması karşısında hukukumuzda bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu boşluk, aslında – yukarıda açıklanan sebeple – hukuken fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından uygulanabilir nitelikte olmamasına rağmen İnternet Kanunu'nun da yardımıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Yukarıda

128 Metin için bkz. <https://gesam.org.tr/fikir-ve-sanat-eserleri-kanunu/>. “İtalik” olarak yazılan yerler, yürürlükteki ek 4. maddenin 3. fıkrasından farklı hususlara işaret etmektedir.

aktarılan kararlarda görüldüğü gibi Yargıtay, İnternet Kanunu ve FSEK ek 4. maddesinin 3. fıkrasını birlikte uygulayarak sorunu çözmeye çalışmıştır. Zira tekrarlamak gerekirse, ne FSEK ne de SMK, internet ortamında gerçekleşen hak ihlallerine karşı müdahalenin ref'ine (içerik kaldırmaya) ve sorumluluğa ilişkin uygulanabilir bir düzenleme içermektedir. Çalışmamızda birkaç defa işaret ettiğimiz gibi, e-ticaret mevzuatının – ETAHS'larla sınırlı olsa da – soruna bir ölçüde çözüm getirdiğini belirtmek mümkündür; ancak yine de tüm yer sağlayıcılar açısından mevcut olan bu sorunun açıkça ortaya konulması ve teorik açıdan hatalı uygulamalardan dönülerek meselenin uygun araçlarla çözülmesi elzemdir.

## V. TÜRK HUKUKUNDA E-TİCARET PLATFORMLARININ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ÖNERİLER

### A. DÜZENLEMELERİN LAFZINA VE SORUMLULUĞUN DÜZENLENME BİÇİMİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

İlk olarak mevzuatta geçen “bilgi toplumu hizmeti sunan” terimi, platformlara ilişkin hukuki düzenlemeler bakımından merkezi önemdedir. Ancak bu terim, İngilizce “*information society service provider*”in motamot bir çevirisinden ibaret olup anlamını karşılamamakta, kavramın içeriğiyle ilgili herhangi bir fikir vermemektedir. Üstelik bu terim, Türk pozitif hukukunda konuyla son derece uzaktan ilgili bir yerde, Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik'in<sup>129</sup> 4/1-b hükmünde tanımlanmaktadır. Dahası, yapılan tanım, mehzadan (AB'dekinden) farklıdır. Kanaatimizce, konuyla ilgili mevzuatın tamamında AB düzenlemelerinin örnek alınması yönünde bir hukuk politikası tercihinde bulunulmuşsa, temel kavramlar düzeyinde bir ayrışmaya gitmek yalnızca karmaşıklığa yol açar. Dolayısıyla, AB mevzuatı bağlamında “bilgi toplumu hizmeti sunan”ı karşılamak üzere Türkçe daha anlamlı bir terim kullanılması ve tanımın da AB'dekiyle aynı biçimde yapılması isabetli olacaktır.

İkinci olarak, yer sağlayıcının sorumluluğunun yapıtaşlarından olan içeriğin kaldırılması usulü bakımından hukukumuzdaki karmaşanın giderilmesi şarttır. İçeriğin kaldırılmasına ilişkin olarak E-Ticaret Kanunu ve Yönetmeliğindeki sistem ile FSEK Ek m. 4 arasındaki ilişki belirsizdir. Teorik olarak her ikisi de eser sahibinin fikri hakkını ihlal eden ürünün platformdan kaldırılabilmesi imkanı veren hükümlerdir. Açıklandığı üzere, e-ticaret mevzuatıyla platforma hukuki tabiriyle “ilk görünüş” üzerinden içeriği yayımdan kaldırma ve yayıma geri koymaya ilişkin bir yetki ve yükümlülük getirilmiştir. Platformun bu yükümlülüğe aykırı davranmasının yaptırımını E-Ticaret Kanunu m. 12 uyarınca idari para cezasıdır. Ürünü yayımdan kaldırma ve yeniden erişime açma sürecinde bir savcı ya da hakim dahi söz konusu olmadığı gibi, fikri ve sınai hakka ilişkin bir ayırım da yapılmamıştır. E-Ticaret Kanunu'ndaki imkandan faydalanılırsa hak sahibinin – en azından teorik olarak – çok daha hızlı sonuç alabilmesi mümkündür. Zira FSEK'teki gibi hak sahibinin öncelikle içerik sağlayıcıya, oradan sonuç alamazsa Cumhuriyet savcısı üzerinden platforma başvurması gerekmemekte;

129 RG 31.05.2013/28663.

doğrudan platforma başvurabilmektedir. Ayrıca, FSEK’te süreç gerekli düzenlemenin yapılmaması nedeniyle belirsizken, E-Ticaret Kanunu’nda usuli basamaklar daha nettir. Bununla birlikte, FSEK’te bir belge sunma zorunluluğu bulunmazken E-Ticaret Kanunu’nda yaklaşık ispata elverişli belgeler aranmaktadır. Ayrıca, FSEK’te yayından kaldırma kararına bir itiraz imkanı öngörülmemişken E-Ticaret Kanunu uyarınca bu mümkündür. Her hâlükârda, birçok kez değinildiği gibi FSEK ek 4. maddenin 3. fıkrasının uygulanabilir bir hüküm olduğu kanaatinde değiliz. Bu hükmün ilga edilerek E-Ticaret Kanunu’ndaki ve Yönetmeliğindeki düzenlemelerin genişletici yorum yoluyla tüm yer sağlayıcılar için uygulanması gerekir.

Bununla birlikte E-Ticaret Kanunu ve Yönetmeliğindeki usul de eksiksiz değildir. Her ne kadar şikayet ve itiraz süreçleri kapsamında tarafların sunması gereken belgeler sayılmış olsa da buna ilişkin üç temel husus belirsizliğini korumaktadır. İlk olarak, bu hükümde hakkın ispatına yarayan tüm belgeler sayılmamıştır. Örneğin ve özellikle, hükümde patent ya da faydalı model belgelerine yer verilmemiştir. Kaldı ki, bir belgeye dayanmasa da hukuken korunan kullanımlar (örneğin ve özellikle tescilsiz marka kullanımları) bu hükme göre ispatlanamayacaktır. Bu durumda, hakkın var olmadığı sonucuna mı ulaşılabacağı sorusu belirsizliğini korumaktadır. İkincisi, sunulması beklenen belgelerin içeriklerinin belirsizliğidir. Örneğin, platformda yer alan bir ürünün marka ihlali teşkil ettiğine dair şikayette bulunulabilmesi için mutlaka aynı markaya ilişkin bir belge mi sunulmalıdır; yoksa benzerlik yeterli midir? Ya da tescil edilen markanın satışa sunulan ürünle aynı sınıfa dahil olması gerekir midir? Son olarak, itiraz hakkının kullanılması için aranan “kendisinden başlayarak geriye doğru tüm hak sahiplerine ilişkin delil ve belgeler” şartının pratikte yerine getirilmesi ihtimali oldukça düşüktür. Tüm bunlar hükmün amaca ulaşmaya elverişliliği konusunda önemli kuşklar doğurmaktadır.

## ***B. SORUMLULUĞUN YAPISINA VE TEMEL ÖZELLİKLERİNE İLİŞKİN ÖNERİLER***

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, hukukumuzda da AB’den örnek alınarak, teşebbüslerin hangi durumlarda sorumlu olduklarını belirten (güvenli liman usulüyle) bir düzenleme yapılmıştır. AB’de düzenlemenin bu şekilde yapılmasının üye ülkelerdeki sorumluluk rejimlerinin farklılığı olduğuna çalışmamızın en başında işaret edilmiştir<sup>130</sup>. Gerçekten de AB, bilinçli olarak, sorumluluğun hangi koşullarda *doğacağı* konusunda takdiri üye ülkelere bırakmıştır. Zira her bir üye ülkenin iç hukukundaki sorumluluk düzeninin uyumlaştırılması AB’de yıllardır hedeflense de – en azından yakın gelecekte – mümkün görülmemektedir. Ancak bir yandan da platformlar üzerinde gerçekleşen ihlallere ilişkin sorumluluğun bir ölçüde uyumlaştırılması bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. İşte AB, bu uyumlaştırmayı, üye ülkelerdeki sorumluluk rejimlerinin farklılıklarından dolayı, *sorumluluğun* şartlarını değil; *sorumsuzluğun* şartlarını belirlemek suretiyle gerçekleştirmiştir. Yukarıda açıkladığımız kapsama dahil olan davranışlar nedeniyle platformun sorumsuz olduğu netleştirilmiştir. Bunların dışına çıkan platform davranışlarının sorumluluk doğurup doğurmayacağı bakımından ise üye ülke hukuklarının belirleyici olacağı yönünde bir politika tercihi yapılmıştır.

130 Bkz yuk II, C.

Bu açıdan bakıldığında, ülkemizde *sorumluluğun* şartlarını değil de *sorumsuzluğun* şartlarını düzenlemenin bir anlam ve amaca hizmet etmediği ortaya çıkar<sup>131</sup>. Kaldı ki, bu şekilde yapılmış olan bir düzenleme, sorumluluğun hangi şartlarda doğacağı ve hangi sonuçlara tâbi olacağı gibi çok önemli ve temel bir soruyu da yanıtızsız bırakmış olur. Sorumsuzluğun bir prensip olarak ilgili mevzuatta öngörülmüş olması da bu durumu perçinler. Nitekim bu çalışmanın kaleme alınmasındaki temel sebep de budur. Yukarıda da belirtildiği gibi<sup>132</sup> kanaatimizce bu soruyu hukuken tutarlı biçimde yanıtlamak ancak E-Ticaret Kanunu m. 9 (3)'teki düzenlemenin, sorumluluğun şartlarını olumsuz olarak düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi halinde mümkündür. Diğer bir ifadeyle, bu düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte e-ticaret platformlarının fikri ve sınai hak ihlali teşkil eden bir ürünün platformda satışa konulması halinde yalnızca bu hükümde (ve onu açıklayan Yönetmelik hükümlerinde) belirtilen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir.

Sonuç olarak, her ne kadar AB'de – en güncel olarak – DSA'da sayılan yükümlülükler yerine getirildiği takdirde platformun sorumsuz olduğu; ancak tersinin doğru olmadığı söylenebiliyorsa da (yani yükümlülükleri yerine getirmeyen platformun fikri ve sınai hak ihlalinin sorumlu olacağı söylenemiyorsa da) hukukumuzda E-Ticaret mevzuatındaki yükümlülüklerin yerine getirildiği takdirde sorumsuzluğun; getirilmediği takdirde sorumluluğun doğacağı kabul edilmelidir. Sorumluluğun kapsamı yukarıda<sup>133</sup> açıklanmıştır. Kanaatimizce bu sonucun açıkça mevzuatta yer alması çok değerli olacaktır. Söz konusu değişikliğe kadar en azından yargı organlarının meseleye hassasiyet göstererek, (yukarıda açıklanan sebeplerle fikri ve sınai hak ihlallerinde uygulanamaz durumda olan) 5651 sayılı İnternet Kanunu ve (yukarıda açıklanan sebeplerle karmaşık, eksik ve uygulama şartları belirsiz bir hüküm olan) FSEK ek 4. maddesi hükümlerini bir kenara bırakarak, başta e-ticaret platformları olmak üzere (genişletici yorum yapmak suretiyle) tüm yer sağlayıcılar için bu yönde yorum yapmaları uygulamanın belirginleşmesi açısından oldukça kıymetli olacaktır.

Bir kere, böyle bir yorum, hukuki belirliliğin sağlanmasına hizmet edecektir. Gelişmeye çok açık olan e-ticaret sektörünün yapı taşlarından biri – kuşkusuz – hukuki belirliliktir. Platformların sorumluluk sınırlarını net biçimde öngörmeleri de hukuki belirliliğin ilk adımıdır. Aynı zamanda böyle bir belirleme, başta e-ticaret platformları olmak üzere tüm yer sağlayıcıları, hukuken istenilen şekilde davranmaya itecektir<sup>134</sup>.

Benimsediğimiz bu düzenin mevcut menfaat çatışmalarını da en uygun şekilde çözeceği kanaatindeyiz. Aslında, fikri ve sınai hak ihlali teşkil eden ürünlerin ticaret dünyasından kaldırılmasında hak sahipleri kadar e-ticaret platformlarının ve platform kullanıcılarının da menfaati bulunmaktadır.

131 AB üye ülkelerinde sorumsuzluğa ilişkin benzer düzenlemelere yer verilmiş olması (örneğin, Alman Telemedya Kanunu (*Telemediengesetz*) § 10), AB hukuku gereğince üye ülkelerin Direktifleri iç hukuklarına aktarma yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır. Yani bu aktarımlar, *sorumsuzluğun* şartlarının ulusal mevzuata dahil olmasının bir amaca hizmet ettiğini göstermez.

132 Bkz yuk IV.

133 Bkz yuk IV.

134 Dinwoodie (n 4) 39.

Gerçekten de, e-ticaretin temel unsuru, kullanıcıların platforma duyduğu güvendir<sup>135</sup>. Platformdan özellikle marka hakkı ihlali teşkil eden ürünleri bunu bilmeksizin satın alan kullanıcıların platforma olan güvenleri kaybolmakta, bu durum hem platformu hem de istediği ürüne ulaşamayan tüketiciyi zarara uğratmaktadır. Bununla birlikte, çalışmamızın konusunu oluşturan durumlarda, fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarının korunması<sup>136</sup> ile internet kullanıcıları ve internet hizmet sağlayıcılarının temel haklarının korunması arasında bir çatışma meydana gelmektedir. Zira platformları her türlü hukuka aykırı içerikten sorumlu tutmak fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarını daha etkin koruyabilecekken platformun çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ve platform kullanıcısının bilgi alma özgürlüğüne zarar verici olabilecektir<sup>137</sup>. Aksi türlü, yani yer sağlayıcıların hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden içeriklerden sorumluluğunu çok daraltan bir uygulama ise, fikri ve sınai hak sahiplerinin haklarını korumada yetersiz kalabilecektir. Burada kanun koyucuya dengeyi sağlama konusunda önemli bir görev düşmektedir. AB’de bu hususun altı çeşitli vesilelerle önemle çizilmiştir. Hatta ABAD, 2011 yılında verdiği *Scarlet v Sabam* kararında, fikri hakların diğer temel haklar karşısında öncelikli koruma bulmayacağını, bu hakların korunmasına ilişkin olarak alınacak önlemler ile bu önlemlerden etkilenecek kişilerin temel hakları arasında bir denge kurulması gerektiğini açıkça vurgulamıştır<sup>138</sup>. Yukarıda Türk hukuku bakımından benimsenmesini önerdiğimiz sorumluluk sistemi bu açıdan da tercihe şayandır.

Bunlarla birlikte, yer sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten haberdar edildikleri ve bu içeriği kaldırmadıkları takdirde sorumlu olacakları prensibinin bazı sınırları olduğu kabul edilmelidir. Bir kere, söz konusu şikayetin mevzuatta belirtilen ve yukarıda açıklanan şartları sağlaması gerekmektedir. Bu şartları sağlamayan bir şikayetin yer sağlayıcıyı durumdan “haberdar ettiği” ve dolayısıyla yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde yer sağlayıcının sorumluluğu bakımından kusur unsurunu sağladığı kabul edilemez. İkincisi ve daha önemlisi, yapılan şikayet ve bu kapsamda sunulan belgelerin, ihlalin varlığını açıkça ortaya koyar derecede somut ve açık olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, Alman Federal Mahkemesi’nin kabul ettiği gibi, bildirim ile birlikte yer sağlayıcının “yoğun bir hukuki ve fiili inceleme yapmaksızın ihlali tespit edebilmesi” gerekir<sup>139</sup>. Böyle bir durum yoksa, yer sağlayıcının hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriği kaldırma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilemez. Yer sağlayıcının yapması beklenen inceleme her somut olaya göre değişecektir. Yapılması gereken incelemelerin kapsamı uygulamada netleşecek olmakla birlikte, bu prensibin Türk hukukunda da benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>140</sup>.

135 World Economic Forum, “The Global Governance of Online Consumer Protection and E commerce: Building Trust’ (WEForum, March 2019) <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_consumer\\_protection.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_consumer_protection.pdf) > accessed 20 August 2024.

136 Kılıçoğlu (n 97) 21 vd.

137 Yusufoglu Bilgin (n 98) 68 vd.

138 Case C-70/10 *Scarlet Extended SA v Societe belge des auteurs, compositeurs et editeurs* [2011] ECR I 12006, paras 44-45.

139 Bkz BGH GRUR 2011, 1038: “Dies setzt voraus, dass der Hinweis so konkret gefasst ist, dass der Adressat des Hinweises den Rechtsverstoß unschwer – das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung – feststellen kann. Dabei hängt das Ausmaß des insoweit vom Betreiber zu verlangenden Prüfungsaufwandes von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere vom Gewicht der angezeigten Rechtsverletzungen auf der einen und den Erkenntnismöglichkeiten des Betreibers auf der anderen Seite.”

140 Benzer bir uygulamanın suç teşkil eden fiiller özelinde Türk hukukunda halihazırda mevcut olduğu yönünde bkz



Sorumluluk düzeniyle ilgili bir başka konu da mesnetsiz olarak itirazda bulunan içerik sağlayıcıların sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Bu konuda öğretide ABD’de halihazırda yürürlükte bulunan DMCA’daki düzenin menfaatlerin dengelenmesi bakımından örnek alınabilecek bir düzenleme olduğu ileri sürülmekteyse de<sup>141</sup> bu kanaati paylaşmıyoruz. Çalışmamızın en başında açıklandığı üzere, bu düzende şikayete gelen itiraz üzerine içeriğin kalıcı olarak kaldırılabilmesi için hak sahibinin dava yoluna başvurduğuna ilişkin bildirimde bulunması gerekmektedir. Hak sahibi, bu yönde bir bildirim sunmadıkça, yer sağlayıcının içeriği kalıcı olarak kaldırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aslında mesnetsiz olarak yapılan itiraz, hak sahibini zaman, emek ve para harcayarak dava açmaya zorlamaktadır. Bu nedenle, mesnetsiz olarak itirazda bulunan kişilerin yaptırımı tabi tutulması makul görülebilir. Ancak hukukumuzda yukarıda açıklandığı üzere E-Ticaret Yönetmeliği m. 14 kapsamında, itiraz üzerine içeriğin yeniden platforma konulabilmesi için itirazın haklı olduğunun sunulan belgelerden *açıkça* anlaşılabilmesi aranmaktadır. Bunun anlamı, itirazın haklılığının açıkça anlaşılmadığı durumlarda içeriğin platforma yeniden konulmayacağıdır. Yani, ABD’de fikri ve sınai hak sahiplerinin şikayetine karşı itiraz yoluna başvurulduğunda içeriğin platforma konulmaması için işlem yapma külfeti hak sahibine yüklenmişken hukukumuzda itirazın haklılığı açık olmadığı sürece içerik yeniden konulmamak suretiyle hak sahibinin korunmasına öncelik verilmiştir. Bu anlamda, hukukumuzda mesnetsiz olarak itirazda bulunan kişilerin yaptırımı tâbi tutulmasına bizce gerek bulunmamaktadır.

Değinilmesi gereken bir başka konu, yer sağlayıcının sorumluluğunun genişlediği hallerdir. Yukarıda açıklandığı üzere hem ABD hem de AB düzenlemeleri (özellikle DSA’da bu husus açıkça düzenlenmiştir) ve uygulamasında, yer sağlayıcılarının haberdar olduğu ihlallerin yanı sıra makul, özenli bir yer sağlayıcının haberdar olması beklenen ihlalleri de kaldırması gerektiği; aksi halde sorumlu tutulmaları kabul edilmektedir. İçerik bakımından “aktif” olan yer sağlayıcılar bakımından bu şartın baştan sağlandığı açıktır ancak içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olmaksızın, herhangi bir uyarı da almaksızın bir yer sağlayıcının içeriği hangi hallerde “bilmesi gerektiği” konusu belirsizdir. Üstelik sözünü ettiğimiz tüm sistemlerde yer alan, yer sağlayıcılara genel bir denetim yükümlülüğü yüklenemeyeceği ilkesi dikkate alındığında bu soru pekişir. Kanaatimizce burada takdire imkân tanıyan şekilde bilinçli olarak muğlak ifadeler tercih edilmiştir. Yani, yer sağlayıcı, kendisine açıkça bir bildirimde bulunulmamış olsa bile, başka yollardan ihlal teşkil eden içerikten (içeriğin ihlal teşkil ettiğinden) haberdar olabiliyorsa, içeriği kaldırması gerektiği; kaldırmadığı takdirde sorumlu tutulabileceği söylenebilecektir. Bu hususta akla gelen ilk örnek, basın-yayın yoluyla haberdar olunması beklenen ihlaller olabilir. Ancak burada da dar yorum yapılması gerektiği açıktır<sup>142</sup>. Ayrıca hatırlatmak gerekir ki, hukuka aykırı içeriklerin de platformda yer alabildiğine ilişkin genel bir bilgi yer sağlayıcının sorumluluğuna hükmetmek için yeterli değildir. Uygulama alanı sınırlı olsa da aynı prensibin hukukumuzda da benimsenmesi isabetli olacaktır.

Bu kapsamda tekrar eden ihlallerin özel olarak ele alınması gerekir. ABAD’a göre hukuka aykırılığı tespit edilmiş olan içerik ile “eşdeğer nitelikteki” içeriklerin yer sağlayıcı tarafından kendiliğinden

Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 276.

141 Yasaman, İnternette Marka Hakkının İhlali (n 118) 622.

142 Konuyla ilgili olarak öz bkz Sadeghi (n 118) 112 vd.

(uyarıya gerek olmaksızın) engellenmesi gerekmektedir. Bu anlamda yer sağlayıcıların engellemesi beklenen içerikler, “yer sağlayıcının bu içerik ile ilgili bağımsız bir değerlendirme yapmasını gerektirecek farklılıkta olmayan” içeriklerdir<sup>143</sup>. Teorik bakımdan bu sonuç kabul edilebilir olmakla birlikte, fikri ve sınai hak ihlallerinin ayrıntılı teknik inceleme gerektiren ihlaller olması sebebiyle bu prensip fikri ve sınai hak ihlalleri bakımından geniş bir uygulama alanına sahip olamayacaktır<sup>144</sup>. Yine de, yer sağlayıcı tarafından bu içerik ile ilgili bağımsız bir değerlendirme yapılmasını gerektirecek farklılıkta olmayan içeriklerin, şikayete ihtiyaç bulunmayan haller kapsamında değerlendirilerek bu içeriği kaldırmayan yer sağlayıcıların sorumluluğunun doğması gerekir. Bu kapsamla sınırlı olmak üzere, platformların, yukarıda belirtilen anlamda tekrarlanan ihlallere karşı önlem alma yükümlülüklerinin kabul edilmesi gerekir. Ancak yine burada da dar yorum yapılması esastır.

Yer sağlayıcıların fikri ve sınai hak ihlali durumunda sorumluluklarının tespiti bakımından DSA'daki istisnanın da incelenmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi, DSA'da sorumluluk düzeninin belirlenmesinde kullanılan, “içerik karşısında aktif ya da pasif konumda olma” kriterine 6. maddenin 3. fıkrasında bir istisna getirilmiştir. Yer sağlayıcı içerik bakımından pasif konumda olmakla birlikte ortalama tüketici nezdinde aktif konumda olduğu kanaatini uyandırıyor, sorumsuzluk ilkesinden yararlanamayacaktır<sup>145</sup>. Burada, yer sağlayıcı, gerçekte böyle olmasa bile ortalama tüketici nezdinde içerik üzerinde aktif olduğu izlenimi yaratmasından dolayı sorumsuzluk zırrı altından (güvenli limandan) çıkarılmıştır. E-Ticaret mevzuatındaki yükümlülükler dikkate alındığında, onları tamamlayıcı nitelikteki bu yönde bir düzenlemeye hukukumuzda da yer vermek makul olabilir.

Son olarak, uyar-kaldır mekanizmasının yer sağlayıcılar bakımından “otomatik” değil; menfaatlere dayalı değerlendirme sonucunda uygulanması gerektiğinin altı çizilmelidir. Yukarıda belirtildiği gibi, platforma hem şikayet hem de itiraz kapsamında sunulan belgelerin kapsamı belirsiz olduğu gibi, bu belgeler çoğu durumda hak sahipliğini ya da ihlalinin bulunup bulunmadığını ispat etmeye yeterli olmayacaktır. Üstelik şikayet ve itiraz incelemeleri için sırasıyla 48 ve 24 saatlik sürelerin öngörülmesi, olası şikayet/itiraz sayıları karşısında, yapılacak incelemelerin detaylı olamayacağına işaret etmektedir. Pratikte büyük ihtimalle ortaya çıkacak olan durum, platformun sorumlu olmamak için şikayet üzerine ürünü yayımdan kaldırması; itiraz üzerineyse yeniden yayıma koyması biçiminde mekanik şekilde yürütülecek; konuyla ilgili mahkeme kararları beklenecektir. Ancak böyle bir uygulama, yukarıda değinilen, düzenlemenin korumayı amaçladığı menfaat dengesine zarar verecektir. Söz konusu hükümlerin, bir tarafın açıkça haklı olduğu hallerle sınırlı olduğu göz önünde bulundurularak uygulanması gerekir.

143 Case C-18/18 *Eva Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland Ltd* [2019] ECR I-458, par 37 ff.

144 Yasaman, ‘Sorumlulukları’ (n 27) 283-284.

145 Bu hüküm, Alman hukukundaki uygulamayı akla getirmektedir. Alman Federal Mahkemesinin 2009 tarihli *marions-kochbuch.de* kararında üçüncü kişilerin yemek tariflerinin üzerinde internet sitesinin sembolünü içeren (şef şapkası) logonun yer almasının kullanıcı gözünde websitesindeki içeriğin websitesi tarafından kontrol ediliyor olduğu izlenimi yarattığı, yer sağlayıcının bu nedenle sorumlu tutulması gerektiğine hükmedilmiştir. BGH NJW-RR 2010, 1276.

## VI. SONUÇ

Hak sahibinin fikri ve sınai hakkını ihlal eden içeriklere yer sağlanması durumunda, yer sağlayıcı sıfatını haiz olan e-ticaret platformlarının sorumluluklarına başvurulmasının başta ihlalin hızlı, pratik ve etkin şekilde önlenmesi olmak üzere birçok faydası bulunmaktadır. ABAD'ın yukarıda aktarılan *Google France v Louis Vuitton* kararında Hukuk Sözcüsü Poireres Maduro'nun hatırlattığı üzere, “*bir mesajı durdurmanın en etkili yolu, mesajı ileteni durdurmaktır*”<sup>146</sup>. Bununla birlikte, mesele basite indirgenemeyecek kadar çok yönlüdür. Meselenin çözümü, fikri mülkiyet hukukuna, haksız fiil hukukuna, temel hak ve özgürlüklere ve hatta hızla gelişen e-ticaret pazarının desteklenmesine ilişkin çoklu bir bakış açısı gerektirmektedir. Pozitif hukukumuzda durum, bu çalışmada ortaya konulmaya çalışıldığı üzere, fazlasıyla karmaşıktır. Bu karmaşa da tüm menfaat sahiplerinin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Böyle bir karmaşa içinde ne hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarının etkin şekilde korunabildiğinden ne ifade özgürlüğünün desteklenebildiğinden ne de sorumluluk konusunda hukuki belirliliğin sağlandığından ve dolayısıyla platformların çalışma ve sözleşme özgürlüğünün korunduğundan söz edilebilir.

Çağımızın güncel hukuki sorunlarından biri olan bu konuya ilişkin AB mevzuatıyla uyumlu ve iç hukuktaki çok başlılığı giderecek bir yasal düzenleme yapılması şarttır. Zira ülkemizde e-ticaretin gelişme potansiyeli çok yüksektir ve bu potansiyelin hukuk eliyle desteklenmesi oldukça önemlidir<sup>147</sup>. Yapılacak düzenlemelerin açık, net, öngörülebilir ve uluslararası alanda geçerli olan kurallarla uyumlu olması gerekir<sup>148</sup>. Sorumluluk gibi kritik bir konuda yaratılan hukuki belirsizlik ise tam ters yönde sonuç doğuracak, tüketiciler, içerik sağlayıcılar ve yer sağlayıcılardan oluşan katılımcıların tamamını e-ticaretin olumlu sonuçlarından mahrum bırakacaktır. Ayrıca, bunun ülkemiz ekonomisi bakımından da olumsuz sonuçları olacaktır. Çalışmamızda sorumluluğa ilişkin olarak önerilen biçimde düzenlemeler getirmenin e-ticaretin gelişmesine önemli katkılarda bulunacağı kanaatindeyiz. Konuyla ilgili yerleşik bir uygulama oluşmadan, bir an önce bu yönde düzenlemelerin yapılması oldukça değerli olacaktır. Çalışmamızda belirtilen yönde yasal düzenlemeler yapılmaya kadar ise uygulamacılara önemli görevler düşmektedir. Mevcut kuralların doğru yönde yorumlanması ve uygulanmasının hatalı uygulamaların yerleşmemesi bakımından elzem olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

Akipek Ş ve Dardağan E, ‘Sanal Ortamda Telif Hakları’ (2001) 21(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47-77.  
 Angelopoulos C, ‘Harmonizing Intermediary Copyright Liability in the EU – A Summary’ in Giancarlo Frosio (ed), *Handbook of Online Intermediary Liability* (Oxford 2020) 314-334. (Anılış: ‘Harmonizing’)

146 Joined Cases C-236/08 to C-238/08 *Google France SARL and Google Inc v Louis Vuitton Malletier SA and Others* [2010] ECR I-2423, Opinion of AG Maduro, par 115.

147 Dir 2000/31 (n 20) par 5. Aynı yönde Rekabet Kurumu, ‘E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu’ (Rekabet Kurumu, Nisan 2022) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/seyktor-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-202.204.25105139595-pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024, par 65.

148 Dir 2000/31 (n 20) par 60.

- Angelopoulos C, *European Intermediary Liability in Copyright – A Tort Based Analysis* (Kluwer 2017). (Anılış: *Tort-Based*)
- Ateş M, 'Sosyal Medya Aktörlerinin Hukuki Sorumluluğu ve Bilhassa Telif Haklarının İhlalinden Doğan Sorumlulukları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 59-114.
- Bozbel S, 'Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir Mi?' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009* (On İki Levha 2009) 135-164.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha 2015).
- Davies P, *Accessory Liability* (Hart 2015).
- Demirbaş A, *Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma* (On İki Levha 2015).
- Dinwoodie GB, 'A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers' in Graeme B Dinwoodie (ed), *Secondary Liability of Internet Service Providers* (Springer 2017) 1-72.
- Ercan C, 'Fikri Hak Kavramı ve Eser Sahibinin Manevi Haklarının Genel Anlamda Kişilik Hakkıyla İlişkisi' (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 377-413.
- Erel ŞN, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009).
- EU Commission 'Staff Working Document – Counterfeit and Piracy Watchlist 2022' (*CIRCABC*, 1 December 2022) <<https://circabc.europa.eu/ui/group/d0803128-7d62-40ee-8349-c43ee92745aa/library/b36f701d-2850-4768-9b3e-e487140e11e5/details?download=true>> accessed 15 August 2024.
- Goldsmith J and Wu T, *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World* (1st edn Oxford 2006).
- Jaani R, *The Liability of Internet Intermediaries* (Oxford 2016).
- Karabudak HB, Korkmaz Göka E, Korkmaz G ve Özben S, 'Dijital Pazarlara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemelerin ve Düzenleme Çalışmalarının Uluslararası Örnekler Işığında Rekabet Hukuku ve Politikası Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (*TEPAV*, 2024) <[https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital\\_pazarlara\\_iliskin\\_turk\\_hukukundaki\\_duzenlemeler.pdf](https://www.tepav.org.tr/upload/files/171.047.9137-4.Dijital_pazarlara_iliskin_turk_hukukundaki_duzenlemeler.pdf)> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.
- Kılıçoğlu A, *Smal Haklarla Karşılaştırmalı – Fikri Haklar* (8. Bası, Turhan 2022).
- Krokida Z, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark Infringement* (Hart 2022).
- Lemley M, 'Rationalizing Internet Safe Harbors' (2007) 6 Journal on Telecommunications and High Technology Law 101-125.
- OECD and EUIPO, 'Illicit Trade – Global Trade in Fakes: A Worrying Threat' (*EUIPO*, 15 July 2021) <[https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/reports/2021\\_EUIPO\\_OECD\\_Report\\_Fakes/2021\\_EUIPO\\_OECD\\_Trade\\_Fakes\\_Study\\_FullR\\_en.pdf](https://euiipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/2021_EUIPO_OECD_Report_Fakes/2021_EUIPO_OECD_Trade_Fakes_Study_FullR_en.pdf)> accessed 15 August 2024.
- OECD and EUIPO, 'Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits' (*OECD-ilibrary*, 25 October 2021) <[https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits\\_1c04a64e-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/misuse-of-e-commerce-for-trade-in-counterfeits_1c04a64e-en)> accessed 15 August 2024.
- Oğuz S, 'Telif Hakkı İhlallerinden İnternet Servis Sağlayıcıların Sorumluluğu' (2008) 12(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-183.
- Ohly A, 'Von der Störerhaftung zur Haftung für die Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten' (2022) 41 Neue Juristische Wochenschrift 2961-2964.
- Rekabet Kurumu, 'E-Pazaryeri Platformları Sektör İncelemesi Nihai Raporu' (*Rekabet Kurumu*, Nisan 2022) <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/sector-raporlari/e-pazaryeri-si-raporu-pdf-202.204.25105139595-pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.

- Sadeghi M, 'The Knowledge Standard for ISP Copyright and Trademark Secondary Liability: A Comparative Study on the Analysis of US and EU Laws' (DPhil thesis, Brunel University London 2013).
- Suluk C, Karasu R ve Nal R, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Bası, Seçkin 2022).
- T.C. Ticaret Bakanlığı, 'Türkiye'de E-Ticaretin Görünümü' (*Ticaret Bakanlığı*, 27 Mayıs 2024) <<https://ticaret.gov.tr/data/66506fa313b87685dc0dbce8/2023%20yılı%20Türkiye'de%20E-Ticaretin%20Görünümü%20Raporu.pdf>> Erişim Tarihi 20 Ağustos 2024.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Topal C, 'FSEK Ek Madde 4 İle Hak İhlallerinin Ortadan Kaldırılması Usulüne Dair Kanun Değişikliği Çalışmaları' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2015* (Yetkin 2017) 371-391.
- Tüzüner Ö, 'Haksız Fiil Ekseninde Gittigidiyor İçtihadı' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013* (Yetkin 2015) 461-492.
- Wagner G, 'BGB § 823 Schadensersatzpflicht' in Mathias Habersack (ed), *Münchener Kommentar zum BGB* (CH Beck 2024).
- World Economic Forum, 'The Global Governance of Online Consumer Protection and E commerce: Building Trust' (*WEForum*, March 2019) <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_consumer\\_protection.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_consumer_protection.pdf) > accessed 20 August 2024.
- Yasaman Z, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcıların Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları' (2019) 27(2) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 263-291. (Anılış: 'Sorumlulukları')
- Yasaman Z, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha 2020). (Anılış: *İnternette Marka Hakkının İhlali*)
- Yusufoğlu Bilgin F, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu* (On İki Levha 2022).