

BİLİŞİM VE TEKNOLOJİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS DERSİ ÖDEVİ

SORU-1: Tuğçe ve Gizem, internet ortamında satış yapmak için kimlerle hangi sözleşme ilişkisine girmek durumunda kalacaklardır? Tüm ihtimalleri değerlendiriniz.

Fiziksel olarak karşı karşıya gelmeksizin elektronik ortamda yürütülen ticari faaliyetler, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında elektronik ticaret faaliyeti olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, Mardin’de yerel olarak üretilen ürünlerin internet aracılığıyla satışına yönelik olarak Tuğçe ve Gizem tarafından benimsenen iş modelleri, 6563 sayılı Kanun bakımından sahip olacakları hukuki konumu ve buna bağlı yükümlülükleri, dolayısıyla içerisinde bulunacakları sözleşmesel ilişkilerin neler olacağını doğrudan etkilemektedir. Tuğçe’nin ürünlerini MardinSepeti.com isimli bir çevrimiçi pazar yeri üzerinden satışa sunması, kendisinin elektronik ticaret hizmet sağlayıcı (ETHS), söz konusu platformun ise elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı (ETAHS) olarak değerlendirilmesini gerektirirken; Gizem’in RealMardin.com isimli kendi web sitesi üzerinden doğrudan satış yapmayı tercih etmesi, herhangi bir aracı hizmet sağlayıcıdan bağımsız olarak elektronik ticaret faaliyetinin tüm aşamalarını bizzat yürüten ve bu kapsamda doğrudan sorumluluk üstlenen bir elektronik ticaret hizmet sağlayıcı (ETHS) sıfatını haiz olmasına yol açmaktadır.

Tuğçe ve Gizem’in seçtikleri iş modelleri, farklı sözleşme ilişkilerini ve dolayısıyla farklı hukuki yükümlülükleri beraberinde getirecektir.

A. Tuğçe'nin Durumu: MardinSepeti.com Üzerinden Satış

Bu modelde Tuğçe'nin gireceği sözleşmesel ilişkilerler şunlardır:

1. MardinSepeti.com (Aracı Hizmet Sağlayıcı) ile Akdedilecek Sözleşme:

- Tuğçe MardinSepeti.com ile "Pazar Yeri Satıcı Sözleşmesi" veya "Üyelik Sözleşmesi" şeklinde bir aracılık sözleşmesi ilişkisi içerisine girecektir. Bu sözleşme, Tuğçe'nin ürünlerini platformda sergileme, satış yapma, komisyon oranları, ödeme koşulları, iade ve değişim süreçleri, platformun kullanım şartları ve politikaları gibi konuları düzenleyecektir.

2. Tüketiciler ile Sözleşme:

- Tuğçe'nin ürünlerini satın alan tüketicilerle arasında "Mesafeli Satış Sözleşmesi" kurulacaktır. Bu sözleşme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği hükümlerine tabidir. Tuğçe, tüketicilere ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmek, cayma hakkı konusunda bilgilendirme yapmak, siparişi taahhüt edilen sürede teslim etmek gibi yükümlülüklerle sahip olacaktır. Pazar yeri uygulamaya yapısına bağlı olarak, bu süreçte bilgilendirme ve ispat yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde Tuğçe'ye destek olabilir.

3. Kargo/Lojistik Firmaları ile Sözleşme:

MardinSepeti.com’un lojistik hizmetini satıcıya bırakan bir platform olması halinde Tuğçe ayrıca kargo/lojistik firmalarıyla taşıma sözleşmesi ilişkisine girecektir. Ancak lojistik hizmetlerin de platform aracılığı ile sağlandığı durumlarda Tuğçe’nin Lojistik Firmaları ile ayrıca bir sözleşmesel ilişki içine girmesi gerekmez.

B. Gizem’in Durumu: RealMardin.com İsimli Site Üzerinden Doğrudan Satış

Bu modelde Gizem'in gireceği sözleşmesel ilişkiler şunlardır:

1. Web Sitesini Yapmak Üzere Anlaştığı Kuzeni ile Akdedilecek Sözleşme:

- Gizem'in kuzeniyle web sitesi yapımı için kuzeni ile bir sözleşme akdedecek olup bu sözleşme, web sitesinin tasarımı, geliştirilmesi, işlevselliği, bedeli gibi konuları içerecektir.

2. Hosting ve Alan Adı Sağlayıcıları ile Akdedilecek Sözleşme:

- Gizem'in web sitesinin internet üzerinde yayınlanabilmesi için bir hosting hizmeti alması ve bir alan adı (domain) tescil ettirmesi gerekecektir. Bu hizmetleri sağlayan firmalarla Hizmet Sözleşmeleri akdedecektir.

3. Ödeme Kuruluşları ile Akdedilecek Sözleşme:

- Gizem'in web sitesi üzerinden ödeme alabilmesi için bankalar veya ödeme kuruluşları ile Ödeme Hizmetleri Sözleşmesi yapması ve web sitesine bir ödeme sistemi kurması gerekecektir.

4. Kargo/Lojistik Firmaları ile Akdedilecek Sözleşme:

- Site üzerinden satışı gerçekleştirilecek ürünlerin tüketicilere ulaştırılması için kargo veya lojistik firmalarıyla "Taşıma Sözleşmesi" yapması gerekecektir.

5. Tüketicilerle ve Üyeler ile Akdedilecek Sözleşme:

- Gizem kendi web sitesi üzerinden ürünlerini satın alan tüketicilerle "Mesafeli Satış Sözleşmesi" kuracaktır. Gizem, ön bilgilendirme, cayma hakkı, teslimat ve kişisel verilerin korunması gibi tüm yükümlülükleri doğrudan kendisi yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda tüketiciler ile mesafeli satış sözleşmesi akdedecektir.
- Bunun yanında siteye üye olmak isteyen kişiler ile üyelik sözleşmesi akdetmesi gerekecektir.

6. İletişim Yönetim Sistemi ile Akdedilecek Sözleşme:

- Gizem'in ticari iletişim gönderebilmesi için İYS sistemine kaydolması ve bu kapsamda İYS ile sözleşme akdetmesi gerekecektir.

7. Hukuki Danışmanlık Hizmet Sözleşmesi:

- Gizem'in kendi internet sitesi üzerinden ticari faaliyet yürütecek olması nedeniyle, KVKK aydınlatma metinlerinin, kullanıcı sözleşmelerinin, mesafeli satış sözleşmesinin, ön bilgilendirme formunun hazırlanması gerekmekte olup bu kapsamda ilgili hukuki metinlerin oluşturulması için bir avukat ile danışmanlık sözleşmesi akdetmesi uygun olacaktır.

8. ETBİS Yükümlülüğü:

- Gizem kendi web sitesi üzerinden satış gerçekleştireceğinden e-ticaret yapan işletmelerin ulaşılabilir olması ve e-ticaret verilerinin sağlıklı bir şekilde takip edilmesi amacıyla yayınlanan Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi ve Bildirim Yükümlülükleri Hakkında Tebliğ'de detayları düzenlenen ETBİS sistemine kayıt olmak suretiyle bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

SORU 2- Tuğçe ve Gizem'in tercihlerinin hukuki ve teknik avantajları ve dezavantajları nelerdir? Tüm ihtimalleri değerlendiriniz. Etraflıca tartışınız.

1. Tuğçe'nin Tercihi: Pazar Yeri (MardinSepeti.com) Üzerinden Satış

Hukuki ve Teknik Avantajlar

Çevrimiçi pazar yeri üzerinden satış yapılması, satıcının hukuki yükümlülüklerini önemli ölçüde standartlaştırmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcı tarafından sunulan mesafeli satış sözleşmesi, ön bilgilendirme metinleri, iade ve cayma hakkına ilişkin süreçler, Tuğçe'nin mevzuata uyumsuz işlemde bulunma riskini ve hukuki dokümantasyon yükünü azaltmaktadır. Tüketici uyuşmazlıklarında pazar yerinin sunduğu sistematik altyapı, satıcının uyuşmazlık yönetimini de oldukça kolaylaştırmaktadır.

Ayrıca, birçok aracı hizmet sağlayıcı platform içerisinde yer alan satış ve tahsilata ilişkin raporlama mekanizmaları sayesinde muhasebe süreçleri de düzenli yürütülebilmektedir.

Pazar yeri modeli, satıcıya hazır bir teknik altyapı sunmaktadır. Web sitesi, sunucu, siber güvenlik, ödeme sistemleri ve yazılımsal sair hizmetler platform tarafından sağlanmakta; Tuğçe'nin teknik bilgiye veya ek yatırıma ihtiyaç duyması gerekmemektedir. Ayrıca pazar yerinin sahip olduğu yüksek kullanıcı trafiği, ürünlerin daha geniş bir kitleye ulaşmasını kolaylaştırmaktadır.

- **Hukuki ve Teknik Dezavantajlar**

Tuğçe, pazar yerinin tek taraflı olarak belirlediği kullanım koşullarına ve iç politikalara bağlıdır. Platform politikaları ve çalışma sistemi gereği fiyatlandırma, kampanya koşulları, ürün listeleme ve müşteri ilişkileri bakımından sözleşme serbestisi sınırlanabilmektedir. Platform üzerindeki yoğun rekabet, ekonomik baskı yaratmakta ve satıcının öne çıkabilmek için reklam vs yöntemler ile ek maliyetlere katlanmasına yol açabilmektedir. Ayrıca, pazar yeri modelinde tüketici nezdinde marka algısı büyük ölçüde platforma ait olduğundan, satıcının kendi marka kimliğini güçlendirmesi zorlaşmaktadır. Bunun dışında Tuğçe platformun komisyon politikasına uygun biçimde kazancı üzerinden platforma komisyon ödeme yükümlülüğünde olacak, bu husus kendisine ek bir gider kalemi olarak yansıyacaktır.

Tuğçe, platformun teknik altyapısına tamamen bağımlıdır. Platformda yaşanabilecek teknik arızalar veya sistem değişiklikleri doğrudan satışları etkilemektedir. Ayrıca müşteri verilerine erişimin sınırlı olması, kişiselleştirilmiş pazarlama ve müşteri stratejilerinin geliştirilmesini zorlaştırmaktadır. Platform içerisindeki satış sayfasında özelleştirme imkânlarının sınırlı olması da teknik açıdan önemli bir dezavantajdır.

2. Gizem'in Tercihi: Kendi Web Sitesi Üzerinden Satış

- **Hukuki ve Teknik Avantajlar**

Gizem, kendi web sitesi üzerinden satış yaparak sözleşme özgürlüğünü doğrudan elinde bulundurmaktadır. Mesafeli satış sözleşmeleri, ön bilgilendirme metinleri, iade politikaları ve müşteri ilişkileri tamamen kendi iradesiyle belirlenebilmekte, marka kimliği doğrudan tüketiciye yansıtılabilmektedir. Herhangi bir üçüncü tarafa komisyon ödeme yükümlülüğü olmaması Gizem'e önemli bir mali avantaj sağlayacaktır. Ayrıca müşteri verileri üzerinde doğrudan tasarruf imkânı bulunması, uzun vadeli ticari stratejiler açısından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

Gizem, kendi web sitesi üzerinden satış yaparak teknik altyapı üzerinde tam kontrol sahibi olmaktadır. Site tasarımı, kullanıcı deneyimi, ödeme sistemleri ve veri analitiği tamamen kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirilebilir. Bu durum, marka kimliğinin güçlendirilmesi açısından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

- **Hukuki ve Teknik Dezavantajlar**

Gizem, elektronik ticaret mevzuatı kapsamında doğan tüm yükümlülüklerden doğrudan sorumludur. Mesafeli sözleşmeler, KVKK kapsamındaki veri sorumluluğu, İletişim Yönetim Sistemi'ne kayıt, ETBİS bildirimleri ve tüketici uyuşmazlıkları bizzat Gizem tarafından yönetilmek zorundadır. Ayrıca web sitesinin yazılım ve tasarımına ilişkin fikri mülkiyet haklarının açıkça düzenlenmemesi hâlinde hukuki riskler doğabilecektir.

Gizem, web sitesinin kurulumu, siber güvenliği ve bakımına ilişkin tüm teknik sorumluluğu üstlenmektedir. Teknik arızalar, güvenlik açıkları ve altyapı maliyetleri doğrudan kendisine ait olup, bu durum hem maliyetleri artırmakta hem de teknik uzmanlık ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Bunun yanında Gizem kendi sitesi üzerinden yapacağı satışlarda siteye trafik çekmek için gerekli işlemleri de kendi yapmak durumunda olacağından bu da ek bir mali yük yaratacaktır.

Değerlendirme neticesinde, her iki iş modelinin de farklı risk ve avantajlar barındırdığı anlaşılmaktadır. Pazar yeri üzerinden satış yapmayı tercih eden Tuğçe, belirli ölçüde kontrol ve gelir paylaşımı pahasına,

elektronik ticaret faaliyetinden kaynaklanan hukuki ve teknik sorumlulukların önemli bir kısmını platform altyapısı aracılığıyla bertaraf edebilmektedir. Buna karşılık, kendi internet sitesi üzerinden doğrudan satış modelini benimseyen Gizem, elektronik ticaret faaliyetinin tüm aşamalarını bizzat üstlenerek daha yüksek bir yönetsel ve hukuki sorumluluk alanına girmiş; buna karşın bu tercihle birlikte marka hâkimiyeti ve uzun vadeli ticari fayda bakımından daha geniş bir hareket alanı elde etmiştir.

SORU 3- Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ve elektronik ticaret hizmet sağlayıcılara getirilen elektronik ticaret lisansı uygulamasının yerindeliğini ve hukukiliğini etraflıca tartışınız.

Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar (ETAHS) ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcılara (ETHS) getirilen elektronik ticaret lisansı uygulaması, belirli net işlem hacmini aşan aktörler bakımından lisans alma, yenileme ve lisans ücreti ödeme yükümlülüğü öngören bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin temel amacının, elektronik ticaret sektöründe çok büyük ekonomik güce ulaşan platform ve satıcıların pazar üzerindeki etkilerini dengelemek, rekabeti korumak, şeffaflığı artırmak ve bu hususlardaki kamu denetimini güçlendirmek olduğu söylenebilir. Dolayısıyla lisans uygulaması, hem yerindelik hem de hukukilik ekseninde değerlendirilmelidir.

Yerindelik bakımından yapılacak değerlendirmede, büyük elektronik ticaret platformlarının komisyon oranları, reklam ve öne çıkarma uygulamaları, lojistik ve ödeme altyapıları ile sözleşme şartları aracılığıyla ciddi bir pazar gücü oluşturabildiği görülmektedir. Bu durum özellikle küçük ve orta ölçekli ETAHS'ler ve ETHS'ler açısından dengesiz sonuçlar doğurabilmektedir. Klasik rekabet hukuku müdahalelerinin çoğu zaman ihlal gerçekleşikten sonra ve uzun soruşturma süreçleri sonunda devreye girmesi ise dijital piyasaların hızlı ve devinim halindeki yapısı karşısında yetersiz kalabilmektedir. Bu noktada lisans uygulaması, çok büyük hacimli aktörleri sürekli ve önleyici bir idari denetim altına alarak, satıcılar açısından sözleşmesel dengeyi, tüketiciler açısından ise şeffaflık ve hesap verebilirliği artırmayı amaçlayan bir araç olarak değerlendirilebilir. Bu araç sayesinde, pazara yeni giren veya görece daha küçük ölçekli aktörlerin rekabet baskısı altında dışlanmasının önüne geçilmesi ve piyasada etkin şekilde varlık gösterebilmeleri sonucu doğabilecektir. Aynı şekilde bu uygulama ile ETAHS'lerin nihai tüketici nezdindeki algısı nedeniyle ETHS'lere yansıyan marka bilinirliğinin sağlanmaması vs handikapların da önüne geçilmesinin sağlanması mümkün olabilecektir.

Ancak lisans uygulamasında yüksek lisans bedelleri ve uyum maliyetlerinin bulunması, bu maliyetlerin platformlar tarafından satıcılara daha yüksek komisyonlar veya ek hizmet bedelleri şeklinde yansıtılması riskini de beraberinde getirmektedir. Bu durumun nihai olarak tüketici fiyatlarını artırması ihtimali göz ardı edilmemelidir. Yine ETHS'ler yönünden de bu maliyet kalemi doğrudan nihai tüketiciye yansıtılabilecekti. Ayrıca tüketicinin korunması bakımından 6502 sayılı Kanun, rekabet ihlalleri bakımından 4054 sayılı Kanun ve elektronik ticarete ilişkin 6563 sayılı Kanun'da aracı hizmet sağlayıcıları sınırlandıran çeşitli hükümler zaten mevcutken, lisans gibi daha ağır bir düzenleyici aracın gerçekten zorunlu olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Bu çerçevede yerindelik değerlendirmesi bağlamında kurulması gereken denge, lisans sisteminin büyük aktörlerin yarattığı risklere karşı etkili bir araç olabileceği, ancak uygulamanın piyasa üzerinde aşırı bir baskı yaratmayacak ve nihai tüketiciye olumsuz yansımayaacak esas ve usuller ile dengeli şekilde uygulanmasıdır.

Hukukilik bakımından değerlendirmede ise; elektronik ticaret lisansı, teşebbüs özgürlüğü¹ ve sözleşme serbestisine müdahale niteliği taşıdığından, bu müdahalenin kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkelerine uygun olması gerektiği açıktır. Kanunilik yönünden, lisans yükümlülüğünün 6563 sayılı Kanun'da açık şekilde düzenlenmiş olması, idarenin keyfi takdir alanını sınırlayan önemli bir güvencedir. Meşru amaç bakımından ise rekabetin ve tüketicinin korunması, piyasa düzeninin sağlanması ve kayıt

¹ Anayasa Mahkemesi E.2015/34 K.2015/48 Sayılı, 13/5/2015 Tarihli Kararı

dışılığın azaltılması, kamu yararı kapsamında değerlendirilerek ilgili uygulamanın meşru amaç barındırdığı kanaatine varılabilir.

İlgili ilkeler bağlamında lisans rejimi amaçlara ulaşmaya elverişli kabul edilebilirse de, aynı hedeflere daha hafif araçlarla ulaşıp ulaşamayacağı ölçülülük ilkesi bağlamında sorgulanmalıdır. Lisans ücretinin seviyesi, hesaplama yöntemi ve ortaya çıkan mali yükün kamu yararıyla dengeli olup olmadığı da ölçülülük değerlendirmesinde belirleyici olacaktır. Ücret ve yükümlülüklerin piyasa aktörlerini fiilen faaliyetten caydıracak veya rekabeti baskılayacak bir düzeye ulaşması halinde, ölçülülük ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından ciddi sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Bu bağlamda ilgili mevzuat kapsamında lisans bedelinin net işlem hacmi esas alınarak belirlenmesi de, ölçülülük ilkesi bakımından uygulamada ciddi sorunlar doğurmaya elverişlidir. Zira lisansa tabi tutulan hizmet sağlayıcıların tamamı aynı maliyet yapısı ve kar marjı ile faaliyet göstermemektedir. Bu durumda, net işlem hacmi yüksek olmakla birlikte karlılığı görece düşük olan hizmet sağlayıcılar bakımından lisans bedeli, ekonomik kapasiteleriyle orantısız ve daha yıpratıcı bir yük hâline gelebilecektir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme, fiilen hizmet sağlayıcıların fiyatlandırma politikalarını da etkileyen, dolaylı bir maliyet unsuru olarak piyasa davranışlarını yönlendirme potansiyeli taşımaktadır. Lisans ücretlerinin mutlak tutar itibarıyla yüksekliği de dikkate alındığında, bu bedellerin belirlenmesinde yalnızca işlem hacmi yerine; karlılık, faaliyet türü, ekonomik bütünlük yapısı ve pazar üzerindeki fiili etki gibi daha nitelikli ve ayırıştırıcı ölçütlerin esas alındığı bir sistemin kurulmasının ölçülülük ilkesine daha uygun olacağı kanaatine varılabilir. Ancak elbette bu sistemin de uygulanabilirliği tartışmalı olacaktır.

Elektronik ticaret lisansı uygulamasının hukukiliği, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine de konu olmuş, Anayasa Mahkemesi 13.07.2023 tarihli ve E.2022/109, K.2023/125² sayılı kararıyla elektronik ticaret lisansına ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemelerin elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların teşebbüs özgürlüğüne bir sınırlama getirdiğini kabul etmekle birlikte, bu sınırlamanın Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri kapsamında devletin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlama yönündeki pozitif yükümlülükleriyle bağlantılı meşru bir amaca dayandığını kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi ayrıca, lisans yükümlülüğünün ve net işlem hacmine dayalı eşik sisteminin ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarını aşmadığını belirtmiştir.

Sonuç itibarıyla elektronik ticaret lisansı uygulaması, dijital piyasalarda yoğunlaşan ekonomik gücün rekabet ve tüketici üzerindeki olumsuz etkilerini sınırlamaya yönelik bir sistem olarak kurgulanmış olup, gerek kanuni dayanağı gerekse kamu yararına dayalı amacı itibarıyla meşru kabul edilebilecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin değerlendirmesi de bu yöndedir. Bununla birlikte, lisans rejiminin ekonomik etkilerinin dikkatle yönetilmemesi halinde, büyümeyi caydıran, maliyetleri hizmet sağlayıcılar ve nihai tüketici üzerine yansıtan ve rekabeti zayıflatan bir mekanizmaya dönüşme riski bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce uygulamanın, ölçülülük, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleri gözetilerek, piyasa aktörleri üzerinde aşırı ve orantısız bir yük yaratmayacak şekilde hayata geçirilmesi, lisans sisteminin hem yerindelik hem de hukukilik bakımından sürdürülebilirliğinin temel şartını oluşturmaktadır.

Elif KAPLAN

Kaynakça:

1. Anayasa Mahkemesi E.2015/34 K.2015/48 Sayılı, 13/5/2015 Tarihli Kararı
2. Anayasa Mahkemesi E.2022/109, K.2023/125 Sayılı 13.07.2023 Tarihli Kararı
3. 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun

² Anayasa Mahkemesi E.2022/109, K.2023/125 Sayılı 13.07.2023 Tarihli Kararı