

ITL 588 BİLİŞİM VE TEKNOLOJİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS DERSİ FİNAL ÖDEVİ

125691005 SEVİM BAŞAK AKMİL

SORU 1

Tuğçe'nin bir elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı ("ETAHS") olan MardinSepeti.com aracılığı ile, Gizem'in ise kendine ait RealMardin.com web sitesi üzerinden Mardin'deki yerel ürünlerin satışını yapacağı anlaşılmaktadır. Hem Tuğçe hem de Gizem'in bu satış işine sıfırdan ve ön hazırlıksız girecekleri varsayımıyla; faaliyetin tamamı kapsamında yapılması gerekebilecek sözleşmelerin (i) satış öncesi hazırlık aşaması, (ii) faaliyet süreci, (iii) iş geliştirme, (iv) muhasebesel gereklilikler olarak ayrı ayrı kategoriler halinde değerlendirilmeleri mümkündür.

(i) Satış Öncesi Hazırlık Aşaması

Öncelikle, satış işlemlerinin başlamasından önce hem Tuğçe hem Gizem'in, Mardin'de yerel olarak üretildiği belirtilen ürünleri satmak amacıyla, ürünlerin üreticisi/marka sahibi ile **Yetkili Satıcı Sözleşmesi** veya **Distribütörlük Sözleşmesi** akdederek bu ürünleri satma yetkisini haiz olmaları gerekmektedir. Aksi halde marka ihlali gibi iddialarla karşılaşma ihtimalleri öngörülmektedir. Bununla birlikte yine ürünün üreticisi/marka sahibi ile **Satış Sözleşmesi** akdederek, satacakları ürünleri kendi zilyetliklerine almaları gerekmektedir; ek olarak ürünü tedarik ettikleri yer belirli bir mesafenin ötesinde ise bir lojistik şirketi ile **Taşıma Sözleşmesi** de akdedilmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca bu ürünlerin miktarına bağlı olarak, satışa kadar ürünlerin muhafaza edilebilmesi için bir depo hizmeti sağlayıcısı ile **Depo Kiralama Sözleşmesi** yapılması gerekebileceği de unutulmamalıdır.

Satıcı sıfatıyla faaliyet gösterecek olan Tuğçe'nin, MardinSepeti.com sitesinin sahibi olan gerçek/ tüzel kişi ile **Satıcı Sözleşmesi / Elektronik Ticaret Aracı Sözleşmesi** (kullanıcıların ve satıcının veri aktarımına ilişkin hükümleri de içermeli) akdetmesi gerekmektedir.

Gizem'in ise internet üzerinden satış yapacağı siteye alan sağlamak üzere, seçeceği servis sağlayıcılar ile **Web Hosting Hizmet Sözleşmesi** ve RealMardin.com site adını kullanabilmek için **Domain Kayıt Sözleşmesi** yapması gerekmektedir. Ancak bu sözleşmeleri doğrudan kendisi

akdetmek yerine, web sitesini yapacak olan kuzeniyle imzalayacağı **Web Sitesi Tasarım Sözleşmesi**'ni daha kapsamlı olarak kurgulamak suretiyle **Web Sitesi Tasarım ve Yazılım Hizmet Sözleşmesi** veya **Web Sitesi Geliştirme, Barındırma ve Bakım Sözleşmesi** gibi tek bir sözleşme de imzalayabilir; bu sayede teknik gereklilikler konusunda da kuzeninin desteğini alabilir.

(ii) Faaliyet Süreci

MardinSepeti.com ve RealMardin.com siteleri üzerinden yapılacak her bir satışta müşteriler ile **Mesafeli Satış Sözleşmesi** akdedilmesi gerekmektedir. Mesafeli satışın doğal bir gereği olarak da Tuğçe ile Gizem'in bir kargo şirketi ile **Taşıma Hizmet Sözleşmesi** akdederek müşterilere bu ürünlerin ulaşmasını sağlaması gerekmektedir. Alternatif olarak Gizem ile Tuğçe'nin bu ürünlerin güvenliği amacıyla sigorta şirketi ile **Emtia Sigortası Sözleşmesi** imzalaması da düşünülebilir.

Ürün kargolama süreçlerinin aksamadan tamamlanmasını sağlamak üzere Tuğçe ve Gizem'in paketlemelerini yapmak için bir satıcıdan toplu halde koli/kutu almak üzere **Tedarik Sözleşmesi** akdetmesi de söz konusu olabilir. Eğer kutuların üzerinde sitelerinin adı veya marka adı yazılması da isteniyorsa, yapılan sözleşme daha geniş kurgulanarak **İmalat ve Tedarik Sözleşmesi** akdedilebilir.

(iii) İş Geliştirme

Tuğçe'nin MardinSepeti.com üzerinde ve Gizem'in RealMardin.com sitesinde açacağı ilanlarda yer alacak ürünlerin profesyonel fotoğraflarının çekilmesi için bir fotoğrafçıyla **Fotoğraf Çekim ve Kullanım Hakkı Devir Sözleşmesi** akdedilebilir. Ek olarak Gizem'in, RealMardin.com'da ürünlerini öne çıkarmak için bir ajans ile **Reklam ve Tasarım Sözleşmesi** yapması da önerilir.

Tuğçe ve Gizem bu işi çevrimiçi olarak yürütecek ise de, faaliyetlerin büyümesi durumunda bir ofise ihtiyaç duyulabilir; bu kapsamda **Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesi** veya **Taşınmaz Satış Sözleşmesi** akdetmeleri söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte bu ofis alanında kullanmak üzere ilgili su ve elektrik idareleri ile **Elektrik Abonelik Sözleşmesi** ve **Su Abonelik Sözleşmesi** akdetmesi gerekecektir. Ofiste internet kullanımı da zaruri olduğundan bir telekomünikasyon şirketi ile **Modem Satış Sözleşmesi** ve **İnternet Abonelik Sözleşmesi** akdedilmesi söz konusu olabilecektir. Kiralanan evin durumuna bağlı olarak tadilat/boya çalışmasına ihtiyaç var ise ustalarla

Boya ve Tadilat Eser Sözleşmesi akdedilmeli ve ofisin temizliği için de bir temizlik firması ile **Hizmet Alım Sözleşmesi** akdedilmelidir. İş için ayrı ofis kullanan profesyonel bir satıcının ayrı iş telefonu hattı olması da ihtimal dahilinde olduğundan, bir telekomünikasyon operatörüyle **Telefon Hattı Abonelik Sözleşmesi** akdedilmesi gerekebilecektir.

Gizem ve Tuğçe'nin bu işi daha da büyütmesi durumunda personel alımı yapılması düşünülüyorsa her bir personelle **İş Sözleşmesi** akdedilmeli; bir özel istihdam bürosundan destek alınması planlanıyor ise de alınacak hizmetin kapsamına göre bu şirket ile **Hizmet Alım Sözleşmesi** veya **Alt İşverenlik Sözleşmesi** akdetmesi gerekmektedir.

(iv) Muhasebesel ve Hukuki Gereklilikler

Kişilerin bu şekilde gelir elde etmesi ve işlemlerin fazlaşması halinde çeşitli muhasebe gereklilikleri söz konusu olacaktır. Gelir, gider, iade ve sair işlem detaylarını kişisel hesaplardan tutabilmek ve de çalışanların maaşlarını ödeyebilmek adına bir banka ile **Ticari Bankacılık Hizmet Sözleşmesi** akdedilmesi faydalı olacaktır. Ek olarak Gizem'in, RealMardin.com üzerinden alacağı ödemeler için bir ödeme kuruluşu ile **Ödeme Hizmetleri Aracılık Sözleşmesi** akdetmesi gerekir.

İşlemlerin kaydının tutulabilmesine yönelik olarak teknik altyapının sağlanabilmesi için **Yazılım Lisans Sözleşmesi** (örneğin Excel kullanım lisansı için Microsoft ile akdedilecek bir lisans sözleşmesi); ek olarak tüm bu hesapların tutulması için bir muhasebeci ile **İş Sözleşmesi** veya dışardan bir muhasebeci ile **Muhasebe Hizmet Sözleşmesi** akdedilmesi gerekebilecektir. Ayrıca Devlet nezdinde vergisel yükümlülüklerin tam olarak yerine getirilebilmesi için bir Mali Müşavir ile **Vergi Danışmanlığı Hizmet Sözleşmesi** akdedilmesi önerilmektedir.

Hem Tuğçe'nin hem Gizem'in Anonim veya Limited şirket kurarak faaliyet göstermesi mümkün olsa da daha fazla hukuki gereklilik ve zaman ihtiyacı nedeniyle doğrudan şahıs şirketi olarak faaliyet göstermeleri tavsiye edilir. Sözleşmelerin artması, borç yükümlülüklerinin çoğalması halinde ortaya sermaye koyarak tek ortaklı anonim şirket kurulması mümkün olabilir, bu şekilde şirketin borçlarından şahsi olarak sorumlu olmamış olurlar. Ayrıca şirket kurulması halinde bir **Şirket Ana Sözleşmesi** de hazırlanarak imzalanır. Bununla birlikte tüm bu faaliyetler esnasında karşılaşılabilecek sözleşmelerin değerlendirilmesi ve yükümlülüklerin belirlenmesi için bir avukat ile Hukuk Danışmanlığı Hizmet Sözleşmesi akdedilmesi faydalı olabilecektir.

SORU 2

Tuğçe'nin MardinSepeti.com üzerinden ve Gizem'in RealMardin.com üzerinden yapacağı satışlarında, birinin diğerine göre teknik ve hukuki bağlamda avantajları veya dezavantajları olabilecektir. Kısa bir karşılaştırma yaparak her iki satış tipinden hangisinin daha avantajlı olabileceğini değerlendirmek mümkündür.

MardinSepeti.com'da satıcı olarak faaliyet göstermeyi planlayan Tuğçe bakımından;

Avantajlar:

- ▶ Tuğçe, hazır üye kitlesi olan büyük bir platformda daha çok tüketiciye ulaşabilecektir.
- ▶ MardinSepeti.com'un iade kolaylığı sayesinde Tuğçe daha tercih edilir olacaktır.
- ▶ Kart bilgileri halihazırda MardinSepeti.com'da kayıtlı tüketiciler için Tuğçe'den ürün satın almak daha güvenli ve pratik görüneceğinden Tuğçe'nin tercih edilebilirliği daha yüksek olacaktır.
- ▶ MardinSepeti.com'un anlaşmalı kurye hizmetleri sayesinde nihai satış bedelleri düşürülebileceğinden RealMardin.com'a göre daha uygun fiyatlı satış yapılabilir veya aynı fiyata daha yüksek kar elde edilebilir.

Dezavantajlar:

- ▶ Her ne kadar 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ("ETK") kapsamında ETAHS'ların satıcılar için öngördüğü haksız şartlar yasaklanmış olsa da, henüz sektörde yeni olan Tuğçe'nin sektörde gücü olan MardinSepeti.com'un haksız ticari şartlarına (indirim uygulanması zorunluluğu, başka yerde reklam yapmanın yasaklanması, haksız ilan bedeli tahsilatı vb.) karşı gelmesi zor olabilecektir.
- ▶ Zorunlu platform kurallarına dikkat etmesi gerekecektir.
- ▶ İade kolaylığı nedeniyle tüketiciler için tercih sebebi olsa da aynı zamanda MardinSepeti.com tarafından zorunlu tutulabilecek koşulsuz iade (cayma hakkının istisnaları durumunda da iadeyi mümkün kılan) uygulamasının tüketiciler tarafından suistimale açık olması nedeniyle Tuğçe'nin maliyet kalemleri artabilir.
- ▶ Aynı ürünleri MardinSepeti.com'da daha uygun fiyata satacak satıcıların varlığı durumunda satıcı olarak Tuğçe'nin tercih edilebilirliği düşebilir.
- ▶ Platformların ödeme kuralları nedeniyle ödemelerini hemen alamayabilirler.
- ▶ Platformların satıcılar üzerinde geniş denetim yetkisi nedeniyle Tuğçe'nin özgürlüğü kısıtlıdır.

RealMardin.com üzerinde faaliyet gösterecek Gizem bakımından;

Avantajlar:

- ▶ Kendisine ait olan sitenin detaylı trafik ve aktivite raporlarını inceleyerek satış ve reklam stratejisi geliştirebilir.
- ▶ ETAHS ilan maliyetine katlanması gerekmeyeceğinden daha uygun satışlı fiyat yapabilir.
- ▶ Kullanıcı arayüzü Gizem'in tercihinine göre özelleştirilebilir.

Dezavantajlar:

- ▶ Sıfırdan bir yapı kurması gerekeceğinden bu kapsamda çok fazla sözleşmesel ilişki (Olası sözleşmeler SORU 1 kapsamında detaylı olarak belirtilmiştir.) yürütecektir.
- ▶ ETBİS'e kayıt yükümlülüğü vardır.
- ▶ Hazır bir müşteri kitlesi bulunmadığından, başta kar elde edemeyebilir.
- ▶ Müşterilerin iade taleplerinde veya şikayetlerinde muhatap doğrudan Gizem'in kendisi olacaktır. Bununla bağlantılı olarak teknik destek ve kullanıcı desteği daha yavaş olabileceğinden MardinSepeti.com'a göre daha az tercih edilir olacaktır.
- ▶ En baştan Mesafeli Satış Sözleşmesi, Üyelik Sözleşmesi, Ön Bilgilendirme Formu, KVKK Aydınlatma metni oluşturulması gerekecektir.
- ▶ RealMardin.com sitesinin bilinirliğinin başta az olması nedeniyle ilk zamanlarda sitesine yeterince reklam alamayabilir.
- ▶ RealMardin.com'da güvenlik açığı oluşması riski daha yüksektir.
- ▶ Web Sitesi kurallarına uyum ve tasarım optimizasyonu vakit kaybı ve ek maliyete neden olabilir.
- ▶ Site adının telif hakkı sorunu yaşaması ihtimali bulunmaktadır.
- ▶ İşlem hacmi belirli bir seviyeye ulaştığında ETK kapsamında ek yasal yükümlülükler söz konusu olabilir.

Özellikle sektöre yeni giren ve henüz hazır müşteri kitlesi ile teknik altyapısı bulunmayan satıcılar için ETAHS platformları üzerinden satış yapmak, satıcının operasyonel yükünü azalttığı gibi büyümeyi kolaylaştırır ve de kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaşabilme imkanı sağlar. Her ne kadar ticari özgürlük ve ihtiyaca göre şekillendirme imkanları nedeniyle satıcının kendi Web Sitesi üzerinden satış yapması tercih edilebilecekse de, bireysel ve küçük ölçekli bir satıcının hazır sisteme sahip bir ETAHS (MardinSepeti.com) üzerinden faaliyet yürütmesi daha uygun olacaktır.

SORU 3

ETAHS ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılara (“ETHS”), ETK kapsamındaki yeni düzenlemelerle öngörülen lisans alma yükümlülükleri, hukuka uygunluk ve yerindelik bakımından pek çok yönüyle tartışmaya açıktır. ETK’de 2022 yılında gerçekleştirilen değişiklikler ile bazı özellikleri haiz ETAHS’lara ve ETHS’lere, faaliyet gösterebilmeleri için Elektronik Ticaret Lisansı (“**Lisans**”) alma zorunluluğu öngörülmüş olup bu yeniliklerin uygulamasına ilişkin olarak ise Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik (“**Yönetmelik**”) yayımlanmış ve 2023 yılında yürürlüğe girmiştir.

Özellikle pandemi dönemi olan 2020 yılından beri elektronik ticaretin hayatımızdaki yeri oldukça büyümüş, bu kapsamda gelişen sektöre bağlı olarak ETAHS ve ETHS’lerin sayısında artış meydana gelmiştir. Günümüze kadar, değişiklik öncesi ETK’ye ek olarak klasik tüketici mevzuatı ve rekabet mevzuatı düzenlemeleri ile yetinilen bu sektörde, platformların büyümesinin sonucu olarak yeni denetim ve düzenleme gereklilikleri meydana gelmiştir.

Düzenlemelerde temel olarak, işlem hacmine ve işlem sayısına bağlı olarak teşebbüsler ölçek gruplarına ayrılmış ve her bir ölçek için artan sayıda yükümlülük öngörülmüştür. Bu kapsamda belirli ölçek üstündeki teşebbüslerin Lisans sahibi olması zorunluluğu öngörülmüştür:

Yönetmelik Madde 30/1: “(...)net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan ETAHS, büyük ölçekli ve çok büyük ölçekli ETAHS ile orta, büyük ve çok büyük ölçekli olup toplam satış hasılatının yarısından fazlasını elektronik ticaret satışlarından elde eden ETHS, (...)”

Düzenleme zamanına kadar halihazırda faaliyet göstermekte olan birçok teşebbüsün, sürmekte olan faaliyetlerine devam edebilmek için Lisans almaları zorunlu tutulmuştur. Lisans’ın alınabilmesi için gerekli olan şartlardan biri de Lisans bedelinin ödenmesidir. Lisans bedelleri şirketlerin işlem hacmine göre hesaplanmakta olup bu sistemin kademeli “vergileendirme dilimlerine” benzediği söylenebilir. Ancak bahsi geçen bedeller miktar olarak fazlaca yüksek olup bu miktarlar şirketler için adeta bir cezai yaptırım gibidir. Oldukça yüksek tutardaki Lisans bedellerinin, faaliyetlerini sürdürmekte olan şirketler için zorunlu tutulması, anayasal mülkiyet hakkına müdahale etmektedir. Bu müdahalenin meşruiyetini saptamak üzere müdahale hakkında yerindelik ve hukukilik denetimi

yapılmalıdır. Bu kapsamda bir idari işlemin gerçekleştirilmesinin amaç için ne kadar (i) elverişli, (ii) gerekli, (iii) ölçülü olduğu değerlendirilerek işlemin hukukiliği tespit edilebilir; müdahale amacı ile aracının uygunluğu değerlendirilerek de işlemin yerindeliği tespit edilebilir.

Hukukilik

Mevzuattaki yeniliklerin amacı, piyasadaki etkin ve adil rekabeti koruyarak elektronik ticareti geliştirmektir. ETK'nin bu son değişikliklerden önceki uygulamasında şirketlerin ticari ilişkilerine bir müdahale söz konusu değildi; buna istinaden herhangi bir müdahale olmadığı sürece büyük firmalar daha da büyümeye devam etti ve küçük firmaların piyasadaki rekabet gücü azaldı. Bununla birlikte büyük firmaların pazardaki gücü, yeni aktörlerin de piyasaya girmesini engellemeye başladı. Ancak 2022 düzenlemeleri ile birlikte, "Lisans" gerekliliği adı altında, yüksek ölçeklerdeki şirketlerin daha da büyümelerinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Nitekim işlem hacmi arttıkça şirketlerin Lisans almak için ödemesi gereken Lisans bedeli artmakta ve sair yükümlülükleri ağırlaşmaktadır. Şirket büyüdükçe Lisans bedelin de artması, uygulamada devletin piyasadaki büyük aktörleri cezalandırması gibi yansımaktadır.

Düzenlemelerdeki asıl amacın, etkin rekabeti korumak olduğu dikkate alındığında, büyük aktörlerden büyük tutarda Lisans bedeli alınmasının elverişli olduğu söylenebilecektir; nitekim bu düzenlemeler büyük firmaların daha da büyüme motivasyonlarını kırmakta, küçük firmaların ise pazara girişini kolaylaştırmaktadır. Peki Lisans bedelinin yüksek olmasının bir araç olarak gerekli ve ölçülü olduğu söylenebilecek midir? Pazara giriş engellerinin kaldırılması için idari düzenlemelerin yapılması da tek başına yeterli olabileceğinden, Lisans bedeli tahsil edilmesinin gerçekten gerekli olduğu söylenemeyecektir. Ölçülülük için de yine benzer şekilde, piyasada rekabetin sağlanması için Lisans bedeli karşılığında, sözleşme serbestisi ve mülkiyet hakkının ihlal edilmesi, bu gerekliliğin ölçülü de olmadığını göstermektedir. Açıklanan nedenlerle, bu düzenlemelerin tamamen hukuka uygun olmadığı, nitekim kanuni bir düzenleme olmasına rağmen anayasal hak ve ilkeleri ihlal ettiği söylenebilir.

Yerindelik

Amaç ile aracın birbirleriyle uyumlu olup olmadığına bakılarak Lisans gerekliliğinin yerindeliği değerlendirilebilir. Asıl amacı elektronik ticaret faaliyetlerini kayıt ve düzen altına almak olan "elektronik ticaret lisansı" uygulaması, daha en başta kendi amacı ile tutarsızlık barındırmaktadır. Nitekim, halihazırda mevcut ETK hükümleri ile düzenlenen Elektronik Ticaret Bilgi Sistemi

(“**ETBİS**”) ile elektronik ticaret sektörü kayıt sistemine tabi tutulmuştur. ETK düzenlemeleri ve Yönetmelik ile öngörülen Lisans uygulaması ise, halihazırda ETBİS’e kayıtlı olup faaliyetlerini sürdüren platformların faaliyetlerine devam etmek için “izin” sistemine tabi olmasına sebep olmuştur. Halihazırda piyasada bulunan aktörlere bu ağır yükümlülüklerin uygulanmaya başlanması, İdare Hukuku’ndaki “kazanılmış hak” ilkesinin ihlaline benzetilebilir.

Lisans gerekliliklerinin bir amacının da elektronik ticaretin kayıt altında tutulmasını sağlamak olduğu bilinmekle birlikte, mevcut durumda ETBİS ile bu amaca ulaşılabilir; bu nedenle de ETBİS’e ek olarak yeni bir Lisans sistemi öngörülmüş olması, uygulamanın yerindeliği bakımından anlaşılabilir.

Bununla birlikte Lisans kapsamındaki gereklilikler yalnızca firmaların bulunduğu ölçeğe göre değişmekte olup salt bu hususa istinaden hak ve özgürlüklere müdahalenin meşru görülmesi de mümkün değildir. Nitekim etkin rekabeti koruma amacının aksine, Lisans gereklilikleri piyasada devlet eliyle büyük müdahalelere sebep olmaktadır.

Lisans alınmasının izne ve belirli bir bedele tabi olması, ETAHS’ların anayasada korunan mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğünün önüne geçmiştir. Nitekim lisans gerekliliği sonucunda ETAHS’lar hem yüksek Lisans bedelleri ile karşı karşıya kalmaktadır hem de lisans alınmadığı takdirde diledikleri gibi elektronik ticaret faaliyetlerini sürdürememektedir. Bu kapsamda ETK değişiklikleri ve Yönetmelik hükümlerinin, kişilerin sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet haklarına idarenin müdahalesinin önünü açtığı söylenebilir. Ayrıca her ne kadar etkin rekabetin korunması amaçlanmakta ise de bunun yalnızca belirli sektörleri kapsamaması, birçok sektörün istisna sektör olarak öngörülmesi de bu uygulamaların yerindeliği konusunda şüphe uyandırmaktadır.

Özet itibarı ile, elektronik ticaretin yaygınlaşması neticesinde büyüme hızı artan şirketlerin piyasayı domine etmesinin önüne geçmek ve rekabeti korumak amacıyla idare tarafından “büyümenin cezalandırıldığı” bir Lisans sisteminin kurgulandığı anlaşılmaktadır. Lisans alma yükümlülükleri elektronik ticarete etkin rekabetin korunması gibi meşru bir amaca dayandırılrsa da; şirketler için yüksek mali külfet, salt yapay ölçeklere dayalı müdahale anlayışı ve mülkiyet hakkı ile sözleşme özgürlüğü üzerinde yarattığı ağır etkiler dikkate alındığında, bu düzenlemeler yerindelik ve hukukilik şartlarının sağlanmaması nedeniyle gayrimeşru olarak değerlendirilmiştir.