

03.02.2012
Rev. 08.02.2012
TS/BTK/12-01

ELEKTRONİK TİCARETİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN TASARISI'NA İLİŞKİN TÜSİAD GÖRÜŞÜ

Kanun Tasarısı hakkında TÜSİAD Teknoloji, İnovasyon ve Bilgi Toplumu Komisyonu altında faaliyet gösteren TÜSİAD Bilişim ve Telekomünikasyon Çalışma Grubu'nun hazırladığı görüş ve öneriler aşağıda arz edilmektedir.

GENEL DEĞERLENDİRME:

“Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı”nın (kısaca “Kanun Tasarısı”) Genel Gerekçesi’nde Avrupa Birliği’nin 2000/31 sayılı *Bilgi Toplumu Hizmetlerinin, Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktif*’e ve 2002/58 sayılı *Elektronik Haberleşme Sektöründe Gizliliğin Korunması ve Kişisel Bilgilerin İşlenmesine İlişkin Direktif*’e uyum sağlanmasının ve Türk Hukuku’nda borçlar, ticaret ve tüketici mevzuatında yer alan hükümler tekrar edilmeksizin bilgi toplumu hizmetleri ile elektronik ticaretin genel ilkeleriyle düzenlenmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu bağlamda, Tasarı, öncelikle elektronik sözleşmelerde bilgilendirme yükümlülüğüne ve bu sözleşmelerin yürürlüğe girmesine yönelik düzenlemeler içermektedir. Tasarı’nın düzenlediği bir diğer önemli konu ise, istenmeyen elektronik iletilerdir.

Söz konusu kanun tasarısı, elektronik ticaretin güvenlik boyutu ile ilgili kapsamlı bir düzenleme getirmemektedir. Veri güvenliğinin sağlanmaması ile ilgili kriterler ve yaptırımlar, elektronik ticaretin gerçekleştiği ortam olan Internet sayfası ile ilgili tanımlar bu taslakta yer almamıştır. Örneğin sepet sayfalarının hangi adımlarının güvenli sayfalar olması gerektiği, hizmet sağlayıcı ile banka arasındaki veri akışının standartları ve bundan kimin sorumlu olduğu gibi konular bu tasarıda yer almamıştır. E-ticaretin satış sonrası kurallarının yeterince standardize edilmediği gözlenmektedir. Diğer önemli bir husus da internet sitelerindeki veri hataları durumunda bunların nasıl değerlendirileceğidir. Bunların cezası ayıplı mal ile ilgili haklarla sınırlı olmalı, site bilgileri fiziksel mağazaların etiket bilgileri şeklinde değerlendirilmelidir.

Tasarı’nın tüketici ve elektronik haberleşme mevzuatı hükümleriyle uyumsuz olan hükümler içerdiği ve/veya bazı durumlarda, uygun atıflarda ve açıklamalarda bulunulmaması nedeniyle bu iki mevzuatla gerekli bütünleşmenin sağlanamadığı görülmektedir.

Tasarı, Elektronik Haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin tabi olduğu 5809 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler içermekte ve Bilgi

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No: 46 Tepebaşı 34420
İstanbul – Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi, No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara – Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
13, Avenue des Gaulois, 1040
Brussels – Belgium
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 3993
E bxloffice@tusiad.org

Washington D.C.
1250 24th Street,
N.W. Suite Nr. 300,
Washington D.C. 20037 USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.us

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 288 786 300
F +49(30) 288 786 399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, Rue de Galilée 75116
Paris – France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Pekin
Beijing Lufthansa Centre,
Office C-319, Beijing 100016
P. R. China
T +86 (10) 6462 2066
F +86 (10) 6462 2067
E tusiad.china@euccc.com.cn

Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından hazırlanan ve bağlayıcı niteliği bulunan ikincil düzenlemelerle uyumsuz bir görünüm sergilemektedir. Zira, yürürlükteki mevzuat hükümlerine ve kendi faaliyet alanındaki düzenleyici otoritenin yönetmelik, karar ve düzenlemelerine uygun hareket eden işletmeciler, Tasarı'nın yasalaşması halinde idari para cezası tehdidiyle karşı karşıya kalacaklardır.

Hali hazırda yürürlükte olan Elektronik Haberleşme sektörü düzenlemeleri çerçevesinde abonelere iletilen mesajların kullanıcı tarafından kolay ve ücretsiz bir yöntemle reddedilmesine imkan sağlanması halinde doğrudan pazarlama ve katma değerli hizmetlere ilişkin iletiler kullanıcılara iletilmekteyken; Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun taslağı ile alıcılara önceden onayları alınmadan ileti gönderilemeyeceği, aksi taktirde cezai müeyyidelerin uygulanacağı öngörülmektedir.

Elektronik Haberleşme sektörünün düzenleyici otoritesi tarafından sektör ve kullanıcı eğilimleri yakından takip edilerek hem kullanıcıların ihtiyacını karşılayan hem de AB mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında düzenlemeler hayata geçirilmektedir. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu 50'nci Maddesi "Abonenin önceden izni alınmadan otomatik arama makineleri, faksler, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle doğrudan pazarlama, siyasi propaganda veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla istek dışı haberleşme yapılması halinde, abone ve kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı kolay bir yolla ve ücretsiz olarak sağlanır" ifadesi uyarınca "Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliğinin Madde 5/j", ve "Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik Madde 20" ile istenilmeyen mesajlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Ayrıca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun 30 Aralık 2010 – 17 Ocak 2011 tarihleri arasında kamuoyu görüşüne açılmış "İstek Dışı Kısa Mesaj Tebliği Taslağı" ile istek dışı mesajların kullanıcı tarafından kolay ve ücretsiz bir şekilde bir SMS ile reddetmesine ilişkin yöntem belirlenmeye çalışılmaktadır.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun hali hazırda yürürlükte olan 5809 Sayılı Kanun çerçevesinde ikincil düzenlemeleri ile kullanıcı eğilimi ve tüketicinin korunması kapsamında Kurumun İstek Dışı Mesaj Tebliğ taslağında da olduğu üzere sektöre münhasır ikincil düzenlemeleri yapmasının uygun olduğu değerlendirilmektedir.

Tasarı'nın genel gerekçesinde, tüketici olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari amaçlı olarak pazarlama ve satış işlemlerine muhatap olan kişilerin, güven duyarak tasarrufta bulunmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Bu bakımdan, tüketici kapsamına girmeyen gerçek ve tüzel kişilerle imzalanan sözleşmelerin de söz konusu Kanun Tasarısı kapsamına alınmak istendiği anlaşılmaktadır. Bu durum, tüketicinin korunması gayesiyle getirilen ve esnaf ve tacirleri kapsamına dahil etmeyen genel tüketici mevzuatı hükümleriyle çeliştiği gibi, Tasarı'nın kendi içerisinde de tutarsızlıklara sebebiyet vermektedir. Zira, Tasarı'ya genel olarak bakıldığında, tasarı tüketici olmayan kişilerle yapılan sözleşmeleri ve bu kişilere gönderilecek iletileri kapsam dışında tutma eğilimindedir. Bu bağlamda, **Tasarı'nın genel tüketici mevzuatıyla da paralel olacak şekilde (aşağıda ilgili bölümde, istem dışı iletiler konusunda gerçek kişilerin**

muhatap alınmasına ilişkin açıklamalarımız saklı kalmak koşuluyla), sadece “tüketicilere” yönelik olarak hazırlanmasının ve bu nedenle Tasarı’nın kapsam ve diğer maddelerinde gerekli değişikliklerin yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Tasarı, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmecilerin tabi olduğu 5809 sayılı Kanun’da değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler içermekte ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (“BTK”) tarafından hazırlanan ve bağlayıcı niteliği bulunan ikincil düzenlemelerle uyumsuz bir görünüm sergilemektedir. Bu durumun, elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler açısından belirsizliğe neden olması endişesini yaşamaktayız. Zira, yürürlükteki mevzuat hükümlerine ve kendi faaliyet alanındaki düzenleyici otoritenin yönetmelik, karar ve düzenlemelerine uygun hareket eden işletmeciler, Tasarı’nın yasalaşması halinde idari para cezası tehdidiyle karşı karşıya kalacaklardır. Bu nedenle, **öncelikle elektronik haberleşme sektörüne ilişkin hususlarda uygulamada tereddütlere ve gecikmelere mahal verilmemesi ve 5809 sayılı Kanun’la sektöre ilişkin tüm yetkileri kendisinde toplayan BTK ile herhangi bir yetki kargaşasının yaşanmaması için Tasarı’da gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği düşünülmektedir.** Bu noktada, elektronik haberleşme sektöründe hemen hemen tüm konularda BTK’ya düzenleme yapma yetkisi veren 5809 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri ile Tasarı’nın istem dışı iletiler konusunda ikincil düzenlemeler yapma yetkisini Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na tanıyan hükümlerinin birbiriyle çeliştiği açıktır. İlk etapta, bu yetki sorununun çözülmesi önem arz etmektedir.

Kanun Tasarısının Avrupa Birliği’nin 2000/31/EC “**Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Özellikle Elektronik Ticaretin Ortak Pazardaki Bazı Yönleri Hakkında Direktifi**” esas alınarak hazırlandığı ve söz konusu direktif ile Türk hukuku arasındaki uyumun sağlanmasının hedeflendiği ifade edilmektedir. 2000/31/EC Direktifi’nin 1 inci maddesinin 5 inci fıkrasının (b) bendinde, Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Dolaşımı İle İlgili Olarak Bireylerin Korunması Hakkında 95/46/EC sayılı Direktif ile Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında 97/66/EC sayılı Direktif ile düzenlenen **bilgi toplumu servisleri hususunda bu Bilgi Toplumu Hizmetleri ve E- Ticareti düzenleyen Direktifin uygulanmayacağı özellikle belirlenmektedir. Hedeflenen uyumun sağlanması bakımından 2000/31/EC Direktifi’nin amaç ve kapsam maddesinde yer verilen söz konusu istisnalara Kanun Tasarısında da yer verilmesi gerektiği şüphesizdir.** Malum olunduğu üzere; ulusal mevzuatımızda 95/46/EC Direktifi hükümleri yansımaları 06.02.2004 tarihli ve 25365 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”te bulmakta olup, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) bahsi geçen husus ile diğer elektronik haberleşme alanındaki AB düzenlemelerinin hayata geçirilmesi konusunda görev görmektedir. **Bu bakımdan Taslağa BTK tarafından düzenlenen bilgi toplumu hizmetlerinin istisna olarak eklenmesi ve elektronik haberleşme hizmetleri bakımından Kanun Tasarısı hükümlerinin uygulanmayacağının açıkça düzenlenmesinin önem arz ettiği düşünülmektedir.**

Her ne kadar ilgili madde hükmünün lafzından açıkça anlaşılmasa da, Tasarı'da, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen mesafeli sözleşmelerin yürürlüğe girmesine ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerin kısmen tekrar edildiği ve hizmet sağlayıcıların bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerine ilave olarak yeni yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Bilindiği üzere, **mesafeli sözleşmelere** ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin temelinde, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin karşı karşıya gelmeksizin sözleşme ilişkisinin kurulması sonucunda, parası ödenen malın tüketiciye hiç teslim edilmemesi, malın beğenilmemesi halinde malı geri alacakları garantisini veren şirketlerin bir kısmının adreste bulunamaması, daha doğrusu böyle bir firmanın olmadığı anlaşılması gibi riskler ve sorunlar yatmaktadır¹. Bu risklerin, daha önce tesis edilmiş olan sözleşmesel bir ilişki ve/veya yapılmış olan herhangi bir abonelik sözleşmesi kapsamında taraflardan birinin bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanarak; çağrı merkezi, internet ve sair yollarla, herhangi bir iletişim kanalı üzerinden yaptığı başvurularda/taleplerde gündeme gelmeyeceği aşıkardır. **Bu nedenle, yukarıda belirtilen risklerin mevcut olmadığı ve sektörde faaliyet gösteren işletmecilerin BTK tarafından sıkı bir şekilde denetlendikleri hususu gözetilerek, zaten söz konusu taslak kapsamından hariç tutulmasının açıkça düzenlenmesi gerektiğini değerlendirdiğimiz elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler bakımından; var olan bir sözleşmesel ilişki veya abonelik sözleşmesi kapsamında elektronik ortamda gerçekleştirilecek başvuru, değişiklik ve/veya her türlü talepte, tüketicilerin diğer haklarına halel gelmeksizin (tüketiciye tanınan cayma hakkı, ayıplı mallardan doğan sorumluluk vb.) gerek 4077 sayılı Kanun'da gerekse Kanun Tasarısı'nda yer alan mesafeli sözleşmelere yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğü kurallarının uygulanmayacağına ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmesini önermekteyiz.**

Ayrıca, elektronik ticarete ilişkin faaliyetler kapsamında gözden geçirilecek ve yenilenecek yasal düzenleme alanlarının da aşağıdaki şekilde gruplandırılmasını ve Tasarı'nın amaçsal yorumu kapsamında değerlendirilmesini önermekteyiz.

- a- Tüketicinin korunması ile ilgili mevzuatın elektronik ticaret açısından yeniden gözden geçirilmesi.
- b- Elektronik ortamda sözleşmelerin yapılması konusunun Borçlar Hukuku çerçevesinde irdelenmesi.
- c- Elektronik ortamda elde edilen veya muhafaza edilen elektronik kayıt ve delillerin tanınmasının Usul Hukuku açısından değerlendirilmesi.
- d-Elektronik ticarete ilişkin ulusal ve uluslararası düzeyde doğabilecek uyumsuzluklar ve çözüm usul ve esasları bağlamında değerlendirilmesi.

Elektronik araçlarla bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini, alıcıların siparişlerini elektronik araçlarla vermesi halinde uygulanacak esasları, ticari iletişime ilişkin ilkeleri, ticari elektronik ileti gönderme şartlarını ve ticari elektronik iletilerin içeriğini, alıcının ticari elektronik iletmeyi reddetme hakkını düzenleyen **Kanun Tasarısı Maddelerinin, zaten söz konusu taslak kapsamından hariç tutulmasının açıkça düzenlenmesi gerektiğini değerlendirdiğimiz elektronik haberleşme**

¹ ASLAN, *Yılmaz*: Tüketici Hukuku, Bursa 2004, s. 408.

sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler ve bu işletmecilerin SMS, internet gibi elektronik vasıtalarla sundukları hizmetler ve aboneleri ile ilişkileri bakımından özellikle ele alınması gerektiğini ve bu hükümlerin söz konusu işletmecilere uygulanmayacağına ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmesini önermekteyiz. Zira; özellikle haberleşme hizmetleri doğası gereği tüketicilerin fiziken karşılarında olmayan bir hizmet sağlayıcıdan kolay yöntemlerle hizmet almaları sonucunu doğurmaktadır.

Sonuç olarak; tüm sektörlerle yakından ilişkili olan elektronik ticaretin yaygınlaştırılmasını sağlamak amacıyla hazırlanan Tasarı'nın,

- Elektronik Haberleşme sektörünü ve kullanıcı eğilimlerini daha yakından takip etme fırsatı bulunan düzenleyici otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun hali hazırda yürürlükte olan 5809 Sayılı Kanun çerçevesinde sektöre münhasır düzenlemeleri yapmasının uygun olduğu değerlendirildiğinden SMS iletilerine ilişkin düzenlemelerin Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun tasarısında yer almamasını,
- Gerek uygulayıcılar, gerekse tüketiciler açısından anlaşılması kolay, yoruma mahal vermeyen, net hükümler içermesini,
- Kapsamının belirgin olmasını ve genel mevzuata paralel olarak tüketicilere yönelik hükümler getirmesini,
- Özellikle, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile çelişen düzenlemeler içermemesini, genel mevzuatla arasında uygun bir irtibatın olmasını ve böylelikle Tasarı'nın kendisinden beklenen faydaları sağlamak yerine mevzuat çakışması nedeniyle uygulamada tereddütlere ve gecikmelere sebebiyet vermesinin önlenmesini,
- Kanun Tasarısına BTK tarafından düzenlenen bilgi toplumu hizmetlerinin istisna olarak eklenmesi ve elektronik haberleşme hizmetleri bakımından Kanun Tasarısı hükümlerinin uygulanmayacağının açıkça düzenlenmesini,
- Elektronik ticaretin iki tarafını teşkil eden mal satan/hizmet sunan şirketler ile mal/hizmeti talep eden müşteriler (tüketiciler, esnaf ve tacirler) arasındaki dengeyi sağlamasını ve
- Referans aldığı Avrupa Birliği müktesebatına uygun şekilde kaleme alınmasını önermekteyiz.

MADDELERE YÖNELİK ÖNERİLER:

Madde 1- Amaç ve Kapsam

Öneri-1: Kanun Tasarısının başlığı ve kapsamı arasındaki uyumsuzluğun giderilmesinin veya bilgi toplumu hizmetlerinden elektronik ticarete dahil olanların belirtilerek, bunların “elektronik ticaret” tanımı altında yer almasının uygun olacağı düşünülmektedir.

Gerekçe: Tasarı “*Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi*” başlığıyla yayınlanmıştır. Kapsam olarak ise elektronik ticarete ve bazı bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin usul ve esasları içerdiği hüküm altına alınmıştır.

Öneri-2: Kanun Tasarısı ile düzenlenen bilgi toplumu hizmetlerinin kapsamının net bir şekilde ortaya konması gereklidir.

Gerekçe: “bazı bilgi toplumu hizmetleri” ifadesi son derece geniş ve kapsamı muğlak olmakla birlikte, Kanun Tasarısı’nın diğer maddeleri ile gerekçesinden, özel olarak hangi hizmetlerin bu kapsamda değerlendirildiği anlaşılamamaktadır.

Bir yanda e-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu tarafından kabul edilen “Türkiye’nin Bilgi Toplumu Dönüşüm Politikası”, diğer yandan Başbakanlık e-Devlet Danışma Kurulu tarafından kamuoyu görüşüne sunulan “e-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı” ile öngörülen ilke, tanım ve kurallar ile Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı’nda geçen bilgi toplumu hizmetleri ve buna ilişkin düzenlemelerin birbirleri ile çelişmesinin önlenmesi ve yukarıda bahsi geçen belirsizliğin sonlandırılması amacıyla öneri getirilmiştir.

Madde 2- Tanımlar

Öneri-3: Tanımlar daha açık şekilde kaleme alınmalı ve tasarı boyunca yeknesak terimler kullanılmalıdır.

Gerekçe: Söz konusu maddede, Tasarı’nın çeşitli maddelerinde yer alan “*bilgi toplumu hizmetleri*”, “*elektronik ticaret*”, “*hizmet sağlayıcı*” ve “*ticari iletişim*” ifadelerinin tanımlandığı görülmektedir. Ancak söz konusu tanımların daha açık şekilde kaleme alınmasına ve yeknesak terimlerin kullanımına dikkat edilmesi gerektiği; zira bu durumun Kanun Tasarısı’nın yorumlanması, amaç ve kapsamının daha net ifade edilmesi ve hükümlerinin uygulanabilirliğinin sağlanması bakımından önem arz ettiği düşünülmektedir.

Örneğin; Tasarı içerisinde geçen, “*hizmet sağlayıcı*” ve “*gönderici*” şeklinde farklı kullanılan terimler tereddüde yol açmakta, bu kişilerin aynı veya farklı kişiler olup olmadığının anlaşılması ihtiyacı bulunmaktadır.

Yine, Tasarı’da temel kavramlardan biri olan “*ticari iletişim*” tanımının “*Alan adları ve elektronik posta adresi dışında meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında kazanç*

sağlamaya yönelik olarak elektronik ticarete ilişkin her türlü iletişimi” şeklinde yapıldığı görülmektedir. Bu tanımdan, “alan adı ve elektronik posta adresi”nin, “iletişim” olarak değerlendirilmekle beraber, ticari iletişim kapsamı dışında tutulduğu anlaşılmaktadır. Oysa ki, söz konusu ifadeler, ne iletişim ne de iletişim aracı anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, ticari iletişimin yazılı veya sözlü olup olmadığı hususu da düzenlenmemiştir.

Tasarı’da kullanılan “ticari ileti”nin, Tasarı’nın Gerekçesi de dikkate alındığında, mesaj ve e-posta gönderimleri bakımından yazılı iletişim kanallarının kullanımına dair olduğu düşünülmekle beraber, IVR, sesli mesaj gibi sözlü iletişim kanallarının kapsam içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin de açıkça yazılmasında fayda görülmektedir.

Öneri-4: Kanun Tasarısı’nda sıklıkla yer verilen, “elektronik ortam”, “elektronik araç”, “bilgi toplumu”, “elektronik sözleşme”, “veri hatası”, “alıcı”, “gönderici”, “istek dışı elektronik iletiler”, “doğrudan pazarlama” ve “elektronik kayıt” terim ve ifadelerinin de tanımlanması uygun olacaktır.

Gerekçe: Eğer bu tanımlar yürürlükte olan diğer Kanun Maddelerindeki tanımlar ile aynı anlamda kullanılıyor ise ilgili kanun maddelerine atıf yapılması suretiyle terim konusundaki netliğin sağlanması veya atıf yapılmaksızın birebir aynı terim ve tanımların Kanun Tasarısı’nda tekrar edilmek suretiyle yer verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Öneri-5: “Elektronik Kayıtlar” ibaresinin eklenerek açıklanması ayrıca Tasarı’da ayrı bir madde olarak düzenlenmesi veya ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun “Deliller” başlığı altında kesin veya takdiri delil içerisinde değerlendirilmesi önerilmektedir.

Gerekçe: Mevcut durumda, Kanun ve Yönetmelikler ile “elektronik kayıtlara” bir açıklık getirilmemesi sebebiyle, yasal düzenleme yapılana kadar söz konusu boşluk, belirtilen yöntem ile giderilmeye çalışılmaktadır; bilgisayar ortamında saklanan veriler ve alınan çıktılar özel hüküm sebepleri olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda alıcı ile gönderici arasında bir delil sözleşmesi yapılmış ve burada bilgisayar kayıtlarının delil olarak kullanılacağı kabul edilmişse bunlar davada takdiri delil olarak ileri sürülebilecektir.

Öneri-6: Kanun Tasarısı içerisinde terim birliğini sağlamayı teminen “elektronik ortamda” ibaresi yerine “elektronik iletişim araçlarıyla” ifadesinin kullanılmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Gerekçe: Bilgi toplumu hizmetleri tanımında yer alan “elektronik ortamda” ibaresi, 98/34/EC “Bilgi Hizmetlerinin Sunulmasına İlişkin Teknik Standartlar ve Düzenlemeler ile Bilgi Toplumu Hizmetlerine İlişkin Kurallar Direktifi”nde “elektronik yollarla” (elektronik vasıtalarla da denebilir-electronic means) olarak ifade edilmektedir. Aynı Direktif “elektronik yollar” ifadesinin hizmetin verilerin işlenmesi ve kaydedilmesine

imkân sağlayan bir araç/cihaz (equipment) ile başlatılan ve alınan ve gönderimi, iletimi ve alımının kablo, radyo, optik yahut herhangi başka bir elektromagnetik yolu ifade ettiğini belirtmektedir. Kanun Tasarısı'nın 3 üncü Maddesinde de “elektronik iletişim araçlarıyla” ifadesinin kullanıldığı görüldüğünden 2 nci maddede de bu ifadenin kullanılması önerilmiştir.

Öneri-7: “Elektronik ticaret” tanımının “elektronik vasıtalarla gerçekleştirilen mal ve hizmet satışı” gibi kapsamı belirli ve somut şekilde sınırlandırılmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Gerekçe: Elektronik ticaret tanımı elektronik ortamda gerçekleştirilen her türlü ticari faaliyeti kapsayacak şekilde geniş tutulmamalıdır. Gerek AB düzenlemeleri gerekse genel kabul görmüş tanımlar dikkate alınarak, yukarıdaki öneri getirilmiştir.

Madde 3- Bilgi verme yükümlülüğü

Öneri-8: Söz konusu maddede düzenlenen bir elektronik sözleşmenin yapılması öncesi ve sonrasında hizmet sağlayıcının yükümlülüklerinin, “Mesafeli Sözleşmeler Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”in 5 inci maddesinde belirtilen ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin yerine mi geçtiği, yoksa söz konusu düzenlemeye ilave yükümlülükler mi getirdiği hususu madde metninden anlaşılamamaktadır. Bu nedenle bu hususun açıklığa kavuşturulması önerilmektedir.

Öneri-9: Maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde “ticari ve mesleki faaliyetlerine ilişkin bir sicil numarası, böyle bir sicil numarası yoksa kendisinin tanınmasını sağlayacak diğer bilgileri” ile ifade edilen sicil numarası bilgisinin sağlanması “zorunlu” olmalıdır.

Öneri-10: Maddenin 1. fıkrasının (b) numaralı bendinde, “Sözleşmenin kurulabilmesi için izlenecek teknik adımlar” ile ifade edilen hususun açıklanması gereklidir.

Gerekçe: Yürürlükteki Borçlar Kanunu hükümlerine göre sözleşmelerin hukuki geçerliliği belirli sözleşmeler haricinde hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunen yazılı şekillerin arandığı hallerde ise, tarafların irade beyanlarının yazılı yapılması ve bunun imza ile teyid olunması ve resmi şekil arandığı hallerde işleme resmiyet kazandıracak kurum önünde sözleşme yapılması gereklidir. İmza yerine kaim olacak işaretler mevcut Kanunlarda sıkı şartlara tâbi tutulmuştur. Buna göre mühür veya faksla veya diğer mekanik araçlar yardımıyla imzanın atılması el yazısı şartını gerçekleştirmemektedir. Yine yazılı şekil zorunlu sözleşmeler yönünden de hukuki geçerlilik mevcut değildir. Sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan alıcı imzasının ne şekilde alınacağı, elektronik imza ile ilgili yapılacak düzenlemeler ile mi, Kanun Tasarısı'nın kanunlaşması sonrasında madde 10'da belirtilen yönetmelik ile mi düzenleneceği açıklanmalıdır.

Öneri-11: Maddenin 1 inci fıkrasının (c) bendi ile 4'üncü fıkrası arasındaki çelişki giderilmelidir.

Gerekçe: Maddenin 1 inci fıkrasının (c) numaralı bendinde, elektronik araçlarla bir sözleşmenin yapılmasından önce “Sözleşme metninin sözleşmenin kurulmasından sonra hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ile bu sözleşmeye alıcının erişiminin mümkün olup olmayacağı ve bu erişimin ne kadar süreyle sağlanacağı” bilgisinin alıcıya verilmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu suretle, hizmet sağlayıcıya sözleşmenin saklanması ve alıcının erişim süresinin tayini bakımından inisiyatif tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak, aynı maddenin 4 üncü fıkrasında, “Hizmet sağlayıcı, alıcıya sunulan sözleşme hükümleri ve genel işlem şartlarının, bu alıcı tarafından saklanmasına ve yeniden üretilmesine imkân sağlar.” denilmek suretiyle hizmet sağlayıcıya erişim konusunda tanınan inisiyatif, belirsiz bir süre ve usule bağlanmaktadır. Bu itibarla, maddenin 1 inci fıkrasının (c) bendi ile 4’üncü fıkrası arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.

Öneri-12: Maddenin 3 üncü fıkrasında, abonelerin onayı ile de söz konusu maddenin aksinin taraflarca -elektronik ortamda olsun olmasın- herhangi bir şekilde kararlaştırılabileceği hususuna yer verilmelidir.

Gerekçe: Maddenin 3 üncü fıkrasında, “Tarafların tüketici olmadığı hâllerde birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin aksi kararlaştırılabilir.” denmektedir. 1 nci ve 2 inci fıkralar bir elektronik sözleşmenin kurulmasından önce yapılacak bilgilendirmelere yöneliktir. Bir başka deyişle, ortada bir sözleşmesel ilişki henüz yoktur. Bu nedenle, tüketici olmayan kişilerle akdedilecek sözleşmelerde maddenin 1 nci ve 2 nci fıkralarındaki düzenlemelerin ne zaman, hangi yollarla aksinin kararlaştırılabileceği hususu cevapsız kalmaktadır.

Ayrıca, telekomünikasyon hizmeti veren firmalar açısından bakıldığında, elektronik ortamda sözleşme yapılan kesimin önemli bir kısmını BTK’nın incelemesinden geçmiş olan abonelik sözleşmeleri kapsamında faydalanmakta olan aboneler oluşturmaktadır. Bununla birlikte, mesafeli sözleşmelerde, tüketiciyi ön bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda, bahsi geçen 3 üncü fıkra ile firmalar ve aboneler arasındaki ilişki bakımından taraflara 1 inci ve 2 nci fıkralardaki düzenlemelerin aksini kararlaştırma imkânı tanınmaması, elektronik ortamda sözleşmelerin yapılmasını uygulama bakımından zorlaştıracaktır. Bu nedenle, söz konusu hükümde abonelerin onayı ile de söz konusu maddenin aksinin taraflarca -elektronik ortamda olsun olmasın- herhangi bir şekilde kararlaştırılabileceği hususuna yer verilmelidir.

Öneri-13: Maddenin 1 inci fıkrasında yer alan “elektronik araçlarla bir sözleşmenin yapılmasından önce” ifadesinden sonra gelmek üzere “alıcıya sözlü veya yazılı (e-posta/faks yöntemlerini de kapsayacak şekilde) olarak” ifadesinin eklenmelidir.

Öneri-14: 1 inci fıkranın sonuna (e) bendi olarak “Sözleşme hakkında bilgi alınabilecek alternatif kanallar” ibaresi ilave edilmelidir.

Öneri-15: Maddenin sonuna 6 ncı fıkra olarak, “İşbu maddede yer alan bilgilendirme yükümlülüğünün sağlanması halinde, alıcının elektronik ortamda onay vererek kabul

ettiği sözleşmeler, ayrıca elektronik imza koşulu aranmaksızın geçerlidir.” cümlesi eklenmelidir.

Öneri-16: Maddenin sonuna 7 nci fıkra olarak, “Mevcut olan sözleşmesel bir ilişki ve/veya yapılmış olan herhangi bir abonelik sözleşmesi kapsamında taraflardan birinin bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanması durumunda, çağrı merkezi, internet, SMS, MMS, IVR ve sair yollarla herhangi bir iletişim kanalı üzerinden gerçekleştirilen teklifler ve kampanyalar ile bu kanallar üzerinden gerçekleştirilecek başvuru, değişiklik ve/veya her türlü talepte, 4077 sayılı Kanun hükümleri ile işbu madde hükümleri uygulanmaz.” cümlesi eklenmelidir.

Gerekçe: Her ne kadar ilgili madde hükmünün lafzından açıkça anlaşılsa da, Tasarı’da, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen mesafeli sözleşmelerin yürürlüğe girmesine ilişkin ön bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerin kısmen tekrar edildiği ve hizmet sağlayıcıların bu sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerine ilave olarak yeni yükümlülükler getirildiği görülmektedir. Bilindiği üzere, mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin temelinde, satıcı/sağlayıcı ile tüketicinin karşı karşıya gelmeksizin sözleşme ilişkisinin kurulması sonucunda, parası ödenen malın tüketiciye hiç teslim edilmemesi, malın beğenilmemesi halinde malı geri alacakları garantisini veren şirketlerin bir kısmının adreste bulunamaması, daha doğrusu böyle bir firmanın olmadığı anlaşılmaması gibi riskler ve sorunlar yatmaktadır².

Bu risklerin, daha önce tesis edilmiş olan sözleşmesel bir ilişki ve/veya yapılmış olan herhangi bir abonelik sözleşmesi kapsamında taraflardan birinin bilgi toplumu hizmetlerinden yararlanarak; çağrı merkezi, internet ve sair yollarla, herhangi bir iletişim kanalı üzerinden yaptığı başvurularda/taleplerde gündeme gelmeyeceği aşıkardır. Bu nedenle, yukarıda belirtilen risklerin mevcut olmadığı ve sektörde faaliyet gösteren işletmecilerin BTK tarafından sıkı bir şekilde denetlendikleri hususu gözetilerek, zaten söz konusu taslak kapsamından hariç tutulmasının açıkça düzenlenmesi gerektiğini değerlendirdiğimiz elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler bakımından; var olan bir sözleşmesel ilişki veya abonelik sözleşmesi kapsamında elektronik ortamda gerçekleştirilecek başvuru, değişiklik ve/veya her türlü talepte, tüketicilerin diğer haklarına hanel gelmeksizin (tüketiciye tanınan cayma hakkı, ayıplı mallardan doğan sorumluluk vb.) gerek 4077 sayılı Kanun’da gerekse Kanun Tasarısı’nda yer alan mesafeli sözleşmelere yönelik ön bilgilendirme yükümlülüğü kurallarının uygulanmayacağına ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmelidir.

Öneri-17: Maddeye aşağıdaki hükümlerin eklenmesi önerilmektedir:

- (a) hizmet sağlayıcının açık adresi,
- (b) hizmet sağlayıcının, elektronik posta dahil çabuk ve kolay iletişim sağlayacak ayrıntılı bilgileri,

² ASLAN, Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2004, s. 408.

- (c) faaliyet izin veya ruhsata tâbi ise, izin veya ruhsat verecek makam hakkında açık bilgi,
- (ç) eğer hizmet sağlayıcı bir mesleki oda, benzeri kuruluşa bağlıysa, bu oda ve benzeri kuruluşun bilgisi ve hizmet sağlayıcının oda, benzeri kuruluş kayıt bilgisi,
- (d) sipariş vermeden önce, tüketicilere gerekli bilgilerin verilmesine dair hüküm,
- (e) sözleşme yapılmadan önce, tüketicilere gerekli bilgilerin yazılı olarak ve sürekli bir ortamda devamlı olarak verilmesine dair hüküm,
- (f) tüketicilere, süreye bağlı olarak, fesih hakkı tanınmasına dair hüküm.

Madde 4- Sipariş

Öneri-18: Elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerin bu hükümden istisna tutulmaları önerilmektedir.

Gerekçe: 3 üncü maddeye ilişkin açıklamalarımız paralelinde bu öneri sunulmuştur. Elektronik araçlarla bir sözleşmenin kurulmasına ilişkin bilgi verme yükümlülüklerini, alıcıların siparişlerini elektronik araçlarla vermesi halinde uygulanacak esasları, ticari iletişime ilişkin ilkeleri, ticari elektronik ileti gönderme şartlarını ve ticari elektronik iletilerin içeriğini, alıcının ticari elektronik iletmeyi reddetme hakkını düzenleyen Kanun Tasarısı maddelerinin, -zaten söz konusu taslak kapsamından hariç tutulmasının açıkça düzenlenmesi gerektiğini önerdiğimiz- elektronik haberleşme sektöründe faaliyet gösteren işletmeciler ve bu işletmecilerin SMS, internet gibi elektronik vasıtalarla sundukları hizmetler ve aboneleri ile ilişkileri bakımından özellikle ele alınması gerektiğini ve bu hükümlerin söz konusu işletmecilere uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesini önermekteyiz. Zira; özellikle haberleşme hizmetleri, doğası gereği, tüketicilerin fiziken karşılarında olmayan bir hizmet sağlayıcıdan kolay yöntemlerle hizmet almaları sonucunu doğurmaktadır.

Öneri-19: “Sipariş” ifadesinin “hizmet talebinde bulunmayı” içerip içermeyeceği madde metninden anlaşılamadığından; tereddüde ve uygulamada boşluğa mahal vermeyecek şekilde tanımlanmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.

Öneri-20: Maddenin 1 inci fıkrasının (a) bendinin şu şekilde düzenlenmesi önerilmektedir: *“Hizmet sağlayıcı, siparişin onaylanmasından ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dahil olmak üzere sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlar.”*

Öneri-21: (b) bendinde yer alan “*gecikmeksizin*” ifadesi sübjektif bir anlama sahiptir. Bu nedenle, söz konusu ifade yerine, teyit işleminin gerçekleştirileceği azami sürenin açık bir şekilde belirtilmesi uygun olacaktır.

Öneri-22: (c) bendinde, beyanlara erişimin mümkün olduğu anın ne şekilde tespit edileceği konusundaki muğlaklığın giderilmelidir.

Gerekçe: (c) bendinde, sipariş ve siparişin alındığına ilişkin teyidinin tarafların söz konusu beyanlara erişiminin mümkün olduğu anda gerçekleşmiş sayılacağı belirtilmiştir. Bu noktada, beyanlara erişimin mümkün olduğu anın ne şekilde tespit edileceği hususu düzenlenmemiştir. Madde kapsamında bu husus somut ve objektif bir kritere bağlanmadığından, hükmün uygulanması sırasında birbiri ile tezat teşkil eden uygulamalar söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, maddedeki söz konusu muğlaklığın giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Öneri-23: Bankalar açısından özellikle SMS kanalıyla sipariş (talep) alındığı durumlar olması bakımından maddenin önem taşıdığı değerlendirilerek, müşteri bilgilendirmelerine yönelik olarak maddede belirtilen yükümlülüklerin, belirli bir alana müşterilerin yönlendirilmek suretiyle yerine getirilebilmesi yönünde düzenleme yapılmalıdır.

Öneri-24: 3 üncü fıkraya “tüketici işlemi sayılmayan ticari işlemler” ifadesi eklenmelidir.

Gerekçe: 3 üncü fıkranın gerekçesinde, tüketici işlemi sayılmayan ticari ilişkilerde maddenin 1 inci ve 2 inci fıkrasının aksinin kararlaştırılabileceği belirtilmiş olmakla birlikte, maddenin 3 üncü fıkrasının lafzından bu husus açıkça anlaşılamadığından yukarıdaki öneri sunulmuştur.

Madde 5 - Ticari İletişime İlişkin İlkeler

Öneri-25: Tasarıya aşağıdaki hükümlerin eklenmesi önerilmektedir:

- (a) Ticari iletişim, açık olarak belirlenebilmelidir
- (b) Adına ticari iletişim yapılan gerçek veya tüzel kişi açık ve kolayca belirlenebilir olmalıdır. Ticari iletişimde bulunan taraflar yazılı ve/veya elektronik iletişim araçlarıyla verdikleri bilgilerin doğruluğunu sağlamakla yükümlü olup, aksinin ispatı beyanda bulunana aittir.
- (c) Yapılan promosyonlar açıkça bilinebilmelidir; promosyonlardan yararlanabilme şartları kolayca ulaşılabilir ve açık olmalıdır.
- (d) Promosyonel yarışmalar ve oyunlar açıkça bilinebilmelidir; promosyonlardan yararlanabilme şartları kolayca ulaşılabilir ve açık olmalıdır.

Ayrıca, müşteri bilgilendirmelerine yönelik maddede belirtilen yükümlülüklerin belirli bir alana müşterilerin yönlendirilmek suretiyle yerine getirilebilmesi yönünde düzenleme yapılmalıdır.

Madde 6- Ticari Elektronik İleti Gönderme Şartı ve
Madde 14-Değiştirilen Mevzuat/2. Fıkra

Öneri-26: Tasarıda “Ticari Elektronik İletiler” ifadesinin kapsamının, ticari faaliyet dahilinde bilgilendirme ve onay verme gibi içerikler kapsam dışı bırakılacak şekilde tanımlanması önem arz etmektedir.

Ticari elektronik iletinin kapsam ve tanımı sınırlı tutulmalı ve elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmeciler bakımından söz konusu Kanun Tasarısı’nın uygulanmayacağı ve bu alanda Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu düzenlemelerinin geçerli olduğu açık şekilde düzenlenmelidir.

Gerekçe: Gerek 6 ncı Maddede gerekse “Ticari Elektronik İletinin İçeriği”ni düzenleyen 7 nci Maddede, ticari elektronik iletilerin kapsamının ne olduğu tam olarak belirlenmiş değildir. Zira “*doğrudan pazarlama*” ifadesiyle, sadece reklam, tanıtım ve pazarlama amaçlı iletilerin mi yoksa ticari faaliyet dahilinde bilgilendirme, onay verme vs. gibi tüm işlemlere ve beyanlara ilişkin iletilerin mi kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır.

Öneri-27: Elektronik Haberleşme sektörünü ve kullanıcı eğilimlerini yakından takip etme fırsatı bulunan düzenleyici otorite olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun hali hazırda yürürlükte olan 5809 Sayılı Kanunu çerçevesindeki mevcut uygulaması devam etmeli, iletilerin ikincil düzenlemeler ile kolayca reddedilebilmesi sağlanmalıdır.

6 ncı madde; ticari elektronik iletileri alma tercihinde bulunan abonelerin, bir kereye mahsus verecekleri onaya istinaden gönderiler gerçekleştirilecek şekilde değiştirilmelidir.

2002/58/AT sayılı direktifin 13. Maddesi’nin birinci fıkrası gerekçe gösterilerek düzenlenen Kanun Tasarısının 6 ncı Maddesinin birinci fıkrası, direktifin 13’üncü Maddesi’nin 3. fıkrası göz önünde bulundurularak, ulusal mevzuata uygun şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

Tasarı’da elektronik haberleşme sektöründeki mevzuat hükümlerinin saklı tutulmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmelidir. 5809 sayılı Kanunun hali hazırdaki hükümleri korunmalı, tasarıdan istek dışı haberleşmeyle ilgili hükümler çıkarılmalı, sadece elektronik sözleşmelere ilişkin hususlar düzenlenmelidir.

Konuyla bağlantılı olarak; 14 nci Maddenin 2 inci fıkrası Kanun Tasarısı’ndan çıkarılarak 5809 sayılı Kanunun 50. Maddesi mevcut haliyle muhafaza edilmelidir.

Gerekçe: 6 ncı Maddenin 1 inci fıkrasında “...*alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir.*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadede her bir ileti öncesi onay alınması gerektiği anlaşılmaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile abonelere kolay ve ücretsiz bir yöntem ile reddetme imkanının sağlanabildiği takdirde ileti gönderilmektedir. Söz konusu iletiler abonenin bireysel faydasına yönelik kampanya ve tarife bildirileri ile aboneyi

bilgilendirici diğer iletiler olabileceği gibi doğrudan pazarlama ve katma değerli hizmetlere ilişkin de olabilir. Bu nedenle her ileti için reddedilmesi kolay ve ücretsiz bir yöntemin aboneye sunulmasının uygun olduğu değerlendirilmektedir. Kanun Tasarısındaki ifadenin, ticari elektronik iletileri alma tercihinde bulunan abonelerin, bir kereye mahsus vereceği onaya istinaden gönderilerin gerçekleştirileceği göz önünde bulundurulacak şekilde değiştirilmesi uygun olacaktır.

Bu konuda yetkili düzenleme otoritesi olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu mobil SMS iletilerine ilişkin düzenleme çalışmaları yapmakta olup hazırlanan düzenleme hali hazırda kamuoyu görüşüne sunulmuştur.

Avrupa Birliği mevzuatında “İstenmeyen mesajlar”a ilişkin 2000/31 sayılı Direktif’te üye ülkelerin opt-out sistemini benimsemeleri yasaklanmamış ve fakat bu sistemi benimseyen ülkeler açısından bazı kurallar ve istisnalar öngörülmüştür.

Tasarı’nın hükümleri ise gerek Avrupa Birliği, gerekse sektöre özgü ulusal mevzuatımızla uyumlu değildir. İstem dışı iletilere ilişkin olarak AB’nin 2000/31 ve 2002/58 sayılı Direktif hükümlerinin detayına inilmesinin ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun ve konuya ilişkin olarak BTK tarafından hazırlanan ve yürürlükte olan ikincil düzenlemelerde yer alan hükümlerin irdelenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. EK-1 ve Ek-2’de, tasarının hangi hususlarda bu düzenlemelerle çeliştiği açıklanmaktadır.

Düzenleme, yalnızca elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlama amaçlı ticari elektronik posta iletilerini değil, -değişikliğin amacı dışında-, elektronik haberleşme hizmeti sunan İşletmecilerin tarife ve kampanya bilgilendirme ve satış amaçlı SMS vb. iletilerini de kapsar hale gelmektedir. Bu durum, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun Tüketici ve Son Kullanıcı Hakları’nı düzenleyen Dördüncü Kısmı ile çelişkilidir. Bireysel faydaya yönelik olan kampanya ve tarife tanıtımlarını içeren ve işletmecilerin abonelere karşı yükümlülüklerini yerine getirmek için hizmetlerine ilişkin yapacakları elektronik ileti gönderileri madde kapsamında olmamalıdır.

6 ncı Maddede onayın, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabileceği öngörüldüğünden, tüketiciden önceden izin alınıp alınmadığının ispatının da uygulamada sorun yaratacağı düşünülmektedir. Nitekim; hizmet aldığı operatörlere daha önceden, firmalardan reklam vb. mesajları almak istemediğini belirten bir abonenin sonradan başka bir firmaya izin verdiği gerekçesi ile bu izni aldığını belirten firma tarafından aboneye mesaj gönderilmesi halinde, operatör tarafından yapılacak işlemde abonenin hangi tercihinin göz önünde bulundurulacağı belirsizlik arz etmektedir ve uygulamada karışıklığa sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Benzer şekilde, ilgili düzenleme değerlendirilirken, abonelerin numara taşınabilirliği ile numaralarını başka bir işletmeciye taşımaları durumunda abonelik sözleşmesinin diğer işletmecide yenilenirken mesaj alım tercihlerinin değişmiş olup olmadığının takip edilmesindeki güçlükler ve dolayısıyla bir işletmecinin diğer işletmecilere kısa mesaj gönderimi yaparken abone tercihlerine vakıf olamama halleri de dikkate alınmalıdır.

İstem dışı iletilerle mücadelede, abonelere/müşterilere reddetme hakkının ne zaman tanınacağından ziyade, uygulanacak müeyyideler ve sitemin takip edilmesi/denetlenmesinin etkililiği hususu da dikkate alınmalıdır. Örneğin, yurt dışından kaynaklanan otomatik arama makineleri vasıtasıyla gönderilen mesajlar için Tasarıda öngörülen cezai hükümler uygulanamayacağından, bu cezai hükümlerin tek başına caydırıcılık teşkil etmeyeceği ve dolayısıyla bu türden istek dışı mesajların yurtdışından gönderilmesini teşvik edeceği öngörülmektedir. Bu suretle sorunun etkin çözümü sağlanamayacaktır. Bu nedenle de, istek dışı gönderilerin kolay, açık, anlaşılır ve ücretsiz şekilde engellemesine olanak sağlanması daha doğru bir çözüm olacaktır.

Ayrıca, 14. madde (2) nolu bentteki düzenleme değerlendirilirken, abonelere gönderilen kısa mesajların hizmet sağlayıcı olarak işletmeciler tarafından gönderilmekle birlikte bu mesajların tamamının işletmeciler nam ve hesabına gönderilen mesajlar olmadığı göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Şöyle ki; aboneler çeşitli vesilelerle (banka ilişkileri, mağaza üyelik kartları vb.) telefon numaralarını 3. kişi firmalarla paylaşmakta ve bu firmalar tarafından işletmecilerden alınan toplu kısa mesajlar ile abonelere reklam mesajları gönderilmektedir. İşletmecilerin abonelere gönderilen mesajlarını, Anayasa'nın 22 inci maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğü ve "Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik" in telekomünikasyonun gizliliği başlıklı 8 inci maddesi³ gereği içerik denetimine tabi tutma imkanı bulunmamaktadır. Bu şekilde gönderilen kısa mesajlar ile otomatik arama makineleri ile yapılan çağrılar sadece abonenin talebi sonrasında engellenebilmektedir.

Her bir firmanın, kendi elektronik ileti gönderim faaliyetleri için izinli veritabanı oluşturma çalışmalarının sektörde uzun sürecek bir altyapı gereksinimine yol açacağı da dikkate alınarak, işletmecilerin izinli veritabanlarının iş ortakları ve elektronik ileti gönderimi yapmak isteyen firmalar için de yeterli sayılması yararlı olacaktır. İzin kaydının hem firmalar hem de işletmeciler nezdinde tutulması, veri tutarlılığı sorunlarına yol açabilecektir. Buna bağlı olarak, Kanun Tasarısından anlaşıldığı üzere, abonelerin sadece opt-in değil opt-out kayıtlarının da saklanması gerekecektir. Sektör bazında alınacak opt-out kayıtlarının, firmalardan ziyade işletmeciler tarafından saklanması uygun olacaktır.

³ Telekomünikasyonun Gizliliği

Madde 8 — Yasaların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar haricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır.

İlgili trafik verilerinin ise işletmeci tarafından hizmet amaçları dışında kaydedilmesi, saklanması ve gözetimi yasaktır.

Öneri 28: Öneri 27 saklı kalmak kaydıyla; şayet bu görüşümüzün aksine tasarıdaki değişiklik kabul edilecek olursa; elektronik haberleşme işletmecilerinin abonelerine gönderdikleri bilgilendirme amaçlı mesajların söz konusu düzenlemeden istisna tutulduğu açıkça hükme bağlanmalıdır.

Gerekçe: Kısa mesajlar konusunda göz önünde bulundurulması gereken husus, “Telekomünikasyon Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği”nin 12 inci maddesi ile kısa mesajın tarife ve fiyat değişikliklerinin abonelere bildirilmesine ilişkin yollardan biri olarak kabul edilmiş olduğudur. İşletmeciler tarafından abonelere gönderilen bilgilendirme mesajlarının 50 nci madde kapsamında değerlendirilmesinin, abonelerle kurulacak etkin bir iletişim yönteminin sonlandırılması anlamına geleceği ve tüketici şikayetlerine yol açabileceği değerlendirilmektedir.

Öneri 29: Tasarıda ticari elektronik ileti gönderilmesi alıcıların önceden onaylarının alınmasına bağlı kılındığından, mevcut müşterilerden bu tür bir onay alınmasının istisna tutulmasını sağlayacak bir ifade eklenmelidir.

Gerekçe: Abonelik sözleşmesinde belirtilen elektronik iletileri almak istemediğini beyan etmemiş ve/veya çağrı merkezi, kısa mesaj gönderim aracılığıyla bu beyanda bir değişiklik yapmamış olan abonelerin, elektronik ileti gönderimlerine onay verdikleri kabul edilmelidir. Bu nedenle, Kanun Tasarısı’nda ilgili hükmün, SMS, e-posta vb araçlarla ticari elektronik ileti istemediği yönünde herhangi bir beyanda bulunmamış kişilerin "sms/e-posta aracılığıyla ticari elektronik ileti istiyor" olarak kabul edilerek elektronik ileti gönderilmesine olanak tanıyacak şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Öneri-30: Madde 6 ve ilgili diğer maddeler, abonelerin mevcut düzende alınan onayları dışında, bu onaylara istinaden gönderilen benzer ticari iletilerin gönderimine ilişkin ek bir ön onay zorunluluğu gerektirmeyecek şekilde ifade edilmelidir. Ayrıca, mevcut müşterilerden bu tür bir onay alınmasını istisna tutacak bir ifadeye yer verilmelidir.

Elektronik ticari ileti gönderimi hususunda, AB Mevzuatına uygun olarak, soft opt-in mekanizması ile müşterilerden bir ürün ya da hizmetin satışı ile ilgili olarak elektronik iletişim bilgilerini daha önce alınmış olması durumunda, benzer ürün veya hizmetlerin doğrudan pazarlaması için bu elektronik iletişim bilgileri kullanılabilir.

Madde hükmünde, işletmeciler tarafından daha önce oluşturulan izinli veri tabanının Kanun Tasarısının yürürlüğe girmesinden sonra da kullanımına olanak tanınacağı belirtilmelidir.

Gerekçe: Yukarıda anılan onaylara ek olarak, elektronik haberleşme hizmetlerinin pazarlamasında ek onay alım süreci de uygulanmaktadır. Bu süreç; tüketicilere en hızlı ve etkin şekilde ulaşabilmek adına kullanılan SMS ile onay alma sürecidir. Bu çerçevede, abonelerin mevcut düzende alınan onayları dışında, bu onaylara istinaden gönderilen benzer ticari iletilerin gönderimine ilişkin ek bir ön onay zorunluluğu getirilmemelidir. Ayrıca, mevcut müşterilerden bu tür bir onay alınmasını istisna tutacak bir ifadeye yer

verilmesi gerekmektedir. Oluşturulan veri tabanı, anılan madde değişikliği amacına uygun olarak oluşturulmuştur ve halihazırda tüketicilerin onay mesajlarına çok düşük geri dönüş oranları söz konusudur. Dolayısıyla, ilgili Kanun Tasarısı hükmünün, işletmeciler tarafından daha önce oluşturulan izinli veritabanının Kanun Tasarısının yürürlüğe girmesinden sonra da kullanımına olanak tanınacağı şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

Öneri-31: Bir tüzel kişiden aralarında süreklilik arz eden bir sözleşmeye istinaden hizmet almakta olan abonelere, söz konusu tüzel kişi tarafından, kendi faaliyet alanları ile sınırlı kalmak koşuluyla bilgilendirme mahiyetinde gönderilen reklam, tarife ve kampanya mesajları da 6 ncı maddenin ikinci fıkrası kapsamına alınmalıdır.

Gerekçe: Esnaf ve tacirlere gönderilen elektronik iletilere ilave olarak bu öneri sunulmuştur.

Öneri-32: 6 ncı maddeye, “Ürün ve hizmetin satışı sırasında tüketicinin kendi isteği ile verdiği elektronik iletişim bilgileri, ürünün kullanım ömrü boyunca ihtiyaç duyacağı bakım hizmetlerinin hatırlatılması ve genel kullanımla ilgili tüketiciyi bilgilendirme amacıyla üretici ve/veya satıcı tarafından yapılacak elektronik iletiler, ayrıca onay alınmaksızın gönderilebilir.” hükmü eklenmelidir.

Öneri-33: 6 ncı Maddenin ikinci fıkrasında esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebileceği düzenlenmektedir. Şayet burada kastedilen tüketicilerin/mal-hizmet talep eden alıcıların söz konusu mal/hizmeti sunan esnaf ve tacirlere gönderdikleri iletiler bakımından onaya gerek olmadığı ise, bunun açıkça ifade edilmesi yerinde olacaktır.

Gerekçe: Mevcut haliyle hüküm çok geniş bir düzenleme öngörmektedir; bu şekilde kaldığı takdirde, örneğin bir elektronik haberleşme işletmecisinin, abonesi olan bir esnaf/tacire onayını almaksızın reklam mesajı göndermesine imkan tanıdığı şeklinde yorumlanması mümkün olacaktır. Bu nedenle konuya açıklık getirilmesi önerilmiştir.

Madde 8 - Alıcının ticarî elektronik iletiyi reddetme hakkı

Öneri-34: Bu maddede “gönderici” ifadesinin tercih edilme sebebinin anlaşılması önem arz etmektedir.

Gerekçe: Maddede, Tasarı’nın diğer hükümlerinde yer verilen “hizmet sağlayıcı” ifadesi yerine “gönderici” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Gönderici’nin farklı bir gerçek veya tüzel kişi olması söz konusu ise, Tasarı ile getirilmek istenen ve hizmet sağlayıcıya yüklenilen sorumlulukların ve cezai hükümlerin gönderici için öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bu hususta tereddüt yaşanmamasını teminen, konuya açıklık kazandırılmalıdır.

Öneri-35: Maddenin 2 inci fıkrasındaki “gönderdiği iletide” ifadesinin çıkarılması önerilmektedir.

Gerekçe: Alıcının ticari iletiyi reddetme hakkı kapsamında, 2 inci fıkranın gereği olarak düşünülen SMS gönderilerinin, kapasite sorunu nedeniyle (sadece 160 karakterlik mesaj gönderilebilmesi) uygulanabilirliğinin düşük olacağı düşünülmektedir.

Madde 9: Ön Belleğe Almadan Dolayı Sorumluluk

Öneri-36: Metindeki aşağıdaki tanımlamalara açıklık getirilmesi faydalı olacaktır:

“Ön belleğe almadan dolayı sorumluluk” ifadesi tanımlanmalıdır.

Maddenin c bendinde “Geçici bir süre” ifadesi belirsizlik yaratmaktadır, bu kısma yaklaşık bir süre konulması, sorumluluğun takdiri açısından netlik ve kolaylık sağlayacaktır.

Madde 12- Cezai Hükümler

Öneri-37: Maddede yüksek bir cezai yükümlülük öngörüldüğü de dikkate alınarak, ilgili cezaların uygulanmasından önce ihtar verilmesini ve söz konusu eylemlerin düzeltilmesi yönünde uyarıda bulunulmasını temin edecek şekilde madde tadil edilmelidir.

Madde 15 - Yürürlük

Öneri-38: Tanımlara ve kanun maddelerine açıklık getirilmesi ve uygulamanın nasıl gerçekleştirileceğinin belirtilmesi açısından kanunun uygulanması konusunda yönetmelik veya tebliğ çıkartılması gerekecektir. Bu nedenle Tasarı’ya bu yönde bir madde eklenmesi hususunun da değerlendirilmesini ve tasarının –yukarıdaki görüşlerimiz saklı kalmak kaydıyla- opt-in yöntemi çerçevesinde yasalaşması durumunda ilgililerin gerekli hazırlıkları yapabilmesi açısından belirli bir geçiş süresinin öngörülmesini önermekteyiz. Kanun Tasarısının yürürlüğe girmesi için yayımından itibaren geçmesi öngörülen 6 aylık süre yeterli olmayıp bu sürenin en az 1 yıl olması gerektiği düşünülmektedir.

Diğer Hususlar

Öneri-39: Kanun Tasarısında, ilgili Kanunlar gereği (Damga Vergisi Kanunu), sözleşmelerden doğan damga vergisi yükümlülüklerine ilişkin düzenlemelerde değişiklik ve/veya ilave yapacak maddelere de yer verilmesi önemlidir. Kanun Tasarısında yer alan düzenlemeye göre elektronik posta yoluyla veya benzeri yollarla yapılan sözleşmelerde Kanun Tasarısı hükümlerinin sınırlı uygulanacaktır. Kanun Tasarısının bu şekilde yasalaştığı düşünülür ise şirketler ile tedarikçileri veya kurumsal müşterileri ile yaptıkları işlemlerde de Kanun Tasarısından doğan bağlayıcılık da sınırlı olacaktır. Bu gerekçe ile, Kanun Tasarısında sözleşmelerin elektronik ortamda oluşturulması durumunda damga vergisi uygulamaları açısından düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu konuda yapılacak düzenlemelerin; sözleşmelerin taraflar arasında elektronik posta yoluyla gönderilmesi veya elektronik ortamda birden çok kopyanın saklanması durumunda damga vergisi yükümlülüğü doğmaması gerektiğini ifade edecek şekilde düzenlenmesinin uygun olacağı görüşü ortaya çıkmaktadır. **Yapılacak düzenlemelere şirketler, sadece sözleşme kurulma anında oluşacak aslın damga vergisine tabi olup, elektronik ortamda çoğaltılacak kopyaların damga vergisine tabi olmaması gerektiğinin eklenmesinin uygun olacağı görüşündedir.** Ayrıca, ödemelere ilişkin olarak, düzenlemeye elektronik sözleşmelere ilişkin damga vergisi ödemelerinin takibinin de elektronik ortamda yapılıp, sözleşmelerin resmi dairelere ibrazı sırasında damga vergisinin ödenmiş olduğunun ispatlanması yönünde ifadelerin eklenmesinin uygun olacağı görüşündedir.

EK-1 Avrupa Birliği Direktifleri'nde Tercih Edilen Sistem ile Tasarı'nın Karşılaştırılması

2000/31 sayılı Direktif'in "İstenmeyen Ticari İletiler" başlıklı 7 nci maddesinin,

- 1 inci fıkrasında, elektronik mail yoluyla istem dışı ticari iletilerin, (alıcı tarafından önceden verilmiş bir izin olmaksızın) gönderilmesine imkan tanıyan Üye Ülke'lerin bu tür iletilerin alıcısına ulaştığı anda istem dışı ileti olduğunun açık ve kesin bir şekilde belirlenebilir olmasını sağlayacakları,
- 2 nci fıkrasında ise, Üye Ülke'lerin, elektronik mail yoluyla istenmeyen ticari iletileri gönderen servis sağlayıcıların bu tarz ticari iletileri almak istemeyen gerçek kişilerin kendilerini kaydedebilecekleri opt-out kayıtlarına düzenli olarak bakmalarını ve bu kayıtlara uymalarını sağlayacak tedbirleri alacakları hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, 2000/31 sayılı Direktif'te Üye Ülke'lerin opt-out sistemini benimsemeleri yasaklanmamış ve fakat bu sistemi benimseyen Ülkeler açısından bazı kurallar ve istisnalar öngörülmüştür. Bu noktada, Maddenin ikinci fıkrasında sadece gerçek kişilere yönelik istem dışı iletiler açısından uyulması zorunlu kurallara yer verildiğini, bir başka deyişle, Direktif'in "tüketici" kavramını değil "gerçek kişi" kavramını baz aldığını ve koruyucu hükümlerin gerçek kişilere yönelik olarak düzenlendiğini özellikle belirtmek isteriz.

2002/58 sayılı Direktif'in,

- (45) numaralı resitalinde, çoğunluğunu ticari kullanıcıların oluşturduğu tüzel kişilere gönderilecek istenmeyen iletiler açısından 2002/31 sayılı Direktif'in 7 nci Maddesi hükmünün tamamen geçerli olduğu ifade edilmiş,
- (41) numaralı resitalinde ise, mevcut bir müşteri ilişkisi kapsamında, 95/46 sayılı Direktif'e uygun şekilde bir şirket tarafından elde edilen elektronik iletişim bilgilerinin aynı şirket tarafından benzer ürün ve hizmetlerin sunumun için kullanılmasına izin verilmesinin makul olduğu belirtilmiş, elektronik detay bilgilerinin elde edildiği sırada müşteriye bu bilgilerin doğrudan pazarlama amacıyla daha sonraki süreçte kullanılacağı konusunda anlaşılır bir şekilde bilgilendirilmedi bulunulması, bu tür kullanımı reddetme hakkı verilmesi ve bu imkanının her bir doğrudan pazarlama mesajında ücretsiz olarak sağlanması gerektiği açıklanmıştır.

Bu kapsamda, söz konusu 2002/58 sayılı Direktif'in "İstenmeyen İletişim" başlıklı 13 üncü maddesinin,

- 1 inci fıkrasında, insan müdahalesi olmayan otomatik arama sistemleri (otomatik arama makineleri), faks makineleri, (faks) veya elektronik postaların doğrudan pazarlama amacıyla kullanımına, abonelerin ön onaylarının alınması suretiyle izin verilebileceği,

- 2 numaralı fıkrasında, 1 inci fıkra hükmüne rağmen, bir gerçek veya tüzel kişinin bir ürün veya hizmetin satışı kapsamında müşterilere ait elektronik iletişim bilgilerini 95/46 sayılı Direktif'e uygun olarak bu müşterilerden edinmesi durumunda, söz konusu gerçek veya tüzel kişinin bu elektronik iletişim bilgilerini benzer ürün ve hizmetlerin doğrudan pazarlanması amacıyla kullanabileceği, ancak bunun, müşterilere iletişim bilgilerinin toplandığı sırada, bu tür kullanımı baştan reddetmeyen müşteriler içinse her bir mesajda ücretsiz ve kolay bir yolla elektronik iletişim bilgilerinin bu şekilde kullanımını reddetme imkanının açık ve anlaşılır şekilde verilmesi koşuluyla mümkün olabileceği,
- 3 üncü fıkrasında, Üye Ülke'lerin 1 inci ve 2 nci fıkralarda belirtilenler dışındaki durumlarda doğrudan pazarlama amacıyla istenmeyen iletişime, ilgili abonenin rızası olmaksızın ya da bu iletileri almak istemeyen aboneler açısından izin verilmemesine yönelik uygun tedbirleri alacakları ve bu seçenekler arasındaki tercihin ulusal mevzuatla belirleneceği,
- 5 inci fıkrasında ise, 1 inci ve 3 üncü fıkra hükümlerin gerçek kişi niteliğindeki abonelere uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

2002/58/AT sayılı direktifin 13 üncü Maddesinin birinci fıkrası gerekçe gösterilerek düzenlenen Kanun Tasarısı 6 ncı Maddesinin birinci fıkrası, atıfta bulunulan direktifin 13 üncü Maddesi nin üçüncü fıkrası göz önünde bulundurularak ulusal mevzuata uygun şekilde yeniden kaleme alınması uygun olacaktır.

Kanun Tasarısı metninin 14 üncü Maddesinin birinci fıkrasında, 2000/31/EC gerekçe gösterilerek düzenleme yapılmıştır. Ancak **Direktif'in 31 inci fıkrasında, önceden onay alınmayan üye ülkelerin, tüketicilerin elektronik ileti alma istememelerine kolaylıkla imkan sağlanabilmesi gereği düzenlenmiştir. Tasarıda düzenleme yapılırken, ülkemizde yürürlükte bulunan ilgili Kanunlar ve Yönetmelik uyarınca, abonelerin onaylarına istinaden elektronik iletiler alabilmesine olanak sağlanmakta olduğu ve kolaylıkla ileti almak istememelerine olanak sağlandığı göz önünde bulundurulmalıdır.**

2002/58 sayılı Direktifle birlikte 2002/22 sayılı Direktifte ve 2006/2004 sayılı Tüzük'te değişiklik yapılmasını öngören, 18 Aralık 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan, 19 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren ve Üye Ülkelerin 25 Mayıs 2011 tarihine kadar ulusal mevzuatlarını uyumlu hale getirmekle yükümlü oldukları 25 Kasım 2009 tarihli 2009/136 sayılı Direktif'in 7 nci Maddesi ile 2002/58 sayılı Direktif'in yukarıda yer verilen 13 üncü Maddesinde bazı ufak değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda, örneğin "abone" ifadesinin yanına "kullanıcı" ifadesi eklenmiştir. Bu küçük değişiklikler dışında 13 üncü madde hükmünün önceki hali muhafaza edilmiştir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda Tasarının aşağıda belirtilen hususlarda Avrupa Birliği müktesebatıyla çeliştiği düşünülmektedir:

- ❖ Avrupa Birliği Direktifleri'nde gerçek-tüzel kişi abone ayrımı kabul edilmiş ve istenmeyen iletiler konusunda gerçek kişi abone ve kullanıcıların korunması gayesinden hareket edilmiştir. Bu durum, “tüketici”yi “gerçek kişi” olarak tanımlayan 2002/21 sayılı Çerçeve Direktifi'nin 2 (i) bendinin bir yansımasıdır.

Türk hukukuna bakıldığında ise, 4077 sayılı Kanun'da “tüketici”, “bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi” şeklinde tanımlanmış, bir başka deyişle, tüketici kavramı sadece gerçek kişilerle sınırlandırılmamıştır.

Tasarı'da, istenmeyen iletiler ve diğer konularda tüketiciler ile esnaf-tacirler arasında bir ayrıma gidildiği ve tüketicilere yönelik koruyucu hükümlerin getirildiği görülmektedir.

Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum amacıyla hazırlanan Tasarı'nın, öncelikle kapsam maddesinin değiştirilmesinin, ilgili Direktif hükümlerine paralel olarak sadece gerçek kişi abonelere/kullanıcılara yönelik olarak gönderilecek istem dışı iletileri içermesinin, bunun dışında başta esnaf ve tacirler olmak üzer diğer tüm tüzel kişilere gönderilecek iletileri kapsam dışında bırakmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

- ❖ Tasarı'nın Genel Gerekçesi'nde, “..Avrupa Birliği'nin 12 Temmuz 2002 tarihli 2002/58/AT sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Gizliliğin Korunması ve Kişisel Bilgilerin İşlenmesine İlişkin Direktif'in 13 üncü maddesinde (200/31 sayılı) Elektronik Ticaret Direktifi'nden ayrılarak önceden izin alma yönteminin uygulanması kararı alınmıştır.” şeklinde bir açıklamada bulunulmuş ise de, 2002/58 sayılı Direktifte opt-out seçeneğinin tamamen reddedilmediği, özellikle mevcut bir abonelik/müşteri ilişkisi kapsamında müşteriye gönderilecek iletiler açısından önceden onay zorunluluğunun dayatılmadığı, bir başka deyişle opt-out seçeneğinin düzenlendiği ve 3 üncü fıkra hükmü ile opt-out seçeneğinin başka durumlarda da kullanılmasına imkan tanındığı açıktır.

Dolayısıyla 2002/58 sayılı Direktif'in söz konusu 13 üncü maddesinden, doğrudan pazarlama amaçlı elektronik iletilerin, sadece hizmet sağlayıcıyla girmiş olduğu ticari ilişkinin başında bu iletileri almak istemediğini açıkça beyan etmiş bulunan müşterilere önceden izin alınmadan gönderilemeyeceği anlaşılmaktadır. Direktif'in (41) numaralı resitalinde de belirtildiği üzere, hizmet sunan şirkete sadece müşterileri bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş, bu noktada müşterinin onayının alınması zorunlu tutulmamıştır. Direktif, istem dışı iletiler açısından hizmet sağlayıcılar ile müşteriler arasındaki dengeyi sağlamaya çalışmıştır. Tasarı hazırlanırken ise, Direktif'in 13. maddesi bütün olarak değil sadece 1 inci fıkra hükmüyle göz önünde bulundurulmuş ve tüm durumlar için istisnasız opt-in sistemi getirilmek istenmiştir.

EK-2 5809 Sayılı Kanun ve BTK Tarafından Hazırlanan Yürürlükteki İkincil Düzenlemelerde Benimsenen Sistem ile Tasarı'nın Karşılaştırılması

- ❖ 5809 sayılı Kanun'un “*Abonelik Sözleşmeleri*” başlıklı 50 nci maddesinin (5) numaralı bendinde,

“Abonenin önceden izni alınmadan otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle doğrudan pazarlama, siyasi propaganda veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla istek dışı haberleşme yapılması halinde, abone ve kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı kolay bir yolla ve ücretsiz olarak sağlanır.”

hükmüyle opt-out seçeneğinin tercih edildiği görülmektedir.

- ❖ 06.02.2004 tarih ve 25365 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin;

“İşletmeciler kişi müdahalesi olmadan çalışan fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi otomatik arama sistemlerini, abonenin önceden izni olmadan siyasi propaganda amacıyla kullanamazlar. Söz konusu otomatik arama sistemlerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması halinde kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı ücretsiz ve kolay bir yolla sağlanır.

Doğrudan pazarlama amacıyla gönderilen ve kimin adına haberleşme yapıldığı hususunda göndericinin kimliğini saklayan veya alıcının bu iletişimin sonlandırılması konusunda talepte bulunacağı bir adres bulunmayan elektronik mektupların gönderilmesi abonenin bu yöndeki talebi halinde engellenir.”

şeklinde kaleme alınan “*İstek Dışı Haberleşmeler*” başlıklı 20 nci maddesinde ise, **siyasi propaganda amaçlı iletilerin abonenin önceden izni olmadan gönderilemeyeceği, buna karşılık doğrudan pazarlama amacıyla gönderilecek iletiler açısından opt-out seçeneğinin tercih edildiği hükme bağlanmıştır.**