

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
BİLİŞİM VE TEKNOLOJİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İNTERNET ORTAMINDA HİZMET SAĞLAYICILARIN
HUKUKA AYKIRI İÇERİKTEN SORUMLULUĞU

Kübra Sıla MAMALI
118691011

Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

İSTANBUL
2023

İnternet Ortamında Hizmet Sağlayıcıların Hukuka Aykırı İçerikten Sorumluluğu
The Liability of Service Providers for Illegal Content in the Internet Environment

Kübra Sıla MAMALI

118691011

Tez Danışmanı : **Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA**

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : **Prof. Dr. Leyla KESER BERBER**

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Sakarya Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 06.04.2023

Toplam Sayfa Sayısı : 213

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) E-Ticaret Direktifi
- 2) Dijital Hizmetler Yasası
- 3) Hizmet Sağlayıcılar
- 4) Aracılık Faaliyetleri
- 5) Sorumluluk Rejimi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) E-Commerce Directive
- 2) Digital Services Act
- 3) Service Providers
- 4) Intermediary Activities
- 5) Liability Regime

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ÖZET.....	x
ABSTRACT	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUK REJİMİNİN KÖKENİ VE GELİŞİM SÜRECİ: ABD VE AB

I. ABD.....	7
A. Regülasyon Öncesi Dönem	7
B. CDA’ nın Kabulü	15
C. DMCA’ nın Kabulü.....	16
II. AB.....	20
A. EC Direktifi’ ne Genel Bir Bakış	20
B. EC Direktifi’nden DSA’ya Geçiş	25
C. DSA’ ya Genel Bir Bakış	29
III. Ara Değerlendirme	34

İKİNCİ BÖLÜM

EC DİREKTİFİ’NDE HİZMET SAĞLAYICILARA UYGULANAN SORUMLULUKTAN MUAFİYET REJİMİ

I. Bilgi Toplumu Hizmeti Sunma	37
II. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunma Şekli	40
A. Basit İletim Faaliyetleri.....	44
B. Ön Belleğe Alma Faaliyetleri.....	46
C. Barındırma Faaliyetleri.....	50
III. Bilgi Toplu Hizmetini Sunmada “Pasif Faaliyet” Prensibi	52
IV. Genel İzleme Yasağı	63

A. Genel İzleme Yasağının İhtiyati Tedbirlerde Uygulanması.....	66
B. Genel İzleme Yasağına Aykırı Yaklaşımlar.....	70
V. Barındırma Sağlayıcıları İçin Ek Şart: Uyar Kaldır Prosedürü	73
A. Üye Devletlerin Benimsediği Uyar Kaldır Prosedürleri	76
B. Uyar Kaldır Prosedüründe Bilgi Standardı	79
1. Bilgi Standardının Önemi	79
2. Bilgi Standardının Oluşması	81
a. “Farkındalık (Awareness)” Bilgi Standardı	85
b. “Asli Bilgi (Actual Knowledge)” Bilgi Standardı	86
3. Bilgi Standardının Gelecekteki İhlallerle İlişkisi.....	91
C. Hız Sorunu.....	94
D. Değerlendirmeyi Platformların Yapması	95
E. Uyar Kaldır Alternatif Yaklaşımlar	99
VI. Ara Değerlendirme	103

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DSA’DA HİZMET SAĞLAYICILARA UYGULANAN REJİM

I. Hukuka Aykırı İçerik Kapsamında Sorumluluktan Muafiyet Rejimi	107
A. Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Bilinmesi Gerekenler	107
B. Bilgi Toplumu Hizmeti Sunma	114
C. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunma Şekli	115
D. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunmada “Tarafsız Faaliyet” Prensibi.....	119
E. Genel İzleme Yasağı.....	121
F. Genel İzleme Yasağına Karşın Gönüllü Faaliyetlere Teşvik.....	122
G. İhtiyati Tedbir Kararlarında İzlenmesi Gereken Usul	127
II. Özen Yükümlülükleri	129
A. Tüm Hizmet Sağlayıcılarına Getirilen Özen Yükümlülükleri	131
1. İrtibat Noktası ve Yasal Temsilci Belirlenmesi	131
2. Hüküm ve Koşulların (Hizmet Şartları) Belirlenmesi	132
3. Şeffaflık Raporlama Yükümlülüğü	135
B. Bildirim ve Eylem Mekanizmaları ile İlgili Ek Yükümlülükler	139

1. Bildirim ve Eylem Mekanizmaları.....	139
2. İçerik Üzerindeki Kısıtlamalarda Gerekçe Sunulması.....	145
3. İçerik Hakkındaki Kararlara Karşı Sunulan Tazmin Yolları	148
III. Ara Değerlendirme	156

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI

I. ABAD Ker-Optika Kararı (C-108/09, 2010)	160
II. ABAD Google France Kararı (C-236/08 ila C-238/08, 2010)	161
III. ABAD L'oreal Ebay Kararı (C-324/09, 2011).....	163
IV. ABAD Sabam Netlog Kararı (C-360/10, 2012)	168
V. ABAD Papasavvas Kararı (Case C-291/13, 2014).....	171
VI. ABAD Mc Fadden Kararı (C-484/14, 2016).....	173
VII. ABAD Uber İspanya (C-434/15, 2017) ile Uber Fransa (C-320/1, 2018) Kararları	174
VIII. ABAD Airbnb İrlanda Kararı (C-390/18, 2019).....	176
IX. ABAD Piesczek Facebook Kararı (C-18/18, 2019)	177
X. AİHM Delfi Estonya ile MTE Macaristan Kararları	180
XI. Ara Değerlendirme	183
SONUÇ.....	185
KAYNAKÇA	191

KISALTMALAR

AB/EU	: Avrupa Birliği/European Union
ABAD/CJEU	: Avrupa Birliği Adalet Divanı/Court of Justice of the European Union
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİHA/TFEU	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma/Treaty on the Functioning of the European Union
AİHM/ECtHR	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/European Court of Human Rights
AVMSD	: Görsel-işitsel medya hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin 10 Mart 2010 tarih ve 2010/13/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi)/Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive).
bkz.	: Bakınız
CDA	: Communications Decency Act/İletişim Ahlakı Yasası
dpn.	: Dipnot
DSA	: Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Dijital Hizmetler İçin Tek Pazara Dair 2000/31/EC sayılı Direktifi tadil eden 19 Ekim 2022 tarih ve 2022/2065 sayılı Düzenlemesi (Dijital Hizmetler Yasası)/Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act)

DTP	: Dijital Tek Pazar
DSM Direktifi	: Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Dijital Tek Pazardaki telif hakkı ve bağlantılı haklara dair 17 Nisan 2019 tarihli ve 96/9/EC ve 2001/29/EC sayılı Direktifleri tadil eden (AB) 2019/790 sayılı Direktifi /Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC
DMCA	: Digital Millennium Copyright Act/Dijital Binyıl Telif Hakkı Yasası
EC Direktifi	: Bilgi toplumu hizmetlerinin bazı hukuki yönleri ve özellikle İç Pazarda elektronik ticaret konusunda 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (E-Ticaret Direktifi)/Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce)
InfoSoc Direktifi	: Bilgi toplumunda telif hakkı ve bağlantılı hakların belirli yönlerinin uyumlaştırılmasına ilişkin 22 Mayıs 2001 tarih ve 2001/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (Bilgi Toplumu Direktifi)/Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive)
Komisyon/Commission	: Avrupa Komisyonu / European Commission
m./Art.	: Madde

NSD	: Notice-and-Stay-Down System/Uyar Kaldır Koru Sistemi
NTD	: Notice-and-Take-Down System / Uyar Kaldır Sistemi
ör.	: Örneğin
para.	: Paragraf
Platform (P2B) Tüzüğü	: Online aracılık hizmetlerinin ticari kullanıcıları için adil ve şeffaf işleyişin sağlanması hakkında 20 Haziran 2019 tarih ve 2019/1150 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü/Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services
s. / p.	: Sayfa
ss./ pp.	: Sayfa aralığı
STK	: Sivil Toplum Kuruluşu
Temel Haklar Şartı	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
Terörist İçerik Tüzüğü	: Terörist içeriğin internette yayılmasına ilişkin 29 Nisan 2021 tarih ve 2021/784 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü/Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online
Uygulama Direktifi	: Fikri mülkiyet haklarının uygulanması hakkındaki 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi/Directive 2004/48/EC of The European Parliament and of The Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights
vd.	: Ve devamı

- VLOP : Very large online platform (çok büyük çevrimiçi platform)
- VLOSE : Very large online search engines (çok büyük çevrimiçi arama motoru)



ÖZET

İnternetin ilk dönemlerinin içerik bakımından edilgen hizmet sağlayıcıları, yıllar içerisinde aracılık ettikleri içerik hakkında bilgi ve kontrol sahibi olan etken yapılara dönüşmüştür. Hizmet sağlayıcıların, birçok farklı fonksiyonda işlev gören girift yapılara dönüşmesi, aracılık ettiği hukuka aykırı içerik üzerindeki hangi faaliyetleri kapsamında sorumluluktan muaf tutulacaklarını belirsizleştirmiştir. Belirsizliklerin farklı uygulamalara neden olarak yeksenaklığı bozması, dijital ortamın güvenilirliğini zedelemiş; hukuka aykırı içerikle mücadelede, hizmet sağlayıcıların sorumluluğu meselesini yeniden gündeme getirmiştir.

Çalışmada, teknik hizmet sağlayıcılar için benimsenen sorumluluk rejiminin, sağlayıcıların teknoloji ve medya yakınsaması ile dönüştüğü hibrit modeller bakımından işlevsiz kalmaya başladığı yerler saptanarak, dijital hizmetlerdeki evrimi yakalayabilen düzenlemelerin nasıl olması gerektiği incelenmektedir.

Bu kapsamda, hizmet sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin ABD'deki öncül düzenlemelerin oluşum sürecinden yola çıkılarak AB düzenlemelerinden E-Ticaret Direktifi sorumluluk rejimine ilişkin doktrin görüşleri ve politika geliştiren kurumların tutumları incelenmekte, yargı kararları ile uygulamanın nasıl geliştiği somutlaştırılmakta, Dijital Hizmetler Yasası ile nasıl bir sorumluluk rejimine doğru gidildiği gösterilmektedir.

Anahtar Kelimeler: E-Ticaret Direktifi, Dijital Hizmetler Yasası, Hizmet Sağlayıcılar, Aracılık Faaliyetleri, Sorumluluk Rejimi.

ABSTRACT

In the early days of the internet, passive service providers in terms of content have transformed over the years into active entities that have knowledge and control over the content they intermediate. The transformation of service providers into complex structures that perform multiple functions has created uncertainty about which activities they will be exempt from liability for in relation to illegal content they mediate. The disruption of uniformity caused by uncertainties leading to different applications has undermined the reliability of the digital environment. This has brought the issue of the liability of service providers to tackle illegal content online into question.

In this study, it is examined how regulations should be in order to catch up with the evolution of digital services by shedding light on areas where the responsibility regime adopted for technical intermediaries is becoming ineffective in hybrid models where intermediaries are transformed by technology and media convergence.

Within this context, the formation process of the leading regulations on the liability of service providers in the US is taken as a starting point. Then, the doctrinal opinions and attitudes of institutions that develop policies on the liability regime of the E-Commerce Directive of the EU are examined, and how the implementation has evolved in judicial decisions is concretized. It is demonstrated how a liability regime is being established with the Digital Services Act.

Keywords: E-Commerce Directive, Digital Services Act, Service Providers, Intermediary Activities, Liability Regime

GİRİŞ

Çevrimiçi platformların, meşru ve sosyal açıdan faydalı amaçlar için kullanımının yanı sıra hukuka aykırı bilgi ve faaliyetlere aracılık etme ve bunları yaymadaki rolleri de artmaktadır¹. Bu yapılar bir yandan ifade ve etkileşim fırsatları yaratarak düşünceyi demokratikleştirirken², diğer yandan zararlı içerik ve faaliyetleri viral olarak yayan algoritmaları ile toplumsal açıdan önemli risk teşkil etmektedir. Etkin yaptırımların olmadığı bir dijital ortamda platformların kamusal alan bakımından önemli birer güç haline gelişi, hukuka aykırı veya zararlı içerikle mücadelede daha kapsamlı içerik moderasyonu ve sorumluluk rejimlerini gerektirmektedir.

Dijital ekonomiyi teşvik eden Avrupa Birliği (AB), internetin yayılması ile sirkülasyonu artan hukuka aykırı içeriğin ortaya çıkardığı gerilimleri çözerek dijital ortamı daha güvenli hale getirmeye çalışmaktadır. Bu kapsamda yasalaştırdığı düzenlemelerden biri olan EC Direktifi³ ile dijital hizmetlere yönelik ana yasal çerçeveyi sunmaktadır.

Hukuka aykırı içerik kapsamında aracılardan sorumluluk rejimini düzenleyen Direktif, bir bilgi toplumu hizmetini “basit iletim, önbelleğe alma, barındırma” faaliyetleri kapsamında, içerik üzerinde bilgi ve kontrol sağlamamak koşuluyla sunan sağlayıcılara, sorumluluktan muaf olacakları güvenli limanlar

¹ DSA Resital 5.

² Louise Cooke, “Controlling the net: European approaches to content and access regulation”, *Journal of Information Science*, 33.3 (2007), 360–76 (s. 361) <<https://doi.org/10.1177/0165551506072163>>.

³ Bilgi toplumu hizmetlerinin bazı hukuki yönleri ve özellikle İç Pazar’da elektronik ticaret konusunda 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (E-Ticaret Direktifi). Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce). Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

oluşturmaktadır. Hizmet sağlayıcının kendi editoryal içeriği ve içerik üzerinde kontrole yol açacak aktif faaliyetleri muafiyet kapsamında yer almamaktadır⁴.

Aracılığın 2000 yılındaki idealize edilmiş bu halinin, dijital ekosistemde yaşanan gelişmelerle çok daha geniş bir yelpazede faaliyet gösteren yapılara dönüştüğü görülmektedir. İçeriğin geleneksel anlamda üreticisi olmasalar da editörlüğe benzer faaliyetlerde bulunan bu yapılar, içeriğin ne kadar geniş bir alanda yayılabileceğinin kurallarını belirlemektedir⁵.

Dijitalleşme ve medya yakınsamasının, geleneksel medya süreçlerini (üretim, dağıtım, yayım) belirsiz hale getirmesi ise, aracının bu süreçteki konumunu ve aracılık yaptığı içeriğe nüfuz etme oranını tayin etmeyi zorlaştırmaktadır⁶. Mevcut EC Direktifi'ndeki rejimin, yeni aracılık faaliyetleri bakımından ortaya çıkardığı bu zorluklar, uygulamada tutarlılığın yakalanmasını engelleyerek dijital ortamın güvenilirliğini hem araçlar hem de hizmet alıcıları bakımından zedelemektedir.

Bu durum ise Dijital Tek Pazar (DTP) Stratejisi'nde belirtildiği üzere büyüme için dijitalleşmenin bir araç olarak kullanımını engellemektedir. Dijitalleşmenin Birlik ekonomisine katkı sağlaması amacını güden DTP Stratejisi ile AB, dijital mecraları reform çalışmalarına başlayarak ağ ve hizmetlerin gelişebileceği bir ortamı oluşturmayı, dijital mal ve hizmetlere erişimi, büyüme için dijitalleşmenin bir araç olarak kullanılmasını artırmayı amaçlamaktadır⁷.

⁴ Alexandre de Streel ve Martin Husovec, “The E-Commerce Directive as the Cornerstone of the Internal Market”, SSRN, 2020, s. 16 <<https://ssrn.com/abstract=3637961>> [erişim 8 Mayıs 2022].

⁵ Natali Helberger, Jo Pierson, ve Thomas Poell, “Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility”, *The Information Society*, 34.1 (2018), 1–14 (s. 9) <<https://doi.org/10.1080/01972243.2017.1391913>>.

⁶ Select Committee on Communications, “Regulating in a digital world Chapter 5: Online Platforms”, 2019 <<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldcomuni/299/29908.htm#footnote-056>> [erişim 6 Mayıs 2022].

⁷ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü: Aracı Hizmet Sağlayıcılar ve Arama Motorları İçin Adil ve Şeffaf Platform Kuralları* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022), s. 23.

Bu reform çalışmalarının bir uzantısı olarak, internetin henüz yaygınlaşmaya başladığı ilk dönemlerde, üçüncü kişilere aracılık eden aktörlerin sorumluluk esaslarını belirlemek üzere ortaya çıkan EC Direktifi⁸ de güncellenmiştir. Bu kapsamda ilk dönemin çerçeve düzenlemesini revize eden, hukuki ilişkileri en ince detaylarına kadar kazuistik bir şekilde ele alan⁹, dijital hizmetler ortamındaki evrimi karakterize eden hizmet sağlayıcılarına karşı daha etkin denetim ve koruma mekanizmaları getiren Dijital Hizmetler Yasası (DSA)¹⁰ ortaya çıkmıştır.

Dolayısıyla bu çalışma ile teknik araçlar için getirilmiş güvenli liman korumalarının, teknik aracılık şapkası altında olmasına rağmen aracılığın dışında faaliyetler gösteren yapılara uygulanmasında ortaya çıkan gerilimler tetkik edilerek,

⁸ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 4.

⁹ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, ss. 23-107; 1996 tarihli bir Avrupa Toplulukları Komisyonu Raporu'nda, yeni uygulamalar ve hizmetlerin çok hızlı gelişmesinden ötürü hangisinin bir pazar bulacağını tahmin etmenin zor olmasından ötürü, nerede, ne tür bir müdahalenin gerekli olduğu netleşene kadar aceleci bir mevzuat yaklaşımından kaçınıldığı belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Commission of the European Communities, *The Implications of the Information Society for European Union Policies: Preparing the next steps*, 24.07.1996, COM(96) 395 Final, 1996 <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0395\(02\)&from=SV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0395(02)&from=SV)> [accessed 23 March 2022].; Bunun bir sonucu olarak, minimalist bir kamu yönetimi biçimi olan öz düzenleme ile platformlar, kendi faaliyetlerini denetlemeye ve kendi eksikliklerini ve ihlallerini düzeltmeye teşvik edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Alex Rochefort, "Regulating Social Media Platforms: A Comparative Policy Analysis", *Communication Law and Policy*, 25.2 (2020), 225–60 (ss. 234–35) <<https://doi.org/10.1080/10811680.2020.1735194>>; Medya teknolojisindeki hızlı ve sürekli değişim, yasal denetimi zorlaştırdığı için platformların kendi kendini düzenlemesi, hükümet düzenlemesi seçeneğinden daha fazla esneklik sunmuştur. Detaylı bilgi için bkz. Vese, "Governing Fake News: The Regulation of Social Media and the Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency", s. 505.; Ancak ticari web'in başladığı 2000li yılların başında, bu platformların kendi etik kodlarını ve standartlarını formüle etmesine imkan tanıyan, doğrudan bağlayıcılığı olmayan bu yumuşak hukuk kurallarının, her ne kadar o zamanlar için doğru yönde atılmış birer adım olsalar da (özellikle Google'ın, ABAD' ın "unutulma hakkı" konusundaki kararlarını ele almak için bir Danışma Konseyi kurduğu 2014 yılı ile self-regülasyon çağının zaruriliğini göstermiştir), 2018'deki Facebook-Cambridge Analytica skandalı self-regülasyonun artık etkisiz bir araç haline geldiğini ve bu devrin sona erdiğini, gelinek noktanın yumuşak hukuk kurallarından ziyade kazuistik hukuk kurallarını gerektirdiğini göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. Luciano Floridi, "The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry", *Philosophy & Technology*, 34 (2021), 619–22 <<https://doi.org/10.1007/s13347-021-00493-0>>.

¹⁰ Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Dijital Hizmetler İçin Tek Pazara Dair 2000/31/EC Sayılı Direktifi Tadil Eden 19 Ekim 2022 Tarih ve 2022/2065 Sayılı Düzenlemesi. Regulation (EU) 2022/2065 of The European Parliament and of The Council of 19 October 2022 on A Single Market For Digital Services and Amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

güvenli bir dijital ortamın sağlanması için bu yapıların doğasına uygun yeni düzenlemelerin neden zaruri hale geldiği, EC Direktifi'nden DSA'ya geçiş süreci ile yeni dijital ortamın gerekliliklerini karşılamada DSA'nın yerindeliği incelenmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde, AB'deki sorumluluk rejimine ilişkin ana yasal çerçeveyi sunan EC Direktifi'nin şekillenmesinde etkili olan Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'ndeki öncül federal düzenlemeler, maddi ve usul kurallarına değinilmeden, oluşum sürecini etkileyen gelişmeler bağlamında ele alınmaktadır. Ardından EC Direktifi ve DSA'ya bir giriş olması için düzenlemelerin kurgusuna genel hatlarıyla yer verilmektedir. İkinci bölümde, EC Direktifi'nin güvenli liman korumaları, korumalarından faydalanmanın şartları, barındırma hizmet sağlayıcıları için getirilen uyar kaldır mekanizmaları, hizmet sağlayıcıların faaliyetlerini sınırlandıran genel izleme yasağı ve “pasif faaliyet” kuralı ile bunlara ilişkin belirsizlikler incelenmektedir. Üçüncü bölümde, EC Direktifi'ndekine paralel bir şekilde DSA'da benimsenen sorumluluk rejimi ile DSA ile getirilen özen yükümlülükleri ele alınmaktadır. Dördüncü bölümde ise, EC Direktifi'nde ortaya çıkan belirsizliklerin Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ile uygulamada nasıl şekillendiğine yer verilmektedir.

Çalışmada, EC Direktifi'nin üye devletlerdeki uygulamalarına genel bir kanı oluşturacak ölçüde değinilmekte, anlamlı bir bütünün yakalanması adına tüm üye devlet uygulamalarına yer verilmemektedir. EC Direktifi ve DSA'nın her türlü hukuka aykırı içerik bakımından geçerli olması nedeniyle, farklı türdeki ihlaller (hakaret, fikri mülkiyet gibi) kapsamda yer almaktaysa da bu alanlara özgü düzenlemelerin esasına girilmemekte ancak ilgisi ölçüsünde bunlara da yer verilmektedir.

Uyar kaldır mekanizmasının şekli işletilme usulüne odaklanılmakta, içerik kaldırma ve erişim engellemeye yönelik kararlar esastan incelenmemektedir.

DSA'nın sorumluluk rejimi, EC Direktifi ile benzerliklerin olduğu yerlerde tekrara düşmemek adına farklılara odaklanılarak ele alınmaktadır. DSA'nın getirdiği özen yükümlölüklerinin tümüne çalışma kapsamında yer verilmemekte, bunlardan ancak tüm hizmet sağlayıcılar için geçerli olanlar ve içerik kaldırma süreçleri ile ilgili olanlara değinilmektedir.

Bu çalışma ile yerleşik EC Direktifi rejiminin yıllar içerisinde revizyona gitme sürecine yönelik geniş bir bakış açısı kazandırılabilir. Ayrıca Türk Hukuku her ne kadar kapsama dahil edilmese de çalışma ile Türk Hukukundaki sorumluluk rejimine yönelik düzenlemelere de bir bakış açısı kazandırabilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUK REJİMİNİN KÖKENİ VE GELİŞİM SÜRECİ: ABD VE AB

AB düzeyinde, internet hizmet sağlayıcılarının üçüncü taraf hukuka aykırı içerik ve faaliyetleri kapsamında sorumluluğuna yönelik ilk temel yasal çerçeveyi 2000 yılında kabul edilen EC Direktifi sağlamaktadır¹¹. Ancak EC Direktifi'nin AB'de kabul edilmesinden önce çevrimiçi ortamda hizmet sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin öncül düzenlemeler, ABD'nin 1996 tarihli İletişim Ahlakı Yasası olarak da anılan Communications Decency Act (CDA) isimli federal düzenlemesi¹² ile sorumluluk muafiyeti için aranan koşullar bakımından EC Direktifi'ni büyük ölçüde etkileyen 1998 tarihli Dijital Binyıl Telif Hakkı Yasası olarak anılan Digital Millennium Copyright Act (DMCA) isimli federal düzenlemesidir¹³.

CDA platformların veya genel olarak internet hizmet sağlayıcıların regüle edilmesinde birçok ülke düzenlemesine ilham kaynağı olmuş¹⁴, internet içeriğinin nasıl düzenleneceğine dair tartışmaları şekillendirmiştir¹⁵. Ancak Avrupa, CDA'nın internet araçlarının hukuka aykırı içerikten ötürü sorumluluğuna ilişkin olarak sağladığı "geniş muafiyet" in aksine, telif hakları bakımından DMCA'nın benimsediği "koşullu sorumluluk" yaklaşımını benimsemiştir¹⁶.

¹¹ İç hukuka aktarma süresi Ocak 2002'de sona ermiştir.

¹² Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, ss. 20–21.

¹³ Béatrice Martinet Farano, *Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, TTLF Working Paper No. 14, 2012, s. 21 <<http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlantic-technology-law-forum/ttlf-working-paper-series>> [erişim 16 Kasım 2022].

¹⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 21.

¹⁵ Terry Flew, Fiona Martin, ve Nicolas Suzor, "Internet regulation as media policy: Rethinking the question of digital communication platform governance", *Journal of Digital Media and Policy*, 10.1 (2019), 33–50 (s. 43) <https://intellectdiscover.com/content/journals/10.1386/jdmp.10.1.33_1> [erişim 1 Aralık 2022].

¹⁶ Flew vd., s. 43.

Bu bölüm altında, çalışmanın ana konusu olan AB düzenlemelerine göre sorumluluk rejiminin detaylarına inmeden önce konu hakkında etraflı bir bakış açısı geliştirmek amacıyla ilgili federal düzenlemeler (girişte de belirtildiği üzere maddi ve usul kurallarına¹⁷ değinilmeden), bu düzenlemelerin şekillenmesinde belirleyici olan yargı kararları, devamında ise AB’de sorumluluk rejimini düzenleyen ilk yasal çerçeveyi sunan EC Direktifi ve EC Direktifi’nin revize eden DSA’nın genel kurgusu ele alınmaktadır.

I. ABD

A. Regülasyon Öncesi Dönem

Tarihsel olarak, hizmet sağlayıcının sorumluluğu meselesiyle karşılaşılan ilk davaların hakaret suçu (defamation) kaynaklı olduğu görülmektedir.

Bu yöndeki 1991 tarihli *Cubby, Inc. v CompuServe, Inc.* davasında, abonelerinin elektronik bülten panoları, etkileşimli toplantılardan oluşan çeşitli forumlara erişmesini sağlayan bir hizmet sağlayıcı olan CompuServe, içeriği tamamen farklı bir şirket tarafından yönetilen bir forumdaki hakaret unsuru teşkil eden bir içeriğe aracılık ettiği iddiasıyla dava edilmiştir. İlgili mahkeme, CompuServe’ün söz konusu içerik üzerinde çok az editoryal kontrole sahip olması ya da hiç olmamasından ötürü bir yayıncıdan çok kitapçı gibi bir bilgi dağıtıcısına benzediğine; ihlal teşkil eden içerikler hakkında bilgi sahibi olmaması veya bilgisi olması için bir gerekçesinin de olmamasından ötürü CompuServe’ün ihlalden sorumlu olmadığına karar vermiştir. Ancak bir hizmet sağlayıcının, bir dağıtımçı yerine bir yayıncı olarak muamele görmesi için ne kadar izleme veya editoryal kontrol uygulayabileceği hususu netleştirilmemiştir¹⁸. Defamation kaynaklı bir

¹⁷ DMCA ve EC Direktifi kapsamında düzenlenen internet araçlarının sorumluluğuna ilişkin maddi kurallar, yasal yaklaşımdaki ve iki sistem tarafından belirlenen usul kurallarındaki bazı farklılıklara rağmen genel olarak çok benzer olup iki düzenleme arasındaki farklılıklar ise, sistemlerin genel uyumunu bozmayacak ölçüdedir. Bkz. Farano, ss. 10–25.

¹⁸ Brian A. Carlson, “Balancing the Digital Scales of Copyright Law”, *SMU Law Review*, 50.3 (1997), 825–66 (s. 846).

diğer dava olan 1995 tarihli Stratton Oakmont v. Prodigy davasında, mahkeme, hizmet sağlayıcıyı üçüncü taraf içeriği izleme politikası nedeniyle katı bir şekilde sorumlu tutmuştur¹⁹.

Her ne kadar hizmet sağlayıcının sorumluluğu meselesiyle karşılaşılan ilk davalar hakaret suçu kaynaklı olsa da, aracı sorumluluğu konusundaki regülasyon standartlarını büyük ölçüde şekillendiren mahkeme kararlarının telif hakkı uyuşmazlıklardan doğduğu görülmektedir²⁰.

İnternetin yayılması, telif hakkı ile korunan içeriklerin sirkülasyonunu artırmış; bireylere, telif hakkını ihlal etme becerisi kazandıran bilgi işlem gücünü sağlamış²¹; bilgisayar ağlarını, telif hakkı ihlallerini diğer bilgi yayma yöntemlerine göre daha kolay, daha ucuz ve daha güvenli hale getirmiştir²². İnternetin yaygınlaşması ile telif ihlallerinin katlanarak artması, telif kaynaklı ihlallerin aracı sorumluluğunu şekillendirmesinde etkili olmuştur.

Telif ihlallerinin çevrimiçi artışı, paralelinde, Avrupa'da ve ABD'de geleneksel telif hakkı sorumluluk rejimlerinin yeni dijital ortama nasıl uygulanabileceğine dair çeşitli soruları gündeme getirmiştir²³.

Telif hakkıyla korunan eserlerin dijital iletiminin yasal sonuçları, bilgisayar ağlarının ihlalden sorumlu olup olmadığı ve neye göre sorumlu tutulabileceği hususları çözümlemesi zor sorulardır²⁴. Bu zorluk, ihlal edici içeriğe erişim sağlayan veya bunu barındıran internet araçlarının bu ihlalden sorumlu tutulup tutulamayacağı hakkında tutarlı sonuçların çıkmadığı tartışmalara neden

¹⁹ Christopher A. Cotropia ve James Gibson, “Convergence and Conflation in Online Copyright”, *Iowa Law Review*, 105.3 (2019), 1027–80 (s. 1043), dpn.79.

²⁰ Carlson, s. 846.

²¹ Carlson, s. 827.

²² R. Carter Kirkwood, “When Should Computer Owners be Liable for Copyright Infringement by Users”, *University of Chicago Law Review*, 64.2 (1997), 709–35 (s. 710).

²³ Farano, s. 36.

²⁴ Carlson, s. 845.

olmuştur²⁵. Bu durumlarda cevaplanması gereken birincil soru, ihlalin gerçekleştirilmesine aracılık eden yapıların sorumluluğunu belirlemede hangi telif hakkı ihlal teorisinin kullanılacağıdır²⁶.

Henüz DMCA'nın olmadığı dönemlerde, mahkemeler zorunlu olarak, zaman içinde gelişecek olan internet üzerinden gerçekleşen telif hakkı ihlallerini ele almak için sorumluluk kurallarını geliştirmiştir²⁷. Bu bakımdan, mahkemelerin ferî (ikincil, secondary) sorumluluk teorileri altında dolaylı (vicarious) ve iştiraken (contributory) ihlal unsurlarını muhakeme ettiği görülmektedir.

Bir ferî sorumluluk türü olan dolaylı (vicarious) ihlal kavramı, aslen iş hukukundaki sorumluluk kurallarına (işçi-işveren arasındaki) dayanmaktadır²⁸. Telif hakkı ihlallerinde ise ilk olarak, dönüm noktası niteliğindeki 1963 tarihli *Shapiro, Bernstein & Co v H.L. Green Co.*'nin davasında uygulanmıştır. Mahkeme, sanığın, i) ihlal edenin eylemlerini kontrol etme hakkına ve yetkinliğine sahip olması ve ii) ihlalden doğrudan bir mali fayda elde etmesi durumunda, dolaylı ihlalden sorumlu olduğuna hükmetmiştir²⁹. İlk şartla ilgili olarak mahkemeler, bir tarafın ihlal edenin eylemlerini kontrol etme gücüne sahip olup olmadığını belirlemek için, ihlalin başlamasından sonra davalının ihlali durdurma yetkisine sahip olmasını şart koşturmuştur³⁰.

Diğer ferî sorumluluk türü olan iştirak sorumluluğu ise, bir haksız fiile bilerek katılan veya yardım eden kişinin asıl haksız fiilden müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu şeklindeki genel hukuk doktrinine dayanmaktadır³¹. İştirak sorumluluğunun telif hakları bakımından hangi durumlarda meydana

²⁵ Farano, s. 37.

²⁶ Nimmer ve Nimmer'den aktaran Carlson, s. 845.

²⁷ Donald P. Harris, "Time to Reboot?: DMCA 2.0", *Arizona State Law Journal*, 47.3 (2015), 801–55 (s. 806) <https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/12/Harris_Final.pdf> [erişim 29 Kasım 2022].

²⁸ Harris, s. 11.

²⁹ Kirkwood, s. 718; Harris, s. 11.

³⁰ Kirkwood, s. 720.

³¹ Kirkwood, s. 721.

geldiğinin belirlendiği başlıca dava olan 1971 tarihli Gershwin Publishing Corp v. Columbia Artists Mgmt, Inc davasında iştirak sorumluluğunun, i) ihlal faaliyetinin bilindiği veya biliyor olmanın gerektiği ve ii) bir başkasını ihlale teşvik etme, ihlale neden olma veya maddi olarak ihlale katkıda bulunma hallerinde meydana geldiğine hükmedilmiştir³². Bazı mahkemeler, iştirak sorumluluğunun şartlarından davalının ihlale katkıda bulunma durumunun ancak, davacının davalının ihlale önemli ölçüde dahil olduğunu (katkıda bulunduğunu) kanıtlaması şartıyla belirlenebileceğini; diğer şart olan sanığın bilgi durumunun ise, ihlal faaliyetine ilişkin asli (actual) veya zımni bilgi (constructive) ile kanıtlanabileceğini değerlendirmektedir³³.

Aracıların ferî sorumluluğu hakkında yukarıda bahsi geçen dolaylı (vicarious) ve iştirak (contributory) sorumluluğu değerlendirmelerinin yanı sıra, aracılarn, aracılığın dışına çıkarak ihlale doğrudan katıldığı hallerde, doğrudan sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu noktada, mahkemelerin doğrudan ihlal kapsamında *prima facie* hükmü kurabilmesi için, davacının i) ihlal edilen eserde telif hakkı sahibi olduğunu ve ii) hak. sahibi olduğu eserin davalı tarafından çoğaltıldığını kanıtlaması gerekmektedir Ancak telif hakkıyla korunan bilgisayar yazılımlarının izinsiz olarak çoğaltıldığının doğrudan kanıtlaması çoğunlukla mümkün görünmediğinden, mahkemeler tarafından, davacının i) davalının kendisinin telif hakkıyla korunan işine erişimi olduğu ve ii) davalının çalışmasının kendininkine önemli ölçüde benzediğini göstermekten oluşan iki aşamalı test geliştirilmiş ve bu sayede davacıya ihlali dolaylı olarak kanıtlama hakkı verilmiştir³⁴.

Doğrudan ve ferî sorumluluğun hangi unsurlardan oluştuğu yönündeki genel açıklamalardan sonra, DMCA öncesinde ortaya çıkan ve DMCA'daki sorumluluk kurallarının şekillenmesini etkileyen yargı kararlarında, söz konusu

³² Kirkwood, s. 721.; Harris, s. 11.

³³ Kirkwood, s. 721.

³⁴ Kirkwood, ss. 717–18.

sorumluluk teorilerinin dijital ortamda gerçekleşen telif ihlallerinde nasıl ele alındığını incelenmelidir.

Telif haklarının bilgisayar ağları üzerinden ihlali, hak sahibinin izni olmadan telifle korunan materyalların kullanıcılar tarafından bülten panosu sistemine³⁵ (bulletin board system, BBS) yüklenmesi ve daha sonra otomatik olarak ağ üzerinden diğer bilgisayarlara dağıtılarak her bilgisayarın sabit diskinde depolanması şeklinde ortaya çıkmıştır³⁶. Bir diğer deyişle bülten panosu yazılımları çevrimiçi telif ihlallerin gerçekleştirilmesinin temel araçlarından biri olmuştur.

Telif hakkı ile korunan içeriklerin bülten panosu sistemlerinde kullanıcılar tarafından çoğaltılması yolu ile gerçekleştirilen ihlalden, bülten panosu sistemini işleten ve kontrol edenlerin sorumluluğun değerlendirildiği ilk davalardan biri 1993 tarihli Playboy Enterprises, Inc. v. Frena³⁷ ile 1995 tarihli Central Point Software, Inc v Nugent davalarıdır. Bu davalarda ABD mahkemeleri, telifle korunan içeriğin kopyalarının BBS üzerinde var olmasını, bir başka deyişle, BBS'lerin yetkisiz kopyaları dağıtıyor olmasını ihlalden doğrudan sorumlu olmaları için yeterli bulmuş³⁸, kullanıcılar tarafından üretilen, dağıtılan ve görüntülenen kopyaları aynı zamanda hizmet sağlayıcı tarafından yapılmış, dağıtılmış ve görüntülenmiş olarak kabul etmiştir.

³⁵ Bülten panosu sistemi (BBS), genellikle tek bir sunucu bilgisayarın, kullanıcıların ağa girmesine izin veren birkaç modeme bağlanması ile oluşan bir bilgisayar ağıdır. Bilgisayar bülten panosu yazılımı, kullanıcıların bir bilgisayar sunucusuna mesaj göndermesini ve bu mesajın daha sonra diğer kullanıcılar tarafından alınmasını mümkün kılar. Bülten panosu yazılımları, bireylerin çok sayıda potansiyel okuyucuyla ucuz bir şekilde iletişim kurmasına olanak tanır. Bkz. Kirkwood, ss. 713-715.

³⁶ Kirkwood, s. 710.

³⁷ Netcom davasındaki Klemesrud'unkine çok benzeyen bir çevrimiçi bülten panosunun operatörü olan George Frena, ünlü pornografi dergisi Playboy'a ait fotoğrafların kullanıcıları tarafından gönderilmesi üzerine Playboy tarafından dava edilmiş, Frena, fotoğrafları kendisinin yüklediğini, öğrenir öğrenmez fotoğrafları sildiğini ve ardından abonelerinin Playboy materyali yüklediğinden emin olmak için bülten panosunu izlediğini ileri sürmesine rağmen Florida Federal Mahkemesi, telif hakkı ihlalini, katı bir ihlal olarak değerlendirmiş ve bu nedenle Frena'nın bilgi eksikliğinin sorumlulukla ilgili olmadığına ve Frena'nın ağını denetliyor oluşunun sorumluluk için yeterli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Cotropia ve Gibson, s. 34.

³⁸ Kirkwood, s. 724.

Hem kullanıcı hem de hizmet sağlayıcı tarafından doğrudan ihlale ilişkin katı bir sorumluluk rejimini tercih edilen bu yaklaşım³⁹, 1995 tarihli Religious Technology Center v. Netcom On-Line davası ile değişmiştir⁴⁰.

Netcom davası ile sistem operatörlerinin abonelerinin telif hakkı ihlali içeren faaliyetlerinden ötürü sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda önemli tespitler yapılmış⁴¹, araçların ihlal teşkil eden içeriğin kullanıma sunulmasında oynadıkları rol, detaylı bir şekilde incelemiştir.⁴² Bu davanın çıktıları DMCA'da düzenlenen basit iletim faaliyeti kapsamındaki güvenli limandan faydalanmak için getirilen kurallar silsilesine çevrilmiştir⁴³.

Netcom davası, Dennis Erlich adlı bir kullanıcının, internet erişim sağlayıcısı Netcom aracılığıyla, bir bülten panosu sistemi olan Usenet'in⁴⁴ bir haber grubunda, Scientology Kilisesinin yayın kolu Religious Technology Center (RTC) ın telif hakkına sahip olduğu alıntılar içerik materyalleri paylaşması üzerine RTC tarafından açılmıştır. Klemesrud tarafından işletilen elektronik bülten panosunun bir abonesi olan Erlich'in Scientology Kilisesinin materyalinden yaptığı alıntılar, Klemesrud ile Usenet abonelerine ulaşmış, Usenet ise Netcom ile internete bağlanmıştır. Klemesrud ve Netcom'un, RTC onlara bildirimde bulunana kadar Erlich'in Scientology materyalini yayınladığına dair herhangi bir bilgisi olmamıştır⁴⁵.

³⁹ Cotropia ve Gibson, s. 1039.

⁴⁰ Kirkwood, s. 724.

⁴¹ Carlson, s. 853. Ayrıca Playboy Enterprises, Inc v. Frena davası, Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA davası, United States v. LaMacchia davası, Frank Music Corp. v. Compuserve, Inc davası hakkında bkz. Carlson, s. 847-51.

⁴² Cotropia ve Gibson, s. 1033.

⁴³ Farano, s. 14.

⁴⁴ Usenet, Instagram, Twitter ve Reddit'in çok öncesinde internetin ilk zamanlarında ortaya çıkan, konuya özel "haber grupları" halinde düzenlenen geniş bir elektronik mesaj panosudur. İçeriğin tamamen kullanıcılar tarafından oluşturulduğu Usenet'te, ev yapımı uçaklardan, asalak olmayan şeffaf nematodlara kadar çeşitli konularda birçok haber grupları bulunmakta idi. Bkz. Cotropia ve Gibson, s. 1030.

⁴⁵ Cotropia and Gibson, ss. 1031–32.

RTC'nin hak sahibi olduğu materyallerin BBS sisteminin bir kullanıcısı olan Erlich tarafından paylaşılması üzerine, BBS yöneticisi Klemesrud ve internet erişim sağlayıcısı Netcom'un sorumluluğu hakkında mahkeme, doğrudan, dolaylı (vicarious), iştirak (contributory) sorumluluğunu ayrı ayrı değerlendirmiştir.

Doğrudan sorumluluk hakkında yapılan değerlendirmede mahkeme, Erlich'in yayınladığı kopyaların, Klemesrud veya Netcom'un başka bir müdahalesi olmaksızın mekanik bir şekilde Usenet'e yayıldığını, Klemesrud ve Netcom'un materyallerin kopyalanmasını başlatmadığı için iradilik unsurunun veya nedensellik bağının oluşmadığını tespit etmiştir⁴⁶. Dolayısıyla BBS ve Netcom, doğrudan telif hakkıyla korunan materyalin kopyalanmasına yol açan herhangi bir eylemde bulunmadığı için kullanıcının ihlalden doğrudan sorumlu tutulmamıştır⁴⁷.

Dolaylı (vicarious) sorumluluk kapsamında yapılan değerlendirmede davalının i) ihlalcinin eylemlerini kontrol etme hakkına ve yetkinliğine sahip olması ve ii) ihlalden doğrudan bir mali fayda elde etmesi incelenmiştir. Netcom'un ticari reklam, müstehcen ve konu dışı ilanlar nedeniyle abonelerin hesaplarını binden fazla kez askıya almasının ve Netcom'un belirli gönderileri silebilmesinin ilk şartı karşıladığı ancak ihlalden maddi fayda elde etme olan diğer şartın davacı tarafından gösterilememesinden ötürü bu dava özelinde dolaylı sorumluluk argümanının kullanılamayacağına karar verilmiştir⁴⁸.

İştirak (contributory) sorumluluğu kapsamında yapılan değerlendirme mahkeme, davalının ihlale ilişkin bilgisi ile ihlale katılım durumunu ele almıştır.

Netcom'un ihlali bilip bilmediğı veya bilmesi gerekip gerekmediğinin neye göre belirleneceğı ile ilgili olarak ancak i) bir telif hakkı ihlali bildiriminin

⁴⁶ Cotropia ve Gibson, ss. 1033–34.; Farano, s. 38 dñn.137.

⁴⁷ Kirkwood, s. 724.

⁴⁸ Kirkwood s. 725; Cotropia ve Gibson, s.1034.

olmaması, ii) telif hakkı sahibinin olası ihlali kanıtlayamaması veya iii) bir adil kullanımın⁴⁹ söz konusu olması nedenleriyle, davalının iddiayı makul bir şekilde doğrulayamadığı durumlardaki bilgi eksikliğinin makul karşılanabileceğine karar verilmiştir. Bir diğer deyişle iştirak sorumluluğunda neyin yeterli bilgiyi teşkil edebileceği belirlenmiştir⁵⁰.

Netcom'un ihlale katılım durumu ile ilgili olarak ise hem Netcom'un hem de BBS'nin tüm bülten panosu gönderilerinin otomatik olarak dağıtılmasını mümkün kılan bir hizmet sağlamasından ötürü ihlale önemli ölçüde iştirak ettiği tespit edilmiştir⁵¹.

Dolayısıyla Netcom davasında ferî sorumluluk özelinde yapılan değerlendirmede, dolaylı (vicarious) sorumluluk mümkün görünmezken iştirak (contributory) sorumluluğun daha makul bulunmasından ötürü değerlendirmeye alınması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Netcom davasından çıkan kararlar, DMCA'daki telif hakkı ihlali kaynaklı aracı sorumluluğu meselesinin şekillenmesinde etken olmuştur⁵². Netcom yerine Frena kararının, DMCA'nın oluşturulmasında geçerli standardı oluşturması halinde, Web 2.0 platformlarının, kullanıcıları tarafından gerçekleştirilen telif hakkı ihlallerinden sorumlu olacağı ve bu durumun platformların gelişmesini olumsuz etkileyeceği çıkarsanmaktadır. Ancak Netcom kararı, sağlayıcıların, en azından bir telif hakkı sahibi onlara belirli bir ihlal durumunu bildirene kadar, sorumluluk korkusu olmadan faaliyet göstermelerini mümkün kılmıştır⁵³.

⁴⁹ Adil kullanım durumları için bkz. U.S.C. Başlık 17 Bölüm 107.

⁵⁰ Carlson, ss. 854–55.

⁵¹ Kirkwood, ss. 724–25.

⁵² Religious Technology Center (RTC) tarafından lisanslanan Scientology Kilisesinin materyallerinin internette izinsiz olarak yayınlanması nedeniyle ABD bölge mahkemelerinde Netcom davası dışında Religious Technology Center v. F.A.C.T.NET, Religious Technology Center v. Lerma davaları da açılmış ancak bu davalarda materyalleri yayınlayan taraf, elektronik bülten panosunun operatörleri olduğu için herhangi bir aracılık meselesi ile ilgili değerlendirme yapılmamıştır. Bkz. Cotropia ve Gibson, s. 1032, dñn.15.

⁵³ Cotropia and Gibson, s. 1035.

B. CDA' nın Kabulü

Üçüncü kişilere ait içerikleri barındıran altyapıları sağlayan hizmet sağlayıcıların regüle edilmesine ilişkin öncül düzenleme, İletişim Ahlakı Yasası olarak da anılan ABD' nin 1996 tarihli federal düzenlemesi CDA'dır⁵⁴.

1996 tarihli Telekomünikasyon Yasasının V. Başlığı olan CDA, telekomünikasyon ve bilgi hizmeti sağlayıcılarını saldırgan materyalleri engellemek veya filtrelemek için yeni teknolojiler ve politikalar uygulamaya teşvik etmek, e-ticareti geliştirmek ve bilgisayar hizmetleri için dinamik ve rekabetçi bir serbest piyasa oluşturmak amacıyla kabul edilmiştir⁵⁵.

Yasanın 230. bölümü uyarınca hizmet sağlayıcılar, gereken özeni gösterdikleri sürece üçüncü taraf içeriklerden dolayı sorumlu tutulmamaktadır⁵⁶. Daha sonra DMCA tarafından konulan karmaşık kurallar dizisinin aksine CDA, "Etkileşimli bir bilgisayar hizmetinin hiçbir sağlayıcısı veya kullanıcısının, başka bir içerik sağlayıcı tarafından sağlanan herhangi bir bilginin yayıncısı veya sözcüsü muamelesi görmeyeceği" şeklinde net bir kural belirlemiştir⁵⁷.

CDA'daki bu yaklaşım, New York Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihli Stratton Oakmont v. Prodigy davasından çıkan karara tepki olarak kabul edilmiştir⁵⁸. Bu davada, çevrimiçi hizmet sağlayıcı, sakıncalı içeriği tespit etmeye ve kaldırmaya çalışırken içeriği filtrelediği için sohbet odası üzerinde editoryal kontrol uyguladığı ancak sakıncalı içeriği tespit etme ve kaldırmayı tamamen başaramadığı için üçüncü şahıslar tarafından yüklenen küçük düşürücü içerikten

⁵⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, ss. 20–21.

⁵⁵ Garry A. Gabison ve Miriam C. Buiten, "Platform Liability in Copyright Enforcement", *Columbia Science and Technology Law Review*, 21.2 (2019), 237–81 (ss. 241–42).

⁵⁶ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 21.

⁵⁷ Bu dokunulmazlık, federal ceza hukuku, fikri mülkiyet hukuku ve iletişim gizliliği yasası dışında, hemen hemen her türlü içeriği kapsamaktadır. Bkz. Miquel Peguera, "The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", *Columbia Journal of Law & the Arts*, 32.4 (2009), 481–512 (s. 484).

⁵⁸ Farano, ss. 23–24.

sorumlu bulunmuştur⁵⁹ Bu sonuç, Amerikan mahkemelerinin teamülen geliştirdiği “hukuka aykırı bilgiyi sağlayan ile yayıncının (publisher) sorumlu olduğu ancak kitapçılar, kütüphaneler gibi bilginin dağıtıcısı işlevi gören yapıların ihlali bilmedikleri ve bilmeleri için sebepleri olmadığı müddetçe sorumluluktan muaf olduğu” şeklindeki yaklaşımdan farklılaşmakta idi⁶⁰

CDA, platformların veya genel olarak internet hizmet sağlayıcıların regüle edilmesinde birçok ülke düzenlemesine ilham kaynağı olmuş⁶¹, internet içeriğinin nasıl düzenleneceğine dair tartışmaları şekillendirmiştir⁶². Avrupa ise, CDA’nın internet araçlarının kendi üzerinden erişilen içerikle ilgili sorumluluklarına ilişkin olarak sağladığı "geniş muafiyet"in aksine "koşullu sorumluluk" yaklaşımını benimsemiştir⁶³.

C. DMCA’ nın Kabulü

CDA, fikri mülkiyet yasası, federal ceza yasası veya iletişim gizliliği yasası kapsamında sorumluluğa yol açmadıkları sürece, tüm hukuka aykırı üçüncü taraf içerik veya faaliyetleri için, çevrimiçi hizmet sağlayıcılara sorumluluktan tam muafiyet sağlamıştır.

CDA'nın yürürlüğe girdiği 1996 yılında, telif hakkı ihlali nedeniyle aracılık sorumluluğu konusunda hararetli tartışmalar devam ettiği için CDA'nın 230. bölümü fikri mülkiyeti açıkça kapsam dışında bırakarak taraf tutmaktan kaçınmış⁶⁴;

⁵⁹ Farano, s. 23; Aleksandra Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”, *VerfBlog*, 2021 <<https://doi.org/10.17176/20210112-181758-0>>.

⁶⁰ Benoît Frydman, Ludovic Hennebel, ve Gregory Lewkowicz, “Co-regulation and the rule of law”, *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, 2012, 133–50 (s. 135) <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139004145.009>>.

⁶¹ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 21.

⁶² Flew, Martin, ve Suzor, s. 43.

⁶³ ABD koşullu sorumluluk yaklaşımını CDA’da değil telif hakları bakımından DMCA’da benimsemiştir. Bkz. Flew, Martin, ve Suzor, s. 43.

⁶⁴ Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 484.

bilerek ya da bilmeyerek ifadenin korunmasını telif hakkı korumasının önüne koymuştur⁶⁵. Bazı kesimler, Bölüm 230' un platformları telif hakkı yükümlülüğünden doğan maliyetlerden kurtararak platformların büyümesini sağladığını ileri sürmüştür⁶⁶.

Diğer taraftan internetin yayılması, telif hakkı ile korunan içeriklerin yayılmasını da artırmış; ortalama bir bireyin sahip olduğu bilgi işleme gücü aynı zamanda bireylere ulusal ve küresel ölçekte eşi benzeri görülmemiş düzeyde telif hakkını ihlal etme becerisi kazandırmıştır⁶⁷. Bilgisayar ağlarının, telif hakkı ihlallerini diğer bilgi yayma yöntemlerine göre daha kolay, daha ucuz ve daha güvenli hale getirmesiyle⁶⁸, telif haklarının çevrimiçi ihlalleri katlanarak artmıştır. Bu ihlallerden münferit telif hakkı sahipleri nispeten daha küçük ölçeklerde, büyük multimedya şirketleri ise çok daha büyük ölçeklerde etkilenmiştir⁶⁹. Bu zararlar, telif hakkı sistemi ile kurulmaya çalışılan dengeye⁷⁰ de zarar vermiştir.

Hem CDA'nın telif hakları bakımından yarattığı boşluk⁷¹ hem de DMCA öncesinde internet hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu bakımından mahkemelerin verdiği tutarsız kararlar, sağlayıcıların sorumluluğu hakkındaki belirsizlikleri pekiştirmiştir⁷². Diğer taraftan, söz konusu belirsizliklerin, geleneksel telif korumalarının toplumsal fayda ile eserin yaratıcısı arasında kurduğu bu dengeye

⁶⁵ Gabison ve Buiten, s. 239.

⁶⁶ Gabison and Buiten, s. 243.

⁶⁷ Carlson, s. 827.

⁶⁸ Kirkwood, s. 710.

⁶⁹ Yüzbinlerce telif hakkıyla korunan eserin sahibi olan medya devi Viacom'un, YouTube'a karşı açtığı dava, bunun bir göstergesidir. Bkz. Harris, s. 2.

⁷⁰ ABD Telif Hakkı sistemi, sınırlı bir süre için eser sahiplerine tanıdığı münhasır haklarla faydalı sanatların ilerlemesini desteklemektedir. Bkz. Gabison ve Buiten, s. 239. Bu tekel hakkı, eser sahiplerine ekonomik teşvik sağlayacak kadar güçlü, fikir ve bilgilerin serbest akışı ile eserlerin geniş çapta yayılmasındaki toplumsal çıkarı engellemeyecek kadar sınırlı tutarak denge kurmaya çalışmaktadır. Bkz. Carlson, s. 829.

⁷¹ ABD'de farklı içerik türlerine göre farklı sorumluluk rejimleri oluşturulmuştur. CDA, fikri mülkiyet yasası, federal ceza yasası veya iletişim gizliliği yasası kapsamında sorumluluğa yol açmadıkları sürece, tüm hukuka aykırı üçüncü taraf içerik veya faaliyetleri için, çevrimiçi hizmet sağlayıcılara tam muafiyet sağlamıştır. Bkz. Farano, ss. 24–25.

⁷² Farano, s. 11.

zarar vermemesi için dijital ortamların telif hakları bakımından güvenli hale getirilmesi icap etmiştir.

İlaveten, elektronik ticaretin gelişmesi de fikri mülkiyet haklarını doğrudan etkilemiş; fikri mülkiyet sahiplerinin eserlerini dijital ortamda tüketicilere sunmaları için yeni imkanlar sağlamıştır. Fikri mülkiyete konu olan ürünlerin (yazılım, müzik, film, edebiyat ya da diğer eserler) arzındaki artış, aynı zamanda daha esnek ve etkin bir elektronik pazarı gerekli kılmıştır⁷³. Bu nedenle ne fikri mülkiyet korumaları elektronik ticareti engellemeli, ne de elektronik ticaretin gelişmesi fikri mülkiyet korumalarına zarar vermelidir⁷⁴. Bu iki alanın birbirini destekleyecek şekilde ve birbirini engellemeden düzenlenmesi dijitalde yaşanan gelişmelerin yıkıcı etkilerinden korunmak için önem arz etmektedir.

Bu doğrultuda paydaşlar arasında birkaç yıl süren yoğun müzakerelerin ardından⁷⁵, 1998'de dijital ağları telif hakkıyla korunan materyaller için güvenli yerler haline getirmek amacıyla Dijital Binyıl Telif Hakkı Yasası (DMCA) kabul edilmiş⁷⁶; telif hakkı ihlali için aracı sorumluluğun sınırlandırılması konusunda 512. bölümün güvenli limanları şeklinde bir uzlaşmaya varılmıştır⁷⁷. Böylece

⁷³ Committee on Commerce, *Report of The House Committee on Commerce, House of Representatives, No. 105-551, Part 2*, 1998, s. 23.

⁷⁴ Committee on Commerce, s. 18.

⁷⁵ Clinton Yönetimi, Frena kararından sadece birkaç ay önce Bilgi Altyapısı Görev Gücü'nü ("IITF") oluşturmuştur. Bu yapı, "insanların birbirleriyle yaşama, çalışma ve birbirleriyle etkileşim kurma yollarını tamamen değiştirecek" "iletişim ağları, bilgisayarlar, veritabanları ve tüketici elektroniğinden oluşan kusursuz bir ağ" olan Ulusal Bilgi Altyapısını geliştirmekten sorumluydu. Görev gücünün alt grupları arasında, telif hakkının bu yeni altyapıda oynayacağı role odaklanan Fikri Mülkiyet Hakları Çalışma Grubu da vardı. Bu Grubun oluşturulma amacı, elde edilen bulguları, çevrimiçi telif hakkını yöneten ulusal standartları karşılayacak federal mevzuata dönüştürmektir. 1994'te Çalışma Grubu, Yeşil Kitap olarak bilinen bir ön taslak raporu, sonrasında ise Beyaz Kitap olarak adlandırılan nihai raporu yayınladı. Bu rapor, Frena ve MAPHIA davalarını ölçüt alarak kullanıcıların telif hakkı ihlali bakımından izlenebilecek en iyi politikanın hizmet sağlayıcıyı sorumlu tutmak olduğunu belirtmiştir. Clinton Yönetimi daha sonra Beyaz Kitap'ı federal yasaya dönüşmesi için Kongre'ye sunmuş ancak Beyaz Kitap'ın yayınlanmasından sadece birkaç ay sonra alınan Netcom kararı, Clinton Yönetiminin çabalarına rağmen, ulusal standartların oluşmasında Frena kararından daha etkili olmuştur. Kongre açıkça Netcom'un yaklaşımını Frena'nın yaklaşımına tercih etmiştir. Bkz. Cotropia and Gibson, p. 1036-39.

⁷⁶ Gabison ve Buiten, s. 239.

⁷⁷ Peguera, "The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", s. 484.

1998'in sonlarında, ABD Kongresi, Dijital Binyıl Telif Hakkı Yasası ile 1976 tarihli Telif Hakkı Yasasındaki o zamana kadarki en kapsamlı revizyonları yasalaştırmıştır⁷⁸.

Hem CDA 230. bölümün hem de DMCA'nın ortak amacı içerik açısından zengin bir internet ortamını teşvik etmektir⁷⁹. DMCA'nın kabulü ile mahkemeler tarafından benimsenen farklı yaklaşımlar⁸⁰ giderilmeye, çevrimiçi hizmet sağlayıcılar ve telif hakkı sahipleri için tek tip, ulusal bir standart sağlanmaya çalışılmıştır⁸¹. ABD'deki kanun yapıcılar (benzer şekilde 2000 yılında Avrupa'dakiler de), fikri mülkiyet haklarının korunmasını engellemeden dijital ekonomiyi teşvik etmeyi amaçlayan bir dizi düzenlemeyi yasalaştırarak farklı paydaşlar arasında ortaya çıkan gerilimi çözmeye çalışmıştır⁸².

DMCA'nın sorumluluk bakımından ilk denge mekanizmasını oluşturan 1201 ve 1202. bölümleri, filigran, şifreleme ve diğer teknolojik koruma önlemlerinin kullanılması yoluyla telif hakkı sahiplerinin eserlerini yetkisiz erişim ve çoğaltmaya karşı koruma sunarken⁸³; 512.Bölümü internet hizmet sağlayıcıları için güvenli limanlar oluşturarak onları bazı koşullar altında kullanıcıların telif hakkı ihlaline karşı sorumluluktan korumaktadır⁸⁴. Ancak DMCA, çevrimiçi platformları her türlü sorumluluktan değil ferî sorumluluktan korumaktadır⁸⁵. DMCA'da oluşturulan dört güvenli liman, hangi davranışın telif hakkını ihlal ettiğini değil hangi davranışın telif hakkını ihlal etmediğini göstermekte; neyin

⁷⁸ David Nimmer, "Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act", *University of Pennsylvania Law Review*, 148.3 (2000), 673–742 (ss. 674–75).

⁷⁹ Gabison ve Buiten, s. 241.

⁸⁰ DMCA öncesi, çevrimiçi platformlar, sundukları hizmetlerin kullanıcıları tarafından telif hakkıyla korunan çalışmaları ihlal etmek için kullanılması neticesinde, dolaylı sorumluluk (vicarious), iştirak (contributory)sorumluluğu teorileri altında tutarlı olmayan kararlara maruz kalmıştır. Bkz. Harris'ten aktaran Gabison and Buiten, s. 241.

⁸¹ Gabison and Buiten, s. 241.

⁸² Farano, s. 3.

⁸³ Harris, s. 3.

⁸⁴ Bu koşullar, i) içeriğin iletiminin veya yönlendirilmesinin otomatik bir teknik süreç aracılığıyla yapılması, ii) hizmet sağlayıcının bu içeriğin alıcılarını seçmemesi, iii) hizmet sağlayıcının içeriği değiştirmemesidir. Bkz. Gabison ve Buiten, s. 245.

⁸⁵ Harris'ten aktaran Gabison and Buiten, s. 246.

çevrimiçi ihlal teşkil ettiğini belirleme konusundaki yetki ise federal mahkemelere bırakılmaktadır⁸⁶. DMCA kapsamında hizmet sağlayıcılar i) bu tür materyallerin sunucularında barındırdığını bilmeleri, ii) telif hakkıyla korunan materyalden doğrudan ve mali olarak faydalanmaları ve iii) bildirim üzerine telif hakkıyla korunan materyali hızlı bir şekilde kaldırmamaları veya erişimi engellememeleri halinde sorumlu tutulabilmektedir⁸⁷. DMCA'nın denge mekanizmasının son parçasını ise internet hizmet sağlayıcılarına, hizmetlerini ihlal teşkil eden içerikler için izleme yükümlülüğü getirmemesi oluşturmaktadır⁸⁸.

DMCA ile kurulan bu denge, internetin gelişmesinde yadsınamayacak bir rol oynamış, inovasyona ve başka türlü gelişemeyecek teknolojik şirketlerin doğuşuna önemli ölçüde katkıda bulunmuştur⁸⁹. Yargı alanına göre büyük farklılıklar gösteren adli standartların yerini alarak yasal ulusal birliği yaratmış ve bu sayede modern kültür ve ticareti domine eden kullanıcı tarafından oluşturulan içeriğe dayalı platformların önünü açmıştır⁹⁰.

II. AB

A. EC Direktifi' ne Genel Bir Bakış

Avrupa'daki kanun koyucular ABD'de olduğu gibi, fikri mülkiyet haklarının korunmasını engellemeden dijital ekonomiyi teşvik etmeyi amaçlayan bir dizi düzenlemeyi yasalaştırarak farklı paydaşlar arasında ortaya çıkan gerilimi çözmeye çalışmıştır⁹¹.

Bu kapsamda AB, EC Direktifi'ni 2000 yılında kabul ederek, internet hizmet sağlayıcılarının üçüncü taraf hukuka aykırı içerik ve faaliyetleri

⁸⁶ Cotropia ve Gibson, s. 1029.

⁸⁷ Gabison ve Buiten, s. 246.

⁸⁸ Harris, s. 4.

⁸⁹ Harris, s. 5.

⁹⁰ Sag'den aktaran Cotropia ve Gibson, s. 1029.

⁹¹ Farano, s. 3.

kapsamındaki sorumluluğu hakkında ilk temel yasal çerçeveyi oluşturmuştur. Bilgi toplumu hizmetlerinin üye devletler arasında serbest dolaşımını sağlamaya yönelik bu ilk düzenleme aynı zamanda, çevrimiçi ticari faaliyetlerin serbestleştirilmesi, ticari iletişim ve elektronik sözleşmeler, hizmet sağlayıcılar ve bunların sorumluluğu ile hukuka aykırı içeriğin kaldırılması ve erişimin engellenmesi için hızlı ve güvenilir prosedürlerin geliştirilmesine yönelik çerçeveyi sağlamaktadır.

EC Direktifi'nin üye devletlerde iç hukuka aktarma yolu ile uygulanabilecek yasal bir çerçeve sunması, doğrudan uygulanabilir bir federal yasa olan DMCA ile farklılık göstermektedir. Bu nedenle, iki düzenleme aynı kesinlik düzeyine sahip değildir. Özellikle, EC Direktifi, DMCA'dan farklı olarak, üye devletlerin yetki alanındaki usul kurallarını düzenlememektedir⁹².

EC Direktifi, aracılardan, üçüncü taraf hukuka aykırı faaliyetlerin sorumluluğundan hem hukuki hem de cezai düzeyde koşullu muaf oldukları güvenli limanlar oluşturmaktadır. Bu güvenli liman rejimi, aracılardan özellikle içerik denetimini hedefleyen düzenlemelerden koruyarak AB dijital pazarını önemli ölçüde şekillendirmiştir⁹³. Bu çalışmanın konusu gereği, he ne kadar EC Direktifi'nde aracılardan için oluşturulan güvenli liman hükümleriyle ilgili kısımlarına odaklanılmakta ise de aslında, adına rağmen EC Direktifi sadece ticari meseleleri değil, çok daha fazlasını düzenlemektedir. EC Direktifi'ne konu olan hizmetler, ifade özgürlüğü, kültürel çeşitliliği, telif hakkı meselelerini ve hatta serbest seçimleri etkilemektedir⁹⁴.

⁹² EC Direktifi üye devletlerin veya ana paydaşların takdirine bırakarak, detaylı bir prosedür tanımlamadığı uyarı kaldır sistemlerinde olduğu gibi, ihtiyati tedbir kararlarının koşulları ve detayları bakımından da ilgili ulusal hukuka yönlendirme yapmakta ve benimsemiş olduğu bu yaklaşımla büyük ölçüde ayrıntılı düzenlemelerin olduğu DMCA usulünden farklılaşmaktadır. Bkz. Farano, ss. 25–28.

⁹³ Amélie P. Heldt, “EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation”, içinde *Digital Platform Regulation: Global Perspectives on Platform Governance*, ed. Terry Flew ve Fiona R. Martin (Palgrave Global Media Policy and Business, 2022), ss. 69–84 (s. 70) <https://doi.org/10.1007/978-3-030-95220-4_4>.

⁹⁴ Joan Barata vd., *Unravelling the Digital Services Act package*, ed. Maja Cappello (Strasbourg: IRIS Special, European Audiovisual Observatory, 2021), s. 1.

Bir hizmet sağlayıcının, söz konusu içeriğin türü ne olursa olsun, aynı teknik faaliyeti yürüttüğü kabul edildiği için, EC Direktifi'nde her türlü hukuka aykırı içerik için geçerli olan yatay yaklaşım benimsenmektedir⁹⁵. Bu açıdan EC Direktifi, farklı içerik türlerine göre farklı sorumluluk rejimlerinin oluşturulduğu Amerika'nın dikey yaklaşımından⁹⁶ farklılaşmaktadır⁹⁷

Yatay yaklaşımın bir sonucu olarak EC Direktifi neyin hukuka aykırı kabul edildiğini tanımlamadan her türlü hukuka aykırı içerik bakımından uygulanmaktadır⁹⁸. “Hukuka aykırı içerik”, telif hakkı, ticari marka ve ticari sırların çevrimiçi ihlalleri; internet üzerinden sahtecilik ve yetkisiz paralel dağıtım; tüketici koruma ihlalleri, mahremiyet, iftira ve hakaret; veri koruma ihlalleri; nefret söylemi ve şiddete teşvik (ör. terörist içerik); çocuklara yönelik cinsel istismar materyalleri ve özel cinsel görüntülerin rıza olmadan ifşa edilmesi (intikam pornosu) de dahil olmak üzere, AB ve ulusal mevzuata aykırı olan çok çeşitli içerik kategorisini kapsamaktadır⁹⁹. Tüm bu hukuka aykırı içerik türleri, doğası, özellikleri ve zararları bakımından çok farklı olmasına rağmen, hepsinin aynı yasal çerçeveye tabi olmasını¹⁰⁰ sağlayan “tarafsızlık (neutrality)” ve “yataylık (horizontality)”, rejimin

⁹⁵ Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 482.

⁹⁶ ABD, i) fikri mülkiyet yasası, federal ceza yasası veya iletişim gizliliği yasası kapsamında sorumluluğa yol açmadıkları sürece, tüm hukuka aykırı üçüncü taraf içerik veya faaliyetleri için, çevrimiçi hizmet sağlayıcılara, CDA, sorumluluktan tam muafiyet sağlamış; ii) telif hakkı ihlaline yol açan üçüncü taraf içerik veya faaliyetleri için, aracılara DMCA şartlı muafiyet tarafından yönetilmiş; iii) telif hakkı yasası dışındaki fikri mülkiyet yasası, ceza hukuku, iletişim gizliliği yasası kapsamında sorumluluğa yol açan üçüncü taraf içerik veya faaliyetleri için, çevrimiçi hizmet sağlayıcılar, ilgili yasa veya içtihat hukuku kapsamındaki olağan sorumluluk rejimine tabi olmuştur. Bu kapsamda, telif hakkı dışındaki fikri mülkiyet hakkı ihlalleri- özellikle ticari marka- ile ilgili olarak, internet aracıları Avrupa'da EC Direktifi kapsamında sınırlı sorumluluk rejimine tabi iken ABD'de ya doğrudan ya da temsil (vicarious) veya iştirak (contributory) sorumluluğu teorisi kapsamında dolaylı sorumluluğa maruz kalmaktadır. Bkz. Farano, ss. 24-25.

⁹⁷ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 140.

⁹⁸ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, 2020, s. 163 <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-services-act>>.

⁹⁹ Tambiama Madiega, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, *European Parliamentary Research Service PE 649.404*, 2020, s. 10.

¹⁰⁰ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, 2017, s. 6.

başarısının anahtarı olarak kabul edilmektedir¹⁰¹. Mevcut düzenleme, tüm hukuka aykırı içerikler için sunduğu genel çözümlerle sınırlı olduğu için, vakaların maddi koşullarını dikkate almak, yargının takdirine bırakılmaktadır¹⁰²

Ancak Komisyon son yıllarda, sektöre ve soruna özel bir yaklaşımla, ilgili sağlayıcıları hukuka aykırı içerikle mücadele etmek için özel önlemler almaya mecbur bırakan düzenlemeler yapmaya başlamıştır¹⁰³. Bu doğrultuda EC Direktifi'nin tüm hukuka aykırı içerikle mücadelede benimsediği “uyar kaldır” rejiminin dışında, Komisyon 2016 tarihli bildiriminde, “farklı hukuka aykırı içerik kategorilerinin ihbar ve eylem prosedürleri açısından farklı politika yaklaşımları gerektirdiği” değerlendirmesinde bulunmuş; "kaldırma"dan daha esnek olan “bildirim ve eylem” mekanizmasını açıkça dile getirmiştir¹⁰⁴. Dolayısıyla genel kabul gören güvenli liman yaklaşımı özellikle nefret söylemi ile mücadele, şiddete teşvik suçunun önlenmesi ve dezenformasyonla mücadele gibi sebeplerle farklı şekillerde uygulanmaya başlanmıştır¹⁰⁵.

İnternet ortamının düzenlenmesine ilişkin ideal mevzuatın genel nitelikte çerçeve bir düzenlemeden ziyade, hukuki belirlilik ilkelerinin gözetilerek içeriğe hangi tekniklerle müdahale edileceğini belirginleştiren kazuistik düzenlemelerle yapılması gerektiği¹⁰⁶ göz önünde bulundurulduğunda, Komisyon tarafından benimsenen bu yaklaşım yerinde bir hamle olarak yorumlanabilmektedir.

¹⁰¹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 163.

¹⁰² Christina Joanna Angelopoulos ve Stijn Smet, “Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability”, *Journal of Media Law*, 8.2 (2016), 266–301 (s. 21).

¹⁰³ Anja Hoffmann ve Alessandro Gasparotti, “Liability for illegal content online Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a ‘Digital Services Act’”, *Centre for European Policy*, 2020, s. 17 <https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/hayek-stiftung.de/cepStudy_Liability_for_illegal_content_online.pdf> [erişim 28 Nisan 2022].

¹⁰⁴ Angelopoulos ve Smet, s. 4.

¹⁰⁵ Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, *Anayasa Yargısı*, 37.2 (2020), 159–203 (s. 164).

¹⁰⁶ Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 190.

EC Direktifi’ndeki “ev sahibi devlet kontrol ilkesi” veya “menşe ülke ilkesi” gereğince, bilgi toplumu hizmetleri sağlayıcıları, hizmetin erişilebilir olduğu üye devletin yasalarına değil kurulu bulundukları üye devletin yasalarına tabi olmaktadır (EC Direktifi Madde 3(1), Resital 22 ve 58¹⁰⁷). Bir başka deyişle, her üye devlet, kendi ülkesinde yerleşik (kurulmuş, merkezi bulunan) bir hizmet sunucunun sunduğu bilgi toplumu hizmetlerinin söz konusu üye devlette koordine alanlar kapsamına giren ulusal hükümlere uymasını temin etmektedir. EC Direktifi Madde 3(2)’ye göre üye devletler, koordineli alana girmesini öne sürerek, başka bir üye devletten bilgi toplumu hizmetleri sağlama özgürlüğünü kısıtlayamamaktadır. Bilgi toplumu hizmetine menşe ülke dışındaki bir ülkenin kuralları uygulanarak serbest dolaşımın kısıtlanması, EC Direktifi Madde 3(4) uyarınca ancak kamu yararının bulunması ve ilgili önlemler alınmadan önce Komisyon ve hizmetin menşe Üye Ülkesinin bilgilendirilmesi şartı ile yapılabilmektedir¹⁰⁸¹⁰⁹.

Üye devletlerin çevrimiçi hizmetleri farklı şekilde düzenlemesi, AB genelinde büyümek isteyen daha küçük şirketler için engeller yaratmış ve Avrupa vatandaşları için farklı koruma seviyeleri ortaya çıkarmıştır¹¹⁰. Dijital hizmetleri düzenleyen çok sayıda ulusal yasanın yürürlüğe girmesi, tek pazarın

¹⁰⁷ Her ne kadar resitaller bağlayıcı olmasa da ABAD içtihatları, hukuki bir düzenlemenin bağlamını ve amacını yansıttıkları için bir kararın sonucu bakımından resitalerin çok önemli olabileceklerini göstermektedir. Bkz. Miquel Peguera, “The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53.5 (2022), 681–84 (s. 683).

¹⁰⁸ Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu (Marka, Telif Hakkı ve Haksız Rekabet Kapsamında)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), s. 192.

¹⁰⁹ Bilgi toplumu hizmetlerinin özel bir izin rejimine tabi tutulması, EC Direktifi’nce yasaklanmıştır. Direktif uyarınca üye devletler, bir bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısının bu faaliyete başlamasının veya faaliyeti devam ettirmesinin önceden izin şartına veya eş etki doğuran başka bir şarta tabi tutulmamasını temin etmekle yükümlüdür (EC Direktifi Madde 4(1)). Özel olarak ve münhasıran bilgi toplumu hizmetlerini hedeflemeyen genel izin/lisans hükümleri ile telekomünikasyon hizmetleri bu yasaktan istisna tutulmuştur (EC Direktifi Madde 4(2)). Daha fazla bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 21.; Dolayısıyla izin sisteminin, bilgi toplumu hizmetlerini hedefleyip hedeflemediği belirlenmelidir. Daha fazla bilgi için bkz. Yusufoglu Bilgin, 187.

¹¹⁰ European Commission, “Questions and Answers: Digital Services Act”, 2020 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348> [erişim 27 Mart 2022].

parçalanmasına ve özellikle bu tür yasaların ülke dışı etkiye sahip olduğu durumlarda hizmet sunma özgürlüğünde kısıtlamalara neden olmuştur¹¹¹

Diğer yandan Direktif, sadece üçüncü bir ülkede yerleşik sağlayıcılar tarafından sunulan hizmetler için geçerli değildir¹¹². Her üye devlet, uluslararası ticaret anlaşmalarına uygun olması koşuluyla, üçüncü ülke hizmet sağlayıcılarına yönelik politikasını tanımlayabilmektedir¹¹³. Üye devletlerin bu sağlayıcılara göre politika oluşturması, yasal parçalanmaya yol açan bir diğer etkidir ve bu durum da hukuka aykırı içerikle mücadeleyi zorlaştırmaktadır¹¹⁴. Kullanıcıları çevrimiçi ortamda etkin bir şekilde korumak ve AB merkezli hizmet sağlayıcıların rekabet açısından dezavantajlı olmasını önlemek için, düzenleyici müdahalenin kapsamını AB dışında kurulmuş ancak faaliyetleri tek pazarı etkileyen hizmet sağlayıcıları kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir¹¹⁵.

B. EC Direktifi'nden DSA'ya Geçiş

DTP Strateji'sine göre, EC Direktifi'nin aracı hizmet sağlayıcılara aracılık yaptıkları içerik üzerinde pasif konumda oldukları müddetçe sağladığı şartlı koruma sayesinde Avrupa'da internet ortamı gelişebilmiş¹¹⁶, birçok yeni hizmet ortaya çıkabilmiş¹¹⁷, aracı hizmet sağlayıcılar dâhil tüm platformlar Avrupa'da serbestçe

¹¹¹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 Final, Part 1, 2020, para. 117–118 <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-services-act>>.

¹¹² "Menşe ülke" ilkesinin uygulanması göz önüne alındığında, ISS sağlayıcısının kurulduğu ve düzenlendiği üye devlet ile ISS'nin sunulduğu üye devlet arasında etkili bir işbirliği kilit öneme sahiptir. ISS'nin sunulduğu üye devleti, menşe ülke ilkesini askıya almak ve ISS sağlayıcısını düzenlemek isterse EC Direktifi ayrıca prosedürel koşulları da sağlar. Detaylı bilgi için bkz.: de Streel ve Husovec. s.18.

¹¹³ Commission of the European Communities, *E-Commerce and Financial Services*, 07.02.2001, COM(2001) 66 final, 2001, s. 6 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0066:FIN:EN:PDF>> [erişim 3 Eylül 2022].

¹¹⁴ Hoffmann ve Gasparotti, s. 37.

¹¹⁵ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1, par. 128.

¹¹⁶ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 25.

¹¹⁷ DSA Resital 16.

faaliyette bulunabilmiştir¹¹⁸. Bu koruyucu yaklaşım sayesinde dijital ekonomi, büyüme, yenilik ve istihdam yaratmanın temel itici gücü haline gelmiştir¹¹⁹

Dijital hizmetler ortamının evrimi, güçlü ağ etkilerinden yararlanan ve iş modeli, profil oluşturma amacıyla kullanıcı verilerinin sürekli olarak ayrıştırılmasına ve analizine dayanan büyük çevrimiçi platformların ortaya çıkmasıyla karakterize edilmiştir¹²⁰.

Başlangıçta, bazı büyük aktörler, her ne kadar bilgi paylaşımı ve çevrimiçi ticaret için yarı kamusal alanlar olarak ortaya çıkmış¹²¹ ve konuşmayı demokratikleştirmiş¹²² olsa da zamanla kullanıcı katılımını artırmaya ve içeriği viral olarak yaymaya yönelik çok yönlü tekno ticari yapılara dönüşmüştür¹²³.

Çevrimiçi platformların, meşru ve sosyal açıdan faydalı amaçlar için kullanımının yanı sıra hukuka aykırı bilgi ve faaliyetlere aracılık etme ve bunları yaymadaki rolleri de artmıştır¹²⁴. Çevrimiçi platformların öneri mekanizmaları, belirli mesajların güçlendirilmesinde, bilginin viral yayılmasında ve çevrimiçi davranışın teşvik edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır¹²⁵.

Yıllar boyunca, aracı veya barındırma rollerini vurgulamalarına rağmen¹²⁶ algoritmaların, gerçeğe öncelik vermek yerine dezenformasyonu yayması¹²⁷, yanıltıcı içeriklerin, yabancı düşmanlar, yerel aşırılık yanlısı gruplar ve diğer

¹¹⁸ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 23.

¹¹⁹ Farano, s. 4.

¹²⁰ Ilaria Buri ve Joris van Hoboken, “The Digital Services Act (DSA) Proposal: A Critical Overview”, *Digital Services Act (DSA) Observatory*, 2021, s. 4 <https://dsa-observatory.eu/wp-content/uploads/2021/11/Buri-Van-Hoboken-DSA-discussion-paper-Version-28_10_21.pdf> [erişim 23 Temmuz 2022].

¹²¹ European Commission, “Questions and Answers: Digital Services Act”.

¹²² Cooke, s. 361.

¹²³ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 8.

¹²⁴ DSA Resital 5.

¹²⁵ DSA Resital 70.

¹²⁶ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 7.

¹²⁷ Herbert Raymond McMaster, *Battlegrounds: The Fight to Defend the Free World* (New York: HarperCollins, 2020), s. 47.

aktörler tarafından pekiştirilmesi¹²⁸, platformların insan doğasının olumsuz yönünden¹²⁹ faydalanmayı tercih ederek kullanıcıları profillemesi ve giderek daralan kategorilere ayırması¹³⁰, toplumların atomizasyonunu artırmış ve demokrasilere zarar vermiştir.

Yakın geçmiş, özellikle barındırma hizmetleri ve daha özel olarak Twitter ve Facebook gibi sosyal medya, YouTube ve TikTok gibi video paylaşım gibi hizmetlerin, otokrasilere karşı ayaklanmaların örgütlenmesinde (Arap Baharı), seçimlerin yürütülmesinde (ABD başkanlık seçimleri), kamu sağlığı krizleriyle mücadelede (COVID-19 pandemisi) ve devletler arası savaşın halkla ilişkiler boyutunda (Rusya'nın Ukrayna'yı işgali) kilit rol oynayabileceğini göstermiştir¹³¹.

Özellikle kamu güvenliğine veya kamu sağlığına yönelik ciddi bir tehdit oluşturabilecek olağanüstü durumların ortaya çıktığı kriz hallerinde (silahlı çatışmalar, deprem ve kasırga gibi doğal afetler, salgın hastalıklar ve halk sağlığına yönelik diğer ciddi sınır ötesi tehditler vs.), bazı çevrimiçi platformların rolü daha da önemli hale gelmiştir¹³².

¹²⁸ Frank Hernandez, "The Threat of Social Media to Society and National Security: A Call for Social Media Policy and Legislation", içinde *Culture & Crisis: Reconciling Constitutionalism and Federalism in a Time of Crisis* (Lynchburg, Virginia, 2021), s. 13 <https://digitalcommons.liberty.edu/hsgconference/2021/conference_papers/16/>.

¹²⁹ Davranış bilimleri, insanların önceden var olan tutumlarını doğrulayan bilgileri tercih ettikleri (seçici maruz kalma), inançlarıyla tutarlı bilgileri diğerlerinden daha ikna edici gördükleri (onay yanlılığı) ve kendilerini tatmin eden bilgileri kabul etmeye eğilimli olduğunu göstermektedir (cazibe yanlılığı). Bkz: David M.J. Lazer vd., "The science of fake news: Addressing fake news requires a multidisciplinary effort", *Science*, 359.6380 (2018), 1094–96 (s. 1095) <<https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.aao2998>> [erişim 8 Nisan 2022]. Bireylerin bu tutumları, ideolojik olarak homojen gruplar (topluluklar) halinde bir araya gelme eğilimine neden olmaktadır. Bkz: Vese, s. 503.

¹³⁰ Yael Eisenstat, "Dear Facebook, this is how you're breaking democracy," TED.com, August 2020, https://www.ted.com/talks/yael_eisenstat.

¹³¹ Folkert Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", SSRN, 2022, s. 2 <<https://doi.org/10.2139/SSRN.4304586>>.

¹³² İstisnai ve acil durumlar için tasarlanmış kriz müdahale mekanizması kapsamında sağlayıcılar tarafından alınabilecek önlemler hakkında bkz. DSA Resital 91 ile Madde 36.

Bu yapıların ekonomi ve toplum açısından teşkil ettikleri riskler, içerik yönetimini kaçınılmaz hale getirmiştir¹³³. Ancak sorun, hukuka aykırı veya zararlı içeriği düzenlemekten daha değişken olduğu için kapsamlı bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmuştur¹³⁴.

Kullanıcıların bu platformlar için yalnızca pasif tüketicilerden esasen bu platformların sattığı ürünü (verileri) üreten taşeron işçiler haline gelmesi¹³⁵, platformların son kullanıcıları manipülasyon nesneleri ve reklamcılara satılan bir ürün olarak görmesi¹³⁶, kullanıcıların çevrimiçi ortamda etkin bir şekilde korunmasını ve dijital şirketlerin son kullanıcılarına karşı üstlendikleri yükümlülüklerin düzenlenmesini¹³⁷ gerektirmiştir.

2000 yılında Facebook, YouTube ve iPhone'ların olmadığı bir dünyada ortaya çıkan sorunlara düzenleyici bir yanıt sunan EC Direktifi¹³⁸, bu evrimin ihtiyaçlarına cevap verme noktasında yetersiz kalmaya başlamıştır. Buna ek olarak, EC Direktifi'ne yönelik içtihatların karmaşık ve davaya özel yapısı, ulusal mahkemelerin bu tür içtihatları farklı şekillerde yorumlamasına¹³⁹ ve çevrimiçi aracılık faaliyetleri ile ilgili olarak AB genelinde yasal bir parçalanmaya neden olmuştur.

¹³³ Jack M. Balkin, “How to Regulate (and Not Regulate) Social Media”, *Journal of Free Speech Law*, 1 (2019), 71–96 (s. 74) <<https://doi.org/10.2139/SSRN.3484114>>.

¹³⁴ Judit Bayer, “Between Anarchy and Censorship: Public discourse and the duties of social media.”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 2019-03, 2019 <<https://www.ceps.eu/ceps-publications/between-anarchy-and-censorship/>> [erişim 10 Şubat 2022].

¹³⁵ Lucy P. Marcus, “Facing Facebook’s Responsibility”, *The Daily Star*, 2018 <<https://www.thedailystar.net/opinion/project-syndicate/facing-facebooks-responsibility-1576765>> [erişim 16 Mart 2022].

¹³⁶ Balkin, s. 92.

¹³⁷ Sosyal medya şirketleri de dahil olmak üzere dijital şirketlerin son kullanıcılarına karşı üstlendikleri yükümlülüklerin düzenlenmesine yönelik önerilen yaklaşımlardan biri Bilgi Vekilliği Modelidir (Information fiduciary, güvene dayalı model). Bu yaklaşımda, şirketlerin verilerini topladıkları kişilere karşı üç temel görevi vardır: özen yükümlülüğü, gizlilik yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğü. Detaylı bilgi için bkz. Balkin, syf 92.

¹³⁸ Barata vd., s. 1.

¹³⁹ Hoffmann ve Gasparotti, s. 38.

Bu nedenle, dijital ekosistem için daha etkili ve tutarlı bir yasal çerçeve sunacak şekilde EC Direktifi'ni modernize edecek, hukuka aykırı içerikle mücadeleyi iyileştirecek güncel bir yasal çerçeveye ihtiyaç duyulmuştur.

İnovasyonu kolaylaştıran ve tüketicinin korunması da dahil olmak üzere Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hakların etkin bir şekilde korunduğu, güvenli, öngörülebilir ve güvenilir bir çevrimiçi ortam için uyumlaştırılmış kurallar belirleyerek aracılık hizmetlerine ilişkin iç pazarın sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla¹⁴⁰ AB, DSA'yı kabul etmiştir¹⁴¹. DSA, EC Direktifi'nin uygulanmasına hanel getirmemektedir¹⁴².

C. DSA' ya Genel Bir Bakış

DSA platformları parçalamayı değil, Dijital Tek Pazarda yasal kesinliği artırmayı ve temel özgürlükleri daha iyi korumak adına ortak bir Avrupa kuralları silsilesi oluşturarak¹⁴³ güvenli ve hesap verebilir bir dijital ortam kurmaya çalışmaktadır¹⁴⁴. EC Direktifi'nde temel haklardan yalnızca birkaç kez vurgu yapılırken, DSA'da bunlar amaç haline getirilmektedir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ DSA Madde 1(2).

¹⁴¹ Avrupa Komisyonu, Aralık 2020'de DSA teklifini sunmuş; Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 23 Nisan 2022'de DSA'da ortak anlaşmaya varmış; 5 Temmuz 2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu DSA'yı onaylamış; 19 Ekim 2022 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yasayı resmi olarak kabul etmiş; 27 Ekim 2022 tarihinde nihai metin AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Yayımlanmayı takip eden yirminci günde yürürlüğe giren Yasa, 17 Şubat 2024 tarihinden itibaren de uygulanacaktır (16 Kasım 2022'den itibaren geçerli olacak kısımları için bkz. DSA 93 (2) Madde.). Yasanın Şubat 2024'te tam olarak uygulanacağı düşünüldüğünde, yeni kuralların uygulamadaki net etkileri ancak zaman içinde belirginleşecektir. Bkz. Wilman, 2022, p. 1.

¹⁴² DSA Madde 2(3) ile Resital 9; DSA, EC Direktifi'nin aracı sorumluluğuna ilişkin 12 ile 15 arasındaki maddelerini yürürlükten kaldırmıştır. Bu maddelere yapılan atıflar DSA'nın sırasıyla 4,5, 6 ve 8. Maddelerine yapılmış sayılmaktadır. Bkz. DSA Madde 89; DSA'nın hanel getirmedeği diğer AB düzenlemeleri için bkz. DSA Madde 2(4) ile Resital 10-11.

¹⁴³ Heldt, s. 72.

¹⁴⁴ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 8.

¹⁴⁵ Folkert Wilman, "The EU's system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 12.3 (2021), 317-41 (s. 334).

Ulusal aktarımlar arasında farklılıkları önleyerek tek tip bir koruma düzeyi sağlamak¹⁴⁶, doğrudan uygulanabilirlikle yeksenaklığı yakalamak için DSA, yasa (regulation) formunda oluşturulmuştur¹⁴⁷. Bu şekilde DSA, üye devletler tarafından herhangi bir iç hukuka aktarma süreci olmaksızın AB içindeki tüm yargı alanlarında geçerli olacaktır (EC Direktifi'nin aksine¹⁴⁸)¹⁴⁹.

Üye devletlerin, DSA'nın doğrudan ve yeknesak uygulamalarına zarar vermemesi için DSA'da açıkça belirtilmedikçe, kanun kapsamına giren hususlarla ilgili ek ulusal şartlar oluşturmaması gerekmektedir¹⁵⁰. Çünkü DSA Resital 155'te belirtildiği gibi, DSA ile hedeflenen amaçlar (iç pazarın düzgün işleyişi ve Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel hakların gerektiği gibi korunduğu güvenli ve öngörülebilir bir çevrimiçi ortamın sağlanması), üye devletlerin tek başına hareket etmesiyle değil, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5. Maddesinde belirtilen yetki devri ilkesine (ikincilik ilkesi) uygun tedbirler alınarak Birlik düzeyinde uyum ve iş birliğinin gözetilmesiyle¹⁵¹ gerçekleştirilebilecektir.

¹⁴⁶ Aina Turillazzi vd., "The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications", SSRN, 2022, s. 2 <<https://ssrn.com/abstract=4007389>> [erişim 23 Temmuz 2022].

¹⁴⁷ Peguera, "The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act", s. 682.

¹⁴⁸ EC Direktifi'nin uygulanabilmesi için üye devletlerce özel bir yasayla iç hukuka aktarılması, Direktifin yeknesak şekilde uygulanmasını engellemiş, bu durum ise sınıraşan elektronik ticaretin önünde önemli bir engel teşkil etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 23.; DSA'nın kabul edilmesinde, üye devletlerin aracılık hizmetlerine ilişkin kendi ulusal mevzuatını giderek daha fazla benimsemelerinin AB iç pazarını olumsuz etkilemesine karşın AB'nin düzenlemeleri uyumlu hale getirmeye yönelik önlemler almasına izin veren TFEU'nun 114. maddesi etkili olmuştur. Bkz. Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 2.

¹⁴⁹ Heldt, s. 77.

¹⁵⁰ DSA Resital 9.

¹⁵¹ Bilgi toplumu hizmetleri için bir iç pazar sağlanması amacıyla bu alandaki yasal müdahaleler, TFEU 53(1) ve 62. maddelerine (yerleşme ve hizmet sunma özgürlüğü), 114. maddeye (iç pazarın iyileştirilmesine yönelik kanunların uyumlaştırılması) dayandırılabilir. 53(1) ve 62 maddeleri sadece Direktiflerin kabulüne izin vermekten 114 Kanun şeklinde düzenlemeye de izin vermektedir. TFEU'nun 53(1) ve 62. maddeleri, üye devletlerde hizmetlerin kurulması ve sağlanmasına ilişkin düzenlemelerde belirlenen hükümlerin koordinasyonuna yönelik tedbirleri sağlarken, TFEU'nun 114. maddesi, iç pazarın kurulması ve işleyişi olan üye devletlerde yasa, tüzük veya idari eylemlerle belirlenen hükümlerin yakınlaştırılmasına yönelik kriterleri düzenlemektedir. Bkz: European Commission, *DSA Impact Assessment, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1*, par. 126. Bu madde, ABAD'ın yerleşik içtihadına göre, üye devletler tarafından düzenlenmiş farklı hükümlerin temel özgürlüklere ve dolayısıyla iç pazarın işleyişine engel teşkil etmesini önlemeye yönelik tedbirleri sunmaktadır. Ayrıca, iç pazarın arzulan hedefine ulaşması için gerekli olduğunda, sunulan hizmet iç pazarı etkilediği durumlarda, AB bölgesi dışındaki yerleşik hizmet

DSA kapsamındaki hususlarla ilgili olarak açıkça belirtilmedikçe ek ulusal şartlar oluşturma yasağı nedeniyle, her üye devletin, kendi ulusal kanununun buna meydan verip vermediğini tespit etmesi ve eğer öyleyse, bunları değiştirmesi veya yürürlükten kaldırması gerekmektedir¹⁵². Ancak bu, aracılık hizmeti sağlayıcıları için geçerli olan Birlik hukukuna uygun diğer ulusal mevzuatın (EC Direktifi ve özellikle 3 üncü maddesi dahil), DSA'nın takip ettiğinden başka bir meşru kamu yararını güttüğü durumlarda uygulanmasını engellemektedir¹⁵³.

Bu durum ise EC Direktifi'nin 3 üncü maddesinde belirtilen menşe ülke ilkesinin uygulanmaya devam ettiği anlamına gelmektedir. Ancak DSA'nın bir dizi önemli konuyu Avrupa düzeyinde kapsamlı bir şekilde düzenlemesinin ulusal mevzuatın temas edebileceği noktaları önemli ölçüde sınırlandırması, bir bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının, belirli istisnalar dışında, yalnızca yerleşik olduğu üye devletin ulusal kurallarına tabi olacağını belirten Madde 3'ün pratik önemini azaltmaktadır¹⁵⁴. Ayrıca, DSA her ne kadar AB çapında geçerli olan bir dizi yeknesak kurallar dizisi getirmekte ise de bu kurallardan bazılarının uygulanışı, bir dereceye kadar ilgili üye devletin tasarrufuna bağlı olarak değişecektir¹⁵⁵.

DSA, Birlik içerisinde yerleşik olan ya da ikamet eden hizmet alıcılarına hizmet sunan araçlara, araçların yerleşim yerine bakılmaksızın uygulanmaktadır¹⁵⁶. Bu yönüyle DSA, EC Direktifi'nden önemli ölçüde

sağlayıcılara yönelik yükümlülükler getirmek için de kullanılabilir. Bkz: European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 116.

¹⁵² Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 19.

¹⁵³ DSA Resital 9.

¹⁵⁴ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 3.

¹⁵⁵ Örneğin hangi bilgilerin "hukuka aykırı içerik" olarak kabul edileceği (DSA Madde 3 (h)) ve aracılık hizmeti sağlayıcılarının buna karşı nasıl ve ne zaman harekete geçme emri (DSA Madde 9) verilebileceği konusunda ulusal hukuk belirleyici olmaktadır. Bunun dışında üye devlete göre değişkenlik gösterebileceği muhtemel görülen düzenlemeler arasında "mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu (DSA Madde 21)", "güvenilir işaretçiler (DSA Madde 22)", "atanmış araştırmacılar (DSA Madde 40)" yer almaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 19.

¹⁵⁶ DSA Madde 2(1); AB içerisinde yerleşik olmayan hizmet sağlayıcıların Birlik içine hizmet sunup sunmadığını tespit etmede gözetilen kriterler için bkz. Bölüm 3.I.A.

farklılaşmaktadır¹⁵⁷. Bu, AB kullanıcılarını hukuka aykırı içeriğe karşı daha iyi korumaya yardımcı olan önemli bir değişikliktir¹⁵⁸.

DSA'nın kuruluş yeri veya konumu ne olursa olsun AB'ye hizmet sunan tüm aracılık hizmetlerine uygulanması, AB'ye hizmet sunan şirketlerin lehine gibi görünse de, Avrupa dijital pazarını daha az çekici hale getirme riskini de taşımaktadır¹⁵⁹. Diğer yandan GDPR örneğinde olduğu gibi, DSA'nın Brüksel etkisi doğurması, diğer ülkelerin dijital hizmetleri düzenlemesi için bir örnek teşkil etmesi ve dijital hizmetlerin AB dışındaki yönetimi de şekillendirilmesine katkıda bulunması muhtemel görünmektedir¹⁶⁰. Ancak bu noktada, Temel Haklar Şartına saygı gösterilmesi ve sivil toplum gruplarının ve araştırmacılarının uygulama sürecine dahil edilmesi, DSA'nın AB dışındaki mevzuat için olumlu bir model olmasını sağlamak için önemlidir¹⁶¹.

DSA, AB iç pazarında aracılık hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin uyumlaştırılmış kuralları ortaya koymaya yönelik, i) aracı hizmet sağlayıcılarının sorumluluktan koşullu muaf oldukları hallere yönelik bir çerçeve; ii) aracı hizmet sağlayıcılarının belirli kategoridekilerine yönelik özen yükümlülüğüne (due diligence) ilişkin kurallar; iii) yetkili makamlar arasındaki iş birliği ve koordinasyon da dahil olmak üzere uygulamaya ilişkin kurallar getirmektedir¹⁶².

DSA'nın aracı hizmet sağlayıcıların sorumluluktan koşullu muaf olmalarına yönelik kuralları, EC Direktifi'nde olduğu gibi her türlü hukuka aykırı içerik bakımından her türlü sorumluluktan muafiyet için getirilmektedir. DSA da EC

¹⁵⁷ EC Direktifi'ndeki "menşe ülke ilkesi" gereğince Direktif, AB ülkelerinden birinde yerleşik olan hizmet sağlayıcılarına uygulanmakta idi.

¹⁵⁸ Wilman, "The EU's system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act", s. 335.

¹⁵⁹ Turillazzi vd., s. 3.

¹⁶⁰ Turillazzi vd., s. 16.

¹⁶¹ Electronic Frontier Foundation, "DSA/DMA Adoption: Our Analysis", 2022 <<https://www.eff.org/pages/dsadm-a-adoption-our-analysis>> [erişim 28 Temmuz 2022].

¹⁶² DSA Madde 1(2).

Direktifi gibi sorumluluğu tayin etmekten ziyade, sorumsuzluğu gerektiren bir durumun olup olmadığını tespit etmede bir filtre görevi görmektedir¹⁶³.

Bu yatay ve kapsayıcı yaklaşım, hukuka aykırı içerik tanımı bakımından da korunmaktadır. EC Direktifi'nde hukuka aykırı içerik tanımı yer almazken, DSA'nın 3 (h) maddesinde hukuka aykırı içeriğin, ürünlerin satışı veya hizmetlerin sağlanması dahil olmak üzere, kendi başına veya bir faaliyetle ilgili olarak, yasanın konusu veya niteliğine bakılmaksızın, Birlik hukuku veya herhangi bir üye devletin hukuku ile uyumlu olmayan herhangi bir bilgi anlamına geldiği ifade edilmektedir. Bu manada hukuka aykırı içerik, yürürlükteki yasaya göre hukuka aykırı sayılan (hukuka aykırı nefret söylemi, terörist içerik gibi) veya yürürlükteki kuralların, hukuka aykırı faaliyetlerle ilgili olmasından ötürü hukuka aykırı kıldıkları olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla DSA genel olarak neyin hukuka aykırı sayılacağına dair somut bir tanım vermekten kasıtlı olarak kaçınmakta, hukuka aykırı içeriğin kapsamı ve özünün tanımı DSA metninde değil, sektör spesifik, ulusal veya AB düzeyindeki mevzuatta yer almaktadır¹⁶⁴.

Hukuka aykırı içerik bakımından rehberlik sunan Resital 12'de, "hukuka aykırı içerik" kavramının, çevrimdışı ortamda mevcut kuralları geniş bir şekilde yansıtması ve özellikle, hukuka aykırı içeriğin, ürünler, hizmetler ve faaliyetlerle ilgili bilgileri kapsayacak şekilde tanımlanması gerektiği vurgulanmaktadır.

Hukuka aykırı içerik tanımının çok geniş olması, birçok alanı kapsaması ve ayrıca bir üye devletten diğerine farklılık gösterebilmesi nedeniyle yorumlanmasındaki zorluk, hem AB mevzuatı hem de ulusal mevzuat hakkında yüksek düzeyde uzmanlık ve kapsamlı bir bilgi gerektirdiği için, bir hizmet sağlayıcının bunu nasıl yorumlayabileceği sorununu tekrar gündeme getirmektedir¹⁶⁵.

¹⁶³ DSA Resital 17.

¹⁶⁴ Joan Barata, Oliver Budzinski and Alexandre de Streel, ss.13-16.

¹⁶⁵ Päivi Korpisaari, "From Delfi to Sanchez – when can an online communication platform be responsible for thirdparty comments? an analysis of the practice of the ECtHR and some reflections

Bunun dışında hukuka aykırı olmayan ya da en azından hukuka aykırı olması şart olmayan “zararlı” içerik tanımının, ifade özgürlüğünün korunması bakımından ciddi sonuçları olan hassas bir alan olmasında ötürü, DSA kapsamında tanımlanmaması ve bunların yükümlülüklerle tabi olmaması gerektiği konusunda genel bir uzlaşma bulunmaktadır¹⁶⁶. Buna paralel olarak DSA, “zararlı” içerik, bilgi veya faaliyeti tanımlamamaktadır. Hukuki bir yasağı ihlal etmeyen içeriğe yönelik tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağı, birlik yönergeleri/standartlar yolu ile aracı hizmet sağlayıcının takdirine bırakılmaktadır¹⁶⁷.

DSA’da “çevrimiçi platform¹⁶⁸” ve bununla bağlantılı olarak “çok büyük çevrimiçi platformlar (veya VLOPs)” ile “çevrimiçi arama motoru” ve bununla bağlantılı olarak “çok büyük çevrimiçi arama motorları (veya VLOSEs)” yeni aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁹. Aracı hizmet sağlayıcıların farklı kategorilere ayrıştırılması, DSA’nın kapsam olarak EC Direktifi’nden daha geniş olduğunu göstermektedir. DSA, farklı çevrimiçi aracı kategorileri için bu yapıların çevrimiçi ekosistemdeki rollerine, boyutlarına ve etkilerine göre farklı yükümlülükler öngörmektedir (Bkz. Bölüm 3.II.)¹⁷⁰.

III. Ara Değerlendirme

İnternet araçlarına hukuka aykırı içerikten ötürü "geniş muafiyet" tanıyan CDA ile "koşullu sorumluluk" yaklaşımını benimseyen DMCA, aracı sorumluluğuna ilişkin öncül düzenlemeler olması nedeniyle AB de dahil birçok

on the digital services act”, *Journal of Media Law*, 2022, 1–26 (ss. 23–24) <<https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2148335>>.

¹⁶⁶ Korpisaari, s. 5.

¹⁶⁷ Heldt, s. 73.

¹⁶⁸ Çevrimiçi platformlar hakkındaki incelemeler için bkz. Bölüm 3.I.A.

¹⁶⁹ Çevrimiçi arama motoru için bkz. DSA Madde 3 (j); VLOP ve VLOSE’lar için bkz. DSA Madde 33 ve Resital 76; Aracı hizmet sağlayıcılarının dışında bu iki yapıya (çevrimiçi platform ile VLOPs; çevrimiçi arama motoru ile VLOSEs) yönelik ayırım, hizmetin doğasından değil aylık aktif kullanıcı sayısından (yapının büyüklüğünden) kaynaklanmaktadır. Bkz. Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 3.

¹⁷⁰ Tambiama Madiega, “Digital Services Act”, *European Parliamentary Research Service PE 689.357*, 2021, s. 5.

yasal rejimi şekillendirmede etkili olmuştur. Bu düzenlemeleri ise hizmet sağlayıcıların sorumluluğu meselesiyle karşılaşılan ilk davalarda mahkemeler tarafından geliştirilen yaklaşımlar şekillendirmiştir. Her ne kadar hizmet sağlayıcının sorumluluğu meselesiyle karşılaşılan ilk davalardan biri olan 1991 tarihli Cubby. v CompuServe davası, hakaret suçu kaynaklı olsa da, CDA ve DMCA'yı şekillendiren kararların çoğunlukla telif kaynaklı ihlallerden geldiği görülmektedir.

Bunda, internetin yayılması ile telif ile korunan içeriklerin sirkülasyonunun artması; bireylerin, elde ettiği bilgi işlem gücü ile ihlal becerisi kazanması; bilgisayar ağlarının, telif hakkı ihlallerini diğer bilgi yayma yöntemlerine göre daha kolay, daha ucuz ve daha güvenli hale getirmesi sonucunda hak sahiplerinin uğradığı büyük ölçekli zararların önemli bir payı vardır.

DMCA'ya giden sürecin önemli bir basamağını oluşturan 1996 tarihli CDA, hizmet sağlayıcının filtreleme yapmasından ötürü editoryal kontrol uyguladığı gerekçesiyle sorumlu tutulduğu New York Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihli Stratton Oakmont v. Prodigy kararına tepki olarak kabul edilmiş ve hizmet sağlayıcılara “geniş muafiyet”ler vermiştir.

Ancak CDA'nın, fikri mülkiyet yasası kapsamında gerçekleşen ihlalleri dışarıda tutmasının telif hakları bakımından yarattığı boşluk, benzer konularda farklı tutumların izlendiği mahkeme kararlarıyla büyük bir çıkmaz oluşturmuştur. CDA'nın aracılara verdiği tam korumayla gelişen dijital ortam, telif hakları bakımından tehdit haline gelmiştir. Bu durum dijital ortamların telif hakları bakımından güvenli hale getirilmesini ve bu iki alanın birbirini destekleyecek şekilde birbirini engellemeden düzenlenmesini zaruri hale getirmiştir.

ABD Anayasasında da ifade bulduğu üzere, faydalı sanatların toplumsal ve ekonomik gelişme sağlaması ancak eser sahibini teşvik edecek korumaların, toplumun eserden faydalanmasını engellemeyecek bir dengede tutulması ile

mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda hizmet sağlayıcının sorumluluğu hakkında detaylı incelemelerin yapıldığı Netcom davasının kurallar silsilesine çevrildiği DMCA Kongre tarafından kabul edilmiştir.

Avrupa'daki kanun koyucular, ABD'de olduğu gibi, farklı paydaşlar arasında ortaya çıkan gerilimi dengelemeye çalışan bir dizi düzenlemeyi yasalaştırarak dijital ekonomiyi teşvik etmeyi amaçlamıştır. Bu amaçla, 2000 yılında EC Direktifi'ni kabul ederek bilgi toplumu hizmetlerinin üye devletler arasında serbest dolaşımını sağlamaya yönelik yasal çerçeveyi oluşturmuştur. Direktif'in hizmet sağlayıcıları hem hukuki hem de cezai sorumluluktan koşullu muaf tutuldukları güvenli liman korumaları, araçları özellikle içerik denetimini hedefleyen düzenlemelerden koruyarak AB dijital pazarının gelişmesine katkıda bulunmuştur.

AB dijital pazarının nasıl gelişeceğini henüz tahmin edilemediği dönemlerde birer zaruret olan çerçeve düzenlemeler, zaman içerisinde, yetersiz gelmeye başlamış; hizmet sağlayıcıların yeni fonksiyonlarını yansıtacak yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Çerçeve düzenlemeleri, hem internet ortamının nüanslarına cevap verebilecek nitelikli düzenlemelere yükseltmek hem de Birlik genelinde tutarlı uygulamalar geliştirmek amacıyla DSA kabul edilmiştir. İçerik bakımından zengin bir interneti teşvik etmenin ve inovasyonun gelişmesini sağlamanın, ancak, dönemlerin kendi ihtiyaçlarına cevap verecek düzenlemelerle mümkün olabileceği görülmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

EC DİREKTİFİ'NDE HİZMET SAĞLAYICILARA UYGULANAN SORUMLULUKTAN MUAFİYET REJİMİ

Bu bölümde, hizmet sağlayıcıların EC Direktifi'nin güvenli liman korumalarından faydalanması için sağlaması gereken koşullar ve bu koşullar hakkındaki tartışmalar değerlendirilmektedir.

I. Bilgi Toplumu Hizmeti Sunma

EC Direktifi Madde 2(b) hizmet sağlayıcıyı, "bilgi toplumu hizmeti" sunan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlamaktadır. Sorumluluk muafiyetine ilişkin kurallar, "bilgi toplumu hizmetleri" için geçerli olmasından ötürü¹⁷¹, öncelikle bilgi toplumu hizmeti ve unsurlarının incelenmesi gerekmektedir.

Bilgi toplumu kavramı ilk olarak Daniel Bell tarafından üretimin konusunun mallardan bilgiye ve hizmetlere kaydığı sanayi sonrası toplumunu ve bunun ileriye dönük sonuçlarını ortaya koymak için tanımlanmıştır¹⁷²

Bilgi toplumu hizmetlerinin tanımı AB Birlik Hukuku'nda mevcuttur (EC Direktifi Resital 17). Bilgi toplumu hizmetlerinin AB mevzuatında düzenlenmesi ile hem AB yetki alanına alınmış hem de bilgi toplumu hizmetlerinin, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) Madde 59 ve 60 uyarınca serbest dolaşım¹⁷³ ilkesinden faydalanması netlik kazanmıştır¹⁷⁴.

¹⁷¹ Bkz. EC Direktif Madde 2 (a) ve Resital Bkz. 5.

¹⁷² Elif Oğuz, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Acenteliğin Uygulama Alanı Kapsamındaki Çevrimiçi Aracılar* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022), s. 56, dñn. 170.

¹⁷³ Bilgi toplumu hizmetine menş e ÷lke dışındaki bir ÷lkenin kuralları uygulanarak serbest dolaşımın kısıtlanması, EC Direktifi Madde 3 (4) uyarınca ancak kamu yararının bulunması ve ilgili önlemler alınmadan önce Komisyon ve hizmetin menş e Üye ÷lkesinin bilgilendirilmesi şartı ile yapılabilmektedir. Bkz. Yusuf oğlu Bilgin, s. 192.

¹⁷⁴ Oğuz, s. 57, dñn.173.

EC Direktifi Resital 17 ve 18 ile Madde 2(a), bilgi toplumu hizmetlerinin ne olduğu hususunda yol göstermektedir. Resital 17' ye göre, bilgi toplumu hizmetleri tanımı, teknik standartlar, düzenlemeler ve Bilgi Toplumu hizmetine ilişkin kurallar alanında bilgi sağlanmasına yönelik bir prosedür belirleyen 98/34/EC sayılı ve 22 Haziran 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile “Şartlı erişimden oluşan ya da şartlı erişime dayanan hizmetlerin hukuken korunması” hakkında 98/84/EC sayılı ve 20 Kasım 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ve 98/34/EC sayılı Direktifi değiştiren 98/48/EC sayılı ve 20 Temmuz 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine dayanmaktadır.

EC Direktifi Madde 2(a), “Bilgi Toplumu Hizmetleri” için, 98/48/AT sayılı Direktif ile revize edilen 98/34/AT sayılı Direktif’in 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yer alan hizmetlere atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, EC Direktifi, bilgi toplumu hizmetlerini doğrudan tanımlamadan ilgili düzenlemelere atıfta bulunmakta, Resital 18 ile bilgi toplumu hizmetlerini kapsamlı bir şekilde örneklendirmektedir.

Buna göre, bilgi toplumu hizmeti, i) uzaktan, ii) elektronik araçlarla, iii) hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine vi) normalde ücret karşılığı (normally provided for remuneration) sunulan herhangi bir hizmeti ifade etmektedir.

Bu tanımın amaçları doğrultusunda:

- i) “uzaktan” ifadesi hizmetin taraflarının aynı anda hazır bulunmadan sağlanması,
- ii) “elektronik araçlarla” ifadesi, hizmetin ilk olarak gönderilmesi ve varış noktasında verilerin işlenmesi (sayısal sıkıştırma dâhil olmak üzere) ve saklanmasına yönelik elektronik ekipman vasıtasıyla alınması ve baştan sona kablo, radyo, optik araçlar ya da diğer elektromanyetik araçlar vasıtasıyla iletilmesi, aktarılması ve alınması,
- iii) “hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine” hizmetlerin bireysel talep üzerine verilerin iletimi yoluyla sağlanması anlamına gelmektedir.

Bilgi toplumu hizmetleri ile ilgili ortaya çıkan belirsizlikler, fiziksel bir ortamda sunulması gereken bazı faaliyetlerin uzaktan sunulduğu haller ile hizmetin ücret karşılığında sunulmadığı durumlarda, bunların birer bilgi toplumu hizmeti sayılıp sayılmadığını değerlendirirken bu kriterlerin nasıl yorumlanması gerektiği hakkında ortaya çıkmaktadır. Bu belirsizliklerin AB hukukuna göre yorumlandığı ABAD kararları ile bilgi toplumu hizmetinin tanımının şekillendiği görülmektedir¹⁷⁵.

Bu doğrultuda satımı ancak fiziksel bir ortamda mümkün olan bir ürünün internet üzerinden gerçekleştirilmesinin bir bilgi toplumu hizmeti olmadığı (Bkz. Bölüm 4.I.); bir bilgi toplumu hizmetinin ücretinin mutlaka hizmetin alıcısı tarafından sağlanmasının gerekmediği; bilgi toplumu hizmetlerinin, yalnızca çevrimiçi sözleşmeye yol açan hizmetlerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda, iktisadi bir faaliyeti temsil ettikleri sürece (çevrimiçi bilgi veya ticari iletişim sağlanmasında olduğu gibi), hizmet alıcıları tarafından ödenmeyenleri de kapsadığı (Bkz. Bölüm 4.V. ile 4.VI.) anlaşılmaktadır. Hizmetin ücretinin kullanıcılardan doğrudan sağlanmadığı hallerde, kullanıcı topluluğunun yarattığı iktisadi potansiyelin, ücret içerisinde bir değer teşkil edebileceği yorumu getirilebilmektedir.

Dolayısıyla bilgi toplumu hizmetlerindeki “ücret” ifadesinin uygulamada geniş yorumlandığı görülmektedir¹⁷⁶. “Ücret”in dar yorumlanmasının, başarılı e-ticaret modellerinin ücretsiz hizmet sunma üzerine oluşturulduğu göz önüne alındığında anlamlı olmayacağı, bunun yerine reklam, gönüllü bağışlar veya freemium olarak adlandırılan iş modellerinde olduğu gibi yan yollardan kazanç getiren her türlü bedelin “ücret” olarak kabul edilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı savunulmaktadır¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 45.

¹⁷⁶ Emriye Özlem Şeker, “Avrupa Birliği’nde Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Düzenlenmesi-Uber ve AirBnB Örnekleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXVII.1 (2021), 119–49 (s. 135).

¹⁷⁷ Christina Joanna Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis” (Phd Thesis, Universiteit van Amsterdam, 2016), s. 45 <<https://dare.uva.nl>> [erişim 9 Ağustos 2022].

II. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunma Şekli

EC Direktifi'n 2 nci bölümünün “Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu” üst başlıklı 4 üncü kısmındaki 12-14 arasındaki maddeleri arasında, (bilgi toplumu) hizmet sağlayıcılarının, hizmet alıcılarının hukuka aykırı faaliyetlerinden ötürü sorumluluktan muaf tutulacağı faaliyetleri düzenlenmektedir.

Bölümün adı “Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu” ve bölüm altında düzenlenen hükümler aracılarla ilgili olmasına rağmen EC Direktifi'nde aracı tanımı yer almamaktadır. Bu bakımdan, (bilgi toplumu) hizmet sağlayıcılarının Madde 12-14 arasındaki faaliyetleri kapsamında “aracı hizmet sağlayıcı” olarak ifade edildiği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla (bilgi toplumu) hizmet sağlayıcılarının ilgili maddelerde düzenlenen faaliyetleri, aracılık hizmeti olarak addedilmekte, bunun dışındaki faaliyetleri aracılık kapsamında değerlendirilmemektedir. Bilgi toplumu hizmeti kavramı her ne kadar oldukça geniş bir kapsama sahip olsa da bu kapsam, Direktifin sorumluluk hükümlerinin yalnızca üç tür hizmet bakımından düzenlenmesi ile önemli ölçüde daraltılmaktadır.

Sorumluluk muafiyetinin verildiği bu üç tür hizmet, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının basit iletim (m.12), ön belleğe alma (m.13) ve barındırma (m.14) faaliyetleridir. Böylece sağlayıcılar fonksiyonları bakımından ayrılmış ve bu ayrıma göre sorumlulukları derecelendirilmiştir¹⁷⁸.

Sorumluluk muafiyetleri, hizmet sağlayıcılarının kendileri için değil, yalnızca bu faaliyetleriyle sınırlı olmak üzere uygulanmaktadır. Dolayısıyla sorumluluk muafiyetleri sadece aracılık faaliyetleri ile sınırlı olup aynı hizmet sağlayıcı tarafından yürütülen diğer tüm faaliyetleri kapsamamaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Mine Kaya, “Almanya’da internet servis sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64.3 (2015), 739–74 (s. 751).

¹⁷⁹ EC Direktif Resital 42, Resital 46; C-324/09 –L’Oreal Kararı, Hukuk Sözcüsü Jaaskinen’in 2010 tarihli görüşü, paragraf 147.

EC Direktifi kapsamındaki sorumluluk muafiyetleri, yalnızca, hizmet sağlayıcılarının üye devletler tarafından sorumlu tutulmadığı durumları belirlemeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu hükümler, anlaşmazlığın veya bir iddianın esasını çözmeyi amaçlamamaktadır¹⁸⁰. Esas olarak, hizmet sağlayıcıların sorumsuzluğunu gerektiren bir durumun olup olmadığını tespit etmek amacıyla bir filtre olarak uygulanmaktadır¹⁸¹.

Sorumluluğu sınırlayan koşulların gerçekleşmesi halinde hizmet sağlayıcı sorumlu tutulamamakta ve dolayısıyla hakkı ihlal edilen hak sahibi, hizmetin üçüncü kişiler tarafından kendi haklarına tecavüz amacıyla kullanıldığı gerekçesiyle söz konusu hizmet sağlayıcıdan tazminat talebinde bulunamamaktadır¹⁸². Dolayısıyla, hizmet sağlayıcı, sorumlulukla ilgili davalarda bu hükümlere başvurarak sorumsuzluk iddia edebilmektedir¹⁸³. Ancak her halükarda üye devletler, ulusal mahkemeleri veya idari makamları aracılığıyla, bir hizmet sağlayıcıdan bir ihlalin sona erdirilmesini veya önlenmesini talep etme olanağına sahiptir¹⁸⁴.

Sorumluluk muafiyeti için gerekli koşulların karşılanmaması ise, sorumluluğun doğal olarak uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Ulusal makamların, sağlayıcının ulusal ve Birlik hukukunun hükümlerine göre sorumlu olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir¹⁸⁵. Sorumsuzluk hallerinin mevcut olmadığı durumlarda her üye devletin kendi düzenlemesine bırakılan sorumluluk kurallarının uyumlu hale getirilmesi, tek pazarın yasal dayanağı olan TFEU nun 114 üncü maddesine aykırılık teşkil etmektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁰ Zeynep Yasaman, 'Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law' (Doctorate Thesis, Marmara Üniversitesi, 2019), p. 484.

¹⁸¹ Yasaman, s. 484.

¹⁸² Yasaman, s. 485.

¹⁸³ Mine Kaya, s. 748.

¹⁸⁴ EC Direktif 12(3), 13(2), 14(3) Maddeleri.

¹⁸⁵ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, ss. 162–63.

¹⁸⁶ Yusufoglu Bilgin, S. 353.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, EC Direktifi kapsamında üçüncü taraf hukuka aykırı içerikten ötürü sorumluluk muafiyeti tanınan aracılık hizmetlerinin, diğer AB düzenlemelerindeki aracılık hizmetleri olarak anılan durumlarla karıştırılabilmektedir. EC Direktifi bağlamında aracılık hizmetleri şeklinde yapılan nitelendirme ile bu yapıların aşağıda etraflıca ele alınan basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma fonksiyonları kastedilmekteyken, farklı hukuki düzenlemeler, aracı hizmet sağlayıcılarının farklı fonksiyonlarını hedeflemektedir.

Konuyu bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, internet üzerinden yapılan işlemlerde yaygın bir şekilde kullanılan aracılık iş modelini, Birlik çapında yeknesak bir tanıma kavuşturana¹⁸⁷ Platform Tüzüğü (P2B)¹⁸⁸ bağlamındaki aracılık hizmetleri ile i) bir bilgi toplumu hizmeti sunan, ii) ürün veya hizmetlerini tüketicilere sunmaları için ticari kullanıcılara imkân tanıyan, iii) ticari kullanıcılarla arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayalı olarak hizmet sunan¹⁸⁹ yapılar kastedilmekte ve P2B Tüzüğü platformlar ve ticari kullanıcılar arasındaki ilişkiyi tanzim etmektedir¹⁹⁰.

P2B Tüzüğü, aracılık hizmetlerini organik olarak değil, fonksiyonel olarak tanımlamaktadır¹⁹¹. Ancak bu yaklaşım sadece P2B Tüzüğüne münhasır değildir. Analoji yapmak gerekirse, tüm aracılık hizmetlerinin türediği bilgi toplumu hizmetlerini bir kavşağa, bu kavşaktan farklı güzergahlara yönelen yolları ise aracılık hizmetlerinin farklı fonksiyonlarını ele alan düzenlemelere benzetilebilmektedir. Kavşaktan ayrılan her bir yolun hedefindeki düzenlemeler, Dijital Tek Pazarı oluşturan bütünün birer parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla

¹⁸⁷ Oğuz, s. 2.

¹⁸⁸ Online aracılık hizmetlerinin ticari kullanıcıları için adil ve şeffaf işleyişin sağlanması hakkında 20 Haziran 2019 tarih ve 2019/1150 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü. Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services. Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1150/oj>.

¹⁸⁹ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 38.

¹⁹⁰ P2B Tüzüğü'nün ana odak noktası aracı hizmet sağlayıcılarıdır. Arama motorları için P2B Tüzüğü'nün kısıtlı bir uygulama alanı vardır. Daha fazla bilgi için bkz. Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s.45.

¹⁹¹ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 37.

aracılık hizmetlerinin farklı fonksiyonlarını düzenleyen hukuki enstrümanlar da organiklik değil fonksiyonellik üzerine kurgulanmıştır.

Bir diğer vurgulanması gereken şey, sorumluluk muafiyeti tanınan aracılık faaliyetini icra eden sağlayıcılara yönelik terim karmaşasıdır. EC Direktifi dilindeki ifade, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları ve internet aracıları¹⁹² olmasına rağmen bu kavramlar yerine yaygın bir şekilde başka ifadeler de kullanılmaktadır. EC Direktifi dilinde, bilgi toplumu hizmet sağlayıcıları/internet aracıları ile internet servis sağlayıcıları (ISPs) ve çevrimiçi servis sağlayıcılar (OSPs) kast edilmektedir¹⁹³. İnternet ekosisteminin temel paydaşları olan internet aracıları, insanları ağa bağlayan ve kendi sistemlerinde veri barındıran yapılardır¹⁹⁴. İnternet servis sağlayıcısı (veya ISP) terimi aslında internet bandına erişim sağlayan, rolleri üçüncü taraf bilgilerini iletmek ve barındırmakla sınırlı olan teknik operatörü tanımlamak için kullanılsa da bazen kullanıcıların geliştirdiği içeriğe dayalı (user generated content-ugc) web siteler de dahil olmak üzere çok çeşitli çevrimiçi araçlara atıfta bulunmak için de kullanılmaktadır¹⁹⁵. Bu nedenle, dijital ortamda son kullanıcılar arasında aracılık hizmetleri sunan tüm çevrimiçi operatörleri (internet servis sağlayıcısı (ISPlar), UGC web siteleri ve diğer araçlar dahil) kapsayan daha geniş kategoriye belirtmek için genellikle Çevrimiçi Hizmet Sağlayıcı (OSP) veya internet aracısı terimini kullanmak literatürde daha yerinde bir yaklaşım olarak kabul edilmektedir¹⁹⁶. Çalışma kapsamında ise bu terimler, atıf

¹⁹² Farano, s. 19.

¹⁹³ Farano, s. 19 dpn. 57.

¹⁹⁴ Mehmet Bedii Kaya, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", *Computer Law and Security Review*, 32.5 (2016), 759–74 (s. 2).

¹⁹⁵ Béatrice Martinet Farano, *Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, 2012, p. 2 <<http://tlf.stanford.edu>> [accessed 16 November 2022], dpn.1.

¹⁹⁶ Farano, s. 2, dpn.1. Ancak unutulmamalıdır ki, internet endüstrisinde yer alan farklı aracı kategorileri (erişim hizmeti sağlayıcıları, internet servis sağlayıcıları, çevrimiçi hizmet sağlayıcıları, içerik sağlayıcıları) arasındaki çizgiler giderek bulanıklaşmış, bu aktörler aynı anda farklı ve potansiyel olarak çakışan (competing) roller oynamaya başlamışlardır. Bkz. Béatrice Martinet Farano, p.5. Bu nedenle, örneğin, internet erişim sağlayıcıları (yalnızca erişim, bilgi depolama vb. temel iletişim hizmetleri sağlayan) ile internet servis sağlayıcıları (son kullanıcılar arasında bir işlemi kolaylaştıran bazı ek hizmetler sağlayan) arasındaki başlangıçta çizilen net artık ayırım anlamsız hale gelmiştir. Bkz. Bkz. Béatrice Martinet Farano, p.5., dpn. 18.

yapılan ana kaynağa sadık kalmak için ana kaynaktaki haliyle kullanılmaktadır. Kullanılan terimle her halükârda internet araçları içerisinde yer yalan ve basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma faaliyetlerinden en az biri kapsamında sorumluluktan muaf olabilecek yapılar kastedilmektedir.

A. Basit İletim Faaliyetleri

Basit iletim faaliyetlerinin düzenlendiği Direktif'in 12 nci maddesine göre;

“(1) Hizmet sağlayıcının, hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağında iletilmesinden veya bir iletişim ağına erişim sağlanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetini sağladığı durumlarda, üye devletler, sağlayıcının,

(a) iletimi başlatmaması;

(b) iletimin alıcısını seçmemesi;

(c) iletimde yer alan bilgileri seçmemesi veya değiştirmemesi koşuluyla, iletilen bilgilerden sorumlu olmamasını temin edecektir.

(2) Paragraf 1'de belirtilen iletim ve erişim sağlamaya yönelik faaliyetler, yalnızca iletişim ağındaki iletimin gerçekleştirilmesi amacıyla olduğu sürece ve aktarım için makul ölçüde gerekli olandan daha uzun süre saklanmaması şartıyla iletilen bilgilerin otomatik, ara ve geçici depolanmasını içerir.

(3) Bu madde, bir mahkeme veya idari makamın, üye devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak, hizmet sunucunun ihlali sona erdirmesini veya önlemesini talep etme imkanını etkilemez.”

Maddedeki, "otomatik (automatic)" terimi, depolama eyleminin teknolojinin olağan işleyişi yoluyla gerçekleşmesini; "ara (intermediate)" terimi, bilgilerin iletim sırasında depolanmasını; "geçici (transient)" terimi, depolamanın yalnızca sınırlı bir süre için gerçekleştirilmesini ifade etmektedir¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", ss. 49–50.

12 nci madde, hem bilgi iletme (örneğin kablolar, yönlendiriciler vb. sağlama) hem de internet gibi bir iletişim ağına erişim sağlamayı içeren basit iletim faaliyetlerini kapsamaktadır¹⁹⁸. Ancak maddede yer alan “iletişim ağı” kavramı Direktif’te ayrıca tanımlanmamıştır¹⁹⁹.

Maddeye göre hizmet sağlayıcı, ancak iletimi başlatmadığı, iletimin alıcısını ve iletimde yer alan bilgileri seçmediği ve değiştirmedeği durumlarda, bir diğer deyişle iletimde yalnızca pasif bir rol oynadığı²⁰⁰ teknik aracılık için geçerlidir²⁰¹. Ancak teknik manipülasyonların basit iletim faaliyetleri için sorumluluk muafiyetinden yararlanmayı ne ölçüde engelleyeceği her zaman açık değildir. Bazı durumlarda, internet sağlayıcıları tarafından gerçekleştirilen trafik yönetimi “seçme veya değiştirme” olarak yorumlanabilmekteyse de²⁰² EC Direktifi Resital 43, iletim sırasında ve iletimde yer alan bilgilerin bütünlüğünü değiştirmeyen teknik nitelikteki manipülasyonların, bilgilerin “değiştirilmesi” olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Bir erişim sağlayıcının bilgileri iletme faaliyeti zamana yayılmadığı ve bilgiyi ilettikten sonra bu bilgi üzerinde herhangi bir kontrolü kalmadığı için, bu bilgi üzerindeki tasarrufta bulunma kabiliyetini kaybetmektedir²⁰³ Bir diğer deyişle, erişim sağlayıcılar anlık olarak ve içeriği kontrol etme olanakları olmaksızın verileri aktarmaktadır²⁰⁴.

¹⁹⁸ Rosa Julià-Barceló ve Kamiel J. Koelman, “Intermediary liability in the E-commerce directive: So far so good, but it’s not enough”, *Computer Law and Security Report*, 16.4 (2000), 231–39 (s. 231) <[https://doi.org/10.1016/s0267-3649\(00\)89129-3](https://doi.org/10.1016/s0267-3649(00)89129-3)>.

¹⁹⁹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 156.

²⁰⁰ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 141.

²⁰¹ Castets-Renard’ den aktaran Yasaman, ss. 489-90.

²⁰² European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, 2012, s. 39 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1641&from=EN>> [erişim 23 Ağustos 2022].

²⁰³ Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 494.

²⁰⁴ Yer sağlayıcılar ise devamlılık arz eden bir veri/bilgi depolama hizmeti sunmaktadır. Bkz. Zeynep Yasaman, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları”, *Marmara Journal of European Studies*, 27.2 (2019), 263–91 (s. 267) <<https://dergipark.org.tr/en/pub/maruaad/issue/56693/791178>> [erişim 25 Ekim 2022].

Bu doğrultuda, Direktif, erişim sağlayıcılara hukuka aykırı içeriklere erişimi engelleme bakımından doğrudan bir yükümlülük getirmezken, madde 12(3), üye devletlere, mahkemeleri veya idari makamları aracılığıyla, hizmet sağlayıcıdan bir ihlali sona erdirmesini veya bir ihlali önlemesini talep etme imkanı sağlamaktadır²⁰⁵. AB'de basit iletim faaliyetlerine sağlanan dokunulmazlık, bu hizmet sağlayıcıların madde 12(3)'teki kararlara uymak için yapacakları dışında herhangi bir önlem almalarını gerektirecek şarta bağlanmamıştır²⁰⁶. Dolayısıyla bir erişim sağlayıcının, hak sahipleri tarafından bildirim almaları halinde hukuka aykırı içerikleri kaldırma veya erişimi engelleme yükümlülüğü (ilerleyen bölümlerde işlenecek önbellege alma ve barındırma hizmeti sağlayıcılarında olduğu gibi) bulunmamaktadır²⁰⁷.

B. Ön Belleğe Alma Faaliyetleri

Ön belleğe alma faaliyetlerinin düzenlendiği Direktif'in 13 üncü maddesine göre;

“(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağına iletilmesinden oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin, hizmetin diğer alıcılara talepleri üzerine yalnızca daha verimli iletilmesini sağlamak amacıyla bu bilgilerin otomatik, ara ve geçici depolanmasından, üye devletler, hizmet sağlayıcının,

(a) bilgiyi değiştirmemesi;

(b) bilgiye erişimin şartlarına uygun davranması;

(c) bilginin güncelleştirilmesine ilişkin, endüstri tarafından genel olarak benimsenen ve kullanılan kurallara uygun bir şekilde davranması;

(d) endüstri tarafından genel olarak benimsenen ve kullanılan, bilginin kullanılmasına ilişkin veri elde etmeye yönelik teknolojinin hukuka uygun kullanımına müdahale etmemesi;

²⁰⁵ Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 493.

²⁰⁶ Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, ss. 493–94.

²⁰⁷ Yasaman, s. 499.

(e) iletimin ilk kaynağındaki bilgilerin ağdan kaldırıldığı veya erişimin engellediğine ilişkin asli bilgiyi (actual knowledge) veya bir mahkeme veya idari makamın bu tür bir kaldırma veya erişimi engelleme emri vermiş olduğunu öğrendiğinde, depoladığı bilgileri kaldırmak veya erişimi engellemek için süratle hareket etmesi halinde bilginin otomatik, ara ve geçici biçimde depolanmasından sorumlu olmamasını temin edecektir...”

Bu madde, uzak sunuculardan gelen materyalin yerel bir sunucuda depolanmasından oluşan proxy önbelleğe alma tekniğini kapsamaktadır²⁰⁸. Önbelleğe alma, bilgisayar bilimlerinde kullanılan çok yaygın bir kavramdır²⁰⁹. Bu teknik, nihai amacı web sitelerine erişim süresini hızlandırmak olan uzak sunuculardan kaynaklanan yüksek talepli materyalin kopyalarının yerel sunucularda depolanmasından oluşmaktadır. Bu teknik sayesinde, son kullanıcı belirli bir web sitesinden belirli bir materyale erişmek istediğinde, bu materyal, kaynak bilgisayar yerine yerel sunucuda saklanan kopyadan iletilmektedir. Sonuç olarak, verilerin daha az mesafede ve daha hızlı sürede dolaşıma girmiş olması sayesinde internet altyapısı üzerinde daha az yük oluşturmaktadır. Halihazırda mevcut bant genişliği göz önüne alındığında, internet, bu tür önbelleğe alma olmadan düzgün çalışmayı durduracaktır²¹⁰. Önbelleğe alma ile özellikle, kullanıcıların en sık ziyaret ettiği ve dolayısıyla erişimin yoğun olduğu web sitelerine birçok kullanıcının aynı anda etkin bir şekilde erişimi sağlanabilmektedir²¹¹.

Önbellekler, teknik ve otomatik bir sürecin sonucunda oluşturulan kopyalar olup iletilen bilgilerin ayrı bir kullanımını oluşturmamaktadır. Bilginin orijinal

²⁰⁸ Julià-Barceló ve Koelman, s. 231.

²⁰⁹ Sebastian Felix Schwemer, Tobias Mahler, ve Håkon Styri, “Legal Analysis of the Intermediary Service Providers of Non-hosting Nature”, *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper*, 2021.108 (2020), s. 16 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3798494> [erişim 6 Ağustos 2022].

²¹⁰ Julià-Barceló ve Koelman, s. 238.

²¹¹ Demirtaş’tan aktaran Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 473.

olarak kullanıma sunulması ile son kullanıcı tarafından alınması arasında aracılık yapmaktadır²¹².

EC Direktifi Madde 13, aslında Madde 12'ye benzer şekilde, bir iletişim ağındaki iletim biçimiyle ilgilidir²¹³. Basit iletimden, gerçekleştirilen faaliyetlerin süresi, ve amacı bakımından farklılaşmaktadır. Basit iletim faaliyetleri söz konusu olduğunda, depolama yalnızca iletişimi gerçekleştirme amacına hizmet etmek ve sınırlı bir süre boyunca devam etmektedir. Buna karşılık önbelleğe alma faaliyeti, verimlilik amacıyla ve daha uzun süre kalacak geçici kopyaları ifade etmektedir²¹⁴. Ön belleğe alma faaliyeti kapsamındaki muafiyet bakımından, basit iletim faaliyetine göre daha sıkı koşullar aranmaktadır²¹⁵.

13 (1) maddesindeki depolamanın, otomatik, ara ve geçici olması ile ilgili olarak “otomatiklik”, verilerin ön bellekte kaydedilen hallerinde sonradan bir değişiklik meydana gelmesi durumunda bu değişiklikleri kendiliğinden tanınmasını; depolamanın "geçici" olması, önbellekte saklanan verilerin, ana kayıta meydana gelen herhangi bir değişikliğe göre yenilenmesini; "ara" depolama ise sağlayıcının üçüncü bir taraf eliyle söz konusu verileri depolayabilmesini ifade etmektedir²¹⁶.

13(1) maddenin birinci koşulu olan “bilgiyi değiştirmeme”, bir başka deyişle, caching aracısının içeriğe herhangi bir editoryal girdi yapma yasağı, herhangi bir ihlal durumunda, ihlalin kaynağında olmadığını ve dolayısıyla gerçek

²¹² Commission of the European Communities, *Explanatory Memorandum to Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in The Internal Market*, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, 1998, ss. 28–29
<https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:28f57798-cdc4-4888-9963-709156ca799b.0008.04/DOC_1&format=PDF>.

²¹³ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 156.

²¹⁴ Valcke ve Dommering'den aktaran Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 50.

²¹⁵ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 50.

²¹⁶ Manara'dan aktaran Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 474.

bir aracı olduğunu kanıtlamayı sağlarken, ayrıca içerik sağlayıcıyı caching aracısının istenmeyen müdahalelerine karşı da korumaktadır²¹⁷.

13(1) maddesinin ikinci koşulu olan, “bilgiye erişim şartlarına uygun davranma”, proxy sağlayıcının, orijinal sunucu tarafından belirlenen erişim şartlarını değiştirmemesini, bir web sitesinin, küçükleri parola ile koruma şeklinde bir standart belirlemesi halinde, içeriğe proxy sağlayıcı aracılığıyla erişimde de bu parola korumasının uygulanmasını gerektirmektedir²¹⁸.

13(1) maddesinin üçüncü koşulu olan “bilginin güncellenmesine ilişkin, endüstri tarafından benimsenen kurallara uygun davranma”, proxy sağlayıcıyı önbelleğe alınan bilgileri ilk kaynakla düzenli olarak karşılaştırmak, orijinalin değiştirilip değiştirilmediğini doğrulamak ve gerekirse önbelleğe alınmış sürümünün güncellemekle yükümlü kılmaktadır²¹⁹.

13(1) maddesinin son koşulu, orijinal kaynaktaki bilginin kaldırılmasından sonra bile önbelleğe alınan kaydın erişilebilir durumda olmasından ötürü²²⁰ önemlidir. İlgili hükme göre, proxy önbellek sağlayıcı, orijinal kaynağın kaldırıldığını veya adli veya idari bir kaldırma emri verildiğini bilmesine rağmen, ön belleğe erişimi sağlamaya devam etmesi halinde bundan dolayı sorumlu tutulmaktadır²²¹.

Son koşul hakkında getirilen bir diğer yorum, buradaki uyar-kaldır rejiminin, sağlayıcı bakımından bir özen yükümlülüğü oluşturduğu, sorumluluğu doğrudan etkilemese de güvenli limana erişilebilirliği etkilediği şeklindedir²²².

²¹⁷ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 51.

²¹⁸ Dieter Dörr ve Steffen Janich, “The Criminal Responsibility of Internet Service Providers in Germany”, *Mississippi Law Journal*, 80.4 (2011), 1247–62 (s. 1258).

²¹⁹ Dörr ve Janich, ss. 1258–59.

²²⁰ Dörr ve Janich, s. 1259.

²²¹ Dörr ve Janich, s. 1259.

²²² Valcke ve Dommering’ den aktaran Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 51.

C. Barındırma Faaliyetleri²²³

Direktif'in 14 üncü maddesine göre;

“(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlandığı durumlarda, üye devletler, hizmet sağlayıcıyı, hizmet alıcısının talebi üzerine depolanan bilgilerden,

(a) sağlayıcının hukuka aykırı faaliyet veya bilgi hakkında asli bilgiye (actual knowledge) sahip olmaması ve tazminat talepleriyle ilgili olarak, hukuka aykırı faaliyet veya bilgilerin bariz olduğu durum veya koşulların farkında (awareness) olmaması veya

(b) sağlayıcının, bu tür bir bilgiyi edinmesi veya durumun farkına varmasından sonra, bilgiyi kaldırmak veya bilgiye erişimi engellemek için süratle hareket etmesi koşuluyla sorumlu tutamayacaktır.

(2) Hizmet alıcısının sağlayıcının yetkisi ve kontrolü altında hareket etmesi halinde Paragraf (1) uygulanmamaktadır...”

İlgili maddeden görüldüğü üzere barındırma, "hizmet alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin depolanması"ndan oluşan bilgi toplumu hizmeti olarak tanımlamaktadır. Ön belleğe almadaki devamlılık unsuru olmaksızın geçici olarak gerçekleştirilenin aksine, barındırma faaliyetindeki depolamada bir devamlılık unsuru bulunmakta, otomatiklikten ziyade, iradi olarak yapılmaktadır²²⁴. Web siteleri veya kullanıcı verilerinin depolamasını ve bir dereceye kadar içeriğin dağıtımını mümkün kılan teknik barındırma sağlayıcıları, klasik anlamdaki barındırma faaliyetlerini icra etmektedir.

²²³ Bu başlık altında sadece “barındırma faaliyetlerinin” ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği meselesi incelenmektedir. Barındırma sağlayıcısının hukuka aykırı içerikten muaf olması için, “hukuka aykırı içeriği kaldırması ya da erişimi engellemesi” şartı kapsamındaki tartışmalar, uyar kaldır mekanizmasına girmesinden ötürü beşinci kısım altında ele alınmaktadır.

²²⁴ Ancak otomatik kaydetmenin ön belleğe alma ve erişim sağlama çerçevesinde değerlendirilemediği hallerde yer sağlayıcının uygulama alanına gitme, uygulamada sık karşılaşılan durumlardandır. Bkz. Ümit Gezder, *İçerik Sağlayıcısının ve Yer Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (İstanbul: Beta, 2017), s. 117.

Ancak Direktif, barındırılan verilerinin dağıtımını (yayma) ima ederken verilerin işlenmesi konusunda sessiz kalmakta²²⁵, basit iletim ve ön belleğe alma faaliyetlerinde olduğu gibi “depolama”nın mahiyeti konusunda açık bir rehberlik sunmamaktadır²²⁶. Bu durum özellikle, Web 2.0 hizmetlerinin yaygınlaşması ile birbirine girişik çok sayıda faaliyet gösteren hizmet sağlayıcıları bakımından önemli tartışmalara neden olmaktadır²²⁷.

Bir aracı ile bir içerik sağlayıcı arasındaki çizgiyi çizmek, özellikle kullanıcıların içeriğinin depolanmasından oluşan hizmetler bakımından zorludur²²⁸. Bu zorluk özellikle, barındırmanın, daha geniş ekonomik faaliyetin bir parçası olarak gerçekleştirildiği, kullanıcıların daha karmaşık ağ etkileşimleri etrafında birbirine bağlandığı Web 2.0 hizmetlerinin (sosyal ağlar, çevrimiçi pazar yerleri ve iş birlikçi ekonomi hizmetleri, inceleme veya fiyat karşılaştırma siteleri, arama motorları gibi) barındırma korumalarından faydalanıp faydalanamayacağını tespit ederken ortaya çıkmaktadır²²⁹.

Bu hizmetler kapsamında yapılan barındırma işlemlerinin EC Direktifi Madde 14 anlamında bir barındırma mı olduğu, madde 14 bağlamında bir barındırma kabul edilse bile, hizmet sağlayıcılar tarafından barındırma dışında gerçekleştirilen diğer hangi faaliyetlerin barındırma korumalarını kaybetmekle neticeleneceği, sıklıkla hem ABAD²³⁰ hem de ulusal mahkemelerdeki yargılamalara konu olmuştur.

²²⁵ Joris van Hoboken, João Pedro Quintais, Joost Poort, *Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online: An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape.*, 2018, s. 15 <<https://doi.org/10.2759/284542>>.

²²⁶ Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 494.

²²⁷ Farano, s. 66.

²²⁸ Peguera, “The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act”, s. 683.

²²⁹ Béatrice Martinet Farano, s. 67; van Hoboken vd., ss. 12-13.

²³⁰ AB hukukunu yorumlama işi son kertede ABAD'ın işidir. Bkz. European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 26.

Bu faaliyetlerden arama motorlarının reklam bağlantıları kapsamında yaptıkları depolamanın Madde 14 bağlamında bir barındırma olduğu (Bkz. Bölüm 4.II.); çevrimiçi pazar yerinin ²³¹ müşteri ve satıcılar tarafından kendisine iletilen bilgileri depolamasının Madde 14 bağlamında bir depolama sayılması için yeterli olmadığı (Bkz. Bölüm 4.III.); çevrimiçi sosyal ağ platformlarının kullanıcıları tarafından profilleriyle ilgili sağlanan bilgileri depolamasının madde 14 anlamında bir depolama olduğu (Bkz. Bölüm 4.IV.); iş birlikçi ekonomi platformlarının barındırma hizmetlerinin sağlandığı koşullar üzerinde belirleyici bir etkisi olup olmaması ve bu platformların yaptığı aracılığın barındırma işleminden ayrılıp ayrılmamasına göre Madde 14 kapsamındaki korumalardan faydalanabileceği (Bkz. Bölüm 4.VII. ile 4.VIII.) mahkeme kararları ile şekillenmiştir.

Her ne kadar ABAD bazı yönergeler belirlemekte ise de sağlayıcının rolüne, ulusal mahkemeler tarafından karar verilmektedir. ABAD içtihatlarının karmaşık ve davaya özgü olmasından ötürü, ulusal mahkemeler bunları farklı yorumlayabilmekte²³² ve ABAD kararları ile bariz çelişki oluşturacak uygulamalar geliştirebilmektedir.

III. Bilgi Toplu Hizmetini Sunmada “Pasif Faaliyet” Prensibi

Hizmet sağlayıcıların sorumluktan muaf olabilmesi için aracılık faaliyetleri kapsamında nasıl bir konum alması gerektiği EC Direktifi Resital 42’de belirtilmektedir.

Buna göre;

²³¹ Aracı hizmet sağlayıcıların oluşturduğu platformlar, elektronik ticaret için bir pazar yeri niteliğindedir. Bu pazar yerleri, ağ etkisi sayesinde hizmet sağlayıcılara mal ve hizmetlerini tüketicilere sunmak için veri ve daha fazla bağlantı olanağı sağlamaktadır. Nihayetinde, ağ etkisinde ağ ne kadar büyürse ağdan fayda da o kadar artmaktadır. Dolayısıyla, pazar yerlerinin büyümesi bu açıdan ağın tüm üyelerine fayda sağlamaktadır. Daha fazla bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 19.

²³² Hoffmann ve Gasparotti, s. 38.

“Bu Direktif’te düzenlenen sorumluluk muafiyetleri, bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının faaliyetinin ..., yalnızca, üçüncü taraf bilgilerin iletildiği veya geçici olarak depolandığı ... durumlarda; bilgi toplumu hizmet sağlayıcısının iletilen veya depolanan bilgiler hakkında ne bilgisinin ne de kontrolünün olduğu sadece ‘teknik, otomatik ve pasif’ nitelikteki faaliyetlerini kapsamaktadır.”

Dolayısıyla sorumluluk muafiyetleri, hizmet sağlayıcıların standart teknik faaliyetleri kapsamında, depoladığı ve ilettiği bilgiler üzerinde bilgi sahibi olmaya veya kontrole yol açacak türden aktif bir rol oynamadığı hallerde geçerli olmaktadır²³³

Bu şekilde, hizmetleri kullanılmasına rağmen ihlale karışmadığı için dokunulmazlığı hak eden “gerçek aracılar” ile bir şekilde ihlale karışan hizmet sağlayıcıları ayırt edilmektedir²³⁴.

Resital 42’deki belirsizlikler, i) resitaldeki şartların barındırma sağlayıcıları bakımından da geçerli olup olmadığı, ii) resitaldeki “pasif”lik şartının hizmet sağlayıcıların hangi düzeye kadar aktifleşmesine müsaade ettiği ve barındırma sağlayıcıları tarafından gerçekleştirilen editoryal faaliyetlerin bu kapsama girip girmediği, iii) “otomatiklik” kriterinin kural tabanlı bir sistemi gerektirip gerektirmediği şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İlk belirsizlik, Resital 42 nin lafzında yalnızca basit iletim ve ön belleğe alma hizmetlerinden bahsedilirken²³⁵ barındırmayı içermemesinden dolayı, pasiflik şartının barındırma sağlayıcılarına uygulanıp uygulanmayacağı sorunundan kaynaklanmaktadır.

²³³ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 154.

²³⁴ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, ss. 47–48.

²³⁵ van Hoboken vd., s. 32.

Bu belirsizliğin mahkeme uygulamalarında Resital 42 nin barındırma sağlayıcılarına genişletilmesiyle giderildiği görülmektedir (Bkz. Bölüm 4.II.)²³⁶. 2011 tarihli L’Oreal v eBay kararında da resitale atıf yapılmaksızın “tarafsızlığın” barındırma sağlayıcıları bakımından da bir ön koşul olduğunu onaylanarak²³⁷ Google France kararına paralel bir duruş sergilenmektedir. ABAD’ın sonraki yorumunda, barındırma sağlayıcılarına nefes alacak bir alan sağlayarak tarafsızlık tanımını gevşettiği²³⁸, tarafsızlığın araçından tam bir pasiflik talep etmediği görülmektedir (Bkz. Bölüm 4.III.)²³⁹.

Barındırma hizmetleri için pasiflik ve tarafsızlık koşulunun aranması şeklinde geliştirilen bu tutum, bazı kesimler tarafından eleştirilmekte ve bu şartın barındırma sağlayıcıları bakımından geçerli olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, barındırma sağlayıcıları depoladığı bilgiler üzerinde temel bir "kontrol" düzeyine doğası gereği sahiptir. Depolanan bilgilere, en azından bunların yüklenmesi, sınıflandırılması ve görüntülenmesi için araçlar sağlama yolu ile neredeyse zorunlu olarak bir dereceye kadar dahil olmaktadır²⁴⁰. Dolayısıyla Resital 42, Resital 43²⁴¹ ile birlikte ele alındığında, Resital 42 nin münhasıran basit iletim ve önbelleğe alma faaliyetleri için getirildiği, barındırma faaliyetlerine ise Resital 46 nın uygulanması ileri sürülmektedir²⁴².

Genel bir kanı olarak, basit iletim ve önbelleğe alma sağlayıcılarının daha çok pasif bir role, barındırma sağlayıcılarının ise daha aktif bir role sahip olduğu²⁴³

²³⁶ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 113 ve 114.

²³⁷ Peguera, “The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act”, s. 682.

²³⁸ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 47.

²³⁹ Synodinou’dan aktaran Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 47.

²⁴⁰ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 47.

²⁴¹ EC Direktif Resital 43, bir hizmet sağlayıcının, iletilen bilgilere hiçbir şekilde dahil olmadığına, basit iletim ve önbelleğe alma muafiyetlerinden yararlanabileceğini; bunun için başka şeylerin yanı sıra, ilettiği bilgileri değiştirmemesi gerektiğini; bu gerekliliğin, iletimde yer alan bilgilerin bütünlüğünü değiştirmediği için iletim sırasında meydana gelen teknik nitelikteki manipülasyonları kapsamadığını ifade etmektedir.

²⁴² Bkz. C-324/09 - L’Oréal, Hukuk Sözcüsü Jaaskinen’in 9 Aralık 2010 tarihli görüşü, paragraf 138-142.

²⁴³ Madiaga, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, s. 3.

varsayılsa da, bir aracının ve özellikle barındırma hizmet sağlayıcısının barındırdığı veriler üzerinde bilgiye veya kontrole sahip olmasına yol açan aktif rolün ne olduğu net değildir²⁴⁴.

Resital 42'deki kontrolün ne anlama geldiği ile ilgili olarak mahkeme kararlarında sunulan yönergelerde, hizmet sağlayıcı tarafından sunulan hizmetin, ödemeye tabi olmasının, hizmet sağlayıcının ödeme koşullarını belirlemesinin veya kullanıcılara genel bilgi sağlaması gibi durumların, depolanan veriler hakkında bilgi ve kontrol sağlayacak türden faaliyetler olmadığı (Bkz. Bölüm 4.II.) ancak hizmetin satış tekliflerin sunumunun optimize edildiği, tekliflerin tanıtıldığı, ilgili müşteri-satıcı ile potansiyel alıcılar arasında tarafsız bir pozisyon alınmadığı hallerin hizmet sağlayıcının ilgili veriler hakkında bilgi veya kontrol sağlayacak türden aktif bir rol olarak kabul edildiği görülmektedir (Bkz. Bölüm 4.III.). Platformun satış tekliflerini optimize etmesi aktifleşmeye neden olan bir faaliyet olarak kabul edilirken platformun gelirini artırmak için üçüncü kişilerden reklam alması, platformdaki kendi faaliyetlerini tanıtmaya yönelik olmadığı ve kendi üzerinden satılan ürünlerin optimize edilmesi olarak görülmemesinden ötürü platformu aktifleştirmede kabul edilmektedir²⁴⁵.

ABAD, aktifleşmeye yol açan kontrolü veri depolamanın doğasında bulunan temel kontrol seviyesinden başka bir kontrol seviyesi olarak yorumlamaktadır. ABAD'ın aktifliğe yol açan "kontrol" yorumu ile ilgili bir görüş, bu kontrolün, Madde 14 (2)'deki "hizmeti alan kişinin, sağlayıcının yetkisi veya kontrolü altında hareket etmesi halinde" güvenli liman korumalarının kalkmasına neden olan türden bir kontrol olduğunu; diğer bir görüş ise bu kontrolün birincil ve ikincil yayıncılar arasındaki farkı yansıtan "editorial kontrol"²⁴⁶ olabileceğini ileri sürmektedir²⁴⁷. ABAD içtihatlarındaki kontrol unsurunun, madde 15 ile birlikte ele

²⁴⁴ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 159.

²⁴⁵ Yusufoglu Bilgin, s. 420.

²⁴⁶ Editorial kontrole ilişkin bkz. 3.V. ABAD Papasavvas Kararı ile bkz. 3.X. AİHM Delfi Kararı.

²⁴⁷ van Hoboken vd., s. 32.

alındığında, içeriğin hukuka aykırılığı üzerindeki kontrole ilişkin olduğu düşünülmektedir²⁴⁸.

ABAD kararlarının sunduğu yönergelerin konunun karmaşıklığı karşısında yetersiz katlaması, içtihat hukukunu tam olarak anlamasını zorlaştırdığı²⁴⁹ gibi ulusal mahkemelerde farklı uygulamalara da yol açmaktadır²⁵⁰.

“Kontrol”ün ne olduğu hakkında ortaya çıkan belirsizlik özellikle, içeriğin üretimi ve/veya yönetimine neredeyse hiç dahil olmayan teknik araçların, daha "aktif" roller üstlenmeye²⁵¹ ve aracılık işlevleriyle bağlantılı olmayan faaliyetlerde bulunmaya başlamasıyla²⁵² karmaşık bir hale gelmektedir.

Birbiriyle ilişkili çok sayıda hizmet sunan²⁵³, daha geniş ekonomik bir faaliyetin bir parçası olarak üçüncü taraf içeriği barındıran bu yapılar, hizmetin belirli bölümlerinde pasif veya tarafsız bir rol üstlenirken, bazı bölümlerinde aracı vasfının dışına çıkarak barındırdıkları materyaller üzerinde editör olarak hareket edebilmektedir²⁵⁴.

Bu editoryal faaliyet ise, hizmet alıcıları tarafından sağlanan içeriğin hizmet sağlayıcıya atfedilmesi tehlikesini yaratmasından ötürü, sadece hizmet alıcılarının hukuka aykırı içerik ve faaliyeti kapsamında tanınan güvenli liman korumalarından mahrum kalmasına neden olabilmektedir.

Bu durum, hizmet sağlayıcının kendisine ait içerik ile başkasına ait içerik arasındaki ayrımın nasıl tayin edilmesinin belirlenmesini gerektirmektedir²⁵⁵.

²⁴⁸ van Hoboken vd., s. 33.

²⁴⁹ Hoffmann ve Gasparotti, s. 27.

²⁵⁰ de Streel ve Husovec, s. 20.

²⁵¹ Farano, s. 5.

²⁵² Giovanni Sartor, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future* (European Parliament Policy Department, 2017), s. 22 <<https://doi.org/10.2861/994150>>.

²⁵³ Hoffmann ve Gasparotti, s. 27.

²⁵⁴ Farano, s. 14.

²⁵⁵ Mine Kaya, s. 751.

Bu yapılar geleneksel anlamda içeriğin editörü olmasalar da²⁵⁶ içeriği sadece barındırmakla kalmamakta, aynı zamanda içeriği düzenlemekte, aranabilir hale getirmekte ve hatta bazı durumlarda, ön sayfa teklifleri, haber kaynakları (news feed), abone olunan kanallar veya kişiselleştirilmiş öneriler olarak sunmak için içeriğin bazı alt kümelerini algoritmik olarak seçmekte²⁵⁷; bir içeriğin ne kadar geniş bir alanda duyulabileceğini ve hangi kullanıcıların onunla karşılaşacağını kurallarını belirlemektedir²⁵⁸. Tasarım yoluyla, içerik sağlayıcıları tarafından sunulan içeriğin konumunu etkileyebilmekte; kullanıcı içeriklerini kronolojik sıraya göre sunmaktan ziyade, içeriğe erişen kişi için oluşturabilmektedir²⁵⁹.

Bir yayıncının editoryal seçimlerine benzeyen bu etkinlikler²⁶⁰, hizmet sağlayıcılarını geleneksel medya ve telekomünikasyon biçimlerine de benzer kılmaktadır²⁶¹. Ancak dijitalleşme ve medya yakınsamasının geleneksel medya süreçlerini oluşturan içerik üretimi, dağıtımı ve yayımı aşamalarındaki sınırları belirsiz hale getirmesi²⁶², içerikle etkileşime girme mekanizmalarını yapılandıran platformların editoryal rollerini geleneksel medyanınkinden farklılaştırmakta²⁶³ ve teknoloji/medya hibrit modellerini ortaya çıkarmaktadır²⁶⁴.

Bu melez yapıların ortaya çıkışı, geleneksel medyadaki yayıncıların hangi içeriğin nasıl düzenleneceğine karar vererek bir anlamda kamusal söylemin küratörlüğünü yaptıkları editoryal takdiri²⁶⁵ tekrar düşündürmektedir.

²⁵⁶ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 9.

²⁵⁷ Tarleton Gillespie, “Platforms Are Not Intermediaries”, *Georgetown Law Technology Review*, 2 (2017), 198–216 (s. 210) <<https://doi.org/10.1177/1527476411433519>>.

²⁵⁸ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 9.

²⁵⁹ Gillespie, s. 211.

²⁶⁰ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 9.

²⁶¹ Gillespie, “Platforms Are Not Intermediaries”, s. 209.

²⁶² Philip M. Napoli ve Robyn Caplan, “Why Media Companies Insist they’re Not Media Companies, Why they’re Wrong, and Why It Matters”, *First Monday*, 22.5 (2017) <<https://doi.org/10.5210/FM.V22I5.7051>>.

²⁶³ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 9.

²⁶⁴ Napoli ve Caplan.

²⁶⁵ Balkin, s. 75.

Bilindiği gibi, hizmet sağlayıcılar üçüncü taraf içeriğine ne kadar fazla dahil olursa -filtreleme, içeriğin değiştirilmesi, alıcıların seçimi gibi- bu içerikten sorumlu tutulma riski o kadar artmaktadır²⁶⁶. Dolayısıyla bu değerlendirmenin odağını, bir hizmet sağlayıcıyı aracılıktan çıkaracak ve yayıncı olarak kabul edilmesine neden olacak editoryal kontrolün ne kadar uygulayabileceği meselesi oluşturmaktadır.

Bu değerlendirmede, internetteki mevcut içerik yığınının son kullanıcının tek başına tetkik edememesi, sürekli büyüyen bilgi yığınının organize etmek ve yönetmek için editoryal takdiri gerekli kıldığı²⁶⁷ ve bu yönüyle kitle iletişim araçları dünyasında, editoryal takdirin bir dereceye kadar kaçınılmaz olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu görüşe dayanan bazı kesimler, online ortamdaki çok sayıdaki içerikten ötürü, etiketleme, indeksleme, arama işlevleri sağlama veya içerik seçme gibi otomatik aktivitelerin, kullanışlı hizmetler sunmak için günümüzün zaruri özellikleri olması nedeniyle sağlayıcıların bu araçları temin etmeye yönelik girişimlerin, “aktif rol” bakımından “kesin delil” olarak görülmemesini ileri sürmektedir²⁶⁸.

Platformların içeriğe editoryal katkıları diğer taraftan kullanıcıların içerik üzerinden manipülasyonunu da mümkün hale getirebilmektedir. İçerik ve kullanıcı arasındaki etkileşimin doğal bir sonucu olarak vuku bulan kullanıcıların dolaylı manipülasyonu, ayrıca platformların kullanıcıları profillemesi ve giderek daralan kategorilere ayırması²⁶⁹ ile doğrudan da gerçekleştirilmektedir. Kullanıcıların platform algoritmaları tarafından bu şekildeki kontrolü ise, Direktif’in, “hizmet alıcısının sağlayıcının yetkisi ve kontrolü altında hareket etmesi halinde 14(1) hükmünün uygulanamayacağı” şeklindeki 14(2) maddesiyle tezat oluşturmaktadır.

²⁶⁶ Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, ss. 527–28.

²⁶⁷ Christopher Yoo, *The Dynamic Internet: How Technology, Users, and Businesses are Transforming The Network* (AEI Press, 2012), s. 120.

²⁶⁸ Yoo, s. 159.

²⁶⁹ Yael Eisenstat, “Dear Facebook, this is how you’re breaking democracy,” TED.com, August 2020, https://www.ted.com/talks/yael_eisenstat.

14 (2) gereğince, sağlayıcının yetkisi veya kontrolü altında hareket eden bir kişi tarafından sağlanan bilgiler, yer sağlayıcıya atfedilmekte ve yer sağlayıcıyı içerik sağlayıcıya dönüşmektedir²⁷⁰. Bu nedenle platformların içeriğe müdahaleleri yoluyla kullanıcıları da manipüle ettiği varsayımında, 14(2)'nin oluştuğu düşünülmektedir.

Bir diğer deyişle, platform tasarımlarının sadece içeriği değil, ayrıca kullanıcıları da içerik üzerinden dolaylı ve diğer faaliyetleriyle doğrudan manipüle etmesi, platformları sorumluluk muafiyetinden mahrum bırakabilmektedir. Ancak platform normlarını oluşturan bu algoritmalar aslında platformların "kara kutu politikasını" temsil etmekte²⁷¹; bu kara kutuda, platformun mimarisi, işaretleme mekanizmaları, öneri veya sıralama algoritmalarının yapılandırılması ve kullanıcıların içerikle etkileşime girme mekanizmaları gibi öğeler yer almakta²⁷²; ancak bunlar, fikri mülkiyet veya güvenlik endişeleri nedeniyle kamuya açık olarak soruşturulamamaktadır²⁷³. Mimari tasarım (teknoloji) yoluyla düzenlemenin hukuk yoluyla düzenlemeye nazaran daha az görülür olmasından dolayı daha az şeffaf olduğu kabul edilmektedir²⁷⁴.

Görüldüğü üzere yer sağlayıcılarının aktif ve pasif rolü arasındaki ayrımı net bir şekilde belirlemek²⁷⁵ bir aracı ile bir içerik sağlayıcı arasındaki çizgiyi çizmek, özellikle kullanıcıların içeriğinin depolanmasından oluşan hizmetler bakımından zorludur²⁷⁶. Hizmetin doğasında bir dereceye kadar aktivitenin zaten yer aldığı düşünüldüğünde, uygulamada aktif/pasif ayrımı giderek daha da

²⁷⁰ Peguera, "The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act", s. 683.

²⁷¹ Robert Hunt ve Fenwick McKelvey, "Algorithmic Regulation in Media and Cultural Policy: A Framework to Evaluate Barriers to Accountability", *Journal of Information Policy*, 9.1 (2019), 307–35 (s. 319) <<https://doi.org/10.5325/JINFOPOLI.9.1.0307>>.

²⁷² Helberger, Pierson, ve Poell, s. 4.

²⁷³ Hunt ve McKelvey, s. 319.

²⁷⁴ Lawrence Lessig, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, 113.2 (1999), 501 (s. 541) <<https://doi.org/10.2307/1342331>>.

²⁷⁵ Christina Joanna Angelopoulos, "On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market", *SSRN*, 2017, s. 11 <<https://ssrn.com/abstract=2947800>> [erişim 29 Nisan 2022].

²⁷⁶ Peguera, "The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act", s. 683.

zorlaşmaktadır²⁷⁷. Bu nedenle, sağlayıcıların editoryal işlevleri ile içerik hakkındaki Direktif'in Madde 14 bağlamındaki asli bilgisinin (actual knowledge) belirli bir kontrol derecesine yol açıp açmadığının netleştirilmesi gerekmektedir²⁷⁸.

Diğer yandan sorumluluk muafiyetlerinin aracılık edilen içerik bakımından bilgi ve kontrole yol açmayan sadece teknik, otomatik ve pasif mahiyetteki faaliyetler kapsamında sağlanması, hizmet sağlayıcılarını hukuka aykırı içeriği tespit etmeye teşvik etmemektedir. Hukuka aykırı içerik ve faaliyetleri tespit etmek için hizmet sağlayıcı tarafından alınan önlemlerin, hizmet sağlayıcının “aktif rol oynadığı” argümanını güçlendirmesi, hukuka aykırı içerikle mücadeleyi olumsuz etkilemektedir.

Hizmet sağlayıcıyı şartlı sorumluluk muafiyeti kapsamında çıkarabilecek bu risk, bunu göze alamayan küçük oyuncular, farklı nitelikteki içerik denetleme süreçlerini uygulayabilen büyük oyunculara kıyasla dezavantajlı bir konuma sokmaktadır²⁷⁹.

DSA Etki Değerlendirmesi Raporunda da, mevcut EC Direktifi'ndeki rejimin, özellikle kullanıcıları hukuka aykırı içeriğe karşı güvende tutmak için önlemler almak isteyebilecek küçük oyuncular için bazı yasal belirsizlikleri beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. Hizmet sağlayıcılar tarafından alınan gönüllü önlemler her ne kadar kamu otoriteleri tarafından dayatılan bir önlemde genellikle daha etkili ve sağlayıcıların kendi özel iş modellerine daha uygun olsa da güvenli liman korumasından çıkma riski, bu alandaki çoğu inovasyon için caydırıcı bir unsur olarak görülmektedir²⁸⁰.

²⁷⁷ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 155.

²⁷⁸ Hoffmann ve Gasparotti, s. 33.

²⁷⁹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1, par. 113.

²⁸⁰ DSA Impact Assessment, s. 158.

Ancak araçların, güvenli liman korumasını kaybetme korkusuyla ihlallere karşı aktif bir rol sergilemek istememeleri korkusunu desteklemeyen mahkeme kararları da bulunmaktadır²⁸¹.

Almanya'da YouTube'un Content-ID yazılımını²⁸² kullanması, platformun bu faaliyetinin aktif bir rol olarak nitelendirilmesine neden olmamıştır²⁸³. İlgili davada, YouTube'un Content-ID işlemleriyle mevcut videoların kontrollerini öncelikle yalnızca kendi ticari çıkarları doğrultusunda gerçekleştirmedeği, hak ihlali yaratan içeriklerin platform üzerinden kamuya ulaşmasını engellemeye yönelik yasal sorumluluğunu yerine getirmek için gerçekleştirdiği; bu işlemle elde edeceği bilgi olmadan ihlal teşkil eden içerikleri tespit etmesinin ve bunları kaldırmasının imkansız olduğu, dolayısıyla bu bilginin YouTube'u EC Direktifi Madde 14 kapsamı dışına çıkarmayacağı sonucuna varılmıştır²⁸⁴.

Benzer şekilde, İspanya'da bir davada ulusal mahkeme, YouTube'un editoryal faaliyetlerinin veya hizmetlerinin, kullanıcıları tarafından yüklenen dosyaların yetkisiz durumu (unauthorised status) hakkında geçerli bilgiye veya bunlar üzerinde önleyici bir kontrole sahip olduğu anlamına gelmediği sonucuna varmıştır²⁸⁵.

²⁸¹ Jan Bernd Nordemann, *Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content-Regulatory Action Needed?* (European Parliament Policy Department, 2018), s. 10 <<https://doi.org/10.2861/967138>>.

²⁸² Content ID, telif hakkı sahiplerine sunulan otomatik ve ölçeklenebilir bir YouTube sistemidir. Telif hakkı sahipleri, bu sistemden yararlanarak sahibi oldukları içeriklerin yer aldığı YouTube videolarını tespit edebilir. YouTube, Content ID sistemini yalnızca belirli ölçütleri karşılayan telif hakkı sahiplerine sunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. <https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=tr#:~:text=Content%20ID%2C%20telif%20hakkı%20sahiplerine,kaşılayan%20telif%20hakkı%20sahiplerine%20sunar>.

YouTube tarafından gönüllülük esasına dayalı olarak kurulan sistemin nasıl çalıştığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yusufoglu Bilgin, ss. 271–73.

²⁸³ Nordemann, ss. 10–11.

²⁸⁴ Nordemann, ss. 10–11.

²⁸⁵ van Hoboken vd., s. 41.

Ek olarak, Avrupa Komisyonu hukuka aykırı içerikle mücadelede hizmet sağlayıcılarını otomatik filtreleme sistemlerine teşvik etmektedir²⁸⁶.

Komisyon, çevrimiçi platformların, hukuka aykırı içeriği tespit etmek ve kaldırmak için hizmet şartlarının uygulanmasının bir parçası olarak almasını gerektiğini, bu önlemlerin barındırdığı içerikler üzerinde aktif bir rol oynadığı ve sorumluluk muafiyetinden yararlanamayacağı anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Komisyon, hukuka aykırı bilgilerin kaldırılması ve erişimin engellenmesine yönelik mekanizmaların, EC Direktif Resital 40' ı vurgulayarak bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanmasında yer alan tüm tarafların yararına olduğunu ve “EC Direktifin farklı çıkarlar arasında bir denge kurmaya çalışmasını” gerektiren Resital 41 ile de uyumlu olduğunu belirtmektedir²⁸⁷. Ancak bu önlemleri almasına rağmen hukuka aykırı içerik kaldırılmamışsa, sağlayıcının sorumluluğu gündeme gelmektedir²⁸⁸.

Özünde yasal bağlayıcılığı olmayan bu görüşler, uzun vadede alanın düzenlenmesinde, mevzuatın oluşması ve içtihatların şekillenmesinde önemli rollere sahiptir²⁸⁹ Mahkeme kararlarında bu belgelerden alıntılar ve bu belgelere açık atıflar yapıldığı dikkate alındığında dolaylı bağlayıcı etki daha net gözlemlenebilmektedir²⁹⁰. Diğer bir deyişle yumuşak hukuk kuralları sert hukuk kurallarının özünü, ruhunu, temel gelişim dinamiğini oluşturmaktadır²⁹¹ Teknik ve dinamik alanların yumuşak hukuk kuralları ile düzenlenmesi, en makul yaklaşım olarak görülmektedir²⁹²

²⁸⁶ European Commission, *Commission Recommendation (EU) 2018/ 334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, 2018.

²⁸⁷ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 11.

²⁸⁸ Yusufoglu Bilgin, s. 184.

²⁸⁹ Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 165.

²⁹⁰ Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 166.

²⁹¹ Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 166.

²⁹² Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 166.

IV. Genel İzleme Yasağı

Aracılara sağlanan bir diğer güvenli liman ise EC Direktifin Madde 15'teki üye devletlerin hizmet sağlayıcılara genel bir izleme yükümlülüğü getiremeyeceğine yönelik düzenlemedir.

EC Direktif Madde 15 e göre;

“ (1) Üye devletler, sağlayıcılara, 12., 13. ve 14. Maddelerde düzenlenen hizmetleri sağlarken, ilettikleri veya barındırdıkları bilgileri izlemek ya da hukuka aykırı faaliyeti işaret eden vaka veya durumları aktif olarak araştırmak için genel bir yükümlülük getiremez.

(2) Üye devletler, bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarına, hukuka aykırı olduğu iddia edilen faaliyetler veya hizmet alıcıları tarafından sağlanan bilgiler hakkında yetkili kamu makamlarını derhal bilgilendirme veya yetkili makamların talebi üzerine, barındırma anlaşması yaptıkları hizmet alıcılarının kimliğinin belirlenmesini sağlayan bilgileri iletme yükümlülüğü getirebilir.”

Madde 15, sağlayıcılara, üye devletler tarafından genel içerik izleme ve ayrıca “hukuka aykırı faaliyete işaret eden durum veya koşulları (aktif olarak) araştırma” yükümlülüklerinin getirilmesini yasaklamaktadır.

Madde 15, üye devletlerin aracılara aracılık hizmetlerini sunmasını ciddi şekilde kısıtlayacak orantısız bir yük bindirmesini engellemeyiş amaçlamaktadır²⁹³. Ancak hizmet sağlayıcıların kendi inisiyatifiyle genel izleme yapma veya hukuka aykırı faaliyeti gösteren durumları aktif olarak araştırma konusunda kısıtlamadığı açıktır²⁹⁴.

²⁹³ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 47.

²⁹⁴ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 151.

Maddede düzenlendiğinin aksine, bir barındırma sağlayıcısının sistemlerini aktif olarak izlemek zorunda bırakılması durumunda, kendi üzerinde meydana gelen tüm hukuka aykırı faaliyetlerden haberdar olduğu varsayımına neden olacaktır. Bu varsayım, uyar-kaldır sisteminin, anında gerçekleştirilmesi gereken kaldırma yükümlülüğüne dönüşmesi ile sonuçlanacak ve böylece sisteminin içi boşalmış olacaktır²⁹⁵. Dolayısıyla bu yasakla, AB aracılık sorumluluğuna ilişkin yasal çerçevenin, “ihmal temelli (negligence-based)” bir yaklaşım etrafında şekillenmesi sağlanmıştır²⁹⁶

Madde 15 ile getirilen yasak, platformları içerik kaldırma ve erişim engellemeye teşvik etmediği için ifade özgürlüğü üzerinde de dolaylı bir pozitif etki yaratmaktadır. Bu bakımdan, Madde 15(1), temel haklar dengesinin de merkezinde yer almaktadır²⁹⁷

Genel izleme yasağının aksine, kullanıcı içeriğini proaktif izleme yaklaşımının benimsenmiş olması, otomatik filtreleme ve algoritmik uygulamaya yönelik önlemlerin kullanımını artıracak için kullanıcıların ifade özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayabilecektir²⁹⁸. Çünkü filtreleme sistemleri²⁹⁹, sadece birer

²⁹⁵ Van Eecke’ den aktaran Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 68.

²⁹⁶ Giancarlo Frosio ve Sunimal Mendis, “Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?”, içinde *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 2020, ss. 544–65 (s. 545) <<https://ssrn.com/abstract=3450194>> [erişim 3 Eylül 2022].

²⁹⁷ European Commission, *DSA Impact Assessment, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2*, s. 151.

²⁹⁸ Frosio ve Mendis, ss. 563–64.

²⁹⁹ Filtreleme sistemleri, hariç tutma ve seçme temelinde çalışmakta; belirli bir kaynağın uygunluğu hakkında karar verilmesine yardımcı olmak için içeriğin derecelendirilmesini ve etiketlenmesini kolaylaştıran meta verilere dayanmaktadır. Etiketleme bir elektronik dosyanın içeriğini incelemeyi gerektirmeden dosyanın tanımlanmasını sağlarken; derecelendirme, veri dosyasına tanımlanmış varsayım veya kriterlere dayalı olarak bir değer atamayı içermektedir. Bkz. Cooke, s. 364.

Filtreleme için belirli kuruluşların etiketlerinin kullanılmasının, bu kuruluşlara çok fazla gücün tahsis edilmesiyle neticelenebileceği ve bu güce sahip olan kuruluşun, örneğin, ticari veya siyasi rakiplerinden gelen malzemelere keyfi olarak olumsuz etiketler atayabileceği ifade edilmektedir. Bkz: Paul Resnick, “PICS, Censorship, and Intellectual Freedom FAQ”, W3C, 1999 <<https://www.w3.org/PICS/PICS-FAQ-980126.html>> [erişim 23 Mart 2022]. Diğer yandan etiketleme sistemlerinin, siyasi reklamlar da dahil olmak üzere tüm reklamlarda kullanımının, kullanıcılar için bunların tanımlanabilir ve ayırt edilebilir olmasına yardımcı olacağı; politikacıların, sponsorlu olmasa bile taraflı yayın yapmalarından ötürü için anonim hesap şeklinde olmaları durumunda bile şeffaflığı zedeleyebilecekleri; bu nedenle politikacıların hesaplarının etiketlenmesi

yazılım araçları olmaktan ziyade, ifade özgürlüğünü, yasaların tek başına yapabileceğinden çok daha etkili bir şekilde kısıtlamayı kolaylaştıran mimari tasarımlardır³⁰⁰.

Upload Filters (yükleme filtreleri) gibi önleyici uygulamalar, herhangi bir hukuki süreç olmaksızın içeriğin yayınlanmasından önce engellenmesine neden olmaktadır. Bu durum, ifade özgürlüğü üzerindeki kısıtlamaların ancak “gereklilik” ve “orantılık” gibi şartların sağlanması halinde devlet eliyle gerçekleştirilmesiyle çelişmekte ve “gereklilik” ve “orantılılık” ilkelerini pratikte imkansız hale getirmektedir³⁰¹. Bilgi akışındaki filtrelerdeki şeffaflık eksikliği, son kullanıcının bu filtrelere itiraz etme becerisini de kısıtlamaktadır³⁰².

Tüm bu gerekçelerle filtreleme sistemleri bir sansür hareketi olarak algılanmaktadır. Uzun vadede, internetin tek taraflı hale gelme potansiyeli nedeniyle eleştirilmekte; bilgiyi sansürlemeye ve kontrol etmeye istekli hükümetler tarafından bu sistemin suiistimal edilebileceği ileri sürülmektedir³⁰³.

Diğer yandan çalışmalar, içerik filtreleme teknolojilerinin mevcut halinin, bir dosyanın kullanımının bir ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda genellikle karmaşık bir karar vermeksizin, dosyanın içeriğini basitçe tanımlama yeteneğine sahip olduğunu göstermektedir³⁰⁴. Bu durum, filtreleme araçlarının etkin bir şekilde ele alabileceği ihlal faaliyeti aralığının oldukça dar olduğunu ve hala mahkemelerin ve hukukçuların geleneksel müdahalesinin gerekli olduğunu göstermektedir³⁰⁵.

gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Judit Bayer (2019), “*Between Anarchy and Censorship: Public discourse and the duties of social media*”, s. 24 .

³⁰⁰ Cooke, s. 364.

³⁰¹ Rikke Frank Jørgensen ve Lumi Zuleta, “Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards”, *Nordicom Review*, 41.1 (2020), 51–67 (s. 59) <<https://doi.org/10.2478/NOR-2020-0003>>.

³⁰² Jørgensen and Zuleta, s. 364.

³⁰³ Cooke, s. 364.

³⁰⁴ Thomas Spoerri, “On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 10 (2019), 173–86 (s. 182).

³⁰⁵ Spoerri, s. 182.

İçerik filtreleme teknolojilerindeki bu sınıra rağmen, Komisyon, çevrimiçi platformları, hukuka aykırı içeriğin tespit edilmesini ve kaldırılmasını amaçlayan gönüllü, otomatik algılama teknolojilerinin kullanımına teşvik etmektedir³⁰⁶. Özellikle, terörist içeriğin farklı barındırma hizmetleri arasında yayılmasını önlemede, içerikleri otomatik algılamayı sağlayan araçların geliştirilmesi, işletilmesi ve paylaşılmasına yönelik proaktif önlemlerin alınmasını teşvik etmektedir³⁰⁷.

A. Genel İzleme Yasağının İhtiyati Tedbirlerde Uygulanması

EC Direktifi, üye devletlerin hizmet sağlayıcılara karşı genel izlemeye neden olacak yükümlülükler getirmesini engellemesine rağmen uygulamada hizmet sağlayıcılara karşı hükmedilen ihtiyati tedbir kararlarıyla aksi yönde tutum sergilendiği görülebilmektedir.

EC Direktifin 12(3), 13(2) ve 14(3) maddeleri, güvenli liman korumalarının, bir mahkeme veya idari makamın, üye devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak, hizmet sunucunun ihlali sona erdirmesini veya önlemesini talep etmesini engellemediğini düzenlemektedir. Resital 45'e göre, aracı hizmet sağlayıcılarına yönelik EC Direktif'indeki sorumluluk sınırlamaları, farklı türde ihtiyati tedbirlerin verilmesini engellememekte; bu tür tedbir kararları, özellikle, hukuka aykırı bilgilerin kaldırılması veya bu bilgilere erişimin engellenmesi de dahil olmak üzere, herhangi bir ihlalin durdurulması veya önlenmesini talep eden mahkemeler veya idari makamlar tarafından verilebilmektedir.

³⁰⁶ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 13.

³⁰⁷ European Commission, *Commission Recommendation (EU) 2018/ 334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, par. 37.

İlgili maddeler, üye devletleri kendi ulusal kanunları uyarınca ihtiyati tedbir sağlamakla yükümlü kılmaktan ziyade, güvenli limanların ulusal hukuka göre verilen tedbir kararlarına engel olmadığını düzenlemektedir³⁰⁸.

Dolayısıyla idari makamlar veya mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarında³⁰⁹ ne güvenli liman korumaları ne de aracının bu ihlalden sorumlu olup olmadığı gözetilmektedir.

Direktif, hizmet sağlayıcıya karşı verilebilecek ihtiyati tedbir kararlarının koşulları bakımından ulusal düzenlemelere yönlendirme yaptığı³¹⁰ için kararlar, üye devletlerin kanunlarına bağlı olarak bir devletten diğerine ve bir alandan (örneğin telif hakkı) diğer alana (örneğin iftira) farklılık gösterebilmektedir³¹¹.

³⁰⁸ Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 487.

³⁰⁹ Aracının ihlali sona erdirmesini veya önlemesi yönünde ihtiyati tedbir kararı, 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Direktifi (InfoSoc Direktifi) Madde 8 ile 2004/48/EC Sayılı Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkındaki Direktifin (Uygulama Direktifi) Madde 9 ve Madde 11 e dayanarak da verilebilmektedir. Bkz. Stefan Kulk ve Frederik Zuiderveen Borgesius, “Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam cases”, *European Intellectual Property Review*, *Forthcoming*, 2013, s. 3 <<http://ssrn.com/abstract=2170204>> [erişim 15 Ağustos 2022]; Güvenli limanların, ihtiyati emirlere uygulanamamasından faydalanan ABAD, telif hakkı ve diğer fikri mülkiyet haklarına ilişkin davalarda üye devletlerin araçlara karşı verdikleri ihtiyati tedbir kararlarını, büyük ölçüde InfoSoc Direktifi (telif hakları bakımından) ile Uygulama Direktifi (telif hakları haricindeki fikri ve sınai haklar bakımından) hükümlerine dayandırmaktadır. Bkz. Angelopoulos ve Smet, s. 5; Ancak EC Direktifi kapsamındaki ihtiyati tedbirler, hizmetleri üçüncü şahıslar tarafından fikri mülkiyet ihlalleri için kullanılan araçlara karşı, Uygulama Direktifi' nin madde 9 ve madde 11 ile InfoSoc Direktifi' nin madde 8(3) kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararlarından farklılık arz etmektedir. InfoSoc Direktifi madde 8(3) ve Uygulama Direktifi madde 11, üye devletleri, hem asıl suçluya hem de hizmetleri üçüncü bir kişi tarafından fikri mülkiyet haklarını ihlal etmek için kullanılan araçlara karşı hak sahiplerinin ihtiyati tedbire başvurusunu sağlamakla yükümlü kılarak EC Direktifi ulusal düzenlemelere uygun olması şartı ile verildiği sürece, aracılık faaliyetleri üzerinden gerçekleştirilen her türlü hukuka aykırılık için ihtiyati tedbire hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Bkz. Thibault Verbiest, Gerald Spindler, ve Giovanni Maria Riccio, “Study on the Liability of Internet Intermediaries”, *SSRN*, 2007, s. 53 <<https://ssrn.com/abstract=2575069>> [erişim 22 Ağustos 2022].

³¹⁰ Farano, ss. 27–28.

³¹¹ Buna karşın örneğin, üye devletlere, hak sahiplerinin, hizmetleri bir telif hakkı veya bağlantılı hak ihlal etmek için üçüncü bir tarafça kullanılan araçlara karşı ihtiyati tedbir başvurusunda bulunabilmelerini sağlama yükümlülüğü getiren InfoSoc Direktifi' nin 8(3) hükmü, teoride ulusal yasaların uyumlu hale getirilmesini gerektirse de üye devletler bu tedbirleri sağlarken özel kurallar oluşturmakta özgür olmaları nedeniyle ihtiyati tedbirlerin özel koşulları ve prosedürler bir devletten diğerine farklılık gösterebilmektedir Bkz. Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 487.

Ancak araçlara karşı verilen emirler, genel izleme yasağı ile sınırlıdır. Bu bakımdan genel izleme yasağı, mahkeme emirlerinin kapsamının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır³¹².

Bu kararların genel izleme yasağına göre sınırlarının belirlenmesinde neyin "genel izleme" olarak nitelendirilebileceği konusunda Resital 47³¹³ yol göstermektedir.

Resital 47, genel yükümlülüklerin, "ulusal mevzuata uygun olarak yerel makamlar tarafından" verilen "özel bir durumda" uygulanan izleme yükümlülükleri olmadığını belirtmektedir³¹⁴. Dolayısıyla Madde 15 genel izlemeyi yasaklarken, Resital 47, belirli bir duruma özgü verilen özel izlemeye izin vermektedir.

Buna paralel olarak EC Direktif Resital 48 e göre, üye devletler, barındırma hizmet sağlayıcılarına bazı hukuka aykırı faaliyetlerin tespiti ve önlenmesi amacıyla kendilerinden mâkûl bir şekilde beklenebilen ve ulusal yasalarla da belirlenmiş olan “özen yükümlülüğü (duty of care)” yükleyebilmektedir. Resital 48'deki özen yükümlülükleri, şikayet mekanizmalarının, uyar-kaldır sistemlerinin veya yardım hatlarının (hot-lines) işletilmesi gibi faaliyetlerden oluşabilmektedir³¹⁵.

Dolayısıyla Madde 15(1) genel izleme yükümlülüğü getirmeyi yasaklarken, Resital 47 ve 48, araçlara belirli bir hukuka aykırı materyali tespit etme görevi vermektedir³¹⁶. Ancak Direktif, hukuka aykırı faaliyetleri tespit etmek ve önlemek için ulusal yasalarda öngörülen özen yükümlülüğü gerekliliklerinin neleri

³¹² European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 151.

³¹³ Resital 47 ye göre; “üye devletler, hizmet sağlayıcılara yalnızca genel nitelikteki yükümlülüklerle ilgili olarak bir izleme yükümlülüğü getiremez; bu, belirli bir durumda izleme yükümlülükleriyle ilgili değildir ve özellikle ulusal mevzuat uyarınca ulusal makamların emirlerini etkilemez.”

³¹⁴ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 64.

³¹⁵ van Hoboken vd., s. 44.

³¹⁶ Julià-Barceló ve Koelman, s. 232.

kapsadığını belirtmediğinden, özen yükümlülüğü ile genel izleme arasındaki sınır net değildir³¹⁷. Benzer şekilde, sağlayıcılara yönelik getirilen “özel” izleme yükümlülüğünün izlemeyi ne derecede gerektirebileceği ve böylesi “özel” bir yükümlülüğünün ne zaman genel bir izleme yükümlülüğü teşkil edeceği açık değildir³¹⁸.

Özel izleme ile genel izleme arasındaki sınırın belirsizliği, proaktif filtrelemeyi gerekli kılan ihtiyati tedbir kararlarında yaygın bir şekilde görülmektedir. Bu belirsizliğin sonucunda, ihtiyati tedbir kararlarının gelecekteki aynı ihlalleri ve benzer ihlalleri de kapsayabilecek şekilde verilir verilemeyeceği tartışmaları ortaya çıkmaktadır.

İhtiyati tedbir kararlarının verilmesi aşamasında hizmet sağlayıcının menfaati (hükmedilen önlemlerin sağlayıcının hizmet sunmasını engellemeyecek ölçüde orantılı olması) ile mağdurların menfaatleri (hak ihlalinin giderecek kadar etkili olması) arasında adil bir denge gözetilmesi gerekirken, yerel mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarına bakıldığında, kararların sıklıkla genel izleme yasağına takılacak kadar kapsamlı bir şekilde verilebildiği görülmektedir. Dolayısıyla özel izleme ile genel izleme arasındaki belirsizlik, sağlayıcılar bakımından genel izleme yasağı ile hak sahipleri bakımından aynı ihlale tekrar maruz kalmama menfaati arasında gerilim yaratmaktadır³¹⁹.

Genel izleme yasağına takılmayan ihtiyati tedbir kararlarının ABAD uygulamaları ile nasıl şekillendiğine bakıldığında, “tüm kullanıcılara ilişkin tüm verilerin sınırsız bir süre ile aktif olarak izlemeyi gerektirmeyen, hizmet sağlayıcının hizmet sunmasını engelleyecek kadar maliyetli olmayan, adil, orantılı ve etkili tedbirlerin verilebileceği görülmektedir. Dolayısıyla ihtiyati tedbirler, i)

³¹⁷ Aleksandra Kuczerawy, “To Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive”, 2019 <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/to-monitor-or-not-to-monitor-the-uncertain-future-of-article-15-of-the-e-commerce-directive/>> [erişim 28 Nisan 2022].

³¹⁸ Hoffmann ve Gasparotti, ss. 27–28.

³¹⁹ Verbiest, Spindler, and Riccio, s. 20.

etkili ve orantılı olmalı, ii) ilgili haklar ve menfaatler arasında adil bir denge kurmalı, iii) aşırı maliyetli olmamalı, iv) tüm kullanıcıları aktif olarak izlemeyi gerektirmemelidir (Bkz. Bölüm 4.III. ile 4.IV.).

Tedbirlerin bu şartları sağlayarak genel izlemeye yol açmaması için, i) özel izleme yükümlülüklerinin istisnai olarak dar yorumlanması; ii) hem olası ihlallerin kapsamının hem de makul olarak tespit edilmesi beklenebilecek ihlallerin miktarının yeterince dar olması; iii) hangi materyalin ihlal teşkil ettiği hususunun kararda açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir³²⁰. Kriterlerin açık bir şekilde tanımlanmaması veya "tüm hukuka aykırı videoların kaldırılması" gibi belirsiz olması, hizmet sağlayıcısının sistemindeki her bir videoyu incelemesini zorunlu kılacak "tüm ırkçı videoların kaldırılması" gibi geniş tutulması, hizmet sağlayıcının, aynı içeriğe sahip gelecekteki tüm varyasyonları kaldırmasını gerektirmesi, genel izleme yükümlülüğünü getirmektedir³²¹.

İhtiyati tedbir kararlarının gelecekteki aynı ve muadil bilgilere yönelik verilip verilemeyeceği meselesinin ABAD uygulamaları ile nasıl şekillendiğine bakıldığında, Madde 15 in, ihtiyati tedbirlerin, daha önce hukuka aykırı olduğu tespit edilen “aynı bilgiler” ile “muadil bilgilere” (bağımsız bir değerlendirmeyi gerektirmeyecek ölçüde esaslı bir değişikliğin olmaması şartıyla) yönelik verilmesini engellemediği görülmektedir (Bkz. Bölüm 4.IX.)

B. Genel İzleme Yasağına Aykırı Yaklaşımlar

EC Direktifi’nin Madde 15’inde yer alan genel izleme yasağına rağmen Komisyon, çevrimiçi platformları, hukuka aykırı içeriğin tespit edilmesini ve kaldırılmasını amaçlayan gönüllü, proaktif önlemleri kullanmaya ve otomatik

³²⁰ Patrick Van Eecke, “Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach”, *Common Market Law Review*, 48.5 (2011), 1455–1502 (ss. 1486–87) <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/48.5/COLA2011058>> [erişim 5 Eylül 2022].

³²¹ Patrick Van Eecke, s. 1487.

algılama teknolojilerinin kullanımına ilişkin iş birliği ve yatırımları hızlandırmaya teşvik etmektedir³²². Özellikle, terörist içeriğin farklı barındırma hizmetleri arasında yayılmasını önlemede, içerikleri otomatik algılamayı sağlayan araçların geliştirilmesi, işletilmesi ve paylaşılmasına yönelik proaktif önlemlerin alınmasını (özellikle büyüklükleri veya faaliyet gösterdikleri ölçek nedeniyle sınırlı kaynaklara ve uzmanlığa sahip olan barındırma hizmeti sağlayıcıları açısından) teşvik etmektedir³²³.

Ayrıca sektör spesifik düzenlemelerle araçlar için giderek artan bir şekilde yeni proaktif izleme yükümlülüklerinin getirildiği görülmektedir³²⁴. 2019 AB Telif Hakkı Direktifinin proaktif izlemeye yol açan otomatik filtrelemeyi öne çıkaran 17 nci Maddesinde³²⁵ bu durum belirgin bir şekilde görülmektedir³²⁶.

Her ne kadar Direktifin 17(8) maddesi ile “bu maddenin uygulanmasının herhangi bir genel izleme yükümlülüğüne yol açmayacağı” ifade edilse de yükleme filtrelerinin kullanımını teşvik eden bu hüküm, uygun önlemler alınmadıkça dolaylı olarak genel izleme ile sonuçlanabilecektir³²⁷. Bu şekildeki algoritmik içerik denetimine geçiş, EC Direktifi kapsamındaki geleneksel sorumluluk rejiminden

³²² European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 13.

³²³ European Commission, *Commission Recommendation (EU) 2018/ 334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, par. 37.

³²⁴ Barata vd., s. 12.

³²⁵ 2019 AB Telif Hakkı Direktifi'nin DSA'ya göre özel nitelikli (lex specialis) olması göz önüne alındığında, Madde 17 bağlamında izin verilen özel izlemenin kapsam olarak, DSA Madde 8' deki diğer hukuka aykırı içerik türleri bakımından getirilen genel izleme yasağı kapsamında izin verilen özel izlemeden daha geniş bir şekilde düzenlenmiş olması makuldür. Bkz. Alexander Peukert vd., “European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53.3 (2022), 358–76 (s. 368) <<https://doi.org/10.1007/s40319-022-01154-1>> [erişim 12 Kasım 2022].

³²⁶ João Pedro Quintais, “The New Copyright Directive: A Tour d’horizon – Part II (of Press Publishers, Upload Filters and the Real Value Gap)”, *Kluwer Copyright Blog*, 2019 <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/17/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-ii-of-press-publishers-upload-filters-and-the-real-value-gap/>> [erişim 29 Nisan 2022].

³²⁷ Quintais.

önemli bir sapma³²⁸ ve EC Direktifin içeriğe müdahale etmeme veya genel izleme yasağı yaklaşımı ile çelişki olarak görünmektedir³²⁹.

Bu olası çelişkiyi öngören Terörist İçeriğin İnternette Yayılmasına İlişkin Tüzük (TİİY)³³⁰ Resital 7 ile Madde 5(8), “her türlü önleyici (koruyucu) önlem dahil olmak üzere, barındırma hizmeti sağlayıcısı tarafından bu Direktif’e uygun olarak alınan herhangi bir önlemin”, sağlayıcının EC Direktifi kapsamındaki sorumluluk muafiyetini kaybetmesine yol açmayacağını belirtmektedir.

İçeriğin algoritmalar yoluyla düzenlenmesine dair bir diğer düzenleme, Audiovisual Media Services Directive (AVMSD)³³¹’dir. AVMSD, üye devletlerin, video paylaşım platformlarının reşit olmayanları zararlı içerikten, genel kamuoyunu ise yayılması Birlik hukuku uyarınca suç teşkil eden hukuka aykırı nefret söyleminden ve içerikten korumaya yönelik önlemleri almasını sağlamalarını gerektirmektedir³³². Bu tür önlemler, video paylaşım platformlarını, hukuka aykırı içeriğin kendisinden değil, hukuka aykırı içeriğin dağıtımını daha zor ve ideal olarak imkansız hale getirecek platform tasarımından sorumlu tutma yoluyla düzenlenmektedir. Bütün riskleri ortadan kaldırmak imkansız olsa da platformların, üyelerin bu risklerin farkında olmasını ve bunları etkin bir şekilde yönetmesini sağlayacak araçlara yatırım yapması beklenmektedir³³³.

³²⁸ Thomas Riis ve Sebastian Felix Schwemer, “Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation”, *Journal of Internet Law*, 22.7 (2019), 1–21 (s. 2).

³²⁹ Jørgensen ve Zuleta, s. 59.

³³⁰ Terörist içeriğin internette yayılmasına ilişkin 29 Nisan 2021 tarih ve 2021/784 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü. Regulation (EU) 2021/784 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2021 on addressing the dissemination of terrorist content online. Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/784/oj>.

³³¹ Görsel-ışitsel medya hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin 10 Mart 2010 tarih ve 2010/13/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi. Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive). Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/dir/2010/13/oj>.

³³² European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 97.

³³³ Helberger, Pierson, ve Poell, s. 11.

Görüldüğü üzere DTP Stratejisi kapsamında, EC Direktifin sorumluluk muafiyeti rejiminden farklı olan yeni bir düzen benimsenmekte; bu yeni düzenle, içeriğin ihlal edici doğasına ilişkin bilgi veya farkındalıkla bağlantılı şartlı muafiyet rejiminden, araçların daha çok içeriğin niteliğine bağlı olarak benimsediği organizasyon ekseninde örgütsel sorumluluğa dayanan dikey bir muafiyet rejimi getirilmektedir³³⁴ Özellikle çevrimiçi içerik paylaşım hizmet sağlayıcıları için getirdiği sorumluluk rejimi ile AB Telif Hakkı Direktifi, EC Direktifinin yatay uygulamasını kısmen değiştirmektedir³³⁵.

V. Barındırma Sağlayıcıları İçin Ek Şart: Uyar Kaldır Prosedürü

EC Direktifi 12 (3), 13 (2) ve 14 (3) maddeleri uyarınca bir mahkeme veya idari makam, üye devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak, hizmet sunucunun ihlali sona erdirmesini veya önlemesini talep edebilmektedir. Dolayısıyla basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma hizmet sağlayıcıları bakımından içerik kaldırma veya erişim engelleme yetkili otoritelerin buna ilişkin emri ile zorunlu hale gelmektedir. Ancak, EC Direktifi'nin 14 (1) maddesi, hukuka aykırı içerik kapsamında sorumluluktan muaf olmaları için barındırma hizmet sağlayıcılarının, böyle bir karar olmaksızın da hukuka aykırı içeriği kaldırmalarını ya da erişimi engellemelerini gerektirmektedir.

EC Direktifi Madde 14 (1) e göre;

“(1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlandığı durumlarda, üye devletler, hizmet sağlayıcıyı, hizmet alıcısının talebi üzerine depolanan bilgilerden,

(a) sağlayıcının hukuka aykırı faaliyet veya bilgi hakkında asli bilgiye (actual knowledge) sahip olmaması ve tazminat talepleriyle ilgili olarak,

³³⁴ Maria Lillà Montagnani, “A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy”, içinde *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, ed. Giancarlo Frosio (Oxford University Press, 2020), ss. 295–311 (s. 297).

³³⁵ Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 483.

hukuka aykırı faaliyet veya bilgilerin bariz olduğu durum veya koşulların farkında olmaması veya

(b) sağlayıcının, bu tür bir bilgiyi edinmesi veya durumun farkına varmasından sonra, bilgiyi kaldırmak veya bilgiye erişimi engellemek için süratle hareket etmesi koşuluyla sorumlu tutamayacaktır.

(2) Hizmet alıcısının sağlayıcının yetkisi ve kontrolü altında hareket etmesi halinde Paragraf (1) uygulanmamaktadır...”

Madde 14(1) e göre bir barındırma hizmeti sağlayıcısı, barındırdığı hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriğin (faaliyetin ya da bilginin) bilgisini edinir (actual knowledge) ya da farkına varırsa (awareness), bu içeriği kaldırmak ya da erişimi engellemek için süratle hareket etmesi durumunda sorumluluktan muaf tutulmaktadır. Ancak Madde 14 (2) ye göre, hizmet alıcısının sağlayıcının yetkisi ve kontrolü altında hareket etmesi halinde 14 (1) hükmü uygulanmamaktadır.

Madde 14 aslında, EC Direktifi'nin kendisi tarafından doğrudan düzenlenmese de üye devletler tarafından oluşturulacak ya da self regülasyon şeklinde yapılacak örtük bir “uyar ve kaldır” prosedürüne zemin oluşturmaktadır³³⁶. Dolayısıyla EC Direktifi kapsamındaki uyar kaldır mekanizması, yasaların ayrıntılı hükümleriyle düzenlenen bir prosedürden ziyade esas olarak bir bildirimin hizmet sağlayıcıların ihlal bilgisine yol açabileceği olgusuna dayanmaktadır³³⁷.

Avrupa düzeyinde uyumlu bir uyar ve kaldır prosedürünün uygulamaya konulması için Direktif'te gelecekte bir değişiklik olasılığını öngören Madde 21 (2)³³⁸ den ilk aşamada uyar kaldır prosedürüne yönelik net bir tutumdan kaçınıldığı

³³⁶ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 141.

³³⁷ Jie Wang, “Notice-and-Takedown Procedures in the US, the EU and China”, içinde *Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement* (Singapore: Springer, 2018), ss. 141–78 (s. 142) <https://doi.org/10.1007/978-981-10-8351-8_5>.

³³⁸ “17 Temmuz 2003'ten önce ve daha sonra her iki yılda bir Komisyon'un, Avrupa Parlamentosu'na, Konsey'e ve Ekonomik ve Sosyal Komite'ye bu Direktifin uygulanmasına ilişkin sunduğu raporda, bu Direktifin uyarlanması ihtiyacını incelerken, özellikle, köprü ve konum aracı hizmetleri sağlayıcılarının sorumluluğu, 'uyar ve kaldır' prosedürleri ve içeriğin kaldırılmasının ardından sorumluluğun atfedilmesi ile ilgili ihtiyacı analiz edecektir. Rapor ayrıca teknik gelişmeler

görülmektedir³³⁹. EC Direktifi, Resital 40³⁴⁰'ta görüldüğü üzere, bu prosedürü zorunlu kılmaktan ziyade, paydaşları bu konudaki gönüllü iş birliklerine³⁴¹ teşvik etmektedir³⁴².

Kaldırma işlemleri, meşru kullanıcılarının haklarını ihlal etmeyecek, ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen kişiyi savunmasız bırakmayacak şekilde gerçekleştirilmelidir³⁴³. AİHM'nin görüşüne göre ilgili tüm tarafların hak ve menfaatlerini dengeleyen bir uyar-kaldır sistemi, ancak hızlı müdahaleye izin veren etkili prosedürlerin uygulanması ile mümkün olabilmektedir³⁴⁴. Ancak bunları sağlaması için uyar kaldır prosedürünün nasıl işletilmesi gerektiğine dair EC Direktifi herhangi bir rehberlik sunmamakta, uyar kaldır prosedürüne ilişkin tek ipucunun yer aldığı Resital 46³⁴⁵³⁴⁶ ile bunu üye devletlerin takdirine bırakmaktadır³⁴⁷.

ışığında 12 ve 13 üncü maddelerde öngörülen sorumluluktan muafiyet için ek koşullara ihtiyacı ve elektronik posta yoluyla istenmeyen ticari iletişime iç pazar ilkelerinin uygulanabilmesi olasılığını inceler.”

³³⁹ Peguera, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, s. 490.

³⁴⁰ “Bu Direktif, hukuka aykırı bilgilerin kaldırılması ve erişimin engellenmesi için hızlı ve güvenilir prosedürlerin geliştirilmeye yönelik uygun temeli oluşturmalıdır; bu tür mekanizmalar, ilgili tüm taraflar arasındaki gönüllü anlaşmalar temelinde geliştirilebilir ve üye devletler tarafından teşvik edilmelidir; bu tür prosedürleri benimsemek ve uygulamak bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanmasında yer alan tüm tarafların çıkarıdır.”

³⁴¹ Bildirim prosedürlerine yönelik gönüllü iş birliği örneklerine uygulamada az rastlanmaktadır ve olanlar da çevrimiçi ortamda çocukların korunması, nefret söylemi, taklit ürünle mücadele gibi belirli alanlarla sınırlıdır. Bkz. European Commission, *Terrorist Content Regulation Impact Assessment*, 12.09.2018, SWD(2018) 408 final, 2018, s. 122 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:408:FIN>> [erişim 7 Aralık 2022].

³⁴² Commission Staff Working Document, *Impact Assessment*, s. 490.

³⁴³ Case C-324/09 - L'Oréal, Hukuk Sözcüsü Jaaskinen'in 9 Aralık 2010 tarihli görüşü, paragraf 158.

³⁴⁴ Delfi AS v Estonya, Başvuru no. 64569/09, 16 Haziran 2015, paragraf 159; MTE v. Hungary, Başvuru no. 22947/13, 2 Mayıs 2016, paragraf 91.

³⁴⁵ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 56.

³⁴⁶ “.....içeriğin kaldırılması veya erişimin engellenmesi, ifade özgürlüğü ilkesi ve bu amaçla ulusal düzeyde oluşturulmuş prosedürler gözetilerek gerçekleştirilmelidir; Bu Direktif, üye devletlerin, içeriğin kaldırılmasından veya erişimin engellenmesinden önce süratle yerine getirilmesi gereken özel koşulları oluşturmalarını engellememektedir.”

³⁴⁷ Aleksandra Kuczerawy, “From ‘Notice and Takedown’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, içinde *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, ed. Giancarlo Frosio (Oxford University Press, 2020), ss. 524–43 (s. 528).

A. Üye Devletlerin Benimsediği Uyar Kaldır Prosedürleri

Avrupa genelinde uyumlu bir uyar-kaldır prosedürünün olmayışı, EC Direktifi'nin en zayıf noktalarından birini oluşturmaktadır³⁴⁸.

Üye devletlerin çoğunluğu 14. Maddeyi neredeyse birebir benimsemişken³⁴⁹, bazıları, barındırma hizmetlerine ilişkin yükümlülükleri tam olarak netleştirmeden 14. maddeyi yaklaşık bir şekilde (quasi-literal transposition) benimsemiştir. Bazı üye devletler ise hukuka aykırı içeriği kaldırmak veya erişimi engellemek için daha katı ve daha ayrıntılı kurallar benimsemiştir³⁵⁰.

Üye devletlerin Madde 14'ü iç hukuka aktardıktan sonra nasıl uyguladıklarına kısaca bakıldığında, çoğu üye devletin resmi bildirim prosedürlerini³⁵¹ uygulamaya koyamadığı, bunun yerine içtihat yoluyla kriterleri yavaş yavaş geliştirdiği görülmektedir³⁵².

İçerik kategorisine bağlı olarak da AB'de farklı yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır³⁵³. Bazı üye devletler prosedürleri fikri mülkiyet hakları ile sınırlandırırken³⁵⁴, nefret söylemi veya sahte haber teşkil eden çeşitli cezai suçları kapsayacak şekilde düzenleyenler de vardır³⁵⁵. Ancak uyar kaldır prosedürünü

³⁴⁸ Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", s. 57.

³⁴⁹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 118.

³⁵⁰ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 118.

³⁵¹ Dokuz üye devlet (Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Litvanya, İspanya ve İsveç) yasal çerçeveye dayanarak bir bildirim ve eylem prosedürü uygulamaktadır. Uyar Kaldır prosedürünü yasal düzenlemeye bağlayan ülkelerin çoğunluğu bunu EC Direktifi'ni iç hukuka aktardığı yasalarla yaparken bunu bağımsız bir yasal düzenleme ile yapanlar da bulunmaktadır (ör. İspanya). Ayrıntılı bilgi için bkz. European Commission, *Terrorist Content Regulation Impact Assessment*, 12.09.2018, SWD(2018) 408 final, s. 122.

³⁵² Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", s. 57.

³⁵³ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 5.

³⁵⁴ Ör. Macaristan, Litvanya, İspanya.

³⁵⁵ Ör. Almanya. Bkz. European Commission, *Terrorist Content Regulation Impact Assessment*, 12.09.2018, SWD(2018) 408 final, s. 122.

belirli bir içerik türüyle sınırlama yaklaşımı tüm üye devletler tarafından benimsenmemektedir³⁵⁶

Dolayısıyla üye devletler, Madde 14'ü kendi hukuk sistemlerine aktarırken benimsedikleri farklı rejimler, bildirimler için asgari gereklilikler, hızlı eylemin ne zaman gerçekleştiği, bilgi ve farkındalık ile ne anlaşıldığı ve üye devletlerin ifade özgürlüğünün korunması için getirilen özel hükümler bakımından farklılıklara neden olmaktadır³⁵⁷.

Uygulamada çok sayıda farklı prosedürün ortaya çıkışı, hizmet sağlayıcıların katı olmayan rejimlere sahip üye devletlerde kurulmalarını olası hale getirmektedir³⁵⁸. Bu sayede, kurulduğu üye devletin kurallarına uyan barındırma hizmet sağlayıcısının hizmetlerini Tek Pazar genelinde sunması daha mümkün hale gelmektedir³⁵⁹. Ancak bu durum, hizmet sağlayıcıların AB genelinde hizmetlerin sunma özgürlüğünü ve AB vatandaşlarının güvenliğini ve korunmasını tehlikeye atmaktadır. Dolayısıyla internetin doğası gereği sınır ötesi yapısı da göz önünde bulundurulduğunda ulusal düzeyde müdahaleler sorunu çözememekte aksine sorunları büyütmemektedir³⁶⁰.

³⁵⁶ Örneğin, Fransa'da uygulanan prosedür böyle bir sınırlama içermemekte, ulusal hukuku ihlal eden herhangi bir içerikle ilgili olarak kaldırma talep edilebilmektedir. Bkz. Kuczerawy, 'From "Notice and Takedown" to "Notice and Stay Down": Risks and Safeguards for Freedom of Expression', p. 528; Fransa'da özellikle seçim dönemlerinde, dezenformasyonun yayılmasına karşı demokratik ilkeleri korumak amacıyla 22 Aralık 2018'de Ulusal Meclis tarafından bilgi manipülasyonuna karşı kanun kabul edilmiştir. İlgili düzenleme, seçimlerin hemen öncesinde ve seçimler esnasında seçim sonuçlarını etkilemeye yönelik girişimlerle (ABD başkanlık seçimleri ve Brexit kampanyası sırasında meydana geldiği gibi) mücadele etmeye yönelik araçlar sağlamaktadır. Bkz. Donato Vese, 'Regulating Fake News: The Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency', *P.A. Persona e Amministrazione*, 8.1 (2021), 709–57 (p. 729) <<https://doi.org/10.14276/2610-9050.2929>>; Bu araçlar arasında, sponsorlu içeriklere yönelik getirilen özel uygulamalar ve platformların algoritmalarında şeffaf olmasını gerektiren idari tedbirler dışında, kişilere bu tür içeriğin yayılmasını engellemeye yönelik mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmasına imkan tanıyan adli tedbirler de yer almaktadır. Dijital çağın demokratik süreçlere etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alper Işık, 'Dijital Çağda Demokrasinin Dönüşümü', (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019), pp. 84–85.

³⁵⁷ Kuczerawy, s. 118.

³⁵⁸ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 120.

³⁵⁹ DSA Impact Assessment, s. 120.

³⁶⁰ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1, par. 131.

Ayrıca uyumlu bir uyar-kaldır sisteminin olmaması siber uzayda bir tür ticari savaşa giren rakip şirketlerin, birbirlerinin web içeriğine karşı kötü niyetli iddialarda bulundukları haksız rekabeti teşvik etme potansiyeline de sahiptir³⁶¹. Üye devletlerin iç hukuktaki düzenlemelerinin yeknesak olmayışı, online dünyaya olan güveni azaltmakta³⁶² ve birbirinden farklı yasal rejime maruz kalan çevrimiçi araçların uyum maliyetlerini de artırmaktadır³⁶³.

EC Direktifi kaynaklı uyar kaldır mekanizmalarının farklı uygulamalarının dışında AB’de sektöre özel mevzuatla belirli hukuka aykırı içerik türleri için de farklı prosedürler mevcuttur (ör. telif hakkı ihlal eden materyal veya terör propagandası için)³⁶⁴. Bu rejimlerin kesin parametrelerinden emin olmayan araçların bireyselleştirilmiş dahili prosedürler benimsemesiyle sistem daha ayrıklaşmaktadır³⁶⁵.

Hukuka aykırı içerikle mücadele için platformlara yönelik dengeli, öngörülebilir bir sorumluluk rejimine duyulan ihtiyaç Komisyon çalışmalarında defalarca tekrarlanmıştır³⁶⁶. DTP Stratejisi, bu bağlamda uyar kaldır mekanizmalarının etkinliğini artıracak, aracı hizmet sağlayıcılara daha fazla sorumluluk verecek ve kendi ağ ve sistemlerini yönetmeye ilişkin özen yükümlülüklerini bir üst seviyeye taşıyacak bir düzenleme ihtiyacına işaret etmiştir³⁶⁷.

³⁶¹ Pablo Asbo Baistrocchi, “Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 19.1 (2002), 111–30 (s. 130) <<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol19/iss1/3/>> [erişim 6 Mayıs 2022].

³⁶² Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, ss. 25–26.

³⁶³ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1, par. 132.

³⁶⁴ Hoffmann ve Gasparotti, s. 27.

³⁶⁵ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, ss. 57–58.

³⁶⁶ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 26.

³⁶⁷ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 26.

B. Uyar Kaldır Prosedüründe Bilgi Standardı

1. Bilgi Standardının Önemi

EC Direktifi Madde 14 e göre;

“ (1) Hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir bilgi toplumu hizmetinin sağlandığı durumlarda, üye devletler, hizmet sağlayıcıyı, hizmet alıcısının talebi üzerine depolanan bilgilerden,

(a) sağlayıcının hukuka aykırı faaliyet veya bilgi hakkında asli bilgiye (actual knowledge) sahip olmaması ve tazminat talepleriyle ilgili olarak, hukuka aykırı faaliyet veya bilgilerin bariz olduğu durum veya koşulların farkında olmaması veya

(b) sağlayıcının, bu tür bir bilgiyi edinmesi veya durumun farkına varmasından sonra, bilgiyi kaldırmak veya bilgiye erişimi engellemek için süratle hareket etmesi koşuluyla sorumlu tutamayacaktır...”

Bir barındırma hizmeti sağlayıcısı, barındırdığı hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriğin (faaliyetin ya da bilginin) asli bilgisini edinir (actual knowledge)³⁶⁸ ya da farkına varırsa (awareness), bu içeriği kaldırmak ya da erişimi engellemek için süratle hareket etmesi durumunda sorumluluktan muaf olabilmektedir.

14(1)(a), yer sağlayıcılarının yükümlülüğü için hem asli (actual knowledge) hem de zımni (constructive knowledge) “bilgi standardı” oluşturmaktadır³⁶⁹. Kaldırmanın gündeme gelebilmesi için öncelikle hukuka aykırı olduğu iddia edilen

³⁶⁸ 14. Maddenin iç hukuka aktarımı esnasında, Almanya, "actual knowledge" terimini kullanmamakta, yalnızca "bilgi"ye atıfta bulunmaktadır; Çek Cumhuriyeti, "actual knowledge" için, içeriğin hukuka aykırı doğası hakkında kanıtlanabilir bilgileri şart koşmakta; Portekiz, "actual knowledge" yerine, açıkça hukuka aykırı (manifestly illegal) bilgi veya faaliyete atıfta bulunmaktadır. Hollanda bir barındırma hizmeti sağlayıcısının "bir faaliyetin veya bilginin hukuka aykırı niteliğini bilmesinin makul bir şekilde beklenemeyeceği" durumlarda zararlardan sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir. Bkz: European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 33.

³⁶⁹ Daphne Keller, “The Right Tools: Europe’s Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation”, *Berkeley Technology Law Journal*, 33.1 (2018), 297–378 (s. 313) <<https://doi.org/10.15779/Z38639K53J>>.

içeriğe dair bu bilgi standartlarının sağlanması gerekmektedir. Bu yönüyle bilgi standardı, hizmet sağlayıcılarının belirsiz veya temelsiz kaldırma talepleri karşısında kullanıcı haklarının korumasını da kolaylaştırmaktadır³⁷⁰.

Bu ayırım ayrıca cezai ve hukuki sorumluluk³⁷¹ için farklı bilgi standartları oluşturmaktadır³⁷². Bu bakımdan, "asli bilgi" ve " farkındalık" eşikleri, sağlayıcı sorumluluğunun kapsamı bakımından önemlidir³⁷³. Hizmet sağlayıcı, kullanıcının hukuka aykırı faaliyette bulunduğunu biliyor (actual knowledge) ve bu içeriği kaldırmak ya da erişimi engellemek için süratle hareket etmiyorsa, hem hukuki hem de cezai sorumluluktan; hukuka aykırı faaliyetin bariz olduğu gerçeklerin ve koşulların farkında olmasına (awareness) rağmen bu içeriği kaldırmak ya da erişimi engellemek için süratle hareket etmiyorsa, tazminat talepleri ile ilgili sorumluluktan muaf tutulmamaktadır³⁷⁴.

Dolayısıyla cezai sorumluluk, sağlayıcının asli bilgisini gerektirirken, tazminat taleplerine ilişkin hukuki sorumlulukta zımni bilginin yeterli görülmesi³⁷⁵, cezai sorumluluğa nazaran daha düşük bir eşiğin arandığını göstermektedir³⁷⁶. Bu görüşe göre, hukuki sorumluluk değerlendirmelerinde, farkındalığın olduğu hallerin hukuki sorumluluğun doğması için yeterli görülmesinden ötürü, farkındalıktan daha üst bir bilgi düzeyi olan “actual knowledge” ın elde edilmesinin evleviyetle hukuki sorumluluk doğuracağı akla yatkın bir varsayımdır. Bir başka deyişle, hukuka aykırılığın farkında olan (awareness) ancak içeriği kaldırmayan (ya

³⁷⁰ Keller, s. 313.

³⁷¹ Direktif tarafından sağlanan sorumluluk sınırlamaları yatay bir şekilde, üçüncü şahıslar tarafından başlatılan her türlü hukuka aykırı faaliyet için hem hukuki hem de cezai sorumluluğu kapsayacak şekilde oluşturulmuştur. Bkz. Commission of the European Communities, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC, 21.11.2003, COM (2003) 702 final*, 2003, s. 12 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:EN:PDF>> [erişim 17 Kasım 2022].

³⁷² Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 52.

³⁷³ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 36.

³⁷⁴ Commission of the European Communities, *Explanatory Memorandum to Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in The Internal Market, 18.11.1998, COM(1998) 586 final*, s. 29.

³⁷⁵ European Commission, *DSA Impact Assessment, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2*, s. 157.

³⁷⁶ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 34.

da erişimi engellemeyen) hizmet sağlayıcı, hukuka aykırılığa dair actual knowledge'a sahip değilse, cezai sorumluluk açısından hala güvenli liman korumalarından faydalanabilmektedir³⁷⁷. Dolayısıyla hukuki olarak sorumlu olmak, cezai olarak sorumlu olmaktan daha kolay hale getirilmektedir³⁷⁸. Doktrindeki bazı görüşlere göre ise asli bilgi standardına yalnızca ceza davalarında, farkındalığa ise yalnızca tazminat talebi içeren davalarda bakmak yeterlidir³⁷⁹.

Görüldüğü üzere, bilgi standardı ilk olarak, hizmet sağlayıcının içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme yükümlülüğünün doğup doğmadığının belirlenmesini; ikinci olarak, oluşan bilgi standardı nedeniyle bu yükümlülük altına girmesine rağmen hizmet sağlayıcının içeriği kaldırmadığı ya da erişimi engellemediği durumlarda baştaki bilgi standardının türüne göre (awareness ve actual knowledge) maruz kalacağı sorumluluğun (hukuki ve cezai) tespit edilmesini sağlamaktır.

Ayrıca bilgi standardı, bir hizmet sağlayıcının aktif veya pasif rolünü belirlemede de önemli bir kriterdir³⁸⁰. "Aktif rol" ile yer sağlayıcının sorumlu tutulabileceği veri veya bilgi parçası arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır (Bkz. ABAD L'Oréal kararı)³⁸¹.

2. Bilgi Standardının Oluşması

Hizmet sağlayıcılar, hukuka aykırı içeriğin varlığından farklı kanallar aracılığıyla haberdar olabilmektedir. Bu kanallar i) adli veya idari kararlar, ii) yetkili makamlardan (kolluk kuvvetleri, güvenilir işaretçiler vs.) gelen bildirimler,

³⁷⁷ Peguera, "The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", s. 488.

³⁷⁸ Peguera, s. 488.

³⁷⁹ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 43.

³⁸⁰ van Hoboken vd., s. 37.

³⁸¹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 155.

iii) hak sahipleri veya sıradan kullanıcılar tarafından yapılan bildirimler ve iv) platformların kendi araştırmalarını içermektedir³⁸²

Bu kanallardan aracının kendi inisiyatifiyle yürüttüğü soruşturmalar neticesinde hukuka aykırılık hakkında bilgi ve farkındalık edinmesi, önleyici (proaktif) yolu oluşturmaktayken, aldığı bildirimler yoluyla edinmesi tepkisel (reaktif) yolu oluşturmaktadır³⁸³.

Aracılarda kendi inisiyatifiyle yürüttüğü proaktif soruşturmalar, “pasif eylem” kuralına (Resital 42) aykırılık oluşturma riski yaratmaktadır. Bu bakımdan güvenli liman korumasından mahrum olmak istemeyen araçlar için, bu yola başvurmak olası görünmemektedir. Ayrıca barındırma sağlayıcıları, ne kadar çok arama yaparlarsa, o kadar fazla hukuka aykırı içerik bulacaklardır. Bu durum ise, belirli bir hukuka aykırılığı gözden kaçırma olasılığını ve dolayısıyla sorumluluk riskini önemli ölçüde artıracaktır³⁸⁴.

Bazı üye devlet uygulamalarında, salt iddia yer sağlayıcılar için bilgi standardını karşılamamakta, talep sahiplerinin iddialarını bir merci kararıyla kanıtlama aranmaktadır³⁸⁵. Dolayısıyla bu uygulamada, EC Direktifi’ni iç hukuka aktarırken veya uygularken, bir içeriğin hukuka aykırılığına dair yalnızca mahkemeler veya idari makamlar tarafından yapılan bildirimler, hizmet sağlayıcıların içeriği kaldırma yükümlülüğünü tetikleyebilmektedir.

Bu yaklaşımın altında, birer özel şirket olan hizmet sağlayıcıların, bilgilerin kaldırılması veya engellenmesi sonucunu doğuracak kararları vermesinin meşru olmadığı; bir temel hak olan ifade ve bilgi edinme özgürlüğüne yapılacak böylesi

³⁸² European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, ss. 6–7.

³⁸³ van Hoboken vd., s. 39.

³⁸⁴ Aleksandra Kuczerawy, “The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?”, 2018 <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-commission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/>> [erişim 10 Ağustos 2022].

³⁸⁵ Keller, s. 313.

bir müdahalenin ancak demokratik gözetim ve yasal uzmanlık temelinde mahkemeler eliyle yapılmasının meşru olacağı varsayımı yatmaktadır. Diğer taraftan, hizmet sağlayıcıları neyin yasal, neyin hukuka aykırı olduğunu belirlemekle yükümlü kılmanın, onlara aşırı bir ekonomik yük getireceği ve bu değerlendirmeyi yapacak kaynağı temin etmelerinin faaliyetlerini engelleyeceği öne sürülmektedir³⁸⁶.

Ancak resmi bildirimle odaklanmak, devam eden hukuka aykırı faaliyetlerin açıkça farkında olsalar bile uygulamada sağlayıcıların sorumluluktan muaf tutulmasına yol açabilmektedir. Resmi makamlar genellikle her ihlali takip edecek kapasiteye veya kaynağa sahip olmadığı için bu durum, ihlalin tespit edilmesi noktasında uygulamada gecikmelere neden olabilecektir³⁸⁷. Bu nedenle bu rejimde³⁸⁸, çocuk pornografisi, ırkçı veya terörist materyaller gibi açıkça hukuka aykırı içerikler için istisna oluşturulması gerekmektedir³⁸⁹.

Bu doğrultuda üye devletler arasında, içeriğin hukuka aykırılığının açık ve aşikar olduğu hallerde bilgi veya farkındalığın olduğu yönünde ortak bir eğilim olduğu görülmektedir³⁹⁰. Bu yaklaşımda ihlalin hukuka aykırılığının herhangi bir kişi için olduğu gibi aracı için de kolaylıkla fark edilebilir olduğu

³⁸⁶ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 33.

³⁸⁷ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 15.

³⁸⁸ Bu rejimi benimseyen ülkelerden örneğin Fransa’da, bir üçüncü tarafça yapılan bildirim yalnızca açıkça hukuka aykırı içeriğe ilişkin olması halinde sorumluluğu tetikleyebilmekte, açıkça hukuka aykırı olmayan içeriğe dair sorumluluk yalnızca bir mahkeme kararı ile oluşabilmektedir. İtalya’da, hukuka aykırı materyal yalnızca yetkili bir makamın emriyle kaldırılabilen; Romanya’da, yalnızca bir kamu makamının bilginin hukuka aykırı niteliğini tespit etmesi halinde hizmet sağlayıcının actual knowledge’a sahip olabilmekte; Hollanda’da, üçüncü bir tarafın hukuka aykırı bilgilerin varlığına dair yaptığı bir bildirim bir hizmet sağlayıcının asli bilgiyi (actual knowledge) edinmesi için yeterli gelmemekte, ancak fikri mülkiyet hakları ile ilgili olarak hak sahipleri tarafından yapılan bildirimler bu şartı sağlayabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 119, dpn. 10.

³⁸⁹ European Commission, *Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce* (2000/31/EC), s. 10
<https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-4/consultation_summary_report_en_2010_42070.pdf> [erişim 24 Ağustos 2022].

³⁹⁰ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 37.

varsayılmaktadır³⁹¹. Bu yaklaşımı benimseyen üye devletlerden Avusturya'da, "başka bir araştırma olmaksızın avukat olmayan herkese aşikar olan bilgi" şeklinde tanımlanan açıkça hukuka aykırı içeriğin³⁹² asli bilgiyi (actual knowledge) tetiklediği kabul görse de³⁹³, bu kabul doktrinde tartışmalıdır³⁹⁴.

Dolayısıyla, herhangi bir mahkeme ya da idari makam tarafından verilmiş bir kararın ve açıkça hukuka aykırılığın olmadığı hallerde bildirimlerin bilgi standartlarını tetikleyebilecek düzeyde olması için hangi unsurları sağlaması gerektiği önem arz etmektedir. Bu unsurlar, hizmet sağlayıcının ihlalleri sona erdirmeye ve önleme yeteneği³⁹⁵ ile asli bilgi ve farkındalık bilgi standartlarına göre sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi bakımından özellikle önemlidir³⁹⁶.

Ancak AB genelinde, bildirimlerin, bilgi standartlarını tetiklemesi için sahip olması gereken asgari unsurlar hakkında ortak bir standart bulunmamaktadır³⁹⁷. Bu nedenle ABAD kararlarından bilgi standartları (asli bilgi ve farkındalık) için oluşturulan göstergeler temel alınarak bildirimlerin taşınması gereken unsurlar yorumlanmalıdır.

³⁹¹ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 38.

³⁹² European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 34.

³⁹³ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 38.

³⁹⁴ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 37. Avusturya mahkemelerinin, rekabet hukuku, marka ihlalleri, anahtar kelimelerin (adwords) reklamlara bağlanmasıyla meydana gelen ticari marka ihlalleri ve iftira (defamation) alanındaki yasal mülahazaların aşikar olmadığı ancak aşağılayıcı ifadelerin herkes tarafından tespit edilebileceği yönünde verdiği kararları bulunmaktadır. Bkz. Verbiest, Spindler, and Riccio, p. 38 Paris mahkemeleri iftirayı açıkça hukuka aykırı içerik dışında tutarken ırkçılık, Yahudi karşıtı propaganda, inkarcılık, revizyonizm, savaş suçlarının reddi, pedofili görüntüleri ve pornografik içerikleri açıkça hukuka aykırı içerik olarak tanımlamıştır. Bkz. Verbiest, Spindler, and Riccio, p. 100

³⁹⁵ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 41.

³⁹⁶ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 41.

³⁹⁷ European Commission, *Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States SMART 2016/0039 - Publications Office of the EU* (Luxembourg, 2019), s. 3 <<https://doi.org/10.2759/792046>>.

a. “Farkındalık (Awareness)” Bilgi Standardı

Kaldırmanın gündeme gelebilmesi için aranan bilgi standartlarından biri olan farkındalık, ancak söz konusu olgu ve koşullardan hukuka aykırılığın aşikar olduğu hallerde oluşabilmekte, hukuka aykırılığın sınırdaki olduğu durumlar, genellikle Madde 14(1)(a) anlamında “farkındalığa” yol açmaya yeterli görülmemektedir³⁹⁸.

EC Direktifi’nin metni farkındalığın oluşması hakkında herhangi bir rehberlik sunmamaktadır. Bu nedenle 14(1)(a) anlamında “farkındalığı” neyin oluşturduğuna dair ilgili ABAD kararlarına bakıldığında, L’Oréal davası ile özenli (basiretli) bir müteşebbis olarak, söz konusu hukuka aykırılığı gösteren durum veya koşulların farkında olması gerekirken bu hallerin farkında olmayıp, 14(1)(b) maddesi uyarınca hareket etmemesinin, hizmet sağlayıcıyı, 14 üncü maddede öngörülen sorumluluk muafiyetinden mahrum bırakacağına karar verildiği görülmektedir³⁹⁹.

Bir başka deyişle, aracının farkında olduğu durum veya koşulların, özenli (basiretli) bir müteşebbisin bunlara dayanarak söz konusu hukuka aykırılığı tespit etmesini sağlaması, hukuka aykırı faaliyet veya bilgileri “aşikar (apparent)” hale getirmektedir. Bu nedenle araçların bilgisi, aynı türden farazi bir “özenli (basiretli) müteşebbisin” davranışı kriter alınarak değerlendirilmelidir⁴⁰⁰. Ancak ABAD, özenli (basiretli) bir müteşebbis hakkında yeterli açıklama yapmadan konuyu üye devletlerin yorumuna bırakmaktadır⁴⁰¹.

³⁹⁸ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 161.

³⁹⁹ Case C-324/09 - L’Oréal, paragraf 120. ve 124.

⁴⁰⁰ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 54.

⁴⁰¹ Jie Wang, “Hosting ISPs’ Secondary Liability Under the Roof of ‘Safe Harbor’ Provisions Introduction”, içinde *Regulating Hosting ISPs’ Responsibilities for Copyright Infringement* (Singapore: Springer, 2018), ss. 73–141 (s. 83).

ABAD, 14 üncü maddenin, ilgili sağlayıcının durum veya koşullardan bir şekilde haberdar olmasını sağlayan her durumu (bu durumların 14(1)(a) hükmünü geçersiz kılmadığı ölçüde) kapsadığını yorumlamaktadır⁴⁰². Dolayısıyla, sağlayıcının hukuka aykırılık hakkında farkındalık elde ettiği durumlar, sağlayıcının, kendi inisiyatifiyle yürüttüğü bir soruşturma sonucunda bu durumu ortaya çıkardığı ve hukuka aykırılığın varlığının kendisine bildirildiği halleri kapsamaktadır⁴⁰³.

b. “Asli Bilgi (Actual Knowledge)” Bilgi Standardı

Bir diğer bilgi standardı olan asli bilginin (actual knowledge)⁴⁰⁴ de ne olduğu EC Direktifi’nde tanımlanmamıştır⁴⁰⁵.

Uygulamada asli bilgi (actual knowledge) standardının niteliği ile ilgili belirsizliklerin, asli bilgi standardı için hangi gerekliliklerin şart olduğu, hizmet sağlayıcının içeriğin hukuka aykırı olduğuna dair sahip olduğu makul şüphenin ya da hukuka aykırı bilgi barındırdığına dair "genel bir bilincin" asli bilgi standardını (actual knowledge) karşılamada yeterli olup olmadığı, bu standart için içeriğin hukuka aykırılığına dair münhasıran özel bilginin mi gerekli olduğu⁴⁰⁶ hukuka aykırılık hakkındaki münhasır bilginin ne şekilde elde edilebileceği şeklinde ortaya çıktığı görülmektedir. Asli bilginin elde edilebileceği yollardaki farklılığın, hukuka aykırı faaliyet veya bilginin türünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir⁴⁰⁷.

⁴⁰² Case C-324/09 - L’Oréal, paragraf 121.

⁴⁰³ Case C-324/09 - L’Oréal, paragraf 122.

⁴⁰⁴ Hukuka aykırı faaliyet veya bilgi hakkındaki Madde 14'teki asli bilgi standardından farklı olan 13 üncü maddedeki asli bilgi standardı ile ilgili olarak herhangi bir ABAD içtihatı bulunmamaktadır. Bu nedenle, EC Direktifi 13. Maddenin önemli bir yasal belirsizliğe yol açmadığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, ss. 156–57.

⁴⁰⁵ Madiaga, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, s. 5.

⁴⁰⁶ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 33.

⁴⁰⁷ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 34.

Üye devletlerin çoğu, bir barındırma hizmeti sağlayıcısının hukuka aykırı faaliyet veya bilgiler hakkında asli bilgiye sahip olduğunu gösteren durumların ne olduğunu, olay bazında ulusal mahkemelerin kararına bırakmaktadır⁴⁰⁸. Ancak bir içeriğin hukuka aykırılığına dair yalnızca mahkemeler veya idari makamlar tarafından yapılan bildirimleri kabul eden ülkelerde bile, ulusal mahkemelerin asli bilgiyi daha geniş yorumlamaya başladığı görülmektedir⁴⁰⁹. Dolayısıyla asli bilginin, sadece mahkemeler ya da idari makamlardan gelen bildirimlerle değil kişi/hak sahibi tarafından yapılan yetkin (complete) bir bildirimle elde edilebileceği de kabul edilmektedir⁴¹⁰. Bu nedenle, bir bildirimin “yetkin (complete)” olması için hangi unsurları sağlaması gerektiği incelenmelidir.

Asli bilgi standardı hakkında Birlik düzeyinde temel bilgiler ABAD'ın L'Oréal v eBay kararı ile ABAD'ın Google France kararından gelmektedir. Yetkin bir bildirimin taşınması gereken temel unsurlar ise bu göstergeler ile yorumlanmalıdır.

Google France kararında ABAD, EC Direktifi madde 14'te öngörülen asli bilginin, bilginin sadece mevcudiyeti değil, hukuka aykırılığı hakkında bilgi gerektirdiğini belirlemiştir⁴¹¹. Bir başka deyişle, bir hizmet sağlayıcının ancak, talep üzerine barındırdığı verilerden, bunların hukuka aykırı doğası hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen bunları kaldırmak veya bunlara erişimi engellemek için hızlı bir şekilde harekete geçmediği hallerde sorumlu tutulabileceğine karar verilmiştir⁴¹².

Dolayısıyla “asli” bilgi, hukuka aykırı içeriğin bulunduğu dair “genel” bir bilgidir ziyade, söz konusu içeriğin hukuka aykırılığına dair “spesifik” bilgi olarak

⁴⁰⁸ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 95.

⁴⁰⁹ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 43.

⁴¹⁰ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 119 dpn.10.

⁴¹¹ de Streel ve Husovec, s. 20.

⁴¹² Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 - Google France, paragraf 120.

yorumlanmaktadır⁴¹³. Asli bilginin “spesifik” bilgiden ziyade genel bilgi olarak yorumlanması halinde bu durum, pratikte Madde 15 teki genel izleme yasağı ile de çelişki yaratacaktır⁴¹⁴.

Asli bilginin yalnızca şüpheli içeriği değil, aynı zamanda bunların hukuka aykırılığını da kapsaması gerekliliği, bildirimlerin yeterli delili içermesini gerektirmektedir⁴¹⁵ L’Oréal v. eBay kararında ifade edildiği gibi⁴¹⁶ bildirimler, yeterli kesinlikte veya yeterli şekilde doğrulanabilir olmalıdır⁴¹⁷. Bildirimlerin yeterli kesinlikte veya yeterli şekilde doğrulanabilir olması, bir başka deyişle, barındırma sağlayıcılarının bildirim konu olan içerikleri kaldırma görevini tetikleyebilmesi için şüpheli içeriğin hukuka aykırı olduğunu kanıtlayacak yeterli delili içermesi gerekmektedir⁴¹⁸. Ancak ABAD, fikri mülkiyet ihlalleri durumunda “asli bilgi”nin nasıl elde edildiğine dair bazı yönergeler sunsa da⁴¹⁹ bir barındırma hizmeti sağlayıcısının "asli bilgiyi" nasıl elde edebileceği konusunda net bir ayrımı vermemektedir⁴²⁰.

Hukuka aykırı bir faaliyet veya hukuka aykırı bir bilginin varlığının aracıya bildirildiği durumlarda, böyle bir bildirimin, yeterince kesin veya yeterince doğrulanmış olmaması, Madde 14’teki sorumluluk muafiyetini otomatik olarak engellememektedir. Böyle bir bildirim, ulusal mahkeme, hizmet sağlayıcının özenli bir müteşebbis tarafından tespit edilmesi gereken durum veya koşulları esas

⁴¹³ van Hoboken vd., s. 38.

⁴¹⁴ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 34.

⁴¹⁵ Wang, “Notice-and-Takedown Procedures in the US, the EU and China”, s. 153.

⁴¹⁶ Aynı kararda Mahkeme, barındırma sağlayıcısının, hizmet kullanıcıları tarafından sağlanan bilgiler hakkında malumat sahibi veya bu bilgiler üzerinde kontrol sahibi olmasının, barındırma sağlayıcıları için güvenli liman korumalarını ortadan kaldıran "aktif rol" e neden olduğu sonucuna varmıştır.

⁴¹⁷ Case C-324/09 - L’Oréal, paragraf 122.

⁴¹⁸ Wang, “Notice-and-Takedown Procedures in the US, the EU and China”, s. 153.

⁴¹⁹ Anja Hoffmann ve Alessandro Gasparotti, *Liability for illegal content online Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a “Digital Services Act”*, Centre for European Policy (Freiburg, Mart 2020), s. 9 <https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/hayek-stiftung.de/cepStudy_Liability_for_illegal_content_online.pdf> [erişim 28 Nisan 2022].

⁴²⁰ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 37.

olarak hukuka aykırılığın ne derece farkında olduğuna karar verirken dikkate alınmalıdır⁴²¹. Ancak yapılan bildirimin muğlak ve belirsiz olmasının yer sağlayıcının ihlalin kaynağını bulmak için araştırma yapma zorunluluğu doğurması şeklinde yapılan yorumun, genel izleme yasağı ile aykırılık oluşturacağı varsayılmaktadır⁴²².

EC Direktifi'ni iç hukuka aktaran Fransız Kanununa göre, barındırma hizmeti sağlayıcısının hukuka aykırı içeriğin farkında olmasını sağlayacak bir bildirimde, “i) bildirim tarihi, ii) bildirimde bulunan gerçek kişi ise adı, soyadı, mesleği, adresi, uyruğu, doğum tarihi ve yeri, iii) başvuru sahibi tüzel kişi ise, türü (nev'i), ticari adı, kayıtlı ofisi (merkezi) ve yasal olarak temsile yetkili organı, iv) muhatabın adı ve adresi veya muhatabın tüzel kişi olması durumunda ticaret unvanı ve merkezi, v) ihtilaflı olguların tanımlanması ve bunların kesin konumu ile içeriğin kaldırılmasını gerektiren sebepler (yasal hükümlere ve haklı nedenlere atıfta bulunan), vi) ihtilaflı bilgi veya faaliyetlerin failine veya yayıncısına gönderilen, ihtilaflı durdurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi talep edilen yazışmaların bir kopyası, faile ya da yayıncıya ulaşamadıysa bunun gerekçesi” yer almalıdır⁴²³.

Ancak Fransa'da bu hüküm, hukuka aykırı materyali kaldırma görevinin, hizmet sağlayıcının bildirim almasının hemen ardından doğmayacağı, bir hizmet sağlayıcı, tüm resmi gereklilikleri karşılayan bir bildirim aldığı anda bile, içerik açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece (veya kaldırma emri mahkeme tarafından verilmediği müddetçe) hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriği derhal kaldırmakla yükümlü olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁴²⁴.

Fransa örneğinin dışında, Birleşik Krallık'ın EC Direktifi 14. Maddeyi uygulama şekli de yol göstericidir. Birleşik Krallık uygulamasına göre mahkemeler, özellikle bir hizmet sağlayıcının bir iletişim aracı aracılığıyla bir bildirim alıp

⁴²¹ Case C-324/09 - L'Oréal, paragraf 122.

⁴²² Zeynep Yasaman, ss. 277–78.

⁴²³ Yasaman, s. 510.

⁴²⁴ Peguera, s. 491.

almadığı, bildirimin, bildirim gönderenin tam adı ve adresini, söz konusu bilgilerin bulunduğu yerin ayrıntılarını ve söz konusu faaliyetin veya bilginin hukuka aykırı niteliğinin ayrıntılarını içermeye derecesi gibi ilgili tüm hususları dikkate almalıdır⁴²⁵.

Bildirimlerde kimlik bilgilerine yer verilip verilmeyeceği üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. Fransa ve İngiltere örneğinde, ihlal bildirimlerinde, bildirimde bulunan kişiyi tanımlayan bilgilere yer verildiği görülürken, Avrupa Komisyonuna göre, kullanıcılar, hukuka aykırı olduğunu düşündükleri içerikleri bildirirken, gerekli olmadığı müddetçe (örneğin, fikri mülkiyet hakları için sahiplik iddiası), özellikle güvenliklerinin risk altında olabileceği veya kimliğini ifşa etmenin yasal sonuçlar doğurabileceği durumlarda, kendilerini tanıtmak zorunda olmamalıdır. Kullanıcılar, platformlar karşısında anonimliğini korumak istedikleri durumlarda, mümkünse, güvenilir işaretleyiciler aracılığıyla bildirimlerini iletmeye teşvik edilmelidir. Ancak platformun bildirim hakkında ek bilgi talep edebilmesi veya takip hakkında bildirimde bulunanı bilgilendirebilmesi için bildirimde bulunanlara, istemeleri halinde iletişim bilgilerini gönderme imkanı sağlanmalıdır⁴²⁶. Komisyon ayrıca, içeriğin herkese açık olduğu durumlarda, platformlar tarafından kullanıcılara sağlanan bildirim mekanizmalarının, kullanıcı olarak oturum açmaya gerek kalmadan kamu tarafından erişilebilir olmasını telkin etmektedir⁴²⁷.

Son olarak, yetkin bir bildirimde, hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen içeriklerin yerinin tam olarak nasıl belirtilmesi gerektiği de ihtilaflıdır⁴²⁸. AB ülkelerindeki mahkeme içtihatlarına bakıldığında, hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen materyallerin URL'lerini içeren bir bildirimin, bu materyallerin konumunu tam olarak karşıladığı; ancak, eser adları, eser yazarları, albüm adları vb. gibi diğer

⁴²⁵ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 45.

⁴²⁶ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 10.

⁴²⁷ European Commission, s. 9.

⁴²⁸ Wang, s. 176.

göstergelerin hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen materyallerin yerini saptamada yeterli olup olmadığının belirsizliğini koruduğu görülmektedir⁴²⁹.

3. Bilgi Standardının Gelecekteki İhlallerle İlişkisi

Bilgi standardı ile ilgili bir diğer zor soru, gelecekteki ihlallere ilişkin olma durumudur.

Tek bir bildirimin, bildirilen ihlale benzer gelecekteki tüm olası ihlaller hakkında asli bilgiye yol açması ve Notice-and-Take-Down (NTD) sisteminin Notice-and-Stay-Down (NSD) sistemine evrilmesi yönünde talepler, bazı hak sahipleri tarafından ileri sürülmektedir⁴³⁰.

NSD mekanizmasının en belirgin şekilde ortaya çıktığı mahkeme kararı, ABAD'ın ticari marka ihlaliyle ilgili olan L'Oreal eBay davasından gelmektedir⁴³¹. L'Oreal davasında Hukuk Sözcüsü, asli bilginin, gelecekteki değil yalnızca geçmiş veya şimdiki olaylarla ilgili olabileceğini, bir başka deyişle, bir ihlal durumuna ait bilginin, tamamlanmış veya devam eden bir faaliyet veya mevcut bir olgu veya durum ile ilgisi olması gerektiğini ifade etmektedir⁴³². Asli bilginin (actual knowledge), çıkarsanmış bilgiyi (construed knowledge) kapsamadığı, hizmet sağlayıcının hukuka aykırı faaliyetlerden haberdar olmasının veya bundan şüphelenmek için iyi sebebe sahip olmasının actual knowledge için yeterli olmadığı, bu kabulün, Direktifin 15(1) Maddesindeki genel izleme yasağı ile de uyumlu olduğu ifade edilmektedir⁴³³.

⁴²⁹ Wang, s. 152.

⁴³⁰ Wang, s. 43.

⁴³¹ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 537.

⁴³² Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 162.

⁴³³ Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 163.

Sonuç olarak, asli bilgi, hizmet sağlayıcının bir bildirimle elde ettiği veya kendi inisiyatifiyle yaptığı araştırmalardan edindiği, geçmişte olan veya mevcut bilgi, faaliyet veya gerçeklerle ilişkilidir⁴³⁴. Bu durum, bir hizmet sağlayıcının gelecekte meydana gelmesi muhtemel ihlallerle ilgili asli bilgi veya farkındalığa sahip olma olasılığını kapsamıyor gibi görünmektedir⁴³⁵. Ancak, bu katı tutumun, aynı aktör tarafından aynı ihlalin tekrarının, iki ayrı olay olarak değil, "geçmiş, bugünü ve geleceği kapsayan", "devam eden tek bir faaliyeti" oluşturduğunun kabul edilmesiyle esnetilmesi mümkündür⁴³⁶.

Bir başka deyişle, iki ayrı ihlalden ziyade aynı sürekli ihlalden bahsedilmekte; devam eden bir faaliyet geçmiş, bugünü ve geleceği kapsamaktadır⁴³⁷. Dolayısıyla bu durumda, sağlayıcıya ilk ihlalin bildirildiği ve aynı kullanıcının aynı ihlali devam ettirdiği veya tekrarladığı durumlarda, sağlayıcı, bildirimden sonraki ihlallere dair asli bilgiye de sahiptir⁴³⁸. Sağlayıcının asli bilgi veya farkındalık edinmesinden sonra, aynı kullanıcının ihlal teşkil eden aynı eylemini sürdürmesi veya tekrarlama durumu aracının harekete geçmemesi, aracının sorumlu tutulmasına neden olmaktadır. Tek bir bildirimle, bildirilen ihlale benzer gelecekteki tüm olası ihlaller için de aracı sorumlu tutulabilmektedir⁴³⁹. Bu bakış açısı, NTD sisteminden NSD sistemine doğru bir kayma olduğu şeklinde yorumlanabilmektedir.

Notice-and-stay-down sistemindeki bildirim, yalnızca bir kerelik bir ihlal hakkında değil aynı zamanda gelecekte aynı ihlalin meydana gelmesini önlemek için aracıya devam eden bir sorumluluk yüklemektedir. Aynı zamanda benzer ihlallerin de önlenmesini gerektirecek şekilde daha da ileri gidilebilmektedir⁴⁴⁰. Bir

⁴³⁴ Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 164.

⁴³⁵ Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 165.

⁴³⁶ Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", s. 55.

⁴³⁷ Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 167.

⁴³⁸ Case C-324/09 - L'Oréal, Advocate General'ın 9 Aralık 2010 Tarihli Görüşü, paragraf 168.

⁴³⁹ Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", s. 55.

⁴⁴⁰ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 537.

başka deyişle bu sistemde, aracının yalnızca bilgileri kaldırması değil, aynı zamanda aynı kullanıcı veya diğer kullanıcılar tarafından daha sonra yeniden gönderilmesini engellemek için ek önlemler alması da gerekmektedir⁴⁴¹.

Bu mekanizma, yakın zamana kadar herhangi bir kanunla değil, NTD mekanizmasının temelini oluşturan hükümlerin kapsamlı bir şekilde yorumlanmasından türemiş ve bu nedenle NSD örneklerine, kanundan ziyade içtihatlarda rastlanmakta olsa da Dijital Tek Pazar'da Telif Hakları Direktifi (DSM Direktifi)⁴⁴²'nin konuyu düzenleyen 17 nci maddesi ile durumun değiştiği görülmektedir. Sorumluluktan muaf olmak için araçların, yalnızca hak sahiplerinden yeterince doğrulanmış bir bildirim aldıktan sonra, bildirilen eserlere erişimi engellemek veya web sitelerinden kaldırmak için süratle hareket etmekle yetinmemeleri, ayrıca izinsiz çalışmaların gelecekteki yüklenmelerini önlemek için en iyi çabayı göstermeleri gerekmektedir⁴⁴³. Burada pasif-reaktif bir ardıl (posterior) sorumluluktan ziyade aktif-önleyici bir öncül (a priori) sorumluluk söz konusudur⁴⁴⁴.

EC Direktifi'nin DSM Direktifi'nden etkilenmeyeceği düzenleme altına alınsa⁴⁴⁵ da DSM Direktifi'nin EC Direktifi'ndeki genel izleme yasağına aykırılık teşkil eden bir yaklaşım benimsemesi kuşku uyandırmaktadır.

⁴⁴¹ Angelopoulos and Smet, pp. 287–88.

⁴⁴² Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Dijital Tek Pazar'daki telif hakkı ve bağlantılı haklara dair 17 Nisan 2019 tarihli ve 96/9/EC ve 2001/29/EC sayılı Direktifleri tadil eden (AB) 2019/790 sayılı Direktifi. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC. Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj>.

⁴⁴³ Angelopoulos and Smet, s. 537.

⁴⁴⁴ Castets-Renard'den aktaran Yasaman, "Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law", s. 518.

⁴⁴⁵ Tamer Soysal, "Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe 'Değer Boşluğu' Kavramı ve Düzenlemenin İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, 77.4 (2020), 139–206 (s. 180).

C. Hız Sorunu

EC Direktifi Madde 14(1)(b), yer sağlayıcılarının barındırdığı hukuka aykırı içerik nedeniyle sorumluluktan muaf tutulmaları için, sağlayıcının, hukuka aykırı içerik hakkında asli bilgi veya farkındalık edinmesinden sonra, hukuka aykırı içeriği kaldırmak veya içeriğe erişimi engellemek için “süratle” hareket etmesini şart koşturmaktadır.

Ancak, sağlayıcının sorumluluktan muaf olmak için hukuka aykırı içeriğe ne kadar hızlı tepki vermesi gerektiği, bu konuda Birlik içtihadının olmayışı, ulusal mevzuat ve içtihat arasındaki farklılıklar nedeniyle belirsizleşmektedir⁴⁴⁶. Ayrıca, zamanın, bilginin veya farkındalığın elde edildiği anda mı yoksa içeriğin yasaya uygunluk değerlendirmesinin yapılmasından sonra mı işlemeye başladığı konusunda da belirsizlik bulunmaktadır⁴⁴⁷.

Hiçbir üye devlet, EC Direktifin iç hukuka aktarımında "süratle" terimine açıklık getirmemektedir. Bu, yalnızca belirli üye devletler (Macaristan, Finlandiya ve Litvanya) tarafından daha sonraki bir aşamada belirli hukuka aykırı içerik kategorileri için bildirim ve yayından kaldırma prosedürlerine ilişkin mevzuat kabul edildiğinde yapılmıştır⁴⁴⁸.

Ulusal mahkemelerin, buna karar verirken, bildirimin tamlığı, bildirimin değerlendirilmesinin karmaşıklığı, bildirilen içeriğin veya bildirimin dili, bildirimin elektronik yollarla iletilip iletilmediği, barındırma hizmet sağlayıcının bir kamu otoritesine, içerik sağlayıcına, bildirimde bulunan kişi veya bir üçüncü tarafa danışma gerekliliği, cezai soruşturmalar bağlamında, kolluk kuvvetlerinin harekete geçmeden önce içeriği veya içeriğe yönelik trafiği değerlendirme gerekliliği gibi

⁴⁴⁶ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 119.

⁴⁴⁷ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 56.

⁴⁴⁸ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 38.

vaka bazında bir dizi faktörü göz önünde bulundurması gerekebilmektedir⁴⁴⁹. Örneğin, karalamaya yönelik ifadelerin hukuka aykırılığını belirlemek, çocuklara yönelik cinsel istismar materyalinin hukuka aykırılığını belirlemeye göre daha dikkatli bir analiz gerektirmektedir⁴⁵⁰.

Hız açısından EC Direktifi'nde esnek bir alan yaratılması, vakanın durumuna göre karar vermek için yasal tavsiyeye ve incelikli bir araştırmaya ihtiyaç duyan sağlayıcılar tarafından gerekli görülmekteyken, hak sahipleri genel olarak "hızlı" kavramının kısa bir süreye tekabül edecek şekilde netleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁵¹

STK'lar, söz konusu içeriğin yasallığının tam olarak değerlendirilmeden kaldırılmasını teşvik edeceği ve bunun da ifade özgürlüğünü ihlal edeceği gerekçesiyle katı bir hız tanımına karşı çıkmaktadır⁴⁵² Ancak ciddi bir zararın söz konusu olduğu durumlarda (teröre teşvik gibi), hızlı kaldırma özellikle önemlidir⁴⁵³.

D. Değerlendirmeyi Platformların Yapması

EC Direktifim 14(1)(b) maddesi, barındırma hizmet sağlayıcılarının barındırdığı hukuka aykırı içerik nedeniyle sorumluluktan muaf tutulmaları için, sağlayıcının, hukuka aykırı içerik hakkında asli bilgi veya farkındalık edinmesinden sonra, hukuka aykırı içeriği kaldırmak veya içeriğe erişimi engellemek için süratle hareket etmesini şart koşmaktadır.

⁴⁴⁹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 119.

⁴⁵⁰ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 14.

⁴⁵¹ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 45.

⁴⁵² European Commission, *Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*, s. 11.

⁴⁵³ European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, s. 14.

Bu doğrultuda, belirli bir yargı alanında hukuka aykırı kabul edilen (yasal talepler) veya hizmet şartlarını ihlal ettiği gerekçesiyle kaldırılması talep edilen içerikler hakkındaki değerlendirme, içeriği barındıran platformlar tarafından yapılmaktadır.

Akademik araştırmalar, şikayetin hatalı veya yanıltıcı bilgilere dayandığı durumlarda bile özellikle Avrupa'daki hizmet sağlayıcıların yasal içeriği kaldırma eğilimi sergilediklerini göstermektedir⁴⁵⁴. Dolayısıyla EC Direktifin mevcut kurgusu, sorumluluğa maruz kalmak istemeyen platformları, materyali kaldırmaya teşvik etmekte, özellikle süratle hareket etme şartı, materyali kaldırılan tarafın herhangi bir açıklama yapmasını ve bu tarafın materyali yasal olarak kullandığını kanıtlama hakkını engellemektedir⁴⁵⁵.

Mevcut sistemin, yasal içeriği korumaktan ziyade içeriği kaldırılmaya teşvik etmesi yönündeki bu katı yaklaşımı, uluslararası bir savunma grubu olan Avrupa Dijital Hakları (EDRi) na göre hukuki ve demokratik incelemenin ötesinde keyfi kurallara sahip özelleştirilmiş bir içerik kontrol sistemi yaratmaktadır⁴⁵⁶.

Oysa kaldırma işlemlerine esas değerlendirmelerde, EC Direktifin Resital 46'da ifade edilen ifade özgürlüğü ilkesi ve bu amaçla ulusal düzeyde oluşturulan usuller gözetilmelidir. ABAD tarafından da, Direktifin iç hukuka aktarılmasında ve aktarılan tedbirlerin uygulanmasında, üye devletlerin, birlik hukuku tarafından korunan çeşitli temel haklar arasında adil bir dengeyi gözetmeleri gerektiğini belirtilmiştir⁴⁵⁷.

Temel haklar arasında kurulması gereken dengede, araçların temel hakları (örneğin ifade özgürlüğü ve iş yapma özgürlüğü), mağdur olduğu iddia edilen

⁴⁵⁴ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 145.

⁴⁵⁵ Julià-Barceló ve Koelman, s. 231.

⁴⁵⁶ European Digital Rights (EDRi), "The EU's attempt to regulate Big Tech: What it brings and what is missing", 2020 <<https://edri.org/our-work/eu-attempt-to-regulate-big-tech/>> [erişim 26 Mart 2022].

⁴⁵⁷ Angelopoulos and Smet, p. 6.

kişilerin temel hakları (ör. telif hakkı, itibar hakkı, ayrımcılık yasağı) ve internet kullanıcılarının hakları (ör. ifade özgürlüğü ve mahremiyet hakkı gibi) olmak üzere birbiriyle bağlantılı olarak üçlü bir ilişki ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁸. Yer sağlayıcının sadece tecavüz ihlalinde bulunan kişiye karşı değil yer sağlama sözleşmesi yaptığı içerik sağlayıcıya karşı da sorumluluğu bulunmaktadır⁴⁵⁹.

Normalde çok sayıda hukuki ve kamu düzenlemeleri dikkate alınarak haklar arasında kurulması gereken denge mahkemeler tarafından yapılması gerekmektedir⁴⁶⁰. Ancak bu değerlendirmeyi platformlara yükleyerek özel şirketler olan bu yapıları, esasen yarışan haklar ve menfaatler hakkında karar verici otorite pozisyonuna sokmak⁴⁶¹, çevrimiçi platformları, yeterli ve gerekli gözetim olmaksızın fiili düzenleyiciler (de-facto regulators) haline getirmektedir⁴⁶². “Hukuki yetkinin özel sektöre uygunsuz bir şekilde devredilmesi” olarak tanımlanan bu yaklaşım açıkça problemlidir⁴⁶³. Mahkeme müdahalesi olmaksızın içeriğin platformlar tarafından kaldırılmasının, ancak, söz konusu içeriğin açıkça hukuka aykırılık derecesine bağlı olarak meşru kabul edilebileceği, geniş bir kesim tarafından kabul görmektedir⁴⁶⁴.

Ancak platformlar sadece hukuka aykırı içeriği değil, yasal olmasına rağmen platformların hizmet şartları⁴⁶⁵ gereğince yasaklanan (çıplaklık ve

⁴⁵⁸ Angelopoulos and Smet, s. 2.

⁴⁵⁹ Yusufoglu Bilgin, s. 144.

⁴⁶⁰ Julià-Barceló ve Koelman, s. 234.

⁴⁶¹ Kuczerawy, “From ‘Notice and Takedown’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, s. 254.

⁴⁶² Hoffmann ve Gasparotti, s. 35.

⁴⁶³ European Commission, *Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*, s. 12.

⁴⁶⁴ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 46.

⁴⁶⁵ Platformlar tarafından oluşturulan ve sorumluluğun kullanıcılar ve platform arasında paylaştırıldığı hizmet şartları (terms of use) da, birer self regülasyon örneğidir ve aynı zamanda internetin bir tür normatif düzeni olarak kabul edilmektedir. Hizmet şartları, “yasal olarak bağlayıcı olması gerekmeyen, ancak davranışı etkileyecek şekilde oluşturulan ve düzenin amacı ile uyum yoluyla bağlılığı teşvik edecek şekilde formüle edilmiş sosyal kuralları içermektedir. Bkz. Matthias C. Kettmann, *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online* (Oxford University Press, 2020), s. 13.

müstehcenlik gibi) içerikleri de kaldırılabilen ya da hesapları devre dışı bırakılabilmektedir⁴⁶⁶. Dolayısıyla 20 nci yüzyılın medya şirketleri, hizmet şartlarında benimsedikleri yaklaşımla, yasaların gerektirdiğinden daha fazla sınırlayıcı olabilmektedir⁴⁶⁷. Facebook'un, farklı coğrafyalarda anayasal olarak korunsun bile çıplaklığı sınırlaması⁴⁶⁸, buna bir örnektir. Sosyal medya platformlarının içeriklere etki eden uygulamaları, platformların özel statüsüne rağmen, hükümet sansürü etkisi yaratabilmektedir⁴⁶⁹. Ayrıca platformlara geniş bir takdir yetkisi tanıyan hizmet standartları bakımından platformlar arasında istikrarlı ve tutarlı normlar bulunmamaktadır⁴⁷⁰.

İncelikli hukuki değerlendirmeleri yapma kapasitesinden yoksun olan platformlar hakkındaki etki değerlendirmeleri, platformların şu anda kullanıcılarının temel haklarını⁴⁷¹ gerektiği gibi koruyamadığını göstermektedir. Platformların, ihtilaflı haklar arasında incelikli dengeyi kurmak yerine, herhangi bir hukuka aykırılık emaresine ilişkin soruşturmaları asgari düzeyde yürütmesi, diğer taraftan meşru içeriğin önlem amaçlı kaldırılmasına, başka bir deyişle "aşırı uyum problemine (over-compliance)" de yol açmaktadır⁴⁷².

⁴⁶⁶ Jørgensen ve Zuleta, s. 61.

⁴⁶⁷ Balkin, s. 76.

⁴⁶⁸ <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/>

⁴⁶⁹ John Samples, "Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media", *Cato Institute Policy Analysis*, 865 (2019), s. 6.

⁴⁷⁰ 2018 yılında AB tarafından kabul edilen Avrupa Komisyonu Dezenformasyona İlişkin Uygulama Kuralları (Code of Practice on Disinformation (CoP), sosyal medya şirketleri arasında istikrarlı ve tutarlı normlar oluşturmaya yönelik atılan adımlara örnek gösterilebilir. Dezenformasyonla küresel mücadelede atılan ilk ancak çok önemli bir adım olarak kabul edilen CoP, AB tarafından sosyal ağlarda dezenformasyonun ve özellikle de sahte haberlerin yayılmasını ele almak amacıyla bir öz düzenleme girişimi olarak başlatılmıştır. Bkz. Iva Plasilova vd., "Study for the Assessment of the Implementation of the Code of Practice on Disinformation: Final Report", 2020 <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/188091>>.

⁴⁷¹ Çevrimiçi olarak hukuka aykırı içerikle mücadelede, özellikle Temel Haklar Şartı'nda güvence altına alınan haklar dikkate alınmalıdır. Bu temel haklar arasında özellikle, İfade ve haber alma özgürlüğü (11.madde), özel hayata saygı (7.madde), kişisel verilerin korunması (8.madde), bir ticari faaliyette bulunma özgürlüğü (16.madde), fikri mülkiyet hakkı (17(2) madde), çocuk hakları (24.madde), insanlık onuru (1.madde), ayrımcılık yasağı (21.madde), etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı (47.madde) yer almaktadır.

⁴⁷² Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 526.

Hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriğe yönelik soruşturmaların asgari düzeyde yapılmadığı durumlarda bile muhakeme sürecinin karmaşık hukuki değerlendirmeleri gerektirmesi, sistemin yavaşlaması ile hukuka uygun içeriklerin dahi kaldırılmasına neden olabildiği DTP Stratejisi'nde vurgulanmıştır⁴⁷³. Hukuki değerlendirme yapılmasına rağmen yanlış bir sonuca varıldığı durumda, barındırma hizmeti sağlayıcısının içerik sağlayıcı tarafından açılan sorumluluk ve tazminat davalarıyla karşılaşması mümkün olabilmektedir⁴⁷⁴. Ancak kaldırılan içeriğe dair sorumluluğun yalnızca sağlayıcılarda mı yoksa süreçteki diğer taraflar ve özellikle de bildirimde bulunanlarda mı olduğu tam olarak açık değildir⁴⁷⁵.

Hizmet şartları kapsamında geniş takdir yetkisine sahip olan platformlar, çoğu zaman kararlarını ayrıca kaldırma gerekçesi veya şikayet mekanizmalarına erişim de dahil olmak üzere uygun güvencelerle birlikte vermemektedir⁴⁷⁶. Mevcut düzenlemelerin adli ve demokratik inceleme yerine benimsediği "önce sil, sonra düşün" yaklaşımından, EDRi, lisanslı anlaşmazlık çözüm kurumlarıyla iş birliği içerisinde çalışarak uzaklaşılmasını önermekte ve ayrıca, bunun danışmanlık ve hukuk firmalarının hakimiyetine girmemesi adına bu hizmetlere ekonomik erişim bakımından bazı güvencelerin sağlanması gerektiğini savunmaktadır⁴⁷⁷.

E. Uyar Kaldıra Alternatif Yaklaşımlar

Yaygın kullanımına rağmen, "uyar ve kaldır sistemi", bir aracı tarafından kullanılabilecek çeşitli prosedürlerden yalnızca bir tanesidir. Daha uygun ve genel bir terim, hak sahibinin talebi üzerine hukuka aykırı veya hak ihlalinde bulunan

⁴⁷³ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 25.

⁴⁷⁴ Yasaman, "Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law", s. 513.

⁴⁷⁵ de Streel ve Husovec, s. 17.

⁴⁷⁶ Madiaga, "Digital Services Act", s. 4.

⁴⁷⁷ European Digital Rights (EDRi).

içeriği kaldırmak için tasarlanmış çeşitli mekanizmaları kapsayan “bildirim ve eylem (notice-and-action) sistemi”dir⁴⁷⁸.

“Bildirim ve eylem” kavramı, Avrupa Komisyonu tarafından, bildirim ve eylem prosedürleri için regüle edilmiş bir yatay Avrupa çerçevesinin sinyallerini verdiği, 2011 tarihli E-Ticaret ve Diğer Çevrimiçi Hizmetlere İlişkin Tebliğinde kullanılmıştır. Bu tebliğde Komisyon, aracı internet sağlayıcılar tarafından bildirimin alınmasına müteakip farklı aksiyonların alınabileceği yöntemleri kapsayan daha ayrıntılı bir bildirim ve eylem prosedürünü teşvik etmektedir⁴⁷⁹.

Komisyon ayrıca 2016 tarihli Tebliğinde, “farklı hukuka aykırı içerik kategorilerinin ihbar ve eylem prosedürleri açısından farklı politika yaklaşımları gerektirdiği” değerlendirmesinde bulunarak; "kaldırma"dan daha esnek olan “bildirim ve eylem” mekanizmasını açıkça dile getirmektedir⁴⁸⁰.

Bu kapsamda hukuka aykırı faaliyetin türüne göre uyarlanan (telif hakkı ihlali için uyar-uyar; hakaret için uyar-bekle-kaldır; nefret söylemi⁴⁸¹ için uyar-kaldır ile uyar-askıya al; çocuk pornografisi için otomatik kaldır-durumu koru (automatic takedown and notice-and-stay-down) gibi "dikey" yaklaşımlar görülmektedir⁴⁸².

⁴⁷⁸ Kuczerawy, “From ‘Notice and Takedown’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, s. 524.

⁴⁷⁹ European Commission, *A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services*, 11.1.2012, COM(2011) 942 final, 2012, s. 13 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:EN:PDF>> [erişim 5 Aralık 2022].

⁴⁸⁰ Angelopoulos ve Smet, s. 4.

⁴⁸¹ Nefret söyleminin icrasının kolaylığına karşın taşıdığı büyük ölçekli zarar potansiyeli göz önüne alındığında karalama ve telif hakkı ihlallerine göre daha güçlü, tespiti daha kolay olan çocuk pornografisine göre ise daha yumuşak bir sistemle mücadele edilmesi ileri sürülmektedir. Bu konudaki ayrıntılı tartışmalar için Christ Christina Angelopoulos and Stijn Smet, ‘Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability.’, *Journal of Media Law*, 8.2 (2016), 266–301.

⁴⁸² Angelopoulos ve Smet, s. 2.

Dünya genelinde bildirim ve eylem sisteminin farklı varyasyonlarına örnek vermek gerekirse, uyar-bekle-kaldır (notice-wait-and-take-down) sistemi kapsamında Japonya, araçların bildirimleri içerik sağlayıcıya iletmesinden sonra bir hafta beklendikten sonra kaldırma işlemine geçmekte; uyar-uyar (notice-and-notice) sistemi kapsamında Kanada'daki araçlar yalnızca ihlal bildirimini hak ihlalinde bulunduğu iddia edilen kişiye iletmekte; uyar-bağlantıyı kes sistemi (notice-and-disconnection) ya da bir diğer deyişle kademeli cevap (graduated response) veya 3 hata (three strikes) sistemi kapsamında Fransa, ihlali gerçekleştirenlere bir kamu otoritesi tarafından uyarı mesajları göndermesinin ardından uyarıların tekrar tekrar göz ardı edilmesi halinde, internet aboneliklerini feshetmektedir⁴⁸³. Görüldüğü üzere daha ılımlı olan uyar uyar sistemlerinden, Fransa'da benimsenen yeni bir ISP'ye abone olmanın yasaklanması ve internet bağlantısının kesilmesine kadar giden farklı katılıkta tedbirlerden oluşan değişik varyasyonlar bulunmaktadır⁴⁸⁴.

Uyar-kaldır sisteminin bir varyasyonu olan uyar-uyar sisteminin temel farkı, potansiyel suistimalin hızlı çözümü yerine zamana yayılmasıdır. Uyar-uyar sisteminin temel amacı, nihai karar verilmeden önce içerik sağlayıcıya birkaç uyarı vererek, kullanıcıları eğitmek ve tespit edilmekten kaçınamayacaklarını göstererek onları suistimalden vazgeçirmektir⁴⁸⁵.

Yalnızca hedeflenen verilerin engellemesini ve/veya filtrelenmesini sağlayan uyar-kaldır prosedürü en makul yol olarak genel kabul görse de⁴⁸⁶ hukuka aykırı çevrimiçi içeriği tek bir tipte ele alma, artık dengeli bir çözümü sunmamakta ve bunun yerine farklı çevrimiçi ihlallerin farklı şekilde ele alınarak, Avrupalı yasa koyucu tarafından şimdiye kadar tercih edilen yatay yaklaşım dikey bir yaklaşıma

⁴⁸³ Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", s. 59.

⁴⁸⁴ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 532.

⁴⁸⁵ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 531.

⁴⁸⁶ Mehmet Bedii Kaya, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", s. 11.

dönüştürülmesi gerekmektedir⁴⁸⁷. Bu doğrultuda AB, düzenlemelerin ilk dönemlerinde çerçeve düzenlemeler tercih ederken son dönemlerde hukuki ilişkileri en ince detaylarına kadar kazuistik bir şekilde düzenlediği katı hukuk kurallarına ağırlık vermeye başlamıştır⁴⁸⁸.

Buna paralel, AB’de de uyar-kaldır sisteminden uyar-kaldır-durumu koru (notice-and-stay-down) sistemine doğru bir kayma yaşanmaktadır.

Uyar-kaldır-durumu koru (notice-and-stay-down) sistemindeki bildirim, yalnızca bir kerelik bir ihlal hakkında değil aynı zamanda gelecekte aynı ihlalin meydana gelmesini önlemek için aracıya devam eden bir sorumluluk yüklemektedir. Aynı zamanda benzer ihlallerin de önlenmesini gerektirecek şekilde daha da ileri gidilebilmektedir⁴⁸⁹.

Uyar-kaldır-durumu koru (notice and stay down) sisteminde, aracının yalnızca bilgileri kaldırması değil, aynı zamanda aynı kullanıcı veya diğer kullanıcılar tarafından daha sonra yeniden gönderilmesini engellemek için ek önlemler alması gerekmektedir⁴⁹⁰. Bu mekanizma, yakın zamana kadar herhangi bir kanunla değil, uyar-kaldır mekanizmasının temelini oluşturan hükümlerin geniş bir yorumundan türemiş ve bu nedenle bu sistemin örneklerine başlarda, kanundan ziyade mahkeme içtihatlarında rastlanmış olsa da DSM Direktifi’nin konuyu düzenleyen 17 nci maddesi ile durum değişmiş, kullanıcılar tarafından üretilen içeriklerdeki ihlal teşkil eden unsurlardan ötürü sorumluluktan kaçınmak için, araçların, yalnızca “hak sahiplerinden yeterince doğrulanmış bir bildirim aldıktan sonra, bildirilen eserlere erişimi engellemek veya web sitelerinden kaldırmak için süratle hareket etmekle yetinmemeleri, ayrıca izinsiz çalışmaların gelecekteki yüklenmelerini önlemek için en iyi çabayı göstermeleri” zorunlu kılınmıştır⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ Kuczerawy’ den aktaran Angelopoulos ve Smet, s. 16.

⁴⁸⁸ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 107.

⁴⁸⁹ Kuczerawy, “From ‘Notice and Takedown’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, s. 537.

⁴⁹⁰ Angelopoulos and Smet, pp. 287–88.

⁴⁹¹ Angelopoulos and Smet, s. 537.

Burada pasif-reaktif bir ardıl (posterior) sorumluluktan ziyade aktif-önleyici bir öncül (a priori) sorumluluk söz konusudur⁴⁹².

Daha önce hukuka aykırı olduğu bildirilen içeriğin yinelenen gönderilerinin belirlenmesi, kullanıcı tarafından gönderilen tüm bilgileri izleyen sistemleri ve bu sistemler aracılığı ile içeriğin tamamının filtrelenmesini (EC Direktifi m.15 tarafından yasaklanan) gerektirmektedir⁴⁹³. Ancak NSD mekanizması, aynı içeriğin farklı kullanıcılar tarafından yayınlandığında farklı yasal statülere sahip olma olasılığını veya içeriğin durumunun zaman içinde değişmesini öngören telif hakkı yasasının nüanslarını tam olarak yansıtmamaktadır⁴⁹⁴. Ayrıca bu sistemin, araçlar üzerinde orantısız talepler ve meşru son kullanıcılar için de olumsuz sonuç doğurma potansiyeline sahip olduğu düşünülmektedir⁴⁹⁵. Kullanıcılar açısından bakıldığında, yazılan her kelimenin o kişiye kadar izlenmesi, insanların daha dikkatli seçimler yapması üzerinden bir chilling effect etkisi yaratabilecektir.⁴⁹⁶ Ancak özerk, denetim altında olmayan bir alan, sırayla, konuşma ve davranış çeşitliliğini de destekleyecektir⁴⁹⁷.

VI. Ara Değerlendirme

EC Direktifi'ne bir hizmet sağlayıcının hukuka aykırı içerik ve faaliyet kapsamında sorumluluktan muaf tutulması için öncelikle i) bir bilgi toplumu hizmeti sağlaması, ii) aracılık hizmetleri ölçüsünde (basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma) faaliyet göstermesi, iii) bu faaliyetlerinde teknik, tarafsız ve pasif nitelikte pozisyon alması gereklidir. Barındırma hizmet sağlayıcıları bu şartlara ek

⁴⁹² Castets-Renard' den aktaran Yasaman, "Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law", s. 518.

⁴⁹³ Angelopoulos ve Smet, s. 288.

⁴⁹⁴ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 540.

⁴⁹⁵ Angelopoulos ve Smet, s. 288.

⁴⁹⁶ Ken D. Kumayama, "A Right to Pseudonymity", *Arizona Law Review*, 51 (2009), 427–64 (s. 439) <<https://arizonalawreview.org/pdf/51-2/51arizlrev427.pdf>> [erişim 7 Eylül 2022].

⁴⁹⁷ Julie E. Cohen, "Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object", *Stan. L. Rev.*, 52 (2000), 1373–1438 (s. 1425) <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/810/>> [erişim 7 Eylül 2022].

olarak, barındırdığı içeriğin (faaliyetin ya da bilginin) hukuka aykırı olduğu bilgisini edinmesi ya da farkına varması üzerine süratle bu içeriği kaldırması ya da erişimi engellemesi gereklidir. Sorumluluk muafiyet için koşulan bu şartların, internetin gelişmesi ile değişen hizmet sağlayıcıları bakımından bazı belirsizliklere neden olduğu görülmektedir.

Bu belirsizliklerden ilkinin, ücretsiz hizmet sunma prensibine dayanan yeni iş modellerinin türemesiyle “bilgi toplumu hizmetinin ücret karşılığında sunulması” şartında ortaya çıktığı görülmektedir. Bu belirsizliğin, ABAD kararlarıyla ücretin geniş yorumlanarak aşıldığı, ücretin doğrudan hizmet alıcıları tarafından karşılanmasının şart koşulmadığı görülmektedir.

Bu belirsizliklerden ikincisinin, birbirine girişik çok sayıda faaliyet gösteren yeni sağlayıcıların (özellikle sosyal ağ platformları, çevrimiçi pazar yerleri, iş birliği ekonomi platformları, arama motorları ve hyperlink) ortaya çıkması ile sağlayıcılara geniş bir hareket alanı bırakan barındırma faaliyetleri bakımından ortaya çıktığı görülmektedir.

Bu yapıların hangi faaliyetleri kapsamında barındırma korumalardan faydalanacağı, hangi faaliyetlerinin barındırılan veriler hakkında kontrole yol açacağı, güvenli limanların bu yeni hizmetlere uygulanması karmaşık hale getirmektedir. Güvenli liman korumasının barındırma hizmet sağlayıcılarına içerik bakımından ne kadarlık bir kontrole müsaade ettiği açık olmadığı için hizmet sağlayıcının pasifliğini ve tarafsızlığını tayin etmede sıklıkla ABAD’a başvurulduğu görülmektedir.

Sorumluluk rejiminin içerik bakımından edilgen bir rol üstelenen aracılardan daha etken yapılara dönüşmesiyle belirsizleşmesi dışında, genel izleme yasağı bakımından, genel izleme ile özel izleme arasındaki sınırın belirsiz olması nedeniyle de bazı gerilimlerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Genel izleme yasağına rağmen, yerel mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının sıklıkla genel izleme yasağına takılacak kadar kapsamlı bir şekilde verilmesinden ötürü, kararlarının ne derecede izleme gerektirebileceği, içeriğin ex ante engellenmesine (ihlal gerçekleşmeden engelleme) yönelik kararların hangi durumlarda verilebileceği, kararın gerektirdiği izlemenin ne zaman genel bir izleme teşkil edeceği meselelerinin ABAD uygulamaları ile şekillendiği görülmektedir.

EC Direktifi'ndeki barındırma hizmet sağlayıcıları için getirilen içeriği kaldırma ya da erişimi engelleme şartı, örtük bir şekilde uyar kaldır prosedürünü getirmektedir. Uyar kaldır mekanizması, EC Direktifi'nin ayrıntılı hükümlerinden ziyade hizmet sağlayıcının ihlal bilgisine dayanmaktadır. Direktif'in, prosedürün nasıl işletileceğine dair üye devletleri oryante etmekten ziyade neredeyse hiçbir kılavuz sağlamadan takdiri onlara bıraktığı görülmektedir.

Hizmet sağlayıcılar aracılığı ile gerçekleştirilen hukuka aykırı içeriğin 2000'li yıllardan bu yana ivme kazanması karşısında, internetin ilk dönemlerinde benimsenin bu esnek yaklaşım hata vermeye başlamıştır. Dolayısıyla uyar kaldır prosedürleri Direktif'in en zayıf noktalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hizmet sağlayıcının kaldırma yükümlülüğünü tetikleyen bilgi ve farkındalık ile ne anlaşılması gerektiği, yeterli bilgi standardının hangi eşikte olduğu, bir bildirimin bilgi standardını karşılaması için hangi unsurların içermesi gerektiği (bildirimde bulunan kişinin ihlalden zarar görüp görmemesi, bu kişinin kimlik bilgilerinin olup olmaması, ihlalin yerinin nasıl adresleneceği, ihlalin hangi kanıtlarla ispat edilebileceği vs.), bir bildirimin gelecekteki ihlale de ilişkin olma durumu uyar kaldır mekanizmasında belirsizliğin en belirgin olduğu noktalar olarak öne çıktığı görülmektedir. Bildirimlerin yeterli kesinlikte veya yeterli şekilde doğrulanabilir olmasını sağlayacak yeterli delili içermesi şeklinde ABAD tarafından bir kriter belirlenmiş olsa da ispat şartını karşılayan verilerin ne olduğu netleştirilmemiştir.

Bildirim aşamasının dışında değerlendirme kısmı da tartışmalıdır. Birer özel şirket olan hizmet sağlayıcıların, bilgilerin kaldırılması veya engellenmesi sonucunu doğuracak kararları vermesinin meşru olmadığı; bir temel hak olan ifade ve bilgi edinme özgürlüğüne yapılacak böylesi bir müdahalenin ancak demokratik gözetim ve yasal uzmanlık temelinde mahkemeler eliyle yapılması, doktrinde yer bulan görüşlerdendir.

Sağlayıcının sorumluluktan muaf olmak için hukuka aykırı içeriğe ne kadar hızlı tepki vermesi gerektiği, sürenin bilgi veya farkındalığın elde edildiği anda mı yoksa içeriğin yasaya uygunluk değerlendirmesinin yapılmasından sonra mı işlemeye başladığı da tartışmalıdır.

ABAD'ın sunduğu yönergelerin cevaplar sunmaktan ziyade sorulara yol açması, üye devletler arasında tutarlı uygulamalar geliştirilmesini engellemektedir. Yeksenaklığın bozulması ile dijital ortamın güvenilirliğinin zedelenmesi, hukuka aykırı içerikle mücadelede, araçların sorumluluğu meselesini yeniden gündeme getirmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DSA'DA HİZMET SAĞLAYICILARA UYGULANAN REJİM

Bu bölümün iki kısma ayrılmasında DSA'nın ikinci ve üçüncü bölümünün düzenleniş şekli gözetilmektedir. Bu doğrultuda, ilk olarak, DSA'nın "Aracı Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğu" başlıklı ikinci bölümü (Chapter II) ndeki maddeler üzerinden sorumluluk rejimi; ikinci olarak, üçüncü bölümü (Chapter III) ndeki özen yükümlülüğüne ilişkin maddelerden Kısım I'deki tüm hizmet sağlayıcıları için getirilenlerle, Kısım II ve Kısım III'teki bildirim ve eylem mekanizmaları ile ilgili olduğu düşünülenler ele alınmaktadır. EC Direktifi'nin çalışmanın ikinci bölümünde incelenen düzenlemelerine paralellik gösteren yerlerde tekrardan kaçınmak adına en baştan inceleme yapılmamaktadır.

I. Hukuka Aykırı İçerik Kapsamında Sorumluluktan Muafiyet Rejimi

A. Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Bilinmesi Gerekenler

DSA, aracılık hizmetleri sağlayıcıları ve özellikle "basit iletim", "önbelleğe alma" ve "barındırma" hizmetlerinden oluşan aracı hizmetler için geçerli olacak şekilde uygulanmaktadır⁴⁹⁸.

DSA Madde 3(g) ye göre;

“‘Aracılık hizmeti’ aşağıdaki hizmetlerden biri anlamına gelmektedir:

i) Hizmetin alıcısı (ilgili aracı hizmeti kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi) tarafından sağlanan bilgilerin bir iletişim ağındaki iletiminden veya bir iletişim ağına erişim sağlanmasından oluşan bir “basit iletim” hizmeti;

ii) Hizmetin alıcısı (ilgili aracı hizmeti kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi) tarafından sağlanan bilgilerin, diğer alıcıların talebi üzerine alıcılara iletilmesini daha verimli hale getirmek amacıyla bu bilgilerin otomatik, ara ve

⁴⁹⁸ DSA Resital 5.

geçici olarak depolanmasını içeren, bir iletişim ağındaki iletiminden oluşan bir "önbelleğe alma" hizmeti,

iii) Hizmetin alıcısı tarafından ve alıcının talebi üzerine sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir "barındırma" hizmeti."

Aracılık hizmeti niteliğinde olmayan ve hizmetin aracılık yoluyla sağlanıp sağlanmadığına bakılmaksızın, böyle bir hizmetle ilgili olarak getirilen herhangi bir gerekliliğe uygulanmamaktadır⁴⁹⁹.

Aracılık niteliği taşımayan hizmetlerin DSA'nın dışında bırakılması⁵⁰⁰ ile DSA'nın aracılık hizmetinin sadece ana hizmet olarak sağlandığı hallerde uygulanacağı, aracılık hizmetinin ana hizmetin bir parçası teşkil ettiği ancak hizmetin bütününe nitelendirmeye etki etmediği hizmet sunumlarının DSA'nın uygulama alanı dışında kaldığı netlik kazanmaktadır⁵⁰¹.

Aracılık hizmetleri, bilgilerin hızlı ve güvenli bir şekilde iletilmesini ve çevrimiçi ekosistemin tüm katılımcılarına kolaylık sağlamak için sürekli olarak gelişen ve çevrimiçi olarak gerçekleşen çok çeşitli ekonomik faaliyetleri kapsamaktadır⁵⁰². Basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma aracılık hizmetlerinin ne olabileceği, DSA'da EC Direktifin'dekinden farklı olarak örnekleme yolu ile sayılmaktadır.

Aracılık hizmetlerinin genel kategorisi içerisinde "basit iletim" aracı hizmetlerine örnek olarak internet değişim noktaları, kablosuz erişim noktaları, sanal özel ağlar, DNS hizmetleri ve çözümleyiciler gibi üst düzey alan adı kayıtları, kayıt şirketleri, dijital sertifikalar veren sertifika yetkilileri, IP üzerinden ses ve diğer kişilerarası iletişim hizmetleri; "önbelleğe alma" aracı hizmetlerine örnek

⁴⁹⁹ DSA Madde 2(2).

⁵⁰⁰ DSA Madde 2(2).

⁵⁰¹ Yusufoglu Bilgin, s. 343. DSA Madde 2(2) nin şekillenmesinde etkili olan ilgili ABAD Uber ve ABAD Star Taxi kararları için bkz. Yusufoglu Bilgin ss.33-44 ile ss.187-198.

⁵⁰² DSA Resital 29.

olarak yalnızca içerik dağıtım ağları, ters proxy'lerin veya içerik uyarlama proxy'lerinin sağlanması; "barındırma" aracı hizmetlerine örnek olarak, bulut bilgi işlem, web barındırma, ücretli referans hizmetleri veya dosya depolama ve paylaşım da dahil olmak üzere çevrimiçi bilgi ve içerik paylaşımını sağlayan hizmetler gibi yapılar dahil edilmiştir⁵⁰³. Sistem büyük ölçüde EC Direktifini kopyalasa da, basit iletim hizmetlerinin kapsamı önemli ölçüde genişletilmiştir⁵⁰⁴.

Aracılık hizmetleri, başka bir aracılık hizmetinin bir parçası olarak, tek başına ya da diğer aracılık hizmetleriyle eş zamanlı olarak sağlanabilmektedir⁵⁰⁵.

Belirli bir hizmetin "basit iletim", "ön belleğe alma" veya "barındırma" hizmeti olup olmadığı, bu hizmetlerin teknik işlevlerine bağlıdır. Ancak bu işlevler, zaman içinde gelişim gösterebilmesinden ötürü her durum özelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁰⁶.

DSA, getirdiği kuralların etkinliğini korumak ve iç pazarda eşit şartları sağlamak amacıyla, kuruluş yeri veya konumu ne olursa olsun, Birlik içine hizmet sunan aracılık hizmetleri için geçerlidir⁵⁰⁷. "Birlik içinde hizmet sunmak", bir veya daha fazla üye devletteki gerçek veya tüzel kişilerin Birlik ile önemli bir bağlantısı olan bir aracılık hizmet sağlayıcısının hizmetlerinden faydalanması anlamına gelmektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰³ DSA Resital 29.

⁵⁰⁴ Martin Husovec ve Irene Roche Laguna, "Digital Services Act: A Short Primer", SSRN, 2022, s. 3 <<https://ssrn.com/abstract=4153796>> [erişim 13 Temmuz 2022].

⁵⁰⁵ DSA Resital 29.

⁵⁰⁶ DSA Resital 29.

⁵⁰⁷ Bkz. Resital 7, DSA 2 (1) ve 3(d) Maddeleri. Resital 7'ye göre, aracı hizmet sağlayıcıların Birlik içerisinde hizmet sunması, Birlik ile sağlam bir bağlantı içerisinde olduğunu göstermektedir. Birlik içinde bir kuruluş olmayan ancak Birlik içinde hizmet sunan aracı hizmet sağlayıcıları, sağlayıcının hizmet sunduğu üye devletlerden birinde yasal temsilcisi olarak hareket edecek bir tüzel veya gerçek kişiyi belirlemekle mükelleftir (DSA 13 (1)). Ancak Birlik içinde bir yasal temsilcinin atanması, Birlik içinde bir kuruluş teşkil etmemektedir (DSA 13 (5)).

⁵⁰⁸ DSA Madde 3(d).

“Birlik içinde hizmet sunma”nın tespit edilmesinde, hizmet sağlayıcının “Birlik ile önemli bir bağlantı” içerisinde olması kriteri gözetilmektedir. Birlik içerisinde kuruluşun olması, bu şartı sağlarken hizmet sağlayıcının Birlik içerisinde kuruluşunun olmadığı hallerde “Birlik ile önemli bir bağlantı” yı karşılayan durumlara bakılmalıdır. Bu şartı sağlayan haller arasında, i) hizmet alıcısı sayısının ilgili üye devletin nüfusuna veya Birlik nüfusuna göre önemli bir sayıda olması veya ii) faaliyetlerin bir veya daha fazla üye devleti hedeflemesi gibi durumlar sayılmaktadır⁵⁰⁹.

i) hizmetin ilgili üye devlette genel olarak kullanılan bir dilin veya para biriminin kullanılarak sunumu, ii) ilgili üye devletten ürün veya hizmet sipariş etme olanağının sağlanması veya iii) ilgili bir üst seviye alan adının kullanımı gibi haller de dahil olmak üzere ilgili diğer tüm koşullar, faaliyetlerin bir veya daha fazla üye devleti hedefleyip hedeflemediğini belirlemede kullanılabilir⁵¹⁰.

DSA, temel aracı hizmet sağlayıcıların (basit iletim, ön belleğe alma, barındırma) daha nitelikli halini, “çevrimiçi platform” ve bununla bağlantılı olarak “çok büyük çevrimiçi platformlar (veya VLOPs)” ile “çevrimiçi arama motoru” ve bununla bağlantılı olarak “çok büyük çevrimiçi arama motorları (veya VLOSEs)” şeklinde düzenlemektedir⁵¹¹. DSA ile düzenlenen bu yeni aktörler arasındaki ayrım (çevrimiçi platform ile VLOPs arasındaki ayrım; çevrimiçi arama motoru ile VLOSEs arasındaki ayrım), hizmetin doğasından değil aylık aktif kullanıcı sayısından (yapının büyüklüğünden) kaynaklanmaktadır⁵¹².

DSA’ya göre “çevrimiçi platform”, hizmetin alıcısının talebi üzerine bilgiyi depolayan ve kamuya yayan bir barındırma hizmet sağlayıcısıdır⁵¹³. Dolayısıyla barındırma hizmet sağlayıcılarının alt bir kategorisini oluşturan çevrimiçi

⁵⁰⁹ DSA Madde 3(e).

⁵¹⁰ DSA Resital 8.

⁵¹¹ Çevrimiçi arama motoru için bkz. DSA Madde 3 (j); VLOP ve VLOSE’lar için bkz. DSA Madde 33 ve Resital 76.

⁵¹² Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 3.

⁵¹³ DSA Madde 3(i)

platformların, hizmet alıcıları tarafından sağlanan bilgileri depolama ve aynı zamanda bu bilgileri yine onların isteği üzerine kamuya yayma fonksiyonlarına vurgu yapılmaktadır⁵¹⁴. Bir başka deyişle, çevrimiçi platformun tanımlayıcı unsurları olarak hizmet alıcısının talebi üzerine bilgiyi saklama ve kamuya yayma öne çıkmaktadır⁵¹⁵. Bu kapsamda, i) barındırma hizmetinin, ii) kamuya yaymanın ve iii) hizmet alıcısı olmanın DSA’da nasıl tanımlandığının incelenmesi gerekmektedir.

DSA’ya göre bir “barındırma hizmeti”, hizmetin alıcısı tarafından ve onun talebi üzerine sağlanan bilgilerin depolanmasından oluşan bir aracılık hizmeti iken⁵¹⁶, “kamuya yayma”, bilgiyi sağlayan hizmet alıcısının talebi üzerine, bilginin potansiyel olarak sınırsız sayıda üçüncü tarafa sağlanmasıdır⁵¹⁷. Kamuya yayma, bilgileri sağlayan hizmetin alıcısı tarafından başka bir işlem yapılmaksızın ve bu kişilerin söz konusu bilgilere fiilen erişip erişmediklerine bakılmaksızın, hizmetin alıcılarına bilgilerin kolayca erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelmektedir⁵¹⁸. E-postalar veya özel mesajlaşma hizmetleri gibi kişilerarası iletişim hizmetleri, sınırlı sayıda kişi arasındaki iletişim için kullanılmalarından ötürü çevrimiçi platform kapsamı dışında kalmaktadır⁵¹⁹.

Ekim 2021’de Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi (JURI) görüşü, DSA Taslağı kapsamına, “özel amaçlar veya ticari olmayan amaçlar dışında kullanılan anlık mesajlaşma servislerinin (bir diğer deyişle özel amaçlarla kullanılmayan veya ticari mahiyette kullanılan servislerin)” alınmasını önermiş; teklif, hizmet sağlayıcıların, iletişimlerin gizliliğini ve şifrelemesini ihlal etmeden mesajlaşma hizmetinin kullanım türünü tespit etmesinin mümkün olmamasından ötürü sert bir şekilde eleştirilmiştir⁵²⁰.

⁵¹⁴ DSA Resital 13.

⁵¹⁵ Oğuz, s. 9, dpn.16.

⁵¹⁶ DSA Madde 3(g)

⁵¹⁷ DSA Madde 3(k).

⁵¹⁸ DSA Resital 14.

⁵¹⁹ DSA Resital 14.

⁵²⁰ Buri ve van Hoboken, s. 14.

Buna karşın, DSA'nın nihai metninde "kamuya yayma" kriterinin ancak bilginin potansiyel olarak sınırsız sayıda üçüncü tarafa sağlanması şartına bağlanmasından ötürü, özel mesajlaşma hizmetlerinin kapsam dışında tutulması, telegram grupları gibi hizmetlerin DSA tarafından ele alınan bireysel ve toplumsal risk unsurunu taşımalarına rağmen maksimum 200.000 alıcısı olabilmesinden ötürü DSA'nın platformla ilgili düzenlemelere dahil edilmemesi de eleştirilmektedir. Bunların önüne geçmek ve özellikle AB telif hakkı yasalarıyla tutarlılığı sağlamak için, DSA 3(i) maddesinin, InfoSoc Direktifi⁵²¹'nin 3. Maddesi kapsamında ABAD'ın umuma iletme ilişkin içtihatlarında (Birleştirilmiş Davalar C-682/18 ile C-683/18- YouTube Cyando) geliştirilen daha esnek ve işlevsel "kamu" kavramını dahil edecek şekilde alıcı sayısının "potansiyel olarak sınırsız" değil, "belirsiz" ve "(oldukça) büyük" olacak şekilde düzenlenmesinin daha yerinde bir yaklaşım olacağı öne sürülmektedir⁵²².

"Kamuya yayma" ile ilgili bir diğer husus, kamuya yaymanın, özünde başka bir hizmetle bağlantılı olan yalnızca küçük ve tamamen yardımcı bir özellik teşkil etmesi halinde, bu durumdaki barındırma hizmet sağlayıcılarının çevrimiçi platformlar olarak değerlendirilmemesidir⁵²³. Buna ek olarak, kamuya dağıtımın, ana hizmetin küçük bir işlevi veya özelliği olduğu ve bu işlev veya özelliğin teknik nedenlerle, (diğer veya) ana hizmet olmadan kullanılamadığı haller de çevrimiçi platformu karşılamamaktadır⁵²⁴.

Örneğin, bir internet gazetesindeki yorumlar bölümünün, yayıncının ana hizmetine (editorial sorumluluk kapsamında haberlerin yayınlanması) yardımcı bir özellik olduğunun açık olduğu durumlar, buna örnek gösterilebilir. Buna karşılık,

⁵²¹ Bilgi toplumunda telif hakkı ve bağlantılı hakların belirli yönlerinin uyumlaştırılmasına ilişkin 22 Mayıs 2001 tarih ve 2001/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive). Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj>.

⁵²² Peukert vd., s. 367.

⁵²³ DSA Resital 13.

⁵²⁴ Bu özellik veya işlevin entegrasyonu, online platformlar için geçerli olan kuralları dolanmanın bir yolu değildir. Bkz. DSA Resital 13.

bir sosyal ağda yorumların barındırılması, hizmet alıcılarının gönderilerinin yayınlanmasına yardımcı olsa bile sunulan hizmetin küçük bir özelliği olmadığı açıkça belli olduğu durumlarda, bir çevrimiçi platform hizmeti kapsamında düşünülmelidir⁵²⁵. Bulut bilişim veya web barındırma hizmetleri, belirli bilgileri kamuya, bu tür hizmetlerin küçük ve yardımcı bir özelliğini veya küçük bir işlevini oluşturacak şekilde yayıyorsa bu durum, çevrimiçi platform yapısı içerisinde değerlendirilmemelidir⁵²⁶.

Bulut bilişim hizmetleri ve web barındırma hizmetlerinin altyapı hizmeti sunduğu durumlarda (örneğin internet tabanlı bir uygulamanın, web sitesinin veya çevrimiçi platformun temelindeki altyapısal depolama ve bilgi işlem hizmetleri gibi), barındırdıkları uygulama, web sitesi veya çevrimiçi platformun hizmet alıcısının talebi üzerine depoladıkları veya işledikleri bilgiler bakımından “kamuya yayma” fonksiyonunu icra etmemektedir⁵²⁷. Bir başka deyişle, bulut bilişim veya web barındırma hizmetlerinin, diğer web siteleri veya çevrimiçi platformlar için "altyapı hizmeti sunduğu" durumlarda bu yapılar çevrimiçi platform kabiliyeti taşımamaktadır⁵²⁸.

DSA’da çevrimiçi platformlar için düzenlenmiş yükümlülükler, bulut altyapı hizmetleri gibi bilişim hizmetleri altyapı hizmet sağlayıcılarının, bir kullanıcısının içeriğini kamuya açık hale getirip getirmediğini veya kullanıcının hangi içeriği görüntülediği de dahil olmak üzere, kullanıcılarının hizmetlerini nasıl kullandığı üzerinde doğrudan bir kontrole sahip olmamasından ötürü bu yapılar için uygun görülmemektedir. Benzer şekilde, kullanıcı tarafından oluşturulan içeriği depolayan ve kullanıcılarına temel paylaşım özellikleri sunan bulut tabanlı barındırma çözümleri de, kendi sistemleri içerisinde sakladıkları bilgileri doğrudan

⁵²⁵ DSA Resital 13.

⁵²⁶ DSA Resital 13.

⁵²⁷ DSA Resital 13

⁵²⁸ Pim ten Thije ve Joris van Hoboken, “Average monthly active recipients in the DSA: definition, grey areas, and how to calculate?”, *DSA Observatory*, 2022 <<https://dsa-observatory.eu/2022/10/10/average-monthly-active-recipients-digital-services-act-dsa-definitions-grey-areas-how-to-calculate/>> [erişim 16 Aralık 2022].

kamuya açık hale getiremedikleri ve temel özelliklerinin içeriği kamuya yaymak olmamasından ötürü çevrimiçi platform olarak kabul edilmemelidir⁵²⁹.

Çevrimiçi platform tanımında öne çıkan bir diğer husus “hizmet alıcısı”, özellikle bilgi aramak veya bilgiyi erişilebilir kılmak amacıyla bir aracı hizmeti kullanan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır⁵³⁰. Kullanıcı yerine “hizmet alıcısı” ibaresini kullanmak EC Direktifi ile uyumludur. DSA’da tanımlandığı şekliyle “hizmet alıcı”nın hangi tarafları içerdiği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte yalnızca barındırma hizmetlerindeki içerik sağlayıcılarını değil aynı zamanda okuyucuları da kapsadığı⁵³¹ görüşüne karşın bu kesimin sadece içerik sağlayıcı olarak anlaşılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁵³².

Çevrimiçi platformun unsurlarına yönelik yapılan incelemelerden sonra, sosyal ağlar veya tüketicilerin tüccarlarla mesafeli sözleşmeler yapmalarına izin veren platformlar, birer çevrimiçi platform kategorisinde yer almakta⁵³³; Instagram, YouTube, Facebook, Twitter gibi sosyal medya siteleri, Amazon gibi çok yönlü teknoloji şirketleri, Uber gibi ulaşım ağları ve hatta konut piyasası Airbnb çevrimiçi platform yapısını karşılamaktadır⁵³⁴. Ödeme sistemleri ve arama motorları yer sağlayıcı olmakla birlikte, çevrimiçi platform olarak kabul edilmemektedir⁵³⁵.

B. Bilgi Toplumu Hizmeti Sunma

Sorumluluktan muaf tutulmak için çevrimiçi aktörün öncelikle bir bilgi toplumu hizmeti sunması şartı DSA’da da devam etmektedir.

⁵²⁹ DigitalEurope, *Digital Services Act position paper* , 2021, ss. 6–7 <www.digitaleurope.org> [erişim 30 Temmuz 2022].

⁵³⁰ DSA Madde 3(b).

⁵³¹ Peukert vd., s. 371.

⁵³² Yusufoglu Bilgin, s. 346.

⁵³³ DSA Resital 13.

⁵³⁴ Rochefort, s. 228.

⁵³⁵ Yusufoglu Bilgin, s. 347.

DSA'nın 3(a) maddesine göre bilgi toplumu hizmetleri⁵³⁶, 2015/1535 (AB) Direktifinin⁵³⁷ 1(1)(b) maddesindeki hizmetler anlamına gelmektedir. İlgili maddeden, bilgi toplumu hizmetini doğrudan tanımlamadan tanımının yer aldığı Direktif'in adreslenmesi şeklindeki EC Direktifi yaklaşımının DSA'da devam ettiği görülmektedir.

2015/1535 (AB) Direktifinin 1(1)(b) maddesinde göre bilgi toplumu hizmetleri, i) çoğunlukla ücret karşılığı, ii) uzaktan, iii) elektronik araçlarla ve iv) hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine sağlanan herhangi bir hizmet olarak ifade edilmiştir. Bu bakımdan, 2015/1535 sayılı Direktif'in, 98/48/EC sayılı Direktif ile revize edilen 98/34/EC sayılı Direktif'teki tanımı koruduğu ve EC Direktifi ile DSA arasında herhangi bir fark olmadığı görülmektedir.

C. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunma Şekli

EC Direktifi'ndeki sorumluluktan koşullu muafiyete ilişkin benimsenen yatay çerçeve sağladığı yasal kesinlik ile birçok yeni hizmetin ortaya çıkmasına ve iç pazarda yaygınlaşmasına olanak sağlamıştır. Ancak, ilgili kuralların iç hukuka aktarımında ve iç hukukta uygulanmasında ortaya çıkan farklılıklar nedeniyle bunlar arasında açıklık ve tutarlılığın sağlanması için bu çerçevenin DSA'ya, ABAD içtihatları gözetilerek ve çerçevenin belirli unsurlarına açıklık getirilerek dahil edilmesi gerekmektedir⁵³⁸.

Bu doğrultuda, DSA'nın kabulü ile birlikte, DSA'nın 4, 5, 6 ve 8. Maddeleri EC Direktifi'nin sorumluluk muafiyetlerini belirleyen 12, 13, 14. Maddelerinin ve genel izleme yasağına dair 15. Maddesinin yerini almıştır⁵³⁹.

⁵³⁶ Bilgi Toplumu Hizmetleri tanımı için ayrıca bkz. DSA Resital 5.

⁵³⁷ DSA'daki bilgi toplumu hizmetlerinin dayandığı 2015/1535 sayılı Direktif, revize edilmiş 98/34/EC sayılı Direktif ile 98/48/EC sayılı Direktif yürürlükten kaldırmıştır (EC Direktifi'nin bilgi toplumu hizmetleri için atf yaptığı Direktifler).

⁵³⁸ DSA Resital 16.

⁵³⁹ DSA Madde 89.

Sorumluluk muafiyeti için her faaliyet türüne özgü aranan şartları düzenleyen DSA'nın 4, 5, 6 ncı maddelerine bakıldığında, basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma faaliyetleri bakımından DSA'nın EC Direktifi'ndeki sistemi büyük ölçüde kopyaladığı görülmektedir.

EC Direktifi'ndeki şartlı muafiyet rejiminin DSA'da neredeyse aynı şekilde devam ettirilmesi, AB'nin sürekliliği sağlamaya çalıştığını göstermektedir⁵⁴⁰. Bu yaklaşım, bu kuralların sağladığı hukuki kesinlik ve temel hakların korunmasındaki önemi nedeniyle benimsenmiştir⁵⁴¹.

Aracıların sorumluluktan muaf tutulmaları için yerine getirmeleri gereken şartların, EC Direktifi'ndekilerle büyük ölçüde aynı şekilde devam ettirilirken, EC Direktifi 14 üncü maddesinin yerini alan DSA'nın 6 ncı maddesi ile nispeten küçük bir değişiklik yapılmıştır⁵⁴².

DSA 6 (3) maddesi, tüketiciler ve tüccarlar (çevrimiçi pazar yerleri) arasında aracılık yapan çevrim içi platformların sorumluluk muafiyetine ilişkin yeni koşullar getirmektedir. 6 (3), tüm barındırma hizmet sağlayıcıları için değil, sadece bunun bir alt kategorisi olan tüketicilerin tacirlerle mesafeli sözleşmeler⁵⁴³ yapmasına izin veren çevrimiçi platformlar için geçerlidir.

İlgili maddede her ne kadar “çevrimiçi pazaryeri” ibaresi açıkça kullanılsa da maddede yapılan tarifin 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları

⁵⁴⁰ Folkert Wilman, “Between preservation and clarification: The evolution of the DSA’s liability rules in light of the CJEU’s case law”, *VerfBlog*, 2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-preservation-clarification/>> [erişim 20 Aralık 2022].

⁵⁴¹ Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 5.

⁵⁴² Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 334.

⁵⁴³ DSA Madde 3 (1), 'mesafeli sözleşme' tanımı için, 2011/83/EU sayılı Direktifin 2. Maddesinin (7) bendine gönderme yapmaktadır.

Yönergesi’ndeki “çevrimiçi pazaryeri” tanımına karşılık gelmesi nedeniyle temelde çevrimiçi pazaryerlerinin kast edildiği çıkarılmaktadır⁵⁴⁴.

Bu maddeye göre, tacirler ile müşteriler arasında aracılık yapan çevrimiçi platform sağlayıcılarının, ortalama bir tüketiciyi, bilgilerin [...] çevrimiçi platformun kendisi veya onun yetkisi veya kontrolü altında hareket eden bir hizmet alıcısı tarafından sağlandığına inandırdığı durumlarda, tüketici kanunundan doğan sorumluluk muafiyetinden faydalanmasını engellemektedir.

6 (3)’e göre, tüketicilerin tacirlerle mesafeli sözleşmeler yapmasına izin veren çevrimiçi platformların, ilgili işlemlere dair bilgileri, tüketicileri söz konusu işleme dair bilgilerin kendileri veya onların yetkisi veya kontrolü altında hareket eden tacirler tarafından sağlandığına inandıracak şekilde sunmaları halinde, gerçekte durum böyle olmasa bile, bu çevrimiçi platformların bilgi veya kontrol sahibi olduğu kabul edilmektedir⁵⁴⁵.

6 (3)’e göre sorumluluk muafiyetini belirleyici olan şey, 6 (1)’de olduğu gibi, söz konusu içerik hakkındaki (objektif) bilgi veya kontrol değil, daha ziyade, içeriğin (veya içeriğin ilgili olduğu esas ürün veya hizmetin) hizmet sağlayıcı tarafından sağlanıp sağlanmadığına ilişkin tüketicinin (subjektif) izlenimidir⁵⁴⁶. Tüketicilerin, işlemin konusu olan bilgilerin, ürün veya hizmetin ilgili tacir yerine çevrimiçi platformun kendisi tarafından sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesinde, ortalama bir tüketicinin tüm koşullar göz önüne alındığında objektif inancı belirleyici olacaktır⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ İlgili hükümle güncelde çevrimiçi pazaryelerini kast edilmekteyse de bu hükmün, sadece çevrimiçi pazaryerlerine yönelik olmadığı ancak bunu da kapsadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Bkz. Yusufoglu Bilgin, pp. 414–21.

⁵⁴⁵ DSA Resital 24.

⁵⁴⁶ Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 336.

⁵⁴⁷

Tüketicinin inancını etkileyen tacir davranışları, Resital 23'te örneklendirilmektedir. Bir çevrimiçi platformun DSA'nın gerektirdiği şekilde tacirin kimliğini açıkça göstermemesi, bir çevrimiçi platformun, tacirin kimlik veya iletişim bilgilerini, tacir ile tüketici arasında sözleşmenin akdedilmesine kadar saklı tutması veya çevrimiçi bir platformun ürünü veya hizmeti, o ürünü veya hizmeti tedarik eden tacirin yerine kendi adına pazarlaması⁵⁴⁸, çevrimiçi platform sağlayıcısının tacirin sunduğu mal veya hizmetlerin fiyatını belirlemesi⁵⁴⁹, sorumluluk muafiyetlerini geçersiz kılan haller arasında sayılmaktadır.

Bu uygulama ile internet üzerinden aracılık edilen ticari işlemlerde tüketicilerin etkin bir şekilde korunması amaçlanmaktaysa⁵⁵⁰ da tüketicileri yeteri kadar korumayacağı ve koşullu sorumluluk muafiyetinin sağlamayı amaçladığı yeksenaklık ve netliği olumsuz yönde etkileyeceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵⁵¹.

DSA kapsamındaki koşullu muafiyet rejiminin, “basit iletim”, “ön belleğe alma” ve “barındırma” hizmetlerinden oluşan aracılık hizmetleri ve aracı hizmet sağlayıcıları için geçerli olacak şekilde uygulanmasının altında esas olarak, bu yapıların her türden meşru ve sosyal açıdan yararlı amaçlarla artan kullanımının yanı sıra, hukuka aykırı veya başka türlü zararlı bilgi ve faaliyetlere aracılık etme ve yaymadaki rollerinin de artması yatmaktadır⁵⁵².

Örneğin, VLOP ve VLOSE'ların hizmetleri ve ilgili sistemlerinin (algoritmik sistemler dahil) tasarımı veya işleyişi, bazı sistemik risklere meydan vermektedir.

⁵⁴⁸ DSA Resital 24.

⁵⁴⁹ DSA Resital 23.

⁵⁵⁰ DSA Resital 24.

⁵⁵¹ Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 336.

⁵⁵² DSA Resital 5.

Bu sistemik riskler içerisinde VLOP ve VLOSE’ların i) hizmetleri aracılığıyla hukuka aykırı içeriği yayması, ii) temel haklara⁵⁵³ yönelik belirgin (actual) ya da öngörülebilir olumsuz etkileri, iii) sivil söylem ve seçim süreçleri ve kamu güvenliği üzerindeki herhangi belirgin veya öngörülebilir olumsuz etkileri iv) toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, halk sağlığının ve küçüklerin korunması ile ilgili herhangi belirgin veya öngörülebilir olumsuz etki ve kişinin fiziksel ve zihinsel esenliği üzerindeki ciddi olumsuz etkiler yer almaktadır⁵⁵⁴.

Ancak DSA’nın koşullu sorumluluk rejiminde, bu yapıların hukuka aykırı bilgi ve faaliyetlere aracılık etmedeki artan rollerine rağmen, buna paralel olarak sorumluluktan muaf tutulmaları için aranan şartların ağırlaştırılmadığı görülmektedir.

D. Bilgi Toplumu Hizmetini Sunmada “Tarafsız Faaliyet” Prensibi

EC Direktifi’nin 12-14 arasındaki maddeleri, DSA’da 4-6 arasında neredeyse aynı şekilde devam etse de, sorumluluk muafiyeti açısından rehberlik sunan gerekçelerde bazı farklılıkların olduğu görülmektedir.

Bilindiği üzere EC Direktifi’nde hizmet sağlayıcıların aktifleşmesine yol açacak faaliyetler Resital 42’de düzenlenmiştir. Resital 42’de, hizmet sağlayıcının tarafsızlığı (iletildiği veya depoladığı bilgiler üzerinde ne bilgisi ne de kontrolü

⁵⁵³ Özellikle Temel Haklar Şartı’nın 1. maddesinde yer alan insanlık onuru, 7. maddesinde yer alan özel ve aile yaşamına saygı, 8. Maddesinde yer alan kişisel verilerin korunması, 11. Maddesinde yer alan medya özgürlüğü ve çoğulculuğu da dahil olmak üzere ifade ve bilgi alma özgürlüğü, 21. Maddesinde yer alan ayrımcılık yasağı, 24. Maddesinde belirtilen çocuk hakları ve 38. Maddesinde belirtilen yüksek düzeyde tüketici koruması.

⁵⁵⁴ Bkz. DSA Madde 34 (1). VLOP ve VLOSE’lar risk değerlendirmelerini yaparken, özellikle (a) tavsiye sistemlerinin ve diğer ilgili algoritmik sistemlerin tasarımının; (b) içerik denetleme sistemlerinin; (c) geçerli hüküm ve koşullar ve bunların uygulanmasının; (d) reklamların seçilmesi ve sunulmasına yönelik sistemlerinin; (e) sağlayıcının veriye ilişkin uygulamalarının sistemik risklerden herhangi birini etkileyip etkilemediğini ve nasıl etkilediğini dikkate alması gerekmektedir. Değerlendirmeler ayrıca, Madde 34 (1)’de sayılan risklerin, hizmetlerin kasıtlı olarak manipüle edilmesinden etkilenip etkilenmediğini ve nasıl etkilendiğini de analiz etmelidir. Bkz. DSA Madde 34 (2).

olduğunu) “yalnızca teknik, otomatik ve pasif” nitelikteki faaliyetleri üzerinden belirlenmiştir.

DSA Resital 18’e bakıldığında, DSA’da belirlenen sorumluluk muafiyetlerinin, hizmetin alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin “yalnızca teknik ve otomatik” olarak işlenmesi yoluyla tarafsız bir şekilde hizmetleri sağlamakla yetinmek yerine, aracılık hizmetleri sağlayıcısının, kendisine veriler üzerinde bilgi veya kontrol sağlayacak türden aktif bir rol oynadığı durumlarda geçerli olmadığının kabul edildiği görülmektedir.

Bu bakımdan, DSA 18 in tarafsızlığı, EC Direktifi 42’deki “yalnızca teknik, otomatik ve pasif” nitelikteki faaliyetlerin aksine “yalnızca teknik ve otomatik” nitelikteki faaliyetler üzerinden belirlemekte olduğu görülmektedir. Bu bakımdan DSA, ABAD’ın Resital 42 ye atıf yaparak hüküm kurduğu Google France ve YouTube Cyando kararından ziyade pasifliğe atıf yapmadan hüküm kurduğu L’Oreal v. eBay yaklaşımını benimsemiştir⁵⁵⁵ Hizmet sağlayıcı açısından pasiflik gerekliliğine atıfta bulunmaksızın bilgi veya kontrole yol açmadığı müddetçe, bir dereceye kadar aktiviteye izin verilmektedir⁵⁵⁶.

Resital 18’e ek olarak, sorumluluk muafiyetlerinin, hizmetin alıcısı tarafından değil, aracılık hizmeti sağlayıcısının kendisi tarafından sağlanan bilgiler (bilgilerin sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında geliştirildiği durumlar dahil) için sağlanmadığını da ifade etmektedir.

Diğer yandan EC Direktifi döneminde, Resital 42 nin lafzında sadece “basit iletim ve ön belleğe alma” faaliyetlerinin geçmesi, barındırma sağlayıcıları bakımından da bu şartın gözetilip gözetilmeyeceği sorununı gündeme getirmişti.

⁵⁵⁵ Wilman, “Between preservation and clarification: The evolution of the DSA’s liability rules in light of the CJEU’s case law”.

⁵⁵⁶ Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 6.

Her ne kadar EC Direktifi'nde düzenlenmemiş olsa da ABAD bu gerekçeyi tartışmalı bir şekilde barındırma sağlayıcıları için de uygulamıştır.

DSA Resital 18 in lafzında, “basit iletim ve ön belleğe alma” faaliyetleri ibarelerinin çıkarılıp yerine genel anlamda “aracılık hizmet sağlayıcılarının” getirilmesi ile bu şartın barındırma araçları için de getirilmiş olduğu ve bu şekilde, DSA 18 in, ABAD yaklaşımını benimsemiş olduğu görülmektedir⁵⁵⁷.

DSA Resital 18 deki değişimi, mevcut içtihat hukukunun yeniden ifade edilişi olarak yorumlayanlar, bunun önemli bir değişiklik olmadığını öne sürse de, ABAD tarafından geliştirilen standartların muhafaza edilerek yasalaştırılması yasal kesinliği artırdığı⁵⁵⁸ için önem arz etmektedir.

Kimin pasif olduğu sorusunun cevabı ne olursa olsun, bu değerlendirmenin DSA'nın getirdiği yeni özen yükümlülükleri bakımından bir değişiklik yaratmamasından ötürü daha fazla aktif olmak DSA kapsamının dışına çıkma ile sonuçlanmamaktadır⁵⁵⁹.

E. Genel İzleme Yasağı

Genel izleme yasağının DSA'da düzenlendiği 8 inci maddedeki yaklaşım, EC Direktifi 15(1) Maddesi ile aynıdır⁵⁶⁰. Dolayısıyla genel izleme ve aktif bilgi arama yükümlülüklerine ilişkin yasak, barındırma ve diğer aracı hizmet sağlayıcılar için devam etmektedir⁵⁶¹.

⁵⁵⁷ Peguera, “The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act”, s. 683.

⁵⁵⁸ Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 335.

⁵⁵⁹ Martin Husovec, ‘The DSA as a Creator’s Charter?’, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 18.2 (2023), p. 71 <<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac116>>.

⁵⁶⁰ Peukert vd., s. 367.

⁵⁶¹ Peukert vd., s. 367.

Bu kapsamda, aracı hizmet sağlayıcılara, ilettiği veya barındırdığı bilgileri izlemek veya hukuka aykırı faaliyete işaret eden durum veya koşulları aktif olarak araştırmak için genel bir yükümlülük getirilememektedir⁵⁶². Bir başka deyişle, platformlardaki hukuka aykırı faaliyetlerin varlığını izleme inisiyatifi EC Direktifi'nde de olduğu gibi açıkça aracılara bırakılmış ve ayrıca üye devletlerin bunu platformlara dayatma olasılığı engellenmiştir⁵⁶³.

Öte yandan, sağlayıcılara belirli durumlarda izleme yapma yükümlülüğünün getirilmesi, DSA Madde 8'deki yasağa aykırılık teşkil etmemekte, DSA'daki hiçbir şey, genel bir izleme yükümlülüğü veya genel aktif bilgi toplama yükümlülüğü veya sağlayıcılar için hukuka aykırı içerikle ilgili olarak proaktif önlemler alma konusunda genel bir yükümlülük olarak yorumlanmamaktadır⁵⁶⁴. Genel izleme yasağına ilişkin Resital 30 ile getirilen açıklama, ABAD içtihatlarında getirilen yorumların⁵⁶⁵ geçerliliğini koruduğunu göstermektedir⁵⁶⁶. Ancak DSA, genel ve özel izleme arasındaki sınırı belirlememekte, şimdiye kadar olduğu gibi bu görevi büyük ölçüde ABAD'a bırakmaktadır⁵⁶⁷.

F. Genel İzleme Yasağına Karşın Gönüllü Faaliyetlere Teşvik

EC Direktifi Madde 15, hizmet sağlayıcılara genel izleme yükümlülüğünün getirilmesini yasaklamasına rağmen, zamanla sağlayıcıların gönüllü girişimler yoluyla içeriği denetlemeye teşvik edilmesi, bu girişimlerin içerik kaldırmayı

⁵⁶² DSA Madde 8.

⁵⁶³ Turillazzi vd., s. 11.

⁵⁶⁴ DSA Resital 30.

⁵⁶⁵ Sağlayıcılara, tüm verileri belirsiz bir süre boyunca, masrafları kendilerine ait olmak üzere, belirli ihlallere odaklanmadan ve hatta gelecekteki ihlalleri kapsayacak şekilde izleme yükümlülüğünün getirilmesi genel izleme yükümlülüğü teşkil etmemektedir. Bkz. Bölüm 4.IV.; Öte yandan, bir hizmet sağlayıcının mahkeme tarafından hukuka aykırı içerik olarak tanımlanan belirli bilgileri ve buna eşdeğer bilgileri tespit etme ve kaldırma yükümlülüğü genel izleme yasağı kapsamına girmemektedir. Bkz. Bölüm 4.IX.

⁵⁶⁶ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 7.

⁵⁶⁷ Peukert vd., s. 367.

gerektirecek bilgiyi tetikleme ihtimali nedeniyle sorumluluk potansiyelini de artırması, hizmet sağlayıcılar bakımından her zaman bir çelişki yaratmıştır⁵⁶⁸.

Bu çelişkiyi çözmek amacıyla DSA 7 nci maddesi, bir tür "İyi Samiriyeli"⁵⁶⁹ hükmü getirmektedir. Bu maddeye göre, araçların, hukuka aykırı içeriği tespit, tanımlama, kaldırma ya da hukuka aykırı içeriğe erişimi engellemeye yönelik yalnızca "iyi niyetle ve özenli bir şekilde", gönüllü olarak kendi inisiyatifiyle soruşturma yürütmeleri veya tedbirler alması veya DSA'da belirtilen yükümlülükler de dahil olmak üzere, Birlik hukuku ve Birlik hukukuna uygun olarak ulusal hukukun gerekliliklerine uymak için gerekli önlemleri almaları, 4, 5 ve 6. maddelerde belirtilen sorumluluk muafiyetlerinden yararlanmalarına engel teşkil etmemektedir. Başka bir deyişle, araçların DSA 7 nci maddeye göre hareket etmesi, onları, sorumluluk açısından otomatik olarak "aktif" hale getirmemektedir⁵⁷⁰. Bu şekilde, dokunulmazlığın, yalnızca araçların kendi inisiyatifleriyle aldıkları gönüllü önlemlere dayanarak kaybedilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır⁵⁷¹

DSA'nın, EC Direktifi'nin açıkça ötesine geçerek, araçların sorumluluk muafiyeti rejimi içinde kalması için önemli bir güvenlik mekanizması sağladığı⁵⁷² bu madde, ABAD'ın, bir hizmet sağlayıcının, kullanıcıları tarafından yüklenen içerikler arasında, ilgili davada telif hakkını ihlal eden belirli hukuka aykırı içeriği tespit etmeye yönelik teknolojik önlemleri gönüllü olarak uygulamasının, onu

⁵⁶⁸ Buri ve van Hoboken, s. 16.

⁵⁶⁹ Yer sağlayıcıların hukuka aykırı içeriği tespit etme noktasında özenli davranışlarının aktifleşmeye neden olarak sorumluluk doğurma riskinden ötürü ortaya çıkan "Good Samaritan paradox", *Yusufoğlu Bilgin* tarafından "sorumluluk sahibi kişi paradoksu" olarak çevrilmiştir. Kökeni ABD hukukuna dayanan bu paradoksun AB versiyonu ile arasında önemli farklar bulunmaktadır. Proaktif önlemler almasına rağmen hukuka aykırı içeriği kaldırmada başarısız olan hizmet sağlayıcının sorumluluğu AB hukukuna göre gündeme gelirken ABD'de sorumluluk muafiyeti devam etmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. *Yusufoğlu Bilgin*, ss. 180-184.

⁵⁷⁰ Barata vd., s. 15.

⁵⁷¹ Kuczerawy, "The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act".

⁵⁷² Sander Sagar ve Thomas Hoffmann, "Intermediary Liability in the EU Digital Common Market — from the E-Commerce Directive to the Digital Services Act", *IDP. Internet, Law and Politics E-Journal.*, 34.3 (2021), s. 7.

içerik hakkında bilgi ve kontrol sağlayacak şekilde aktifleştirmedigine karar verdiği (C-682/18 ila C-683/18 YouTube Cyando, para. 109) kararının yasalaştırılmış halidir⁵⁷³.

İlgili korumadan faydalanmak için aracı hizmet sağlayıcının i) hukuka aykırı içeriği tespit etme, tanımlama veya kaldırma veya bunlara erişimi engelleme amacıyla kendi gönüllü eylemleri ile soruşturma yürütmesi veya bunlara yönelik başka bir tedbir almaları, ii) ya da Birlik hukuku ya da ulusal hukukun gerektirdiği önlemleri, iii) iyi niyetli ve özenli bir şekilde alması gerekmektedir.

Bu korumadan faydalanmak için “iyi niyetli ve özenli hareketin” ne olduğu önem kazanmaktadır. Bu bakımdan Resital 26, iyi niyetli ve özenli hareket için, aracının ilgili tüm tarafların haklarına ve meşru menfaatlerine gereken saygıyı göstermesini, tarafsız olmasını, ayrımcılık yapmamasını ve orantılı bir şekilde hareket etmesini şart koşmuş; DSA’nın amaç ve gerekliliklerine uygun olarak hukuka uygun içeriğin haksız yere kaldırılmasına karşı gerekli güvenceleri sağlamasını zorunlu hale getirmiştir.

DSA, örneğin, aracı, bu tür faaliyetleri yürütmek için otomatik araçlar kullanırsa bu teknolojinin hata oranını en aza indirgeyecek makul önlemleri alması halinde ancak bu güvenceden faydalanabilecektir. Aracı tarafından, DSA’nın hizmet şartları (hüküm ve koşullar) uygulanmasına ilişkin belirlediği şartları yerine getirmek üzere iyi niyetle alınan önlemler de dahil olmak üzere Birlik hukukunun gerekliliklerine uymak için iyi niyetle alınan önlemler, DSA’da belirtilen sorumluluk muafiyetine engel olmamaktadır⁵⁷⁴.

⁵⁷³ Wilman, “Between preservation and clarification: The evolution of the DSA’s liability rules in light of the CJEU’s case law”.

⁵⁷⁴ Bkz. DSA Resital 26.

DSA “iyi niyetli ve özenli hareket”i açıklığa kavuşturmak amacıyla bazı örnekler sunsa da iyi niyetli ve özenli hareketi sağlamaya yönelik getirdiği kavramların içeriklerini netleştirmemektedir⁵⁷⁵.

Ancak DSA’nın 7 nci maddesi, sağlayıcının hizmetini tarafsız bir şekilde sunup sunmadığı yoluyla sorumluluk muafiyetinden faydalanıp faydalanmayacağını belirlemede yeterli görülmemektedir⁵⁷⁶. Başka bir deyişle, iyi niyetle gönüllü eylemlerde bulunmak tarafsızlığı ne garanti etmekte ne de engellemektedir. İyi niyetle gönüllü eylemlerde bulunulsa bile sorumluluk muafiyetini kaybetme ihtimali hala devam etmektedir⁵⁷⁷.

Hukuka aykırı içeriği proaktif olarak kaldırmaya yönelik iyi niyetli çabalar için bir sorumluluk kalkanı görevi gören bu hükmün, araçların inovasyona aktarabilecek kaynaklarını, hiç bitmeyen bir hukuki işlem döngüsünde tüketmelerini engelleyeceği varsayımı bakımından olumlu bir gelişme olarak görülmekteyken⁵⁷⁸ platformlara, çevrimiçi içerikleri pasif olarak izlemeleri için bir bahane de sunmaktadır⁵⁷⁹.

Bu bakımdan 7 nci madde, temel haklardan özellikle ifade özgürlüğünün gerektiği gibi gözetildiği içerik denetiminin gerçekleştirilmesine engel olacağı ve bu bağlamda, bu hükmün daha fazla içerik kaldırmaya dönüşebileceği endişesine neden olmaktadır⁵⁸⁰. Bu durum ise DSA’nın ifade özgürlüğü başta olmak üzere temel hakların çevrimiçi ortamda daha fazla korunmasını sağlama hedefi (ör. Resital 3, 22, 52 ve 54) ile çelişki yaratmaktadır⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ Yusufoglu Bilgin, s. 397.

⁵⁷⁶ DSA Resital 26, 5. Cümle.

⁵⁷⁷ Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”.

⁵⁷⁸ Turillazzi vd., s. 11.

⁵⁷⁹ Turillazzi vd., s. 11.

⁵⁸⁰ Buri ve van Hoboken, s. 17.

⁵⁸¹ Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”.

Avrupa Komisyonunun DSA öncesi dönemde “İyi Samiriyeli” yorumunda, AB'deki araçlar, hukuka aykırı veya ihlal edici içeriğin kaldırılmasıyla sonuçlanan gönüllü bir eylemde bulunmaları halinde dokunulmazlığı kaybetmezken, bilinçli bir kararlar ya da ihmal sonucu hukuka aykırı içeriği kaldırmak için harekete geçmemeleri halinde sorumluluktan muafiyet korumasını yitirmektedirler⁵⁸².

Avrupa Komisyonunun bu yorumu ile DSA Madde 7 ye nasıl açıklık kazandırılacağı sorusunda, özellikle başarısızlıkla sonuçlanan gönüllü eylemlerinin, sorumluluk muafiyetinden yoksun kalmayla sonuçlanıp sonuçlanmadığı ve ayrıca başarısız olan gönüllü eylemlerin “özenli bir şekilde” yapılmamış olarak mı kabul edilmesi gerektiği meseleleri ortaya çıkmaktadır⁵⁸³. Bir başka deyişle, gönüllü bir soruşturmanın başarısızlıkla sonuçlanmasının özenli hareket edilip edilmediği değerlendirmesini nasıl etkilenebileceği hakkında belirsizlikler vardır⁵⁸⁴. Hizmet sağlayıcının korumadan faydalanmasını sağlayacak tedbirlerin iyiniyetli ve özenli bir şekilde alınması koşullarının pratikte ne anlama geldiği, muhtemelen vaka bazında belirlenmesi gerekecektir⁵⁸⁵.

7 nci madde, her ne kadar araçların sorumluluk muafiyetini kaybetme korkusuyla kaçındıkları gönüllü eylemlere yönelik hukuki belirlilik kazandırmaya çalışsa da, gönüllü eylemlerin özensiz bir şekilde yürütülmesinin, sorumluluk muafiyetini kaybetmeye neden olabilmesi, bunların yapılmasına engel olabilecektir⁵⁸⁶. Bu durum, platformların barındırdıkları içeriğin izlenmesinde ne kadar aktif rol oynarsa, hukuka aykırı bir parça bulmanın o kadar olası olduğu anlamı çıkarılabilecek DSA lafzı (EC Direktifi'nde olduğu gibi)⁵⁸⁷ ile birlikte

⁵⁸² Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”.

⁵⁸³ Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”.

⁵⁸⁴ Buri ve van Hoboken, s. 17.

⁵⁸⁵ Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 6.

⁵⁸⁶ Kuczerawy, s. 4.

⁵⁸⁷ Barata vd., s. 17.

düşünüldüğünde, 7 nci maddenin gönüllü eylemleri teşvik etme amacını gölgeleyebilecektir.

G. İhtiyati Tedbir Kararlarında İzlenmesi Gereken Usul

DSA'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin 4 (3), 5 (2), 6 (4) maddelerinden, ihtiyati tedbirle ilgili meselelerin EC Direktifi'nde olduğu gibi ulusal hukuka bırakıldığı görülmektedir. Ancak EC Direktifi'nden farklı olarak, DSA 9. ve 10. Maddeleri ile aracı hizmet sağlayıcılara yönelik verilen idari ve adli kararların hem verilme hem de uygulanma aşamasına yönelik prosedürün, detaylı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

DSA Madde 9, belirli hukuka aykırı içerik hakkında, 10 uncu madde ise belirli bireysel hizmet alıcısı ya da alıcıları hakkında belirli bilgilerin sağlanmasına yönelik verilen ihtiyati tedbir kararıyla ilgilidir. İlgili maddeler, aracılara karşı ihtiyati tedbir kararlarının verilmesini değil, bu kararların verilmesi halinde hangi şekli şartları takip ederek verilmesi gerektiğine yönelik bir çerçeve düzenlemektedir. Bu bakımdan ilgili maddeler, yeni bir yetki tanımı yapmazken, mevcut yetkilerin verimli ve etkili bir şekilde kullanılması için uyumlu bir çerçeve oluşturmaktadır⁵⁸⁸.

Ulusal adli veya idari makamlar tarafından, aracı hizmet sağlayıcıların hukuka aykırı içeriğe karşı işlem yapmaları veya belirli bilgileri sağlamaları için verilen emirlerin, üye devletin hukuk sistemine ve söz konusu hukuk alanına bağlı olarak, hem dayandığı ulusal hukuk bakımından farklılaşması hem de giderek sınır ötesi durumları kapsayacak şekilde verilmesi nedeniyle DSA ile bu uygulamaya gidilmiştir.

⁵⁸⁸ DSA Resital 31.

İlgili kamu makamlarının görevlerini yerine getirebilmeleri ve sağlayıcıların, üçüncü kişilerin haklarını ve meşru menfaatlerini haksız yere etkilemeden orantısız bir yüke maruz kalmamaları için bu emirlere, özellikle sınır ötesi bağlamda, etkili ve verimli bir şekilde uyulmasını sağlamaya yönelik, emirlerin taşınması gereken şartların ve emirlerin uygulanmasına yönelik unsurların belirlenmesi gerekmiştir. Dolayısıyla DSA, bu tür emirlerin sağlaması gereken asgari koşulları uyumlu hale getirerek, aracı hizmeti sağlayıcıların, bu emirlerin uygulanması hakkında ilgili makamları bilgilendirme yükümlülüğünün doğmasını sağlamaktadır⁵⁸⁹. Bir diğer deyişle DSA Madde 9 ile hem ilgili makamlar tarafından verilecek ihtiyati tedbir kararlarının hangi unsurları taşınması gerektiği, hem de bu unsurları taşıyan bir ihtiyati tedbir kararına muhatap olan hizmet sağlayıcının nasıl aksiyon alması gerektiği açıklığa kavuşturulmaktadır.

Bu kapsamda, ulusal adli veya idari makamların, Birlik hukukuna veya Birlik hukukuna uygun ulusal hukuka uygun olarak hukuka aykırı içeriğe karşı işlem yapılmasına ilişkin verdikleri emirde, “i) emrin Birlik veya ulusal hukuk kapsamındaki yasal dayanağı, ii) bilgilerin neden hukuka aykırı olduğunu açıklayan bir gerekçe beyanı (Birlik yasasına veya Birlik yasasına uygun ulusal yasanın ilgili hükümlerine atıfta bulunarak), iii) emri veren otoriteyi tanımlayan bilgiler; iv) aracı hizmet sağlayıcının ilgili hukuka aykırı içeriği tespit etmesine ve yerini belirlemesini mümkün kılan kesin bilgiler (tam URL ve gerekmesi halinde ek bilgiler gibi), v) aracı hizmet sağlayıcı ve içeriği sağlayan hizmet alıcısına sağlanan ıslah mekanizmaları hakkında bilgi, vi) uygulanabilirse, emirlerin uygulanması ilişkin bilgileri hangi otoritenin alacağına ilişkin bilgiler; vii) Temel Haklar Şartı ve ilgili olduğu yerde uluslararası hukukun genel ilkeleri dahil olmak üzere, yürürlükteki Birlik kuralları ve ulusal hukuk temelinde, amaca ulaşmak için gerekli olanla sınırlı olmak üzere, söz konusu emrin bölgesel kapsamı” unsurları bulunmalıdır⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ DSA Resital 31.

⁵⁹⁰ DSA Madde 9(2).

Aracı hizmet sağlayıcılar, bu unsurları taşıyan bir emir almaları üzerine, emrin uygulanıp uygulanmadığını ve ne zaman uygulandığını, emri veren makama veya emirde belirtilen diğer herhangi bir makama gecikmeksizin haber vermelidir⁵⁹¹.

Aracılık hizmeti sağlayıcıları ayrıca, ilgili hizmetin alıcısına ilgili emri ve bu emir gereğince yürütülecek uygulamayı bildirmelidir (en geç emrin yürürlüğe girdiği tarihte veya uygun olduğu hallerde, emri veren makam tarafından yürürlük için belirtilen zamanda). Bu bildirimde, bir gerekçe beyanı, mevcut ıslah imkanları ve emrin hangi bölgeyi kapsadığı belirtilmelidir⁵⁹². Benzer şekilde bir aracının belirli bir hizmet alıcısı veya alıcıları hakkında bilgi vermesini gerektiren bir emir verilmesi için de 9. Maddeye benzer koşullar 10. Madde ile oluşturulmaktadır.

II. Özen Yükümlülükleri

Güvenli liman korumaları bakımından aranan şartlar her ne kadar DSA'da (madde 4, 5, 6, 8) neredeyse EC Direktifi'ndekine (madde 12, 13, 14, 15) benzer şekilde devam ettirilse de, çevrimiçi ekosistemdeki rollerine, boyutlarına ve etkilerine göre farklı çevrimiçi aracı kategorileri için farklı özen yükümlülükleri oluşturulmaktadır⁵⁹³.

Bu doğrultuda, DSA Bölüm (chapter) III, Kısım (section) 1, m.11-15 arasında tüm aracılara uygulanan genel yükümlülükler; Kısım 2, m.16-18 arasında barındırma hizmet sağlayıcılarına uygulanan temel yükümlülükler; Kısım 3, m.20-28 arasında online platformlara uygulanan ileri düzey yükümlülükler (Kısım 3 içerisinde m.19 da yer almakta ancak bu madde, bu kısımdaki hükümlerin çok küçük işletmeler için geçerli olmadığını düzenlemektedir); Kısım 4, m.30-32 arasında tüketicilerin ticari işletmelerle mesafeli sözleşmeler akdetmesini mümkün

⁵⁹¹ DSA Madde 9(1); DSA Resital 33.

⁵⁹² DSA Madde 9(5).

⁵⁹³ Madiega, "Digital Services Act", s. 5.

kılan online platformlar için ek yükümlölükler (Kısım 4 içerisinde m.29 da yer almakta ancak bu madde, bu kısımdaki hükümlerin çok küçük işletmeler için geçerli olmadığını düzenlemektedir); Kısım 5, m.33-43 arasında VLOP'lar ve VLOSE'ların sistemik riskleri yönetmeleri için uygulanan özel yükümlölükler; Kısım 6, m.44-48 arasında online platformlar için özen yükümlölüklerine ilişkin diğer hükümler, asimetrik bir yaklaşımla yapılandırılmaktadır.

Aracılık hizmet sağlayıcıları, hizmetlerinin niteliği ve büyüklükleri bakımından girdikleri bu farklı kategoriler ölçüsünde DSA'nın getirdiği tüm yükümlölüklere uymak zorundadır⁵⁹⁴. DSA'daki farklı hizmet türlerine göre farklı yükümlölükleri hedefleyen bu yaklaşımla, aşırı düzenlemeden kaçınılmaktadır⁵⁹⁵.

Online platformların barındırma hizmet sağlayıcılarının bir alt kategorisi olarak ayrıştırılmasının nedeni, bu yapılara belirli şartlar altında daha fazla sorumluluk yükleme amacını gütmektedir. Bu kapsamda platformlara yönelik algoritmalarının nasıl çalıştığı, içerik kaldırma kararlarının nasıl alındığı, bunlar için itiraz ve ıslah (redress) mekanizmaları dahil olmak üzere kullanıcılar için etkin korumalar; çok büyük çevrimiçi platformlara yönelik öneri sistemlerinde kullanılan algoritmalarda şeffaflığın sağlanması, platformların nasıl çalıştığını ve çevrimiçi risklerin nasıl geliştiğini incelemek için araştırmacıların platform verilerine erişebilmesinin sağlanması gibi yükümlölükler getirilmektedir.

DSA'nın önemli bir bölümünü oluşturan özen yükümlölüklerinden her birine bu çalışma ile değinmek mümkün olmamakla birlikte konu hakkında genel bir bakış açısı edinmeyi sağlayacak ölçüde tüm aracı hizmet sağlayıcılar için getirilmiş olanlara değinmekte fayda görülmektedir⁵⁹⁶. Ek olarak, EC Direktifi'nde barındırma sağlayıcıları için getirilen uyarı kaldır prosedürü, DSA'da özen yükümlölükleri altında düzenlendiği için bildirim ve eylem mekanizmalarının nasıl

⁵⁹⁴ DSA Resital 41.

⁵⁹⁵ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 17.

⁵⁹⁶ Ancak tüm hizmetler arasında en çok düzenlenen VLOP'lar ve VLOSE'ların hem genel hem de özel özen yükümlölüklere tabi olduğu unutulmamalıdır. Bkz. Husovec ve Roche Laguna, s. 3.

olması gerektiği EC Direktifi'ne yönelik incelemelerdeki gibi sorumluluk muafiyet rejimi altında değil özen yükümlülüğü başlığı altında incelenmektedir. Bu kapsamda, barındırma hizmet sağlayıcıları ve platform sağlayıcıları için getirilen özen yükümlülüklerinden sadece bildirim ve eylem mekanizması ile ilgili olduğu kanaatine varılanlar (Madde 16, 17, 20 ve 21) ele alınmaktadır.

A. Tüm Hizmet Sağlayıcılarına Getirilen Özen Yükümlülükleri

1. İrtibat Noktası ve Yasal Temsilci Belirlenmesi

Tüm aracı hizmet sağlayıcılar, hem üye devlet makamlarının, Komisyon ve Madde 61'deki Kurulun⁵⁹⁷ hem de hizmet alıcılarının kendileriyle elektronik ortamda doğrudan hızlı iletişim kurmasını sağlayacak bir irtibat noktası belirlemekle mükelleftir⁵⁹⁸. Bu şekilde, aracı hizmet sağlayıcılarla kurulan ikili iletişimin düzgün ve verimli olması sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁹⁹.

Elektronik irtibat noktası, güvenilir işaretleyiciler ve aracı hizmet sağlayıcısı ile belirli bir ilişki içinde olan profesyonel kuruluşlar tarafından da kullanılabilir⁶⁰⁰.

Hizmet alıcıları bakımından belirlenecek irtibat noktası ile hızlı, doğrudan ve verimli iletişimin sağlayacak araçlar arasında, telefon numaraları, e-posta adresleri, elektronik iletişim formları, sohbet botları veya anlık mesajlaşma sistemleri gibi yollar sayılmaktadır. Ancak kullanıcılar için oluşturulanların sadece otomatik araçlara dayanmaması özellikle vurgulanmaktadır⁶⁰¹. Bu nedenle aracı hizmet sağlayıcılar, yeterli insan ve mali kaynağı tahsis etmek için makul tüm çabayı sarf etmelidir⁶⁰².

⁵⁹⁷ DSA Madde 11.

⁵⁹⁸ DSA Madde 12.

⁵⁹⁹ DSA Resital 42.

⁶⁰⁰ DSA Resital 42.

⁶⁰¹ DSA Madde 12.

⁶⁰² DSA Resital 43.

Operasyonel amaçlara hizmet eden elektronik irtibat noktasının, yasal temsilcinin aksine fiziksel bir konuma sahip olması gerekli değildir⁶⁰³. Birlik içinde yerleşik olmayan ancak Birlik’e hizmet sunan tüm aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet sunduğu üye devletlerden birinde, yetkili makamlar tarafından DSA ile ilgili olarak karar alınması, bunlara uyulması ve uygulanması için yasal temsilcisi olarak hareket edecek bir tüzel veya gerçek kişi belirlemekle mükellef kılınmaktadır⁶⁰⁴.

2. Hüküm ve Koşulların (Hizmet Şartları) Belirlenmesi

İlke olarak aracılık hizmet sağlayıcılarının sözleşme yapma özgürlüğüne saygı gösterilse de şeffaflık, hizmet alıcılarının korunması, haksız veya keyfi sonuçların önlenmesi adına sağlayıcıların hizmet sunumuna ilişkin hüküm ve koşulları düzenlemesi ve bunun içeriği ve uygulanmasına yönelik belirli kuralları getirilmesi zaruri görülmüştür⁶⁰⁵. Bu doğrultuda hizmet sağlayıcıların hizmet sunumuna ilişkin belirledikleri kuralları “hüküm ve koşullar”⁶⁰⁶ ile düzenlemesi DSA ile zorunlu hale getirilmiştir.

Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmetin alıcıları tarafından sağlanan bilgilerle ilgili olarak hizmetlerinin kullanımına ilişkin getirdikleri kısıtlamalara ilişkin bilgileri kendi hüküm ve koşullarına dahil etmesi gerekmektedir. Bu bilgiler, dahili şikayet işleme sisteminin kurallarının yanı sıra algoritmik karar verme ve insan incelemesi de dahil olmak üzere içerik denetimi amacıyla kullanılan tüm politikalar, prosedürler, önlemler ve araçlar hakkındaki bilgileri içermelidir⁶⁰⁷. “Hüküm ve koşullar”, hizmet sağlayıcıların hizmet sunumunu kısıtlayabilecekleri durumların

⁶⁰³ DSA Resital 42.

⁶⁰⁴ DSA Madde 13 (1) ve 13 (2).

⁶⁰⁵ DSA Resital 45.

⁶⁰⁶ DSA Madde 3 (u) ya göre, “hüküm ve koşullar”, adı veya şekli ne olursa olsun, aracılık hizmeti sağlayıcısı ile hizmetin alıcıları arasındaki sözleşmeye dayalı ilişkiyi düzenleyen tüm durumları kapsamaktadır.

⁶⁰⁷ DSA Madde 14 (1).

yanı sıra hizmet sunumunu sonlandırabilecekleri durumlara ilişkin bilgileri de içermelidir⁶⁰⁸.

Hüküm ve koşullarda yer alması gereken bilgiler açısından çevrim içi platform sağlayıcılarına diğer aracı hizmet sağlayıcılarından ayrı olarak ek yükümlülük getirilmektedir. Bu kapsamda çevrim içi platformlar sağlayıcıları, DSA Madde 23 (1) (sıklıkla açıkça hukuka aykırı içerik sağlayan hizmet alıcılarına sağladığı hizmeti makul bir süre boyunca askıya alma) ve 23 (2) (bildirim ve eylem mekanizmaları ile dahili şikayet işleme sistemleri aracılığıyla, sıklıkla açıkça asılsız bildirim yollayan veya şikayette bulunan tarafın yaptığı talepleri makul bir süre boyunca askıya alma) kapsamında ile hizmetlerinin kötüye kullanımını engellemek adına benimsediği politikaları hüküm ve koşullarında, açık ve ayrıntılı bir şekilde belirtmeli, belirli davranışların kötüye kullanım teşkil edip etmediğini ve askıya alma süresini değerlendirirken dikkate aldıkları durum ve koşulları örneklendirmelidir⁶⁰⁹.

“Hüküm ve şartlar”, açık, sade, anlaşılır⁶¹⁰, kullanıcı dostu bir dilde düzenlenmeli, kolayca erişilebilecek bir şekilde kamuya açık ve makine tarafından okunabilir bir formatta olmalıdır⁶¹¹. Hüküm ve koşullardaki herhangi önemli bir değişikliği (alıcıların hizmeti kullanma yeteneğini doğrudan etkileyebilecek önemli değişiklikler gibi⁶¹²) aracı hizmet sağlayıcıların hizmet alıcılarına bilgilendirmesi gerekmektedir⁶¹³.

⁶⁰⁸ DSA Resital 45.

⁶⁰⁹ DSA Madde 23 (4).

⁶¹⁰ Bir aracı hizmetin esas olarak reşit olmayanlara yönelik olduğu veya ağırlıklı olarak onlar tarafından kullanıldığı durumlarda, bu aracı hizmet sağlayıcısı, hizmetin kullanımına ilişkin koşulları ve kısıtlamaları reşit olmayanların anlayabileceği şekilde açıklamalıdır. Bkz. DSA Madde 14 (3); Hüküm ve şartların kolayca anlaşılması için özel çaba gösterilmesi gereken durumlara, hizmetin tasarımı veya pazarlanması yoluyla öncelikle küçükleri hedef aldığı haller örnek verilebilir. Bkz. DSA Resital 46.

⁶¹¹ DSA Madde 14 (1).

⁶¹² DSA Resital 45.

⁶¹³ DSA Madde 14 (2). Ayrıca çok büyük çevrimiçi platformlar ve çok büyük çevrimiçi arama motor sağlayıcıları, hizmet alıcılarına, mevcut çözümler ve ıslah mekanizmaları da dahil olmak üzere, açık ve net bir dilde, kısa, kolay erişilebilir ve makine tarafından okunabilir bir biçimde hüküm ve koşulların özetini sağlamalıdır. Bkz. DSA Madde 14 (5).

Aracı hizmet sağlayıcılar, hizmet şartları (hüküm ve koşullar) ndaki kısıtlamaları tasarlarken ve uygularken, hizmet alıcılarının ifade özgürlüğü, medya özgürlüğü ve çoğulculuğu gibi temel haklar ve Temel Haklar Şart'ında belirtilen diğer temel hak ve özgürlükler dahil olmak üzere ilgili tüm tarafların haklarını ve meşru menfaatlerini dikkate alarak, özenli, objektif ve orantılı bir şekilde hareket etmelidir⁶¹⁴.

Aracıların Temel Haklar Bildirgesi'nde yer alan temel hakları dikkate alma konusundaki DSA 14(4)' ün bu açık hükmü, aracılarn yükümlülüğü ile temel haklar arasındaki dengeyi sağlamakta⁶¹⁵ ve kanun yapıcılarn, aracılarn potansiyel etkisi ile birlikte üstlenmesi gereken sorumluluğu kavradıklarını göstermektedir⁶¹⁶.

Sağlayıcıların, otomasyonu kullanıp kullanmadıkları, kullanıyorlarsa nasıl ve ne zaman kullandıkları da dahil olmak üzere içerik denetleme uygulamalarını ayrıntılı olarak açıklamakla, bu kuralları uygularken ilgili tüm tarafların haklarını ve meşru menfaatlerini gözetmekle yükümlü olmaları, içerikle ilgili karar verme süreçlerinin insan hakları üzerindeki etkisini değerlendirmekle yükümlü kıldıkları anlamına gelmektedir⁶¹⁷. Ayrıca bu düzenleme, aracılarn yükümlülüğü ile temel haklar arasındaki dengeyi sağlamaktadır⁶¹⁸.

Barındırma hizmeti sağlayıcılarının, hizmet alıcısı tarafından sağlanan bilgiler üzerinde bunların hukuka aykırı olmasının dışında hüküm ve koşullarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle de bunlar üzerinde bir kısıtlamaya gidebileceği yönündeki düzenlemenin⁶¹⁹, istenmeyen ancak hukuka aykırı olması da gerekmeyen içerik bakımından hizmet sağlayıcıya daha fazla takdir yetkisi vererek

⁶¹⁴ DSA Madde 14 (4); DSA Resital 47.

⁶¹⁵ Heldt, ss. 79–80.

⁶¹⁶ Heldt, s. 75.

⁶¹⁷ Husovec ve Roche Laguna, s. 6.

⁶¹⁸ Heldt, ss. 79–80.

⁶¹⁹ DSA Madde 17 (1); DSA Madde 17 (2).

kaldırma işlemlerini kolaylaştırdığı düşünülmektedir⁶²⁰. Her ne kadar DSA hizmet sağlayıcının kendi hüküm ve koşullarına uymadığı gerekçesiyle içerik üzerinde bazı kısıtlamalara gidebileceği zemini yaratsa da hüküm ve koşullardan kaynaklı kısıtlamaları uygulayacak hizmet sağlayıcının nasıl davranması gerektiğini belirterek kısıtlamaların hukuka uygun bir şekilde yapılması için önlemler de almaktadır.

Dolayısıyla DSA, "yasal ancak zararlı (lawful but harmful)" kategorisindeki içerikleri doğrudan düzenlememekte, bunun yerine platformların kendi hizmet şartlarında uyguladıkları sistemleri ve süreçleri düzenlemektedir⁶²¹.

3. Şeffaflık Raporlama Yükümlülüğü

Aracı hizmet sağlayıcılarına yönelik, içerik moderasyonu hakkında, yılda en az bir defa olmak üzere şeffaflık raporlama yükümlülüğü getirilmektedir.

Bu raporlarda özellikle, üye devletlerin yetkili makamlarından alınan emirler, sağlayıcılar tarafından gerçekleştirilen içerik moderasyonu hakkında otomatik araçların kullanımı dahil olmak üzere alınan her türlü önlem, sağlayıcının hüküm ve koşullarına uygun olarak dahili şikayet işleme sistemleri aracılığıyla alınan şikayetler hakkında bilgiler ile 16. Maddedeki bildirim sistemi ve güvenilir işaretçiler tarafından gönderilen bildirimler hakkında yapılan her türlü işlemler (barındırma hizmetler sağlayıcıları için) yer almalıdır⁶²².

Bu raporlar, uygun olduğu şekilde, özellikle aşağıdakilere ilişkin bilgileri içermelidir:

⁶²⁰ Kuczerawy, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”.

⁶²¹ Daphne Keller, “The EU’s new Digital Services Act and the Rest of the World”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221107-215642-0>>.

⁶²² DSA Madde 15 (1).

i) aracılık hizmeti sağlayıcılar için, 9. ve 10. Maddeler uyarınca verilen emirler de dahil olmak üzere üye devletlerin yetkili makamlarından alınan emirlerin sayısı (hukuka aykırı içeriğin türüne, emri veren üye devlete, emri veren makama veya emirde belirtilen diğer herhangi bir makama emrin alındığını bildirmek ve emri yürürlüğe koymak için gereken ortalama süreye göre kategorize edilmeli),

ii) barındırma hizmetleri sağlayıcıları için, hukuka aykırı olduğu iddia edilen söz konusu içeriğin türüne göre kategorize edilen 16. madde uyarınca gönderilen bildirimlerin sayısı, güvenilir işaretçiler tarafından gönderilen bildirimlerin sayısı, bildirimle karşı alınan aksiyonun kanuna göre mi yoksa sağlayıcının hüküm ve koşullarına göre mi yapıldığı gözetilerek bildirimler uyarınca yapılan her türlü işlem, otomatik araçlar kullanılarak işlenen bildirimlerin sayısı ve eylemi gerçekleştirmek için gereken ortalama süre,

iii) aracı hizmet sağlayıcılar için, otomatik araçların kullanımı, içerik yönetiminden sorumlu kişilere eğitim ve yardım sağlamak için alınan önlemler, hizmet alıcıları tarafından sağlanan bilgilerin ulaşılabilirliğini, görünürlüğünü ve erişilebilirliğini etkileyecek şekilde alınan önlemlerin sayısı ve türü, alıcıların hizmet aracılığıyla bilgi edinme yeteneği ve hizmet ile ilgili diğer kısıtlamalar dahil olmak üzere sağlayıcıların kendi inisiyatifiyle gerçekleştirdikleri içerik moderasyonu hakkında anlamlı ve anlaşılır bilgiler (rapor edilen bu bilgiler, hukuka aykırı içeriğin türüne veya hizmet sağlayıcının şart ve koşullarının ihlaline, belirlenme yöntemine ve uygulanan kısıtlama türüne göre sınıflandırılmalıdır),

iv) aracılık hizmeti sağlayıcıları için, sağlayıcının hüküm ve koşullarına uygun olarak dahili şikayet ele alma sistemleri aracılığıyla alınan şikayetlerin sayısı ve çevrimiçi platform sağlayıcılar için ek olarak, ayrıca 20. madde uyarınca, bu şikayetlerin dayanağı, bu şikayetler hakkında alınan kararlar, bu kararların alınması için gereken ortalama süre ve bu kararların geri alındığı durumların sayısı,

v) içerik moderasyonu amacıyla kullanılan araçlara (otomatik araçlar da dahil) ilişkin bu araçların kullanım amaçları, bu amaçların yerine getirilmesinde kullanılan otomatik araçların doğruluğuna ve olası hata oranlarına ilişkin göstergeler ve uygulanan tüm önlemlere ilişkin açıklama.

Raporlama yükümlülüğü, hizmetin türü ve boyutuna bağlı olarak artmaktadır. DSA Madde 24 (1) gereğince çevrimiçi platformlar, DSA Madde 42 gereğince VLOP ve VLOSE'lar, sadece aracılık hizmeti sunan sağlayıcılardan daha fazla bilgi sunmak zorundadır.

İçerik üzerinde gerçekleştirilen işlemlerinin toplu istatistiklerini sağlayan bu raporlar (Madde 15, 24, 42), sağlayıcıların hesap verebilirliğinin sağlanması, kullanıcıların hizmeti kullanırken bilinçli seçimler yapması, denetleme ve yaptırım uygulamaları bakımından yararlı olabilmektedir⁶²³.

VLOP ve VLOSE'lar ayrıca, hizmetlerinin hukuka aykırı içeriği yaymak için kullanımına, hizmetlerinin temel haklar üzerindeki olumsuz etkilerine ve hizmetlerinin kasıtlı olarak manipüle edilmesi hakkında bir risk değerlendirmesi de (Madde 34) yapmalıdır⁶²⁴. VLOP ve VLOSE'lar, 34. Madde uyarınca tanımlanan sistemik risklere göre uyarlanmış makul, orantılı ve etkili risk azaltıcı önlemleri, bu tür önlemlerin temel haklar üzerindeki etkilerini özellikle dikkate alarak uygulamaya koymakla yükümlüdür⁶²⁵.

Sistemik risklere yönelik önlemler, yalnızca hukuka aykırı içerikle mücadeleyi değil, aynı zamanda kullanıcılar tarafından sağlanan ve hukuka aykırı olmasa da yine de zararlı olabilecek bilgileri de hedeflemektedir. Hukuka aykırı olmasa da zararlı olabilecek bilgilere ilişkin alınabilecek önlemler, bilgiyi

⁶²³ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 14.

⁶²⁴ Heldt, s. 75.

⁶²⁵ DSA Madde 35.

kaldırmayı zorunlu kılmaktan ziyade bu riskleri azaltmaya yönelik yapılabileceklerin geniş bir listesini sunmaktadır⁶²⁶.

Bunlar, diğerlerinin yanı sıra, ilgili hizmetin, içerik moderasyon sistemlerinin veya tavsiye sistemlerinin belirli özelliklerinin uyarlanmasını, bilinçlendirme önlemlerinin alınmasını ve güvenilir işaretçiler ve diğer sağlayıcılarla işbirliği yapılmasını gerektirmektedir.

Dolayısıyla her ne kadar platformlar bakımından sorumluluk muafiyeti için daha ağır şartlar aranmasa da bu yapıların denetimine ve hesap verebilirliğine yönelik daha ağır yükümlülükler getirilmektedir.

İlgili aracılık hizmetinin türüne, boyutuna ve niteliğine göre uyarlanan bu özen yükümlülüklerine, hukuka aykırı içerikle mücadele etmek, hizmet alıcılarının meşru menfaatlerini ve Temel Haklar Şartı'nda yer alan temel haklarını korumak için ihtiyaç duyulmuştur⁶²⁷. Bu yükümlülüklerle, bu yapıların gözetim ve denetimini kolaylaştırma, bu sağlayıcıların hesap verebilirliğini artırarak kullanıcıların ve ihlallerden etkilenen tarafların güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁶²⁸. Bu nedenle özen yükümlülüğü meselesi, araçların sorumluluğundan ayrı olarak değerlendirilmesi gereken bağımsız bir meseledir⁶²⁹.

Özen yükümlülüklerine uymama, güvenli liman korumalarını yitirmeye değil, parasal ve idari yaptırımlara maruz kalmaya neden olmaktadır⁶³⁰. Özen

⁶²⁶ DSA Madde 35.

⁶²⁷ DSA Resital 41.

⁶²⁸ DSA Resital 40.

⁶²⁹ DSA Resital 41.

⁶³⁰ Yusufoglu Bilgin, s. 335.; Doktrinde sorumluluktan muafiyetin özen yükümlülüğüne uymaya bağlanmasının daha caydırıcı olacağını ileri sürenler olduğu gibi özen yükümlülüklerini içerikle ilgili düzenlemeden ziyade salt idari bir yükümlülük olarak görüp bunlara uymamanın hukuka aykırı içerik nedeniyle sorumluluk doğurmasının nedensellik bağının kopmasına yol açacağı da ileri sürülmekte; kabulün adli ve idari makamlar üzerine haksız ve orantısız bir yük yükleyeceği, hizmet sağlayıcılar üzerinde yasal bir belirsizlik oluşturacağı belirtilmektedir. Bkz. Yusufoglu Bilgin, ss.356-357.

yükümlülükleri ile getirilen sorumlulukların, hizmet sağlayıcıların daha çok davranış tarzlarını şekillendirmeye yönelik olduğu görülmektedir⁶³¹.

EC Direktifin Resital 48'deki düzenleme ile ulusal hukuka bıraktığı özen yükümlülüklerin, DSA ile üye devletlerin inisiyatifinden alınması önemli bir gelişmedir⁶³².

B. Bildirim ve Eylem Mekanizmaları ile İlgili Ek Yükümlülükler

1. Bildirim ve Eylem Mekanizmaları

EC Direktifi döneminde uyar kaldır sistemleri Direktifin kendisi tarafından doğrudan düzenlenmese de üye devletler tarafından oluşturulan ya da self regülasyon şeklinde yürütülen bir zeminde işletilmekte idi.

EC Direktifi döneminde uyar kaldır sistemlerinde ortaya çıkan aksaklıkların önüne geçmek ve hukuka aykırı içerikle mücadelede daha etkin bildirim mekanizmaları oluşturmak adına DSA ile bu sistem yasal bir zemine kavuşmuştur. Böylece barındırma sağlayıcıları için EC Direktifi'nde örtük bir şekilde getirilen uyar ve kaldır prosedürü, DSA ile daha kapsamlı bir sistem olan bildirim ve eylem mekanizmasına evrilmiştir.

Dolayısıyla her ne kadar EC Direktifi'nin, barındırma hizmeti sağlayıcısının sorumluluktan muaf olması için getirdiği şart (madde 14) DSA'nın 6 ncı maddesinde aynen devam etse de, sağlayıcıların bu şartı yerine getirirken sağlaması gereken öncüller özen yükümlülüğü altında geliştirilmiştir (DSA Madde 16).

İki aşamadan oluşan sistem, boyutlarına bakılmaksızın tüm barındırma hizmet sağlayıcıları bakımından zorunlu hale getirilmektedir. Sistemin "bildirim"

⁶³¹ Yusufoglu Bilgin, s. 411.

⁶³² Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 16.

kısmı, bildirimde bulunan tarafın hukuka aykırı içerik olarak kabul ettiği belirli bilgi öğelerinin ilgili barındırma hizmet sağlayıcısına bildirmesini; "eylem" kısmı ise, sağlayıcının bu değerlendirmeye katılıp katılmayacağı, bu içeriği kaldırıp kaldırmayacağı veya erişimi devre dışı bırakıp bırakmayacağına karar verebilecek şekilde uygulanması gerekmektedir⁶³³. Bildirim ve eylem mekanizmaları, içeriğin yüklenmesinden önceki sürece (ex-ante) yönelmemekte, ilgili içeriğin yüklenmesinden sonra (ex-post) devreye girmektedir.

Barındırma hizmet sağlayıcılarının, herhangi bir kişi veya kuruluşun hukuka aykırı içerik olarak addettiği belirli bilgi öğelerinin servislerinde bulunduğunu kendilerine bildirmesini sağlamak üzere oluşturulacakları bu mekanizmalar, bildirimlerin özellikle elektronik yollarla sunulmasını sağlamalı, mekanizmalara erişim kullanıcı dostu ve kolay olmalıdır⁶³⁴.

Herhangi bir kişi ya da kuruluşa bu mekanizmaya başvurma imkanı sağlanmakta ancak güvenilir işaretçiler tarafından yapılan bildirimler önceliklendirilmektedir. Çevrimiçi platform sağlayıcılarının, güvenilir işaretleyiciler (trusted flaggers)⁶³⁵ tarafından bu sistem aracılığıyla gönderilen bildirimlere öncelik vermesini ve gecikmeksizin işlemlerini ve karara bağlamasını sağlamak için gerekli teknik ve organizasyonel önlemleri alması gerekmektedir⁶³⁶.

⁶³³ DSA Resital 50; DSA'nın bildirim ve eylem mekanizmasını sadece barındırma hizmet sağlayıcıları bakımından zorunluluk haline getirmesi, diğer hizmet sağlayıcıların bu sistemi uygulayamayacağı anlamına gelmemekte, sadece bu sistemin DSA öngörüldüğü şekliyle uygulanması diğer hizmet sağlayıcılar bakımından zorunluluk arz etmemektedir. Bkz. Yusufoglu Bilgin s. 372.

⁶³⁴ DSA Madde 16 (1).

⁶³⁵ "Güvenilir işaretçi" statüsü, herhangi bir kuruluşun başvurusu üzerine, bu kuruluşun i) hukuka aykırı içeriği tespit etme, tanımlama ve bildirmeye yönelik özel uzmanlığa ve yetkinliğe sahip olması; ii) herhangi bir çevrimiçi platform sağlayıcısından bağımsız olması; iii) bildirimlerin özenli, doğru ve objektif olarak sunulması amacıyla faaliyetlerini yürütmesi şartlarını sağlaması halinde başvuranın yerleşik olduğu üye devletin dijital hizmetler koordinatörü tarafından verilen yetki ile kazanılmaktadır. Bkz. DSA Madde 22 (2); Verilen yetki, DSA Madde 22 (5)'teki şartların yerine gelmesi halinde 22 (6) uyarınca ilgili dijital hizmetler koordinatörü tarafından iptal edilmektedir. Güvenilir işaretçiler hakkında daha fazla bilgi için bkz. DSA Resital 61, 62.

⁶³⁶ DSA Madde 22 (1).

Bildirimlerin, barındırma hizmet sağlayıcısı bakımından EC Direktifi Madde 14 bağlamında bilgi standardını tetikleyebilmesi için hangi unsurları taşıması gerektiği yönündeki belirsizliğe dair ABAD tarafından “bildirimlerin yeterince kesin ve yeterince doğrulanmış olması” şeklinde geliştirilen standart, DSA Madde 16 ile yasal bağlayıcılık kazanarak, bildirimlerin bu şartı karşılaması için taşıması gereken unsurlar açıkça detaylandırılmaktadır⁶³⁷.

Bu şekilde hizmet sağlayıcıların bildirimlere daha doğru ve daha hızlı tepki vermesini sağlamak üzere DSA ile bildirim mekanizmalarını standartlaştırmaya yönelik adımlar atılmıştır. Standartlaştırma, bildirimlerin hizmet sağlayıcının şikayetçiyi, tartışmalı materyali ve bu materyalin yer aldığı URL'leri açıkça tanımlamasını mümkün kılan bilgileri içerecek şekilde yapılması ile başlamaktadır⁶³⁸.

Bir bildirimin yeterince kesin ve yeterince doğrulanmış (gerekçelendirilmiş) sayılması için bildirimlerde i) söz konusu bilgilerin, hukuka aykırı içerik olduğunu kanıtlayan gerekçelere dair yeterli bir açıklama, ii) bu bilgilerin tam elektronik konumunun açık bir göstergesi (tam URL gibi) ve gerektiğinde, içerik türüne ve belirli barındırma hizmet türüne uyarlanmış, hukuka aykırı içeriğin tanımlanmasını sağlayan ek bilgiler, iii) bildirimi gönderen kişi veya kuruluşun adı ve elektronik posta adresi (2011/93/EU sayılı Direktifin 3 ila 7. Maddelerinde yer alan suçlardan birini içermediği hallerde), iv) bildirimde bulunan kişi veya kuruluşun, burada yer alan bilgi ve iddiaların doğru ve eksiksiz olduğuna dair iyi niyet beyanı yer almalıdır⁶³⁹.

Resital 50, bildirim mekanizmasının, bildirimde bulunan kişi veya kuruluşun kimlik bilgilerini bildirmesine izin vermesini, ancak bunu zorunlu tutmamasını ifade etse de bazı durumlarda söz konusu bilgilerin hukuka aykırı

⁶³⁷ Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 336.

⁶³⁸ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 142.

⁶³⁹ DSA Madde 16 (2).

içerik olup olmadığını belirlemede bildirimde bulunan kişi veya kuruluşun kimliğinin gerekli olabileceğini belirtmektedir. Resital 53'e göre ise, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/93/EU sayılı Direktifinin 3 ila 7. Maddelerinde atıfta bulunulan suçlarla ilgili bildirimlerin sunulması dışında, bildirim ve eylem mekanizmaları, kötüye kullanımı önlemek için bildirim gönderen kişi veya kuruluştan kimlik bilgilerini talep etmelidir.

Bildirimde bulunan tarafın kimlik bilgilerini ibraz edip etmeyeceğine yönelik ilgili düzenlemelerden, özellikle hukuka aykırılık teşkil ettiği iddia edilen bilgiye yönelik iddianın değerlendirilmesinde kişinin kimliğinin sonuca etki ettiği haller ile bildirimde bulunan tarafın kötüye kullanımına⁶⁴⁰ mahal verecek bir şüphenin oluşmaması için kimlik bilgilerinin bildirimde yer alması gerektiği çıkarsanmaktadır. Şikayet sahibinin bildirimini doğru olduğu ve bildiriminde samimi olduğu yönündeki beyanı, herhangi bir kötü niyetli veya yanlış bildirimin yasal sonuçlarıyla yüzleşmeyi kabul ettiğini göstermektedir⁶⁴¹. DSA'da bildirimlerde kimlik bilgilerinin yer alıp almamaya yönelik getirilen düzenlemenin Avrupa Komisyonunun 2017 tarihli yasal bağlayıcılığı olmayan bildirisinde benimsediği yaklaşımla paralellik göstermektedir⁶⁴².

⁶⁴⁰ Çevrim içi platformların sıklıkla açıkça hukuka içerik sağlayarak veya açıkça asılsız ihbar veya şikayetlerde bulunarak kötüye kullanılması, DSA kapsamında tesis edilen güveni sarsmakta ve ilgili tarafların haklarına ve meşru menfaatlerine zarar vermektedir. Bkz. DSA Resital 63.; Bu kapsamda DSA, bildirim sistemi ve dahili şikayet mekanizmasının kötüye kullanımını engellemeye yönelik Madde 23 ile birtakım önlemler getirmektedir. Bu kapsamda, çevrim içi platform sağlayıcıları, i) açıkça hukuka aykırı içeriği sıklıkla sağlayan hizmet alıcılarına hizmet sağlamayı, ii) 16. ve 20. Maddelerde düzenlenen bildirim ve eylem mekanizmaları ve dahili şikayet işleme sistemleri aracılığıyla, açıkça asılsız bildirim veya şikayette sıklıkla bulunan tarafın yaptığı talepleri işleme almayı, iii) önceden uyarıda bulunduktan sonra makul bir süre boyunca askıya alır. Askıya alma kararını verirken çevrimiçi platform sağlayıcı, diğer şartlar dışında (bkz. DSA Madde 23 (3)) kötüye kullanımların ciddiyeti ve tespiti mümkünse hizmetin askıya alınacak tarafın niyetini göz önünde bulundurur. Madde 23 kapsamında hizmetin kötüye kullanımını engellemek için hizmetin askıya alınması yaptırımı, her ne kadar hukuka aykırı içerikten ziyade kullanıcıyı hedef alsa da DSA'nın sağlayıcıların hukuka aykırı içerikle ilgili olarak proaktif davranmasını gerektiren istisnai durumlara örnek teşkil etmektedir. Ayrıca, askıya almanın, açıkça hukuka aykırı bilgiler için, sınırlı bir süre boyunca ve ilgili kullanıcıya önceden haber verilerek yapılması, özellikle ifade ve haber alma özgürlüğü bakımından doğurabileceği sonuçlara karşı güvence sağlamaktadır. Bkz. Wilman, 'The Digital Services Act (DSA) - An Overview', p. 10.

⁶⁴¹ Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, s. 142.

⁶⁴² European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final.

Sağlayıcının yalnızca, hizmetinin hukuka aykırı içeriği depolamak için kullanıldığının genel anlamda farkında olması, bu tür asli bilgi (actual knowledge) veya farkındalığı (awareness) elde ettiği anlamına gelmemektedir. Bildirimlerin, özenli bir müteşebbisin hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriği makul bir şekilde belirlemesine, değerlendirmesine ve uygun olduğunda buna karşı harekete geçmesine izin verecek düzeyde kesin ve yeterince kanıtlanmış olması gerekmektedir⁶⁴³.

Bir sağlayıcının hizmetine yüklenen içeriği otomatik olarak indekslemesi, bir arama işlevine sahip olması veya hizmet alıcılarının profilleri veya tercihleri temelinde içerik önermesi, sağlayıcının, o platformda gerçekleştirilen hukuka aykırı faaliyetler veya bu platformda depolanan hukuka aykırı içerik hakkında 'özel' bilgiye sahip olduğunu varsaymak için yeterli değildir⁶⁴⁴.

Madde 16 bağlamındaki bildirimlerin, özenli bir barındırma hizmet sağlayıcısının, ayrıntılı bir yasal inceleme olmaksızın ilgili faaliyetin veya bilgilerin hukuka aykırılığını belirlemesini sağladığı durumda, ilgili belirli bilgi parçası hakkında 6. Maddede kastedilen asli bilgi (actual knowledge) veya farkındalığı (awareness) sağlamaktadır⁶⁴⁵.

Bu yaklaşımın, hem gerekçelendirilemeyen kaldırma istemlerini engelleyerek hem de kaldırma ya da kaldırmama işlemlerinden etkilenen kullanıcılar için ıslah mekanizmaları sunarak hukuka aykırı içerikle daha etkili bir şekilde mücadele etmeye katkıda bulunmaktadır. Diğer yandan, bildirim gerekliliklerinin aşırı derecede talepkar olmasından ötürü "sıradan" kullanıcıları

⁶⁴³ DSA Resital 22; Ayrıca bkz. DSA Resital 53.; Resital 22'nin, bir bildirimin yeterince gerekçeli olmamasına rağmen makul bir çaba sonucu hukuka aykırılık tespit edilebiliyorsa yer sağlayıcının içeriği kaldırma sorumluluğunu doğurduğu şeklinde yorumlanması ileri sürülmektedir. Bkz. Yusufoglu Bilgin s. 406.

⁶⁴⁴ DSA Resital 22.; Resital 22 ile getirilen bu düzenleme, ABAD'ın Birleştirilmiş Davalar C-682/18 ile C-683/18-YouTube Cyando Kararının (paragraf 111 ve 112) yasalaştırılmış halidir. Bkz. Wilman, 'The Digital Services Act (DSA) - An Overview', p. 4, dñn.25.

⁶⁴⁵ DSA Madde 16 (3).

mekanizmayı kullanmaktan caydırabileceği de düşünülmektedir⁶⁴⁶. Ancak, yeterince kesin ve doğrulanmış bir bildirimde hangi unsurların olması gerektiğinin belirlenmiş olması, bu unsurları taşımayan bir bildirimin DSA Madde 6 bağlamında bilgiye yol açıp açmayacağını düşündürmektedir.

Bildirimin gönderen kişi veya kuruluşun elektronik iletişim bilgilerini içermesi durumunda, barındırma hizmetleri sağlayıcısı, gecikmeksizin, bildirimin alındığına dair o kişi veya kuruluşa bir onay göndermelidir⁶⁴⁷.

Alınan bildirimlere yönelik verilecek kararların, özenli (diligent), usule uygun (non- arbitrary) ve nesnel (objective) bir şekilde zamanında alınması gerekmektedir⁶⁴⁸. Sağlayıcı, harekete geçmesi gereken zamanı tayin ederken, özellikle bildirilen içeriğin türünü ve harekete geçmenin aciliyetini göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin, kişilerin yaşamını veya güvenliğini tehdit eden hukuka aykırı olduğu iddia edilen içerik bildirildiğinde hizmet sağlayıcıların gecikmeksizin harekete geçmesi beklenebilecektir⁶⁴⁹.

İçeriğin kaldırılması veya erişimin devre dışı bırakılması, hizmet alıcılarının ifade ve bilgi özgürlüğü hakkı da dahil olmak üzere temel haklarına riayet edilerek gerçekleştirilmelidir⁶⁵⁰. Ancak sadece hizmet alıcılarının değil etkilenen tüm tarafların hakları ve meşru çıkarları, özellikle Temel Haklar Şartı tarafından güvence altına alınan temel hakları, tarafların yerleşik veya ikamet ettiği üye devlete ve söz konusu hukuk alanına bakılmaksızın gözetilmelidir.

Bu temel haklar içerisinde, hizmet alıcıları için ifade ve bilgi alma özgürlüğü, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, ayrımcılık yasağı, etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı; hizmet

⁶⁴⁶ Wilman, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, s. 337.

⁶⁴⁷ DSA Madde 16 (4).

⁶⁴⁸ DSA Madde 16 (6).

⁶⁴⁹ DSA Resital 52.

⁶⁵⁰ DSA Resital 22.

sağlayıcılar için sözleşme özgürlüğü de dahil olmak üzere iş yapma özgürlüğü; hukuka aykırı içerikten etkilenen taraflar için insanlık onuru, çocuk hakları, fikri mülkiyet dahil olmak üzere mülkiyetin korunması hakkı gibi haklar mevcut ancak bunlarla sınırlı değildir⁶⁵¹.

İçerik üzerinde hizmet sağlayıcılar tarafından gerçekleştirilecek kısıtlamaların tüm tarafların temel haklarına riayet edilerek gerçekleştirilmesi ifade edilse de DSA'nın, EC Direktifi'ne benzer şekilde, hukuka aykırı içeriğin makul bir şekilde tanımlanmasının nasıl ölçüleceği konusunda açık bir rehberlik sağlamadığı; temel haklarının uygun şekilde göz önünde bulundurulması ve korunması ile ilgili olarak ne usule ne de esasa ilişkin hiçbir özel ve ayrıntılı talimatın, bu hususları denetlemekle görevli idari veya adli makamlara sunulmadığı⁶⁵²; içerik üzerindeki kısıtlamalara ilişkin kriterler ve güvencelerle ilgili olarak yasal göstergelerin çoğunun belirsiz olduğu düşünülmektedir⁶⁵³.

Sağlayıcı, bildirimden ilgili olduğu bilgilerle ilgili kararını bildirim gönderen kişi veya kuruluşa gecikmeksizin bildirmeli ve karar hakkında yapılan bu bildirimde ilgili ıslah olanakları hakkında da bilgi vermelidir⁶⁵⁴. Ayrıca sağlayıcı tarafından gönderilen bu bildirimde, eğer bildirim işleme veya karar verme sürecinde otomatik araçlar kullanılmışsa, bunlara ilişkin bilgiler de yer almalıdır⁶⁵⁵.

2. İçerik Üzerindeki Kısıtlamalarda Gerekçe Sunulması

Kullanıcılar için etkili ıslah (tazmin) yolları, DSA'nın birçok yerinde görülmektedir. Bu, barındırma hizmeti sağlayıcılarının, hukuka aykırı içerik teşkil eden veya hüküm ve koşullara aykırı olan bilgilere uygulayabilecekleri kısıtlamalar için etkilenen kullanıcılara gerekçe beyanı sunma yükümlülüğü ile

⁶⁵¹ DSA Resital 52.

⁶⁵² Barata vd., s. 14.

⁶⁵³ Barata vd., p. 14.

⁶⁵⁴ DSA Madde 16 (5). Ayrıca bkz. DSA Resital 52 son cümle.

⁶⁵⁵ DSA Madde 16 (6).

başlamaktadır⁶⁵⁶. Dolayısıyla, bir barındırma hizmeti sağlayıcısı tarafından içerik üzerinde yapılan herhangi bir kısıtlamanın ardından, hizmetten etkilenen alıcılara bir gerekçe beyan edilmesini gerektiren düzenleme (madde 17), herhangi bir hak ihlalinin düzeltilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı yansıtmaktadır⁶⁵⁷.

Bir bildirim istinaden ya da bildirim olmaksızın barındırma hizmet sağlayıcısının kendi inisiyatifiyle yürüttüğü soruşturma gereği, barındırdığı bilgilere yönelik bir kısıtlama uygulaması halinde buna ilişkin vereceği kararın gerekçeli olması gerekmektedir. Gerekçe beyanın hangi durumlarda doğduğu⁶⁵⁸ ve beyanın içerisinde hangi bilgilerin yer alması gerektiği⁶⁵⁹ 17 nci maddede açıkça sayılmaktadır.

Barındırma hizmeti sağlayıcıları, hizmet alıcısı tarafından sağlanan bilgilerin hukuka aykırı olduğu veya hüküm ve koşullarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle bunlar üzerinde herhangi bir kısıtlama uygulaması durumunda, sağlayıcının elektronik iletişim bilgilerini biliyorsa, bu durumdan etkilenen tüm alıcılara bir gerekçe beyanında bulunmakla yükümlü kılınmaktadır⁶⁶⁰.

Bu doğrultuda, gerekçe beyanı yükümlülüğü, i) hizmetin alıcısı tarafından sağlanan belirli bilgi öğelerinin görünürlüğüne ilişkin herhangi bir kısıtlama (içeriğin kaldırılması, içeriğe erişimin engellenmesi veya içeriğin sıralamasının düşürülmesi gibi), ii) maddi ödemelerle ilgili herhangi bir kısıtlama (ödemelerin askıya alınması veya sonlandırılması gibi), iii) sağlanan hizmet hakkında herhangi bir kısıtlama (hizmetin kısmen veya tamamen askıya alınması veya sonlandırılması gibi), iv) alıcı hesaplarına ilişkin kısıtlama (hesapların askıya alınması veya sonlandırılması) durumlarının birinin gerçekleşmesi halinde doğmaktadır⁶⁶¹.

⁶⁵⁶ Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 11.

⁶⁵⁷ Aleksandra Kuczerawy, “Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221103-215534-0>>.

⁶⁵⁸ DSA Madde 17 (2).

⁶⁵⁹ DSA Madde 17 (3).

⁶⁶⁰ DSA Madde 17 (1) ve 17 (2).

⁶⁶¹ DSA Madde 17 (1).

Görüldüğü üzere hizmet sağlayıcının içerik üzerinde uygulayabileceği kısıtlamalar arasında içeriğin tekrar konulmasını önlemeye yönelik bir önlem yer almamaktadır⁶⁶².

Hizmet sağlayıcı tarafından sunulan beyanda, verilen kararın, içeriğin kaldırılması, erişimin engellenmesi, indirilmesi, görünürlüğünün kısıtlanması veya bu bilgilerle ilgili parasal ödemelerin askıya alınması veya sonlandırılması veya içeriğe ilişkin başka bir tedbiri gerektirip gerektirmediği; kararın hangi bölgeleri kapsadığı ve süresi; kararın bildirim prosedürüne istinaden mi yoksa gönüllü bir şekilde hizmet sağlayıcının kendi inisiyatifiyle yürüttüğü soruşturmalara dayalı olarak mı alındığı; kararın hangi gerçeklere ve koşullara dayanarak alındığı; mutlak surette gerekli olduğu durumlarda, bildirimde bulunanın kimliği; kararın alınmasında otomatik araçların kullanılıp kullanılmadığı; kararın hukuka aykırılık iddiası üzerine alındığı hallerde hangi yasal gerekçeye göre hukuka aykırı olarak kabul edildiği; kararın, barındırma hizmet sağlayıcısının hüküm ve koşullarına aykırılıktan kaynaklandığı durumlarda, hangi koşulun ihlal edildiği; kararla ilgili olarak hizmetin alıcısına sunulan tazmin olanakları (özellikle uygun olduğunda dahili şikayet işleme mekanizmaları, anlaşmazlıkların mahkeme dışı ve yargısal tazmin⁶⁶³ yoluyla çözümü) hakkındaki açık ve işe yarar bilgileri içermelidir⁶⁶⁴.

Bir barındırma hizmeti sağlayıcısı, örneğin bir bildirim almasından sonra veya kendi inisiyatifiyle hareket ederek, alıcılar tarafından sağlanan bilgilerin hukuka aykırı içerik olduğu veya hüküm ve koşullarına uygun olmadığı gerekçesiyle, bu bilgileri kaldırması ya da bilgilere erişimi devre dışı bırakması veya başka bir şekilde görünürlüğünü veya paraya çevrilmesini kısıtlamaya yönelik verdiği kararlarda, bu kararları sırf otomatik araçlar kullanarak alsa dahi, hizmet

⁶⁶² Yusufoglu Bilgin, s. 454.

⁶⁶³ Yargısal tazmin, EC Direktifinde olduğu gibi ulusal mevzuat ve prosedürlere tabi olmaya devam etmektedir. Bkz. Kuczerawy, "Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA".

⁶⁶⁴ DSA Madde 17 (3).

alıcısını, kararın gerekçeleri ve karara itiraz etmek için mevcut telafi olanakları hakkında açık ve kolayca anlaşılır bir şekilde bilgilendirmelidir⁶⁶⁵.

Dolayısıyla barındırma hizmetleri sağlayıcıları tarafından sağlanan bilgiler, mevcut koşullar altında mümkün olduğunca kesin ve spesifik olmalıdır. Bilgiler, özellikle, ilgili hizmetin alıcısının dahili şikayet işleme mekanizmaları, anlaşmazlıkların mahkeme dışı ve yargısal tazmin yoluyla çözümü imkanlarını etkin bir şekilde kullanmasını mümkün kılmalıdır⁶⁶⁶.

Barındırma hizmeti sağlayıcısının gerekçe beyanında bulunmasını doğuran kararları bir bildirim istinaden aldığı hallerde, bildirim gönderen kişi veya kuruluşun kimliğini, sadece içeriğin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi için bu bilginin gerekli olduğu durumlarda (fikri mülkiyet haklarının ihlali durumlarında olduğu gibi) hizmetin alıcısına açıklamalıdır⁶⁶⁷.

Görüldüğü üzere DSA Madde 17, barındırma sağlayıcının bir bildirim ya da kendi inisiyatifiyle gerçekleştirdiği soruşturmaya istinaden içerik hakkında hangi önlemleri aldığı ve bu önlemlere ilişkin verdiği kararlarda hangi bilgilerin yer alması gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır. Bu yönüyle gerekçe beyanı, ilgili kullanıcının kısıtlama getiren kararı anlaması ve dilerse buna itiraz etmesi açısından önemlidir⁶⁶⁸.

3. İçerik Hakkındaki Kararlara Karşı Sunulan Tazmin Yolları

DTP Stratejisi'ne göre aracı hizmet sağlayıcılar, haberdar edilmeleri durumunda hukuka aykırı içeriği derhâl kaldırmakla yükümlü olsalar da içeriğe erişimin kısıtlanması ve bu tür içeriklerin kaldırılması hem çok yavaş

⁶⁶⁵ DSA Resital 54.

⁶⁶⁶ DSA Madde 17 (4).

⁶⁶⁷ DSA Resital 54.

⁶⁶⁸ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 11.

gerçekleşmekte hem de bunun için çok karmaşık süreçler işletilmektedir. Öyle ki bazen hatayla hukuka uygun içerikler dahi kaldırılabilir⁶⁶⁹.

Araştırmalar, uyar kaldır sisteminde sağlayıcıların, sorumluluktan kaçınmak ve kaynaklarını korumak için içeriği gereğinden fazla kaldırma eğilimi içerisinde olduklarını ve içeriği kaldırılan kullanıcıların genellikle bir işlem yapmadığı yönünde bir eğilim olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁷⁰.

Bu nedenle, hizmet sağlayıcının bir bildirim üzerine ya da kendi inisiyatifiyle barındırdığı bilgiler üzerinde uyguladığı kısıtlamadan hoşnut kalmayan taraflara EC Direktifi dönemindeki sağlanan adli yollara başvurma şeklindeki tek itiraz yolunun, başka mekanizmalarla çoğaltılması ve kolaylaştırılması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Bu kapsamda DSA’da her ne kadar aracı sorumluluğu meselesi nispeten değişmemiş olsa da, yasal süreç ve şeffaflık ilkelerini korumak için yeni dahili şikayet ele alma sistemleri ve alternatif uyuşmazlık çözüm sistemleri oluşturulmaktadır⁶⁷¹.

Online platform sağlayıcısı, bir bildirim üzerine ya da kendi inisiyatifiyle hizmet alıcıları tarafından sağlanan bilgilerin hukuka aykırı olduğu veya hüküm ve koşullarıyla uyumsuz olduğu gerekçesiyle i) bilgileri ya da bilgilere erişimi kaldırılıp kaldırmayacağı veya bilgilerin görünürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamayacağına ilişkin, ii) hizmet alıcılarına karşı hizmeti tamamen veya kısmen askıya alıp almayacağı veya sonlandırıp sonlandırmayacağına ilişkin, iii) hizmet alıcıların hesabını askıya alıp almayacağı veya kaldırıp kaldırmayacağına ilişkin, iv) alıcılar tarafından sağlanan içerikten gelir elde edilmesinin askıya alıp almayacağı, sonlandırıp sonlandırılmayacağı veya başka bir şekilde kısıtlayıp

⁶⁶⁹ Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 25.

⁶⁷⁰ de Streel ve Husovec, s. 9.

⁶⁷¹ Sagar ve Hoffmann, s. 8.

kısıtlamayacağına ilişkin aldığı kararlara karşı, bildirimde bulunan kişi veya kuruluşlar da dahil olmak üzere hizmet alıcılarına, bu kararlardan sonra en az altı aylık süre boyunca⁶⁷² elektronik ortamda ve ücretsiz olarak şikayette bulunmalarını sağlayan etkili bir dahili şikayet sistemi sağlamalıdır⁶⁷³.

EC Direktifi döneminde uyar-kaldır prosedürü neticesinde platform tarafından verilen karardan hoşnut olmayan hizmet alıcısı yargısal tazmin yoluna başvurmak zorunda kalırken, bu düzenleme ile mahkeme veya mahkeme dışı çözüm yollarına alternatif oluşturularak kullanıcı için ihtilaf çözüm yolları hem artırılmış hem de kolaylaştırılmıştır⁶⁷⁴.

Dahili şikayet mekanizması, tüm hizmet alıcılarına, ilgili yasal hükümleri gösterme veya ayrıntılı yasal açıklamalarda bulunma gibi resmi gereklilikler yüklenmeden sağlanmalıdır⁶⁷⁵. Sistem, tüm yer sağlayıcılar bakımından değil sadece çevrimiçi platformlar bakımından, sadece bildirimde bulunan taraflara değil tüm hizmet alıcılarına sağlanmak üzere, platformun bildirim sistemi üzerinden ya da kendi inisiyatifle yaptığı araştırmalar neticesinde hukuka ya da hüküm ve koşullarına aykırı olduğu gerekçesiyle almış olduğu belirli kararlar ile sınırlı olmak üzere itiraz hakkı sunmaktadır.

Çevrimiçi platform sağlayıcıları, dahili şikayet işleme sistemleri aracılığıyla iletilen şikayetleri zamanında, ayırım gözetmeden, özenli ve usule uygun (non-arbitrary) bir şekilde ele almalıdır⁶⁷⁶. Resital 58, sistemin adil sonuçlara yol açması gerektiğini eklese de, ayırmacı olmayan ve usule uygun uygulamanın tam olarak ne anlama geldiğine dair başka bir gösterge bulunmamaktadır⁶⁷⁷.

⁶⁷² Bu en az altı aylık süre, hizmet alıcısına DSA madde 16 (5) veya Madde 17 uyarınca kararın bildirildiği gün başlamaktadır. Bkz. DSA Madde 20 (2).

⁶⁷³ DSA Madde 20 (1).

⁶⁷⁴ Yusufoglu Bilgin, s. 432.

⁶⁷⁵ DSA Resital 58.

⁶⁷⁶ DSA Madde 20 (4).

⁶⁷⁷ Kuczerawy, "Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA".

Çevrimiçi platform sağlayıcıları şikayetler hakkındaki kararlarını, sadece otomatik araçlara bağlı olarak değil, uygun niteliklere sahip personelin gözetiminde vermelidir⁶⁷⁸. İçeriği kaldırma, hizmetleri askıya alma veya hesabı sonlandırma gibi kararlara yönelik yapılan şikayetleri platformların yalnızca otomatik araçlar temelinde almasına izin verilmemesi, platformlara önemli bir maliyet getirebilecek bir insan gözetim yükümlülüğü yaratmaktadır⁶⁷⁹.

Platform kararına karşı yapılan şikayet, platformun bildirimle rağmen herhangi bir aksiyon almama yönündeki kararının haksız olduğunu veya şikayete konu bilgilerin hukuka veya hüküm ve koşullara aykırı olmadığını veya şikayetçinin davranışının alınan önlemleri gerektirmediğini gösteren bilgileri içeriyorsa, platformun verdiği kararı gecikmeksizin geri alması gerekmektedir⁶⁸⁰. Şikayetin verilen kararın geri alınmasını haklı çıkaracak gerekçeleri içermesi durumunda, önceki kararın geri alınması, bu sistemin en önemli kısmını oluşturmaktadır⁶⁸¹.

Çevrimiçi platform sağlayıcıları, şikayetin ilgili olduğu bilgilerle ilgili olarak aldıkları gerekçeli kararı ve Madde 21'de belirtilen mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yolu ve diğer mevcut tazmin olanakları hakkında gecikmeksizin şikayetçileri bilgilendirmelidir⁶⁸².

Uygulamada, içerik sağlayıcılar maliyet veya diğer faktörler nedeniyle içerik ihtilaflarının çözme yollarından vazgeçebilmektedir⁶⁸³. Bu nedenle DSA,

⁶⁷⁸ DSA Madde 20 (6).

⁶⁷⁹ Andrej Savin, "The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet", *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper*, 21.4 (2021), s. 9 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3786792> [erişim 6 Mayıs 2022].

⁶⁸⁰ DSA Madde 20 (4).

⁶⁸¹ Kuczerawy, "Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA".

⁶⁸² DSA Madde 20 (5).

⁶⁸³ Bu noktada, son kullanıcılar ile hizmet sağlayıcılar arasındaki bildirimlerin işlenmesinde, uzmanlaşmış başka bir profesyonel aracı olan "Yardım Hatları (Hotlines)" kilit bir rol oynamaktadır. Yardım Hatları (Hotlines), AB tarafından hem Avrupa hem de ulusal düzeyde finanse edilmektedir. 1999'dan beri AB, dünya çapında 23 ülkede 25 yardım hattından oluşan bir ağ olan Uluslararası İnternet Yardım Hatları Birliği'ni (INHOPE) finanse etmektedir. Ayrıca bildirim prosedürleri, genel ve özel internet bekçilerini (internet watchdogs) gerektirmektedir. İnternet

içerik sağlayıcıların içeriğin hukuka uygun olduğundan emin olmak istediği durumlarda, bu tür ihtilaf çözme yollarından faydalanmayı daha olası hale getirecek çözümler benimsemektedir. İçerik ihtilaflarının etkili bir şekilde çözülmesine katkıda bulunabilecek bir diğer yol, DSA Madde 21 ile getirilen “mahkeme dışı çözüm yolu”dur⁶⁸⁴.

Hizmet alıcıları (Madde 20(1) kapsamında dahili şikayet işleme sistemi ile bildirimde bulunan kişi veya kuruluşlar da dahil) Madde 20 kapsamındaki dahili şikayet işleme sistemi aracılığıyla çözülmeyen şikayetler hakkında Madde 21 (3) uyarınca yetkilendirilmiş bir mahkeme dışı ihtilaf çözüm merciini seçme hakkına sahiptir. Çevrim içi platform sağlayıcıları, hizmet alıcılarının böyle bir hakka erişimi olduğuna dair bilgileri, arayüzlerinde kolayca erişilebilecek, açık ve kullanıcı dostu olacak şekilde sağlamakla yükümlüdür⁶⁸⁵.

DSA Madde 21 (3)’teki koşulları sağlayan mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mercii, kendi talebi ile yerleşik olduğu üye devletin dijital hizmetler koordinatörü tarafından azami beş yıllık bir süre için yetkilendirilmektedir. Mahkeme dışı bir uyuşmazlık çözüm merciini onaylayan bir dijital hizmetler koordinatörünün yetkilendirdiği mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm merciinin artık gerekli şartlara haiz olmadığını tespit ederse verdiği yetkiyi iptal etmektedir⁶⁸⁶. Dijital hizmetler koordinatörü tarafından onaylanan merciiye tanınan yetki, tüm üye devletlerde geçerlidir⁶⁸⁷.

bekçileri yalnızca başkaları tarafından yapılan şikayetleri bildirmekle kalmamakta aynı zamanda herhangi bir şikayete bağlı kalmaksızın kendiliğinden de belirli hukuka aykırı içerikler için tarama yapmaktadırlar. İnternet bekçileri ya kamu makamları tarafından ya da STK’lar veya ticari kuruluşlar gibi özel kuruluşlarca finanse edilmektedir. Nitekim, yardım hatlarının sayısı aynı zamanda bekçi görevi görür ve bunun tersi de geçerlidir. Örneğin, kamu yetkilileri tarafından oluşturulan ve finanse edilen Alman derneği Jugendschutz, siber nefret içeriğini aktif olarak izlemekte ve kamu kurumlarına bildirmektedir. Bkz. Frydman, Hennebel, ve Lewkowicz, ss. 142–43.

⁶⁸⁴ Peukert vd., s. 373.

⁶⁸⁵ DSA Madde 21 (1).

⁶⁸⁶ DSA Madde 21 (7).

⁶⁸⁷ DSA Resital 59.

Dijital hizmetler koordinatörünün yetkilendirmesinin dışında, üye devletler de, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm organları kurabilmekte ya da Madde 21(3) uyarınca yetkilendirilen mercilerin bir kısmının veya tamamının faaliyetlerini destekleyebilmektedir⁶⁸⁸. Bu bakımdan, DSA her ne kadar AB çapında geçerli olan bir dizi yeknesak kural belirlemekte ise de mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının uygulanması, bir dereceye kadar ilgili üye devlete bağlı olarak değişecektir⁶⁸⁹.

Her ne kadar harici inceleme, ilk etapta platformların daha iyi denetlenmesini sağlayabilecek olsa da platformların hizmet şartlarının farklı şekillerde yorumlanması, ortaya çıkabilecek çözümlerde değişkenlik ve tutarsızlığa yol açabilecek, bu durum ise kullanıcıları daha lehe çözümler sunan mercilere başvurmaya teşvik edebilecektir⁶⁹⁰. Dahili içerik moderasyon süreçlerinin başarısız olması halinde, etkilenen kullanıcılar veya şikayet bildiriminde bulunanlar, mahkeme dışı ihtilaf çözüm organları tarafından yayınlanan ikinci bir uzman görüşü alabilmektedir⁶⁹¹.

Mahkeme dışı çözüm yoluna başvurmak, ilgili hizmetin alıcısının, platform sağlayıcısının bu kararlarına bir mahkeme önünde itiraz etmek üzere dava etme hakkına halel getirmemektedir⁶⁹². Çevrim içi platform sağlayıcıları, ancak aynı bilgilere yönelik aynı temele dayanan iddialara yönelik anlaşmazlık zaten çözülmüşse, bu tür mahkeme dışı ihtilaf çözüm yolunu reddetme hakkına sahiptir⁶⁹³.

⁶⁸⁸ Üye devletlerin bu faaliyetleri, Dijital Hizmetler Koordinatörlerinin Madde 21 (3) uyarınca ilgili mercileri yetkilendirmesi üzerinde herhangi bir etki etmemektedir. Bkz. DSA Madde 21 (6).

⁶⁸⁹ Wilman, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, s. 19.

⁶⁹⁰ Keller, “The EU’s new Digital Services Act and the Rest of the World”.

⁶⁹¹ Martin Husovec, “Will the DSA work?: On money and effort”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221109-095546-0>>.

⁶⁹² DSA Madde 21 (1). Yetkili mahkeme veya başka bir yetkili mahkeme dışı ihtilaf çözüm mercii tarafından hâlihazırda çözümlenmiş veya hâlihazırda devam eden bir prosedüre tabi olan uyuşmazlıklar da reddedilebilir. Bkz. DSA Resital 59.

⁶⁹³ DSA Madde 21 (2).

Yetkilendirilmiş mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mercii, sunduğu çözümü uyuşmazlığın tarafları üzerine dayatma yetkisine haiz değildir. Dolayısıyla buradan çıkan karar bağlayıcı bir etki yaratmasa da⁶⁹⁴ her iki tarafın yine de iyi niyetle iş birliği yapmasını sağlamaktadır⁶⁹⁵. DSA teklifinde bu kararların bağlayıcı olması önerilmişken nihai metne bağlayıcı olmayacak şekilde alınması, yargı benzeri organların ortaya çıkmasını engellemiştir⁶⁹⁶.

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yollarının, elektronik araçlarla kolayca erişilebilir olması, gerekli destekleyici belgeleri çevrimiçi olarak sunma imkanı sağlaması, anlaşmazlıkların hızlı, verimli ve uygun yollu bir şekilde ele alınması, bu yolu çekici kılmayı amaçlamaktadır⁶⁹⁷.

Yetkili mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mercileri, kararlarını makul bir süre içinde ve şikayetin alınmasından itibaren en geç 90 takvim günü içinde taraflara bildirmelidir. İhtilafın çetrefilli bir hal alması durumunda ise, yetkili mahkeme dışı ihtilaf çözüm mercii, kendi takdirine bağlı olarak, bu süreye 90 günü aşmayacak şekilde ekleme yapabilmektedir⁶⁹⁸.

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü, ilgili merciinin yaptığı masrafları aşmamak kaydıyla, makul bir ücrete tabiidir ancak hizmet alıcısının bu yola başvurusu ya cüzi bir bedel karşılığında sağlanmakta ya da tamamen ücretsiz olmaktadır⁶⁹⁹. İlgili çözüm mercii tarafından alınan ücretler, bu yola erişimi mümkün kılacak şekilde çekici, tüketiciler için ucuz ve orantılı olacak şekilde vaka bazında değerlendirilmelidir⁷⁰⁰. Yetkili mercii, ücretleri veya ücretleri belirlemek

⁶⁹⁴ DSA Madde 21 (2).

⁶⁹⁵ Wilman, "The Digital Services Act (DSA) - An Overview", s. 11.

⁶⁹⁶ Kuczerawy, "Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA".

⁶⁹⁷ Wilman, p. 11.

⁶⁹⁸ DSA Madde 21 (4).

⁶⁹⁹ DSA Madde 21 (5).

⁷⁰⁰ DSA Resital 59.

için kullandıkları mekanizmaları, bu yoldan yararlanmak isteyen taraflara, çözüme gitmeden önce bildirmelidir⁷⁰¹.

Uyuşmazlık hizmet alıcısı lehine sonuçlandığında hizmet alıcının ödediği ücreti, aracı hizmet sağlayıcı tazmin ederken, uyuşmazlığın aracı hizmet sağlayıcı lehine çözümlenmesi halinde ise sağlayıcı tarafından ödenen ücret hizmet alıcısı tarafından tazmin edilmemektedir (ilgili merciinin hizmet alıcının açıkça kötü niyetli olduğunu tespit etmesi dışında)⁷⁰².

Mahkeme dışı uyuşmazlık çözümünün, her hatanın sağlayıcılara para ve itibar kaybına yol açmasına neden olan ödeme yapısından ötürü, sağlayıcıları daha az hata yapmaya ve hüküm ve koşullarında uyguladıkları kurallarda değişiklik yapmaya teşvik edebilecektir⁷⁰³. Bu şekilde, hüküm ve koşullardan kaynaklanan belirsizlikleri platform aleyhine yorumlayabilen mekanizmaların sürece dahil edilmesi, platformların kuralları üzerindeki gücünü önemli ölçüde kısıtlayabilecektir⁷⁰⁴.

DSA Madde 20 ve 21 ile kullanıcılara sağlanan imkanlar, haklarının daha etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik önemli birer adım olmakla birlikte, sağlanan çözüm yolları gerçek etkisini, uygulamaya bağlı olarak gösterecektir⁷⁰⁵.

Yetkili mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mercileri, kendilerini onaylayan dijital hizmetler koordinatörüne yıllık olarak, Dijital Hizmetler Koordinatörleri, her iki yılda bir yetkilendirdiği mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm mercilerinin işleyişine

⁷⁰¹ DSA Madde 21 (5).

⁷⁰² DSA Madde 21 (5).

⁷⁰³ Husovec, “Will the DSA work?: On money and effort”.

⁷⁰⁴ Husovec, “Will the DSA work?: On money and effort”.

⁷⁰⁵ Kuczerawy, “Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA”.

ilişkin raporlar düzenlemelidir⁷⁰⁶. Her iki rapor da sürecin geliştirilmesine yardımcı olacaktır⁷⁰⁷.

Kullanıcılar DSA Madde 20 ve Madde 21 dışında ayrıca aracı hizmet sağlayıcıların DSA'yı ihlal ettiği gerekçesiyle üye devletlerin dijital hizmetler koordinatörüne şikayette bulunabilmektedirler⁷⁰⁸. Kullanıcılar ve bildirimde bulunanlar, tüketici derneklerinden ve diğer kar amacı gütmeyen gruplardan da yardım isteyebilmektedirler⁷⁰⁹. Bu doğrultuda, çevrimiçi platform sağlayıcıları, bu grupların hizmet alıcıları adına Madde 20(1)'deki mekanizmalar aracılığıyla yaptıkları şikayetleri öncelikli olarak ve gereksiz gecikme olmaksızın işleyip karara bağlamaları için gerekli teknik ve organizasyonel önlemleri almakla yükümlüdür⁷¹⁰.

III. Ara Değerlendirme

EC Direktifi'nin hizmet sağlayıcılarının türüne göre sorumluluk muafiyetine yönelik koşullarını düzenleyen 12, 13, 14 üncü maddelerinin yerini alan DSA'nın 4,5 ve 6 ncı maddelerine bakıldığında, EC Direktifi'ndeki rejimin büyük ölçüde korunduğu görülmektedir.

DSA 6 (3) maddesi ile barındırma sağlayıcılarının bir alt kategorisi olan tüketicilerin tacirlerle mesafeli sözleşmeler yapmasına izin veren çevrimiçi platformların sorumluluğu hakkında nispeten küçük bir değişiklik yapılsa da DSA ile daha katı bir sorumluluk rejiminin benimsediği kanaatine varmak mümkün görünmemektedir.

Değişmeyen sorumluluk hükümlerine rağmen, sorumluluk hükümlerine rehberlik eden resitallerde bir değişim görülmektedir. EC Direktifi'nin 42 inci

⁷⁰⁶ DSA Madde 21(4).

⁷⁰⁷ Kuczerawy, "Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA".

⁷⁰⁸ DSA Madde 53.

⁷⁰⁹ Husovec, "Will the DSA work?: On money and effort".

⁷¹⁰ DSA Madde 86 (2).

resitalinden kaynaklanan belirsizliklerde (resitalin hangi hizmet sağlayıcılar bakımından geçerli olacağı ve hizmet sağlayıcının tarafsızlığının hangi kriterler üzerinden yorumlanacağı meselesi) ABAD tarafından getirilen çözümlerin, DSA'nın 18 inci resitalinde yasalaştığı görülmektedir. Mahkeme kararlarında benimsenen yaklaşımın kanun metnini şekillendirmesi, hem hukuk uygulayıcılarının kanun yapım sürecindeki etkisini belirginleştirmekte hem de yıllar içerisinde süregelen uygulamaların tutarlılığını pekiştirmektedir.

Üye devletlerin hizmet sağlayıcılara yönelik verdiği ihtiyati tedbir kararlarının sınırlarını belirleyen genel izleme yasağına yönelik belirsizliklerin DSA metninde de giderilmediği, bugüne kadar olduğu gibi bu görevin büyük ölçüde ABAD' a bırakılmış olduğu görülmektedir.

EC Direktifi döneminde hizmet sağlayıcıların kendi inisiyatifleriyle araştırma yapmasının önündeki en büyük engelin, bu faaliyetlerin hizmet sağlayıcıları aktif bir konuma sokma riski taşımamasından kaynaklandığı görülmüştür. DSA 7 nci maddesindeki hizmet sağlayıcının iyi niyetle ve özenli bir şekilde kendi inisiyatifleriyle aldığı önlemlere dayanarak sorumluluk muafiyetini kaybetmeyeceği yönündeki düzenleme ile bu risk azaltılmaya çalışılması önemli bir değişiklik olarak görülmektedir. Ancak iyi niyetli ve özenli hareketten ne anlaşılması gerektiğinin kanun metninde ve resitalerde yeterince açık olmayışı, bu düzenlemenin hedeflediği teşviki baltalayabileceği öngörülmektedir.

DSA ihtiyati tedbirlerin taşınması gereken şartları ve uygulama aşamasındaki unsurları belirleyerek, hem idari ve adli süreçleri standartlaştırmaya hem de sistemi tüm taraflar için daha belirgin ve daha orantılı hale getirmeye çalışmaktadır.

EC Direktifi döneminde en büyük parçalanmanın yaşandığı uyar kaldır prosedürü DSA ile nihayetinde kanuni bir düzenlemeye kavuşmaktadır. ABAD'ın özellikle bildirimlerin bilgi standardını tetiklemesi için “yeterince kesin ve yeterince doğrulanmış olması” şeklinde geliştirdiği standardın, DSA'da yasal

bağlayıcılık kazanması, uygulamanın kanun sürecini şekillendirmesine örnek teşkil etmektedir. Ancak, bir bildirimin taşınması gereken unsurları sağlamak, sıradan hizmet alıcılarına ağır gelebileceği için bir chilling effect (caydırıcı etki) doğurabilecektir. Ek olarak, bildirimlerin hizmet sağlayıcı tarafından nasıl ve ne zaman değerlendirilmesi gerektiği, DSA'da EC Direktifi'nde de olduğu gibi soyut bir şekilde ifade edilerek açıklığa kavuşturulmamıştır. Halihazırda var olan belirsizlikler, devam edecek gibi görünse de bu boşluğun sektör spesifik düzenlemelerle doldurulmasının daha yerinde bir yaklaşım olduğu görüşü benimsenmektedir.

Hizmet sağlayıcı tarafından içerik üzerindeki kararların gerekçeli bir şekilde verilmesi, bu kararlara yönelik hizmet alıcılarına dahili şikayet ve mahkeme dışı çözüm yollarının sağlanması yönünde getirilen şartlar, içerik moderasyonu neticesinde hakkı zedelenen tarafların etkin bir şekilde korunmasını teşvik etmesinden ötürü önemli bir adım olarak görülmektedir.

DSA'da, çevrimiçi platform ve çevrimiçi arama motoru ile aylık aktif kullanıcı sayısına göre çok büyük çevrimiçi platform ve çok büyük çevrimiçi arama motorunun yeni yapılar olarak düzenlenmektedir. EC Direktifi'ndeki temel hizmet sağlayıcılarının (basit iletim, ön belleğe alma, barındırma) daha nitelikli hallerinin farklı kategorilere ayrılarak bunlara yönelik asimetrik bir şekilde özen yükümlülüklerinin getirilmesi, bu yapıların daha hesap verebilir ve denetlenebilir hale getirilmeye çalışıldığını göstermektedir. Uyulmaması halinde parasal ve idari yaptırımlara maruz kalınan özen yükümlülükleri ile diğer yandan, hizmet sağlayıcıların işleyiş biçimleri şekillendirilmeye çalışılmaktadır. Hizmet sağlayıcıların EC Direktifi döneminde şartlı sorumsuzluk hallerini ileri sürerek yaptırımdan kaçınmaları, Direktif'te öngörülen şartlara uymalarıyla mümkün olabilirken, DSA'da buna ek olarak özen yükümlülüklerine uyum da eklenmiştir. Dolayısıyla hizmet sağlayıcıların sorumsuzlaşması DSA ile daha zorlu bir hale getirilmiştir. Özen yükümlülükleri her ne kadar hizmet sağlayıcıların çevrimiçi ekosistemdeki rollerine ve etkilerine göre orantılı bir şekilde yapılandırılrsa da bu

yükümlölüklerin AB Dijital Tek Pazarına giriş konusunda hizmet sağlayıcılar bakımından tereddütlere neden olabilecektir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HİZMET SAĞLAYICILARIN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI

Bu bölümde, EC Direktifi döneminde hizmet sağlayıcıların sorumluluk rejimine ilişkin ortaya çıkan belirsizliklerin Birlik mahkemeleri ile uygulamada nasıl çözümlenmeye çalışıldığı gösterilerek, Direktif'in dijital ekosistemin yaşadığı evrime karşı yetersizleşmeye başladığı noktaları somutlaştırılmaktadır.

I. ABAD Ker-Optika Kararı (C-108/09, 2010)

2010 tarihli Ker-Optika davasında, Macar yasaları gereğince sadece belirli şartları sağlayan fiziki mekanlarda satımı mümkün olan bir tıbbi ürünün (lens) internet üzerinden satılmasının bilgi toplumu hizmeti sayılıp sayılamayacağı değerlendirilmiştir.

ABAD, ilgili faaliyeti i) çevrimiçi lens satış teklifi ve elektronik olarak lens satış sözleşmesi akdedilmesi ile ii) lens tedariki şeklinde ikiye ayırmış; bu faaliyetlerden ilkinin bir bilgi toplumu hizmeti sayarak EC Direktifi kapsamına alırken ikincisini EC Direktifi kapsamı dışında tutarak bu kısma kurucu antlaşmaları uygulamıştır⁷¹¹

Dolayısıyla ABAD bu davada, bir hastanın fizik muayenesini gerektiren tıbbi tavsiye gibi, doğası gereği uzaktan veya elektronik yollarla gerçekleştirilemeyen faaliyetlerin bilgi toplumu hizmetleri sayılmayarak EC Direktifi'nin kapsamına girmediğine hükmetmiştir (Bkz. EC Direktifi Resital 18)⁷¹².

⁷¹¹ Şeker, s. 124.

⁷¹² European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 98.

II. ABAD Google France Kararı (C-236/08 ila C-238/08, 2010)

ABAD 2010 tarihli Google France kararı ile arama motoru faaliyetlerinin EC Direktifin Madde 14 kapsamında olup olmadığını değerlendirmiştir⁷¹³.

Dava, Google'ın ücretli referans hizmeti "Adwords" ün Fransız lüks tüketim malları üreten grubu LVMH'ye ait ticari marka ihlallerine ilişkin sorumluluğu hakkında açılmıştır. "Adwords", Google ile arama yapıldığında, arama motoruna girilen kelimenin, ticari işletme tarafından rezerve edilen "anahtar kelime"ye karşılık gelmesi halinde, reklam bağlantılarının, ekranın sağ tarafında görünen ticari bir mesajla birlikte bu ticari işletmenin kendi sitesini göstermesini sağlamaktadır.

Davada, Louis Vuitton markasının sahibi LVMH'nin, "Louis Vuitton" anahtar kelimesinin markanın rakipleri ve sahte ürün üreticileri tarafından kendi ürünlerinin reklamı amacıyla rezerve edilmesinin Google tarafından önlenmemesini şikayet etmesi üzerine, Fransız Temyiz Mahkemesi, ABAD'a, anahtar kelimelerin rezervasyonunun bir ticari marka ihlali olarak yorumlanıp yorumlanamayacağını ve bu durumda referans hizmet sağlayıcısının (Google) bundan sorumlu tutulup tutulamayacağını sormuştur⁷¹⁴

İlgili kararda ABAD, bir referans hizmet sağlayıcısının, reklam veren ticari işletmenin site adresinin yanı sıra reklam veren tarafından seçilen anahtar kelimeleri, reklam bağlantısı ve beraberindeki ticari mesaj gibi belirli verileri sunucusunda depoladığını tespit etmiştir⁷¹⁵.

ABAD, referans hizmet sağlayıcı tarafından yapılan depolamanın EC Direktifi Madde 14 kapsamına girmesi için, bu faaliyetin bir “aracı hizmet

⁷¹³ İlgili dava ABAD önüne aslen Google tarafından Louis Vuitton'a yönelik marka tecavüzü gerçekleştirilip gerçekleştirmediği hasebiyle gelmiş olmasına rağmen bu çalışma fikri ve sınai haklara odaklanmadığı için bu alanlara yönelik değerlendirmelere yer verilmemektedir.

⁷¹⁴ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, ss. 30–31.

⁷¹⁵ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 111.

sağlayıcının” faaliyetiyle sınırlı olması gerektiğini⁷¹⁶, Direktif kapsamındaki sorumluluk muafiyetlerinin Resital 42 deki "hizmet sağlayıcının oynadığı rolün, barındırdığı veriler hakkında bilgi veya kontrol sağlamayan yalnızca teknik, otomatik ve pasif mahiyette tarafsız olma” halinde mevcut olduğu ve bir referans hizmeti sağlayıcının sorumluluğunun Madde 14 kapsamında sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağını tespiti için bu bağlamda bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir⁷¹⁷.

ABAD, Google Adwords analizinde, "Google'ın, geliştirdiği yazılım yardımıyla, reklam verenler tarafından girilen verileri işlediğini, reklam gösterimlerinin, Google'ın kontrolündeki koşullar altında yapıldığını, görüntülenme sırasının, diğerlerinin yanı sıra, reklam verenler tarafından ödenen ücrete göre belirlendiği sonucuna varmıştır⁷¹⁸.

Ancak Adwords hizmetinin ödemeye tabi olmasının, Google'ın ödeme koşullarını belirlemesinin veya müşterilerine genel bilgi sağlaması gibi durumların, Google'ı EC Direktifi'ndeki sorumluluk muafiyetlerinden mahrum bırakma etkisine sahip olmadığına⁷¹⁹; rezerve edilen anahtar kelime ile aramanın yapıldığı kelime arasındaki uyumun, Google'ın sunucusunda depoladığı reklam verenler tarafından girilen veriler hakkında bilgi sahibi olduğu veya bu veriler üzerinde kontrol sahibi olduğu hükmüne varmak için tek başına yeterli olmadığına⁷²⁰ karar vermiştir.

Dolayısıyla ABAD'ın, EC Direktifin Resital 42 deki şartları yalnızca önbelleğe alma ve basit iletim hizmetleri için değil ayrıca barındırma hizmetleri için de barındırmanın doğal fonksiyonlarına (barındırma ve yayma) ek olarak şart koştuğu görülmektedir.

⁷¹⁶ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 112.

⁷¹⁷ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 113 ve 114.

⁷¹⁸ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 115.

⁷¹⁹ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 116.

⁷²⁰ Birleştirilmiş Davalar C-236/08 ila C-238/08 – Google France, paragraf 117.

Arama motoru operatörüne gelir sağlamak üzere tasarlanmış ve ilke olarak arama motoru operatörü tarafından kontrol edilen bu sistemde sağlayıcıların yalnızca teknik araçlar olarak hareket etmedikleri ileri sürülse de⁷²¹ ABAD, Google France kararı ile arama motorunun reklam bağlamındaki hizmetlerini koruma kapsamına almıştır.

Ancak, bir arama motorunun reklam bağlamı dışında sağladığı bağlantıların arama motoru rolündeki organik arama sonuçlarının– EC Direktifin Madde 14 kapsamında olup olmadığı belirsizliğini korumaktadır⁷²². Dolayısıyla arama motorları bakımından değerlendirme yaparken, arama motoru hizmetinin "doğal sonuçları veya basit referanslar" (bir başka deyişle, bir arama sonucunda web sitelerine otomatik olarak oluşturulan bağlantılar) ile "ticari bağlantılar veya Adwords" (arama motoru operatörleri tarafından kişiselleştirilmiş bir reklam sistemi aracılığıyla gelir elde etmek için kullanılan bağlantılar) arasında bir ayırım yapılmalıdır⁷²³.

III. ABAD L'oreal Ebay Kararı (C-324/09, 2011)

Çevrimiçi pazaryerleri hakkındaki yerel mahkemelere yansıyan ihtilaflarda da farklı uygulamaların ortaya çıktığı görülmektedir.

Özellikle eBay'in taraf olduğu davalarda, eBay bazı üye devlet mahkemelerince kullanıcıları tarafından sağlanan materyalleri barındırsa da gerçekleştirdiği diğer faaliyetler bakımından teknik barındırmayı aştığı, teknik barındırma sayılan ve sayılmayan hizmetlerin bölünemez olmasından ötürü barındırma sağlayıcılarına tanınan muafiyete hak kazanamamışken; başka yerel mahkemeler bu hizmetlerin bölünebilir olduğuna ve teknik barındırma kapsamında

⁷²¹ Verbiest, Spindler, ve Riccio, ss. 19–20.

⁷²² Nordemann, ss. 15–16.

⁷²³ Verbiest, Spindler, ve Riccio, s. 19.

kalanlar için EC Direktifin Madde 14 kapsamındaki sorumluluk muafiyetinin geçerli olduğuna karar vermiştir⁷²⁴.

ABAD, 2011 tarihli L'Oreal v eBay kararı ile çevrimiçi pazar yerlerinin⁷²⁵, hangi şartlar altında EC Direktifi Madde 14 kapsamında "barındırma faaliyeti" olarak kabul edilebileceğine açıklık getirmiştir⁷²⁶.

L'Oreal v eBay'de ABAD'a, eBay'in, web sitesine yeni müşteriler çekmek için, L'Oréal'in sahip olduğu ticari markalar da dahil olmak üzere, ücretli internet referans hizmetlerinden (Google'in "Adwords"ü gibi) anahtar kelimeler satın alması nedeniyle, ticari marka ihlallerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı, "barındırma" nedeniyle sorumluluk muafiyetinden ne ölçüde yararlanabileceği sorulmuştur⁷²⁷.

ABAD, "eBay'in müşterileri tarafından sağlanan verileri depoladığı (sunucusunun belleğinde tuttuğu), bu depolama işleminin bir müşterinin eBay ile bir satış hesabı açtığı ve satış teklifleriyle ilgili verilerin müşteriye sağlandığı her seferde eBay tarafından gerçekleştirildiğini⁷²⁸; ancak bir çevrimiçi pazaryeri işletmecisi tarafından sağlanan hizmetin, müşteri ve satıcılar tarafından kendisine iletilen bilgilerin depolanmasını içermesinin, her durumda EC Direktifin Madde 14 kapsamına dahil edilmesi için tek başına yeterli bir gerekçe olmadığını, bunu

⁷²⁴ Christian Dior v eBay (Paris, 2008), Lancôme v. eBay (Belçika, 2009) kararları için bkz. Peguera, "The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems", ss. 506-10.; L'Oreal v eBay (Birleşik Krallık, 2009), eBay ve Maceo (Paris, 2010) kararları için bkz. European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 Final, s. 29.

⁷²⁵ "Aracı hizmet sağlayıcıların oluşturduğu platformlar, elektronik ticaret için bir pazar yeri niteliğindedir. Bu pazar yerleri, ağ etkisi sayesinde hizmet sağlayıcılara mal ve hizmetlerini tüketicilere sunmak için veri ve daha fazla bağlantı olanağı sağlamaktadır. Nihayetinde, ağ etkisinde ağ ne kadar büyürse ağdan fayda da o kadar artmaktadır. Dolayısıyla, pazar yerlerinin büyümesi bu açıdan ağın tüm üyelerine fayda sağlamaktadır." Daha fazla bilgi için bkz. Mehmet Bedii Kaya, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü*, s. 19.

⁷²⁶ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 170.

⁷²⁷ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, s. 31.

⁷²⁸ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 110.

belirlemede sadece maddenin lafzına göre değil, aynı zamanda bağlama da bakılması gerektiğini⁷²⁹ ifade etmiştir.

Bu bağlamda, ABAD’a göre, bir internet hizmet sağlayıcısının Madde 14 kapsamına girmesi için, sağlayıcının, Direktifin II. Bölümünün 4. Bölümü bağlamında yasa yapıcının amaçladığı manada bir aracı sağlayıcı olması gerekmektedir⁷³⁰. Ancak hizmet sağlayıcının, müşterileri tarafından sağlanan verileri yalnızca teknik ve otomatik olarak işleme yoluyla hizmeti tarafsız bir şekilde sağlamak yerine, kendisine bu veriler hakkında bilgi ve kontrol verecek türden aktif bir rol oynaması bunu engellemektedir⁷³¹.

ABAD’a göre, bir çevrimiçi pazaryeri işletmecisinin satış tekliflerini barındırması, hizmet şartlarını belirlemesi, bu hizmet için ücret alması ve müşterilerine genel bilgi sağlaması, EC Direktifin sağladığı sorumluluk muafiyetlerini kaldırmaya da⁷³², söz konusu satış tekliflerin sunumunu optimize etmesi veya bu teklifleri tanıtmayı içeren bir yardım sağlaması, çevrimiçi pazaryerinin ilgili müşteri-satıcı ile potansiyel alıcılar arasında tarafsız bir pozisyon almadığını ve bu satış teklifleriyle ilgili veriler hakkında bilgi veya kontrol sağlayacak türden aktif bir rol oynadığını göstermektedir⁷³³.

ABAD’ın Resital 42 ye ve Resital 42’deki “pasiflik” kriterine vurgu yapmadan (Google France kararının aksine) “tarafsızlık” vurgusuna odaklandığı görülmektedir. Bu şekilde, ABAD, barındırma sağlayıcılarına nefes alacak bir alan sağlamak için tarafsızlık tanımını gevşeterek⁷³⁴, tarafsızlığın aracıdan tam bir pasiflik talep etmediğini göstermektedir⁷³⁵.

⁷²⁹ C-324/09 –L’Oreal, paragraf 111.

⁷³⁰ C-324/09 –L’Oreal, paragraf 112.

⁷³¹ C-324/09 –L’Oreal, paragraf 113.

⁷³² C-324/09 –L’Oreal, paragraf 115.

⁷³³ C-324/09 –L’Oreal, paragraf 116.

⁷³⁴ Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 47.

⁷³⁵ Synodinou’dan aktaran Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 47.

Ayrıca, ABAD, eBay'in söz konusu satış teklifleriyle ilgili olarak aktif bir rol oynayıp oynamadığını incelemenin sevk eden mahkemenin görevi olduğu⁷³⁶; sevk eden mahkemenin, eBay'in aktif bir rol oynamadığı sonucuna varması halinde, eBay'in, sorumluluktan muafiyet durumunun EC Direktifi'nin 14(1) Maddesinin (a) ve (b) bentleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷³⁷. Her ne kadar ABAD buna karar vermenin ulusal mahkemenin görevi olduğunu belirtse de, eBay'in müşteri ve satıcılar tarafından girilen verileri işlediğinin açık olduğunu, satışların eBay tarafından belirlenen şartlara uygun olarak gerçekleştirildiğini, bazı durumlarda, eBay'in ayrıca belirli satış tekliflerini optimize etmeye veya tanıtmaya yönelik yardım da sağladığını ifade ederek⁷³⁸ eBay'in aktif bir rol oynadığını zaten ima etmektedir.

Dolayısıyla ABAD, bilgi toplumu hizmetlerinin özellikle elektronik ticaret ile ilgili olduğunu, satıcılar ve alıcıları arasındaki ilişkileri kolaylaştırmaktan oluşan bir internet hizmetinin (çevrimiçi pazar yeri faaliyeti) "bilgi toplumu hizmeti" unsurlarını⁷³⁹ temin edebileceğini⁷⁴⁰ ifade ederek bu hizmetin, EC Direktifin amaçlarına uygun bir hizmet olması nedeniyle⁷⁴¹ prensipte bir bilgi toplumu hizmeti olduğunu onaylasa da⁷⁴², sorumluluktan muafiyet sınırının hangi noktada aşıldığını da göstermektedir.

L'Oréal eBay kararında, ABAD ayrıca, eBay hakkında, gelecekteki fikri mülkiyet ihlallerini önlemesi için bir ihtiyati tedbir kararı verilip verilemeyeceğini de değerlendirmiştir. Mahkeme, bu tedbirlerin, müşterilerin her birinin tüm verilerinin aktif bir şekilde izlenmesinden oluşamayacağını, genel bir izleme yükümlülüğünün, Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkındaki Direktif

⁷³⁶ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 117.

⁷³⁷ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 118.

⁷³⁸ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 114.

⁷³⁹ i) hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine, ii) normalde ücret karşılığında iii) verilerin işlenmesi ve saklanması için elektronik ekipman aracılığıyla hizmetin uzaktan sağlanması.

⁷⁴⁰ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 109.

⁷⁴¹ C-324/09 –L'Oreal, paragraf 109.

⁷⁴² Angelopoulos, "European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis", ss. 45–46.

(Uygulama Direktifi)⁷⁴³ madde 3⁷⁴⁴,teki tedbirlerin adil ve orantılı olması ve fazlasıyla maliyetli olmaması hükmüyle uyumlu olmayacağını⁷⁴⁵; ilgili maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, tedbir kararı veren mahkemenin, konulan tedbirlerin meşru ticarete engel oluşturmamasını sağlamasını⁷⁴⁶; bu kısıtlamalara rağmen, online pazaryeri işletmecisi, aynı satıcı tarafından aynı ticari markalarla ilgili gerçekleştirilen gelecekteki bu tür başka ihlalleri önlemek için faili kendi inisiyatifıyla durdurmaya karar vermezse (failin hesabını askıya almazsa), sağlayıcıya karşı hem etkili hem de orantılı bir ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini belirtmiştir⁷⁴⁷.

Dolayısıyla bir çevrimiçi aracının, sadece belirli bir ihlali sona erdirmek ve/veya bireysel bir failin kimliğinin tespitini kolaylaştırmaya yönelik özel önlemleri alması talep edilebilmektedir⁷⁴⁸. İlgili karardan, sadece mevcut ihlaller için değil geleceğe yönelik ihlallerin engellenmesi için de tedbir alınmasını gerektirecek ihtiyati tedbir kararlarında, ticari faaliyetlerin elbette bir anlamda bazı külfetlere katlanmasının gerekli olduğu ancak bu külfette meşru ticareti sekteye uğratmayacak ölçüdeki tedbirlerin benimsendiği görülmektedir.

Kısacası, ABAD L'Oréal davasında çevrimiçi pazar yeri sağlayıcılarına yönelik, aynı satıcı tarafından gelecekteki aynı fikri mülkiyet ihlallerini önlemek için i) bu tedbirin etkili ve orantılı olması, ii) tedbirlerin ilgili haklar ve menfaatler arasında adil bir denge kurması, iii) tedbirin aşırı maliyetli olmaması, iv) sağlayıcının müşterilerinin her birinin tüm verilerinin aktif olarak izlemesini

⁷⁴³ Fikri mülkiyet haklarının uygulanması hakkındaki 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/48/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi. Directive 2004/48/EC of The European Parliament and of The Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights. Orijinal metin için bkz. <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/48/corrigendum/2004-06-02/oj>.

⁷⁴⁴ Uygulama Direktifi' nin 3. maddesi ihtiyati tedbirine ilişkin ilkeleri düzenler. Buna göre, bir tedbir kararı, maliyetli, haksız veya suiistimale açık olmamak kaydıyla amacına ulaşmada etkili olacaktır. Bunlar, üye devletlerin mahkemelerinin aracılara makul olmayan ve orantısız yük bindirmelerini önlemek için bir aracıya karşı yapılan ihtiyati tedbir taleplerini değerlendirirken göz önünde bulundurması gereken asgari standartlardır.

⁷⁴⁵ C-324/09 - L'Oréal, paragraf 139.

⁷⁴⁶ C-324/09 - L'Oréal, paragraf 140.

⁷⁴⁷ C-324/09 - L'Oréal, paragraf 141.

⁷⁴⁸ Barata vd., s. 11.

gerektirmemesi şartıyla, ihtiyati tedbir kararı verilebileceğine karar vermiştir⁷⁴⁹. Ancak buna rağmen, ABAD'ın L'Oréal kararında, aralarında denge kurulması gereken ilgili hakları tanımlamaktan, dengeleme gerekçelerinin ayrıntılı bir dökümünü sunmaktan kaçınarak taraflar arasındaki 'adil denge'nin nasıl sağlanacağına dair bir yönerge sunmadığı görülmektedir⁷⁵⁰.

IV. ABAD Sabam Netlog Kararı (C-360/10, 2012)

Sosyal ağ platformları hakkındaki ihtilafların sıklıkla bunların birer yer sağlayıcı olarak mı yoksa yayıncı olarak mı kabul edilmesi gerektiğinden doğduğu görülmektedir.

Kimi zaman kullanıcılar tarafından oluşturulan kişisel sayfaları barındırmalarından ötürü bir yer sağlayıcı olarak kabul edilip kullanıcı kaynaklı ihlallerden sorumlu tutulmamışken, kimi zaman ise kullanıcıların kendi kişisel sayfalarını oluşturmalarını sağlayacak şablonları sağlamaları, kullanıcıların kişisel sayfaları üzerinden reklam hizmeti sunmaları nedeniyle barındırmanın ötesinde faaliyet gösterdikleri, veriler üzerinde editoryal kontrol sağlayan bir yayıncı gibi hareket ettiklerine hükmedilmiştir.

2012 tarihli SABAM v Netlog kararı ile ABAD, çevrimiçi sosyal ağ platformlarının faaliyetlerinin hangi şartlar altında EC Direktifi Madde 14 kapsamında "barındırma faaliyeti" olarak kabul edilebileceğine açıklık getirmiştir⁷⁵¹. İlgili kararda ayrıca, genel izleme yasağına aykırı ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin değerlendirmeler de yer almaktadır⁷⁵².

⁷⁴⁹ Hoffmann ve Gasparotti, s. 14.

⁷⁵⁰ Angelopoulos ve Smet, s. 9.

⁷⁵¹ European Commission, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, s. 170.

⁷⁵² SABAM v Netlog (C-360/10) kararı gibi Scarlet v SABAM (C-70/10) kararında da ABAD, filtreleme teknolojisinin uygulanmasını emreden ulusal mahkeme kararını incelemektedir. Her ne kadar Scarlet kararı bir erişim hizmet sağlayıcı, Netlog kararı ise bir barındırma hizmet sağlayıcısına yönelik olsa da ABAD, hizmet sağlayıcılar arasındaki teknik farkı ayrıca incelememiştir. Bkz.

Kullanıcılarının kişisel bir profil edinebilecekleri bir çevrimiçi sosyal ağ platformu sağlayan Netlog ile bir meslek birliği olan SABAM arasındaki davada, SABAM, Netlog kullanıcılarının kendi repertuarındaki eserleri diğer kullanıcıların izinsiz ve ücret ödemediği erişebilmeleri için kamuya açık hale getirdiğini iddia ederek bu haksız uygulamanın durdurulması talebinde bulunmuştur⁷⁵³.

ABAD, Netlog'u, kullanıcıları tarafından profilleriyle ilgili bilgileri sunucularında barındırmasından ötürü EC Direktifin Madde 14 anlamında bir barındırma hizmet sağlayıcısı olarak nitelendirmiştir⁷⁵⁴.

İlgili dava ABAD'ın önüne gelmeden önce, ulusal mahkeme (Brüksel), EC Direktifin Resital 40'a⁷⁵⁵ atıf yaparak Direktifin sorumlulukla ilgili hükümlerinin teknik gözetim araçlarının geliştirilmesi ve kullanılmasını engellemediğini, filtreleme uygulamasının genel izleme manasına gelmediğini ileri sürerek, gelecekteki ihlalleri engellemeleri için Netlog'un özel bir filtreleme yazılımı kullanmasını emretmiştir⁷⁵⁶.

Ancak ABAD, telif hakkıyla korunan eserleri içeren elektronik dosyaların, bu eserlerin telif hakkını ihlal ederek kamuya açık hale getirilmesini önlemek amacıyla, bir önleyici tedbir olarak, masrafları barındırma sağlayıcısına yüklenerek, tüm kullanıcılar için ayırım gözetmeksizin geçerli olan ve sınırsız bir süre boyunca uygulanan bir filtreleme sisteminin kurulmasını, ulusal mahkemelerin bir ihtiyati tedbir kararıyla barındırma sağlayıcılarına yükleyemeyeceğine karar vermiştir⁷⁵⁷.

Yusufoğlu Bilgin, s. 163. Dolayısıyla, iki karardaki ulusal mahkemelerce hükmedilen ihtiyati tedbir kararlarına yönelik değerlendirmeler aynı doğrultuda yapılmıştır.

⁷⁵³ Hoffmann ve Gasparotti, ss. 14–15.

⁷⁵⁴ C-360/10 - Netlog, paragraf 27.

⁷⁵⁵ Resital 40' ta, "Bu Direktif, hukuka aykırı bilgilerin kaldırılması ve erişimin engellenmesi için hızlı ve güvenilir prosedürlerin geliştirilmeye yönelik uygun temeli oluşturmalıdır; bu tür mekanizmalar, ilgili tüm taraflar arasındaki gönüllü anlaşmalar temelinde geliştirilebilir ve üye devletler tarafından teşvik edilmelidir; bu tür prosedürleri benimsemek ve uygulamak bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanmasında yer alan tüm tarafların çıkarıdır." hükmü yer almaktadır.

⁷⁵⁶ European Commission, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, ss. 49–50.

⁷⁵⁷ C-360/10 - Netlog, paragraf 53.

Gelecekte herhangi bir telif hakkı ihlalini önlemek için talep edilen bu filtreleme sisteminin, tüm kullanıcılara ilişkin tüm verilerin aktif olarak izlemeyi gerektirdiği, bunun genel izlemeyi zorunlu kıldığı ve bu nedenle EC Direktifin Madde 15(1) uyarınca yasak olduğu belirtilmiştir⁷⁵⁸.

Ulusal mahkeme tarafından verilen filtreleme sisteminin kurulmasına yönelik kararın kapsamı, süre yönünden (“...sınırsız bir süre için...”), konu yönünden (“...hem gelen hem de giden tüm elektronik iletişim...”) ve kişi yönünden (“...tüm müşteriler için...”) olmak üzere üç farklı açıdan çok genel bulunmuştur⁷⁵⁹. Genel filtrelemeye ilişkin tespitlerin yer aldığı bu kararda ABAD, dar filtreleme yükümlülüklerinin getirilmesini engellememiştir⁷⁶⁰.

Dolayısıyla ABAD’ın ihtilaflı tedbiri, adil bir denge sağlayamayacağına dayanarak reddetmesinin ardında, ulusal mahkemeler tarafından talep edilen filtreleme sisteminin, aracının tüm kullanıcıların kişisel verilerinin sistematik analizini gerektirmesinin yanı sıra, sistemin karmaşık doğasının aracının iş modeline maliyetli ve kalıcı yükler getirmesi ve telif hakkı yasasının karmaşık doğası göz önüne alındığında, yasal ve hukuka aykırı içerik arasında yeterince ayırım yapamayacağı riskini taşıması da yer almaktadır⁷⁶¹.

ABAD tarafından, bu sistemin hukuka aykırı içerik ile yasal içerik arasında yeterince ayırım yapamayabileceği ve bu durumun yasal iletişimlerin engellenmesine yol açabileceği, bu nedenle ihtiyati tedbirin, potansiyel olarak bilgi edinme özgürlüğünü baltalayabileceği, bir iletişimin yasal olup olmadığının, bir üye devletten diğerine değişen telif haklarına ilişkin yasal istisnalara da bağlı olduğu, bazı üye devletlerde belirli eserlerin kamu malı kapsamına girebildiği veya eser sahipleri tarafından çevrimiçi ücretsiz olarak yayınlanabildiği belirtilmiştir⁷⁶².

⁷⁵⁸ C-360/10 - Netlog, paragraf 38.

⁷⁵⁹ C-360/10 - Netlog, paragraf 53-59 ve 106.

⁷⁶⁰ Madiega’dan aktaran Yusufoglu Bilgin, s. 171.

⁷⁶¹ Angelopoulos ve Smet, s. 6.

⁷⁶² C-360/10 - Netlog, paragraf 50.

ABAD Netlog’da ihtiyati tedbir kararlarına yönelik yaptığı değerlendirmede L’oreal kararına göre daha somut yönergeler sunmasına rağmen çatışan hakların sadece birbirleri üzerindeki etkisini ele almakla yetindiği, bunlar arasında “adil denge”nin nasıl sağlanması gerektiğini açıklamaktan kaçındığı görülmektedir⁷⁶³.

V. ABAD Papasavvas Kararı (Case C-291/13, 2014)

Bilgi toplumu hizmetlerinin kural olarak ücret karşılığında sağlanması nedeniyle bilgi toplumu hizmetinin ücret karşılığı sağlanmadığı durumlarda bazı belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. “Reklamlar tarafından desteklenen faaliyetler”in, “tamamen ücretsiz modeller”in (örneğin Wikipedia) ve “freemium modelleri” (bir başka deyişle, kullanıcıların bir hizmetten ücretsiz yararlandığında yalnızca bazılarının ücret ödediği) için geçerli olup olmadığı açık değildir⁷⁶⁴.

Bilgi toplumu hizmetlerinin ücretinin hizmet alıcıları tarafından karşılanmadığı durumlarda ABAD’ın Papasavvas (Case C-291/13) kararı yol göstericidir.

ABAD, 2014 tarihli Papasavvas kararında, Bay Papasavvas’ın, gazetelerin çevrimiçi versiyonlarının yayımlandığı bir portaldeki bazı yayınların, kendisine hakaret unsuru taşıdığı iddiası üzerine, haber portalı yayıncılarının (gazete şirketi olan O Fileleftheros Dimosia Etaireia, gazetenin genel yayın yönetmeni ile gazetecisi) sorumluluğunu değerlendirmiştir⁷⁶⁵.

Davayı ABAD’a sevk eden yerel mahkeme, EC Direktifi Madde 2(a)’nın, “bilgi toplumu hizmetleri”nin, hizmetin alıcısı tarafından değil, bir web sitesinde yayınlanan reklamlardan elde edilen gelirle ücretlendirildiği durumları kapsayıp

⁷⁶³ Angelopoulos ve Smet, s. 9.

⁷⁶⁴ Madiega, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, s. 4.

⁷⁶⁵ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 17.

kapsamadığı hakkında görüş talep etmiştir⁷⁶⁶. ABAD, ücretin mutlaka hizmetin alıcısı tarafından sağlanmasının Resital 18’de açıkça şart koşulmadığını, bir ekonomik faaliyeti temsil ettiği sürece, bilgi toplumu hizmetlerinin, hizmetin alıcıları tarafından ödenmeyen hizmetleri de kapsadığını⁷⁶⁷ ve bu yorumun TFEU’nun 57. maddesi⁷⁶⁸ bağlamındaki 'hizmetler' in sağlandıkları kişiler tarafından ödenmesini gerektirmediği ile de paralel olduğu⁷⁶⁹ sonucuna varmıştır.

Sayılanlar ışığında, ABAD, EC Direktifi Madde 2(a)’daki “bilgi toplumu hizmetleri”nin, hizmet sağlayıcının alıcıdan değil, bir web sitesinde yayınlanan reklamlardan elde edilen gelirle ücretlendirildiği durumları da kapsadığı⁷⁷⁰ hükmüne varmıştır.

Bu davada, ABAD, gazetelerin çevrimiçi versiyonlarının yayınlandığı portalin, yayınladığı yayınlar hakkında bilgi ve kontrol sahibi olmasından ötürü EC Direktifi 12 ila 14. Maddeleri kapsamında “aracı hizmet sağlayıcı” olarak nitelenemeyeceğine⁷⁷¹ ve bu nedenle EC Direktifi’nin 12 ila 14. maddelerinde belirtilen hukuki sorumluluk sınırlamalarının, çevrimiçi gazetelerin yayınlandığı bir web sitesini işleten gazete yayıncılık şirketi için geçerli olmadığına⁷⁷² karar vermiştir.

AB’nin bu kararı, ABD yaklaşımı ile kıyaslandığında, ABD mahkemelerinin bir editoryal kontrol yapmamaları halinde tartışma forumlarını,

⁷⁶⁶ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 26.

⁷⁶⁷ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 28.

⁷⁶⁸ TFEU’nun 57 nci maddesi, TFEU çerçevesinde kabul edilen hizmetlerin, normal olarak ücret karşılığında sağlanması gerektiğini beyan etse de, ABAD, Bond van Adverteerders v The Netherlands State kararıyla (C-352/85), bunun, hizmet bedelinin hizmetin yapıldığı kişiler tarafından ödenmesi gerektiği anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Papasavvas kararında bu yorum, özellikle “bilgi toplumu hizmetleri” açısından doğrulanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Angelopoulos, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis”, s. 45.

⁷⁶⁹ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 29.

⁷⁷⁰ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 30.

⁷⁷¹ C-291/13 - Papasavvas, paragraf 45.

⁷⁷² C-291/13 - Papasavvas, paragraf 46.

barındırma hizmeti sağlayıcısına benzettiği kararlara rastlanmaktadır⁷⁷³. Hizmet sağlayıcının iftira teşkil eden içerikten ötürü sorumluluğunun değerlendirildiği ilk davalardan biri olan ABD’deki 1991 tarihli Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc davasında, editoryal kontrole sahip olmadığına karar verilen hizmet sağlayıcının işlevi, bir yayıncıdan çok bir kitapçıya gibi bir bilgi dağıtıcısına benzetilmiştir⁷⁷⁴.

VI. ABAD Mc Fadden Kararı (C-484/14, 2016)

Bilgi toplumu hizmetlerinin ücretinin hizmet alıcıları tarafından karşılanmadığı durumlarda ABAD’ın bir diğer yol gösterici kararı 2016 tarihli Mc Fadden davasından gelmektedir.

Mc Fadden davasında, aydınlatma ve ses sistemleri satan ve kiralayan bir işletme işleten Bay Mc Fadden⁷⁷⁵, kendi iş yerinin yakınında kablosuz bir yerel ağa ücretsiz olarak anonim erişim sağlamış, bu internet erişimini sağlamak için bir telekomünikasyon işletmesinin hizmetlerini kullanmış, yakınlarında bulunan mağazaların müşterilerini, civardan geçenleri ve iş yerindeki komşuların dikkatini kendi işletmesine çekmek için ağa erişimi kasten şifre ile korumamıştır⁷⁷⁶. Sony Music’in fonogram yapımcısı olduğu bir eserin⁷⁷⁷, bu ağ üzerinden izinsiz olarak kamuya açık hale getirilmesi üzerine, kablosuz yerel ağı işleten Bay Mc Fadden’ın telif hakkı ihlaliinden sorumlu olup olmadığı incelenmiştir.

Mc Fadden kendisinin bu ihlali gerçekleştiren taraf olmadığını ancak ihlalin kendi ağ kullanıcılarından biri tarafından yapılmış olabileceğini ileri sürmüştür⁷⁷⁸.

⁷⁷³ Castets-Renard’ den aktaran Yasaman, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law”, s. 478.

⁷⁷⁴ Carlson, s. 846.

⁷⁷⁵ C-484/14 - McFadden, paragraf 22.

⁷⁷⁶ C-484/14 - McFadden, paragraf 23.

⁷⁷⁷ C-484/14 - McFadden, paragraf 26.

⁷⁷⁸ C-484/14 - McFadden, paragraf 25.

ABAD, Mc Fadden'ın işlettiği gibi, kablosuz bir yerel ağı, sağlayıcının kendi mal veya hizmetlerinin reklamını yapmak amacıyla ücretsiz olarak sağlandığı hallerde, (ücretsiz sağlanan) hizmetin maliyetinin aslında reklamı yapılan mal veya hizmetlerin fiyatına dahil edilmiş olduğunu⁷⁷⁹ kabul ederek bunun bir bilgi toplumu hizmeti olduğuna karar vermiştir.

ABAD, hukuka aykırılığın engellenmesi için erişim sağlayıcı Mc Fadden'in, bütün içerikleri izlemesinden ziyade, kablosuz ağı parolayla korunmasının uygun bir ihtiyati tedbir olacağını ifade etmiştir⁷⁸⁰.

VII. ABAD Uber İspanya (C-434/15, 2017) ile Uber Fransa (C-320/1, 2018) Kararları

AB belgelerinde “sharing economy/collaborative economy” olarak adlandırılan “Paylaşım ekonomisi (ya da işbirlikçi ekonomi); faaliyetlerin, özel hukuk kişilerine mal veya hizmetlerini geçici sürelerle kullanıma sunmaları için, açık pazaryeri sağlayan paylaşım platformları tarafından kolaylaştırıldığı iş modelleri olarak tanımlanmaktadır⁷⁸¹. Paylaşım ekonomisi modeli kapsamında çevrimiçi platformlar, profesyonel hizmet sunucularının yanı sıra profesyonel olmayan kişilerin de potansiyel müşterilere ulaşmasına aracılık etmektedir⁷⁸².

Özellikle iş birlikçi ekonomi alanında, uzaktan sunulan çevrimiçi hizmetler ile genellikle çevrimdışı olarak sunulan temel hizmetler arasındaki sınır her zaman belirgin olmamaktadır. Bu hizmetlerin ayrıştırılması, çevrimiçi hizmetlerin EC Direktifin kapsamına ve temel hizmetlerin sektöre özel kurallar veya yatay AB yasal düzenlemeleri kapsamına girebilmesi açısından önem arz etmektedir⁷⁸³.

⁷⁷⁹ C-484/14 - McFadden, paragraf 42.

⁷⁸⁰ Yusufoglu Bilgin, s. 172.

⁷⁸¹ Oğuz, s. 7, dpn.6.

⁷⁸² Şeker, s. 120.

⁷⁸³ European Commission, *DSA Impact Assessment, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1*, par. 110.

EC Direktifin özellikle iş birlikçi ekonomi hizmetleri (AirBNB, Uber) gibi yeni hizmetlere uygulanması oldukça karmaşıktır. Çünkü bu hizmet sağlayıcıların giderek daha fazla ilişkili, örtüşen ve yan hizmetler sunması, bu yapıların “aktif” sağlayıcı olarak nitelendirilme riskini artırmaktadır⁷⁸⁴.

Ulusal yasaların, şehir içi taksi hizmetleri sağlayıcıları için Uber'in sahip olmadığı bir idari lisans gerektirdiği durumda, Uber tarafından sağlanan hizmetin sadece bir ulaşım hizmeti mi yoksa bir bilgi toplumu hizmeti olarak mı sınıflandırılmasına dair ABAD'ın 2017 tarihli Uber İspanya (C-434/15) kararı ile 2018 tarihli Uber Fransa (C-320/1) kararları rehberlik sunmaktadır.

Uber İspanya ve Uber Fransa davalarında ABAD, Uber tarafından sunulan aracılık hizmetinin, ana bileşeni bir ulaşım hizmeti olan genel bir hizmetin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğuna ve buna göre bir bilgi toplumu hizmeti olarak değil, bir ulaşım hizmeti olarak sınıflandırılmasına⁷⁸⁵ ve bu nedenle EC Direktifin bu şekildeki hizmet için geçerli olmadığına⁷⁸⁶ karar vermiştir.

Bu doğrultuda Uber tarafından sağlanan hizmet, TFEU Madde 56, 2006/123 Hizmetler Direktifi ve EC Direktifi kapsamı dışında kalan TFEU Madde 58(1) anlamında “ulaşım alanında bir hizmet” olarak sınıflandırılmıştır⁷⁸⁷.

Mahkeme kararına göre Uber, araçların kalitesini kontrol ederek, ücreti veya minimum güvenlik standartlarını belirleyerek, ulaşım hizmetinin sağlandığı koşullar üzerinde belirleyici bir etki yaratmış ve sürücüler tarafından kullanılmadığı takdirde ulaşım hizmetinin gerçekleştirilemeyeceği bir uygulama sağlamıştır⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Hoffmann ve Gasparotti, s. 33.

⁷⁸⁵ Case C-434/15 - Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain paragraf 40; Case C-320/16 -Uber France, paragraf. 22.

⁷⁸⁶ Case C-434/15 - Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain paragraf 42.

⁷⁸⁷ Hoffmann ve Gasparotti, s. 13.

⁷⁸⁸ Case C-434/15 - Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain, paragraf 39; Case C-320/16 -Uber France, paragraf. 21.

Dolayısıyla ABAD, ana hizmetin ne olduğunu tespit ettikten sonra eklentileri belirleyerek, Uber'in sağladığı uygulama üzerinden yaptığı çevrimiçi aracılığın yalnızca bir eklenti (tali) unsur olduğuna karar vermiştir⁷⁸⁹. Bu durumda, farklı nitelikteki genel bir hizmetin ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve aracı vasfını taşımayan hizmetler, EC Direktifin güvenli liman korumalarından yararlanamamakta ve sorumluluk meselesinin ilgili ulusal hukuk çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir⁷⁹⁰.

VIII. ABAD Airbnb İrlanda Kararı (C-390/18, 2019)

ABAD, Uber'den farklı bir iş modeline sahip Airbnb ile ilgili olarak 2019 tarihli kararında da aynı yaklaşım ve kriterleri uygulayarak, Airbnb'nin barındırma hizmetlerinin sağlandığı koşullar üzerinde belirleyici bir etkisi olmadığına karar vermiştir. Airbnb tarafından sağlanan çevrimiçi aracılığı, konaklama işleminin kendisinden ayrılabilen bir hizmet olarak kabul etmiş, bunu ana hizmetin ayrılmaz bir parçası olarak görmemiştir⁷⁹¹.

Aracılık hizmeti sonraki konaklama hizmetleriyle ilgili olmasına rağmen konaklama hizmetinden farklı ve mülk işleminden ayrılabilir olduğu, konaklama hizmetlerinin sağlanması için hiçbir şekilde vazgeçilmez olmadığı, Airbnb tarafından sağlanan aracılık hizmetiyle konaklama hizmeti arasındaki ilişkinin, Airbnb'nin bir bilgi toplumu hizmeti olarak sınıflandırılmasını engellemeyi haklı çıkarmayacağına karar verilmiştir.⁷⁹²

⁷⁸⁹ de Streel ve Husovec, s. 19.

⁷⁹⁰ van Hoboken vd., s. 31.

⁷⁹¹ de Streel ve Husovec, s. 19.

⁷⁹² Yeni pazar yaratma kriteri bakımından Airbnb kararı ile Uber kararları arasındaki ayrımı ikna edici bulmayan görüşler de mevcuttur. Bu anlayışa göre, Uber'in sürücüler ile yolcuları bir araya getirmek suretiyle aracı olduğu hizmetin diğer taksi hizmetlerinden ayrılması bakımından daha güçlü bir etkisi olduğu açık olsa da Airbnb'nin sunduğu mekanizmanın yeni bir konaklama pazarı açmış olabileceğine karşın Airbnb üzerinden sağlanan hizmetlerin ne oranda profesyonel emlak aracılığı hizmetleri ile örtüştüğüne ilişkin somut bir veri bulunmadığı ve “yeni pazar yaratma” kriterinin çevrimiçi aracılık hizmetlerinde kesin olarak belirlenmesinin zor olduğu değerlendirilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. Şeker, ss. 137–39.

Uber'den farklı olarak Airbnb, konaklama hizmetlerinin sağlanmasına ilişkin koşullar üzerinde belirleyici bir etki göstermediği ve özellikle, ücretlendirilen konaklama bedelini belirlemediği, platformundaki konaklama sağlayıcılarını veya konaklama için sunulan yerleri seçmediği, bu gerekçelerden ötürü, Airbnb tarafından sunulan aracılık hizmetinin, bir bilgi toplumu hizmeti niteliğinde olduğu ve EC Direktifi kapsamına girdiği sonucuna varılmıştır⁷⁹³.

Aracılık hizmetinin bir bilgi toplumu hizmeti olarak değerlendirilmesi halinde EC Direktifi ve 2015/1535 sayılı Direktiflerin devreye girmesi, bilgi toplumu hizmetlerinin alıcı ve sağlayıcıları bakımından, kurucu antlaşmalar ve Hizmetler Direktifi'ne göre, bilgi toplumu hizmeti sağlayıcılarının menşe ülke ilkesine tabi olması, sorumluluklarının sınırlandırılması ve izin prosedürü yasağı bakımından daha avantajlı bir pozisyon yaratmaktadır⁷⁹⁴.

IX. ABAD Piesczek Facebook Kararı (C-18/18, 2019)

Eva Piesczek v Facebook davasında (C-18/18) davasında ABAD, fikri mülkiyet ihlalleri dışındaki ihtilaflı ihtiyati tedbir kararlarının EC Direktifi kapsamındaki genel izleme yasağı uyarınca ele almıştır.

Davada, bir Facebook kullanıcısının, herhangi bir kullanıcı tarafından erişilebilir olan kendi kişisel sayfasında Avusturyalı politikacı Glawischnig-Piesczek'e yönelik hakaret ve karalama içeren yazı ve yorum yayınlaması üzerine, Facebook hakkında belirli hukuka aykırı bilgileri yayınlama ve/veya yaymayı engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı verilip verilemeyeceği, bu kararın, aynı ifadeleri ya da eşdeğer içerikleri de kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceği; EC Direktifin Madde 15(1) in, buna engel teşkil edip etmediği; sağlayıcının yükümlülüğünün aynı kullanıcı tarafından yayınlanan bilgilerle mi sınırlı olduğu, yoksa diğer kullanıcılar tarafından yayınlanan bilgilere de genişletilip

⁷⁹³ Hoffmann ve Gasparotti, s. 13.

⁷⁹⁴ Şeker, s. 139.

genişletilemeyeceği sorulmuştur. Dolayısıyla ABAD'dan EC Direktifi kapsamında bir barındırma sağlayıcıya yüklenebilecek yükümlölüklerin kapsamının netleştirmesi istenmiřtir⁷⁹⁵.

ABAD, Madde 15 in, bir ulusal mahkemenin, Facebook gibi bir barındırma sağlayıcısına, daha önce hukuka aykırı ilan edilen bilgilerle aynı içeriğe sahip bilgileri (ister hukuka aykırı bilgileri ilk sağlayan kullanıcı tarafından ister üçüncü bir kişi tarafından olsun, bu bilgileri sağlayanın kim olduğuna bakmaksızın) kaldırma ve/veya erişimi engelleme yönünde karar vermesini engellemediğini ifade etmiřtir⁷⁹⁶.

İhtiyati tedbirde tanımlanmış olan bilgilerle biraz farklı ifadelere sahip olmasına rağmen yine de buna muadil olan bilgiler hakkında ise, bunun sadece esaslı bir değişiklik olmaksızın orijinal hukuka aykırı bilgilerle aynı belirli unsurları içerdiiği, muadil içerikteki farklılıkların, barındırma sağlayıcısının otomatik arama araçlarını ve teknolojilerini kullanabilmesi mümkün kılan ve bu içeriğin bağımsız bir değerlendirmesini yapmak zorunda kalmadığı, farklılığın belirginlik kazanmadığı durumlarla sınırlı olduğu sonucuna varılmıştır⁷⁹⁷.

Kararın kapsamına “özdeş veya eşdeğer” bilgilerin alınmasının nedeni, bunlar için insan eliyle herhangi bir ek değerlendirme yapılmasının gerekli olmamasına bağlanmıştır⁷⁹⁸. Bu durum ise ABAD’ın önemli bir hata oranı olmaksızın otomatikleştirilebilen ihlal türleri ile otomatikleştirilemeyen ihlal türleri arasında bir ayrım yaptığını göstermektedir⁷⁹⁹. Dolayısıyla yer sağlayıcıya tekrar bağımsız bir değerlendirme yapma yükümlölüğü getirmeyen, otomatik arama

⁷⁹⁵ Madiega, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, s. 7.

⁷⁹⁶ Hoffmann ve Gasparotti, ss. 15–16.

⁷⁹⁷ Hoffmann ve Gasparotti, ss. 15–16.

⁷⁹⁸ Peukert vd., s. 368.

⁷⁹⁹ Peukert vd., s. 368.

araçlarıyla tespiti mümkün olan muadil ifadelerin ihtiyati tedbir kararında açık bir şekilde belirtilmesi şartıyla bunlara yönelik de tedbir uygulanabilmektedir⁸⁰⁰.

Özetle, barındırma sağlayıcılarına, yalnızca belirli hukuka aykırı bilgileri değil, aynı zamanda, mahkeme tarafından saptanmış belirli unsurları içeren, esaslı bir değişiklik olmaksızın gelecekteki eşdeğer içeriği barındıran bilgileri kaldırmaları emredilebileceği sonucuna varılmıştır. Bir diğer deyişle bir platformun kullanıcıları tarafından yüklenen içeriğin ex ante engellenmesinin tek kabul edilebilir gerekçesi olarak içeriğin halihazırda mahkeme kararı ile hukuka aykırı olduğuna karar verilmesi veya baştan beri içeriğin hukuka aykırı olduğunun açıkça bariz olması görülmüştür⁸⁰¹. Kararla eşdeğer içeriği barındıran gelecekteki bilgilerin de engellenebileceği hükmüne varılması nedeniyle, kararın, içeriği proaktif olarak izlemeye kapı açtığı ileri sürülmektedir⁸⁰².

Diğer yandan, bu karar ile aynı veya eşdeğer (identical or equivalent) içeriğin ex ante filtrelenmesinin yasal bulunmasının, kabul edilebilir özel filtreleme önlemlerinin kapsamını genişlettiği ancak bunun genel bir izleme yükümlülüğüne neden olmayacağı ifade edilmektedir⁸⁰³.

ABAD'ın yerleşik içtihatlarına rağmen, üye devletlerin ulusal mahkemeleri, ABAD kararları ile bariz çelişki oluşturacak şekilde barındırma hizmet sağlayıcıları için proaktif izleme yükümlülüklerini uyguladığı görülmektedir⁸⁰⁴.

Almanya'da mahkemeler ve birçok akademisyen, gelecekte yalnızca aynı değil, benzer olabilecek ihlalleri tespit etme yükümlülüğünün genel bir izleme yükümlülüğü değil, EC Direktifi tarafından izin verilen özel bir izleme yükümlülüğü

⁸⁰⁰ C-18/18 Facebook Kararı, paragraf 45-46'dan çeviren Yusufoglu Bilgin, s. 170.

⁸⁰¹ Peukert vd., s. 368.

⁸⁰² Madiaga, "Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis", s. 7.

⁸⁰³ Peukert vd., s. 368.

⁸⁰⁴ Frosio ve Mendis, s. 551.

oluşturduğu görüşünü benimsemektedir⁸⁰⁵. Bu farklılık, izlemenin amacı (belirli ihlallerin tespit edilmesi için yapılma) ile izlemeye konu olan şeyin (içeriğin tamamı) farklı şekilde yorumlanmasından kaynaklanıyor gibi görünmektedir⁸⁰⁶.

X. AİHM Delfi Estonya ile MTE Macaristan Kararları

Aracılık sorumluluğu meselesinin AİHM perspektifinden ele alındığı iki önemli karar ise Delfi v Estonya ile MTE v Macaristan davalarından gelmektedir⁸⁰⁷.

Her iki dava da ABAD kararlarının odaklandığı gibi fikri mülkiyet haklarının ihlaliyle ilgili olmayıp, çevrimiçi haber platformları tarafından yayınlanan haber metinlerinin altındaki anonim kullanıcılar tarafından yapılan, iftira niteliğinde olduğu iddia edilen yorumlar bakımından haber portallerinin sorumluluğu hakkındadır⁸⁰⁸. AİHM ilgili davalarda, haber portallerinin bu yorumlardan sorumlu olup olmadığı ve sorumluluktan kaçınmak için proaktif filtreleme gerekip gerekmediği değerlendirmesini yapmıştır.

Estonya Yüksek Mahkemesi'nin, Delfi'yi (Estonyalı bir internet haber sağlayıcısı) bir "bilgi hizmeti sağlayıcısı" yerine "içerik hizmetleri sağlayıcısı" olarak tanımlayarak, Delfi'nin EC Direktifi kapsamında sorumluluk muafiyeti iddiasını kabul etmemesi üzerine Delfi konuyu AİHM'ye taşımış ve ifade özgürlüğü kapsamında tazminat talebinde bulunmuştur.

AİHM, Delfi tarafından sağlanan çevrimiçi haber portalinde yayınlanan bir haberin altındaki açıkça hukuka aykırı nefret söylemi içeren kullanıcı yorumlarından haber portalinin sorumlu olup olmayacağı, sorumluluktan kaçınmak

⁸⁰⁵ Nordemann' dan aktaran Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 539.

⁸⁰⁶ Kuczerawy, "From 'Notice and Takedown' to 'Notice and Stay Down': Risks and Safeguards for Freedom of Expression", s. 539.

⁸⁰⁷ Angelopoulos ve Smet, s. 7.

⁸⁰⁸ Angelopoulos and Smet, s. 7.

için ağlarını izlemesi ve proaktif olarak filtreleme yapması gerekip gerekmediği ve tazminat talebini değerlendirmiştir⁸⁰⁹

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi kapsamında tanınan ifade özgürlüğü ile aynı Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca üçüncü kişilerin kişilik haklarının korunması arasında bir denge kurmuştur. Anonim kullanıcıların yorumlarına izin verildiği ve nefret söylemi veya bir iftiranın meydana gelmesinin daha yüksek bir risk oluşturduğu hallerde, profesyonel olarak yönetilen ticari bir internet haber portalinin sorumluluktan kurtulması için elindeki tüm kontrolü kullanması ve otomatik anahtar kelimeye dayalı filtreleme veya ex post bildirim ve kaldırma prosedürlerinin ötesine geçmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸¹⁰ Mahkeme, yorumların yayınlanmasındaki iktisadi çıkarı nedeniyle bir internet haber portalini operatörünü, basılı medya yayıncısı gibi bir yayıncı olarak kabul etmiş; haber portalini, açıkça hukuka aykırı içerikler bakımından kendisine bildirim yapılmasa da sorumlu tutmuştur⁸¹¹.

Bir başka deyişle, AİHM, sayılan şartların proaktif şekilde filtreleme yükümlülüğünü gerektirdiğini, nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriğinin kaldırılmasının “özel sansür” (private censorship) olarak nitelendirilemeyeceğini, kullanıcı yorumlarından dolayı internet haber portalinin tazminat ödemesinin ifade özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale niteliğinde olmadığını belirterek AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁸¹². Ancak AİHM bu görüşünü, açıkça hukuka aykırı yorumlar ile sınırlandırmıştır⁸¹³

Delfi kararında AİHM, itiraz edilen yorumları nefret söylemi ve şiddete teşvik olarak nitelendirdiği için platforma sorumluluk yükleyerek adil bir denge

⁸⁰⁹ Frosio ve Mendis, ss. 550–51.

⁸¹⁰ Frosio ve Mendis, s. 550.

⁸¹¹ Yusufoglu Bilgin, s. 126.

⁸¹² Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 184.

⁸¹³ Yusufoglu Bilgin, s. 126.

oluşturmaya çalışsa da ⁸¹⁴ platformun teknik işleyişi hakkında gerekli incelemeler yapmaksızın oto sansüre yol açacak bir karar vermesi nedeniyle eleştirilmektedir⁸¹⁵.

Ancak MTE davasında, AİHM, aksine, ihtilaflı yorumları yalnızca saldırgan olarak nitelendirmiş, araçlara bunların yayılması bakımından sorumluluk yüklemenin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁸¹⁶. MTE kararında, filtreleme talebinin "internet üzerinden bilgi verme özgürlüğünü baltalayabilecek aşırı ve uygulanamaz bir tedbir gerektirdiği" belirtilmektedir⁸¹⁷. Mahkeme, Delfi v. Estonya kararındaki katı tutumunu MTE kararı ile yumuşatmaya çalışmıştır⁸¹⁸.

Mahkemenin, hem Delfi hem de MTE davasında, çevrimiçi dünyada nefret söylemi ile mücadelenin karalamadan daha güçlü koruma mekanizmaları gerektirdiği yönündeki kanaati makul karşılanmışken, bu ihlallerle mücadele konusunda benimsenmesi gereken sistemler bakımından orantısız bir karar verdiği, nefret söylemi için ihbar ve yayından kaldırmanın yeterli görülmesinin daha doğru bir karar olacağı ileri sürülmektedir⁸¹⁹.

Hem Delfi hem de MTE davalarının, AB'nin güvenli liman rejiminin Estonya ve Macaristan mahkemeleri tarafından yanlış anlaşılmasına dayandığı, özellikle MTE kararının, Macar kanun koyucunun, EC Direktifi Madde 14'ün uygulamasını yalnızca ticari nitelikteki elektronik hizmetler, özellikle internet üzerinden yapılan satın almalar ile sınırlamış olmasından ötürü oldukça hatalı bir karar olduğu düşünülmektedir⁸²⁰.

⁸¹⁴ Angelopoulos and Smet, p. 8.

⁸¹⁵ Mehmet Bedii Kaya, "İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi", s. 185.

⁸¹⁶ Angelopoulos and Smet, p. 8.

⁸¹⁷ Angelopoulos and Smet, s. 18.

⁸¹⁸ Mehmet Bedii Kaya, "İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi", s. 186.

⁸¹⁹ Angelopoulos and Smet, s. 18.

⁸²⁰ Angelopoulos and Smet, s. 24.

Delfi kararı her ne kadar nefret söylemi söz konusu olduğunda daha sıkı tedbirler alınmasını belirgin hale getirmiş olsa da nefret söylemi ile saldırgan nitelikteki ifadeler kolaylıkla ayrıştırılamamaktadır⁸²¹. Filtreleme sistemlerinin hukuka aykırı içerik ile hukuka uygun içerik arasındaki ayrımı yapmasının zorluğu, ABAD’ın Scartlet ve Netlog kararlarında da belirginleşmiştir⁸²². Uygulamada buna ilişkin ciddi sorunların olduğu göz önünde bulundurulmalı ve sınırların net çizilemediği bir hususta tüm sorumluluğu platformlara yüklemenin yerindeliği ayrıca tartışılmalıdır⁸²³.

Hukuka aykırı içerik ile ihtilaflı içeriğin birbirinden ayrıştırılması hukuk uzmanları için bile zorlu bir değerlendirmeyi gerektirirken hukuki uzmanlığı olmayan araçlar için bu zorluk katlanarak artmaktadır⁸²⁴. Bu değerlendirmeyi yapmak üzere bir moderatör ekibine iş modelinde yer verilmesi ise güçlü bir finansman gerektirmektedir⁸²⁵.

XI. Ara Değerlendirme

2000 yılında kabul edilen EC Direktifindeki sorumluluk rejiminin Direktifin kabul edilmesinden sonra ortaya çıkan hizmet sağlayıcılar (özellikle sosyal ağ platformları, çevrimiçi pazar yerleri, iş birlikçi ekonomi platformları, arama motorları ve hyperlink) bakımından yarattığı belirsizliklerin ABAD kararları ile giderilmeye çalışılmaktadır.

ABAD’ın EC Direktifin düzenlediği sorumluluk rejimlerinin bu yapılara uygulanmasıyla ilgili verdiği farklı kararlarda, sağlayıcının sunduğu hizmet

⁸²¹ McGonagle’ dan aktaran Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 186.

⁸²² C-70/10 - Scarlet Extended, paragraf 52; C-360/10 - SABAM, paragraf 50.

⁸²³ McGonagle’ dan aktaran Mehmet Bedii Kaya, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, s. 186.

⁸²⁴ Lisl Brunner, “The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content: The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after Delfi v Estonia”, *Human Rights Law Review*, 16.1 (2016), 163–74 (s. 172) <<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv048>>.

⁸²⁵ Brunner, s. 172.

üzerinde sahip olduğu kontrol derecesini gözettiği; kontrol derecesi ne kadar düşükse, sorumluluktan muaf tutulma olasılığının arttığı görölmektedir.

ABAD kararları, her ne kadar sorumluluk rejimine ilişkin belirsizlikleri bir nebze aydınlatmaktaysa da sunulan yönergelerin, cevaplardan ziyade daha çok soruya yol açması üye devletler arasında tutarlı uygulamalar geliştirilmesini engellemektedir.

Kararların ayrıca, günümüz platformlarının tüm fonksiyonlarını değerlendirmede yetersiz kalması nedeniyle dijital ortamın ihtiyaçlarını gidermesi mümkün görünmemektedir. Bu durum hukuka aykırı içeriğin oluşumunda rolleri giderek artan sağlayıcılara yasal korumalar verirken herhangi bir yükümlölükten koruduğu için dijital ortamın güvenliğini zedelemektedir.

EC Direktifin, hukuka aykırı içeriğin yayılmasını pekiştiren bu ortamı denetim altında tutmakta yetersiz kalması nedeniyle, barındırma rolünün ötesine geçen ve teknoloji/medya yakınsamasından ortaya çıkan yapıların hibrit doğalarını daha iyi yansıtan etkili yasal çerçeveleri zaruri hale getirmektedir.

SONUÇ

İnternet teknolojilerindeki gelişmeler, ortalama bir bireye bilgi işleme gücü sağlayarak bireylerin hak ihlalinde bulunma kabiliyetini artırmıştır. Bireyin elindeki bu güç, özellikle fikri mülkiyet ile korunan eserlere yönelik ihlallerin dijital ortamda eşi benzeri görülmemiş düzeyde artışına, hak sahiplerinin ise büyük ölçekte zarara uğramasına neden olmuştur. Diğer yandan, kullanıcı ihlallerine aracılık eden hizmet sağlayıcıların, bu ihlallerden sorumlu tutulma tehdidi altında oluşu, inovasyonun gelişmesini baltayabilecek bir engel olarak görülmüştür.

Elektronik ticaretin gelişmesiyle artan ihlaller, hem dijital ortamın fikri mülkiyet korumalarını gözetecek şekilde düzenlenmesini hem de kullanıcı ihlallerine aracılık eden sağlayıcıların sorumluluktan muaf olacakları korumaları gerektirmiştir. Düzenleme öncesi dönemde, geleneksel fikri mülkiyet korumalarının dijitalle uyarlandığı mahkeme kararları, hem birbiri ile çelişki oluşturacak hem de hizmet sağlayıcılarına katı bir sorumluluk rejimi uygulayacak şekilde verilmiştir. İnovasyonu baltalayabilecek bu kararlar, bu yapıları katı içerik denetimi rejimlerinden koruyan öncül düzenlenmelerin benimsenmesi şeklinde yasal reaksiyonlara neden olmuştur.

ABD'nin görece serbest ikliminde gelişen inovasyonun AB'ye yönelmesi neticesinde farklı paydaşlar arasında ortaya çıkan gerilimi dengelemek ve bilgi toplumu hizmetlerinin üye devletler arasında serbest dolaşımını sağlamak amacıyla 2000 yılında EC Direktifi kabul edilmiştir. Hangi inovasyonun pazar bulabileceğinin bugünkü olduğu kadar belirgin olmadığı 2000'li yıllarda, EC Direktifi'nin hareket imkanını kısıtlamayacak şekilde çerçeve ve yatay bir şekilde düzenlenişi, o zamanın şartlarında makul olduğu kabul edilmektedir.

2000'li yıllardan bu yana, sadece birey değil hizmet sağlayıcıları da gelişmiş; başlangıçta bilgi paylaşımı ve çevrimiçi ticaret için yarı kamusal alanlar olarak ortaya çıkan yapılar, zamanla, güçlü ağ etkilerinden yararlanan modellere

dönüşmüştür. Hizmet sağlayıcıların zamanla, birbirine girişik çok sayıda faaliyet gösteren yapılara dönüşmesi, güvenli liman korumalarının koşullarını sağlayan özellikleri kaybedip kaybetmediği sorularını gündeme getirmiştir.

Güvenli limanda kalmanın koşullarından “bilgi toplumu hizmetinin normalde bir ücret karşılığı sunulması” şartına rağmen hizmetler ücretsiz sunulmaya da başlanmıştır. Bilgi toplumunu hizmetini basit iletim, ön belleğe alma ve barındırma faaliyetleri ölçüsünde, aracılık edilen içerik hakkında bilgi ve kontrole yol açmayacak ölçüde “pasif” kalacak şekilde sunma şartına rağmen, sağlayıcıların içerik ve kullanıcı arasında tarafsız bir pozisyon almadığı, kullanıcı ve içeriği manipüle ettiği durumlar ortaya çıkmıştır. “Pasiflik” şartının hizmet sağlayıcılara aracılık ettiği içerik üzerinde ne kadarlık bir hareket alanı tanıdığı doktrinde sıklıkla tartışılmıştır.

Diğer yandan, mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbirlerin genel izlemeye yol açacak ölçüde geniş kapsamlı olması, hem hizmet sağlayıcıya iş modelini sürdürmesini tehdit edecek bir yük yüklemiş, hem de kullanıcıların bilgiye erişim hakkının sıklıkla ihlal edilmesine sebebiyet vermiştir. EC Direktifi üye devletlerin, hizmet sağlayıcılara yönelik genel izleme gerektirecek bir tedbire başvurmamasını yasaklasa da Komisyon’un kendisi, yıllar içerisinde, sağlayıcıları kendi inisiyatifleriyle hukuka aykırı içeriği tespit etmek için aktif olmaya teşvik etmiştir. Ancak aktifleşmeye teşvik ederken, aktifleşmenin ihlal bilgisine yol açan bilgi ve farkındalığı tetikleme olasılığı nedeniyle sorumluluğu artırması riskine karşı hizmet sağlayıcılara herhangi bir koruma tahsis etmemiştir.

EC Direktifi’nin uyarı kaldır sistemlerini örtük bir şekilde düzenleyişi, artan ihlallere tutarlı olmayan çözümlerin benimsenmesi ile sistemin tümüyle kırılganlaşmasına neden olmuştur. İçerik kaldırmaya yol açan ihlal bilgisinin hangi aşamada oluştuğu, bunu sağlamaya yönelik hangi unsurların gözetilmesi gerektiği, ihlal bilgisi oluşuktan sonra sağlayıcının ne kadar sürede harekete geçeceği, mahkemeler eliyle yapılması mümkün olan hukuka aykırılık değerlendirmelerinin,

hukuki uzmanlığa sahip olmayan sağlayıcılar tarafından tahlil edilmesi, sağlayıcılara verilen bu geniş yetkiye rağmen içerik kaldırma kararlarına karşı kullanıcılara sunulan tazmin yollarının yalnızca adli süreçle sınırlı kalması gibi çelişkiler, uyar kaldır sistemlerinin EC Direktifi'nin en zayıf noktası haline gelmesine yol açmıştır. Diğer yandan sorumlulukla karşılaşmak istemeyen sağlayıcıları içerik kaldırmaya yönlendiren sistem, demokratik ilkelerin zarar görmesine sebebiyet vermiştir.

Sağlayıcılar, bireylerin yaşama ve iş yapma biçimlerini değiştirerek dijital ortamın evrimini de karakterize etmiştir. Dijital ortamın, devletlerden ziyade kamu yararını gözetme motivasyonu taşımayan platformların kuralları ile işlemesi, kullanıcıların çevrimiçi ortamda etkin bir şekilde korunmasını engellemiştir. Dezenformasyona yol açan içeriklerin yayılmasını teşvik eden algoritmalar, demokrasilere zarar vermiştir.

Platformların kamusal alanda önemli birer güç haline gelmesi, hukuka aykırı bilgi ve faaliyetlere aracılık etme ve bunları yaymadaki artan rolleri, internetin ilk yıllarında oluşturulan düzenlemelerin etkinliğini yitirmesine neden olmuştur. Bu durum, platformların denetimini kolaylaştıran, hesap verilebilirliğini artıran, kullanıcılar için daha etkin korumalar sunan düzenlemeleri zaruri kılmıştır.

Dijital tek pazarın bütünlüğünü ve güvenilirliğini artırmaya çalışan AB, yeni hizmetlerin doğasıyla uyumlu olmadığı için belirsizliklere ve tutarlı olmayan uygulamalara yol açan düzenlemeleri revize etmeye başlayarak, Dijital Tek Pazarı güçlendirmeye çalışmıştır. Bu çabaların bir sonucu olarak internetin ilk döneminde yasal çerçeveleri belirleyen EC Direktifi'nin sorumluluk rejimini revize eden DSA'yı kabul etmiştir.

Dijital Anayasa olarak anılmaya başlanan DSA'nın, yerleşim yerlerine bakılmaksızın AB'ye hizmet sunan tüm araçları kapsamı, internetin geleceği için büyük bir uzlaşma olarak görülmektedir. Diğer yandan, DSA'nın sağlayıcılara

yüklediği külfetler, özellikle pazara yeni girecek hizmet sağlayıcılar bakımından AB bölgesinin cazibesine yitirmesine neden olabilecektir.

DSA her ne kadar EC Direktifi'ne göre daha detay kurallar getirirse de direktifteki yatay yaklaşımı korumasından ötürü tüm hukuka aykırı içerikleri kapsamaması nedeniyle bir dereceye kadar çerçeve bir düzenlemedir. DSA'daki çerçeve uygulamaların (ör. bildirim ve eylem mekanizması) ihlal türlerine göre oluşturulan sektör spesifik mevzuatlarla birlikte okunmasının daha doğru bir yaklaşım olacağı kabul görmektedir. Son zamanlarda AB eliyle sektör spesifik mevzuat çalışmalarındaki artış göz önüne alındığında, genel-özel düzenlemeler arasındaki çatışmaların sıklıkla yaşanması beklenmektedir.

DSA'nın güvenli liman korumalarının, EC Direktifi'ne nazaran ağırlaştırılmamış olması ilk bakışta yetersiz bir adım olarak görünse de, bu koruyucu yaklaşımın dijital ekonominin, büyüme, yenilik ve istihdam yaratabilmesi için zaruri olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle bu aşamada, “aracıları kaybetmeden kontrol etme”de özen yükümlülükleri, kamu otoritelerinin elindeki etkili araç olacaktır. Diğer yandan EC Direktifi'nin sınırlarında kalmak, Direktif döneminde sadece sorumluluk rejimi kurallarına uymakla mümkünken, DSA'da buna özen yükümlülüklerinin de eklenmesi sorumluluk rejiminin direktif dönemindeki gücünü yitirmesi olarak yorumlanmaktadır.

DSA ile sağlayıcılar çevrimiçi ekosistemdeki rollerine, boyutlarına ve etkilerine göre daralan kategorilere ayrılmış; çevrimiçi platformlar ve çevrimiçi arama motorları (ve bunlarla bağlantılı olarak VLOP ve VLOSE'lar) ise yeni yapılar olarak düzenlenmiştir. Özen yükümlülüklerinin, her kategoriye göre asimetrik bir şekilde uyarlanması, kazuistik bir düzenlemeye doğru atılmış bir adım olarak değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımla DSA, internetin ilk dönemlerindeki çerçeve düzenlemelerin devrinin sona erdiğini, geline noktanın kazuistik hukuk kurallarını gerektirdiğini göstermektedir.

AB'nin özen yükümlülerini kabul edişi, bu yapıların artık masum birer teknik aracı olmaktan çıktıklarını da örtük olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bazı barındırma sağlayıcılarının, içeriğın kendi doğal sürküsünde yayılmasına yönelik müdahaleleri, artık bilinen bir gerçektir. Aracıların içerik oluşturucunun kendileri olmadığı savunmasına dayanarak sorumsuz oldukları yönündeki iddiaları, içerik hakkında bilgiye sahip olmadan içeriğın sürkülasyonunu bu denli nasıl değiştirebileceği karşısında zayıf kalmaktadır. Nitekim, barındırma sağlayıcılarının içeriğe tasarım yolu ile yaptıkları müdahale, içeriğe nüfuz ettiklerine ve dolayısıyla editoryal bir müdahalede bulunduklarına işaret etmektedir. Ancak platform tasarımlarının detaylıca incelenmesindeki zorluk, tasarım yoluyla yapılan editoryal müdahalenin, geleneksel medya süreçlerinde (üretim, dağıtım, yayım) bir yere konumlandırılmasını zorlaştırmaktadır.

Özen yükümlülükleri ile hedeflenen amaçlara ulaşmak için, devlet otoritelerinin, en azından internet aktörlerinin kullanıcılarını gözetlediği kadar gözetlemesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bu niteliğe sahip kamu gücü, ancak devlet yapılanmalarının atıl ve yavaş düzeninden kurtulması ile mümkün olabilecektir.

Bildirim sistemlerinin DSA ile kanun güvencesine kavuşması, ihlal kararlarının gerekçeli olarak verilmesinin şart koşulması, kararlara karşı kullanıcılara adli yollara başvuru dışında dahili şikayet mekanizmaları ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sunulması, EC Direktifi döneminde iyice kırılğan hale gelen sistemin güçlenmesine şüphesiz katkı sağlamıştır. Bu katkı, DSA'nın hukuka aykırı içerikle mücadeledeki önemini vurgulamaktadır. DSA'daki bildirim sistemi, her ne kadar güvenilir işaretçiler gibi farklı aktörlerin sisteme dahil edilmesiyle güçlendirilse de en önemli paydaşın kullanıcılar olduğu göz önüne alındığında, sistemin kullanıcılar tarafından benimsenmesi ile ancak başarıya kavuşacağı sonucuna varılmaktadır. Bunu sağlamak için düzenleme ayağında gösterilen çabanın sahada kullanıcılara yönelik de gösterilmesi gerekmektedir.

İleri bir teknolojiye sahip olmalarına rağmen yeterli düzeyde önleyici ve koruyucu mekanizmalar geliştirmedikleri için kapsamlı bir devlet müdahalesini haklı çıkaran hizmet sağlayıcılarına karşı geliştirilen bu sistem, şüphesiz, hiçbir yükümlülüğe katlanmadan sorumluluk muafiyetlerinden yararlanmalarını sağlayan EC Direktifine göre daha adil bir çözüm sunmuştur. Ancak çevrimiçi ortamların her gün dönüşen çok sayıda bileşenden oluşmasından ötürü, DSA gibi hukuki yöntemlerin, hukuk dışı tekniklerle (kullanıcıların eğitilmesi, fact-checking sisteminin yaygınlaşması gibi) desteklenmesi de gerekmektedir.



KAYNAKÇA

Angelopoulos CJ, “European Intermediary Liability in Copyright: A Tort-Based Analysis” (Phd Thesis, Universiteit van Amsterdam, 2016) <<https://dare.uva.nl>> [erişim 9 Ağustos 2022]

Angelopoulos CJ, “On Online Platforms and the Commission’s New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market”, *SSRN*, 2017 <<https://ssrn.com/abstract=2947800>> [erişim 29 Nisan 2022]

Angelopoulos CJ ve Smet S, “Notice-and-Fair-Balance: How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability”, *Journal of Media Law*, 8.2 (2016), 266–301.

Baistrocchi PA, “Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, 19.1 (2002), 111–30. <<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol19/iss1/3/>> [erişim 6 Mayıs 2022]

Balkin JM, “How to Regulate (and Not Regulate) Social Media”, *Journal of Free Speech Law*, 1 (2019), 71–96 <<https://doi.org/10.2139/SSRN.3484114>>

Barata J, Budzinski O, Cole M ve Ledger M, *Unravelling the Digital Services Act package*, ed. Maja Cappello (Strasbourg: IRIS Special, European Audiovisual Observatory, 2021).

Bayer J, “Between Anarchy and Censorship: Public Discourse and the Duties of Social Media”, *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, No. 2019-03, 2019 <<https://www.ceps.eu/ceps-publications/between-anarchy-and-censorship/>> [erişim 10 Şubat 2022]

Brunner L, “The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content: The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after Delfi v Estonia”, *Human Rights Law Review*, 16.1 (2016), 163–74 <<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngv048>>

Buri I ve van Hoboken J, “The Digital Services Act (DSA) Proposal: A Critical Overview”, *Digital Services Act (DSA) Observatory*, 2021 <<https://dsa->

- observatory.eu/wp-content/uploads/2021/11/Buri-Van-Hoboken-DSA-discussion-paper-Version-28_10_21.pdf> [erişim 23 Temmuz 2022]
- Carlson BA**, “Balancing the Digital Scales of Copyright Law”, *SMU Law Review*, 50.3 (1997), 825–66.
- Cohen JE**, “Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object”, *Stan. L. Rev.*, 52 (2000), 1373–1438 <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/810/>> [erişim 7 Eylöl 2022]
- Commission of the European Communities**, *E-Commerce and Financial Services*, 07.02.2001, COM(2001) 66 final, 2001 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0066:FIN:EN:PDF>> [erişim 3 Eylöl 2022]
- Commission of the European Communities**, *Explanatory Memorandum to Certain Legal Aspects of Electronic Commerce in The Internal Market*, 18.11.1998, COM(1998) 586 final, 1998 <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:28f57798-cdc4-4888-9963-709156ca799b.0008.04/DOC_1&format=PDF>
- Commission of the European Communities**, *First Report on the application of Directive 2000/31/EC*, 21.11.2003, COM (2003) 702 final, 2003 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:EN:PDF>> [erişim 17 Kasım 2022]
- Commission of the European Communities**, *The Implications of the Information Society for European Union Policies: Preparing the next steps*, 24.07.1996, COM(96) 395 final, 1996 <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0395\(02\)&from=SV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0395(02)&from=SV)> [erişim 23 Mart 2022]
- Committee on Commerce**, *Report of The House Committee on Commerce, House of Representatives*, No. 105-551, Part 2, 1998.
- Cooke L**, “Controlling the net: European approaches to content and access regulation”, *Journal of Information Science*, 33.3 (2007), 360–76 <<https://doi.org/10.1177/0165551506072163>>
- Cotropia CA ve Gibson J**, “Convergence and Conflation in Online Copyright”,

- Iowa Law Review*, 105.3 (2019), 1027–80.
- DigitalEurope**, *Digital Services Act position paper*, 2021 <www.digitaleurope.org> [erişim 30 Temmuz 2022]
- Dörr D ve Janich S**, “The Criminal Responsibility of Internet Service Providers in Germany”, *Mississippi Law Journal*, 80.4 (2011), 1247–62.
- Electronic Frontier Foundation**, “DSA/DMA Adoption: Our Analysis”, 2022 <<https://www.eff.org/pages/dsadm-a-adoption-our-analysis>> [erişim 28 Temmuz 2022]
- European Commission**, *A coherent framework for building trust in the Digital Single Market for e-commerce and online services*, 11.1.2012, COM(2011) 942 final, 2012 <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:EN:PDF>> [erişim 5 Aralık 2022]
- European Commission**, *Commission Recommendation (EU) 2018/334 of 1 March 2018 on measures to effectively tackle illegal content online*, 2018.
- European Commission**, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 1, 2020 <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-services-act>>
- European Commission**, *DSA Impact Assessment*, 15.12.2020, SWD(2020) 348 final, Part 2, 2020 <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-services-act>>
- European Commission**, *Online Services, Including E-Commerce in the Single Market*, 11.1.2012, SEC(2011) 1641 final, 2012 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011SC1641&from=EN>> [erişim 23 Ağustos 2022]
- European Commission**, “Questions and Answers: Digital Services Act”, 2020 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348> [erişim 27 Mart 2022]
- European Commission**, *Summary of the results of the Public Consultation on the future of electronic commerce in the Internal Market and the implementation*

of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)
<https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2017-4/consultation_summary_report_en_2010_42070.pdf> [erişim 24 Ağustos 2022]

European Commission, *Tackling Illegal Content Online: Towards an enhanced responsibility of online platforms*, 28.09.2017, COM(2017) 555 final, 2017.

European Commission, *Terrorist Content Regulation Impact Assessment*, 12.09.2018, SWD(2018) 408 final, 2018 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2018:408:FIN>> [erişim 7 Aralık 2022]

European Digital Rights (EDRi), “The EU’s attempt to regulate Big Tech: What it brings and what is missing”, 2020 <<https://edri.org/our-work/eu-attempt-to-regulate-big-tech/>> [erişim 26 Mart 2022]

Farano BM, *Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches*, TTLF Working Paper No. 14, 2012 <<http://www.law.stanford.edu/organizations/programs-and-centers/transatlantic-technology-law-forum/ttlfs-working-paper-series>> [erişim 16 Kasım 2022]

Flew T, Martin F ve Suzor N, “Internet regulation as media policy: Rethinking the question of digital communication platform governance”, *Journal of Digital Media and Policy*, 10.1 (2019), 33–50 <https://intellectdiscover.com/content/journals/10.1386/jdmp.10.1.33_1> [erişim 1 Aralık 2022]

Floridi L, “The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry”, *Philosophy & Technology*, 34 (2021), 619–22 <<https://doi.org/10.1007/s13347-021-00493-0>>

Frosio G ve Mendis S, “Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend?”, içinde *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 2020, ss. 544–65 <<https://ssrn.com/abstract=3450194>> [erişim 3 Eylül 2022]

Frydman B, Hennebel L ve Lewkowicz G, “Co-regulation and the rule of law”, *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, 2012, 133–50 <<https://doi.org/10.1017/CBO9781139004145.009>>

- Gabison GA ve Buiten MC**, “Platform Liability in Copyright Enforcement”, *Columbia Science and Technology Law Review*, 21.2 (2019), 237–81.
- Gezder Ü**, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukukî Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti* (İstanbul: Beta, 2017).
- Gillespie T**, “Platforms Are Not Intermediaries”, *Georgetown Law Technology Review*, 2 (2017), 198–216 <<https://doi.org/10.1177/1527476411433519>>
- Harris DP**, “Time to Reboot?: DMCA 2.0”, *Arizona State Law Journal*, 47.3 (2015), 801–55 <https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2015/12/Harris_Final.pdf> [erişim 29 Kasım 2022]
- Helberger N, Pierson j ve Poell T**, “Governing online platforms: From contested to cooperative responsibility”, *The Information Society*, 34.1 (2018), 1–14 <<https://doi.org/10.1080/01972243.2017.1391913>>
- Heldt AP**, “EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation”, içinde *Digital Platform Regulation: Global Perspectives on Platform Governance*, ed. Terry Flew ve Fiona R. Martin (Palgrave Global Media Policy and Business, 2022), ss. 69–84 <https://doi.org/10.1007/978-3-030-95220-4_4>
- Hernandez F**, “The Threat of Social Media to Society and National Security: A Call for Social Media Policy and Legislation”, içinde *Culture & Crisis: Reconciling Constitutionalism and Federalism in a Time of Crisis* (Lynchburg, Virginia, 2021) <https://digitalcommons.liberty.edu/hsgconference/2021/conference_papers/16/>
- van Hoboken J, Quintais JP, Poort J ve van Eijk N**, “Hosting Intermediary Services and Illegal Content Online: An analysis of the scope of article 14 ECD in light of developments in the online service landscape.”, 2018 <<https://doi.org/10.2759/284542>>
- Hoffmann A ve Gasparotti A**, “Liability for illegal content online Weaknesses of the EU legal framework and possible plans of the EU Commission to address them in a ‘Digital Services Act’”, *Centre for European Policy*, 2020 <https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/hayek-

stiftung.de/cepStudy_Liability_for_illegal_content_online.pdf> [erişim 28 Nisan 2022]

Hunt R ve McKelvey F, “Algorithmic Regulation in Media and Cultural Policy: A Framework to Evaluate Barriers to Accountability”, *Journal of Information Policy*, 9.1 (2019), 307–35 <<https://doi.org/10.5325/JINFOPOLI.9.1.0307>>

Husovec M, “The DSA as a creator’s charter?”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 18.2 (2023) <<https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac116>>

Husovec M, “Will the DSA work?: On money and effort”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221109-095546-0>>

Husovec M ve Roche Laguna I, “Digital Services Act: A Short Primer”, SSRN, 2022 <<https://ssrn.com/abstract=4153796>> [erişim 13 Temmuz 2022]

Işık A, “Dijital Çağda Demokrasinin Dönüşümü”, (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019).

Jørgensen RF ve Zuleta L, “Private Governance of Freedom of Expression on Social Media Platforms: EU content regulation through the lens of human rights standards”, *Nordicom Review*, 41.1 (2020), 51–67 <<https://doi.org/10.2478/NOR-2020-0003>>

Julià-Barceló R ve Koelman KJ, “Intermediary liability in the E-commerce directive: So far so good, but it’s not enough”, *Computer Law and Security Report*, 16.4 (2000), 231–39 <[https://doi.org/10.1016/s0267-3649\(00\)89129-3](https://doi.org/10.1016/s0267-3649(00)89129-3)>

Kaya MB, *Avrupa Birliği P2B Tüzüğü: Aracı Hizmet Sağlayıcılar ve Arama Motorları İçin Adil ve Şeffaf Platform Kuralları* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022).

Kaya MB, “İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”, *Anayasa Yargısı*, 37.2 (2020), 159–203.

Kaya MB, “The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?”, *Computer Law and Security Review*, 32.5 (2016), 759–74.

Kaya M, “Almanya’da internet servis sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64.3 (2015), 739–74.

- Keller D**, “The EU’s new Digital Services Act and the Rest of the World”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221107-215642-0>>
- Keller D**, “The Right Tools: Europe’s Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation”, *Berkeley Technology Law Journal*, 33.1 (2018), 297–378 <<https://doi.org/10.15779/Z38639K53J>>
- Kettemann MC**, *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online* (Oxford University Press, 2020).
- Kirkwood RC**, “When Should Computer Owners be Liable for Copyright Infringement by Users”, *University of Chicago Law Review*, 64.2 (1997), 709–35.
- Korpisaari P**, “From Delfi to Sanchez – when can an online communication platform be responsible for thirdparty comments? an analysis of the practice of the ECtHR and some reflections on the digital services act”, *Journal of Media Law*, 2022, 1–26 <<https://doi.org/10.1080/17577632.2022.2148335>>
- Kuczerawy A**, “From ‘Notice and Takedown’ to ‘Notice and Stay Down’: Risks and Safeguards for Freedom of Expression”, içinde *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, ed. Giancarlo Frosio (Oxford University Press, 2020), ss. 524–43.
- Kuczerawy A**, “Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA”, *VerfBlog*, 2022 <<https://doi.org/10.17176/20221103-215534-0>>
- Kuczerawy A**, “The EU Commission on voluntary monitoring: Good Samaritan 2.0 or Good Samaritan 0.5?”, 2018 <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/the-eu-commission-on-voluntary-monitoring-good-samaritan-2-0-or-good-samaritan-0-5/>> [erişim 10 Ağustos 2022]
- Kuczerawy A**, “The Good Samaritan that wasn’t: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act”, *VerfBlog*, 2021 <<https://doi.org/10.17176/20210112-181758-0>>
- Kuczerawy A**, “To Monitor or Not to Monitor? The Uncertain Future of Article 15 of the E-Commerce Directive”, 2019 <<https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/to-monitor-or-not-to-monitor-the->

- uncertain-future-of-article-15-of-the-e-commerce-directive/> [erişim 28 Nisan 2022]
- Kulk S ve Borgesiuz FZ**, “Filtering for Copyright Enforcement in Europe after the Sabam cases”, *European Intellectual Property Review*, *Forthcoming*, 2013 <<http://ssrn.com/abstract=2170204>> [erişim 15 Ağustos 2022]
- Kumayama KD**, “A Right to Pseudonymity”, *Arizona Law Review*, 51 (2009), 427–64 <<https://arizonalawreview.org/pdf/51-2/51arizlrev427.pdf>> [erişim 7 Eylöl 2022]
- Lazer DMJ, Baum MA, Benkler Y, Berinsky AJ, Greenhill KM vd.**, “The science of fake news: Addressing fake news requires a multidisciplinary effort”, *Science*, 359.6380 (2018), 1094–96 <<https://www.science.org/doi/abs/10.1126/science.aao2998>> [erişim 8 Nisan 2022]
- Lessig L**, “The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach”, *Harvard Law Review*, 113.2 (1999), 501 <<https://doi.org/10.2307/1342331>>
- Madiega T**, “Digital Services Act”, *European Parliamentary Research Service PE* 689.357, 2021.
- Madiega T**, “Reform of the EU liability regime for online intermediaries : background on the forthcoming digital services act : in-depth analysis”, *European Parliamentary Research Service PE* 649.404, 2020.
- Marcus LP**, “Facing Facebook’s Responsibility”, *The Daily Star*, 2018 <<https://www.thedailystar.net/opinion/project-syndicate/facing-facebooks-responsibility-1576765>> [erişim 16 Mart 2022]
- McMaster HR**, *Battlegrounds: The Fight to Defend the Free World* (New York: HarperCollins, 2020).
- Montagnani ML**, “A New Liability Regime for Illegal Content in the Digital Single Market Strategy”, içinde *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, ed. Giancarlo Frosio (Oxford University Press, 2020), ss. 295–311.
- Napoli PM ve Caplan R**, “Why Media Companies Insist they’re Not Media Companies, Why they’re Wrong, and Why It Matters”, *First Monday*, 22.5 (2017) <<https://doi.org/10.5210/FM.V22I5.7051>>

- Nimmer D**, “Riff on Fair Use in the Digital Millennium Copyright Act”, *University of Pennsylvania Law Review*, 148.3 (2000), 673–742.
- Nordemann JB**, *Liability of Online Service Providers for Copyrighted Content-Regulatory Action Needed?* (European Parliament Policy Department, 2018) <<https://doi.org/10.2861/967138>>
- Oğuz E**, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Acenteliğin Uygulama Alanı Kapsamındaki Çevrimiçi Aracılar* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2022).
- van Eecke P**, “Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach”, *Common Market Law Review*, 48.5 (2011), 1455–1502. <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/48.5/COLA2011058>> [erişim 5 Eylül 2022]
- Peguera M**, “The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 32.4 (2009), 481–512.
- Peguera M**, “The Platform Neutrality Conundrum and the Digital Services Act”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53.5 (2022), 681–84
- Peukert A, Husovec M, Kretschmer M, Mezei P ve Quintais JP**, “European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 53.3 (2022), 358–76 <<https://doi.org/10.1007/s40319-022-01154-1>> [erişim 12 Kasım 2022]
- Plasilova I, Hill J, Carlberg M, Goubet M ve Procee P**, “Study for the Assessment of the Implementation of the Code of Practice on Disinformation : Final Report”, 2020 <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/188091>>
- Quintais JP**, “The New Copyright Directive: A Tour d’horizon – Part II (of Press Publishers, Upload Filters and the Real Value Gap)”, *Kluwer Copyright Blog*, 2019 <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/17/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-ii-of-press-publishers-upload-filters-and-the-real-value-gap/>> [erişim 29 Nisan 2022]
- Resnick P**, “PICS, Censorship, and Intellectual Freedom FAQ”, W3C, 1999

- <<https://www.w3.org/PICS/PICS-FAQ-980126.html>> [erişim 23 Mart 2022]
- Riis T ve Schwemer SF**, “Leaving the European Safe Harbor, Sailing towards Algorithmic Content Regulation”, *Journal of Internet Law*, 22.7 (2019), 1–21.
- Rochefort A**, “Regulating Social Media Platforms: A Comparative Policy Analysis”, *Communication Law and Policy*, 25.2 (2020), 225–60.
- Sagar S ve Hoffmann T**, “Intermediary Liability in the EU Digital Common Market — from the E-Commerce Directive to the Digital Services Act”, *IDP. Internet, Law and Politics E-Journal.*, 34.3 (2021).
- Samples J**, “Why the Government Should Not Regulate Content Moderation of Social Media”, *Cato Institute Policy Analysis*, 865 (2019).
- Sartor G**, *Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future* (European Parliament Policy Department, 2017)
<<https://doi.org/10.2861/994150>>
- Savin A**, “The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet”, *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper*, 21.4 (2021).
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3786792> [erişim 6 Mayıs 2022]
- Schwemer SF, Mahler T ve Styri H**, “Legal Analysis of the Intermediary Service Providers of Non-hosting Nature”, *University of Copenhagen Faculty of Law Research Paper*, 2021.108 (2020)
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3798494> [erişim 6 Ağustos 2022]
- Şeker EÖ**, “Avrupa Birliği’nde Çevrimiçi Aracılık Hizmetlerinin Düzenlenmesi- Uber ve AirBnB Örnekleri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXXVII.1 (2021), 119–49
- Select Committee on Communications**, “Regulating in a digital world Chapter 5: Online Platforms”, 2019
<<https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldcomuni/299/29908.htm#footnote-056>> [erişim 6 Mayıs 2022]
- Soysal T**, “Avrupa Birliği’nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Müzik Sektöründe ‘Değer Boşluğu’ Kavramı ve Düzenlemenin

İnternet İçerik Paylaşım Sitelerine Etkileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, 77.4 (2020), 139–206.

Spoerri T, “On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech On Upload-Filters and other Competitive Advantages for Big Tech Companies under Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 10 (2019), 173–86

de Streel A ve Husovec M, “The E-Commerce Directive as the Cornerstone of the Internal Market”, *SSRN*, 2020 <<https://ssrn.com/abstract=3637961>> [erişim 8 Mayıs 2022]

ten Thije P ve van Hoboken J, “Average monthly active recipients in the DSA: definition, grey areas, and how to calculate?”, *DSA Observatory*, 2022 <<https://dsa-observatory.eu/2022/10/10/average-monthly-active-recipients-digital-services-act-dsa-definitions-grey-areas-how-to-calculate/>> [erişim 16 Aralık 2022]

Turillazzi A, Taddeo M, Floridi L ve Casolari F, “The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications”, *SSRN*, 2022 <<https://ssrn.com/abstract=4007389>> [erişim 23 Temmuz 2022]

Verbiest T, Spindler G ve Riccio GM, “Study on the Liability of Internet Intermediaries”, *SSRN*, 2007 <<https://ssrn.com/abstract=2575069>> [erişim 22 Ağustos 2022]

Vese D, “Governing Fake News: The Regulation of Social Media and the Right to Freedom of Expression in the Era of Emergency”, *European Journal of Risk Regulation*, 13.3 (2022), 477–513 <<https://doi.org/10.1017/err.2021.48>>

Vese D, “Regulating fake news: The right to freedom of expression in the era of emergency”, *P.A. Persona e Amministrazione*, 8.1 (2021), 709–57 <<https://doi.org/10.14276/2610-9050.2929>>

Wang J, “Hosting ISPs’ Secondary Liability Under the Roof of ‘Safe Harbor’ Provisions Introduction”, içinde *Regulating Hosting ISPs’ Responsibilities for Copyright Infringement* (Singapore: Springer, 2018), ss. 73–141

Wang J, “Notice-and-Takedown Procedures in the US, the EU and China”, içinde

Regulating Hosting ISPs' Responsibilities for Copyright Infringement (Singapore: Springer, 2018), ss. 141–78 <https://doi.org/10.1007/978-981-10-8351-8_5>

Wilman F, “Between preservation and clarification: The evolution of the DSA’s liability rules in light of the CJEU’s case law”, *VerfBlog*, 2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-preservation-clarification/>> [erişim 20 Aralık 2022]

Wilman F, “The Digital Services Act (DSA) - An Overview”, *SSRN*, 2022 <<https://doi.org/10.2139/SSRN.4304586>>

Wilman F, “The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content-between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 12.3 (2021), 317–41

Yasaman Z, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları”, *Marmara Journal of European Studies*, 27.2 (2019), 263–91 <<https://dergipark.org.tr/en/pub/maruaad/issue/56693/791178>> [erişim 25 Ekim 2022]

Yasaman Z, “Infringement of Trademark Rights on The Internet in The European Union and Turkish Law” (Doctorate Thesis, Marmara Üniversitesi, 2019)

Yoo C, *The Dynamic Internet: How Technology, Users, and Businesses are Transforming The Network* (AEI Press, 2012)

Yusufoğlu Bilgin F, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu (Marka, Telif Hakkı ve Haksız Rekabet Kapsamında)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022)