

İNTERNETTE HAKSIZ REKABET

Yrd. Doç. Dr. Neval OKAN*

ÖZET

İnternetin hızlı gelişimi toplumu önemli bir şekilde etkilemiştir. Günümüzde internet kullanıcılar için birçok fonksiyona sahiptir. Bu fonksiyonlardan biri de internetin küresel pazar olarak kullanılmasıdır. İnternetin küresel pazar olarak kullanımını birçok hukuksal soruna yol açar. Örneğin internetin haksız kullanımını haksız rekabet oluşturabilir. Bu tür bir haksız rekabete geleneksel haksız rekabet kuralları uygulanabilir. Ancak, internetin uluslararası niteliği dikkate alındığında, ulusal sınırları aşan anlaşmazlıklarda ulusal kurallar tam bir çözüm olamaz. Sorunun çözümü için uluslar arası kurallara da gerek vardır. Bu tür kuralların oluşturulmasında, Avrupa E-Ticaret Yönergesi bir model olarak göz önüne alınabilir.

Anahtar Sözcükler: Haksız Rekabet, E-Ticaret, İnternet, E-Ticaret Yönergesi

UNFAİR COMPETITION ON INTERNET

ABSTRACT

Rapid development of the Internet impact on the community. Today, the Internet has many functions for users. One of these functions is the use of the Internet as a global market. Use of the Internet as a global market lead to many legal problems. For example, unfair use of the Internet can create unfair competition. Traditional unfair competition rules applicable to unfair competition on the Internet. However, national rules

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, nokan@anadolu.edu.tr

disputes over national boundaries can not be a complete solution, because of the international nature of the internet, The international rules are needed to solve the problem. To create such rules, the European E-Commerce Directive can be taken into consideration as a model.

Key Words: Unfair Competition, E-Commerce, Internet, E-Commerce Directive

GİRİŞ

Yaşadığımız yüzyılda birçok kişinin hayatını etkileyen birçok değişiklik olmuş ve olmaya da devam etmektedir. Yeni teknolojilerin gelişimiyle insan davranışları ve ilişkileri de değişime uğramıştır. Yeni teknolojilerdeki gelişimin en fazla görüldüğü alan ise kişisel bilgisayarlar ve iletişim aracı olarak internettir. Web¹ ise, internet faaliyetinin en hızlı gelişen bölümlerinden birini oluşturur.

İnternetin toplum üzerindeki etkisi çok fazladır. Kişiler artık fiziksel ortama gerek duymaksızın elektronik olarak bilgiyi saklayabilmekte ve gerektiğinde bu bilgiyi çabuk ve herhangi bir maliyete katlanmaksızın bir yerden diğer bir yere nakledebilmektedirler.

Kullanıcılar açısından internet birçok fonksiyona sahiptir. İnternet, her şeyden önce hızlı ve ucuz bir iletişim yoludur. Bu sadece yaygın olarak elektronik posta (e-posta) kullanımından ibaret değildir. İnternet aynı zamanda ilan panosu hizmetlerini ve birbirinden çok uzakta ve ayrı olan çok sayıda kişiler arasında, gerçek zamanda, fikir alışverişine olanak sağlayan grup sohbetini (chatline) de içeren iletişimi olanaklı kılar.

Küresel Pazar Olarak İnternet

¹ Web, bağlantılara bir tıklama ile bir sayfadan diğer bir sayfaya kolaylıkla ulaşılan, canlı ve çoklu metin bilgilerinden oluşan küresel bir ağdır.

İnternet, ticaret de dâhil iletişimin her alanı için uygun bir ortam oluşturur. İnternet, kullanıcılar için bilgi kaynağı olmanın yanı sıra, işletmeler açısından, ürün ve hizmetler için pazar oluşturmakta; milyonlarca kişi interneti elektronik ticaret (e-ticaret) için kullanmaktadır.

İnternetin, özellikle web'in, gelişimine paralel olarak ticari işletmeler de bu gelişimin içinde her yönüyle ve özellikle de ticari faaliyetleri ile yer alırlar. Mal ve hizmetlerini pazarlayan işletmeler yeni teknolojiler uygulamakta; yeni işletme yöntemleri ve pazarlama projeleri geliştirmektedirler. İnternet pazarındaki elektronik ticaret faaliyetleri, ticaretin tarafları arasındaki dağıtım işlemlerinden e-postaya kadar her şeyi içerir. Böylece elektronik ticaret ürünleri ve uygulamaları, zamana, mekâna ve maliyete aldırmadan, işletmelere, bu gelişen pazar içinde büyük yararlar sağlar. Birçok işletme, e-ticareti veya bilgisayar ağları üzerinden yönetilen işletmeleri, genişleyen pazar, düzelen tüketici hizmetleri, azalan maliyetler ve artan bir verimlilik aracı olarak görmektedirler.

Birçok ticari gelişimin yer aldığı internette, ağ reklâmları da gelişen bir ticari faaliyet olarak karşımıza çıkar. Son zamanlara kadar, sadece çok uluslu şirketler dünyadaki çok sayıda ülkede mal ve hizmetlerini sunabilme ve reklâmlarını yapabilme olanaklarına sahipken, artık küçük ve bireysel işletmeler de interneti kullanarak çok kolaylıkla bunu yapabilmektedirler.

İnternetin Haksız Kullanımı

Pazarlama aracı olarak interneti kullanan bir işletme sadece yeni pazarlar bulmakla kalmaz, aynı zamanda yeni rakiplerle ve uymak zorunda olduğu yeni kurullarla karşılaşır.

İnternet ortamında sürekli olarak artan faaliyetler, elektronik bilgi akışının gerçekleştiği tek bir merkez olmadığı için, büyük ölçüde

düzensizdir. Başlangıçta internet, ilk kullanıcılarının birincil yararlarından biri olarak gördüğü, idarenin ve devletin etkisinden uzak, ulusal sınırları olmayan bir toplum ve hukuksuz bir alan olarak ortaya çıkmıştır. Zamanla bu anlayış yerini, internetteki uygunsuz davranışları kontrol edebilmek için, mevcut hukuk kurallarının kapsamının genişletilebileceği ve yasa koyucuların, internette karşılaşılan sorunlarla ilgili, yeni hukuk kuralları koyabilecekleri düşüncesine bırakmıştır. Ulusal hukuk kuralları belirli sınırlar içinde geçerli olmakla birlikte internet, bu bölgesel sınırları dikkate almayan sürekli büyümekte olan sanal bir toplum oluşturduğundan bu kurallar yeterli olmaz.² İnternetin gelişimi ve çok yönlü kullanımı, çoğunluğu uluslararası niteliğinden kaynaklanan sorunların doğmasına yol açmış, hukuk kurallarını başa çıkmak zorunda olunan yeni sorunlarla karşı karşıya getirmiştir. Hukuk kurallarının, hızla gelişmekte olan çevrimiçi ticaret dünyasındaki gelişimlerle uyumlu hale gelmesi zorlaşmıştır.

Haksız rekabetin geleneksel şekilleri olan, aldatici reklâmlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma vb. internet için de geçerlidir.³ İnternet aynı zamanda gerçek dünyada geçerli olmayan farklı haksız kullanımlara da yol açar. E-posta ve özellikle de istenmeyen elektronik posta (spam)⁴, alan adı (domain name)⁵, ağ reklamları (webvertising), ilişim (link, hyperlink), web sayfası bölümleri (frame)⁶ ve arama motorlarınca

² Sege G. Avakian, “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, UCLA Law Review, 1998-1999, C. 46, s.910

³ Marike Vermeer, “Unfair Competition Online and European Electronic Commerce Directive”, Annual Survey of International & Comparative Law, 2001, C 7, S. 1, s.87

⁴ Spam, internet yoluyla bir mesajın bu mesajı alma talebi olmayan çok sayıda kişiye gönderilmesidir. Spam çoğunlukla ticari reklâm niteliğindedir ve bu reklâmlar genellikle güvenilmeyen ürünlerin, çabuk zengin olma kampanyalarının, yarı yasal servislerin duyurulması amacıyla yöneliktir. Spam gönderici açısından fazla bir harcamayı gerektirmemesine karşın, mali yük mesajın alıcıları, taşıyıcı ya da servis sağlayıcılar tarafından karşılanır.

⁵ Domain name, bir web sitesinin internet üzerindeki adı ve adresidir.

⁶ Bazı web sitelerindeki bir sayfanın değişik alanlara bölünmesidir. Her bir alan bağımsız web sayfasından oluşur. Web sitesindeki bu frame’ler web sitesinin aynı sayfasında birçok web sayfasının aynı anda görünmesine izin verir.

kullanılan ve web sayfasını tanımlayan çoklu metinler (metatag)⁷ içindeki anahtar sözcük (AdWord)⁸ veya web sayfasında yer alan herhangi bir ifade veya metin bu tür haksız kullanımlara zemin hazırlar.

İnternet reklamcılığının tipik şekillerden biri olan, bir işletmenin e-posta yolu ile tüketicilere spam'in en yaygın türü olan istenmeyen ticari reklâmlar (unsolicited commercial e-mail) göndermesi yaygın olarak görülmektedir.⁹ Bu reklâmlar, genellikle çok sayıda tüketicinin e-posta adresini içeren posta listeleri kullanılarak gönderilen kitlesel mesajlar yoluyla gerçekleşir. Bu tür kitlesel mesajlar, göndericileri rahatsız edebileceği gibi rakipler açısından, haksız rekabet oluşturabilir.

İşletmelerin, reklam için web sitelerini kullanması da olasıdır. Çevrimiçi reklâm (*online advertising*) veya bilgisayar ağı reklâmı (*webvertising–web advertising*) olarak ifade edilen bu reklâmlar, iki şekilde gerçekleşir. Bir işletme kendisine ait bir web sitesinde reklâmını yapabileceği gibi, başkalarına ait web sitelerinde de, genellikle üst köşelerinde yer alan ve işletmeye ait web sitesi için bir tür tabela işlevi

⁷ Metatag, bir web sayfasının bazı yönlerini tanımlayan çoklu metin işaretleme dili (*hypertext markup language (html)*) içinde yer alan bir kodlama deyimidir. Bir metatag içinde sunulan bilgi, herhangi birinin bir sayfada yer alan bilgiyi bulabilmesi için sayfa indeksi yaratan arama motorlarınca kullanılır.

⁸ Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi (*Obelandesgericht Frankfurt am Mein*), Case 6 W 17/08, 26 Şubat 2008, davasında, rakibe ait bir markanın internetteki arama motorlarında anahtar sözcük (*AdWord*) olarak kullanımının, arama sonuçlarından açık bir şekilde ne olduğu anlaşılıyorsa, marka ihlaline yol açmayacağına karar vermiştir (Birgit Clark, “Google Adwords, keywords, metatags: a wiew from one German Higher Regional Court”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Cilt 3, Sayı 8, s. 496). Yeni bir dava olan *Venture Tape Corp. V. McGills Glass Warehouse* davasında da, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi, arama motorlarında, aranma önceliğini artırmak için “metatag”larda rakibin markasının yer almasının marka ihlali oluşturduğuna karar vermiştir (Todor Ozegović, “Use of Competitor’s Marks in Meta Tags Per Se Infringement...Almost”, <http://techknowledgeblog.squarespace.com>, Erişim:27.12.2008).

⁹ Spam ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin Memiş, “Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 5, S. 1-4, s.431; Metin İkizler-M.Sinan Başar, “Spam’in Zararları ve Spam İle Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.8, S.2, s. 91

gören reklâm bantlarını (*banner*) kullanarak, reklâm verebilir. Genellikle sadece işletmenin adı veya logosu ya da kısa bir mesaj olan reklâm bantları işletmenin kendi sitesi için yaratılan ilişim olarak görüntülenir. Geleneksel reklamlarda olduğu gibi, bu tür reklamlar da haksız rekabete yol açabilir.

Bir web sitesine ulaşmayı sağlayan alan adları da haksız kullanım oluşturabilir, Örneğin alan adında başkasına ait ünlü ve tanınmış markalara yer verilmesi ya da izni olmaksızın bir kişinin adı kullanılarak bir web sitesi oluşturulması hukuka aykırılık oluşturabilir.

Birçok alıcının yer aldığı internette metinlerin yayınlanması çok hızlı ve ucuz olmasına karşın, denetimi çok zordur. Bu nedenle internette yer alan ilişimler hukuksal sorunlara yol açar. Örneğin, telif hakkı sahiplerinin haklarının ihlali söz konusu olabilir. Bir kişi web sitesindeki bir ilişimi tıklayarak diğer bir kişinin web sitesine bağlanabilir. Bilginin paylaşıldığı elektronik dünyada bu tür uygulamalar doğal görülse de, kullanıcı, fareye (mouse) tek bir tıklama ile herhangi birinin web sitesindeki metne ulaştığında, metnin yetkisiz kullanımına yol açabilir. İlişimin bu şekilde ve özellikle de kötüye kullanımı hukuksal sorunlara neden olur.

Bir web sitesinde yer alan bir ilişim, değişik nedenlerle haksız rekabet oluşturabilir. Bir web sitesinde ilişime yer verildiğinde bu kötü bir imaj yaratabilir. Örneğin hoş karşılanmayan bir web sitesinde bir başka web sitesine bağlantı verilmesi, bağlantı verilen web sitesinin imajını zedeleyebilir. Aynı şekilde, ilişim yoluyla bağlanılan web sitesinin içeriğinin haksız kullanılması da olasıdır. Örneğin, Ticketmaster, izni olmaksızın, kendisine ait web sitesinin ana sayfasına değil de ana sayfadan ulaşılabilen sayfalara doğrudan bağlantı (*deep linked*) vermesi

nedeniyle, Microsoft aleyhine dava açmıştır.¹⁰ İlişimin bir diğer haksız kullanım şekli de, site sahipleri arasında ekonomik ya da yönetsel, belirli bir yakın ilişki varmış izlenimi yaratarak, diğer bir web sitesine bağlantı verilmesidir.¹¹ Bu şekilde internet kullanıcısı, doğrudan bağlantı verilen materyallerin sanki ilişimin yer aldığı web sitesine ait olduğu, bağlanılan web sitesince desteklendiği veya materyalin yer aldığı site ile sıkı bir bağ varmış inancı yaratılarak, aldatılabilir. Ayrıca ilişimde başkasına ait bir marka veya ayırmaç (logo) kullanılıyorsa veya ilişim marka karışıklığına yol açıyorsa marka ihlali de söz konusu olabilir.

İnternette, özellikle de internet pazarında, ortaya çıkan hukuksal sorunlar, birçok davaya neden olmakta, mahkemeleri, hukukçuları ve işletmeleri zora sokmaktadır. İnternetin işletmelerce ticari amaçlı kullanılması halinde, acaba hangi kurallar gereğince bu davranışlara izin verilecek ve anlaşmazlık halinde hangi kurallar uygulanacaktır? Ya da elektronik ortamdaki bir ticari ilişkinin tarafı olan değişik ülke vatandaşlarının, bu ilişkilerine hangi ülkenin hukuk kuralları uygulanacaktır?

Kural olarak, belli bir ülkedeki pazara katılan bir kişi bu ülkenin hukuk kurallarına uymak zorundadır. Bu ilkenin uygulanması, hukuki anlaşmazlığın tarafları aynı ülkede bulunuyor ise sorun yaratmaz. Ancak bu ilkenin internet ortamında dünyanın her yerinde icra edilen faaliyetlere de uygulanıp uygulanamayacağı sorun yaratır.

İnternette ticaret yapan bir işletmenin belli bir faaliyeti bir mahkemece hukuka uygun kabul edilirken diğer bir mahkemece hukuka

¹⁰ Ticketmaster v Microsoft Davası, United States District Court for the Central District of California, Civil Action Number 97-3055DPP, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/linking.htm>, Erişim Tarihi: 29.05.2011

¹¹ Oppedahl–Larson & Advanced Concept Davası, (Scot Shipman, “TradeMark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter “Baiting” Practices on Web Sites”, Santa Clara Law Review, 1998-1999, C. 39, s. 264)

aykırı bulunabilir.¹² Çok uluslu işletmelerin aynı faaliyetleri yargılama yetkisine bağlı olarak farklı ülkelerde farklı sonuçlar doğurabilir.¹³ Bu özellikle, internet ortamındaki hukuka aykırı ve zarar verici işletme uygulamalarını engellemek için, marka hukuku kurallarının uygulanmasında söz konusu olur.¹⁴ Örneğin, bir kişi internet yoluyla işletmesini yönetebilir ve markasını tüm dünyaya sunabilir. Bu kişinin internet ortamında marka kullanımını kendi menşe ülkesinde hukuka uygun sayılabilir ancak, bu markanın kullanımını değişik ülkelerin hukuk sistemleri açısından marka ihlallerine yol açabilir. Bunun nedeni, marka hukukunun uygulama alanının bölgesel olmasına karşın, internet ortamının bölgesel sınırlarının bulunmamasıdır.

İnternetin haksız kullanımını tartışırken, elektronik haksız rekabet alanında, ticari iletişim kuralları olarak isimlendirilen, haksız rekabet alanındaki bazı kuralları uyumlaştırmayı amaçlayan Avrupa Topluluğu E-Ticaret Yönergesinden¹⁵ de söz etmemiz gerekir.

E-Ticaret Yönergesi

2000 yılında kabul edilen E-Ticaret Yönergesi, 1990 yılının sonlarından bu yana kabul edilmiş olan çevrimiçi hizmetlerini ve özellikle

¹² Bkz.dipnot 8'deki mahkeme kararları.

¹³ “2000 yılında, Bir Fransız mahkemesi, Nazi malzemelerinin satışını yasaklayan bir Fransız hukuk kuralının California-based company Yahoo! Inc.’in sahibi olduğu bir açık artırma sitesine uygulanmasına karar vermiştir. Bir yıl sonra, Yahoo! Inc.’in talebi üzerine, bir Birleşik Devletler bölge mahkemesi, Fransız mahkemesi kararının uygulanmasının önemli bir kamu yararı ihlaline yol açacağı gerekçesi ile Fransız mahkeme kararının Birleşik Devletler’de uygulanamayacağını belirtmiştir.”(Mark F. Kightlinger, “A Solution to The Yahoo! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation On Internet Choice Of Law”, Michigan Journal of International Law, 2002-2003, C.24, s.719

¹⁴ Marcus H.H. Luepke, “Trademarks on the Internet-the US Perspective”, <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=54909e25-723f-43bd-a7c0-cea81b02eada>, Erişim: 27.12.2008

¹⁵ 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), Official Journal L 178 , 17/07/2000 s. 01-16

e-ticareti düzenleyen Avrupa Topluluğu mevzuatının bir parçasıdır. Avrupa Elektronik Ticaret Yönergesinin hedefi, Avrupa Birliği üyesi devletlerin arasında bilgi toplumu hizmetlerinin serbest dolaşımını sağlayarak, iç pazarın tam olarak işlenmesine yardımcı olmaktır. İnternetin kullanımı haksız rekabet açısından anlaşmazlıklara yol açtığı durumlarda, Yönerge ilk adımdır.

E- Ticaret Yönergesi, ticari iletişim kuralları olarak isimlendirilen, haksız rekabet alanındaki bazı kuralları uyumlaştırmaktadır. Yönergedeki ticari iletişim kuralları, elektronik ticaret araçlarını kastediyor olsa da, çok genel olarak çevrimiçi bazı durumlar da ifade edilmektedir. Yönergenin 2(f) maddesine göre, ticari iletişim, “ticari, sınaî veya esnaf faaliyetinde bulunan ya da düzenli bir meslek icra eden kişi, organizasyon veya şirketin doğrudan ve dolaylı olarak mal ve hizmetlerinin veya imajının değerini artırmak için yapılan herhangi bir iletişim şeklidir”.

Yönergenin 2(f) maddesine göre, özellikle alan adı (domain name) veya e-posta (e-mail) adresleri olmak üzere bir kişi, organizasyon veya şirketin faaliyetine doğrudan erişime izin veren bilgiler; özellikle belirli bir parasal karşılığı olmaksızın bağımsız bir şekilde derlenen bir kişi, organizasyon veya şirketin imajı veya mal ve hizmetleri ile ilgili bildirimler, ticari iletişim tanımının dışında kalmaktadır. Şu durumlar, yönerge anlamında ticari iletişim olarak kabul edilmez¹⁶: (a) Sırf site sahipliği (b) Satışı özendirme olarak nitelenemeyecek bilgi sunma (c) Diğer bir bağımsız web sitesine bağlanmayı sağlayan ilişkiler (d) Sahibi ile herhangi bir ekonomik bağlantı olmaksızın bir web sitesi veya e-posta adresinden bahsedilmesi.

Alan adı tutma, bir web sitesi ile ekonomik bağlantısı bulunmayan çoklu ilişkiler ve metatagging, bu nedenle Yönerge kapsamında değerlendirilmez. Web reklâmcılığı ve spamming ise, yönerge kapsamında bir ticari iletişim şekli olarak kabul edilir. Yönergenin 6.

¹⁶ Vermeer, s.92

maddesi genel olarak elektronik reklâmları kapsar ve Mesafeli Satışlar Yönergesine¹⁷ göndermede bulunur.

Yönergeye göre, mal veya hizmetleri özendirmek için elektronik reklâm yapan bir kişinin, bunun bir reklâm olduğunu açıkça belirtmesi gerekir (m.6(a)). Bu, web sitelerinde yer alan herhangi materyalde, gizli ticari beyanlara ve görüntülere yer verilemeyeceği anlamına gelir. Bu kural çok geneldir, yani tipik bir elektronik ticaret kuralı olmayıp geleneksel araçlara da uygulanır. Yönergedeki diğer bir şart ta, ticari iletişimin kim tarafından ya da kimin adına yapıldığının açıkça belirtilmiş olmasıdır(m.6(b)). Bu şartın da özellikle elektronik araçlara uygulanan bir kural olduğunu söyleyemeyiz. Ancak, komisyon önerisinin eki olarak, müstakil maddelerde, internette kullanılan araçlar olarak, sadece reklâm bandı ve ilişimlerden söz edilmektedir. Reklam bantlarında isimden söz etmek gerekli değildir. Reklam bandında yer alan bir ilişim ile ticari iletişimi yapan kişinin kimliğini içeren sayfaya bağlantılıyorsa bu yeterlidir. Aynı şekilde, örneğin bir işletme tarafından finanse edilen bir web sitesinde de ilişim kullanılabilir. Sitenin kim tarafından finanse edildiğini gösteren bir açıklama notu veya sitenin tüm sayfalarında görünen bir bilgi, ilişimli ikon veya ayırmaç (logo) yeterli olacaktır.

Madde 6'nın son iki bölümü, indirimler, primler, hediyeler, özendirici rekabet ve oyunlar gibi satışı özendirici önerilerle ilgili kuralları içerir. İşletmenin kurulduğu üye devletçe izin verilen bu satışı özendirici faaliyetler, açıkça anlaşılabilir, koşullarına kolaylıkla ulaşılabilir, doğru ve net bir şekilde sunulmalıdır.

Yönergenin 7. maddesi istenmeyen ticari iletişimlerini düzenler. Elektronik posta yoluyla istenilmemiş ticari iletişimler alıcı tarafından alındığında, alıcının bunları açık ve anlaşılır şekilde görebilmesi gerekir.

¹⁷ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal L 144, 4.6.1997, s. 19–27

Üye devletler, e-posta yoluyla gönderilen istenmeyen ticari iletişimlerden sorumlu olan servis sağlayıcılarının, gönderilen kişilere bu tür ticari iletişimleri almak isteyip istemediklerini düzenli olarak sormalarını ve istemedikleri takdirde buna uygun davranmalarını sağlamakla yükümlüdürler. Ancak, yönergede, uygulamada sıklıkla görülen, istenmeyen e-postanın göndericisinin kendisini tanıtmadığı, ya da sahte geri dönüş adreslerinin belirtildiği, bu nedenle de alıcıların e-postayı geri gönderemeyeceği durumlara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

E-Ticaret Yönergesinin önemli noktasını, 3. maddesinde yer alan, bir internet hizmetinin genel olarak sadece servis sağlayıcılarının bulunduğu üye ülkenin hukuk kurallarına tabi olacağını belirten menşe ülke (country of origin) ilkesi oluşturur. E-Ticaret Yönergesinin 3. maddesi en fazla tartışılan maddelerinden biridir. Bu maddenin 1. Bendinin ifadesi şu şekildedir: “Bir bilgi sağlayıcısı tarafından sağlanan hizmetler, bilgi sağlayıcısının bulunduğu üye ülkedeki ulusal düzenlemelere uygun olmak zorundadır.” Bunun anlamı bilgi sağlayıcısının, olduğu yerdeki üye ülke tarafından denetlemek zorunda olduğudur. Üye ülkeler, diğer bir üye ülkede yaratılan bilgi hizmetlerinin sağlanması özgürlüğüne kısıtlamalar getiremez. Bu yasağa, kamu yararı, kamu sağlığı, kamu güvenliği ve tüketicinin korumasına ilişkin ulusal kurallar konulmasına izin verilmek suretiyle, istisnalar tanınır. Yönerge aynı zamanda elektronik sözleşmeler, araçların sorumluluğu, kuruluş ilkeleri ve üye ülkeler arası işbirliğine ilişkin kuralları da içerir.

Menşe ülke kuralının amacı üye ülkelerin tümünde, ortak bilgi toplumu piyasasına girişte eşitliği sağlamaktır. Euromarketing, böylece mümkün olacaktır. Her bir teşebbüs veya bilgi toplumu servis sağlayıcısı kurulduğu ülkenin hukuk kurallarına göre davranacak ve Avrupa Birliğinin geri kalanında faaliyet gösterebilecektir.

Yönergenin 1. maddesinde yönergenin kapsamı belirtilerek, yönergenin “kanunlar ihtilafı veya yetkiye ilişkin ek bir kural oluşturmadığı” ifade edilmiştir. Bu nedenle, Yönergede menşe ülke

kuralının, kanunlar ihtilafı kuralı değil, ulusal denetim kuralı olduğu açıktır. Yönergenin 1(4) maddesinde, her ne kadar, uluslararası özel hukuk alanında ilave hükümler getirilmediği açıkça ifade edilmiş ise de yazarların çoğunluğu m. 3(2)'nin bir hukuk kuralı seçimi olarak göz önüne alınması gerektiğini öne sürmektedir.¹⁸ Yönergede yer alan menşe ülke kuralı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak getirilmemiş olsa da, kanunlar ihtilafı kuralı etkisine sahip olup olmadığı tartışılabilir.

Menşe ülke kuralı, web reklâmları ve belirli ilişim tiplerinde olduğu gibi, E-ticaret yönergesi kapsamındaki elektronik haksız rekabet tipleri için pazar kurallarını bertaraf eder. Yönergenin kapsamı dışında kalan diğer tüm elektronik haksız rekabet tipleri, ulusal uluslararası özel hukuk kurallarına tabidir.

Burada akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuk hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğünden (Roma II Regulation)¹⁹ de söz etmemiz gerekir.²⁰ Bu tüzüğün 4.maddesi akit dışı borç ilişkilerinde zarara uğranılan ülkenin hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin genel bir kurala yer vermiştir. Tüzüğün 6. maddesi ise, haksız rekabetin neden olduğu akit dışı anlaşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemekte ve 4.maddede düzenlenen genel kuraldan ayrılmamaktadır. Bu, haksız rekabet konularında pazar kuralının kanunlar ihtilafı kuralı haline geldiği anlamındadır. Roma II Tüzüğü ülkelerde doğrudan uygulanacağı için, ulusal kanunlar ihtilafı kuralını bertaraf etmektedir. Ulusal hukuklarda yer alan menşe ülke ilkesi kuralı Roma II Tüzüğü ile geçersiz kılınmaktadır.

¹⁸ Jan von Hein, "Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-Of-Law Revolution: Lessons For The United States?: Contract And Tort Law: Something Old And Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And The European Choice-of-Law Evolution", Tulane Law Review, 2008, 82, s. 1667

¹⁹ OJ L.199, 31.7.2007, s.40

²⁰ Rome II Tüzüğü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Ziya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2, s. 193; Michael L. Rustad, "Old E-America v. New E-Europe", Michigan State Journal of International Law, 2007, C. 16, S. 1, s.183

Bu sorunu çözmek için, Rome II Tüzüğü'nün 27.m.de bir düzenleme yapılmıştır. Bu madde, Roma II Tüzüğü ile diğer topluluk araçları, özellikle E-ticaret yönergesi, arasındaki ilişkiye açıklık getirmek için tasarlanmıştır ve hizmetlerin menşe ülke kuralına hizmet eden araçlara zarar vermeyeceğini şart koşmaktadır. Böylece, Rome II Tüzüğü, elektronik haksız rekabet için E-ticaret yönergesine (dolayısıyla Yönergenin menşe ülke kuralına) yollama yapmaktadır. İnternet yoluyla rekabet ihlali söz konusu olduğunda E-Ticaret Yönergesi ve menşe ülke kuralı, çevrimdışı rekabet ihlallerinde ise, Rome II Tüzüğü ve pazar yeri hukuku uygulanacaktır.

SONUÇ

İnternette yer alan birçok uygulama, haksız kullanımlara yol açmakta ve davalara neden olmaktadır. Bu alanda hukuki içtihat geliştikçe, tarafların uygulamalarının da değişmesi kaçınılmazdır. Bir başkasının web sitesine bağlanmayı sağlayan ilişkiler ve web sayfası bölümleri oldukça risklidir. Web sitesi sahipleri ile bu konuda yazılı anlaşmaya varılması gerekir. Bir kimse üçüncü kişinin web sitesine ilişim yoluyla bağlanmak istiyorsa, en iyisi web sitesinin ana sayfasına bağlanmaktır. İlişimlerde ve web sayfasını tanımlayan çoklu metinlerde üçüncü kişinin marka veya ayırmacının kullanılmasından kaçınılmalıdır.

İnternetin haksız kullanımından kaynaklanan sorunların çözümü için mevcut ulusal hukuk kurallarının kapsamı genişletilebileceği gibi yasa koyucular yeni hukuk kuralları koyabilirler. Ancak, internetin uluslararası niteliği dikkate alındığında, ulusal sınırları aşan anlaşmazlıklarda ulusal kurallar tam bir çözüm olamaz. Uluslararası kurallara gerek duyulur. Bu tür kuralların oluşturulmasında, Avrupa E-Ticaret Yönergesi, iletişimin her alanını kapsamamasına karşın, bir model olarak göz önüne alınabilir.

KAYNAKÇA

Birgit Clark, “Google Adwords, keywords, metatags: a view from one German Higher Regional Court”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Cilt 3, Sayı 8

Jan von Hein, “Proceedings of the Duke Law Center for International and Comparative Law and Tulane Law Review Symposium: The New European Choice-Of-Law Revolution: Lessons For The United States?: Contract And Tort Law: Something Old And Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And The European Choice-of-Law Evolution”, *Tulane Law Review*, 2008, 82

Marika Vermeer, “Unfair Competition Online and European Electronic Commerce Directive”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2001, C 7, S. 1

Marcus H.H. Luepke, “Trademarks on the Internet-the US Perspective”, <http://www.finnegan.com/resources/articles/articlesdetail.aspx?news=54909e25-723f-43bd-a7c0-cea81b02eeda>, Erişim Tarihi: 27.12.2008

Mark F. Kightlinger, “A Solution to The Yahoo! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation On Internet Choice Of Law”, *Michigan Journal of International Law*, 2002-2003, C.24

Metin İközler-M.Sinan Başar, “Spam’in Zararları ve Spam İle Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C.8, S.2

Michael L. Rustad, “Old E-America v. New E-Europe”, *Michigan State Journal of International Law*, 2007, C. 16, S. 1

Scot Shipman, “TradeMark and Unfair Competition in Cyberspace: Can These Laws Deter “Baiting” Practices on Web Sites”, *Santa Clara LawReview*, 1998-1999, C. 39Sege G. Avakian, “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, *UCLA Law Review*, 1998-1999, C. 46

Tekin Memiş, “Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 5, S. 1-4

Todor Ozegoviç, “Use of Competitor’s Marks in Meta Tags Per Se Infringment...Almost”, <http://techknowledgeblog.squarespace.com>

Zeynep Ziya Tarman, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 57, S. 2

----- 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), Official Journal L 178, 17.07.2000 s. 01-16

----- Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, Official Journal L 144, 04.06.1997, s. 19–27

----- Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II Regulation), OJ L.199, 31.7.2007, s.40

