5651 Sayılı Kanun'a Aykırılığı Devam Eden Sosyal Ağ Sağlayıcıları ve Onlarla Hukuksal İlişki Kuran Taraflar Hakkında Gündeme Gelebilecek Yaptırımlar

Bilindiği üzere, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da ("5651 sayılı Kanun") önemli değişiklikler yapılmasını öngören 7253 sayılı Kanun, 31 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kısaca hatırlatmak gerekirse, 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'a sosyal ağ sağlayıcı kavramı eklenmiş, sosyal ağ sağlayıcılarının temsilci belirleme ve bildirim yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımları düzenlenmiştir. Öte yandan, bazı sosyal ağ sağlayıcılarına, kullanıcı verilerini Türkiye'de barındırma zorunluluğu ve bazı hallerde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na ("BTK") rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Son olarak, sosyal ağ sağlayıcılarına bildirilen hukuka aykırı içeriklerin, yirmi dört saat içerisinde yayından çıkarılmaması veya erişime engellenmemesi halinde sosyal ağ sağlayıcılarının doğan zararın tazmininden sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

7253 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte, temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen, başta Twitter, Periscope, Instagram, Facebook, Pinterest, Youtube ve TikTok olmak üzere, birtakım sosyal ağ sağlayıcılarına ilk etapta 10 milyon Türk Lirası idari para cezası uygulanmıştır. Söz konusu idari para cezasına ilişkin kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde, temsilci belirleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıları hakkında bu sefer 30 milyon Türk Lirası idari para cezası uygulanmıştır. Nihayet, üçüncü aşamada; 19 Ocak 2021 tarihinde Resmî Gazete'de ilan edilen kararları[1] ile BTK tarafından Pinterest, Twitter ve Periscope isimli sosyal ağ sağlayıcıları hakkında, temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle reklam yasağı uygulanmasına karar verilmiştir.

[1] 4202 sayılı Karar, 3768 sayılı Karar ve 3769 sayılı Karar için: https://www.resmigazete.gov.tr/ilanlar/eskiilanlar/2021/01/20210119-4-1.pdf

Kararlarda, reklam yasağına uyulmaması halinde dikkate alınacak düzenlemelerin bir kısmı sayılmış olup, sayılan bu düzenlemelerin tahdidi olmadığı ve ilgili diğer mevzuat hükümlerine istinaden işlem yapılabileceği de anlaşılmaktadır.

Çalışmamızda, bahsi geçen BTK kararlarının, yürürlükteki mevzuat kapsamında doğurabileceği sonuçlar ve gündeme getirebileceği yaptırımlara, kamuoyunda konu hakkında paylaşılan bazı görüşler ile birlikte yer verilmiştir.

1. Türk Borçlar Kanunu

Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK"), 27. maddesinde *"kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler"*in kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.

5651 sayılı Kanun'da düzenlenen reklam yasağına aykırı şekilde temsilci atamayan sosyal ağ sağlayıcıları ile imzalanacak reklam sözleşmelerinin, TBK'nın 27. maddesi gereğince kesin hükümsüzlük sonucu ile karşılaşması söz konusu olabilecektir.

Dr. Mehmet Bedii Kaya'ya göre de; *"bu gibi bir reklam sözleşmesi değerlendirilirken öncelikli ve en büyük yaptırım, reklam sözleşmesinin artık hukuk sistemi açısından korunmayacak ve edimlerin ifasına ilişkin hiçbir talebin (hiç yerine getirilmemesi veya gereğince yerine getirilmemesi gibi) Türk hukuku açısından talep edilemeyecek olmasıdır."*

2. Türk Ticaret Kanunu

a. Haksız Rekabet

Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 54. maddesi uyarınca, *"rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."* Bu madde uyarınca da, açık kanun hükümlerine aykırı biçimde yapılacak olan reklam faaliyeti, rakipler açısından haksız rekabet teşkil edebilecektir.

Bir diğer görüşe göre[2], mevcut meselenin TTK'nın 55. maddesinin 1-(e) bendinde yer alan "*iş şartlarına uymama*" haksız rekabet hali yönünden değerlendirilmesi mümkündür. Buna göre; "*TTK m. 55/1-e hükmüyle rakiplerin de riayet etmesi gereken kanun, sözleşme veya ticari örf ve adetlere uymamak suretiyle haksız menfaat ve kazanç elde edilmesi engellenmek istenmektedir. Zira belirtilen kurallara uygun davranmak için emek, zaman ve para harcayan kişilerin, bu kurallara riayet etmeyen kişilere karşı korunması, böylece rekabetin dürüş ve bozulmamış bir şekilde işlemesinin temin edilmesi gerekmektedir.*"

Pekdinçer'e göre, *"reklam yasağının bent kapsamında bir iş şartı olduğu kuşkusuzdur. Zira Kanun ile getirilen ve herkes bakımından geçerli bir yasak söz konusudur. Sosyal medya reklamlarının, çok sayıda kişiye ulaşması ve etki çevresi itibariyle önemi tartışmasızdır. Yasağa rağmen reklam vermeye devam edenler, ürünlerinin veya hizmetlerinin tanıtımını yapmaya devam edecekken, yasağa ve dolayısıyla kanuni bir yükümlülüğe uygun davrananlar ise bu mecralarda mal veya hizmetlerinin tanıtımını yapamayacak ve nihayetinde rekabette geriye düşecektirler. Dolayısıyla iş şartına uygun davranmayanlar, iş şartlarına uyanlara nazaran rekabette haksız olarak öne geçecektir. Bu durumun ise bent kapsamında bir haksız rekabet eylemi teşkil edeceği açıktır.[3]"*

Sonuç olarak, 5651 sayılı Kanun'da düzenlenen reklam yasağına aykırı şekilde temsilci atamayan sosyal ağ sağlayıcıları ile reklam sözleşmesi imzalayan taraflar için haksız rekabete ilişkin hukuki ve cezai yaptırımları düzenleyen TTK'nın 56, 57 ve 62. maddelerinin gündeme gelebileceği görüşündeyiz.

b. Yöneticilerin Sorumluluğu

Yöneticilerin reklam yasağını düzenleyen açık kanun hükmüne aykırı sözleşme akdetmeleri, TTK'nın 553. maddesi gereğince, bu kişilerin hukuki sorumluluğunu doğuracaktır.

---

[2] R. Tamer Pekdinçer, "7253 sayılı Kanun Ek 4. Madde ile Getirilen Reklam Yasağının Sınırlarının Belirlenmesi ve Bu Yasağın Haksız Rekabet Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi", (Lexpera, 2021).
[3] R. Tamer Pendinçer, a.g.e.

"MADDE 553

(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar."

Kanundaki açık hükmü ve BTK Kararını gözetmeksizin reklam sözleşmesi imzalayan ve ifa eden yöneticilerin, *"tedbirli bir yönetici özeni"* göstermediği gerekçesi ile TTK'nın 553. maddesi gereğince sorumlu kabul edilmesi söz konusu olabilecektir.

3. Kabahatler Kanunu

Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde, kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişi hakkında idari para cezası uygulanacağı düzenlenmektedir. Bu düzenlemeden hareketle, kanaatimizce, hakkında reklam yasağı uygulanan sosyal ağ sağlayıcıları ile reklam sözleşmesi yapan ve bu sözleşme kapsamında para transferi yapanlar, ilgili 32. madde gereğince kanuna aykırı davranmış kabul edilebilecek ve haklarında idari para cezasına hükmedilebilecektir.

4. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile 77. maddesinin 12. fıkrası kapsamında, Reklam Kurulu tarafından, 5651 sayılı Kanun'a aykırı olarak sosyal ağ sağlayıcıları nezdinde reklam veren kişiler ve reklam ajansları aleyhine durdurma cezası veya idari para cezası yaptırımı uygulanabilecektir. İhlalin bir yıl içinde tekrarı halindeyse söz konusu idari para cezası on katına kadar uygulanabilecektir.

MADDE 61

"(1) Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.

(2) ***Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır."***

MADDE 77

"(12) ***Bu Kanunun 61 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır.*** *Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir.* ***Aykırılık;***

(…)

e) ***İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası,***

(…)

idari para cezası verilir. ***Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir****."*

5. Vergi Mevzuatı

Vergi düzenlemelerine göre, kanunen yasak olan işlemler vergi matrahından düşemeyeceği için, reklam yasağına uymaksızın yapılan sözleşmelerde vergi matrahında indirim mümkün olmayacaktır. Bu durumda reklam vermenin maliyeti artacaktır.

Nitekim Av. Mehmet Ali Köksal da, kanunen yasak olan herhangi bir faaliyeti vergi matrahından düşülemeyeceği, şirketlerin reklam vermesinde yasal bir engel olmadığı görüşündedir. Köksal'a göre; *"şirketler reklam verebilir, bahsi geçen reklam da sosyal medya sitelerinde gösterilir. Ancak yurt dışındaki şirketlerle yapılan bu alışverişten vergi matrahında indirim sağlanamayacağı için, maliyeti yüksek olacak. Bu durumda, şirketler yurt içindeki gazete ve dergilere reklam vermenin getirisi ile sosyal medya sitelerine reklam vermenin getirisini finansal olarak iyi hesaplamak zorundadır.*[4]*"*

Bilgilerinize sunarız.

Saygılarımızla,

Koyuncuoğlu & Köksal Avukatlık Bürosu

[4] Mehmet Ali Köksal, "Sosyal medya şirketlerine reklam yasağının etkisi ne olacak?", (Deutsche Welle, 12.01.2021)

*Çalışmamızda yer verilen açıklamalar, Türkiye Cumhuriyeti'nin yürürlükte olan mevzuatı ve ilgili resmi mercilerin kamuya yaptığı bilgilendirmeler esas alınarak hazırlanmış olup, tereddütlü hususlarda nihai işlemler gerçekleştirilmeden evvel tarafımızdan görüş ve destek alınmasını tavsiye ederiz. Aksi takdirde, burada yer verilen açıklamalar temel alınarak yapılacak işlemler ve bunların sonuçlarıyla ilgili olarak Avukatlık Büromuz sorumlu tutulamaz.