

“3.1. 7416 Sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 6563 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına Eklenen (j) Bendinde Yer Alan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." İbaresinin Değerlendirilmesi:

7416 sayılı Kanunla 6563 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (j) bendine göre “ekonomik bütünlük” kavramı, “Bir kişinin, bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da oy haklarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek payına sahip olmasını, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçme hakkını haiz olmasını, kendi oy haklarının yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturmasını, bir ticaret şirketini sözleşmeye bağlı olarak hâkimiyeti altında bulundurmasını veya bu hâllere bağlı olarak bu kişiyle bağlantılı tüm ticaret şirketleri ve bu kişiye ait işletmeler arasındaki ilişkiyi ya da pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın birden fazla ticaret şirketinin aynı kişi veya kişiler tarafından yönetilmesini” ifade etmektedir. 7416 sayılı Kanuna ilişkin teklifin gerekçesinde ise bu tanım, “...her iki şirket de aynı kişilerce yönetiliyorsa arada ekonomik bütünlük olduğu kabul edilecektir.” şeklinde özetlenmiştir. Tanımın getirilmesinin amacı da “hangi kişilerin bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerle karşı karşıya kalacağına belirlenebilmesi” olarak ifade edilmiştir.

Söz konusu tanımın, 7416 sayılı Kanunla değişik 6563 sayılı Kanunda öngörülen kapsam ve hukuki sonuçlarına bakıldığında ise, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının sorumluluk ve yükümlülüklerini önemli ölçüde etkilediği görülmektedir. Buna göre örneğin, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunması veya bu malların satışına aracılık etmesi yasaklanmıştır (Ek m. 2/1-a). Yine, bir takvim yılındaki net işlem hacmi otuz milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının reklam harcamasının limitlerinin belirlendiği bir başka kuralda, oransal limitlerin hesaplanması sonucu bulunacak tutarın, net işlem hacmine dâhil edilen elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile bunların ekonomik bütünlüğü içinde bulunup elektronik ticaret pazar yerinde faaliyet gösteren elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların toplam reklam bütçesini oluşturacağı hükme bağlanmıştır (Ek m. 2/3-a). Benzer bir düzenleme, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının düzenleyebileceği promosyon, ödül, puan, kupon, hediye çeki ve benzeri imkânlar için öngörülen toplam tutar yönünden de getirilmiştir (Ek m. 2/3-b). Kanun'un Ek 4. maddesinde de, bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, faaliyetine devam edebilmek için Ticaret Bakanlığından lisans almak ve lisansını yenilemek zorunda olduğu, lisans ücretinin ödenmesiyle lisansa hak kazanılacağı hükme bağlandıktan sonra, lisans ücretleri elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının bir takvim yılında gerçekleşen net işlem hacmine göre nispi olarak belirlenmiş, bilahare bu maddedeki net işlem hacmine ilişkin eşiklerin aşılmış aşılmadığının tespitinde, ekonomik bütünlük içinde bulunan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri ve işlem sayılarının da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Örnekleri çeşitlendirmek mümkündür. Ancak ekonomik bütünlük kavramını içeren bütün hükümlerin ortak noktası; elektronik ticaret piyasasında rekabet ortamının korunması, sektörün güvenli, sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlenmesinin sağlanması, dolayısıyla kamu yararı amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının teşebbüs özgürlüğüne ve/veya mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar getirmiş olmasıdır.

Ticari ilişkiler bakımından önemli bir kavram olan ekonomik bütünlük, değişik adlandırmalarla farklı kanunlarda da yer almaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin olarak hakim şirket-bağlı şirket tanımının yapıldığı 195. maddesinin 1. fıkrasında, bir ticaret şirketinin, "diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa; bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa," birinci şirketin hâkim, diğerinin bağlı şirket olduğu; aynı maddenin 2. fıkrasında, 1. fıkrada öngörülen hâller dışında, "bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunmasının" da birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karine oluşturacağı kuralına yer verilmiştir.

6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde yapılan tanımda ise "kontrol"ün, "Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını" ifade edeceği kuralına yer verilmiştir.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca verilen yetkiye istinaden Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında da, bu Tebliğ bakımından "kontrol"ün, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebileceği, bu araçların özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmeler olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler, amaçları ile birlikte değerlendirildiğinde; ekonomik bütünlük veya şirketler topluluğu ya da kontrol kavramlarının birbirinin yerine geçen kavramlar olarak kullanıldığı; bu tanımlarda, ya payların ya da oyların çoğunluğuna veya bunların tasarruf yetkisine sahip olunması, çoğunluk sağlanamasa dahi şirket sözleşmelerinde, paya, yönetimde etkili olacak şekilde imtiyaz tanınması, dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin çoğunu seçme ya da görevden alma ayrıcalığının sağlanması, diğer ortaklarla oy sözleşmesi yaparak oy çoğunluğuna ulaşılması, diğer pay sahipleri veya şirketlerle hakimiyet sözleşmesi imzalanması şartlarının alternatif olarak arandığı görülmektedir. Sayılan hususlardan birinin sağlanması halinde her iki şirket, ekonomik bütünlük veya şirketler topluluğu ya da kontrol kavramı altında değerlendirilmektedir.

7416 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (j) bendi ile getirilen ekonomik bütünlük tanımlamasına bakıldığında ise, "Bir kişinin, bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da oy haklarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek payına sahip olması, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi

seçme hakkını haiz olması, kendi oy haklarının yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleriyle birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturması, bir ticaret şirketini sözleşmeye bağlı olarak hâkimiyeti altında bulundurması veya bu hâllere bağlı olarak bu kişiyle bağlantılı tüm ticaret şirketleri ve bu kişiye ait işletmeler arasındaki ilişki ya da pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın birden fazla ticaret şirketinin aynı kişi veya kişiler tarafından yönetilmesi" hallerinden herhangi biri ekonomik bütünlük için yeterli görülmüş, bir başka ifadeyle sayılan haller/şartlar birbirleriyle eşdeğer olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ilgili hükümde ekonomik bütünlük için yeterli görülen haller arasında sayılan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." ibaresinin sorunlara yol açabilecek mahiyette olduğu anlaşılmaktadır.

Zira itiraz konusu kural, bent hükmünde sayılan diğer koşullar ile eşdeğer bir hukuki sonucu doğurmadığı, bir başka ifadeyle şirket yönetiminde belirleyici etkin bir rol imkanı/yetkisi tanımadığı gibi, ticaret şirketlerinin genel kurullarında payların/oyların çoğunluğuna sahip olan ortağın (en az %50+1) belirlediği yönde kararlar alınmasını ifade eden çoğunluk ilkesini de karşılamamaktadır. Doğrudan veya dolaylı olarak %25 paya sahip olunması, ticaret şirketlerinde herhangi bir kontrolü veya tanımla amaçlanan ekonomik bütünlüğü tek başına sağlamamaktadır. Bu durum, söz konusu ortağın, sadece azınlık pay sahibi olduğunu göstermektedir. Oysa kanun teklifinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, ekonomik bütünlük tanımıyla ulaşılmak istenen amaç, "her iki şirketin de aynı kişilerce yönetildiğinin" ifade edilmesidir.

Her ne kadar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerin genel kurul toplantı ve karar nisabını düzenleyen 418. maddesinde, Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş bulunan hâller hariç olmak üzere genel kurul toplantılarının sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanabileceği ve kararların toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verileceği kuralına yer verilmiş ise de; yüzde 25 pay nisabına sahip ortağın oyu doğrultusunda ve diğer ortakların iradesi hilafına genel kurul kararı alınmasının, sadece, yüzde 25 ve daha üzeri pay nisabına sahip diğer ortak/ortakların genel kurul toplantısına katılmaması ve esas sözleşmede genel kurul toplantı yeter sayısı için daha ağır nisap öngörülmemesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olabileceği dikkate alındığında, yüzde 25'lik paya sahip olunmasının son derece istisnai durumlarda ekonomik bütünlüğe yol açacağı, başka bir ifadeyle yüzde 25'lik payın her halükarda kontrol sağlamaya yetmeyeceği anlaşılmaktadır.

Nitekim, Rekabet Kurulu tarafından da bir azınlık hissedarının belirli durumlarda fiili tek kontrole sahip olduğunun kabul edilebileceği belirtilmekle birlikte, salt pay sahibi olmak Kurul tarafından da kontrolün varlığının tespiti için yeterli görülmemekle, bu durumun tespiti belli şartların varlığına bağlanmıştır. Kurul, kontrolün varlığının tespiti için, şirketin geçmiş genel kurullarındaki oylama özellikleri üzerinden ileriye dönük bir analiz yaparak, genel kurul toplantılarına katılımlarında gelecekte öngörülebilir değişikliklere bakarak, ayrıca diğer hissedarların konumunu inceyip, rollerini değerlendirerek karar vermektedir. Bu tür bir değerlendirmede Kurul tarafından, kalan hisselerin farklı hissedarlar arasında büyük ölçüde dağılıp dağılmadığı, diğer önemli hissedarların büyük azınlık hissedarıyla yapısal, ekonomik ya da ailevi bağlantılarının olup olmadığı ya da diğer hissedarların hedef şirkette stratejik ya da tamamen finansal çıkarlarının varlığı da dikkate alınmaktadır. Kurul tarafından ancak hisse oranı, geçmiş genel kurul toplantılarındaki oy verme biçimi ve diğer hissedarların konumuna dayanarak, bir azınlık hissedarının genel kurul toplantısında istikrarlı bir şekilde oyların çoğunluğunu sağlaması olasıysa, bu azınlık hissedarının fiili olarak tek kontrol sahibi olduğu kabul edilmektedir (Rekabet Kurumunun 17/04/2008 tarih ve 08-29/359-118 sayılı kararı).

Yasama organının, bir konuya ilişkin doğrudan doğruya, araya başka bir işlem girmesine gerek duymaksızın kanun çıkarabileceği (yasama yetkisinin asliliği/ ilk ellliği) ve kanunla düzenleme yapabileceği alanların konu itibariyle sınırlandırılmamış olduğu (yasama yetkisinin genelliği) hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda, yasama organının, yukarıda sayılan ve ekonomik bütünlük kavramıyla büyük ölçüde örtüşen "şirketler topluluğu" ya da "kontrol" kavramlarının kapsamıyla sınırlı ve bağılı olmadığı, elektronik ticaret sektörü ile ilgili olarak ekonomik bütünlük için başka kriterler belirleme noktasında takdir yetkisi bulunduğu açıktır.

Bununla birlikte, Anayasaya uygun düzenleme yapmakla yükümlü bulunan yasa koyucunun, düzenleme yaparken müdahale ettiği temel hak ve hürriyetlere ilişkin özel sınırlama sebepleri ve Anayasanın 13. maddesi ile sınırlı bulunduğu da şüphesizdir.

7416 sayılı Kanun'la değişik 6563 sayılı Kanun bağlamında ekonomik bütünlük kavramının anlam ve kapsamının ortaya konulması amacıyla yukarıda verilen örnek hükümlerden de görüldüğü üzere, anılan düzenlemelerin atfı dolayısıyla itiraz konusu kural ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının teşebbüs özgürlüğüne ve/veya mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu müdahalelerin, Anayasa Mahkemesinin 13/07/2023 tarih ve E:2022/109, K:2023/125 sayılı kararında da belirtildiği gibi, kanunilik ve meşru amaç koşullarını taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Ancak ekonomik bütünlük tanımında yer alan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." ibaresinin, Kanunun diğer madde ve kısımlarında geçen hükümler ile bağlandığı sonuçlar (teşebbüs özgürlüğüne ve/veya mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar) dikkate alınarak ölçülülük ilkesi bakımından ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Buna göre, itiraz konusu kuralın, aynı kişilerce yönetilen şirketlerin ekonomik bütünlük içerisinde olduğunun kabulü suretiyle, elektronik ticaret piyasasında kartelleşme ve tekelleşmeyi önlemek suretiyle rekabet ortamının korunmasını, sektörün güvenli, sağlıklı ve düzenli bir şekilde işleminin sağlanmasını amaçladığı dikkate alındığında, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli olmadığı söylenemez.

Bununla birlikte söz konusu kuralın, ticaret şirketlerinin yönetiminde her halükarda belirleyici etkin bir rol imkanı/yetkisi tanımadığı, payların/oyların çoğunluğuna sahip olma sonucunu tek başına doğurmadığı, dolayısıyla herhangi bir kontrolü tek başına sağlamadığı göz önünde bulundurulduğunda; anılan amaç bakımından söz konusu sınırlamanın zorunlu olmadığı, aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olduğu; ayrıca elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının teşebbüs özgürlüğüne ve/veya mülkiyet hakkına getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmadığı ve elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya aşırı külfet yüklediği (istisnai durumları kapsayıcı bir tanım yapılmak istenirken hiçbir şekilde aynı kişilerce yönetildiğinden bahsedilemeyecek şirketler bakımından da sınırlamalar getirdiği), özetle itiraz konusu kural ile yapılan müdahalenin gerekli ve orantılı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bütün bu anlatılanlar çerçevesinde, 7416 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (j) bendinde yer alan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." ibaresinin, kuralın getiriliş amacı olan, elektronik ticaret piyasasında fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme amacını aşan ifadeler içermesi itibarıyla sorun oluşturabilecek nitelikte olduğu, bu şekilde uygulanması halinde şirketler hakkında birçok haksız uygulamalara sebebiyet vereceği ve bu haliyle Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı sınırlamalar getirdiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlet olup; Anayasanın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu değerlendirilen itiraz konusu kuralın, bu haliyle Anayasanın 2. maddesine de aykırılık teşkil edeceği tabiidir.

Bu itibarla, 7416 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (j) bendinde yer alan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

3.2. 7416 Sayılı Kanun'un 5. Maddesi ile Değişik 6563 Sayılı Kanun'un 11. Maddesinin 2. Fıkrasında Yer Alan "...bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye..." İbaresinin Değerlendirilmesi:

7416 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik 6563 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasında, Ticaret Bakanlığının, bu Kanunun uygulanmasını sağlamak amacıyla denetim yapmaya ve denetim sonuçlarını açıklamaya, denetim sırasında özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren durumlarda bilirkişi görevlendirmeye, bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye yetkili olduğu kuralına yer verilmiştir. İtiraz konusu kuralı ise, "...bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye..." ibaresi oluşturmaktadır.

Anılan fıkrada, özel uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren durumlar hakkında bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte, bu husus, 7416 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin 5. maddesinin gerekçesinde, "Kanun Teklifiyle getirilen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının incelenmesi esnasında elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların yazılımlarının ve algoritmalarının kontrolüne ihtiyaç duyulabilecektir. Bu incelemelerin teknik bilgi ve özel uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişikliklerle ihtiyaç duyulması halinde bilirkişilerin inceleme sürecine dâhil edilebilmesi ve görevlendirilebilmesi konusunda Bakanlık yetkili kılınmaktadır." açıklamasına yer verilmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre bilirkişiye başvurulacak konuların başında, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların yazılım ve algoritmalarının geldiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma (usus), ürünlerinden yararlanma (fructus) ve tasarruf etme (abusus) olanağı veren bir haktır. Anayasa'ya göre mutlak bir hak olmayan mülkiyet hakkına ancak

kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebilir (AYM, B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 28, 32).

Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) Ek 1 No'lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda, mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikri hakların yanı sıra, icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dahildir (AYM, Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60). Öte yandan, mülkiyet hakkının uygulanabilirliğinden söz etmek için, mülkün varlığının yanı sıra bu mülke sahip olunması da gerekmektedir.

Belirtilen çerçevede, öğretide, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet gösterdiği alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensuplarınca bilinen, ancak rakiplerince bilinmemesi ve üçüncü kişilere açıklanmaması gereken, işletmenin başarısı için gerekli olan bilgilerin tümü şeklinde tanımlanan "ticari sır" (Prof. Dr. Asuman Turanboy, "Ticari Sır", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.368.) kapsamında değerlendirilebilecek olan, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcılar tarafından araştırma geliştirme faaliyetleri sonucu oluşturulan, söz konusu sağlayıcıların sahip olduğu yazılım ve algoritmaların da ekonomik bir değer ifade ettiği, bu haliyle ticaretle ilgili fikri mülkiyet hakkına konu olduğu ve Anayasa ile AİHS'nin mülkiyet hakkına ilişkin güvencelerinin şemsiyesi altında bulunduğu sonucuna varılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 17/07/2014 tarihli ve Başvuru No: 2012/1035 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 35. ve AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde yer alan hükümler, devlete mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır (Depalle/Fransa [BD], B. No: 34044/02, 29/03/2010, § 85). Dolayısıyla mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır.

Buna göre, itiraz konusu kuralın, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların sahip olduğu ticari sır niteliğinde bulunan ve fikri mülkiyet hakkı kapsamında yer alan yazılım ve algoritmaları kullanma hakkını kontrol etmek ve idareye bu konuda düzenleme yetkisi vermek suretiyle sınırlama getirdiği; bu sınırlamaların ise elektronik ticaret piyasasında rekabet ortamının korunması, sektörün güvenli, sağlıklı ve düzenli bir şekilde işleminin sağlanması amacıyla yapılan denetimlerin etkin, bilimsel ve teknik verilere uygun, sağlıklı ve güvenilir şekilde gerçekleştirilmesine, özetle kamu yararı amacına yönelik olduğu ve bu haliyle meşru amaç içerdiği şüphesizdir. Ancak söz konusu kuralın kanunilik ölçütünü karşılayıp karşılamadığının ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinde, hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği temel bir ilke olarak benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha önce pek çok kez temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanunilik ölçütünün ilk olarak şekli bir kanunun varlığını gerekli kıldığını

belirtmiştir (AYM, Tuğba Arslan, § 96; Fikriye Aytin ve diğerleri, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 34). Bir yasama işlemi olarak kanun Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) iradesinin ürünüdür ve TBMM tarafından Anayasa’da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Bu anlayış temel hak ve özgürlükler alanında önemli bir güvence sağlar (AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 54).

Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirir ve bu noktada kanunun niteliği önem kazanır. Bu anlamıyla kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın erişilebilirliğini ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden belirliliğini garanti altına alır (AYM, Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015, § 56).

Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaklı hâle gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçilmiş olur (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §153, 154).

Öte yandan, Anayasa’nın 7. maddesinde, “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa’da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Bu bağlamda, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa’nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir (Anayasa Mahkemesinin 06/09/2013 tarihli, E: 2013/47, K: 2013/72 sayılı kararı).

Somut norma bakıldığında, itiraz konusu kuralın, şekli yönden kanunilik ölçütüne sahip olduğu açıktır. Bununla birlikte, denetim sırasında görevlendirilecek bilirkişinin görevi nedeniyle sahip olacağı ticari sırların, sağlayıcıların rakipleri ya da üçüncü kişilerce öğrenilmesinin haksız rekabete yol açacağı (TTK. m. 55), ayrıca ifşa edilmesinin suç teşkil edeceği (TCK. m. 239) dikkate alındığında; denetim sırasında görevlendirilecek bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların herhangi bir çerçeve ya da objektif kriter belirlenmeksizin, mülkiyetin kullanımı hakkına yapılacak müdahalelerin sınırlarına (bilirkişiliğe başvurulacak alanlar vb.) ve bu hakkın korunmasına yönelik tedbirlere

yer verilmeksizin kural koyma yetkisinin doğrudan ve tamamen idareye bırakılmasının, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesinin sağladığı güvence ile bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 7. maddesinde ifade edilen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırılık oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, itiraz konusu kural ile elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların yazılım ve algoritmalarına erişim yetkisi veren kuralların genel çerçevesinin kanunla çizilmiş olduğundan, maddi yönden kanunilik ölçütünün sağlandığından bahsetmenin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan, 6754 sayılı Birliklik Kanunu ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun, amaç ve kapsamı itibarıyla, itiraz konusu kuralda geçen birliklikler bakımından uygulanacak kural olmadığı, dolayısıyla sağlayıcıların mülkiyet haklarının anılan kanunlarda yer alan kural ve güvencelerden yararlanamayacağı açıktır.

Ayrıca, idare tarafından belirlenen ve her zaman değiştirilebilecek olan Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmeliğe bakıldığında da, itiraz konusu kuralın uygulanması mahiyetindeki 32. maddesinin 3. fıkrasında, denetim sırasında görevlendirilecek birlikliğin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yerine Bakanlığın denetim sırasında özel uzmanlık veya teknik bilgi gerektiren durumlarda birlikli görevlendirmeye yetkili olduğunun belirtilmesi ile yetinildiği, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar ile elektronik ticaret hizmet sağlayıcıların yazılım ve algoritmalarının korunması bakımından ne gibi önlemler alınacağı, birlikliklerin hak ve yükümlülükleri ve birlikliklerin kimler olabileceği noktasında açık ve sınırları belirli kriterlerin ortaya konulmadığı görülmektedir.

Bütün bu anlatılanlar çerçevesinde, 7416 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik 6563 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "birlikliğin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye" ibaresi, idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağlamamakta, bu haliyle belirli ve öngörülebilir nitelikte bir düzenleme içermediğinden kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Kural aynı zamanda, yasama organınca herhangi bir şekilde düzenlenmemiş olan alanda, idarece ilk elden ve doğrudan düzenleme yapılmasına olanak tanınması nedeniyle yasama yetkisinin genelliği prensibinin yer aldığı Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlet olup; Anayasanın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu değerlendirilen itiraz konusu kuralın, bu haliyle Anayasanın 2. maddesine de aykırılık teşkil edeceği tabiidir.

Bu bağlamda, 7416 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik 6563 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ibarenin, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

3.3. 7416 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi ile 6563 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin 1. Fıkrasının İkinci Cümlesinin Değerlendirilmesi:

7416 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'a eklenen "Elektronik ticarete haksız ticari uygulamalar" başlıklı Ek 1. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, elektronik

ticarete haksız ticari uygulamada bulunulması yasaklandıktan sonra, itiraz konusu ikinci cümlede, "Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının, aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret hizmet sağlayıcının ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan, makul karar verme yeteneğini azaltan veya belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan uygulamalarının haksız olduğu kabul edilir." kuralına yer verilerek haksız ticari uygulama sayılacak durumlara ilişkin genel bir çerçeve çizilmiştir.

Öte yandan, Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde, bu kurala aykırı faaliyette bulunanlar hakkında para cezası yaptırımını öngörülmüş; ayrıca Ek 1. maddenin 2. fıkrasında, her durumda haksız ticari uygulama sayılacak faaliyetlere sayma suretiyle yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (AYM, E:2023/23, K:2023, §101, 18/05/2023)

Söz konusu kural incelendiğinde, madde metninde, "ticari faaliyetlerini önemli ölçüde bozan", "makul karar verme yeteneğini azaltan" ve "belirli bir kararı almaya zorlayarak normal şartlarda taraf olmayacağı bir ticari ilişkinin tarafı olmasına sebep olan" gibi muğlak, müphem, objektiflikten uzak ve yoruma açık ifadelere yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte Kanunda, "azaltan", "önemli ölçüde bozan" ve "normal şartlarda" ibarelerinin denetlenmeye elverişli ve ölçülebilir herhangi bir tanımına da yer verilmemiştir. Oysa ki, kanun metninin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığının belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınması ve muhatapları açısından yeterli bir hukuki güvence sağlaması gerekmektedir. Aksi bir yorum, hangi fiillerin elektronik ticarete haksız ticari uygulama olarak kabul edileceği noktasında idarenin sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisine sahip olması ve buna bağlı olarak yaptırım öngörebilmesi anlamına gelecektir.

Bu itibarla, elektronik ticaretteki haksız ticari uygulamaların tespitine esas objektif ölçütleri açık ve net biçimde somut olarak ifade etmediği, idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağlamadığı, belirli ve öngörülebilir nitelikte bir düzenleme içermediği değerlendirilen itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuki belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu kanaatine ulaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın, aynı zamanda Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan teşebbüs özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar getirdiği de dikkate alındığında, maddi anlamda kanunilik ölçütünü sağlamaması nedeniyle bu yönden de Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda, 7416 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'a eklenen Ek 1. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

3.4. 7416 Sayılı Kanun'un 10. Maddesi ile 6563 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 4. Maddenin 3. Fıkrasının Değerlendirilmesi:

7416 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen ek 4. maddenin 1. fıkrasında, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 10 milyar TL'nin ve işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için lisans alma ve her yıl lisans yenileme mecburiyeti getirilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında, lisans ücretinin ödendiğine dair belgenin ibraz edilmesi halinde, başkaca bir şart aranmaksızın lisansın verileceği ya da yenileneceği kuralına yer verilmiştir. Maddenin itiraz konusu 3. fıkrasında ise, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların net işlem hacimleri esas alınmak suretiyle ödeyecekleri lisans ücreti oranları belirlenmiştir.

Her ne kadar 7416 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen ek 4. maddede yer alan "net işlem hacmi" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptal yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğu ve bu başvurunun da Anayasa Mahkemesi'nin E:2022/109 sayılı dosyasında görüşülerek karara bağlandığı görülmekte ise de; bu başvurunun sadece lisans ücretinin tespitine net işlem hacminin esas alınmasına ilişkin kurallara yönelik olduğu ve Anayasa Mahkemesince de incelemenin bu kapsamla sınırlı yapıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 22/09/2023 tarih ve 32317 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13/07/2023 tarih ve E:2022/109, K:2023/125 sayılı kararının 317. paragrafında, "Dava dilekçesinde elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının ödemesi gereken lisans ücretlerinin belirlenmesinde net işlem hacminin esas alınmasını öngören kuralların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmekte olup lisans ücretinin miktarının belirlenmesine ilişkin oranlar yönünden herhangi bir Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmamıştır. Bu itibarla Anayasa'ya uygunluk denetiminin elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının ödemesi gereken lisans ücretlerinin belirlenmesinde dava konusu kurallar uyarınca net işlem hacminin esas alınması kapsamında yapılması gerekmektedir." gerekçesine yer vererek, kuralın Anayasaya uygunluğunun sadece elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının ödemesi gereken lisans ücretlerinin belirlenmesinde net işlem hacminin esas alınması kapsamında yapıldığını açıkça belirtmiştir. Bu itibarla, kuralda yer alan ve daha önce Anayasa Mahkemesi nezdinde itiraz veya iptal başvurusuna konu olmayan diğer hükümlere karşı itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Kanun Teklifinin 10. maddesinin (7416 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin) gerekçesinde, "Pazara yeni giren işletmelerin eşit şartlar altında rekabet edebilmesine imkân sağlayabilmek ve belli büyüklükteki işletmelerin serbest piyasa koşullarını bozucu şekilde faaliyet göstermesini engellemek amacıyla, maddede belirtilen tutardaki haddi aşan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılara, kamu yararını da dikkate alarak lisans alma ve bu lisansı yenileme yükümlülüğü getirilmektedir. Lisans alma yükümlülüğü bir takvim yılındaki net işlem hacmi on milyar Türk lirasının ve iptal ve iadeler hariç işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde

olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için öngörülmektedir. Buradaki hadler, işletmelerin piyasa rekabetini bozmadan sağlıklı büyümesini dikkate alan bir yöntemle belirlenmiştir.

Lisanslamayla e-ticaret sektöründe belli büyüklükteki işletmelerin kamunun gözetim ve denetimi altına alınması amaçlanmaktadır. Lisanslama uygulaması ile büyük işletmeler lehine oluşan ve piyasa tarafından çözülemeyen dışsallık sorununa da müdahale edilmektedir. Öte yandan, belirlenen eşiklerin altında kalan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların, elektronik ticaret lisanslamasından muaf tutulmasıyla piyasadaki rekabet koşullarının iyileştirilmesine, elektronik ticaretin dengeli ve sağlıklı şekilde büyüme ve gelişmesine katkıda bulunulması amaçlanmaktadır." ifadelerine yer verilmiştir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesinin, yukarıda sözü edilen 7416 sayılı Kanun hakkında vermiş olduğu kararında da belirtildiği üzere, lisans ücreti, elektronik ticaretin dengeli ve sağlıklı şekilde büyüme ve gelişmesine katkıda bulunulması bağlamında kamu yararına yönelik olarak kamu gücü kullanılmak suretiyle yerine getirilmesi sağlanabilen bir yükümlülüktür. Bu haliyle itiraz konusu kuralın, lisans ücretini ödeyecek elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar yönünden mülk teşkil etmesi nedeniyle mülkiyet hakkını sınırladığı, bu sınırlamanın devletin mülkün kullanımını düzenleme veya mülkiyetin kamu yararına kullanılmasını kontrol etme yetkisi kapsamına girdiği; ayrıca elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların elektronik ticaret ortamında faaliyet yürütebilmelerini lisans ücreti ödeme koşuluna bağlaması nedeniyle teşebbüs özgürlüğüne de sınırlama getirdiği açıktır (AYM, E:2022/109, K:2023/125, 13/07/2023, § 321-324).

Bilindiği üzere, temel hak ve özgürlükler, somut norm özelinde mülkiyet hakkı ve teşebbüs özgürlüğü, ancak kanunla sınırlanabilmektedir.

Diğer taraftan, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın, ilgili temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde sayılan özel sınırlama sebeplerine, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş haklar yönünden o hakkın doğasından kaynaklanan sınırlara uygun olması gerekmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin de temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

Bunların yanı sıra, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların Anayasa'ya uygun olduğundan söz edebilmek için, Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ölçülülük ilkesinin de dikkate alınması gerektiği şüphesizdir.

Bu çerçevede yapılan değerlendirmede, itiraz konusu kuralın kanunilik ve meşru amaç kriterlerini taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda atıfta bulunulan kararında; lisans ücretinin tespitinde uygulanacak hükümler, lisans ücreti yükümlüleri, konusu, matrahı, oranı ve ödenme zamanının açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel şekilde düzenlenmiş, net işlem hacmi kavramından ne anlaşılması gerektiği hususu açık bir şekilde ifade edilmiş, bu nedenle mülkiyet hakkı ile teşebbüs özgürlüğüne sınırlama getiren kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve kanunilik ölçütünü sağladığı sonucuna varılmış olup; bu kapsamda itiraz konusu kural bakımından da kanunilik ölçütünün sağlandığı kabul edilmiştir.

Yine aynı kararda, ek 4. maddede çerçevesi çizilen lisans alma ve bu lisansı yenileme yükümlülüğünün; elektronik ticaret piyasasındaki hızlı değişimlerin gerçekleşmesinin ardından alınan tedbirlerin adil ve etkin işleyen rekabet ortamının sağlanmasında yetersiz kalması nedeniyle elektronik ticaret alanına yeni giren veya hâlihazırda bu alanda faaliyet gösteren piyasa aktörlerinin eşit şartlar altında rekabet edebilmesine imkân sağlamak ve belirli büyüklükteki işletmelerin serbest piyasa koşullarını bozucu şekilde faaliyet göstermesini engellemek, dolayısıyla devletin Anayasa'nın 167. maddesinde belirtilen pozitif yükümlülükleri kapsamında elektronik ticaret piyasasının millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile elektronik ticaret sektörünün güvenli, sağlıklı ve düzenli işleyişini sağlamak ve rekabet ortamını korumak amacıyla getirildiği, bu nedenle mülkiyet hakkına ve teşebbüs özgürlüğüne getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda kamu yararına dayalı meşru bir amacının bulunduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla lisans ücretine esas alınacak oranları net işlem hacmine göre belirleyen itiraz konusu kuralın da meşru amacı olduğu açıktır.

Bununla birlikte, itiraz konusu kuralın ölçülülük ilkesi bakımından ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Ayrıca, yukarıda da ifade edildiği üzere, mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır (Depalle/Fransa [BD], B. No: 34044/02, 29/03/2010, § 85).

Buna göre, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıdan lisans ücreti istenilmesine ilişkin kuralın, teşebbüs ve mülk sahibi olan sağlayıcılara aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklememesi gerektiği açıktır.

Bu bağlamda, itiraz konusu kuralın, elektronik ticaret piyasasında kartelleşme ve tekelleşmeyi önlemek suretiyle rekabet ortamının korunmasını, sektörün güvenli, sağlıklı ve düzenli bir şekilde işleminin sağlanmasını amaçladığı dikkate alındığında, bu amacı gerçekleştirmek için elverişli olmadığı söylenemez.

Ancak itiraz konusu kuralla, bir takvim yılındaki net işlem hacmi 10 milyar TL'nin ve işlem sayısı yüz bin adedin üzerinde olan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılar için lisans alma ve her yıl lisans yenileme mecburiyeti getirilmekle yetinilmeyip; her yıl ödenecek lisans yenileme ücretinin asgari lisans ücreti kadar belirlendiği, lisans alma ve yenileme ücretine esas değer olarak, sağlayıcıların aracılık faaliyetleri karşılığında elde ettiği komisyon geliri yerine pazar yerinde yapılan sözleşme ve verilen siparişler için düzenlenecek fatura değerleri toplamı anlamına gelen net işlem hacminin kabul edildiği, aynı zamanda lisans alma ve yenileme ücretinin, net işlem hacmindeki artışa koşut olarak kademeli şekilde artan oranda ve bir önceki eşişe göre alınacak ücretlere eklemeye yapılarak belirlendiği görülmektedir.

Bu çerçevede, 7416 sayılı Kanunla getirilen kurallar uyarınca, zaten kendi aracılık hizmeti sunduğu elektronik ticaret pazar yerlerinde kendisinin veya ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kişilerin markasını taşıyan ya da marka kullanım hakkını haiz olduğu malları satışa sunamayan, promosyon, ödül, puan, kupon, hediye çeki ve benzeri imkânları sınırlanan, ekonomik bütünlük içinde bulunduğu bankaların ya da 6361 sayılı Kanun kapsamındaki şirketlerin, kredi verme işlemleri dâhil sundukları her türlü hizmetin gerçekleştirilmesine ilişkin faaliyette bulunmasına imkân sağlaması yasaklanan, 10/07/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında eşya taşımacılığı, 26/09/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında taşıma işleri organizatörlüğü ve 09/05/2013 tarihli ve 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu kapsamında posta hizmet sağlayıcılığı faaliyetlerinde bulunması yasaklanan, mal veya hizmet ilanlarının yayımlanmasına elektronik ortam sağlaması hâlinde, aynı ortamda mal veya hizmet teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkân sağlaması yasaklanan ve reklam ile indirim bütçeleri de kısıtlanan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcılarından, itiraz konusu kurallar ayrıca, her yıl net işlem hacmi üzerinden, net işlem hacminde artış varsa bu artışa koşut olarak kademeli şekilde artan oranda ve bir önceki eşige göre alınacak ücretlere ekleme yapılarak lisans alma/yenileme ücreti alınmasının, Kanunla ulaşılmak istenilen rekabetin korunması amacının sağlanması bakımından gerekli ve orantılı olmadığı, aksine serbest rekabete dayalı piyasanın bozulmasına sebep olacak nitelikte olduğu gibi, kimi hallerde elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıların (söz konusu faaliyetleri sonucu elde ettikleri komisyon gelirlerinin tümünü veya gelirlerinden fazlasını lisans ücreti adı altında ödemek suretiyle) mülkiyet hakkının ve teşebbüs özgürlüğünün özüne dokunarak hak ve özgürlüğün kullanımını ortadan kaldıracı sonuçlara yol açabilecek mahiyete büründüğü kanaatine varılmaktadır.

Zira, söz konusu pazar yerlerinde sözleşme yapılan firmaya, sektöre, ürüne, ürünün pazar değerine, sürümüne, vb. ölçütlere göre komisyon oranlarının %1 ila 20 aralığında bulunduğu varsayıldığında, itiraz konusu kuralda yer verilen yüzde on, yüzde on beş, yüzde yirmi ve yüzde yirmi beşlik oranlarda lisans bedeli alınmasının, elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcının elde ettiği komisyon gelirlerinin ulaşılacak net işlem hacmine bağlı olarak, büyük bir kısmını, tümünü ve hatta gelirlerinden çok fazlasını lisans ücreti adı altında ödemek zorunda kalması sonucunu doğuracağı açıktır.

Ayrıca, dava konusu kuralda yer alan eşikler incelendiğinde, 10 milyar Türk Lirası ile başlayan birinci eşikle 65 milyar Türk Lirası ile başlayan son eşik arasında net işlem hacmi bakımından sadece 6,5 kat fark olmasına rağmen, alınan lisans ücreti bakımından yaklaşık 833 katlık bir fark olduğu görüldüğünden, kuralda belirlenen eşiklerin kendi arasında da makul bir orantısallık bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargının denetimine bağlı olan devlet olup; Anayasanın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu değerlendirilen itiraz konusu kuralın, bu haliyle Anayasanın 2. maddesine de aykırılık teşkil edeceği tabiidir.

Bu itibarla, 7416 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile 6563 sayılı Kanun'a eklenen ek 4. maddenin 3. fıkrasıyla, Kanunla ulaşılmak istenilen amacı aşacak ve ölçülülük ilkesini ihlal edecek şekilde sınırlamalar getirildiği anlaşıldığından, anılan kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle;

1. 6563 sayılı Kanun'un, 7416 sayılı Kanun'la değişik/ek;

a) 2. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendinde yer alan "...paylarının en az yüzde yirmi beşine ya da..." ibaresinin, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine;

b) 11. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "...bilirkişinin hak ve yükümlülükleri ile görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları yönetmelikle belirlemeye..." ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 35. maddelerine;

c) Ek 1. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine;

d) Ek 4. maddesinin 3. fıkrasının Anayasanın 2., 13., 35. ve 48. maddelerine;

aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasanın 152. maddesi gereği itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2. Dosyada bulunan konuyla ilgili belgelerin ve başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 24/10/2023 tarihinde oy birliğiyle karar verildi. ”