

TELEFON HATLARI ÜZERİNDEN KATMA DEĞERLİ HİZMET SUNUMLARINDA KARŞILAŞILAN BAZI HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Doç.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM**

I. GİRİŞ

Telekomünikasyon sektöründe seksenli yıllardan sonra gerek milletlerarası, gerek milli hukuklar bakımından önemli reformların gerçekleştirildiği, hizmetin tekel niteliği kaldırılarak, sektörün rekabete açıldığı görülmektedir. Bu gelişmenin sonucunda müşteri ile telekomünikasyon hizmetleri sunucusu arasındaki ilişki, kamu hukuku nitelikli olmaktan çıkmaya ve özel hukuk temeline oturmaya başlamıştır¹. Bu süreçte, mikro-elektronüğün yenilenmesinin telekomünikasyon alanında son yirmi yılda yaşattığı dönüşüm oldukça

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.E-mail: mfadil@atauni.edu.tr

¹ Blank, B., Die Rechtsbeziehungen zwischen Anbietern und Endkunden im Sprachtelefondienst nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes, Diss., Bielefeld 2002, 1. 2000'li yıllara kadar ülkemizde telekomünikasyon sektörünün gelişimi ve reform çabaları hakkında geniş bilgi için bkz., Yılmaz, K., Türk Telekomünikasyon Sektöründe Reform: Özelleştirme, Düzenleme ve Serbestleşme, Perşembe Konferansları 5, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, Şubat 2000, s. 3 vd.; Ulusoy, A., Telekomünikasyon Alanındaki Son Yasal Düzenlemeler ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, Perşembe Konferansları 11, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara, Kasım-Aralık 2000, s. 57 vd.. İngiltere'de 1982 yılında British Telecom'un tekelinin kaldırılması, Amerika Birleşik Devletlerinde de 1984 yılında Bell System'in parçalanması ile başlayan telekomünikasyon hizmetlerinin rekabete açılması eğilimi, Avrupa Birliği hukukunda da 1990 yılından itibaren gerçekleşebilmiştir. Ülkemizde de bu gelişmenin sonucunda 27.1.2000 tarihinde 4502 sayılı Kanun yürürlüğe konulabilmiştir. Bu kanun uyarınca 1.1.2004 tarihinden itibaren telekomünikasyon alt yapı hizmetleri bakımından Türk Telekom A.Ş.'nin tekel konumuna son verilmiş; 13 Nisan 2004 tarihinde bir yönetmelik değişikliği ile (28.3.2001 tarihli Telekomünikasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik) "uzak mesafe telefon hizmetleri" ne, her türlü teknolojinin kullanılarak telefon hizmeti sunulmasına imkan tanınmıştır. (RG No: 25432) Avrupa'da ve Alman hukuk sisteminde bu yönde yapılan reformlar hakkında geniş bilgi için bkz., Blank, 16 vd..

etkili olmuştur. Tamamen sayısal (digital), programlanabilir iletişim sistemini, şifreli yayınları, vs. bu gelişmenin ürünleri olarak görmek mümkündür².

Türk Kamuoyu'nun gündeminde Gaziantep'te görülen bir dava sonucunda verilen kararlar büyük yankı yaratan olay³, teknolojinin gelişmesine paralel olarak, telekomünikasyon araçlarının, kullanıcılarına sundukları bir çok yararın yanı sıra, kötü niyetli bazı uygulamalara zemin hazırladığını da göstermektedir.

Bu çalışmada özellikle telefon hatları üzerinden katma değer yaratan hizmet sunumları⁴ ile kişilerin nasıl zarar gördüklerine ve böyle zararlarla karşılaşmamak için bireysel, toplumsal ve hukuksal neler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

II. KATMA DEĞERLİ HİZMET KAVRAMI İLE TELEFON VE İNTERNET ORTAMINDA HİZMETİN SUNULMASI

A. KATMA DEĞERLİ HİZMET KAVRAMI

Katma değer yaratan hizmet veya katma değerli hizmet (=Mehrwertdienst) kavramı, Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁵ "Tanımlar" başlığını taşıyan 4 ncü maddesinde "Aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleriyle veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandı-

² Blank, 4. Bu süreç, sonuç olarak "Mediamatik" toplumu yaratmış, yani media, bilgisayar ve iletişim sektörü birbiriyle sıkı sıkıya kenetlenmiştir (Latzer, M., Die veränderte Rolle des Staates in der Mediamatik, in: Mediale Mehrwertdienste die Zukunft der Kommunikation (Karmasin/Winter (Hrsg.)), Wiesbaden 2002, s. 34).

³ Olayı duyuran bazı gazeteler için bkz., www.zaman.com.tr/2003/06/04/haberler/h11.htm; www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2003/06/04/gundem/gundem5.html. Bununla birlikte böylesine kamuoyunu ilgilendiren kararların kamuoyunu süratle bilgi edinebileceği şekilde yayınlanmasında büyük yarar vardır. Medya'ya yansıdığı kadarıyla kararda mahkeme, kullanıcı ile telekom arasındaki sözleşmede 900'lü hatların, sanat, kültür, edebiyat, bahçe kültürü konuları hakkında görüşme hükümlerini içerdiği, sözleşmede erotik canlı telefon bağlantısı görüşmesi yapılabileceğine dair bir hüküm içermediği, bu nedenle Telekom'un abonelerine izinsiz olarak erotik hat hizmeti verdiği görüşüne ve dolaşısıyla davacı lehine karar verilmiştir.

⁴ "Özel tarifeli mesaj servisi" şeklinde üst bir başlık altında mütalaa edilen bu hizmetler çeşitlidir ve katma değer yaratan hizmet sunumları bu hizmetlerden birisidir. Türk Telekom'un söz konusu servisin fiyat tarifesi hakkında bkz., www.telekom.gov.tr/tarifeler/900.html. Söz konusu hizmet numaralarından bazılarında servisi arayan kişi her hangi bir ücret ödemez iken, bazılarında görüşme gideri servisi arayan ile servisi sunan kişi arasında paylaşılmaktadır.

⁵ Yönetmelik, 28.3.2001 tarih ve 24356 sayılı Resmî Gazete'de ilan edilmiş ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

rılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri” biçiminde tanımlanmıştır⁶.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere geleneksel haberleşmede iletişimi sağlayan kuruluşlar görüşme trafiğine yalnızca aracılık etmekte iken, katma değerli hizmet sunumlarında görüşmeye bir nitelik kazandırılmakta, çoğu kez bilgisayarlar ile veriler yeniden bir işleme tabi tutulmakta, dolayısıyla katma bir değer yaratılmış olmaktadır.

Katma değerli hizmetler “multi medya hizmetleri” ismi altında toplanabilecek hizmetlerin bir kolunu oluşturmakta ve kendi içerisinde, iletişim amaçlı hizmetler (Telekommunikationsorientierte Dienste) ve multi medya uygulamalarına yönelik hizmetler biçiminde alt gruplara ayrılmaktadır. İletişim amaçlı hizmetler de, grup çalışmaları ve centrex⁷; multi medya uygulama hizmetleri ise, online hizmetler, video konferanslar ve uzaktan çalışma şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁸.

Katma değerli hizmetlerin alışlagelen sözlü iletişime nazaran bir takım farklılıklar taşıdığı gözlenmektedir. Bu farklılıkları esas itibariyle üç başlık altında toplamak mümkündür: Normal telefon görüşmesi eş zamanlı olarak gerçekleşirken, katma değerli hizmetlerin sunulmasında eş zamanlılık garantisizdir. Özellikle ses kutusu (=Voice Box) sistemlerinin kullanılmasında sesin gelmesinde gecikmeler yaşanabilmektedir. Normal görüşmelerde kişi bir çok telefon numarası arasından numara seçme şansına ve görüşmeyi istediği şekilde yönlendirme imkanına sahiptir. Katma değerli hizmet sunulan numaralarda ise sisteme bir rehber program eklenmiştir ve müşterinin gö-

⁶ Doktrinde, katma değerli hizmetin tanımını yapmanın zorluğuna dikkat çekilmekte ve özellikle bu hizmetlerin taşınabilirlik, kaydedilebilirlik özellikleri üzerinde durulmaktadır. Çeşitli tanımlama gayretleri için bkz., Winter, C., Die Zukunft medialer Mehrwertdienste: Eine kommunikationswissenschaftliche fächerübergreifende Einführung, in: Mediale Mehrwertdienste und die Zukunft der Kommunikation (Karmasin/Winter (Hrsg.)), Wiesbaden 2002, s. 11 vd.; Stögmüller, T., Fakturierung und Inkasso von Mehrwertdiensten, CR 2003, 253. Yazara göre katma değerli hizmet, salt bağlantı sağlama ediminin yanı sıra başkaca edimlerin de bir bütün halinde sunulduğu ve her iki edim karşılığında karma bir bedelin ödendiği hizmetlerdir. Burada kullanıcının ödediği bedelin az ya da yüksek tarifeli olmasının önemi yoktur.

⁷ Centrex, gün geçtikçe yaygınlaşan bir iletişim modelidir. Bu modelde, kişisel telefon aboneliğinden vazgeçilmekte, dolayısıyla bu hizmetin sağlanması için yapılan yatırım masraflarından tasarruf edilmektedir. Kişisel iletişimden vazgeçip, bir gruba dahil olan kişiler için sağlanan yarar ise, daha az masrafla ve daha kaliteli bir biçimde iletişim hizmetin sağlanabilmesi, ayrıca özel bir telefon hattına sahip olmanın doğuracağı riziko ve sorumluluklardan kurtulabilmesidir. Bkz., <http://www.jp-centrex.org/whatis/index.html>

⁸ Winter, 13.

rüşme üzerinde nüfuzu yoktur. Hizmet, müşteri farkında dahi olmadan bir başka ülkeden temin edilebilir. Yararlanan kişinin bu süreci kontrol etmesi mümkün değildir. Normal görüşmeler kamuya açılabilirken, grup görüşmeleri yapılabilirken, katma değerli hizmetler grup görüşmelerine kapalıdır⁹.

B. TELEFON VE İNTERNET ORTAMINDA HİZMETİN SUNULMASI

Bilindiği üzere digital santrallerle birlikte bilgisayarların iletişim sektöründe yaygın biçimde kullanılmasıyla birlikte telefonlar ve telefon hatları, haberleşme aracı olmanın ötesine taşınmış, hatta bazı sözleşmelerde, sözleşme ile üstlenilen bazı edimlerin ifasını dahi aracılık eder hale getirmiştir. Örneğin, bir bilgisayar programının, veri taşıyıcısının aracılığına gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya devir ve teslim edilebilme, diğer bir ifade ile kullanıcının bilgisayarına programın indirildiği (=download) hallerde, telefon hatları, ifanın gerçekleştirilmesine aracılık etmektedir.

Telefon hatları üzerinden katma değer yaratan bir çok hizmet sunmak mümkün olduğu halde, uygulamada sorunlar daha ziyade, ülkemizde genellikle 900'lü hatlar olarak bilinen "cinsel" içerikli hizmet sunumlarında yaşanmaktadır¹⁰. Ancak katma değer yaratan hizmet sunumları yalnızca "cinsel" içerikli hizmetlerden ibaret olmayıp¹¹, vergi konusunda danışmanlık

⁹ Bred, S., Die unsichtbare Regulierung von Mehrwertdiensten in Österreich im Rahmen der Liberalisierung, in: Mediale Mehrwertdienste und die Zukunft der Kommunikation (Karmasin/Winter (Hrsg.)), Wiesbaden 2002, s. 64 vd., 72.

¹⁰ Teknik bakımdan sistem şu şekilde işlemektedir: Telekom, 900'lü hatlarda E1/R1 protokolüne sahip PCM giriş/çıkış, hat olarak da fiber optik kablo veya yeni çıkardığı modem bağlantısı hizmeti sunmaktadır. 900'lü hat sistemleri, yüksek sayıda bir uzatma slotuna sahip bir endüstriyel bilgisayar, sayısal girişlere sahip VM kartları ve E1/R1 protokolüne uygun bir PCM kartından oluşur, http://cceylan01.tripod.com/voice_mail.htm.

¹¹ 900'lü hatlar üzerinden bağış toplandığı dahi görülmektedir. Bu durumda 900'lü hatları arayan kişi, görüşme süresinin uzunluğuna göre hesaplanan bedel karşılığında herhangi bir hizmet almamakta, bu bedel kadar bağış yapmış kabul edilmektedir. Örneğin Türkiye Eğitim Gönüllüleri Vakfı böyle bir uygulamaya gitmiş ancak uygulama, Almanya, Avusturya, Belçika gibi bazı Avrupa ülkelerindeki servis numaraları ile gerçekleştirilmektedir. Bkz., www.tegv.org/bagis_900.htm. Ülkemizde de 900'lü hatlarla ilgili olarak Telekomünikasyon Üst Kurulu bir yönetmelik değişikliği ile bu gibi hatların işletilmesini "yetki belgesi" alma şartına bağlamıştır (m. 27). Zira bu hatlar aracılığı ile sunulan hizmetler "katma değerli hizmet"lerdendir ve "bir telekomünikasyon hizmeti yürütülmesi..... ancak bir görev sözleşmesi veya imtiyaz sözleşmesi imzalanması veya bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmesi yolu ile yapılır (m. 5)". Ulaştırma Bakanlığı'nın "Telekomünikasyon hizmeti Sunacak İşletmelere Verilecek Yetki Belgeleri Hakkında Yönetmelik Taslağı" üzerinde çalıştığı görülmektedir. Taslağın 6 ncı maddesinde tanımın bazı eklemelerle yinelenildiği görülmekte ve ana telekomünikasyon şirketinin hizmetine nazaran söz konusu katma değerli hizmetin "ikincil nitelikte" olduğu ifade e-

hizmetleri, hukuki danışmanlık hizmetlerinin¹² de bu yollarla verildiği görülmektedir. Biz bu çalışmada özellikle “çevirici” adı verilen programlarla kişilerin 900’lü hatlara yönlendirilmesi ve bu yolla haksız kazanç elde edilmesi ve bu soruna karşı hukuken neler yapılabileceği konusu üzerinde durmak istiyoruz.

Müşteriler 900’lü hatlardan katma değer yaratan hizmeti iki yolla alabilmektedir: Bu yollardan ilki, telefon aracılığı ile 0 900....diye başlayan telefon numarasını çevirmektir. Diğer yol ise, internet üzerinden 900’lü hatlara erişimi sağlayan bir program aracılığı ile (ki, bu program “çevirici (=dialer)” olarak anılmaktadır¹³) bu hatlara bağlanıp sunulan hizmeti almaktır¹⁴. Telefonda müşterinin karşısına ya bir bant kaydı çıkmakta, ya da karşı tarafta bir kişi istenilen hizmeti sunmakta, örneğin sohbet yapmakta veya vergi veya hukuki bir konuda görüş bildirmektedir. İnternet ortamında da yine bir bilgisayara kaydedilmiş, görsel, işitsel vs. veriler internet ortamında kullanıcının bilgisayarına aktarılmaktadır.

Her iki halde de hizmet karşılığı ödenecek ücret, kural olarak bağlantı süresinin uzunluğuna göre belirlenmektedir¹⁵. Bilindiği üzere hukukumuzda taraflar arasında ücret, iş görme sözleşmelerinde söz konusudur ve taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabilir; meğer ki, bu ücret fahiş addedilip, gabi-

dilmiştir. Bu ifadenin anlamı, ana telekomünikasyon şirketinin, katma değerli hizmeti tedarik edip, tekrar pazarladığı, hizmetin tekrardan satıcısı olduğudur. Bu anlayışa göre, katma değerli hizmeti sunan kuruluş, ana telekomünikasyon şirketinin BK. m. 100 anlamında “ifa yardımcısı” sayılır. Telekomünikasyon hizmetlerinin görülmesinin tabi tutulduğu rejim hakkında bkz., Ulusoy, 58 vd..

- 12 İnternet ve telefon hatları üzerinden avukatlık hizmetleri konusunda geniş bilgi için bkz., Büning, R./Edenfeld, S., *Anwaltliche Beratung über die Telefon-Hotline*, MDR 1999, 532 vd.; Bardenz, A., *Anwaltliches Werberecht - Eine Übersicht möglicher Werbemittel*, MDR 2001, 247 vd.; Römermann, V./Funke, S., *Anwalts-Hotlines, Ein Überblick über System und Rechtsprechung*, MDR 2001, 1 vd.. Türk hukukunda böyle bir hizmetin 900’lü hatlar üzerinden verilebilmesi için (Barolar uygun bulsa dahi) yine “Bakanlıktan alınacak yetki belgesi” gerekir. Türkiye Barolar Birliği’nin konuya yaklaşımını yansıtan resmi bir belge bulunmamaktadır.
- 13 “Çevirici programlar” internet üzerinden hizmeti sunanlarca ücretsiz olarak kullanıcıların bilgisayarına indirilebilen ve bilgisayarın sabit diskinde çok az yer tutan küçük bir programdır ve kullanıcıyı yeni bir bağlantıya aktarır. Bu yeni bağlantı genellikle pahalı tarifeler üzerinden iletişim kuran mesaj servisleriyle yapılmaktadır.
- 14 Lienhard, U., *Missbräuchliche Internet-Dialer-eine unbestellte Dienstleistung*, NJW 2003, 3592; Janal, Ruth M., *Sanktionen und Rechtsbehelfe bei der Verletzung verbraucherschützender Information- und Dokumentationspflichten im Elektronischen Geschäftsverkehr*, Berlin 2003, 56.
- 15 Härtling, N., *Recht der Mehrwertdienste 0190/0900, Dialer-Haftung-Verträge-Werbung*, Köln 2004, s. 3.

ne vücut vermesin, hukuk düzenince çizilen başkaca sınırlamaları ihlal etmesin¹⁶. Özetlemek gerekirse, katma değer yaratan hizmet sunumlarında, hizmetin sunulması karşılığında ödenecek ücret, tarafların anlaşmaları uyarınca görüşmenin süresine ve birim süre için uygulanacak birim fiyata göre belirlenmektedir¹⁷. Dolayısıyla 900'lü hatlar üzerinden temin edilecek bir hizmet için esasen iki farklı ücret söz konusu olmakta; toplam ücretin bir kısmı aracılık hizmeti gideri, kalan kısmı ise hizmet bedelidir. Bununla birlikte yararlanma süresinin uzunluğuna bağlı olmayan ücret yöntemlerinin de varlığı bilinmektedir¹⁸.

Hizmet sunucuları böyle bir fiyat politikası izlemeye yönelten temel etken, müşterilerin kredi kartı numarası vermek konusunda çekingenlikleri, üyelik bilgilerinin haksız yollardan diğer rakip site yöneticilerince ele geçirilip, örneğin istenmeyen e-postaların gönderilmesi gibi, kişilik haklarının ve bazı hallerde malvarlığı değerlerinin ihlali tehlikesidir. Kişi böyle bir seçim yapmakla bir yandan anonim (kimliği belirsiz) kalmakta¹⁹, diğer yandan kullanıcı zamandan ve bir çok formaliten de kurtulmaktadır.

16 Örneğin Almanya'da 900'lü hatların işletilmesinde hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla bir yasa çıkarılmış, Yasa 14.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasada görüşme süresinin uzunluğu ve dakika başına tavan ücret gibi hususlarda düzenlemeler getirilmektedir. Almanya'da katma değerli hizmetlere karşı tüketicilerin korunması yönünde yapılan yasal düzenlemeler hakkında eleştiriler için bkz., Rösler, H./Zagouras, G., Neue Verbraucherschützende Grundlagen bei Mehrwertdiensten, NJW 2002, 2930 vd.; Rösler, H., Die Bekämpfung des Missbrauchs von Mehrwertdienstnummern, NJW 2003, 2633 vd..

17 Katma değerli hizmetlerin ücretlendirilmesinde farklı yöntemler de kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, bazı GSM şirketlerinin katma değerli hizmet olarak nitelenebilecek, cep telefonuna melodi yüklenmesi veya günlük olarak olaylardan haberdar etmeye yönelik "haber paketleri" gibi hizmetler, görüşme süresinin uzunluğuna göre değil, belirlenen sabit ücrete göre (faturalı hatlarda örneğin aylık 5 milyon veya kontrollü telefonlarda günlük iki kontör ücreti şeklinde) alınmaktadır. Telekomünikasyon hizmetlerinin fiyatlarında temel ilkeler konusunda bkz., Ulusoy, 79 vd..

18 Blank, 56. Ücretin bu yöntemde, katılım ücreti (hizmeti almaya hazır hale getirme, tesis ücreti) ve aylık olarak ödenen temel ücretten oluştuğu görülmektedir. Katılım ücretinin ise yapılan masrafa göre farklılıklar gösterebildiği görülmektedir.

19 Cinsel edimlerin pazarlanmasının insanlık tarihi kadar eski olduğu, gerek dinsel gerek ahlaki düşüncelerle bunun engellendiği göz önünde tutulduğunda, bu tür hizmet tüketicilerinin öteden beri anonim kalma arzusu ve arayışında bulunduğu görülmektedir. Cinsel bazı edimlerin telefon hatları üzerinden sağlanması tüketicilere böyle bir imkan vermektedir. Bkz., Peifer, K-N., Sittenwidrigkeit von Verträgen über die Bereitstellung von Telefondiensten?, NJW 2001, 1912 vd..

II. TELEFON HATLARI ÜZERİNDEN KATMA DEĞER YARATAN HİZMET SUNUMUNDA TARAFLAR ve TARAFLAR ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİLER

Bu hizmetin sunulmasında genellikle üç kişi yer almaktadır: Bunlar, hizmeti alan “kullanıcı”, “hizmeti sunan” ve “telefon ağlarının işleticisi”. Ancak bu kişilere, web sitesinde 900’lü hatlar üzerinden hizmet sunan web sitesine bağlantı için reklam yapan, link koyan web sitesi işleteni de eklemek mümkündür²⁰.

Hemen belirtmek gerekir ki, bu kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin belirlenmesi konu ile ilgili iki temel yaklaşımdan birinin tercih edilmesi ile yakından ilgilidir. Bu yaklaşımlardan ilki, ağ sunucusunun, hizmetin tekrar satıcısı olması ve dolayısıyla kendi edimini ifa ediyor olması; diğeri hizmet sunucusunun kendi edimini ifa ediyor olmasıdır. İlk ihtimalde hizmet sunucusu BK. m. 100 anlamında (§ 278 BGB) ifa yardımcısı sayılırken, ağ işleticisinin nötr konumu reddedilmekte; diğeri ise, hizmet sunucusunun ediminin ifasında ağ işleten nötr konumda sırf bağlantıyı sağlayan aracı konumunda bir kuruluş olarak kabul edilmektedir. Biz ikinci görüşe katılıyoruz²¹. Buna göre şimdi bu üç kişinin birbirleriyle olan ilişkinin hukuki nitelikleri üzerinde duralım.

A. AĞ İŞLETİCİSİ İLE KULLANICI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Ağ işleticisi ile kullanıcı arasındaki ilişki genellikle “telefon abonelik sözleşmesi” olarak nitelendirilmektedir. Gündelik hayatta bazı hizmetlerin edinilmesi abone olunmasına bağlanmaktadır. Bir diğeri ifade ile abone olunmadan hizmeti almak mümkün olmamaktadır ve abonelik, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaktadır. Hizmetin bir tarafı genellikle “abonelik sözleşmesi” adı verilen ve genel işlem şartlarını içeren bir “sözleşme metni” hazırlamakta; diğeri tarafın kabulüne sunmak-

²⁰ Stögmüller, CR 2003, 254; Braun, S., Das Dialerproblem, www.vur-online.de/beitrag/35.html.

²¹ Alman Federal Mahkemesinin kararı (BGH, NJW 2002, 361) temel alan ve buna göre taraflar arasındaki ilişkiyi inceleyen benzer görüş için bkz., Lienhard, NJW 2003, 3594 vd.. Bu görüşe göre böyle bir halde üç hukuki ilişki doğmaktadır: İçerik sunmaya dair sözleşme, ağ bağlantısı sunan kişi (ağ işleticisi) ile doğan ilişki ve somut bağlantıya ilişkin aracılık sözleşmesi (Vertrag mit dem Vermittlungsdienstleister). Aracılık hizmeti taraflar arasındaki veri trafiğinde sunulmaktadır. Yazara göre bu ilişkide doğrudan doğruya bir ücret ödeme söz konusu olmadığından, bağlantıya aracılık hizmetinin karşılığının hizmet sunucusunun alacağına belirli bir kısmını oluşturduğundan içeriğin ne olduğu, bağlantıya aracılık edenini ilgilendirmez, önemli olan bağlantı süresidir ve ağ işleten yani bağlantıya aracılık eden ücret hak kazanır; Federal Mahkeme’nin kararında isabet vardır (s. 3594-3595).

tadır. Bu noktalarda da bazı sorunlar çıkmakta ise de, bizi ilgilendiren husus, telefon görüşmesini sağlama yükümlülüğü altına giren kişinin yükümlülüğü hakkında hukukumuzda hangi hükümlerinin uygulanacağıdır.

Kanımızca bir telefon sözleşmesinde üstlenilen edimleri ve bu edimlere uygulanacak hükümler konusunda bir ayırım yapılmalıdır:

Müşterinin telefonunun fiziki olarak ağla bağlantısının sağlanması ve ağa bağlı diğer kişilerin müşteriye ulaşabilmeleri amacıyla bir telefon numarasının tahsis edilmesi ediminin bir kişi tarafından (ki genellikle bu kişi Telekom Şirkettir) üstlendiği ilişkide, bir görüş, sözleşmenin iş görme edimini de içermekle birlikte söz konusu iş görme edimlerinin, kira sözleşmesinde kiralayanın kiralananı kullanmaya hazır hale getirme ve kira sözleşmesi boyunca yararlanmaya elverişli halde tutma borçlarının fer'i olmaktan öteye geçmediğini, dolayısıyla sözleşmenin kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²². Bu sözleşme uyarınca telefon bağlantısını sağlayan taraf, fizik olarak telefonun ağla bağlantısını kurmak ve müşteriye yararlanmasını temin amacıyla bir çağrı numarası (telefon hattı) tahsis etmek durumundadır²³. Buna karşılık bir diğer görüşe göre, kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin söz konusu ilişkiye uygulanması tatminkar olmayan bazı sonuçlar yaratır ve ilişkiye uygulanabilecek en elverişli hükümler "eser sözleşmesi" hükümleridir²⁴.

Telefon şirketinin üstlendiği bir diğer asli edim, kullanıcının görüşmek istediği kişinin telefon numarasını çevirdiğinde bu numara ile bağlantının kurulabilmesini ve dolayısıyla kullanıcının istediği kişi ile görüşebilmesini temin etmektir. Bu yükümlülük, "eser sözleşmesi"ne ilişkin hükümlere tabidir ve sonucun gerçekleşmemesi yüklenici telefon şirketini sorumlu kılar²⁵. Genel olarak telefon bağlantısının temin edilmesi ve kullanıcıya bir telefon hattı tahsis edilmesi edimi ile görüşmenin yapılmasını sağlamayı üstlenen kişi aynı kişidir ve bir kişi ile iki ayrı sözleşme yapılmaktadır. Bu iki söz-

²² Weber, J., Die Rechtslage bei Verbindungen ins Internet durch 0190-Dialer, www.dialerundrecht.de/rechtslage.pdf, s.1; Braun, anılan web sayfası (a.w.s). Kanımızca bu ilişkinin yabancı edimleri (kira sözleşmesine nazaran yabancı) içeren karma bir sözleşme sayılması mümkündür. Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda da doktrinde hakim görüş, kıyasen uygulama ve hukuk yaratma görüşüdür. Dolayısıyla hakim sözleşmenin yapısına uymayan hükümlerin uygulanmasından kaçınılabilir.

²³ Telefon hatlarının sahibi ile katma değerli hizmeti sunan arasındaki ilişkinin kira ilişkisi olduğu yönündeki görüş için bkz., Winter, R., Zur Mitstörerhaftung bei unverlangter 0190-Telefaxwerbung, JurPC Web-Dok. 254/2002, Abs. 7 vd.. (www.jurpc.de/aufsatz/2002254.htm).

²⁴ Blank, 87 vd.; 104; Stögmüller, CR 2003, 254.

²⁵ Weber, 1.

leşmenin birleştiği ve tek bir sözleşme halinde karşımıza çıktığı da söylenebilir²⁶. Kanaatimizce söz konusu ilişki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin de bir kararında²⁷ isabetli olarak vurguladığı biçimde isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

B. KULLANICI İLE KATMA DEĞER YARATAN HİZMET SUNUCU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kullanıcı 0 900 ile başlayan numarayı çevirdiğinde yalnızca ağ işleticisi ile arasında bir sözleşme kurmakla kalmaz, katma değer yaratan hizmet sunucusu ile de hukuki niteliği tartışmalı olan bir iş görme sözleşmesi kurulur²⁸. Hizmetin zaman içerisinde tekrarlandığı hallerde bu durum taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi de yaratır²⁹. Bu sözleşmeyi kuran irade de, irade faaliyeti ile açığa vurulmaktadır (=durch konkludente Verhalten). Kullanıcının numarayı çevirmesi hukukten “kabul” değil, “icap” olarak nitelendirilmelidir. Katma değer yaratan hizmet sunucusu kullanıcının irade beyanını kabul eder ya da reddeder. Hizmeti sunan kişinin, arama üzerine hizmet ve-

26 Karma nitelikte sözleşme olduğu yönünde görüş için bkz., Korf, R., Umsatzsteuerrechtliche Behandlung grenzüberschreitender Telefongespräche, CR 1995, 518 vd.; Weber, I. İsviçre Federal Mahkemesi ileride de ayrıntılı bir biçimde ele alınan “Swisscom Kararı”nda (BGE 129 III 604 vd.=4C. 50/2003) iletişimin alt yapısını sağlayan şirket (Swisscom) ile müşteri arasındaki ilişkiye eser sözleşmesine dair hükümlerin kolaylıkla uygulanamayacağını, zira böyle bir ilişkinin isimsiz sözleşmelerden “sui generis” nitelikli olduğuna karar vermiştir (Karar internet üzerinden www.bger.ch adresinden temin edilebilir). Tarafların yükümlülükleri konusunda geniş bilgi için bkz., Blank, 65 vd..

27 BGE 129 III 604, Erwaegung 5.3.

28 Tartışmalar için bkz., Blank, 106 vd.. Hizmet sunucunun sunduğu edimi bir “hizmet edimi (=Dienstleistung)” olarak nitelemesi bir telekomünikasyon sektöründen kaynaklanan bir alışkanlıktır ve bu deyim kullanılması, aradaki ilişkiye mutlaka hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının istendiği anlamına gelmez (Blank, 84). Yazar sonuç olarak telefonda (sözlü) görüşmenin sağlanmasına ilişkin sözleşmenin “eser sözleşmesi” sayılması gerektiğini savunmaktadır (s. 121 vd..). İsviçre Federal Mahkemesi'nin “Swisscom-Kararı”nda da (BGE 129 III 604, Erwaegung 5.3) müşteri ile hizmet sunucusu arasında doğrudan doğruya bir sözleşme ilişkisi kurulduğu belirtilmektedir. Halbuki hizmet sunucular öteden beri ısrarla, kendilerinin doğrudan doğruya sözleşmenin tarafı olmadığı, sözleşmenin taraflarının ağ işleticisi ile kullanıcı olduğu iddiasındadırlar. Bkz, Mion, a.w.s., Rz. 14.

29 Blank, 181 vd.. Buradaki hukuki ilişkinin niteliğinin hizmet ya da eser sözleşmesi olabileceği belirtilmekte, örneğin, salt chat hizmetinin sağlanması, hizmet; buna mukabil hava durumu vs. hizmetlerin sunulması ise eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir, Stügmüller, CR 2003, 254..

receğini belirtmesi, bu yönde ilan ve reklam yapması “icaba davet” olarak nitelendirilmelidir³⁰.

Kullanıcı ile katma değer yaratan hizmet sunucusu arasındaki ilişkide telekomünikasyon şirketleri sırf hizmetin sunulmasına aracılık eden “nötr kuruluşlar” olarak kabul edilmektedir³¹.

C. AĞ İŞLETİCİSİ İLE KATMA DEĞER YARATAN HİZMET SUNUCUSU ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bu iki kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği de tartışmalıdır. Bazı mahkeme kararlarına da yansıyan bir görüş, telekomünikasyon şirketlerinin hizmeti bir başkasından temin ettikleri, özel tarifeli hatlar üzerinden katma değerli hizmet sunucularının ahlaka aykırı olduğu iddia edilen edimler sebebiyle BK. m. 100 (§ 278 BGB) anlamında ifa yardımcısı sayılması gerektiği yönündedir³². Bu görüşe karşı, telefon seksi görüşmelerinde sunucunun kendi edimini ifa ettiği, ağ işletenin ise müşterisine karşı kendi edimini ifa ettiği görüşü ileri sürülmüş, dolayısıyla hizmet sunucusunun ağ işleticisinin ifa yardımcısı olduğu yolundaki görüş reddedilmiştir³³.

Doktrinde katma değerli hizmet sunucusunun ağ işleticisinin yardımcı şahsı sayılamayacağı zira, yardımcı kişi olma vasfının ancak, borçlunun iradesi ile kazanılabileceği haklı olarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte borçlunun iradesi olmaksızın dahi borçlunun akdi bir yükümlülüğünü yerine getiren kişinin tıpkı görünürde temsil ilişkisinde olduğu gibi, yardımcı kişisi sayılabileceği yönünde görüş de ileri sürülmüştür³⁴.

30 Demmel/Scrobotz, CR 1999, 564; Klees, A., Vertragsverhaeltnisse bei der Nutzung von Mehrwertdienstnummern, CR 2003, 331 vd., 334.

31 BGH, CR 2002, 107 vd..

32 Weber, 4; Braun, a.w.s.; LG Berlin, Urt. vom 27.01.2003. Kararın çevirisi için bkz., Bozbel, a.w.s. Doktrinde, ağ işleticisi ile hizmet sunucusu arasındaki sözleşmenin, özel tarifeli hattı arayan kişi lehine akdedilmiş bir sözleşme olduğu, bu kişinin özel tarifeli hattı araması ile ağ işleticisinin söz konusu bağlantıyı sağlama yükümlülüğü altına girdiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre burada ekonomik bakımdan birbirinden soyut iki sözleşme bulunmaktadır. Bunun anlamı ise, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bulunmadığı hallerde dahi, ağ işleticisinin bağlantıyı sağlama yükümlülüğünün bulunmasıdır. Bkz., Demmel/Scrobotz, CR 1999, 564. Bu görüşün ağ işleticisi ve hizmet sunucusunu birbirlerinin ifa yardımcısı olarak değerlendirdiği söylenebilir.

33 Görüş hakkında bkz., Weber, 3; Peifer, NJW 2001, 1913.

34 Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira görünürde temsil yetkisinde temsil yetkisi bulunmayan üçüncü kişi, dürüstlük kuralı uyarınca temsil yetkisi varmış gibi işlem görmektedir. Temsil olunan kişi bu halden haberdar olmamakla birlikte somut olayda gerekli özeni göstermiş olsaydı durumu bilebilecek ve gerekli önlemleri alabilecek durumdadır. Bu esasın ifa yardımcılarının alanındaki ifadesi “görünürde ifa yardımcıları” olmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi anılan kararda, iletişimin alt yapısını sağlayan kuruluşun sunulan hizmetin niteliğinden bağımsız olarak faaliyette bulunduğu dile getirilmiştir. Bu aracılık hizmetinin hukuki kaderi sunulan diğer hizmetle ilişkilendirilemez. Diğer yandan bağlantı sağlayıcı kuruluş, katma değer yaratan hizmeti sunan kişinin tahsildarı (=Inkassostelle) konumunda da değildir³⁵. Ağ işleticisi ile hizmet sunan arasındaki paranın tahsili dolayısıyla doğan ilişki, ağ işleticisi ile müşteri arasındaki ilişkide taraflar arasında kararlaştırılan tarife bedeli üzerinden tahakkuk eden alacağa dair mahsup ilişkisidir (=abrechnung). Bir diğer ifade ile ağ işleticisinin kullanıcıdan alacağı hizmet sunucusunun kullanıcıdan alacağından mahsup edilmekte, kalan bedel, hizmet sunucuya ödenmektedir. Zira söz konusu tarife bedeli temeline dayalı olarak kullanıcı katma değer hizmet sunucusunu seçme konusunda karar verebilmekte, arzu ettiği bilgiyi almakta veya kiminle sohbet yapabileceğini seçebilmektedir. Bir diğer ifade ile kişiye gönderilen fatura hizmetin bedelidir. Unutmamak gerekir ki, hizmetin bedeli, sunucu tarafından belirlenmekte, hizmet bedelinin ne olacağı konusunda kesin bir belirleme yapılmamaktadır³⁶.

Bu noktada ağ işleticisi ile katma değerli hizmet sunucusu arasındaki ilişkiye dair Köln Eyalet Mahkemesince verilen bir karara³⁷ yer vermekte yarar görülmüştür. Bu kararda, katma değerli hizmet sunucusunun telefon kullanıcılarının farkında olmadan, çevirici bir program ile bilgisayar aracılığı ile hizmet sunması halinde, ağ işleticisinin de birlikte sorumluluğunun doğacağını ve bu sebeple ağ işletenin, özellikle müşteriye yasal yükümlülüklerin yerine getirilmeden (uyarma ve aydınlatma yükümlülükleri) hizmet sunması halinde bu telefona numarasına erişimi engellemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bir diğer ifade ile erişimi engellemeyen ağ işleticisi de tıpkı katma değer-

Kullanıcı bu durumda, ağ işletenin bilgi ve iradesi dahilinde çevirici sunucusunun (=Dialeranbieter) hareket ettiğini, zira ağ işletenin gerekli dikkat ve özeni gösterseydi durumu bilebileceği ve söz konusu faaliyeti engelleyebileceğini ileri sürmektedir, özetle kullanıcıya göre, çevirici sunucunun akde aykırı davranışını ağ işleteni yüklenmek durumundadır. Böyle bir kabulde kullanıcının, çevirici sunucusunun ağ işletenin bilgi ve iradesi altında davrandığı sorgulanmağa muhtaçtır. Zira ağ işletenin her 900'lu çeviriyi kontrol etmesi ne mümkündür ne de böyle bir tutum ondan beklenebilir.

35 Hizmet sunucusu ile ağ işleten arasındaki ilişkinin tahsil sözleşmesi (=Inkassovertrag) olduğu yönündeki görüş için bkz., Stögmüller, CR 2003, 254.

36 Almanya'da yürürlüğe yeni giren düzenlemede dakika başına en çok 2 Euro'luk bir bedel öngörülebileceği belirtilmekle birlikte ülkemizde faaliyet gösteren hat işleticileri genellikle "Türk Telekom'un uluslar arası telefon görüşme tarifesi" esas almakta veya dakika başına yaklaşık 2.800.000 Türk Lirası ücret tahakkuk ettirilmektedir.

37 LG Köln, CR 2003, 930.

li hizmeti sunan kişi gibi sorumlu olur; hizmet sunucusunun fiili, ağ işleticisine yüklenir³⁸.

III. ÇEVİRİCİ PROGRAMLARLA YARATILAN TEHLİKELER

Yukarıda da bir vesile ile belirtildiği üzere kişilerin internet ortamında katma değerli hizmet alma yollarından biri, “çevirici (=dialer) programı” denilen bir programı bilgisayara kurmak ve çalıştırmaktır. Ancak bu programların kötüye kullanıldığı hatta bu sebeple bilgisayar virüsü, truva atı, kurtçuklar vs. bilgisayar sistemine ve programlarına zarar verenler kategorisi içinde değerlendirildiği görülmektedir³⁹. Örneğin, çoğu kez kullanıcılarda 900’lü hatlar üzerinden bağlantı kurma bilinci oluşmaksızın bağlantı kurulduğu görülmektedir. İnternet ortamında üye olunarak veya kredi kartı numarası verilmek suretiyle ziyaret edilebilen sitelerde, gerek müşterilerin kredi kartı numaralarını vermekte gösterdikleri çekingenliği gerek, üyelikle ilgili bilgilerin elden ele dolaşma ihtimalinden dolayı duyulan tedirginliği ortadan kaldırmak için hizmet sunucuları, kredi kartı ve üyelik bulunmayan ve fakat yine de bir şekilde para tahsil edebilecekleri çareler üzerinde kafa yormaya sevk etmiş ve bir çıkış yolu bulunmuştur. Hatta kullanıcıların zihninde gerçeğe aykırı bir tasavvur yaratılmakta, sanki “kredi kartı yok”, “abonelik yok” gibi deyimler ön planda sunularak, hizmetin bedava sunulduğu, karşılığında herhangi bir külfetle karşılaşılmayacağı şeklinde bir izlenim de yaratılmaktadır. Kullanıcı farkında olmadan, ücreti düşük 800’lü hatlardan alınmakta, özel tarifeli bir diğer hatta sevk edilmektedir⁴⁰. Dolayısıyla kullanıcı söz konusu siteyi ziyaret süresince sanki telefonundan 900’lü hatları aramış gibi işlem görmekte, telefon faturaları şişmekte, haliyle sorunları da beraberinde getirmektedir⁴¹.

Bundan daha vahim bir duruma da işaret etmekte yarar vardır. Bu durumda “çevirici (=dialer) program” bilgisayarın işletim sistemine internet bağlantısını gerçekleştirecek telefon numarası yerine 900’lü hatlar üzerinden bağlantı kurmakta, kişi, katma değerli hizmet sunan bir internet sitesini ziya-

³⁸ Kararla ilgili bir değerlendirme için bkz., Katko, P., Anm., CR 2003, 931 vd..

³⁹ Haemmerle, H., Viren, Trojaner und sonstige Stolpersteine, 6, www.rechtsprobleme.at/doks/viren-trojaner-haemmerle.pdf, (21.2.2004).

⁴⁰ Katma değer hizmet sunan özel numaralar aracılığı ile sunulan hizmet bir aracılık hizmeti (=Vermittlungsdienstleistung) olup, içerik sunma hizmeti değildir ve bu hizmet sözleşmesinin konusu, görsel ve/veya işitsel veri transferidir, Lienhard, U., Missbräuchliche Internet-Dialer- eine unbestellte Dienstleistung, NJW 2003, 3593.

⁴¹ Lienhard, NJW 2003, 3593. Hatta bu durum doktrinde “dialer mafyası, dialer çılgınlığı” şeklinde değerlendirilmektedir, Grabe, O., Das “Dialer-Problem” und was zu klären übrig blieb..., CR 2004, 262.

ret etmese bile, sanki böyle bir hizmet veriliyormuş gibi, bağlantı 900'lü hat üzerinden gerçekleştirildiğinden dolayı ücret, buna göre belirlenmekte, kullanıcı gelen fatura ile ancak neler olduğu konusunda anlamakta ancak iş işten geçmiş olmaktadır⁴².

Yukarıda da belirtildiği gibi telefon görüşmesi yapmak, telefon hattı üzerinden bir bağlantı kurmak bir sözleşmedir ve her sözleşmede olduğu gibi sağlıklı irade beyanlarına ihtiyaç baş gösterir. İnternet ortamında gezinirken böyle bir bağlantı yapıldığının farkında olmayan kişinin, bilinç ve iradesi olmaması sebebiyle irade açıklamalarına ilişkin esaslar çerçevesinde sözleşme ile bağlı tutulmaması, ortaya çıkan görüşme ücretini ödememesi gerekir. Ancak dışa yansıyan durum, kullanıcının özel tarifeli ücreti ödeme yükümlülüğü getiren numarayı çevirdiği, ürünü pazarlayan sunucunun irade beyanını kabul ettiği, söz konusu bağlantıyı kurduğudur. Bu iki durum nasıl bağdaştırılacak uyumsuzluk nasıl çözümlenecektir?

Benzer sorunlar, bilinç ve irade olmaksızın sırf bilgisayarın açılmasıyla birlikte "çevirici program"ın devreye girmesinde veya özel tarifeli hatların aranmasında bilerek ve istenerek aranan bir numaradan sonra kullanıcı aramayı sona erdirmek istemesine rağmen "çevirici program"ın bağlantıyı sona erdirmemesinde de yaşanmaktadır. Bu son ihtimali biraz daha yakından incelemekte yarar vardır.

Yukarıda da belirtildiği üzere her telefon bağlantısı eser sözleşmesi hükümlerinin de uygulama alanı bulduğu bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır. Bu sözleşmede işin niteliği gereği, sözleşmenin her an kullanıcı tarafından görüşmenin kesilebilmesine imkan tanınmıştır. Bu imkan eser sözleşmesi bakımından sözleşmenin feshi olarak nitelendirilebilir. Bu fesih beyanı kullanıcı tarafından yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanılır. Kullanıcı bu beyanı bilgisayar üzerinden bağlantıyı kesmek istediği yönünde bir fare (=maus) tıklaması ile gerçekleştirebilir. Bu beyan hizmet sunucuya ulaşmakla birlikte sunucu bağlantıyı kesmez ise, bir diğer ifade ile, kullanıcının bağlantıyı sonlandırmak konusundaki talimatı "çevirici" denilen bilgisayar programı ile etkisiz kılınmış ise bu durum, aynı zamanda ağ işleten ile kullanıcı arasındaki ilişki bakımından da sözleşmeye aykırılık oluşturur ve kullanıcının ağ işletene karşı da, uğranılan zarar ve ziyanla ilgili olarak tazminat

⁴² Berlin Eyalet Mahkemesi'nin 27.012003 tarihli kararına konu olay böyle bir olaydır, bkz., Bozbel, S., Berlin Eyalet Mahkemesi'nin 27.01.2003 Tarihli Dialer-Kararı, www.e-akademi.org/makaleler/sbozbel-2.htm , Parg.9 vd. Mahkemenin bu olayda, kullanıcı normal olarak aynı bağlantı süresi içinde ne kadar ücret ödeyecek idiyse, o miktarla sorumlu olması gerektiğine karar vermiştir. Kanaatimizce mahkemenin olaya yaklaşımı isabetlidir.

talepleri gündeme gelir. Zira hizmet sunucusunun bağlantının kesilmesini engelleme yolundaki tutumu, ağ işletene yükletilebilir niteliktedir. Zira kullanıcının karşısında, faturayı düzenleyen ve fatura gösterilen bedelin ödenmesini isteyen tek muhatap ağ işleticisidir⁴³. Ağ işleticisi ile hizmet sunucusu arasında özel olarak bir sözleşme bulunmasa ve dolayısıyla hizmet sunucusu ağ işletenin ifa yardımcısı sayılmasa dahi kullanıcının hizmet sunucusu ile bağlantısında dikkate aldığı husus, ağ işletenin söz konusu servisler için öngördüğü fiyat tarifesidir. Bu sebeplerden dolayı, hizmet sunucusunun yaptığı bu davranış, ağ işletene de yükletilebilmeli, dolayısıyla, tıpkı, kullanıcının bağlantıya son verme talimatını yerine getirmeyen ağ işleticisi imiş gibi, ağ işleten sorumlu tutulmalıdır.

Alman Federal Mahkemesi bir ilke kararında (=Grundsatzentscheidung⁴⁴) kullanıcı ile telefon ağına bağlantıyı sağlayan ve katma değerli

43 BGH, NJW 2002, 362=MDR 2002, 107. Karar internette www.jurpc.de/rechtspr/20030095.htm adresinden indirilebilir.

44 BGH, MDR 2002, 107 vd.. Karara konu olayda mahkeme, bir telefon faturasının, seks görüşmelerinin ahlaka aykırı olduğu iddiasıyla ödenmesinden kaçınılamayacağına hükmetmiş, mobil telekomünikasyon şirketini (Global System for Mobile Telecommunication) haklı bularak, davalıyı muaccel telefon görüşme bedelini ödemeye mahkum etmiştir. Zira ağ işleticisi hizmeti alan ile hizmet sunucusu arasında iletişimi sağlayan "nötr bir kuruluş"tur ve görüşme içeriğini kontrol etmeye muktedir değildir. Sunulan hizmette ağırlıklı edim, hizmet sunucusunun edimidir, ağ işleticisinin edimi değil. Kararın eleştirisi için bkz., Klees, CR 2003, 335 vd..İsviçre Federal Mahkemesi'nin de (BGE 129 III 604 vd. =4C.50/2003) telefon seksinin ahlaka aykırı olmadığı (BK. m. 19/II) yolunda karar verdiği görülmektedir. Mahkemenin bu tutumuna katılmak gerekir. Durumu yaşı tüketicilerin bakış açısıyla değerlendirip, böyle bir sözleşmeyi a priori ahlaka ve hukuka aykırı saymamak gerekir. Burada sunulan hizmetin bizzat kendisinin ahlaka aykırı olup olmadığı değil, çok kısa bir sürede (olayda günde) yaklaşık 1000 franklık bir görüşme bedelinin ahlaka aykırı olup olmadığı tartışılmalıdır. Mahkeme bu kararında ayrıca ağ işleticisinin kullanıcıyı iletişim kurulan hattın özel tarifeli olduğu yolunda bir uyarma (=Warnungspflicht) ve erişimi engelleme tarzında yükümlülüklerinin bulunmadığına da karar vermiştir. Mahkeme bu konuda BGE 119 II 456 vd.'nda yayımlanan bir karara kıyasla sonuca ulaşmıştır. Anılan kararda doktorun hasta ile ilişkisinde, öngörülen tedavinin sigorta şirketi tarafından karşılanıp karşılanmadığı konusunda aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığına karar verilmiştir. Aynı esas Swisscom için de geçerli olmalı, ağ işleticisi durumundaki şirket, müşteriyi, telefon faturasının belirli bir meblağı geçtiği yolunda ne uyararak zorundadır, ne de bağlantıyı engellemelidir. Olayın, hekim ile hasta arasındaki ilişki ile kıyaslanmasının mahzurları hakkında bkz., Mion, T., Replik zum Beitrag von PD Dr. Felix Schöbi "Was Können Verträge", Rz. 1, in: Jusletter 10. November 2003, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2773. Federal Mahkemenin söz konusu kararının eleştirilmesi hakkında ayrıca bkz., Felber, M., Schutz des Telefontkunden vor sich selbst?, in: Jusletter 22 September 2003, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2682. Yazar, mahkemenin böyle bir karar vermesini, kullanıcıların korunmalarının bizzat kendileri tarafından sağlanacağı anlamına geldiğini ileri sürmektedir.

hizmeti sunan taraf arasındaki ilişki incelenmiş ve bu ilişkide iki farklı edimin sunulduğu iki sözleşme ilişkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Ancak iki ayrı sözleşmenin bulunması, ağ işletenin dürüstlük kuralından kaynaklanan müşteriyi koruma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Buna göre en azından katma değerli hizmeti sağlayan bağlantıyı bir saat sonra kesmelidir⁴⁵. Bununla birlikte bazı mahkeme kararlarında bu iki sözleşme arasında sıkı bir bağlantının bulunduğu, sözleşmelerden birinin ahlaka aykırılığının diğer sözleşmeyi de ahlaka aykırı hale getireceği⁴⁶ kabul edilmektedir⁴⁷.

IV. SÜRPRİZLERLE KARŞILAŞMAMAK İÇİN ALINABİLECEK YAPISAL ÖNLEMLER

Yapılması gereken düzenlemeler kullanıcıların özellikle karşılaştığı şu zorlukları aşmayı sağlayıcı nitelikte olmalıdır:

Kullanıcıların telefonlarını 900'lü hatlara kapatmaları en pratik çözüm gibi gözükmektedir. Telefon abonmanlık sözleşmesi yapılırken, kullanıcılara bu yönde bir taleplerinin olup olmadığı sorulmaktadır ve yerinde bir uygulamadır. Başlangıçta bunu yaptırmamış olanlar daha sonra yaptırabilecekleri gibi, Telekom şubelerine dahi gitmeksizin, kişilerin telefon tuşları ile "şifreleme" yöntemi ile benzer etkiyi yaratacak bir önlemi almaları mümkündür⁴⁸.

45 Bağlantıyı sağladıktan sonra ortalama bir saat sonra bağlantıyı kesme yükümlülüğü Alman Telekomünikasyon Yasası'nda (§ 43 b IV 1 TKG) öngörülmüştür. Ayrıca bkz., LG Heidelberg, NJW 2002, 2960.

46 Bu noktada Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararına da konu olan (BGH, NJW 1998, 2895) "Telefon Seksi"nin ahlaka aykırı olup olmadığı sorununa temas etmekte yarar vardır. Doktrinde bir görüş, kararın daha yakından incelenmesi halinde, telefonda yerine getirilen edimin değil, aksine, bir kredi sözleşmesinin telefon seksinin ticari olarak yapılması ile bağlantılı hale getirilmesi ahlaka aykırı bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz., Fluhme, H., Mehrwertdienste - ein wertneutraler Raum, NJW 2002, 3519 vd.. Buna karşılık bir başka görüş, Federal Mahkemenin bu kararında telefon seks hizmetlerini ahlaka aykırı saydığı için, "telefon seks kartları"nın sürümüne yönelik kredi sözleşmesinin (yardımcı işlem) temel işleme (telefon seks hizmet sözleşmesi) önemli ölçüde katkıda bulunduğu ve telefon kartlarının başkaca bir amaç için kullanılamayacağından bahisle, kredi sözleşmesini de ahlaka aykırı bulduğu düşüncesindedir. Bkz., Peifer, NJW 2001, 1912. Yazar böyle bir durumda "ahlaka aykırılığı" tespit ederken dinsel anlayışlardan değil, objektif, hukuksal ve anayasal düzenin gereklerinden hareket edilmesini haklı olarak vurgulamaktadır.

47 Alman Federal Mahkemesince anılan kararda ahlaka aykırılık (=sittenwidrig) nitelenmesi § 138 BGB anlamında yapılmıştır ve hukukumuz bakımından "gabine" tekabül etmektedir (BK. m. 21). Bu hükmün olayda uygulanması eleştirilmiştir. Bkz., Fluhme, NJW 2002, 3520.

48 Abone, *33* dört rakamlı bir şifre ve *4#e bastığında hattı 900'lü hatlara kapanacak; şifreyi çözmek için ise, #33* şifre #i tuşlamak yeterli olacaktır, www.radikal.com.tr/ve-riler/2001/08/29/haber_12474.php.

Dialer-programları kişisel bilgisayarlara (=Personal Computer, PC) kullanıcılar fark etmeksizin indirilmektedir. Bir diğer ifade ile kullanıcı bilgisayarına uluslar arası telefon görüşmeleri tarifesi üzerinden internet bağlantısı sağlayan bir bilgisayar programının indirildiğinden çoğu kez haberdar olmamaktadır. Dolayısıyla servis sağlayıcıların böyle bir durumda kullanıcıları uyararak "Türkçe" ibareleri dikkati çekecek nitelikte devreye koymaları, kullanıcıları tarife konusunda bilgilendirmeleri gerekir. "Dialer-Koruma programı" adını verebileceğimiz bu program internetten ücretsiz indirilebilmektedir. Ancak servis sağlayıcıların bilgisayar programlarında böyle bir koruma boşluğu bulunmaktadır ve bu boşluğun yapılacak bir yama programla sisteme entegre edilmesi gerekir. Böyle bir yükümlülüğün hukuki dayanağını, Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği'nin "İnternet Servis Sağlayıcıyla İlgili Yetki Belgelerine İlişkin Genel Hükümler" başlığını taşıyan 3 No' lu Ek'inde bulmak mümkündür. Söz konusu ek'in "Özel Şartlar" ının b. bendinde "İSS'ler, kullanıcıların internet üzerindeki yetkisiz ve rahatsız edici girişimlerine meydan vermeyecek, gerek kendi tespit ettiği, gerekse diğer kullanıcı ve işletmeler tarafından tespit edilip kendisine bildirilen bu tür girişimleri engelleyeceklerdir". Ek 3'ün "Teknik Hususlar" kısmının (f) bendinde ise "İSS'lerin vereceği servislere yetkisiz kişilerin, dışarıdan erişim ve bozucu/değiştirici müdahalelerini önlemek amacıyla gerekli önlemler İSS'ler tarafından alınır" denilmek suretiyle, kanaatimizce İSS'lere bağlantı değişikliğini engellemek en azından hizmet sundukları kişileri uyarma yükümlülüklerinin bulunduğu sonucuna varılmalıdır. Hatta İsviçre'de 1 Nisan 2004 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtilen bir düzenlemeye paralel olarak bizde de kişisel bilgisayarların 900'lü hatlara yöneltilmesini sağlayan "çevirici programlar" aracılığı ile her türlü katma değerli hizmetin sunulması yasaklanabilir⁴⁹.

Katma değer yaratan ve dolayısıyla özel tarifelere tabi olan hizmetlerin birim fiyatları kullanıcıların kolaylıkla bilgilenmesini sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Kişi "çevirici" programı ile 900'lü hatlara bağlandığının bilincinde olmakla birlikte, söz konusu hizmetin tarifesi hakkında yeterli bilgi sahibi kılınmamış ise bu takdirde, kullanıcıya sözleşmeyi hata hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal etmek hakkı tanınmakla birlikte, kendi kusuru ile böyle bir hataya düşen kişinin, karşı tarafın bu yüzden uğrayacağı zararları (ki kural olarak menfi zarardır) tazmin etmek zorunda kalır⁵⁰.

49 Jurius, 0900: Information und Schutz der Konsumenten vor PC-Dialern, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2954.

50 Braun, a.w.s.

Katma değer yaratan hizmet bedelleri, ağ işletim temel ücreti ile birlikte tahsil edilmektedir. Kullanıcıların yapacakları itirazlarda, bu iki kalem birbirinden ayrılmadığı için, tahakkuk eden toplu ücret kullanıcıdan tahsil edilmektedir. Bunu ödeme gücü olmayan kişinin uyuşmazlığın giderilmesine kadar telefon görüşmelerinden mahrum bırakılması haberleşme özgürlüğünü kısıtlar boyutlara ulaşmaktadır. Dolayısıyla yapılması gereken diğer bir düzenleme düzenlenen faturalarda her iki hizmet bedelinin ayrılması, çekişme vukuunda, çekişmesiz kısmın, tahsil edilerek, çekişmeli kısmın tahsilinin davanın sonuçlanmasına kadar ertelenmesi gerekir⁵¹.

Bu konuda alınabilecek pratik bir önlem de aboneye gönderilen faturada gösterilen katma değerli hizmet bedelinin her hangi bir çekişme söz konusu olmadığına anlaşılması üzerine, hizmet sunucusuna ödenmesi, tıpkı kredi kartlarında olduğu gibi ödemenin geciktirilmesidir. Kredi kartlarında da kart numarasının internet ortamında yapılan alışverişlerde haksız olarak kullanılması halinde, müşteri, kendisine gönderilen hesap ekstresine itiraz etmez ise banka, mal satıcı veya hizmet sağlayıcı firmaya ödemeyi yapmaktadır. Böyle bir tutum, aynı zamanda çekişmeli hale gelen katma değerli hizmet bedelinin, temel ücret ile birlikte tahsil edilmesi zorunluluğundan da ağ işleticisini (Telekom) kurtarır.

Bu tedbirlerin yanı sıra tıpkı Almanya'da olduğu gibi "Özel Tarifeli Mesaj Servislerinin Kötüye Kullanımının Engellenmesi" amacıyla bir yasal düzenleme yapılması da düşünülebilir⁵². Örneğin kullanıcıların 900'lü hatla-

⁵¹ Hizmet bedelinin toplu olarak gösterilmesi lehine doktrinde görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir (Fluhme, NJW 2002, 3521). Bu görüşe göre, her bir ücret kesiminin faturada ayrı ayrı gösterilmesine gerek yoktur, alışlageldiği gibi uygulama devam ettirilmelidir. Maddi hukuk bakımından da bedelin toplamına ilişkin talep hakkı, bilgiye serbestçe ulaşabilmenin karşılığını oluşturmaktadır. Bunu talebe asli alacaklı sıfatıyla hizmet sunucu sahiptir. Bundan dolayıdır ki, hizmet sunucu yalnızca sunduğu hizmetin içeriğinden sorumlu olmakla kalmamakta; talebin hukuki sebebinin oluşturduğu bedeli belirleme hakkına da sahip olmaktadır. Müşteri ile yalnızca bu bedeli kimin tahsil edeceği konusunda serbestçe karar verememekte, diğer bütün hususları birlikte kararlaştırmaktadırlar, ya da en azından tarafın sunduğu şartları kabul edip etmemek noktasında bulunmaktadır. Ama bu telekomünikasyon kuruluşunun hiçbir itirazla karşılaşmayacağı şeklinde anlaşılmasıdır.

⁵² Almanya en son 21 Eylül 2002'de değiştirilen Telekomünikasyon Yasası'nın bazı hükümlerini değiştirmek suretiyle sorunu çözmeyi tercih etmiştir. Söz konusu yasada örneğin, § 43'den sonra gelmek üzere § 43a, 43b ve 43c fıkraları eklenmiştir. § 43a hükmü ile herkesin katma değerli hizmet sunucuları hakkında gerekli bilgileri edinebilmelerine imkan tanınırken; § 43b'de katma değerli hizmetlerden yararlanabilme şartlarına yer verilmiştir. § 43c hükmünde ise, söz konusu alanı düzenleyici kurumların yetkilerine yer verilmiştir. Bu kuruluşlara hukuka aykırı olarak faaliyette bulunan özel servis numaralarının iptal edilebilme yetkisi tanınmıştır. Bu yasanın diğer bazı maddelerinde de değişiklikler yapılmış-

ra telefonlarını kapattırmaları mümkün iken, normal telefon numaraları özellikle cep telefon numaraları üzerinden benzer hizmet verilmesinin önüne geçilmesi gerekir. Alman düzenlemesinde böyle durumlarda kullanıcının ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı yer almıştır. Örneğin bir canlı sohbet hattının 0542 1780001 gibi bir telefon numarası üzerinden gerçekleştirilememesi gerekir. Ancak ne yazık ki böyle bir uygulama yapılmaktadır. Böyle bir uygulamanın haksız rekabet yarattığı da unutulmamalıdır. Gerçi böyle bir telefon görüşmesinde ayrıca hizmet bedeli alınmamış gözükmemektedir. Ancak cep telefon hizmet tarifesi normal sabit telefonlara nazaran kat- be- kat fazla olduğu için (sabit telefondan cep telefonunun arandığı ihtimalde) GSM şirketi normal görüşme üzerinden topladığı meblağın bir kısmını anlaştığı ünlü kişiye vermekte her hangi bir sakınca görmemektedir. Burada tehlike şudur: Kullanıcı sabit telefonunu 900'lü hatlarda olduğu gibi cep telefonları ile de görüşmeye kapalı halde tutma konusunda özgür değildir. Kullanıcı ben 900'lü hatları aramam diyebilir, ancak hiçbir cep telefonunu aramam demek kolay değildir.

Ancak belirtmek gerekir ki, "çevirici programlar" a karşı Almanya'da yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerin dahi yetersiz olduğu, kısa ve orta vadede bu sorunun çözümü konusunda iyimser bir beklenti içerisinde de olunmaması gerektiği ifade edilmektedir⁵³.

tır. Yasal düzenleme ve gerekçesi hakkında bkz., Jurius, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er-und 0900er Mehrdiensterufnummer, in: Jusletter 10 Februar 2003, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2196. İsviçre'de de sorunun idari bazı tedbirlerle çözümlenmeye çalışıldığı ve bir tüzük değişikliğinin (Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich) gerçekleştirildiği görülmektedir. Buna göre katma değerli hizmetler, telefon faturalarında ayrıca gösterilmek durumundadır. Önceden sadece 0906 ile başlayan numaraların görüşmelere kapatılması mümkün iken, bu tüzük ile tüm 900'lü hatlar görüşmeye herhangi bir ücret ödemeksizin kapatılabilmektedir. Birim hizmet bedeli için bir sınır belirleme yetkisinin de bu tüzükle, ilgili kuruluşa verildiği görülmektedir. Bkz., Jurius, Verbesserter Konsumentenschutz im Telekomünikationsmarkt, in: Jusletter 7. April 2003, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2318. İsviçre'de sorunla mücadele konusunda Federal İletişim İdaresi (Bundesamt für Kommunikation =BAKOM)'in bir dizi tedbir aldığı ifade edilmektedir. Bunlar, tüketiciler için daha fazla şeffaflığın sağlanması, özellikle, hizmet sunucunun kimliğinin açıkça belli olması ve bunların ilan edilmesi; iptal hakkının kolaylıkla kullanılabilmesi için hizmet bedelinin tamamen fatura bedelinin çıkarılarak ayrıca tahsilinin sağlanması; kötüye kullanımın engellenmesi olarak belirlenmiştir. Bkz., Marty, M., 090x-Mehrwertdienste: Aktuelle Situation, Schwierigkeiten und mögliche Lösungen, in: Jusletter 16 Dezember 2002, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2106.

⁵³ Grabe, CR 2004, 262 vd., 267. Yazar bu çalışmada söz konusu düzenlemenin hangi bakımlardan yetersiz kaldığını göstermekte, bu yetersizliğin büyük ölçüde internetin yapısından kaynaklandığı sonucuna varmaktadır. Zira bu tür hukuka aykırı faaliyette bulu-

V. KULLANICILARIN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ ÇARELER

Özel hukuk ve özellikle Borçlar Hukuku anlamında akla ilk gelen ilk çare⁵⁴, internet ortamından “Çevirici (=dialer) programını” indirdiğini ve bilgisayarı kurduğunu bilen yani bilinçli kullanıcının bu programı ve uzantılarını bilgisayarından tamamen temizlemektir. Hemen ifade etmek gerekir ki, bu program öyle yerlere kısa yol mekanizmaları yerleştirmektedir ki, habersiz olmadan bilgisayara yeniden programı yüklemektedir, dolayısıyla tüm sistemi gözden geçirmek gerekmektedir.

Diğer bir ihtimal, “çevirici programın” bilinçten yoksun bir eylem sonrasında kullanıcının bundan haberi olmadan bilgisayara indirilmesi ve kurulması sonucunda yine, bilinç dışı 0 900 ile başlayan bir numaranın çevrilmesidir. Böyle bir durumda hukuki işlem yapma iradesi bulunmayan kişinin, sözleşmenin kurulmadığı iddiasında bulunması mümkündür⁵⁵. Nitekim bir mahkeme kararında kullanıcının kişisel bilgisayarına “çevirici programa” karşı herhangi bir koruyucu program kurmasına gerek olmaksızın, bilgisi dışında internet üzerinden 900’lü hatlara bağlandığı durumlarda her hangi bir sözleşmenin kurulmadığı dolayısıyla kullanıcının her hangi bir ücret ödeme yükümlülüğünün bulunmadığına karar verilmiştir⁵⁶.

nan kuruluşlar, denetimden kaçmak için merkezlerini yurt dışına hatta, dünyanın ücre köşelerindeki adalara nakletmekte, alınan tedbirleri boşa çıkarabilmektedir.

- 54 Hizmet sunucusunun kullananın haberi olmaksızın “çevirici programı” kullanıcının bilgisayarına indirmesi ve ardından programı bilgisayara kurması, hatta silinmesine imkan vermeyecek ölçüde bilgisayarda yer alan çeşitli dosyalara uzantılar atması Ceza Hukuku bakımından da cezalandırılabilir bir davranış teşkil etmektedir. Türk Ceza Kanunu’nun “Bilgisayar suçlarını” düzenleyen maddeleri (TCK. m. 525b/1) uyarınca böyle bir eylem, sistem ve unsurlarına yönelik nas-ı ızrar suçuna vücut verebilir.
- 55 Bu noktada Alman Federal Mahkemesinin 4 Mart 2004 tarih ve III ZR 96/03 sayılı kararını anmak gerekir. Zira bu kararda telefon ağ işleticisinin ve adına telefon hattı tahsis edilen kişinin, otomatik çevirici programın bir bilgisayara kurulması ve hat sahibinin haberi olmaksızın internet üzerinden katma değerli hizmet sunucu numaralarla bağlantı sağlamanın rizikosunu yüklenemeyeceği, bu ilkenin § 16/III TKV’den çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir. Kararda ayrıca bilgisayar kullanıcısının, kötüye kullanıma dair somut bir uyarı bulunmadığı hallerde çevirici programlara karşı tedbir almasının da gerekli olmadığına da yer verilmiştir. Bir diğer ifade ile kullanıcı çevirici programlara karşı normal tedbirlerin dışında ek bir özen yükümlülüğü altında değildir. Karar internette www.dialerundrecht.de/Entscheidungen/bgh040304.pdf adresinden indirilebilir. Kararın değerlendirilmesi için bkz., Grabe, CR 2004, 265 vd..
- 56 LG Kiel, Urt. vom 9.1.2003 (AzL 11 O 433/02), www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2324. Ayrıca bkz., AG Freiburg, Urt. vom 11.6.2002, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=1920. Bu şekilde bilinçsiz kurulan bağlantı ve bu bağlantının sonucunda sağlandığı iddia edilen hizmet, esasen sipariş edil-

Kullanıcıya karşı durum ve şartlar hakkında yanlış bilgiler verilmiş, örneğin “kredi kartı yok, üyelik yok” şeklindeki sloganlarla hizmetin hiçbir bedel istenmeksizin sunulduğu şeklinde bir kanaat yaratılmış ise⁵⁷, sözleşme ile kişi bağlı değildir; hile sebebiyle sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir⁵⁸. Burada hile üçüncü kişi durumundaki hizmet sunucusu tarafından gerçekleştirilmektedir. Hizmet sunucusunun bu davranışının sanki ağ işletenin davranışı gibi değerlendirilmesi, bir diğer ifade ile bu davranışın ağ işleticisine yüklenmesinin hukuk düzeninin sağladığı başka imkanlar ile mümkün olmadığı hallerde⁵⁹, elimizdeki tek kural BK. m. 28/II hükmüdür. Buna göre, ağ

memiş istenmemiş bir hizmettir. Mesafeli sözleşmelerle ilgili 97/7/EG sayılı Direktifin Art. 9’da “istenmeyen mal ve hizmetler” düzenlenmiş ve üye devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almaları istenmiştir. Bu hükme göre tüketicilerin herhangi bir talebi olmaksızın, karşılığında derhal ödeme yükümlülüğü bulunan, mal ve hizmet sunumu yapılamaz. Tüketicilerin böyle istenilmeyen mal ve hizmet sunumlarında herhangi bir ödeme yükümlülüğü doğmaz, tüketicinin sessiz kalması asla onay şeklinde değerlendirilemez. Bu hükme Almanya’da BGB § 241a maddesi olarak yer verildiği görülmektedir. Bizde ise bu şekliyle bir hüküm mevzuatımızda bulunmaz iken, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 9 ncu maddesinde düzenlenen “Mesafeli Sözleşmeler”de, tüketicinin mesafeli satış sözleşmesinden önce bilgilendirilmesi, bilgilendirildiğinin tüketici tarafından teyit edilmesi ve bu teyit olmaksızın sözleşmenin kurulmuş sayılamayacağı öngörülmüştür. Bu hükümden zorlama da olsa, istenmeyen mal ve hizmet sunulmasının borç doğurmayacağı sonucu çıkarılabilir. Söz konusu hükmün eleştirisi için bkz., Atamer, Y., Konu hakkında geniş bilgi için bkz., Lienhard, NJW 2003, 3595 vd.; Janal, 157 vd.

- 57 Kullanıcı başka şekillerde de aldatılabilmektedir. Örneğin, daha hızlı internet bağlantısı ve veri aktarımı sağlayacağına inandırılan kullanıcının, programı indirmesi ve bilgisayarına kurması ve 900’lü hatlarla bu şekilde iletişime geçmesi mümkündür.
- 58 Hile konusunda geniş bilgi için bkz., Yıldırım, M.F., Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s. 134 vd.. Hile sebebiyle sözleşmenin iptalinin istendiği bir uyumsuzlukta Berlin Eyalet Mahkemesi, internetten yararlanmanın ahlaka aykırı bir yönü bulunmadığına, kullanıcının ayrıca 900’lü hatlara erişimi engelleyebilme imkanına sahip olduğundan bahisle davacıyı fatura bedelini ödemeğe mahkum etmiştir. Davacının söz konusu aramayı “küçük” oğlunun yaptığı şeklindeki itirazı da yerinde görmemiş, bundan ağ işleticisinin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. (LG Berlin, Urt. vom 11.7.2001, Az. 18 O 63/01). Ayrıca bkz., Janal, 56, dipn. 25; Klees, CR 2003, 335.
- 59 Ağ işletenin, hizmet sunucusunun ifa yardımcısı sayılmadığı, görünürde temsil ilişkisi gibi, görünürde ifa yardımcısı ilişkisinin de kabul edilmediği yukarıda belirtilmişti. Ancak üçüncü kişinin hilesinin sözleşmenin karşı tarafına yükletilebilmesinde yegane ölçüt “ifa yardımcılar” ölçütü değildir. Kullanıcıya karşı bu kimseler arasında sıkı bir ilişki varmış gibi görünmekte, hakkaniyet düşüncesi de bu kişilerin birbirinin davranışlarından sorumlu tutulması gereğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu ölçütler çerçevesinde, hizmet sunucusunun davranışından ağ işleteni sorumlu tutmak mümkündür. Kanaatimizce böyle hallerde BK. m. 28/I hükmü uygulanmalı, II. fıkra hükmünün uygulanmasına ve dolayısıyla ağ işletenin bu durumu bilme veya durumun gereği bilme yükümlülüğü alın-

işleticisi, hizmet sunucunun bu hileli davranışından haberdar ise veya bir biçimde durumdan haberdar olabilecek idiyse bu hile kendisine yüklenir ve sözleşmenin iptaline hak verilir. Aksi halde sözleşmenin iptali mümkün olmaz. Böyle bir durumda kullanıcının başvurabileceği bir yol, hizmet sunucuya karşı BK. m. 62 vd. hükümleri uyarınca yapılan ödemenin hukuki sebepten yoksun olduğunu ve dolayısıyla sebepsiz zenginleşme oluşturduğunu ileri sürmek, ödenen bedelin geri ödenmesini sağlamaktır. Ancak burada borç olmayan şeyin bilerek ve isteyerek ifa amacıyla ödenmesi halinde yapılan ödemenin geri istenemeyeceğini (BK. m. 62) hükmünü hatırdan çıkarmamak ve yapılacak ödemeye "ihtirazi kayıt" eklenmesi gerektiğini belirtmekte yarar vardır.

Doktrinde işaret edilen⁶⁰ bir diğer hukuki imkan kullanıcının "aşırı sömürüldüğü" iddiasıdır. Alman Medeni Kanunu'nu §138'in olaya uygulanması halinde, kullanıcıya, ağ işletene karşı ya zararın tazmini hakkı ya da geçerli bir sözleşmenin kurulmadığı kabul edilmektedir⁶¹. Kanaatimizce gabin hukuki sebebine dayanıldığında "edim ve karşı edim arasında aşırı bir dengesizliğin yaratıldığı" iddiasının ispat edilmesi oldukça güçtür. Bir kere, sunulan hizmetin değer objektif değerinin ne olduğu nasıl belirlenecektir? Hizmet piyasasında edim çoğu kez subjektif özellikler taşır. Ancak benzer hizmetlere nazaran birim fiyat, örneğin iki kat olarak belirlenmiş ise bu unsurun gerçekleştiği kabul edilebilir. Ayrıca BK. m. 21 düzenlemesine göre, söz konusu aşırı oransızlığın "karşı tarafın hiffetinden, müzayaka halinde olmasından veya tecrübesizliğinden kaynaklanması" gerekir⁶². Sömürme kastının bulunduğunu da ayrıca sözleşme tarafının ispat etmesi gerekir. Bu noktada doktrinde ancak şöyle bir görüşün ileri sürülebileceği belirtilmektedir: Swisscom kararında olduğu gibi yaklaşık on beş günde yaklaşık 15.000 İsviçre frangı tutarındaki konuşma, bir diğer ifade ile günde yaklaşık 1000 franklık bir konuşma fahiş görülebilir. Ancak bu yaklaşım dahi tatminkar olmaktan uzaktır⁶³.

da olup olmadığı araştırmasına girilmeksizin, hile sebebiyle akdin iptali mümkün olmalıdır, Yıldırım, 149 vd..

⁶⁰ Schöbi, F., Was können Verträge, Bemerkungen zum Bundesgerichtsentscheid 4C.50/2003 vom 5. Juni 2003, Rz. 17, in: Jusletter 6. Oktober 2003, www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=2706.

⁶¹ AG Freiburg, NJW 2002, 2959; Blank, 179.

⁶² Braun, edimler arasındaki oransızlığın apaçık olduğu hallerde diğer unsurların ayrıca aranmasına gerek kalmaksızın § 138 BGB anlamında "sözleşmenin ahlaka aykırı" ve dolayısıyla "geçersiz" olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir, a.w.s.

⁶³ Mion, a.w.s., Rz. 8.

Burada temas edilmese gerekli bir diğer husus, internet üzerinden katma değerli hizmet sunmanın, “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun” hükümlerinin de uygulama alanına girdiğidir. Bu hükümler incelendiğinde internet üzerinden hizmet sağlamanın “mesafeli sözleşmeler” içerisinde yer aldığı ve böyle sözleşmelerde tüketicilerin kapsamlı bir biçimde aydınlatılması gerektiği görülmektedir (m. 9/A). Hileli olarak kullanıcının 900’lü hatlara yönltilmesi halinde bütün bu yükümlülüklerin ihlal edildiği ortadadır. Ayrıca “mesafeli satış sözleşmesinin akdinden önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin⁶⁴ tüketiciye verilmesi zorunludur. Tüketici, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmedikçe sözleşme akdedilemez. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işlemi, yine elektronik ortamda yapılır” şeklindeki hüküm uyarınca hileli olarak 900’lü hatlara yönltilen kişi ile hizmet sunucusu arasında bir sözleşmenin meydana gelmediğinin kabulü gerekir.

Bununla birlikte kullanıcının katma değerli hizmet sunan hatta bağlanıp hizmeti almasıyla birlikte, bu kanunun tüketicilere sağladığı bir başka imkan olan “cayma hakkı”nın (=widerrufsrecht) kullanması mümkün olmamaktadır⁶⁵.

Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan ve burada temas edilmesinde yarar görülen bir husus da, katma değerli hizmetin, telefon hattının adına kayıtlı olduğu kişiden farklı bir kişiye sunulması halidir. Burada telefon hattının sahibi dışında bir kişi özel servis numaralarını arayıp, hizmeti almaktadır. Böyle bir durumda her halde, hat sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü doğar mı?

V. İSPAT SORUNU

Sorunların büyük ölçüde kimlerin, neyi ispat edeceği konusunda düğümlendiği görülmektedir⁶⁶. Acaba görünen durum esas alınıp bilinç ve iradede

⁶⁴ Söz konusu yönetmelik 13.6.2003 tarih ve 25137 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 5 nci maddesi uyarınca kullanıcıya sunulması istenen ön bilgiler düzenlenmiştir. Bu bilgilerin verilmemesi sözleşmenin kurulmuş sayılmasını gerektirmektedir.

⁶⁵ Mesafeli sözleşmelerle ilgili yönetmeliğin 8 nci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça “Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler ve tüketiciye anında teslim edilen mallara ilişkin sözleşmeler cayma hakkı ve kullanımına ilişkin hükümlere tabi değildir” denilmekle cayma hakkının kullanılmayacağı öngörülmektedir. Ayrıca bkz., Braun, a.w.s.; Weber, 8.

⁶⁶ Gerçekten www.dialerundrecht.de/urteile.htm adresinde yer verilen kararlar gözden geçirildiğinde mahkemelerin büyük ölçüde ispat sorunu ile ilgilendikleri ve bu konu ile fikir ayrılıklarının bulunduğu görülmektedir. İnternet sitesinde tüketici (kullanıcı) lehine olan kararlar yeşil renkli başlıklarla, aleyhe olan kararlar, kırmızı başlıklarla sunulmuş-

yoksunluğunu kullanıcı mı; yoksa, hizmeti sunan karşı tarafın bilinç ve irade ile söz konusu bağlantıyı gerçekleştirdiğini mi ispat edecektir?

Şayet kullanıcı 900'lü hatlara iradesi dışında bağlanmış ise, iradesi dışında bilgisayarına böyle bir programın indirildiğini ve 900'lü hatlara iradesi dışında bağlanıldığını ispat etmek durumundadır. Hizmet sunucu ise ücret alacağının haklılığın ortaya koyan durumu, yani kullanıcı ile bir sözleşmenin kurulmuş olduğunu ve bu sözleşme ile ücret isteme hakkının doğduğunu ispat edecektir. İlk durumda görünen durumun aksinin ispatı söz konusudur. Buna göre hayatın genel akışı, genel hayat tecrübeleri dikkate alınmakta, bu tecrübelerin aksine bir durum varsa, bunun varlığını iddia eden ispatlamak zorunda kalmaktadır. Tanık ve uzman kişilerin bilgilerinden de yararlanılarak, "çevirici program"ın iradesi dışında bilgisayara kurulmuş olduğu ispat edilebilir. İspat konusunda en uygun yol, bilgisayarın uzman bir kişinin denetiminden geçirilmesidir. Kullanıcının kişisel bilgisayarındaki "çevirici program"ı silmesi, ya da bilgisayarı yeniden yüklemesi halinde bu tespit zorlaşmakta hatta imkansızlaşmaktadır. Kullanıcının bilgi seviyesi, eğitim durumu, dil bilip bilmemesi de hakimin kanaatinin oluşmasında önemli rol oynayacağı açıktır.

Bir başka itiraz noktası kullanıcının bizzat kendisinin değil de bir yetkisiz bir başka kimse tarafından söz konusu telefon görüşmesinin veya bağlantının gerçekleştirilmiş olduğudur. İsviçre Federal Mahkemesine göre bu sorunun cevabı basittir: Telefon abonesi, telefon cihazının üçüncü bir kişi tarafından haksız olarak kullanılmasının rizikosunu taşıması gerekir. Üçüncü kişinin yaptığı görüşme kendisinin yaptığı görüşme gibi değerlendirilir⁶⁷. Telefon hattına müdahale ederek yapılan görüşmeler buna dahil etmek gere-

tur. Kırmızı başlıkla yer verilen kararlarda ispat yükü tüketiciye yüklenmiştir. Yeşil başlıkla yazılan kararlarda ise, hizmet sunucusunun, kullanıcının talepte bulunduğunu ispat etmesi gerektiği hususuna yer verilmiştir.

67 Braun, a.w.s. Mion, bu sorunun telefonun kendisi kadar eski bir sorun olduğu ve Schöbi'nin ileri sürdüğü gibi temsil hukukuna gitmeye gerek olmadığı kanaatindedir. O'na göre abonenin hakimiyetinin söz konusu olmadığı rizikoların tehdidi altında mı bulunduğu soruşturulmalı, hakimiyeti alanında bulunmayan rizikolardan kaynaklanan nedenlerden dolayı aboneye müracaat etmek mümkün olmamalıdır. Örneğin abone durumun gerektirdiği tüm tedbirleri almasına rağmen, (örneğin PIN kodu koydurmuş, şifre yerleştirmiş vs.) böyle bir olay meydana gelmiş ise, bu fatura ona yükletilmemelidir. Ayrıca bkz., Blank, 61 vd.. Bir konuta tahsis edilen telefon hattının yarattığı sürekli borç ilişkisi sebebiyle "ailenin sürekli ihtiyaçları" kapsamında her iki eşin de temsil yetkilerinin bulunduğu ve dolayısıyla bu telefon hattına fatura edilen borç sebebiyle her iki eşin de "borçlu" olduğu kabul edilmelidir (MK. m. 188). Alman Federal Mahkemesinin benzer yönde bir kararı için bkz., BGH, III ZR, Urt. vom. 11.3.2004, 213/03 sayılı kararı. Karar için bkz., www.recht-in.de/urteile/urteil.php?urteilID=110923.

kir⁶⁸. Mahkemeye göre böyle bir durumda "görünürde temsil" ilişkisinden bahsedilmelidir. Bu tutum daha önce verdiği bir kararla⁶⁹ uyum içerisindedir. Zira bu kararda da üçüncü bir kişi lehine tesis edilen telefonun, bu kişiye açık çek vermekle eş değer olduğu ifade edilmiştir.

Katma değerli hizmetin yetkisiz veya hukuki işlem ehliyeti sınırlı kişilere verilmesi halinde de hat sahibine görüşme bedeli yükletilmeli midir? Yukarıda da işaret edildiği gibi, katma değerli hizmetin telefon hatları aracılığı ile sunulmasında birbirinden ayrı iki sözleşme bulunmaktadır ve hizmeti sunan, ücret alacağına dayandığı vakıaları, ezcümle, sözleşmenin kurulduğu, hizmetin sunulduğu, vs. ispat etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda 900'lü hatlar üzerinden hizmet sunanların sırf "18 yaşından küçükler arayamaz" demekle, ispat yükünü karşı tarafa yüklemeleri mümkün olmamalıdır. Bir diğer ifade ile hizmet sunanların hukuki işlem ehliyetine haiz bir abonenin telefon hattından yetkisiz kişilerin yaptıkları görüşmelerin hat sahibine yükletilmesi durumunu, kıyas yolu ile bu hat üzerinden katma değerli hizmetin yetkisiz veya hukuki işlem ehliyeti sınırlı (sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların) kişilerce alınması halinde genel kurallar (yetkisiz temsil (BK. m. 32; ehliyet MK. m. 13) işletilmelidir⁷⁰. Hizmet sözleşmesinin kurulup kurulmadığı, dolayısıyla, alacak hakkının doğup doğmadığı tespit edilmelidir. Kanaatimizce burada ispat yükü hizmet sunucusuna düşer (MK. m. 6)⁷¹. Bu kuralın istisnası, hat sahibinin katlanma yükümlülüğünün doğuran, görünen durumun aksini ispat oluşturmaktadır. Hat sahibi söz konusu hizmet numarasının çevrilmesinde somut olayda ağır kusurlu görülür-

68 Ancak bu demek değildir ki, telefona haksız müdahale edene karşı kullanıcının herhangi bir talebi olamayacak. Kullanıcı bu kişilere karşı zarar ve ziyan davası (BK. m. 41) ve eğer bu yolla bir kazanç elde edilmiş ise bu kazancın iadesini "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" hükümlerine göre isteyebilmelidir.

69 BGE 128 IV 255 vd..

70 Ayırt etme gücüne sahip küçüklerle yapılan sözleşmeler kanuni temsilcisinin izni veya icazeti olmadan hüküm ve sonuç doğurmazlar. 900'lü hatların bir küçük tarafından çevrilmesi halinde geçerliliği askıda bir hukuki işlem meydana gelir. Yasal temsilci böyle bir işlemde (önceden izin vermemiş ise) en erken telefon faturası ile haberdar olur. Telefon faturasını alan yasal temsilci işleme icazet vermekten kaçınırsa, hizmet sunucusu ile küçük arasındaki hukuki ilişki kesin olarak geçersiz hale gelir. Küçükün, hat sahibi olan kanuni temsilcisinin verdiği temsil yetkisi çerçevesinde söz konusu numarayı araması halinde de hat sahibi ile hizmet sunucusu arasında bir hukuki ilişki meydana gelir. Böyle bir durumda küçükün hukuki işlem ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülemez. Geniş bilgi için bkz., Demmel/Scrobotz, CR 1999, 565 vd..

71 Härting, Rdn. 66 vd.. Alman Mahkemelerinin bu yöndeki kararları için bkz., www.dialerundrecht.de/urteile internet sitesi. Bu sitede, başlıkları yeşil renkli yazılan kararların çoğunda, hizmet sunucunun talebini haklı gösterecek vakıaları ispat etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

yor, özenli davransaydı böyle bir durumun ortaya çıkmasını engelleyebilecek durumda görülüyorsa görünürde bir temsil ilişkisinden bahisle sözleşme kurulmuş sayılır ve hat sahibi ortaya çıkan borcu ödemek zorunda kalır. Hat sahibi sırf telefonundan böyle bir bağlantının gerçekleştirilmiş olduğunu bilmediği vakasına dayanamamalıdır. Böyle bir bağlantı bilinç ve iradesinin bulunmadığını, bulanmasının da mümkün olmadığını diğer destekleyici olgularla ortaya koymalıdır⁷². Örneğin, daha önceki telefon kayıtlarına dayanabilmeli, ismini bile bilmediği, yakını bulunmayan bilinçli bir görüşme olmadığı, kullanıcının tuzağa düşürüldüğü her halinden belli durumlarda (ki buna hakim karar verecektir) hizmet sözleşmesinin meydana gelmediği ve böyle bir borcun doğmadığına karar verilebilmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin çalınan bir cep telefonundan görüşme yapmanın "bilgisayar suçu" oluşturduğu yönündeki kararını da⁷³ burada zikretmekte yarar vardır. Mahkeme bu kararında cep telefonunu "veri işleyen bir cihaz" olarak değerlendirmiş bunun çalınarak kullanılmasını Ceza Kanunu'nun 172 nci maddesine aykırılık oluşturacağına karar vermiştir. Zira bu cihazlarda karşı tarafa iletilen SIM-kartı bilgilerinin ilgili şirketin veri tabanında yer aldığı, dolayısıyla bu bilgilerdeki değişikliğin bilgisayar suçuna vücut vereceği ifade edilmiştir. Cihazı çalınan kişinin SIM kartını iptal ettirip ettirmemesinin bu suçun meydana gelmesinde rolünün olmadığı da kararda yer almıştır.

VI. SONUÇ VE ÖNERİLER

"Çevirici programlar" ile kullanıcılara yükümlülük getiren hizmet sunumları yalnızca 900'lü hatlar üzerinden yapılabilirdir. Başkaca hatlara yönlendirilen hizmet sunumları sebebiyle kullanıcılar herhangi bir mali yükümlülük altına sokulmamalıdır. Bilgisayarlara kurulacak "çevirici (=dialer)" programlarla böyle hizmetlerin sunulmasına imkan verilmemelidir.

Çevirici programlar hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ancak kullanıcının açık muvafakatı ile bilgisayara kurulabilmeli ve bu şekilde hizmet sunumu yapılmalıdır. Yine kullanıcı hizmetin niteliği, süresi ve birim fiyatı konusunda açıkça bilgilendirilmeli, kullanıcının yanlış anlamasına sebebiyet verebilecek ifadelerden kaçınılmalıdır⁷⁴. Zira internet üzerinden hizmet sağ-

⁷² Demmel/Scrobotz, CR 1999, 566.

⁷³ Urt. vom 7.11.2003, 6S. 117/2003, BGE 129 IV 315 vd..

⁷⁴ Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda "ilk on dakika" için sabit bir ücret ödeneceği gibi yanlış anlamaya sebebiyet veren ifadelerden kaçınıl-

lama, tüketici sözleşmesi sayılabildiği takdirde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tarafından hizmet sunucusuna ek külfetler getirmekte, bu külfetlere riayet etmemenin hukuki sonucunu ise “sözleşmenin kurulmaması” şeklinde öngörmektedir. Mevcut olmayan bir sözleşmeden de haliyle herhangi bir borç doğmaz. Hukuki durum bu iken, telefon faturasını düzenleyen kuruluş, bütün bunları göz ardı ederek, faturada gösterilen bedelin tümünü tahsile kalkışmakta, mağduriyetlere sebebiyet vermektedir.

Hizmet bedeli konusunda tavan bir ücret belirlenmeli, bir bağlantı süresince örneğin belirlenen bir sınıra gelindiğinde veya belirlenen azami bağlantı süresi dolduğunda bağlantı otomatik olarak kesilmelidir.

Salt, bir telefon hattından görüşme yapıldığının belirlenmesi bu görüşmenin hat sahibine yüklenmesi için yeterli olmamalı, bu işlemi ona yüklemeyi haklı gösterecek mekanizmalar geliştirilmelidir. Örneğin, telefon santrallerinin sayısallaşması (=digitalizierung) ağ işletenlerin kredi kartında olduğu gibi, arayan kişinin arama yetkisini kontrol eden bir şifre mekanizmasının sisteme entegre edilmesine imkan vermektedir. Bu uygulama ile hat sahibine bir numara ve bir şifre verilecek, hat sahibi şifresini değiştirebilecek ve böylece telefon hırsızlığı denilen olaylara daha az rastlanacaktır. Diğer yandan şifre girilmediği takdirde bağlantının yapılamayacak olması “çevirici programları”na karşı da bir kalkan işlevi görecektir. Ülkemizde halen analog santrallerin bulunması buna engel olmamalıdır.

Gün geçtikçe dışarıdan haksız müdahalelere karşı savunmasızlaşan tüketicilerin korunması noktasında bir diğer önerimiz de şudur: Olağanüstü bir fatura yükü ile karşılaşıldığında, şayet söz konusu görüşmenin o kişi tarafından yapıldığı konusunda ciddi şüpheler varsa, bu fatura, temsil hukuku ve görünen durumun aksini ispat gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaya da elverişli kurumlarla o kişiye yüklenmemeli, riziko taraflar arasında bölüştürülerek, örneğin, o kişinin son altı aylık fatura ortalamasındaki meblağın ödenmesine karar verilebilmelidir. Tabiidir ki, böyle bir sonuç yargısal içtihatlarla ortaya konulamaz; yasal bir düzenlemenin yapılması gerekir.