

Elektronik Tahkim

Ceren Vurgun

Koksal&Partners Avukatlık Bürosu
vurgun@koksalspartners.com

Özet: Günümüzde internet kullanımının yaygınlaşması sonucu İnternet üzerinden yapılan ticaret oranında artış meydana gelmiş ve elektronik ticaretin yaygınlaşması bir takım uyumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Gerek B2B (Business to Business – İşletmeciden işletmeciye) gerek B2C (Business to Customer – İşletmeciden tüketiciye) ticaret ilişkilerinde oluşan bu uyumsuzlukların internet üzerinden yapılan e-ticaret kadar hızlı ve az maliyetli şekilde çözümlenmesi gereği, elektronik tahkim müessesesinin oluşturulmasını zorunlu hale getirmiştir. Her ne kadar elektronik tahkim Türk Hukuku ve Uluslararası platformda somut veriler üzerine kurulu değilse de son dönemlerde Uluslararası tahkim kuruluşlarında ve ülkemizde yapılan bir takım çalışmaların özellikle de alan adları konusunda oluşan uyumsuzlukların elektronik ortamda çözümlenmesi konusunda yoğunlaştığı görülmektedir. Bu nokta da gün geçtikçe yaygınlaşan bu müessesenin çıkış noktasını, çeşitli kuruluşlara ait uygulamalarını, olumlu ve olumsuz yanlarını ve Türk Hukukunda nasıl bir uygulama alanı bulduğunu incelemek gerekmektedir.

Anahtar Sözcükler: Elektronik Ticaret, Alan Adı Uyumsuzlukları, Uyumsuzluk Çözümü, Elektronik Tahkim.

1. Giriş

İnternet sağladığı kolaylıklarla gün geçtikçe hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir.

İnternetin yaygınlaşması ile ticarete internet üzerinden yapılmaya başlanmış, ve elektronik ticaret kavramı geçerlilik kazanmış ve yaygınlaşmıştır.

Bu sayede coğrafi sınırlamalara bakılmaksızın işletmeler ve tüketiciler arasında dünya çapında işlem yapılabilmesini mümkün kılmıştır. [1]

Elektronik ticaret, ticari işlemlerden biri veya tamamının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi yoluyla reklam ve pazar araştırması, sipariş ve ödeme, teslimat olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.

Elektronik ticaret, tüm dünyada ticaretin serbestleştirilmesi eğilimi ile birlikte, 2000'li yıllardan sonra yaşanan ve bilgi iletişimini kolaylaştıran teknolojik gelişmelerin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır.

Geleneksel pazarlama yöntemlerine, İnternet olanaklarını da ekleyen kuruluşlar, sadece belirli bir kitleye satış yapabilmenin ötesine geçip, üretkenliği ve yaratıcılığı arttıran küresel e-ticaret bağlantıları kurma şansını elde edebilmeye başlamıştır. Eskiden birçok şirket televizyon, gazete, radyo gibi araçları kullanarak potansiyel müşterilerine ulaşmaya uğraşırken, bugün bunlara İnternet üzerinden reklamcılık da eklenmiştir.

E-ticaretin uluslararası kabul görmüş üç türü vardır:

- İşletmeler arası (B2B-Business to Business)
- İşletmeden tüketiciye (B2C-Business to Customer)
- Tüketiciden tüketiciye (C2C-Customer to Customer)

B2B genelde firmalar arası iş süreçlerini birbirine bağlayan e-ticaret türü denebilir. Mesela Tedarikçi ile

bayiler arasında siparişlerin internet üzerinden yapılması, süreçlerin internet üzerinden yürütülmesi örnek gösterilebilir. B2C ise örneği gün geçtikçe artan bir e-ticaret modelidir. En büyük örneği www.amazon.com tüm dünyadaki tüketicilerin hemen her ihtiyaçlarının karşılanabildiği e-ticaret sitesidir. İş sahibi bu sayede ulaşamadığı milyonlarca müşteriye ulaşma imkânı sağlar. C2C içinse www.sahibinden.com gibi müşterilerin online platformlarda diğer müşterilere kolayca ulaşabildikleri siteler örnek gösterilebilir.

Elektronik ticaret özellikle 90'lı yılların başından bu yana hızla gelişmiş fakat bu gelişim bir takım uyumsuzlukları da peşinden getirmiştir. Tüketici ve işletmeler hızla sonuç aldıkları elektronik ticaret sonucu oluşan uyumsuzlukların çözümünde de eşit oranda hızlı çözümler üretilmesini talep etmişlerdir

Bu husus alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının internet ortamında da uyarlanması zorunluluğunu oluşturmuştur.

2. Elektronik Ortamda Elektronik Alternatif Uyumsuzluk Çözümü - Online Dispute Resolution

Geleneksel uyumsuzluk çözüm yollarının, özellikle tüketicilerin sanal ortamdaki işlemlerinden doğan uyumsuzlukların çözümünde yetersiz kalması, sanal ortamın kendine has özellikleri nedeni ile yeni uyumsuzluk çözüm yöntemlerine ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. İnternetin sağladığı kolaylıklardan, bu uyumsuzlukların çözümünde de yararlanılması gündeme gelmiştir. Bu sebeple Online Uyumsuzluk Çözümü (Online Dispute Resolution-ODR) geliştirilmiştir. Online uyumsuzluk çözüm yöntemlerinde, taraflar sadece sanal ortamda bir araya gelmektedirler. [2]

Online Uyumsuzluk Çözüm yöntemlerinin başlıcalarını üç başlık altında incelememiz mümkündür;

- Elektronik müzakere,
- Elektronik arabuluculuk,
- Elektronik tahkim

3. Elektronik Tahkim

Elektronik tahkim, elektronik ticaretin gelişmesi ile paralel olarak gelişmiş ve yaygınlaşmıştır. Elektronik tahkim, www.judgeme.com, www.net-arb.com gibi elektronik tahkim siteleri aracılığıyla ve WIPO, AAA, ICC gibi kurumların geliştirdiği elektronik tahkim sistemleri ile uygulanmaktadır.

3.1. Elektronik Tahkimin Tercih Edilmesinin Nedenleri

a. Daha Elverişli Yargılama Ortamı

Sınır aşan elektronik ticaretin işletmeciler ve tüketiciler açısından elverişli olabilmesi için sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarında en az yapılan ticaret kadar hızlı olması gerekmektedir. Bu sebeple uyuşmazlığın hızlı şekilde çözümü noktasında elektronik tahkim önemli rol oynamaktadır.[3] Ayrıca farklı ülkelerdeki hakemler aynı dosya üzerinde herhangi bir coğrafi sınırlama olmaksızın çalışabilmektedirler. Bu noktada alanında uzman olan farklı ülkelerdeki hakemler aynı dosya üzerinde birlikte çalışabilmektedirler.

b. Daha Ekonomik Yargılama Ortamı

Elektronik tahkimde tarafların uyuşmazlık çözümü için yer değiştirmesi veya yolculuk yapması gerekmemektedir. Zira, internet uyuşmazlığının tarafları açısından tarafsız bir çözüm ortamı oluşturmaktadır. Bilgi akışının internet ortamında dünyanın her yerine yapılabilmesi tarafların ekonomik anlamda tasarruf etmelerine imkan vermektedir. [4]

c. Elektronik Ticaretin İnternet Tahkimi ile Birlikte Gelişmesi

Elektronik ticaret, internetin hızlı ve kolay bir araç olması dışında çokta güvenli olmaması sebebiyle, tüketici ya da elektronik ticaretteki taraflarda güven problemi yaratabilmektedir. Sonuçta kişiler normal ticarete yaptıkları gibi fiilen bir anlaşma yapmamakta, iradelerini dijital ortamlarda beyan ederek, dijital ortamda sözleşme yapmaktadırlar. Bu nedenle kişileri elektronik ticarete teşvik etmek ve güvenlerini kazanmak için oluşabilecek söz konusu uyuşmazlıkların hızlı ve masrafsız bir biçimde çözülmesi gerekmektedir. Bu da elektronik tahkimle mümkündür. [5]

d. Elektronik Tahkim ve Tahkim Kurumlarında Vücut Bulan Uygulama Alanları

İnternet ortamında gerçekleştirilen tahkim ya özel ve bağımsız bir organizasyondur ya da Amerika Tahkim Kurumu -AAA (American Arbitration Association) örneğinde olduğu gibi, yerleşik bir tahkim kurumunun

parçasıdır. Özel internet tahkim mercileri kısa bir zaman diliminde şekillenmiştir. Çoğunlukla da Amerika'daki organizasyonlar tarafından işletilmektedir. [6]

Özel tahkim kurumları, belli bir ücret karşılığında tahkim hizmeti sunan yukarıda örneğini vermiş olduğumuz tahkim siteleridir. (Örnek: www.judgeme.com)

ICC, WIPO, AAA gibi yerleşik tahkim kurumları internetin gelişimi ve kullanımının artması neticesinde tarafların ihtiyaçları doğrultusunda elektronik tahkimle ilgili bir takım uygulamalar oluşturmuşlardır. Bu noktada söz konusu kurumların elektronik tahkimle ilgili uygulamalarının başlıcalarını incelemekte fayda vardır;

d. ICC – Uluslararası Ticaret Odasının (International Chamber Of Commerce) Uyguladığı DocDex Tahkim Usulü

ICC'nin internet üzerinden DocDex adı verdiği ve belgelere ilişkin kredi konusundaki anlaşmazlıkları ele alan bir tahkim sistemi mevcuttur. ICC DocDex programı ile özellikle bankalar arasında belgelere ilişkin kredinin ödenebilir olup olmadığı konusunda çıkan anlaşmazlıkları ele almaktadır. DocDex sisteminde, panel üç kişiden oluşmaktadır. Üç farklı ülkeden hakemin aynı dosya üzerinde birlikte çalışmalarına olanak sağlanmaktadır. Bütün süreç elektrondur. [7]

e. AAA – Amerika Tahkim Kurumunun (American Arbitration Association) Uyguladığı Çevrimiçi Tahkim Usulü

Amerika Tahkim Kurumu, elektronik tahkimi, “Çevrimiçi Tahkim İçin Ek Usuller”(Supplementary Procedures for Online Arbitration) olarak adlandırdığı kuralları doğrultusunda yürütmektedir. Bu kuralların amacı, tahkim yargılamasının sadece internet ortamında çözümlenmesini sağlamaktır. Söz konusu ek usullerde, Amerikan Tahkim Kurumu altında elektronik tahkimin nasıl gerçekleşeceği detaylı bir biçimde anlatılmıştır;

Elektronik tahkim ile çözülmesi talep edilen her uyuşmazlık için bir “vaka sitesi” (**case site**) oluşturulmaktadır. Bu vaka sitelerine taraflar ve hakemler online olarak erişebilmektedirler.

Taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözmek isterlerse bunu AAA'nın idari sitesine talepte bulunurlar. Tarafların ücretlerini yatırmaları ve bütün gerekli bilgileri bildirmeleri halinde yukarıda bahsettiğimiz vaka sitesi oluşturulur. AAA tarafların elektronik posta adreslerini alır ve taraflara dosya hakkında elektronik postaları üzerinden bilgilendirme yapar. AAA yetkililerinin taraflara elektronik posta yolu ile ulaşamamaları halinde tahkim elektronik ortamda gerçekleştirilmez ve geleneksel tahkim usulüne geri dönlür. AAA bazı durumlarda tahkimin

geleneksel yollarla yahut elektronik tahkim yolu ile gerçekleştirilebileceğine kendi kanaat getirebilir. Eğer tahkim elektronik ortamda yapılacaksa tahkimin başlangıç süresi vaka sitesinin açılış tarihi olarak belirlenir ve taraflara bu tarih elektronik posta yolu ile bildirilir. Bundan sonra tahkim elektronik posta adresleri üzerinden yürütülür. Davalı suçlamalarını iddialarını ve delillerini e-mail vasıtasıyla vaka sitesine gönderir Davacı 30 gün içerisinde iddialara cevap verir. Hakem-hakemler, kararlarını duruşmasız olarak vaka sitelerine gönderilen belgeler üzerinden verir. Hakem eğer taraflar talep ederse duruşma yapılmasına karar verebilir. Ancak duruşma telefon ya da video konferans gibi elektronik araçlarla gerçekleştirilir. Hakem kararı vaka sitesinde yayınlanır ve taraflara e-mail yoluyla bildirim yapılır. [8]

f. WIPO - Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (World Intellectual Property Organization) uyguladığı ICANN Tahkim Usulü

WIPO Birleşmiş Milletlerin özelleşmiş 17 örgütünden birisidir. "Dünyada fikri mülkiyet haklarının korunmasını ve yaratıcı etkinliği teşvik etmek amacıyla" 1967 yılında kurulmuştur.

WIPO'nun Tahkim ve Arabuluculuk merkezi 1994 yılında İsviçre'de kurulmuştur. İdari bir büro olarak faaliyet göstermektedir.

Merkez, mahkeme yargılamalarına alternatif çözüm yöntemlerini yürütmektedir. Amaç, kişiler arasındaki ticari uyuşmazlıkların fikri ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin kısmını çözmektir.

WIPO Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerinin yürütülmesi için, arabuluculuk ve tahkim kuralları getirmiştir. Bu kuralların en önemli özellikleri, her türlü hukuk sisteminde kullanılabilir olmalarıdır.

WIPO Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi, elektronik tahkime ilişkin sistem oluşturma çalışmaları içerisinde olup henüz net bir sonuç alamamışsa da alan adı anlaşmazlıklarına ilişkin elektronik ortamda gerçekleştirilen bir tahkim usulünü uygulamakta yetkili olup etkin olarak kullanılmaktadırlar. Bu sistem ICANN tahkimidir. ICANN tahkim usulünde UDRP (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy) tahkim kuralları uygulanmaktadır. Bu tahkim usulünde WIPO panelleri çalışmaktadır. ICANN tahkiminde WIPO tahkim kuralları revize edilir.

Temel olarak bir alan adı üzerindeki uyuşmazlığın çözümünde ICANN tahkimin uygulanabilmesi için aşağıdaki şartlar aranmaktadır:

- Alan adının itiraz sahibinin markası ile birebir veya karıştırılabilecek kadar yakın olması,
- Bu alan adı üzerinde alan adı sahibinin hiçbir hakkı veya ilgisi olmaması,
- Alan adının kötü niyetle tahsis edilmiş ve kullanılıyor olması.

Bu şartların oluşması durumunda alan adı itiraz sahibine tahsis edilmektedir, bu şartların oluşmadığı her durumda itiraz reddedilmektedir.

ICANN sistemi temel olarak AAA'nın tahkim sistemi ile aynı şekilde çalışmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü için marka ve alan adları konularında teknik ve hukuki bilgi ve deneyime sahip tarafsız ve bağımsız 1 veya 3 hakem seçilmekte ve bu hakemlerin verdiği karar uygulanmaktadır. ICANN tahkimi yürütmeye yetkili olan bir başka kurum ise NAF – Ulusal Tahkim Forumu (National Arbitration Forum) 'dur. [9]

3.2. Türk Hukukunda Elektronik Tahkim

a) HMK ve MTK Hükümleri:

Tahkim müessesesi HMK m.407 ve devamı maddeleri ve Milletlerarası Tahkim Kanunu ile hüküm altına alınmıştır.

HMK'nın 412. maddesinde Tahkimin tanımı ve şekli şartına değinilmiş, söz konusu maddenin 3. Bendinde ise MTK m.4'e atıf yapılmıştır. Tahkimin şekline ilişkin bentte;

"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telex, faks gibi bir iletişim aracına **veya elektronik ortama geçirilmiş olması** ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır."

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere tahkimin tarafların açık rızaları olduğu müddetçe elektronik ortamda gerçekleştirilmesinin usule aykırılık teşkil etmeyeceği açıktır.

Bilgisayar faresinin onaylaması ya da özel onay tuşları ile kabul edilen genel işlem şartları arasında bulunan tahkim şartlarının durumu yine özel olarak incelenmelidir. Zira bu tür tahkim şartları, diğer çevrim dışı ya da elektronik posta ile yapılan tahkim anlaşmalarından daha farklıdır. Öncelikle işlemler hızlı bir şekilde gerçekleşmektedir. Onay tuşuna basıldığında genel işlem şartları arasında üzerinde düşünülmeden onaylanmaktadır ve ilgilinin "server"i üzerinde kaydedilmektedir. [10] Bu şekilde onaylanması istenen tahkim şartının bağlayıcılığı üzerinde durulurken, bu tür işlemlerin yapılaşımın özelliklerine bakılmalıdır. Genel işlem şartları olarak sıralanan bu tür şartlar, internet kullanıcıları tarafından çoğu kez okunmamakta, sadece nihaî işlemin gerçekleştirilmesi için yapılması gerekli bir detay, bir formalite olarak görülmektedir. Bu halde tahkim şartını bu şekilde genel işlem şartları içinde onaylayan bir kimsenin sonrasında tahkim şartını kabul

etmediğine dair çekincesinin daha kabule mazhar olduğu kanaatindeyiz. Ancak söz konusu tahkim şartının açık ve anlaşılabilir şekilde internet kullanıcısının onayına sunulduğu hallerde onay tuşuna basılması halinde taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapıldığının kabulü gerekmektedir. [11]

3.3. Elektronik Tahkim Sonucu Oluşabilecek İspat Problemleri

Dijital ortamda gerçekleştirilen bütün işlemlerde ispat bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak ispat zorluğunun, internet ortamında özel bir sorun olmayacağı kanaatindeyim. Zira elektronik imza ve güvenlik sorgulamaları, kimlik doğrulama usulleri alanındaki gelişmeler, ispat zorluğunu ortadan kaldırmaktadır. [12] Tahkim yargılaması sırasındaki orijinal dokümanların güvenli elektronik imza ile imzalanması bir çözüm olabilir. Burada internet ortamında tahkimi gerçekleştirecek organizasyonun özel bir özeni ve güvenilirliği önem taşıyacaktır.

4. Sonuç

İletişim ve bilişim teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte sınır ötesi ticaretin kolaylaşması, beraberinde yeni ve farklı uyumsuzlukları ve bu uyumsuzluklara yeni çözüm arayışlarını da beraberinde getirmektedir.

Teknolojik gelişmelerin beraberinde getirdiği hukuki güvensizliklerin zaman içinde çözümlendiği her gün yaşanan yeni deneyimlerde görülmektedir. Sanal ortamda ticarete izin verilmesi, sanal şirketlerin kurulması hatta sanal bankacılık izinleri, gerçekte internet ortamında tahkimden daha büyük adımlardır. Bu gelişmeler, beraberinde internet ortamında tahkimi de geliştirecek ve güçlendirecektir. [13]

Kaynaklar

[1] Karen Stewart, Joseph Matthews “Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes” (2002), HeinOnline, 56 U. Miami L. Rev. 1112 2001-2002

[2] YU, H. / NASİR, M., “Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework?”, Journal of International Arbitration, V.20, N.3, 2003, s.456

[3]Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, 19.04.2002, KOM (2002), Rn. 5 vd.

[4] Yüksel Bozkurt A.E., A.g.e.

[5] Atalı Murat, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, E-akademi yıl: 2007, sayı:60, internet erişimi için: www.e-akademi.org, son ziyaret: 28 Aralık 2012

[6] Atalı Murat, “İnternet Ortamında Tahkim ve Usul Hukuku Sorunları”, E-akademi yıl:2007, sayı:60, internet erişimi için: www.e-akademi.org, son ziyaret: 28 Aralık 2012

[7]<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/docdex/docdex-rules/>, ICC DocDex, son ziyaret :28 Aralık 2012

[8] M.H.M. Schellekens, A.g.e

[9] M.H.M. Schellekens, A.g.e.

[10] **Kaïssis, A.**, “Die Internet-Schiedsgerichtsbarkeit”, Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten (Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für internationales Verfahrensrecht vom 6.-9. April 2005 in Warschau)

[11] Atalı M., A.g.e.

[12] **Pekcanitez, H.**, Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 389 vd;**Erturgut, M.**, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 175 vd