

E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler

Leyla, Keser Berber

Istanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, İstanbul, Türkiye, leyla.keser@bilgi.edu.tr

ORCID: orcid.org/0000-0002-2438-768x

Ayça, Atabey

Istanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, İstanbul, Türkiye, ayca.atabey@ed.ac.uk

ORCID: orcid.org/0000-0003-3165-6750

Melis, Mert

BTS&Partners, İstanbul, Türkiye, melis.mert@bts-legal.com

ORCID: orcid.org/0000-0001-9362-9147

ÖZ

Geçtiğimiz dönemde e-Gizlilik Tüzüğü'ne ilişkin birçok gelişme olmuştur. Özellikle e-Gizlilik Tüzüğü'nün son taslak versiyonlarında (temel olarak 4 Ekim 2019, onu takip eden 17 Ekim 2019 ve 30 Ekim 2019 tarihli taslaklar) yer alan değişiklikler güncel tartışmalara konu olmuştur. Özellikle "rıza" kavramı üzerinde duran bu tartışmalar çerçevesinde, rızanın GVKT uyarınca bir rıza olması gerektiğinin de altı Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) *Verbraucherzentrale Bundesverband eV v. Planet49 GmbH (C-673/17) (Planet49 davası)* kararında da çizilmiştir. E-Gizlilik Tüzüğü'nde "rıza" kavramına ilişkin yeniliklerle beraber başka değişiklikler getirilmiş olsa da, bu değişiklikler kapsamında sıkça görülen güncel tartışmalardaki endişelerin çoğu "rıza" kavramına ilişkin kuralları ve bunların ilgili paydaşlar üzerindeki olası etkisini içermektedir. Bu çalışmada e-Gizlilik taslağında görülen değişikliklere genel olarak yer verilecek olsa da, asıl olarak "rıza" kavramı ve son versiyonda yer almayan ancak tartışmalara sebebiyet veren maddeler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Sözcükler: Rıza, Kişisel verilerin korunması, Avrupa Birliği e-Gizlilik Tüzüğü, Mahremiyet

Commentary on the Latest Draft of the e-Privacy Regulation

ABSTRACT

Recently, there have been many developments regarding the upcoming e-Privacy Regulation. In particular, changes in the latest draft versions of the e-Privacy Regulation (mainly 4 October 2019, subsequent drafts of 17 October 2019 and 30 October 2019) have become soaring topics in the debates rotating around the fundamental rights of data protection and privacy, mainly focusing on the issue of "consent". Another recent development concerning the changes that will be brought by the long-awaited enactment of the ePrivacy Regulation concerns the Court of Justice of the European Union's ruling (CJEU) in the case of Planet49 where the Court found that the only form of valid consent for processing user data in the EU is explicit consent. This decision has underscored the importance of developing a true understanding of the interplay between the GDPR and the ePrivacy Regulation. Although there are other novelties and changes that are brought with the e-Privacy Regulation, in the current discussions the main concerns relate to the rules on the notion of "consent" and such changes' possible impact on different stakeholders. In this study, although the changes that are seen in the e-Privacy Regulation will be mentioned in general, the main focus will be on the notion of consent and a discussion will be carried out by referring to the relevant Articles under the latest ePrivacy Regulation draft proposal released in October 2019.

Keywords: Consent, Personal data protection, EU e-Privacy Regulation, Privacy

Atf Gösterme

Keser Berber, L., Atabey, A. ve Mert, M. (2019). E-Gizlilik Tüzük Taslağının Son Versiyonu Üzerine Düşünceler, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*. 1(2), 66-74.

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) yasa koyucuları, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kapsamlı kurallar getiren Gerçek Kişilerin Kişisel Verilerinin Korunması ve Serbest Dolaşımı ve 95/46/EC Sayılı Yönerge'nin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin 27 Nisan 2016 tarihli 2016/679 Sayılı AB Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT)'ne ek olarak ayrı bir e-Gizlilik düzenlemesi (e-Gizlilik Tüzüğü) ile iletişimin gizliliğinin korunması için spesifik kuralları benimsemeyi hedeflemiştir. Bu iki hukuki düzenleme, Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun (EDPB) 12 Mart 2019 tarihli görüşünde açıklandığı ve detaylandırıldığı üzere birbirlerini tamamlayıcı niteliktedirler (EDPB, 2019). EDPB, AB yasa koyuculara e-Gizlilik Tüzüğü'nün kabul edilmesi için çalışmalarını artırma çağrısında bulunmuş ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Özel Hayatın Gizliliğine Saygı ve Kişisel Verilerin Korunmasına ve 2002/58/EC Sayılı e-Gizlilik Yönergesi ile GVKT arasındaki ilişkiyi tartışmıştır. GVKT ve e-Gizlilik düzenlemelerinin aralarındaki etkileşimi anlamak, "rıza" kavramına ilişkin kurallar dâhil olmak üzere birçok kuralın pratikte doğru uygulanmasını sağlayacaktır. e-Gizlilik Tüzüğü sadece kişisel verileri değil, genellikle çerezlerin yerleştirilmesi ile gerçekleştirilen ve kullanıcının cihazına yapılan tüm erişimleri, ticari pazarlama ve haberleşme için e-posta kullanımına ilişkin konuları da kapsamaktadır. GVKT'nün gittikçe dijitalleşen bir dünyada kişisel verilerin korunmasını temin etmesi karşısında, AB'nin mevcut e-Gizlilik rejiminin de güncellemeye ihtiyaç duyduğu kararına varılmıştır. Bunun sonucu olarak Avrupa Komisyonu 10 Ocak 2017'de, AB'deki gizlilik düzenlemelerine ilişkin 2002 tarihli ve 58 sayılı mevcut e-Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi'nin yerini almasını planladığı, AB Elektronik Haberleşme Sektöründe Özel Hayatın Gizliliğine Saygı ve Kişisel Verilerin Korunmasına ve 2002/58/EC Sayılı Yönergenin Yürürlükten Kaldırılmasına İlişkin Tüzüğü (E-Gizlilik Tüzüğü) için bir tasarı metni oluşturmuştur. Ancak, e-Gizlilik Tüzüğü'nün Mayıs 2018'de kişisel verilerin korunması hakkını altın çağa ulaştırmış GVKT ile birlikte yürürlüğe girmesi beklenmekte iken, e-Gizlilik Tüzüğü bu tarihe kadar hala bir taslak olarak kalmıştır. Bir dönem e-Gizlilik Tüzüğü üzerine tartışmalar tıkanmış olmakla beraber son zamanlarda Almanya ve Finlandiya Başkanlıkları başta olmak üzere üye ülkelerden gelen değerlendirmeler ile gelişmeler hız kazanmıştır. Ekim 2019'da gelen değişikliklerle beraber e-Gizlilik Tüzüğü'nün son taslağında özellikle düzenlemenin kapsamına ilişkin gelişmeler söz konusu olsa da, "rıza" gibi tartışmalı konularda hala belirsizliklerin mevcut olduğu söylenebilir. Bu çalışmada, e-Gizlilik Tüzüğü'ne ve bunun GVKT ile kesişimine ilişkin genel hatlarıyla bir inceleme ve devamında son taslaklarda (temel olarak 4 Ekim 2019, onu takip eden 17 Ekim 2019 ve 30 Ekim 2019 tarihli Taslaklar) gerçekleştirilen değişikliklerin belirlenen konulardaki etkisi ortaya konulmaktadır. Özellikle "rıza" kavramı üzerinde durulurken ayrıca, rızanın GVKT uyarınca bir rıza olması gerektiğini, rızanın "uygun" teknik ayarlamalar ile yazılım aracılığı ile de alınabileceğini belirten ve açıkça mevcut Taslak ve e-Gizlilik Yönergesi ile GVKT arasındaki sıkı ilişkinin "rıza" ile ilgili maddelerin yorumlanmasında da göz önünde bulundurulmasını destekleyen Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) *Verbraucherzentrale Bundesverband eV v. Planet49 GmbH (C-673/17) (Planet49 davası)* kararına da değinilmektedir. Bu çalışmadaki yorumlar her ne kadar en güncel e-Gizlilik Tüzüğü taslağını yansıtsa da, yalnızca 30 Ekim 2019'da yayınlanan taslak versiyonundaki değişiklikler ile sınırlı değildir. Aynı zamanda önceki versiyonlara ilişkin olup etkisi son taslak versiyonunda görülmekte olan hususlara da (örn. madde 10'un silinmesi) yer verilmiştir. Bu değişiklikler kapsamında sıkça görülen güncel tartışmalardaki endişelerin çoğu "rıza" kavramına ilişkin kuralları ve bunların ilgili paydaşlar üzerindeki olası etkisini içermektedir. Bu çalışmada e-Gizlilik taslağında görülen değişikliklere genel olarak yer verilecek olsa da, asıl olarak "rıza" kavramı ve son versiyonda yer almayan ancak tartışmalara sebebiyet veren madde 10 üzerinde durulacaktır.

SON GELİŞMELER VE ETKİLERİ

Ocak 2017’de Avrupa Komisyonu’nun ilk e-Gizlilik Regülasyonu teklifini mevcut (2002/58/EC) e-Gizlilik Yönergesi’nin yerini almak üzere hazırladığı zamanda temel amacı, mevcut düzenlemelerin kapsamının genişletilerek tüm elektronik haberleşme sağlayıcılarının sisteme dâhil edilmesi ve “*Dijital Tek Pazar’da haberleşme verilerinin işlenmesinde yeni imkânlar oluşturmak ile güven ve güvenliğin güçlendirilmesi*” idi (Avrupa Komisyonu, 2019). Aynı zamanda bu düzenleme ile GVKT ile elektronik haberleşme kurallarının paralel hale gelmesi öngörülmekteydi. Komisyon’un AB kurumlarını, Tüzüğün Mayıs 2018’de hazır olabilmesi için hızlı çalışmaya davet etmesine rağmen Tüzüğün yeni teknolojiler ile nasıl uyuşacağı konusu, çocukların internetteki varlıkları, içerik ve meta verinin analitik, profilleme, davranışsal reklamcılık ve diğer ticari amaçlar için kullanılması, GPS lokasyon verisinin kullanılması, çerez rızaları ve doğrudan pazarlamaya karşı korumanın kapsamı gibi konulardaki endişelerden dolayı teklif metni sonlandırılmamıştır. 4 Ekim 2019 tarihinde Avrupa Konseyi Başkanlığı Taslak e-Gizlilik Tüzüğü’nün güncellenmiş öneri metni yayınlanmıştır. Revize edilen teklif metni, Telekomünikasyon ve Bilgi Toplumu Çalışma Grubu’nun (TBT Çalışma Grubu) toplantısı için yayınlanmıştır ve Eylül 2019’da Avrupa Konseyi Başkanlığı’nın teklif ettiği değişiklik teklifleri ile karşılaştırıldığında kısıtlı değişiklikler getirmektedir. Bu metni ise 22 Ekim 2019’da TBT Çalışma Grubu’nun 17 Ekim 2019 ve en son olarak da daha çok e-Gizlilik Tüzüğü’nün kapsamına ilişkin değişiklik önerilerinin bulunduğu 30 Ekim 2019 versiyonu takip etmiştir.

Son taslak teklif metnine bakıldığında, çerezlerin kullanılmasına yönelik e-Gizlilik Tüzüğü ile GVKT arasındaki ilişkinin netleştirildiği barizdir. Zira çerezler gibi araçlarla verilerin son kullanıcılarından toplanmasına ilişkin olarak GVKT’de düzenlendiği üzere kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel kurallar tamamlanmış ve özel duruma uyarlanmıştır. Kullanıcı ölçümleme (Audience measuring) amacı ile çerezlerin kullanılmasına ilişkin rıza istisnası, birtakım şartlara bağlı olarak revize edilen taslakta da korunmaktadır. Buna ek olarak taslak, AB üye devletlerindeki şirketlerin var olan müşteri iletişim bilgilerini doğrudan pazarlama amaçları ile kullanılmasına mal veya hizmetin satışından sonra devam etmesine belli kurallar çerçevesinde imkân tanımaktadır. Genel itibarıyla taslak öneri metni, mevcut endişelerin bir bölümüne hitap etmeye yönelik önemli değişiklikler getirmektedir. Bunlardan bir tanesi de çocuk pornografisi teşkil eden içeriklerin tespit edilmesi, silinmesi ve raporlanması amacıyla elektronik haberleşme verilerinin işlenmesine yönelik yeni bir düzenlemedir. Bir önceki Çalışma Grubu tartışmasında çocukların istismarı konusunun kesinleşmemiş olması nedeniyle Başkanlık her iki görüşü de (madde 6d altında istisna ve madde 29(3) altında geçici çözüm olarak) metin içerisinde köşeli parantezler ile şu değişiklikler ile saklamıştır; hem madde 6d hem madde 29(3) kapsamında (ii) ve (iv) bentleri tek bir bent haline getirilmiş; hem madde 6d hem madde 29(3) kapsamında (iii) bendinde “oran” ifadesi “ihtimal” ile değiştirilmiştir; yeni bir madde 6d(2) eklenmiş ve denetleyici otoritenin etki değerlendirmesi ve danışmaya ilişkin ek tedbirler getirilmiştir. Bu gelişmelerin içeriğine örnek olarak, madde 29(3)’ün yeni metni ile birlik mevzuatında çocuk pornografisinin tespiti, silinmesi ve raporlanmasına ilişkin spesifik bir düzenleme yürürlüğe girene kadar geçici çözümün uygulanacağı belirtilmiş ve bu şekilde madde 29(4) silinmiştir.

Rıza kavramına ilişkin bir başka tartışma yaratabilecek hüküm madde 4(a)(2a) kapsamında değerlendirilebilir. Bu madde uyarınca kişiler veriyi kontrol eden tarafından eğer belirlenebilir değil ise madde 8 (1)(b) kapsamında son kullanıcının rızası alınmış sayılmaktadır. Buradaki kişilerin “belirlenemiyor olması” koşulu gelişen teknolojiler ve anonimleştirme teknikleri açısından değerlendirildiğinde uygulamada sorun teşkil edebilir. Zira birçok şirket verilerini işledikleri kullanıcıların kendileri tarafından belirlenebilir olmadıklarını belirtmelerine rağmen son araştırmalar bunun tersini göstermektedir (Finck, 2019; Schmidt, 2018). Doğrudan pazarlamaya ilişkin konuda ise son taslak önceki versiyonlardaki değişiklikleri yansıtmakta ve aynı zamanda doğrudan pazarlamayı

madde 4(3)(f)'te oldukça geniş bir şekilde yeniden tanımlanmaktadır; “doğrudan pazarlama iletişimleri, sesli aramaların gerçekleştirilmesi, otomatik aramalar veya insan etkileşimi olan veya olmayan haberleşme sistemlerinin kullanılması, elektronik posta-mesajı, SMS ve benzeri dahil olmak üzere kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti üzerinden doğrudan bir veya birden çok belirli veya belirlenebilir spesifik elektronik haberleşme hizmetleri son kullanıcılarına iletilen veya sunulan yazılı veya sözlü olsun herhangi bir formdaki pazarlamayı ifade eder.” Değişiklik ile “veya sunulan” ile “belirli veya belirlenebilir” ifadelerinin çıkarılması ile oluşturulan yeni geniş tanımın online reklamcılığı da kavrayacağı endişesi ortaya çıkmaktadır. Elektronik haberleşme meta verisi açısından ise; taslak ayrıca elektronik haberleşme meta verilerinin ikincil uygun işlenmesine imkân sağlayarak bu alana daha esneklik getirmiştir. Ek olarak kapsama ilişkin açıklamalar, bilgi güvenliği tedbirlerine ilişkin olarak daha fazla değişiklik yapılmasını gerektirmektedir ve bu husus sadece elektronik haberleşme ağı ve hizmeti sağlayıcılarına değil aynı zamanda bunlar adına tedbir alan son kullanıcılara ve üçüncü taraflara da ilişkindir. Bu doğrultuda taslak metni ile artık ilgili son kullanıcılar veya kendilerine elektronik haberleşme meta verilerine dair kayıt, depolama ve işleme yetkisi tanınan üçüncü kişiler tarafından işlenen elektronik haberleşme meta verilerine Tüzüğün uygulanmayacağını netleştiren bir hüküm eklenmiştir. Madde 4(a)3 kapsamında kullanıcılara, bu hatırlatmayı almak istemediğine dair talepte bulunduğu haller saklı kalmak üzere, (12 aydan daha uzun olmamak kaydıyla) elektronik haberleşme içeriğinin veya meta verinin işlenmesine ilişkin rızalarını geri alma haklarının hatırlatılması gerekmektedir. “Soft opt-in” terimi genel olarak mevcut müşterilerle ilgili kuralı tanımlamak için kullanılır (Ayrıntılı bilgi için bkz. ICO, 2018). Soft opt-in’e ilişkin olarak değişiklik yapılan metinde ana kural aynı kalmıştır ve buna göre işletmeden tüketiciye elektronik haberleşme hizmetleri aracılığı ile doğrudan pazarlama rıza gerektirmektedir. Müşterinin elektronik iletişim bilgilerinin bir ürün veya hizmetin satışı sonucu olarak elde edildiği hallerde satıcının, madde 16(2) uyarınca müşterilerin “açıkça ve özellikle ücretsiz ve kolay bir şekilde bu kullanıma karşı çıkmalarına imkân tanınmış olması” şartı ile bu iletişim bilgilerini doğrudan pazarlama yapmak için kullanmak için rıza almasına gerek bulunmamaktadır. Bu çıkma (opt-out) hakkının kullanıcıların iletişim bilgilerinin elde edildiği sırada ve her mesaj iletildiğinde verilmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle doğrudan pazarlamacıların sonuncu taslak nedeniyle mevcut e-Gizlilik Yönergesi’nde yalnızca satışlara ilişkin olan ve kapsamı daha dar olan soft opt-in’e nazaran bu daha kapsayıcı hüküm sonucunda hayal kırıklığına uğramaları söz konusu olabilecektir. Ancak bu değişiklik GVKT kapsamında değerlendirildiğinde aslında ilgili şirketlerin hem GVKT’nün hem de e-Gizlilik Tüzüğü’nün getirdiği birbirleri ile paralel olan “rıza” ve kullanıcı haklarını gözetken kurallarına uyumlarını kolaylaştıracaktır. En popüler konu başlığı olan çerezler nezdinde ise revize edilen taslak öneri metni, istisnaları genişleterek madde 8 kapsamında çerezlerin kullanılmasına dair hükümleri netleştirmiştir. Genellikle terminal araçlarının işleme ve saklama becerilerinin kullanımı ve son kullanıcıların terminal araçlarından bilgi elde edilmesi GVKT standardında rıza gerektirmektedir. Yeni 8(2)(d) maddesi ile son kullanıcı tarafından talep edilen hizmetin sunulması için gerekmesi halinde terminal aracından bilgi elde edilmesine imkân verilmektedir. Bu madde her ne kadar GVKT ile paralel bir yaklaşım görülse de rıza kavramının karmaşıklığı ve bu kavrama ilişkin kuralların pratikte yaratabileceği güçlükler göz önüne alındığında bu maddenin uygulanması düşünüldüğü kadar basit olmayabilir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Bergemann, 2018). Ayrıca, taslak öneri metni üçüncü taraf işleyicilere kullanıcı ölçümlene için istisnaları genişletmekte ve güvenlik, istenmeyen durumların, dolandırıcılığın önlenmesi ve teknik hata tespiti için ek istisnalar getirmektedir. Mevcut durumu ile düzenleme, internet sitesine erişim için kapsamlı takibi bir şart koşan “çerez duvarları” na izin vermektedir; giriş hükümleri 20 ve 21 gerçek zamanlı açık arttırma şeklindeki davranışsal reklamcılığı kolaylaştıracak çerez duvarlarına olanak sağlamaktadır ve bu yanlış bilgilendirmeye dayalı iş modelini destekler (Toner, 2019). Çalışma Grubu’nun rıza kavramı üzerine verdiği görüşe bakıldığında, AB veri koruma otoritelerinin çerez duvarlarını hukuka aykırı olarak değerlendirmeye yönelik haklı sebepleri bulunmaktadır (Çalışma Grubu 29, 2018; Toner, 2019). Bunların yanı sıra, başka önemli bir nokta, yapılan yeni bir araştırmada görüldüğü üzere çerez duvarları, aslında yayıncıların ekonomik menfaatine katkıda bulunmamaktadır (Marotta, Abhishek ve Acquisti, 2019).

30 Ekim 2019 tarihli taslak metninde giriş hükmü 20’ye değiştirilmiş ve çerezler kapsamında kullanıcının verdiği kararın ne kadar gerçek olduğuna dair ayrıntılı açıklamaya ihtiyaç duyulduğunun altı çizilmiştir.

E-Gizlilik Tüzüğü ile ilgili bir başka gelişme ise *Planet49* davasıdır. AB otoritelerinin rızaya ilişkin yaklaşımı ABAD’ın *Planet49* davasındaki önceden seçilen kutuların kullanıcı tarafından GVKT madde 7 kapsamında “aktif” rıza gösterilmesi olarak değerlendirilmesi için yeterli olmayacağına dair çıkarımları ile desteklenmektedir. Mevcut e-Gizlilik Tüzüğü’nün taslak teklif metni GVKT’deki rıza tanımını yansıtmaktadır ve Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile birlikte bu kararın e-Gizlilik Tüzüğü’ndeki rızanın yorumlanması üzerinde etkili olacağı gözükmektedir. Bu karar, rızanın nasıl yorumlanmasına dair mevcut anlayışı yansıtmakla beraber karardaki iki unsur başka değerlendirmeler getirmekte ve kuruluşlar için olası aksiyon aşamaları teşkil etmektedir: İlk olarak karar ile farklı işleme amaçları için rızaların da ayrı tutulması gerektiğini netleştirmektedir ve tüm amaçlar, tek tek belirtilmelidir, bu amaçlar için sadece tek bir rızanın alınması yeterli değildir. Dolayısıyla GVKT kapsamında da olduğu gibi, hizmet sağlayıcılar, farklı işleme amaçları için ayrı rıza aldıklarından emin olmalıdırlar. Bu gerekçelendirme ayrıca, spesifik, açık ve meşru amaçlarla toplanma ve bu amaçlara aykırı bir şekilde ikincil işlemenin söz konusu olmaması, kamu menfaati doğrultusunda arşivleme, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları veya istatistiksel amaçlar ile ikincil işlemlerin madde 89(1) uyarınca ilk amaca uygun değerlendirileceği çerçevesinde GVKT’nün madde 5(1)(b) kapsamında amaçla sınırlılık ilkesini de destekler nitelikte olup yeterli, ilgili ve amacın gerektirdiği ile sınırlı işlemeye yönelik madde 5(1)(c) veri minimizasyonu ilkesi ile ve madde 5(1)(a) gereği veri işlemenin hukuka uygun, adil ve şeffaf bir şekilde olması gerektiğini belirten hukuka uygunluk, adil olma ve şeffaflık ilkeleri ile yakından ilgilidir. İkinci ve oldukça önemli olarak, *Planet49* kararı, “açık ve kapsamlı bilgi” sağlama gerekliliği kapsamında bu bilginin çerezlerin faaliyet göstereceği süreyi kapsar nitelikte olması ve rızanın alınmasından önce bunlara üçüncü tarafların erişip erişemeyeceğine yönelik bilgi olması gerektiğini açıklığa kavuşturmuştur. İlgili kişiye dair kişisel verilerin işlenmesine ilgili kişinin mutabakatına işaret eden spesifik, bilgiye dayalı ve belirli bir emare olduğu dikkate alındığında kullanıcının kontrolü açısından olduğu kadar, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve menfaatlerinin gözetilmesi açısından da “rıza” oldukça değerli bir araçtır (Dreyer ve Schulz, 2019). Elektronik haberleşme için gereken özel koruma göz önünde bulundurulduğunda rızanın ancak spesifik durumlarda bir istisna olarak kullanılması mümkün olmalıdır ve kullanıcıların haberleşme verilerinin işlenmesinde bir hukuki zemin oluşturmakla beraber, rıza kavramına ilişkin kuralların pratikteki uygulanmasına özellikle dikkat edilmeli ve hassasiyet gösterilmelidir. Bu kapsamda, şeffaflık ilkesi son derece önem taşımaktadır. Kullanıcının bu belirli durumu anlaması ve rıza yorgunluğundan kaçınması adına rıza gerekliliğinin gerekmeyen hallerde gündeme getirilmemesi gerekmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki son taslak önerisinde (20a)’dan önceden çıkarılmış olan “rıza yorgunluğu” ifadesi hala bulunmamaktadır; “*Son kullanıcılardan, yaygın izleme çerezleri ve benzer izleme teknolojileri kullanımı nedeniyle ~~artan bir şekilde genellikle terminal araçlarında saklanan verilerin depolanması ve bunlara erişim için izin vermeleri talep edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak son kullanıcılar rıza verme talepleri ile boğulmakta boğulabilmekte ve bu durum sonucunda “rıza yorgunluğu” söz konusu olmaktadır. Bunun sonucunda rıza talep bilgilerinin okunmaması ve sunulan korumanın etkisiz kaldığı bir durum ortaya çıkmaktadır.~~*” Ancak ilgili hükmün lafzı hala zımni olarak rıza yorgunluğuna atıfta bulunduğu şekilde yorumlanabilecektir. Madde 6a’da (eski madde 6(3)) Konsey metni, gereksiz görülebilecek olmakla beraber e-haberleşme içeriğinin işlenmesi için ek bir rıza gerektirmektedir. Metnin önceki versiyonunda “*madde 6a(1)(a) “tamamen” ifadesi gereksiz olması nedeniyle çıkarılmıştır*” olarak ifade etmekle beraber bu durum zorunlu olarak gereksizliğin sona erdiğini anlamına gelmez.

Alman hükümetinin taslak teklifine benzer şekilde, ilgili hizmetin son kullanıcı tarafından talep edilmesinin en başında rıza gerekliliği olduğu tartışılabilir (GVKT ile karşılaştırılacak olursak sözleşme ile mutabık kalınan işleme için rıza gerektirmek benzeri bir durum söz konusu olacaktır). “Talep eden son kullanıcının rıza vermesi” gerekliliği gereksiz ve hizmetin zaten son kullanıcı tarafından talep edildiği; bu işlemin ilgili diğer kişilerin temel hak ve menfaatlerine zarar vermediği, son kullanıcının kendi e-haberleşme içerik verisinin işlenmesine ilişkin GVKT’nün ilgili maddeleri uyarınca bilgi verdikten sonra hizmeti açıkça ve belirli olarak talep etmesi durumu göz önünde bulundurulursa oldukça akışı bozan nitelikte görülebilecektir. Bu nedenle son kullanıcının ilgili amaçla sınırlı olarak e-haberleşme içeriğinin ve verinin işlenmesinin gerekliliğine dair anlayışını açıkça ortaya

koyması gerekecektir. Aksi takdirde bireysel kullanım için açıkça talep edilen hizmet sunulmayacaktır. Kullanıcı deneyimi açısından bakıldığında, ayrı bir rıza istenmesinin, kullanıcının deneyimi açısından ideal olmayabileceği sonucuna varılabilir zira ayrı ayrı rıza istenmesi, diğer yerlerde rızanın anlamlı bir şekilde kullanılmasına zarar verecektir. Madde 10'un eklenmesi üye ülkeler arasında zaten çekişmeli bir konu idi ve uygulamadaki etkileri nedeniyle görüşleri kendisine çekmekteydi. Almanya'nın e-Gizlilik Tüzüğü'nün eskiden kapsamında olduğu madde 10'una (Sağlanacak gizlilik ayarları için bilgi ve seçenekler) ilişkin olarak öngördüğü değişiklikler Ekim 2019 versiyonuna yansıtılmamıştır. Madde 10'u içermeyen son taslaklara dair yorumlardan biri, e-Gizlilik Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile tarayıcıların, rıza gerekliliğine ilişkin istisnalardan birinin kapsamına girmeyen hallerde kendiliğinden çerezleri reddetmeleri gerekip gerekmeyeceği sorusuna ilişkindir (Heywood, 2018). Alman hükümeti eskiden metinde yer alan madde 10'un tekrar eklenmesini teklif etmiştir. Eskiden, madde 10 ile birtakım yazılım sağlayıcıları (özellikle tarayıcı sağlayıcıları) son kullanıcılara üçüncü tarafların kendi terminal araçlarında bilgi saklamalarını ve burada zaten saklanan bilgileri işlemelerini engellemeye yönelik bir seçenek sunmakla yükümlü idiler. Bu tartışmalı madde kapsamında, kurulundan sonra son kullanıcıların gizlilik ayarları seçenekleri hakkında bilgilendirilmeler yapılmakta ve bir ayarı seçmeleri için ayrıca gereklilik olması halinde kullanımı sonlandırmak için belirli bir ayara rıza verilmesi gerekmekte idi. Almanya'nın yorumları ve tekliflerine ilişkin olarak, her ne kadar bu tür endişelerin son e-Gizlilik taslağına olası etkileri olabilecekti ise de yasa koyucunun görüşü aynı kalmış ve 30 Ekim 2019 taslak metninde de görüldüğü üzere madde 10 taslak metnine geri alınmamıştır. Madde 10'un nihai metinde yer alıp almayacağı, reklamcılık ekosistemindekiler dâhil olmak üzere pek çok paydaş için kritik öneme sahiptir. Son taslak metin önerisinde madde 10 yer almamasına rağmen gelen eleştiriler ve gündemdeki sorular göz önünde bulundurulduğunda "rıza" gerekliliklerinin nihai versiyona tekrar eklenebilme ihtimali bulunmaktadır (Toner, 2019). Zira çerez kuralları, GVKT uyarınca hâlihazırda mevcut tasarımla gizlilik ve tasarım öncesi gizlilik hükümleri ile kolayca harmonize edilebilir ve böylece madde 10 ile GVKT kapsamındaki madde 25 beraber değerlendirilebilir. Söz konusu madde 25 ile beraber internet tarayıcıları ve operatör sistemler için "tasarım öncesi gizlilik" gerekliliğini desteklemektedir. Hem inovasyonun beslenmesi ve hem de temel hakların korunması için e-Gizlilik Tüzüğü ile güçlü gizlilik korumalarına olan ihtiyaç vardır (Ryan, 2019).

Bunlara ek olarak yapılan araştırmalar göstermektedir ki kullanıcılar ayarlarını çok nadir değiştirmektedirler ve bu nedenle araştırma bulguları göz önünde bulundurulduğunda ilk, otomatik olarak seçilmiş ve kullanıcıya sunulan seçeneklerdeki özellikler kullanıcıların haklarının korunması açısından önem arz etmektedir (Spool, 2011). Bu çerçevede; tarayıcı rızası, silinen madde 10'daki tasarım öncesi gizlilik hükmünün hala "tartışmaya açık olması", çerez rızalarının yapısı gibi konular dâhil olmak üzere birtakım ucu açık kalan konuya değinilmesini gerektirecektir. Çerez rızasında GVKT seviyesindeki rızaya odaklanılmaması, aksi takdirde kullanıcı deneyimi üzerinde yoğun etkisi olacağı (rıza yorgunluğu) gerektiğine ilişkin görüş Avrupa Doğrudan ve Enteraktif Pazarlama Federasyonu (FEDMA) tarafından tekrarlanmıştır. GVKT'ndeki gördüğümüz risk temelli yaklaşımın burada da kullanılması faydalı olabilecektir. Bu endişelere rağmen, *Planet49* kararından sonra ABAD'ın pozisyonu (ICO tarafından da özellikle teklif edildiği üzere) artık tamamen mevcut GVKT rıza rejimi ile paraleldir ve son teklif edilen e-Gizlilik Regülasyonu taslağındaki rıza düzenlemelerini yansıtmaktadır (ICO, 2019). Bu hususlar e-Gizlilik rejiminin istikrarı ve başarısı için oldukça önemli olup Komisyon'un ortak bir noktada mutabık kalmasının en kısa sürede sonuna kadar gerçekleşme ihtimalinden bahsedilebilecektir. Ancak bu durumda dahi düzenlemenin resmî kabulü zaman alacaktır. Genel itibarıyla çerezler için rıza gerekliliklerinin esaslı bir şekilde değişmediği, istisnaların daha net belirlenmesi ile beraber artık bunlar arasında –birtakım şartlara tabi olarak- kullanıcı ölçümleme ve yazılım güncellemeleri yer almaktadır.

e-Gizlilik Tüzüğü taslağındaki izleme (tracking) düzenlemeleri en çok tartışma konusu olan tekrar eden revizyonlara maruz kalan maddelerdir. Bu hükümler temel olarak kullanıcıların çerezler vasıtasıyla reklamcılık amaçları ile hedeflenmeleri ve tekrar hedeflenmelerine (retargeting) ilişkindir. Almanya 7 Haziran 2019 tarihinde Lüksemburg'da gerçekleşen AB Konseyi toplantısında görüşünü ortaya koymuş

ve GVKT'nün sağladığı korumanın ötesinde e-Gizlilik Tüzüğü'nün bir yüksek seviyede koruma temin etmesi gerektiğini ve o dönemki mevcut taslağın bu amacı sağlamadığını belirterek e-Gizlilik Tüzüğü'nün asıl rolünün temel hakları korumak olduğunu altını çizmiş, bu nedenle de o dönemki son taslak versiyonunu bütünüyle desteklemediklerini belirtmişlerdir. Alman parlamentosu üyeleri tarafından yürütülen araştırma ve öneri talebi kapsamında Alman hükümetinin 3 Temmuz 2019 tarihli cevabında mevcut e-Gizlilik Regülasyonu taslağına ve özellikle “izleme”ye ilişkin görüşünü savunmuştur (Cevap; dosya no. 19/11351). Öneri talebi kapsamında, diğer konulara ek olarak Almanya hükümetinin cevaplarından (i) “izleme”nin AB seviyesinde daha doğru ve detaylı düzenlenmesi gerektiğine ve (ii) e-Gizlilik Tüzüğü'nde hangi değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda Almanya'nın cevabını istemiştir. Öncelikle cevaplarında Alman hükümeti, internette ve dijital ortamda kullanıcıların izlenmesini şu şekilde tanımlamıştır; “*bağlantılı cihaz ve hizmetlerin kullanılması sırasında kullanıcıların davranış ve aktiviteleri üzerine kapsamlı bilgi elde edilmesi ve saklanması*”. Takip edilen davranışlar ve aktiviteler; internet siteleri ile iletişimler, geçmiş listesi, internet tabanlı e-mail ve mesajlaşma hizmetleri üzerinden haberleşmeler dâhil olabilmektedir. Mobil cihazların kullanılmasına ilişkin olarak sitenin ziyaret edilmesi sırasındaki lokasyon, zaman ve tarih bilgileri işlenebilmektedir. İkinci olarak Alman hükümeti, kullanıcıların cihazlarında elde edilen ve saklanan bilgilere hukuka uygun erişim 2002/58/EC Yönergesi ile düzenlenmektedir, 2009/136/EC (e-Gizlilik Yönergesi) ile değişmiştir ve yakında yerine geçecek olan e-Gizlilik Tüzüğü ile düzenlenecektir. Bu Tüzük, GVKT'ne göre spesifik özel bir yasa niteliğinde olacaktır (EDPB, 2019). Özetle, e-Gizlilik Tüzüğü taslak metnindeki son değişiklikler de göz önünde bulundurulduğunda, madde 6 ile ilgili hala endişeler mevcuttur. Bu endişelerin dayanağı (e-haberleşme verilerinin izin verilen işlemleri) nezdinde, kullanıcıların rızası olmaksızın asıl amaçtan başka amaçlarla e-haberleşme meta verilerinin işlenmesinde tanınan iznin nihai taslakta genişletilmesine dayanmaktadır. Bir başka endişe barındıran konu ise, kişisel verilerin korunması ve mahremiyet temel haklarının söz konusu olduğu birçok tartışmada gündeme geldiği üzere, anonimleştirme teknikleri ve bu tekniklerin güvenilirlikleridir. Bu kapsamda anonimleştirmenin geçtiği her hüküm, anonimleştirildiği öne sürülen verilerin aslında kullanıcıların belirlenmesinde önemli rol oynayabileceği yönünde son araştırmalar göz önünde bulundurulurken değerlendirilmelidir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Finck, 2019; Schmidt, 2018). Bir başka tartışmalı hüküm ise madde 8'dir (son kullanıcıların terminal araç bilgilerinin korunması) hükmüne ilişkin olarak istisnaların dar tutularak kullanıcının korunması yönündedir. Ayrıca bu yeni taslak metni ile üye devletlerin, örneğin kolluk kuvvetleri amaçlarına ilişkin olarak veri muhafaza yükümlülükleri getirme haklarına da bu madde kapsamında değinilmektedir (Bitkom, 2018). Bu husus geçmişteki ve günümüzdeki ABAD içtihadı açısından tartışmalıdır (Inside Privacy, 2019). Giriş hükmü 20 ve 21 belirtildiği üzere çerez duvarlarına ilişkindir ve mevcut taslak uyarınca gerekli rıza (kullanıcıların “bu kullanıma izin vermesi” gerekmesi), hizmetin sunulması için reklam amaçlı işlemin “gerekli” olduğu hallerde GVKT madde 7 kapsamında geçersiz sayılmaması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülebilir. Reklamcılık endüstrisi perspektifinden bakıldığında bu uygulama sonucunda, AB genelinde bir Tüzük getirilmekle beraber AB'de harmonize olmayan reklamcılık kurallarının bir yaması söz konusu olacaktır. Bir rıza stratejisi ve formülasyonu bulunması ile opt-in oranlarının çok daha yüksek seviyelere çıkması mümkün olabilir, ayrıca rıza seçeneklerinin ve gizliliğe önem verilmesinin rekabette etkili olabileceği belirtilmektedir (Mikkelsen, Soller, Jansson, 2018). Genel itibarıyla e-Gizlilik Tüzüğü'ne tabi olacak şirketlerin bunu, “rıza” isteme ve “rıza”yı yönetme kurallarını GVKT'ndeki gibi yalnızca şikâyet edilen katı kurallar olarak görmeyip, güven inşa etmek ve yeni seçenekler üretmek/rıza yönetim araçları geliştirmek için bir fırsat olarak görmeleri de savunulabilecektir. Farklı sektörlerde, “rıza” alma yolları aslında birçok yeni ürün geliştirip kullanıcılar için yeni seçenekler ortaya koymak için bir vesile olarak kullanılabilir.

SONUÇ

Yukarıda belirtmiş olduğumuz yenilikler ve tartışmalar dikkate alındığında e-Gizlilik taslakları ile belirli bir ilerlemenin gerçekleştiği açıktır. Ancak bir diğer taraftan da özellikle “rıza” kavramına ilişkin kurullarla ilgili hala süregelen tartışmalar mevcuttur. *Planet49* kararı gibi son gelişmeler ile ABAD’ın kararı uyarınca, kesinlikle gerekli çerezler saklı kalmak üzere, GVKT ve e-Gizlilik düzenlemeleri yorumlanmış ve önceden işaretlenen izin kutularının geçersiz bir format olduğu belirtilmiştir (Cookiebot, 2019). Sonuç olarak, e-Gizlilik Regülasyonu Taslağı’nda görülen ve bir kısmı yukarıda belirtilen değişiklikler sonucunda, özellikle rıza kavramı ve madde 10 ile bırakılan tasarım öncesi gizlilik konuları olmak üzere genel itibarıyla gelişmeye yer olmakla beraber endişelerin mevcut olduğu söylenebilir. Kullanıcılar rızaları olmaksızın kişisel verilerini ifşa etmemesine ilişkin olarak yazılıma güvenebilmelidir. Aynı zamanda yukarıda bahsedildiği gibi kullanıcıların nadiren ayarlarını değiştirmesi sebebiyle ilk gelen ayarlar temel teşkil etmektedir. Yine aynı zamanda bu e-Gizlilik Tüzüğünden direkt etkilenen işletmeler nezdinde kullanıcılardan onların gizlilik haklarını koruyan somut ve net rıza gereklilikleri olması aslında güven temin etmek ve endüstriye katkıda bulunmak için bir fırsat olarak değerlendirilmelidir ve bir yük olarak görülmemelidir.

KAYNAKLAR

- Article 29 Data Protection Working Party (Çalışma Grubu) (2018). *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/document.cfm?action=display&doc_id=51030 sitesinden 22.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Avrupa Komisyonu (2019). *Digital Privacy - Digital Single Market - European Commission* <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-privacy>> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Bergemann, B. (2018). *The Consent Paradox: Accounting for the Prominent Role of Consent in Data Protection* https://www.econstor.eu/bitstream/10419/180107/1/f-21375-full-text-Bergemann-2018-Consent_Paradox-v2.pdf sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Bitkom (2018). *Position Paper - Eprivacy Regulation* <<https://www.bitkom.org/sites/default/files/file/import/20180817-Bitkom-Position-Paper-on-ePrivacy-and-Presidency-Discussion-Paper-of-July-10.pdf>> sitesinden 27.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Cookiebot (2019). 'Active Consent and The Case of Planet49 | CJEU | GDPR & Epr' <<https://www.cookiebot.com/en/active-consent-and-the-case-of-planet49/>> sitesinden 29.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Debbie Heywood, D. (2018). 'Where is the Eprivacy Regulation? - Taylor Wessing's Global Data Hub' (Globaldatahub.taylorwessing.com, 2018) <<https://globaldatahub.taylorwessing.com/article/where-is-the-eprivacy-regulation>> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Dreyer, S., Schulz, W. (2019). *The General Data Protection Regulation And Automated Decision-Making: Will It Deliver? Potentials And Limitations In Ensuring The Rights And Freedoms Of Individuals, Groups And Society As A Whole* <https://ethicsofalgorithms.org/wp-content/uploads/sites/10/2019/01/GDPR_withoutCover-1.pdf> sitesinden 29.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- European Data Protection Board (EDPB) (2019). *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR/GVKT, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities Adopted on 12 March 2019* https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/stanovisko-vyboru-cl-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_en https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_GVKT_interplay_en_0.pdf sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır. 28 Ekim 2019 tarihinde erişildi.
- Finck, M. (2019) *Blockchain And The General Data Protection Regulation Can Distributed Ledgers Be Squared With European Data Protection Law* <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf)> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.

- Information Commissioner's Office (ICO) (2018). *Direct Marketing Guidance* <<https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1555/direct-marketing-guidance.pdf>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Information Commissioner's Office (ICO) (2019). *Blog: Cookies – What Does 'Good' Look Like?* <<https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/blog-cookies-what-does-good-look-like/>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Information Commissioner's Office (ICO) (2019). *Update report into adtech and real time bidding* <<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906.pdf>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Inside Privacy (2019). *New Draft Eprivacy Regulation Released* <<https://www.insideprivacy.com/international/european-union/new-draft-eprivacy-regulation-released/>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Marotta, V. Abhishek V., Acquisti A. (2019). *Online Tracking and Publishers' Revenues: An Empirical Analysis The 2019 Workshop on the Economics of Information Security* https://weis2019.econinfosec.org/wp-content/uploads/sites/6/2019/05/WEIS_2019_paper_38.pdf sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Mikkelsen, D., Soller H., Jansson, M. (2018). *What Will Europe'S E-Privacy Regulation Mean for Your Business?* <<https://www.mckinsey.com/business-functions/risk/our-insights/what-will-europes-eprivacy-regulation-mean-for-your-business>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- 'Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Concerning The Respect For Private Life And The Protection Of Personal Data In Electronic Communications And Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation On Privacy And Electronic Communications) COM/2017/010 Final - 2017/03 (COD)' (Eur-lex.europa.eu, 2019) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010>> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.28 Ekim 2019 tarihinde erişildi.
- 'Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Concerning The Respect For Private Life And The Protection Of Personal Data In Electronic Communications And Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation On Privacy And Electronic Communications) - Dated 17 October 2019' (Data.consilium.europa.eu, 2019) <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13080-2019-INIT/EN/pdf> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- 'Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Concerning The Respect For Private Life And The Protection Of Personal Data In Electronic Communications And Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation On Privacy And Electronic Communications) - Dated 30 October 2019' (Data.consilium.europa.eu, 2019) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_13632_2019_INIT&from=EN sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- 'Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Concerning The Respect For Private Life And The Protection Of Personal Data In Electronic Communications And Repealing Directive 2002/58/EC (Regulation On Privacy And Electronic Communications) Dated 4 October 2019' (Data.consilium.europa.eu, 2019) <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12633-2019-INIT/en/pdf#page41>> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Ryan, J. (2019). *Brave Writes To All European Governments To Press For Strong Eprivacy Protections* <<https://brave.com/eprivacy-october2019/>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Schmidt, D. (2018). *Google Data Collection* <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/08/ftc-2018-0074-d-0018-155525.pdf> sitesinden 30.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Spool, J. (2011). *Do Users Change their Settings UIE*, Eylül 2011 <<https://archive.uie.com/brainsparks/2011/09/14/do-users-change-their-settings/>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.
- Toner, A. (2019). *Industry Support for Privacy Protection In An Eprivacy Regulation* <<https://brave.com/wp-content/uploads/2019/10/Brave-Industry-support-for-ePrivacy-Regulation-10-October-2019.pdf>> sitesinden 26.10.2019 tarihinde alınmıştır.