

gündem NAZALI

www.nazaligundem.com

ISSN 2602-3601 / 2021 YAZ / SAYI 16

İlaç Sektöründeki Güncel Rekabet Hukuku Gelişmeleri

S. 25

İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerlilik Sorunu

S. 43

Yönetici Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası

S. 59

ISSN: 2602-3601

YIL: 3 / 2021 YAZ / SAYI: 16

•
SAHİBİ

NAZALI Avukatlık Ortaklığı adına
ERSİN NAZALI

•
SORUMLU MÜDÜR

ÇAĞDAŞ GÜREN

•
YAYIN YÖNETİM YERİ

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok.
No:3 Elit Residence Kat:4 Daire: 12
Şişli 34360 İSTANBUL
T:+90(212)380-0640
F:+90(212)217-1890
<http://www.nazali.av.tr>

•
Dergimiz üç ayda bir yayınlanır

•
BASKI-CİLT

Yapım Tanıtım Yayıncılık Ltd. Şti.
Gülbağ Mah. Gülbağ Cad. No:80/1
Mecidiyeköy Şişli / İSTANBUL

NAZALI Gündem'de yer alan yazı, şekil, tablo ya da resimlerin telif hakkı (Copyright c) NAZALI Avukatlık Ortaklığına aittir. Bir bölümü ya da tamamı izinsiz kopyalanamaz ya da basılamaz. Yazılardan alıntı yapıldığında, derginin kaynak olarak belirtilmesi gereklidir. Yayımlanan yazıların bilimsel ve etik sorumluluğu yazarlara aittir. Dergimiz yayımlanan haberler dışındaki yazılarda belirtilen görüşler karşısında resmen tarafsızdır. Dergide adı yer alan ürün veya servis reklamı için hiçbir güvence vermez.

İÇİNDEKİLER

- 3 KONKORDATO SÜRESİ İÇERİSİNDE "KARŞILIKSIZDIR" İŞLEMİ YAPILAN ÇEKLERDEN SORUMLULUK
- 7 ADİ ORTAKLIKLARDA REKABET YASAĞI
- 13 CEZA ZAMANAŞIMININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ
- 19 ALDATICI REKLAMLAR YOLUYLA HAKSIZ REKABET
- 25 İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ GÜNCEL REKABET HUKUKU GELİŞMELERİ
- 29 SENDİKAL NEDENLE FESHİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI
- 35 TARAF SENDİKA ÜYESİ OLMAYANLARIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMASI
- 39 ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK: İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİ
- 43 İŞ HUKUKUNDA İBRA SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİK SORUNU
- 49 YAZAR KASA FİŞLERİNİN KDV İNDİRİMİ VE KDV İADE LİSTELERİNDE KULLANILMASI
- 55 ÜLKELERİN KURUMLAR VERGİSİNİ DÜŞÜREREK YABANCI YATIRIMCI ÇEKME YÖNÜNDEKİ YARIŞI SONA MI ERİYOR?
- 59 YÖNETİCİ VE MÜDÜRLERİN SORUMLULUK SİGORTASI

ÖNSÖZ

Sevgili Dostlar,

2021 yılının yaz aylarının son dönemine geldiğimiz bu günlerde tüm Dünya gibi ülkemiz de çeşitli iklim değişiklikleri ile mücadele etmeye devam etmektedir. İklim değişikliklerinin yol açtığı sorunlar ile baş edebilmek için herkesin gündeminin değiştiği ve de değişmesi gerektiği gerçeği ile karşı karşıyayız.

NAZALI Vergi & Hukuk ailesi olarak çalışma arkadaşlarımız adına yapmış olduğumuz başlıklarla felaketlerden zarar görmüş tüm canlılar için onlara destek olmaya devam ediyoruz. Bu vesile ile doğayı ve tüm canlıları korumamız gerektiğini ve hayatın hepimiz için bir bütün olduğunu hatırlatmak isteriz.

Öte yandan, NAZALI Gündem dergimizin bu sayısında ise her zamanki gibi değerli çalışma arkadaşlarımız tarafından kaleme alınmış güncel ve ilgi çeken konulara yer verdik.

Son dönemde oldukça başvurulmuş bir hukuki yol olan konkordato sürecini ele alan makaleleri ile ekip arkadaşlarımız avukat Sedef Kılıç ve avukat Süreyya Korkmaz, konkordato sürecindeki çeklerle ilgili özellikli durumu incelemişlerdir.

Reklam piyasalarının gün geçtikçe büyümesi ve dijitalleşmenin artması ile birlikte hayatımızın bir parçası olan reklamlar ile ilgili aldatıcı reklam konusunu ele alan avukat Dila Güneş ve avukat Asya Akpulat ise, reklamların haksız rekabet boyutuna değinmişlerdir.

Rekabet hukuku departmanımızdaki değerli arkadaşlarımız tarafından kaleme alınan ve ilaç sektöründeki güncel rekabet hukuku gelişmelerini aktaran makale ise oldukça ilgi çekici bir çalışma olmuştur.

Şirket yöneticilerinin görevlerini rahatça yerine getirebilmeleri adına uygulama alanı bulunan yönetici ve müdürlere sorumluluk sigortası (D&O sigortası) yaptırılması konusunu büyük bir titizlikle ele alan ve şirketler hukuku departmanımızdaki değerli arkadaşlarımız tarafından kaleme alınan makale ise, oldukça faydalı bir çalışma olmuştur.

Ümit ederiz bu sayımızı da keyifle okursunuz. Sağlıklı günler dileriz.

Keyifli okumalar.

NAZALI GÜNDEM

KONKORDATO SÜRESİ İÇERİSİNDE “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILAN ÇEKLERDEN SORUMLULUK

Sedef KILIÇ
Avukat

Süreyya KORKMAZ
Avukat

ÖZET

Ekonomik sıkıntıları aşma amacıyla özel hukuk alanında yapılan bazı düzenlemeler, ceza hukuku alanında da önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Konkordatoya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan düzenlemeler de bu tür bir etkiye sahiptir. Kural olarak, konkordato mühleti içinde borçlunun borçlarına ilişkin icra takibi yapılamamakta ve bu borçlarla ilgili olarak faiz işlememektedir.

Bu çalışmada, konkordato süreci öncesinde veya süreç içerisinde vadesi gelen çeklerinin durumu ve çeki ödeyemediği için konkordato sürecinde olan borçlu hakkında, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçundan cezaî sorumluluğun akıbeti incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Çek, Karşılıksızdır İşlemi, Cezai Sorumluluk.

GİRİŞ

Kanun koyucu, ekonomik alana ilişkin bir takım hukuki düzenlemeler yaparak ülke ekonomisinin gidişatına yön verme ya da birtakım ekonomik sorunları çözme amacıyla olağanüstü hâl döneminde çıkarılan ve 31 Temmuz 2016 tarihinde yayımlanan kararname ile “iflas erteleme” kurumunu askıya almıştır. Bu dönemde ilgi görmeye başlayan konkordato kurumu devam eden süreçte alternatif bir hukuki yol olarak karşımıza çıkmaktadır. 15.03.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun” ile askıya alınan iflas erteleme kurumu tamamen kaldırılarak yerine konkordato kurumu getirilmiştir. Bu yeni düzenlemelerin ceza hukuku açısından sonuçları ise zaman içerisinde ortaya çıkmıştır. Henüz konkordato süresi içerisinde çekte “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme açısından sorumluluğa ilişkin yasal bir düzenleme yapılmasa da yeni hükümlerin uygulamasından kaynaklı zorluklar/sorunlar, içtihatlar yolu ile netleştirilmeye çalışılmaktadır.

1. KONKORDATO SÜRECİ

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu (“İİK”)’nda düzenlenen konkordato; borçlunun alacaklılarıyla -kanunda belirlenmiş çoğunluğu ile gerçekleştirdiği ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden kolektif bir cebri tasfiye anlaşmasıdır. Bu anlaşma borçlunun ödeyememe tehlikesi altındaki borçlular açısından borçlunun yeniden yapılandırmak ve esasen iflastan kurtulmak amacı ile başvurulmuş hukuki bir yöntemdir. Ayrıca iflas talebinde bulunabilecek her alacaklı da gerekli bir dilekçeyle, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir.¹

Konkordato ile alacaklılar, borçluya karşı alacaklarının bir kısmından feragat etmekte ve/veya borçluya borcunu ödemesi için yeni bir vade vermekte, konkordato borçlusuna eğer bu süreç içinde, borcunun konkordato ile kabul edilen kısmını öderse borçlunun tamamından kurtulma imkânına sahip olmaktadır.

Konkordato talebi asliye ticaret mahkemelerine iletilir ve burada incelenir. Mahkeme borçlunun talebinin mal varlıklarına ve finansal durumuna uygun olup olmadığını bilirkişi marifeti ile tespit ettirdikten sonra konkordato

¹ Münir KAMAN, “Konkordatonun Hüküm ve Sonuçları”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2020, sy.6

şartlarının oluştuğu kanaatine varırsa derhal geçici mühlet kararı verir.

Geçici mühlet kararının verilmesini konkordato komiserinin atanması, konkordato projesinin başarıya ulaşacağı kanaatine varılması halinde kesin mühlet kararının verilmesi, kesin mühlet süresi içerisinde konkordatonun tasdiki yahut reddi işlemlerinin yapılması izler.²

Geçici mühlet kararının verildiği an itibarıyla talep hakkında nihai karar verilmeyecek;

- Mühlet içinde borçlu aleyhine amme alacaklarının tahsili amacıyla yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve daha önce başlamış takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanmaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez, (Rehinli alacaklar ile kanunda sayılan imtiyazlı alacaklar istisnadır.)
- Rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur,
- Zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez,
- Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemez, takyit edemez ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Borçlu bu hükme yahut komiserin ihtarlarına aykırı davranırsa mahkeme, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırabilir ve iflasın açılmasına karar verebilir,
- Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.

2. ÇEKTE “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASI VE İŞLEMEN DOĞAN SORUMLULUK

Ticari hayatın işleyişinde önemli bir yere sahip olan çek; hukuki yönden havale, iktisadi açıdan ödeme aracı niteliğindedir. Çeke ilişkin hükümler esas olarak Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olmakla birlikte, çekin karşılığının bulunmaması durumunda hamillerin daha etkin korunması ve keşideciye yaptırım uygulanması amacıyla 1985 yılından bugüne kadar müstakil kanunlar hazırlanmış ve bu kanunlarda zaman içinde birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Zaman içerisinde çekin ticari hayattaki fonksiyonunu etkinleştirmek ve daha da güçlendirmek amacıyla, ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması ve bu çeklere “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verilmesi hürriyeti bağlayıcı ve para cezası olmak üzere ağır yaptırımlara bağlanmıştır. Fakat bu yaptırımlar, çekin ödeme kabiliyetini artırmadığı gibi uygulamada tereddüt ve farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur.³

Nihayet 2012 yılında Çek Kanunu’nda yapılan değişiklikle karşılıksız çek keşide etmek artık suç olmaktan çıkarılmıştır. Karşılıksız çek keşide edilmesi halinde Çek Kanunu’nda sadece “çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı” şeklinde bir idari yaptırım getirilmiştir. Yeni düzenlemede kanunların ayrıca suç saydığı haller açıkça saklı tutulmuştur.

Çek Kanunu’nun 5. maddesi “(...)çekle ilgili olarak “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet veren kişi hakkında, hamilin şikâyeti üzerine, her bir çekle ilgili olarak, bin beş yüz güne kadar adli para cezasına hükümlenir.” ifadesini ihtiva etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) uyarınca muhatap nezdinde karşılığı kısmen veya tamamen bulunmayan bir çek düzenleyen kişi, çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle

² Rukiye DURAN, “Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2019, sy.66

³ Zeki YILDIRIM, “İbraz Edilen Çekle İlgili Olarak Karşılıksızdır İşlemi Yapılması Halinde Nasıl Bir Yaptırım Uygulanması Gerekliği Sorunu”, TBB Dergisi, 2012(103), sy.30

yükümlü olduktan başka, hamilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin etmekle yükümlüdür.

3. KONKORDATO SÜRECİNİN “KARŞILIKSIZDIR” İŞLEMİ YAPILMASINA ETKİSİ

Konkordatonun özel olarak çekten kaynaklı borçlara etkisinin ne olacağına ya da karşılıksız çek keşide etmekten dolayı ortaya çıkacak cezai sorumluluğu kaldırdığına dair bir düzenlemeye herhangi bir kanunda yer verilmiş değildir. Dolayısıyla konkordatonun bu süreçteki etkisi ancak kurumların yapısına, mevcut genel düzenlemelere ve içtihatlarla bakılarak tespit edilebilecektir.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi, 22.02.2019 tarihli kararında “... Keşideci şirketin konkordato talebi kabul edilmiş ve suça konu ileri tarihli çek, konkordato başvurusunda gösterilmiş, ödeme planına alınmış olduğu hallerde, çek bedelinin hesapta bulundurulması zorunluluğu bir mahkeme kararına istinaden ortadan kalkacağı için bir “hukuka uygunluk” nedeninin varlığı kabul edilebilir. Ancak; karşılıksız kalan çekin konkordato kapsamında olmadığı hallerde, örneğin konkordato ilanından sonra keşide edilmiş veya ibrazı konkordato mühleti içinde yapılmış ve konkordato başvurusunda gösterilmeyen ve ödemesi planlanmayan çek, yukarıda izah edilen kapsamda değerlendirilemez. Böyle bir halde, karşılıksız kalan çekle ilgili ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir...” ifadesine yer vermek suretiyle konkordato talebini hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmektedir.⁴

Bu bağlamda, konkordato kapsamında borçluya mühlet verilmesi, “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından olumsuz bir muhakeme şartı oluştururken çekin konusunu oluşturan borcun konkordato projesi kapsamında ödenmesi ise “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçunun faili bakımından cezayı ortadan kaldıran şahsî bir sebep oluşturacaktır. Cezayı kaldıran şahsî sebepler, suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkarlar ve suçun oluşumuna ya da

kusur değerlendirmesine bir etkileri olmaz. Burada önemli olan konulardan biri, borcun konkordato projesi kapsamında yer almasıdır.⁵

Yapılan açıklamalara ek olarak, kişi hakkında karşılıksız çekten yargılama yapılırken dahi çekin ilişkin olduğu borcu da kapsar nitelikte bir konkordato projesi sunulur ve borçlu geçici mühlet alırsa, bu durumda konkordato süreci başlamış olacağından ve muhakeme şartının yargılama boyunca varlığı gerektiğinden mahkemenin durma kararı vererek sürecin sonucunu beklemesi gerekir.

Mahkeme, geçici mühlet sonunda konkordato teklifinin tasdik edilemeyeceği sonucuna varır veya malî durumun iyileşme ihtimalinin kalmadığını görürse kesin mühlet talebinin reddine karar verir. Bu kararla konkordato süreci sona ermiş olacağından “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu bakımından durma kararı verilmiş olan bir yargılama varsa (olumsuz muhakeme şartının gerçekleşmesi nedeniyle) bu karar kaldırılarak yargılamaya devam edilecek ve sanığın suçu işlediği tespit edilirse mahkûmiyet hükmü verilecektir.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin konuya ilişkin olarak verdiği son tarihli kararlarından birinde “Karşılıksız çekle ilgili ceza davasına bakan icra ceza mahkemesinin, konkordato yargılamasını “bekletici mesele” yapması ve “konkordatonun tasdikine” karar verilmesi halinde, konkordato anlaşmasına göre hüküm ve sonuçları yeniden belirlenen suça konu çekin, ibraz tarihinden sonra suçun konusunu oluşturan bir çek olmaktan çıkması nedeniyle, tüzel kişi yetkilisi sanıkların “beraatine” karar vermesi gerektiği- “Konkordatonun reddi” halinde ise, bu süreçte çek hesabının yönetimi, bu hesaba para aktarma gibi yetkiler komisere verilmişse ve bankaya ibraz edilen çek komiserin yetkili olduğu dönemde karşılıksız çıkmışsa, yine şirket yetkilisi gerçek kişilerin “cezai sorumluluklarının devam etmeyeceği”; ancak mahkemece, bu süreçte çek hesabının yönetimi, bu hesaba para aktarma gibi yetkilerin komiserine verilmesi yönünde açık bir karar verilmemişse, şirket yöneticilerinin karşılıksız çıkan çekten dolayı ce-

4 Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesi'nin 22.02.2019 tarih ve 424/282 sayılı kararı

5 Hakan KARAKEHYA, Nilüfer BORAN GÜNEYSU, “Konkordatonun Çekle İlgili Karşılıksızdır İşlemi Yapılmasına Sebebiyet Verme Suçundan Kaynaklı Cezai Sorumluluğa Etkisi”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 2019, sy.3-46

zai sorumluklarının devam edeceğine hükmedilmiştir.” ifadeleri yer almaktadır.⁶

SONUÇ

Kanun koyucu, ülke ekonomisinin gidişatına yön verme ve birtakım ekonomik sorunları çözme amacıyla çeşitli zamanlarda İcra ve İflâs Kanunu ve çeşitli kanunlarda değişiklikler yapmaktadır. Ödeme aracı niteliğinde olan çekin ülkemizde kredi aracı olarak kullanımı ve bu kullanımın yarattığı sorunlara çare olarak ileri tarihli çeki imkân veren düzenlemeler bulunmaktadır.

Konkordato hukukundaki yenilikler ve ileri tarihli çek uygulaması, çekle ilgili “karşılıksızdır” işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuna ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Konkordatonun özel olarak çekten kaynaklı borçlara etkisinin ne olacağına ya da karşılıksız çek keşide etmekten dolayı ortaya çıkacak cezaî sorumluluğu kaldırdığına dair bir düzenlemeye herhangi bir kanunda yer verilmiş değildir. İctihatlarla uygulamadaki belirsizlik giderilmeye çalışılıyor ise de konuya ilişkin yasal düzenlemelerin ivedilikle tamamlanarak içtihatların yasal bir dayanağa kavuşturulması gerekmektedir.

6 Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 10.06.2019 tarih ve 23974/9339 sayılı kararı

ADİ ORTAKLIKLARDA REKABET YASAĞI

Alper ÖRNEK

Avukat

ÖZET

Bir adi ortaklık içerisinde, ortaklar, müşterek bir amaç doğrultusunda hareket etmekte olup iş ve işlemlerinde ortaklığın yararına olacak şekilde hareket etmek durumundadırlar. Bu birlikteliğin doğası gereğince, ortaklarından birinin ortaklığın aleyhine olacak şekilde diğer ortaklarla rekabet içerisine girmesi, adi ortaklığa ilişkin hükümlerin yer aldığı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile haklı olarak yasaklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adi Ortaklık, Müşterek Amaç Unsuru, Katılım Payı Borcu, Rekabet Yasağı.

GİRİŞ

Adi ortaklık, Türk hukukunda şekil serbestisini esas alan, daha çok kişisel öğelerin ön planda olduğu, birden fazla kişinin müşterek bir amaç için bir araya geldiği ve içerdiği hükümler açısından da en basit ortaklık türüdür. İşbu çalışmamızda öncelikle adi ortaklığın tanımı ve unsurları ele alınacak olup sonrasında ise ortakların müşterek amacı doğrultusunda sermaye zorunluluğu, kazanç ve zararın paylaşılması ve özellikle ortakların birbirleri ile rekabet etme yasağı incelenecektir.

1. GENEL OLARAK ADİ ORTAKLIK

Adi ortaklık diğer ticaret şirketlerinin aksine Türk Ticaret Kanunu'nda değil Türk Borçlar Kanunu ("TBK")'nda düzenlenmiştir. TBK m. 620(1) dairesinde adi ortaklık "iki ya da daha fazla kişinin, emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşmesel ilişki"dir. Bu yönüyle adi ortaklığın unsurlarını müşterek amaç, müşterek amaç uğruna birlikte çaba, katılım payı, sözleşme bağı olarak ifade etmek mümkündür.

Doktrinsel bir tanım olarak ise adi ortaklık, "kişilerin emeklerini veya araçlarını herhangi bir müşterek amaç doğrultusunda birleştirerek, bu amaca ulaşma konusunda birlikte çaba

göstermeyi sözleşmeyle birbirlerine karşı yükledikleri ve tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğu"dur¹.

Bu tanımlardan yola çıkarak biz de adi ortaklığı şu şekilde tanımlayabiliriz; "Herhangi bir şekle tabi olmadan ve bir tüzel kişilik oluşturmadan, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek, belirledikleri katılım paylarını ortak bir amacı gerçekleştirmek amacıyla kullanacaklarını taahhüt ettikleri sözleşme ilişkisidir."

2. ADİ ORTAKLIĞIN UNSURLARI

TBK tanımından yola çıkılarak adi ortaklıkta beş unsurun bulunduğu anlaşılmaktadır:

Kişi Unsuru: Bir adi ortaklık sözleşmesi için en az iki kişinin varlığı gereklidir. İki veya daha fazla kişiyle kurulmuş bir adi ortaklıkta ortak sayısı herhangi bir sebeple bire inerse, ortaklık sona erer. Ortaklar gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Sermaye Unsuru: Ortaklar, ortaklık sözleşmesi ile ortak amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak sermayeyi, ortaklığa getirmeyi birbirlerine karşı taahhüt etmiş olurlar. TBK uyarınca bu sermaye para, alacak, başka bir mal ya da emek olabilir. Bunun yanında müşteri çevresi, ticari itibar, marka gibi soyut değerler de sermaye olarak adi ortaklığa getirilebilir. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece ortaklık katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır. Ortakların aynı neviden katılma payı borçlan-

1 Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 18

maları zorunluluğu ise bulunmamaktadır.

Sözleşme Unsuru: Adi ortaklık sözleşmesi, iki veya daha çok kişinin emeğini veya mallarını ortak bir amaca erişmek için birleştirdikleri bir sözleşmedir. Ortaklık, ortakların birbirlerine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Bu sözleşme ile tüzel kişiliği olmayan bir birlik kurulmaktadır. Bu sözleşme sürekli borç ilişkisi niteliği taşımaktadır. Ortakların menfaatleri de ortak olduğundan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden değildir. Bunun sonucu olarak burada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin keskin yaptırımları ve özellikle sözleşmeden dönmeye ilişkin kurallar uygulanamaz². Adi ortaklık sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı olmadığından sözlü olarak yapılması olanaklıdır. Ancak kanunen belirlenen şekilde devri zorunlu mal ve haklar ile taşınmazların sermaye olarak konulması durumunda, kanunen belirlenen şekle uyulması zorunludur.

Ortak Amaç Unsuru: Adi ortaklıkta ortakların amacı aynı olmalıdır. Doktrinde iktisadi amaç dışında başka bir amaçla adi ortaklığın kurulması konusunda tartışma bulunmaktadır. Kanun lafzı uyarınca iktisadi amaç dışında başka bir amacın belirlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Şener'e göre ise, belirlenen amaç, iktisadi ya da daha dar bir yorumla kazancın paylaşılması olmalıdır. Kazanç paylaşımı dışında adi ortaklık kurulamaz ancak dernek kurulabilir³. Ancak her hâlükârda bu amaç, imkânsız; kanuna, ahlak ve adaba aykırı olamaz. Amacın gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesi ortaklığın sona erme sebeplerindedir.

Affectio Societatis: Doktrinde, ortak amacı birlikte gerçekleştirme, amaç uğrunda eşit temel üzerinde birleşerek çalışma anlamına gelen "affectio societatis" denilen bir başka unsurun varlığı da kabul edilmektedir. Kazancın eşit olarak paylaşıldığı işçi-işveren arasındaki bir hizmet sözleşmesi ilişkisi hiyerarşiye dayalı

olduğundan bu unsur gereğince adi ortaklık kabul edilemez. Bu unsur, adi ortaklığın diğer sözleşme ilişkilerinden ayrılmasını sağladığı gibi rekabet yasağı ve ortağın denetim hakkının da temelini teşkil eder⁴.

3. ADİ ORTAKLIĞIN KURULMASI

Adi ortaklığın kuruluşunda kanunda herhangi bir şekil şartı zorunlu kılınmadığından ortakların kendi aralarında sözlü olarak anlaşmaları ortaklığın kuruluşu için yeterlidir. Ancak sonuncu ortağın irade açıklamasının diğer ortaklara ulaşması ile hukuki sonuç doğuracaktır. Bir ortağın dahi kabul beyanı açıklamadığı durumda iradesini açıklayan ortaklar için bağlayıcı bir ortaklık sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilemez⁵. Yazılı şekil, adi ortaklıkta geçerlilik şartı olmasa da ileride ortaklar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümünde, katılım paylarının türü ve miktarının belirlenmesinde, kâr ve zararın paylaşımında önem arz etmektedir⁶.

4. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLAR ARASI İLİŞKİLER

TBK m.621 ve m.636 arasında, adi ortaklık ortaklarının iç ilişkileri düzenlenmektedir. Bu kısmında iç ilişkilerden yalnızca ortakların katılım payı borcu ile kazanç-zarar paylaşımlarından bahsedilmekle yetinilecek olup akabinde ise işbu çalışmamızın asıl konusu olan birbirleri ile rekabet etmeme yükümlülüğü incelenecektir.

i. Katılım Payı Borcu

TBK. 621/I uyarınca, "Her ortak, para, alacak veya başka mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlüdür." Bu kural, katılım payı taahhüdü getirilmesi açısından emredici niteliktedir. Ortaklığın kuruluşu açısından taahhüt yeterli olmakla birlikte sermayenin fiziken getirilmesi aranmamaktadır. Ortağın taahhüt ettiği sermayeyi getirmesinden imtina

2 Kezban Kübra Yassıkaya, "Adi Ortaklık Sözleşmesi", Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2019, s. 44

3 Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 7

4 a.g.e., Şener, s. 8

5 Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.825

6 Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 22

ettiği durumda yukarıda da açıklandığı üzere tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının sonucu olarak diğer ortaklar ödemezlik def'i ileri süremezler ve temerrüt hükümleri de uygulanamaz. Bununla birlikte Yargıtay bu durumda ortaklığın feshine haklı sebep teşkil edeceğini haklı olarak kabul etmektedir⁷.

TBK m.621 uyarınca, ortaklardan birinin katılım payı borcunu yerine getirmemesi hâli sermaye çeşidine göre kısmen düzenlenmiştir. Buna göre bir ortağın katılım payı, bir şeyin kullandırılması ise, kira sözleşmesi hükümleri; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa, duruma göre satış sözleşmesindeki hasar, ayıp veya zapttan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır.

TBK m.621/II uyarınca, “Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa katılım payları, ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır.” Buna göre sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, ortaklar aynı neviden konulan sermayede eşit miktarda; farklı neviden konulan sermayelerde ise, aynı değer veya önemde sermaye koymak zorundadır. Hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere sözleşme ile eşit sermaye getirilmesinin aksi kararlaştırılabilir.

ii. Kazanç ve Zarara Katılma ile Bunların Paylaşımı

TBK m. 622 uyarınca, ortaklığın her türlü kazancı her ortak arasında paylaşılır. Kazancın her ortak arasında paylaşılacağı hükmü, emredici niteliktedir ve ortaklardan birini karşılıksız kazandırmada bulunacağı şeklinde aksi bir anlaşma yapılamaz. Aksi yönde bir anlaşma, ortaklığın her ortak açısından müşterek amaç unsurunu barındırmadığını gösterecektir. Böyle bir anlaşma yapılması durumunda adi ortaklık sözleşmesinden bahsedilemeyecekse de ortağın kazancı paylaşmayarak ortaklığa bırakmasında ise bir engel bulunmamaktadır⁸.

TBK m. 623/I düzenlemesine göre hem kazanç hem de zararın ortaklar arasında paylaşımı sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça katılım payının niteliği ve değerine bakılmaksızın eşit olacaktır. Hüküm lafzından anlaşıldığı üzere ortakların kazanç ve zarardaki payları eşit olacaksa da aksine bir anlaşma yapılması mümkündür. Her halükârda tüm ortaklar kazanç ve zarara katılacaksa da oransal olarak bir belirleme yapılabilmektedir. Bir sonraki fıkrada öngörüldüğü üzere bu belirleme yalnızca kazanç veya zarara katılma konusunda yapılmışsa diğeri için de geçerli olacaktır. Zarara katılma konusunda TBK m.623/III hükmü bir istisna getirmekte ve buna göre emeğini sermaye olarak getiren ortağın kazançta katılması zorunlu olmakla birlikte zarara katılmaktan muaf tutulabileceği düzenlenmektedir.

5. ADİ ORTAKLIKTA ORTAKLARIN BİRBİRLERİ İLE REKABET ETME YASAĞI

a. Genel Olarak Rekabet Yasağı

Kelime anlamı itibarıyla rekabet, aynı amacı güden kimseler arasındaki çekişme, yarışma, yarış anlamlarına gelmektedir⁹. Hukukî olarak ise rekabet, mal veya hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış olarak tanımlanabilir¹⁰. Bu yarışın kanun veya sözleşme ile çeşitli nedenlerden dolayı sınırlandırılması mümkündür.

Özgürlükçü bir toplum yapısında taraflar hak ve menfaatlerini gözeterek hukukî ilişkilerini düzenler ve bunun sorumluluklarını da taşırlar. Zira, taraflar çıkarlarını en iyi kendileri bilecek konumdadırlar. Kural olarak, devlet irade özerkliğine müdahale etmez. Ancak irade özerkliği mutlak özerklik olmayıp öncelikle hukukun genel ilkeleriyle sınırlıdır¹¹. Rekabetin belirli aşamadan sonra zararlı olduğu bir gerçektir. Üstünlük sağlamak için her

7 a.g.e., Pulaşlı, s.25

8 Ahmet Ayar, “Adi Ortaklık Sözleşmesinde İç ve Dış İlişkiler”, *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2015, s. 118*

9 Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara 2005, s. 1650.

10 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 3.

11 Yeşim M. Atamer, “Acentelerin Rekabet Etme Yasağı: “Güç Dengesinin Bulunmadığı Hallerde Meslek Seçme Özgürlüğünün Sözleşmesel Sınırlamalara Karşı Korunması-Alman Anayasa Mahkemesinin 7 Şubat 1990 Tarihli Kararı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997, 55(4), 358.*

yolu deneyen kişi hem rakiplerine hem de içinde bulunduğu toplumun refah seviyesine zarar verir. Devletler, ticaret serbestisini kabul etmiş olsalar dahi rekabet bakımından bu serbestinin sınırlarını çizmişlerdir¹². Rekabet yasağı düzenlemeleri ile kişilerin rekabet özgürlüğüne yapılacak müdahaleler makul sınırdan tutularak başkalarının haklarına zarar verilmesi engellenmektedir.

Rekabet yasağı, tacirle arasında hizmet, vekâlet, ortaklık gibi bir ilişki bulunan kişiye ilişkinin devamı sırasında veya sonrasında geçerli olmak üzere kanunen veya sözleşme ile getirilen ticari faaliyet sınırlamasıdır¹³. Bu sınırlandırma, yasağa tâbi olanın karşısında bulunan kişinin haklarını korumayı hedefler. Yasağa tâbi olan kişi, belirli süre sözleşmenin diğer tarafının menfaatlerine zarar verebilecek ticari ve mesleki faaliyette bulunmaktan yasaklanır. Bu yasak sözleşme ilişkisi devam ettiği müddetçe kanundan kaynaklanırken, sözleşme ilişkisi bittikten sonra tarafların iradesine dayanır¹⁴. Çeşitli sözleşme ilişkilerinden doğan rekabet yasağı temelini sözleşmenin dayandığı kanun hükmünden almaktadır. Bu nedenle rekabet yasağına ilişkin hükümler, mevzuatımızda çeşitli kanunlarda ve Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan tebliğlerde yer almaktadır¹⁵. Bu hükümler sözleşme ilişkisi gereği sadakat borcu altında bulunan tarafın bu borca aykırı hareket etmesini önleyici nitelikteki düzenlemelerdir. Rekabet yasağı düzenlemeleri ile, ticari faaliyetler sonucu elde edilmiş kaynak ve pozisyonların sözleşme ilişkisi ile oluşmuş

statünün doğduğu ilişkiye zarar vermemesi için yapmama yükümlülükleri getirilir. Genel anlamda bu yükümlülükler ile kişinin ticari faaliyetleri kısıtlanır¹⁶.

Bir özel hukuk dalı olan ticaret hukukuna, kamu hukuku prensip olarak müdahale etmemekle birlikte, kamu düzeni ve kamu yararı gibi gerekçelerle ticaret hukukunun bazı alanlarında kamu hukuku karakterli müesseseler yer almaktadır. Ticaret hukukunun makro anlamda ekonomik olarak önemli alanlarda düzenleme yapması, devletin müdahalesini gerekli kılmış ve böylece kamu hukuku karakterli kuram ve kavramlar ticaret hukuku düzenlemeleri arasında yer almıştır¹⁷. Özel hukuk alanında geçerli bir rekabet yasağı halinden bahsedebilmek için sadakat yükümlülüğünün ihlâli, ortaklık ile yönetici veya ortağın menfaatlerinin çatışması, affectio societatis unsurunun varlığı, ortaklık yönetiminde görev alan kimselerin tüm mesai ve çalışmalarını ortaklığa ayıramayacak olmaları, ortaklık imkânlarının kötüye kullanılabilir olması ve ortaklığa ait önemli bilgilere, ticari sırlara vakıf olunması gibi sebepler sayılabilecektir¹⁸.

b. Adi Ortaklıklarda Rekabet Yasağı

Adi ortaklıkta rekabet yasağını düzenleyen TBK 626 hükmüne göre ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar. Adi ortaklıkta rekabet yasağı bü-

12 Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, II. sf. vd.

13 Akar Öçal, "Adi Şirketlerde Rekabet Yasağı", *EİTİAD*, C. 18, S. 2, 1981, 431 (*Adi Şirketlerde*)

14 Nisim Franko, "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", *BATİDER* 1985, C. 13, S. 1, 26

15 Gerçekten de işçinin rekabet yasağı (BK m. 444 vd.), acentenin tâbi olduğu rekabet yasağı (TK m. 104), kolektif şirket ortaklarının tâbi olduğu rekabet yasağı (TK m. 230), anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu rekabet yasağı (TTK m. 396), limited şirket müdürlerinin tâbi olduğu rekabet yasağı (TK m. 626) gibi düzenlemelere hukukumuzda rastlanılmaktadır. Bu düzenlemelerin çoğunluğu kanunen tabi olunan ve ilişkinin devamı sırasında uygulanan rekabet yasağı niteliğinde iken, çalışma konumuz ise, ilişkinin sona ermesinden sonra sözleşmeye dayanılarak ihdas edilen rekabet yasağına ilişkindir. Rekabet Kurulu tarafından çıkarılan tebliğler ile rekabet yasağı içeren anlaşma ve uyumlu elemlere müsaade edilmektedir. Örneğin, Kurul tarafından çıkarılan ve Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (Tebliğ No: 2002/2) 5. maddesinde, dikey anlaşmalarda alıcılara getirilebilecek rekabet etmeme yükümlülüğü ve Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin (Tebliğ No: 2008/3) 2. maddesinde sayılan şartları taşıyan rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar RKHK m. 4'teki yasaklamadan istisna tutulmuştur.

16 Ş. Binnaz Aydın Yunus, "Hukukumuzda Rekabet Yasağının Düzenlenmesi", *AD Ocak* 2002, Y. 93, S. 10, 165.

17 Devletin ticaret hukukuna olan müdahalesinin bir benzeri rekabet hukukunda da görülür. Hukukumuzda rekabet serbestisi kabul edildiği hâlde, rekabetin önündeki engellerin kaldırılması, sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması için yasa koyucu rekabet hukuku alanına da müdahale etmektedir.

18 Aydoğan Fatih, "Ticaret şirketlerinde rekabet yasağı", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi*, 2004, İstanbul

tün ortaklar için geçerlidir. Bu durum onların idare ve temsil yetkisine sahip olup olmamaları bakımından farklılık göstermez.

Adi ortaklıkta rekabet yasağı esasen ortaklık ilişkisinin temelinde bulunan bağlılık yükümlülüğü ve bu anlamda *affectio societatis* unsurundan doğmaktadır. TBK 626 hükmü, bir taraftan rekabet yasağı diğer taraftan bağlılık yükümlülüğünü vurgulamaktadır. Hükümde yer alan “ortaklığın amacını engelleyici işler” kavramı, ortaklar açısından rekabet yasağını vurgularken, “zarar verici işler” kavramı ise bağlılık yükümlülüğünü ihlâl eden davranışlardan kaçınmayı ifade etmektedir. Adi ortaklıkta rekabet yasağı, ortaklık içi ilişkileri düzenlemeye yönelik olduğundan, emredici bir nitelik taşımamaktadır¹⁹.

Adi ortaklıkta, rekabet yasağı ile korunmak istenen hukuki yarar, ortaklık amacıdır. Kanun koyucu bu şekilde, ortaklık işlerini her zaman denetleme ve yönetme yetkilerine sahip olan ortakların, ortaklığın ticari ve mali sırlarını kötüye kullanmalarını önlemek suretiyle²⁰ ortaklık amacının gerçekleştirilmesinin kolaylaştırılmasını ve bu amacın zarar görmesini engellemeyi amaçlamaktadır²¹.

Öte yandan, TBK 626 hükmü, sadece adi ortaklıkta rekabet yasağını düzenlemeye yönelik bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir. Gerçekten de TBK 626 hükmünün aynı zamanda bu amacın da ötesine geçen bir anlamı olduğu, bu anlamda ortaklıklar hukukunda çeşitli menfaat çatışmalarını önlemeye yönelik bir genel

hüküm niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Başka bir deyişle, TBK 626 hükmü aynı zamanda TTK’da rekabet yasağı ile ilgili diğer hükümleri tamamlayan bir genel hüküm niteliğindedir. TBK 626’de sadece ortakların kendi veya üçüncü kişilerin menfaatlerine ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamayacağı düzenlenmiştir. Madde metninde ne rekabet yasağının kapsamı ne de rekabet yasağına aykırı davranışların yaptırımlarına ilişkin somut bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte, kolektif ortaklıkta rekabet yasağını düzenleyen TTK 230-231 hükümlerinde yer alan düzenlemeler kişi ortaklıkları ve bu anlamda adi ortaklığın niteliğine çok uygun olduğu için, kıyasen bu hükümlerden yararlanılabilir²².

SONUÇ

Adi ortaklıkta ortakların birbirleri ile rekabet etmesinin yasaklanması, bu tür ortaklığın tanımına da uygun düşmektedir. Adi ortaklık sözleşmesinde, ortakların, ortak amaca ulaşmaları için kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaati olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapmamaları ortaklığın doğası gereğidir. Nitekim ortaklar ortaklığın işleyişi sırasında ve ortaklığın kontrolü, denetlenmesi ve yönetimi esnasında ortaklıkla ilgili sır ve müşteri çevresi gibi önemli bilgiler dahil olmak üzere birçok bilgi edinirler. Bu bilgilerin diğer ortakların aleyhinde kullanılarak diğer ortaklarla rekabete girilmesinin yasaklanması pek tabiidir. Her ne kadar TBK ile bu yasağın genel hatları çizilmişse de kapsam itibarıyla ve yasağa aykırı davranışlar için öngörülen yaptırım-

19 TBK 626 hükmü esasen emredici nitelikte olmadığından, rekabet yasağının kapsam ve sınırlarının ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararı ile genişletilmesi veya daraltılması mümkündür. Ancak rekabet yasağının kapsamının genişletilmesinde ortakların ticaret serbestisinin ortadan kalkması, kapsamının daraltılmasında ise ortaklık amacının zarar görmemesi hususlarının göz ardı edilmemesi gerekir.

20 DOMANIÇ, Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Temel Yayınları, Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 1998, s. 25*

21 Yargıtay da bir kararında bu hususu vurgulamıştır: “...Şu durumda, adi ortaklığın lider ortağı olan davalı... İnşaatı AŞ’nin, adi ortaklığın almayı amaçladığı iş ile ilgili verdiği alternatif teklifi işverene sunmasına rağmen, işverenden gelen bildirim üzerine adi ortaklık adına sunulan teklif ile aynı olan teklifi kuracağı yeni ortaklık adına sunması ve akabinde adi ortaklık devam ederken işi üstlenmesi şeklinde gelişen işlemlerinin, kendi yararına fakat ortaklığın amacına aykırı olduğu, ayrıca bu işlemlerin ortaklık amacının gerçekleşmeme ihtimalini artırdığı, bu bağlamda davalının yukarıda açıklanan 818 sayılı BK’nun 526.(TBK’nun 626.) maddesi uyarınca rekabet yasağını ihlâl ettiği, dolayısıyla davalı... İnşaatı AŞ’nin, 818 sayılı BK’nun 528/... (TBK’nun 628/...) maddesi uyarınca kendi kusurlu davranışı nedeniyle ortak olan davacı şirketlere verdiği zararı karşılamakla yükümlü olduğu ortadadır. Hâl böyle olunca, mahkemeye; davacı şirketlerin uğramış olduğu zararın usulünce belirlenmesi ve ulaşılabilecek sonuca göre davacı şirketlerin uğramış olduğu zararın tazminine karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme ile istemin tümünden reddi usul ve yasaya aykırıdır.” Bkz. Yargıtay 3. HD., 24.01.2017 tarih, 2016/310 E., ve 2017/504 K. sayılı karar.

22 Tamer BOZKURT, *Şirketler Hukuku, 12 Levha Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 82.*

lar konusunda mevzuatta hâlâ eksiklikler bulunmakta olup vuku bulacak uyuşmazlıkların adalete uygun bir şekilde giderilebilmesi adına mevzuattaki eksikliklerin tamamlanması gerekmektedir.

CEZA ZAMANAŞIMININ HAKSIZ FİİLE ETKİSİ

Oğulcan DOĞAN
Avukat

Rüya SOFİ
Avukat

ÖZET

Haksız fiil, hukuk kurallarına aykırı bir şekilde bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında zarar meydana gelmesine neden olan eylemdir. Bir başka deyişle haksız fiil, bir fiilin, haksız olması sebebiyle oluşan bir olgudur. Haksızlık kavramı ise hak edilmeyen veya hak kapsamında olmayan davranışı ifade etmektedir. Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasında zarar oluşturan davranışlar haksız fiilin hukuki tanımını oluşturmaktadır.

Bu kapsamda hukuka aykırı eylem hem haksız fiil hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında suç teşkil edebilir. Bu olasılıkta, haksız eylemde bulunan kişinin ceza sorumluluğu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu; tazminat sorumluluğu ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nu ilgilendirir. Haksız fiilin ceza hukuku ve borçlar hukuku arasındaki bu bağlantısı zamanaşımı süresi bakımından da hüküm doğuracaktır. TBK'nın 72(1). maddesinin 2. cümlesinde belirtilen; "...Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır." hükmü uyarınca öngörülen sürelerden daha uzun bir süre olması durumunda, söz konusu tazminat taleplerinde ceza zamanaşımının uygulanacağı ifade edilmiştir.

Biz bu çalışmamızda doktrin ve yargı kararları ışığında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen haksız fiillerdeki zamanaşımı uygulanmasını, hangi koşullarda ceza zamanaşımının uygulanmasına bırakacağını açıklayacağız.

Anahtar Kelimeler: Haksız Fiil, Türk Borçlar Kanunu Md.72, Ceza Zamanaşımı, Zamanaşımı.

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") 49. maddesine göre, hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kimse bu zararı tazmine mecburdur. Böylece haksız fiilden sorumluluk, tazminat borcunun kaynağını oluşturmaktadır. Daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan doğan sorumluluktan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunda genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olmaktadır. Haksız fiillerde kusur sorumluluğu

esastır fakat kusursuz sorumluluk halleri de mevcuttur. Ancak söz konusu fiilin kanunlardaki kusursuz sorumluluk hallerinden olduğu belirtilmelidir.

Bu hükümden yola çıkılarak öğretide ve yargı kararlarında, haksız fiilin dört temel unsuru olduğu ifade edilmiştir.¹ Bu unsurlar: kusur, hukuka aykırı bir fiil, nedensellik bağı ve zarardır. Bu unsurlar tazminatın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Tazminat davasında tespit edilen zarar miktarı tayin edilecek tazminatın üst sınırını belirler. Bu sınırın üzerinde tazminata hükmedilemez. Zira tazminatın amacı zararı gidermektir. Tazminat miktarının zararın altında bir miktar olarak tayin edilmesi ise mümkündür.

¹ Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku (Anılış: "Mesuliyet")*, Ankara 1961, s. 11; Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1993, s. 475; Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2015, s. 138; Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal / Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, s. 571; Yargıtay 4. HD, E. 2015/570, K. 2016/171, T. 11.1.2016; Yargıtay 3. HD, E. 2014/9881, K. 2015/3099, T. 26.2.2015 (www.kazanci.com)

Tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı süresi ise TBK m. 72'de düzenlenmiştir. Haksız fiil nedeniyle tazminat davası açma hakkı mağdurun, zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan 2 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu dava hakkı herhalde zarar verici fiilin vuku bulduğu tarihten itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

Ancak kanun koyucu bu süreleri aşan ayrı bir süre daha öngörmüştür. İnceleme konumuz olan ve ceza zamanaşımı olarak nitelendirilebilecek olan bu süre TBK m. 72/1, 2. cümlede, "Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır." şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümlerle hem tazminat sorumluluğunu gerektiren hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ("TCK")na göre suç teşkil eden bir eylemin farklı zamanaşımı sürelerine tabi olmasının önüne geçilerek adalete ve hukuksal güvenliğe aykırı sonuçların önüne geçilmesi hedeflenmiştir.² Gerçekten de haksız fiili gerçekleştiren failin daha ağır cezaî sorumluluğu devam ederken görece daha hafif olan hukukî sorumluluğunun sona ermesi tutarlı bir çözüm olmazdı.³

Bu sebeple kanun koyucu, sorumluluklar arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla ceza davası zamanaşımı ve tazminat davası zamanaşımını uyumlu hâle getirmek istemiş⁴, bu şekilde zarar gören kişiler için özel hukuk çerçevesinde hareket imkânı genişletilmiştir. Genişleyen bu alanla beraber haksız fiillerde, haksız eylemin mağduru açısından çok daha geniş bir koruma

imkânı sağlanmıştır. Bu sebeple aynı eylem için farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanması kaldırılmış zamanaşımı bakımından tek bir süre getirilmiştir.

DEĞERLENDİRMELERİMİZ

1. CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Haksız fiilden dolayı meydana gelen zarar sebebi ile uygulanacak olan ceza zamanaşımı süresi, TCK'nın 66. maddesi uyarınca düzenlenen "dava zamanaşımı" süresidir. TCK'nın 68. maddesinde düzenlenen ceza zamanaşımı infaza ilişkin bir zamanaşımıdır. Biz çalışmamızda haksız fiilde uygulanacak ceza zamanaşımını ifa ettiğimizde aklımıza TCK madde 66 kapsamında düzenlenen hüküm gelmelidir.

Tazminat davalarında uygulanacak ceza zamanaşımı süreleri, eyleme verilen ceza miktarına göre değil, eylemin uyduğu hükümde öngörülen cezanın üst (tavan) limitine göre belirlenecektir⁵. Ayrıca, faile daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerin varlığı durumunda, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bu haller de göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka deyişle, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, o suçla ilgili olarak hükmedilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarı esas alınmalıdır. Buna karşın, daha hafif cezayı gerektiren nitelikli haller söz konusu ise ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde bu durum dikkate alınmaz. Aynı şe-

2 Çelik, Çelik Ahmet: Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Bilge Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 301; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 834; Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 137; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 493-494; Saymen, Ferit H. - Elbir, Halid K. : Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, cilt 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s. 528; Karacabey, Ö. Faruk: "Haksız Fiillerde Zamanaşımı", YD., sayı 1, 1979, s. 81; Gürkanlar, Metin: Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 121; Tekinay, S. Sulhi - Akman, G. Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 722; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1976-1977, s. 714; Tutumlu, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 56; Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 362; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, cilt 2, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2015, 510-511.

3 "The Timeout Time Penalty Tort" Kadir BAĞCI

4 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 834; Erdem, Mehmet: Özel Hukukta Zamanaşımı, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 137; Tekinay, S. Sulhi - Akman, G. Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitapevi, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 722; Narter, Sami: Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2014, s. 1419.

5 Yargıtay Büyük Genel Kurulu, T: 03.06.1942, E: 1941/36, K: 1942/15 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (Karacabey, s. 87); Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., T: 19.02.2014, E: 2013/4-440, K: 2014/115 (UYAP).

kilde yaş küçüklüğü, teşebbüs ve haksız tahrik dolayısıyla cezada yapılacak olan indirim miktar veya oranları, ceza zamanaşımı süresinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz⁶. Zamanaşımın kesilmesi bakımından sadece ceza davaları yönünden uygulanan yarı oranında uzama kuralı ise haksız fiil uyuşmazlığının görüldüğü hukuk davaları bakımından uygulanmayacaktır⁷.

TBK m. 72/1, 2. cümle hükmünün uygulanabilmesi için, daha uzun ceza davası zamanaşımı süresinin mutlaka ceza kanununda yer alması şart değildir. Zira, bu madde Türk Ceza Kanunu'ndan değil, ceza kanunlarından bahsetmektedir. Bu nedenle Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Orman Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu vs. ceza hükümleri taşıyan diğer kanunlardaki ceza davası zamanaşımı süreleri de dikkate alınmalıdır⁸.

2. CEZA ZAMANAŞIMIN UYGULANMASININ ŞARTLARI

TBK m. 72/1, 2. cümlesine göre, ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için öncelikle tazminat sorumluluğuna neden olan fiilin aynı zamanda ceza kanunlarına göre suç teşkil etmesi gerekir. Bu kapsamda suçun niteliği önemli değildir. Eğer ortada suç teşkil eden

bir eylem yoksa, tazminat davası hukuk zamanaşımı sürelerine tabi olacaktır⁹.

Bu bakımdan ceza hukuku ilkelerine göre fiilin suç olup olmadığına karar verilebilir. Tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru gibi suç için kanunda düzenlenen tüm unsurların bir arada bulunması gerekir. Bunlardan birisinin bile eksik olması halinde suç oluşmayacağı için ceza zamanaşımı da uygulanmaz. Eylemin suç oluşturup oluşturmayacağına tazminat davasına bakan hâkim karar vermektedir. Zira haksız eylemde bulunan fail hakkında ceza davasının açılmış olması, mahkûmiyet kararının verilmiş olması veya soruşturma yapılması gibi durumların varlığı bulunmak zorunda değildir¹⁰.

Bir haksız eylemden dolayı Cumhuriyet Savcılığınca takipsizlik kararı verilmesi veya bir eylemin soruşturma ya da kovuşturma konusu yapılmaması, o eylemin suç niteliğinin araştırılmasına ve koşulları oluşmuşsa ceza zamanaşımının uygulanmasına engel olmadığı gibi takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet süresinin geçirilmiş olması, hiç şikâyetçi olunmaması veya şikâyetten vazgeçilmiş olması da dikkate alınmaz¹¹. Böyle durumlarda, eylemin suç olup olmadığını ve buna bağlı olarak ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağını

6 Bakıcı, Sedat: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 1239 vd.*; Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Yayını, 3. Baskı, Ankara 2006, s. 736; Antalya, s. 514.*

7 Çelik, s. 332; Yargıtay HGK., T: 16.04.2008, E: 2008/4-326, K: 2008/325 (Bilgen, s. 650-654) "Öte yandan, aynı Kanununun 104. maddesinde (TCK m. 67/4'te) zamanaşımının kesildiği haller için salt ceza davaları yönünden öngörülen "yarı oranında uzama" kuralı, hukuk davalarında uygulanmaz."; Aynı yönde bkz. Yargıtay II. HD., T: 22.06.2009, E: 2008/3485, K: 2009/7564 (Bilgen, s. 650); Yargıtay II. HD., T: 27.04.2009, E: 2009/3053, K: 2009/4958 (Bilgen, s. 649); Aksi yönde bkz. Yargıtay 15. HD., T: 14.02.1989, E: 261 K: 585 (Çelik, s. 332); Yargıtay 17. HD., T: 08.09.2004, E: 8400, K: 9121 (Bilgen, s. 655-656).

8 Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Kılıçoğlu, s. 497; Erdem, s. 138; Karacabey, s. 86; Uygur, Şerh, s. 529; Özkaya, Eraslan: *Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 242.*

9 Kılıçoğlu, s. 494; Yargıtay II. HD., T: 14.06.2007, E: 2006/6294, K: 2007/9064 (Kazancı İçtihat Bankası?) "...davacı kendi kendini yaralamış olup, hakkında açılmış bir ceza davası ya da başlatılmış bir soruşturma dosya kapsamında anlaşılammaktadır... öncelikle hangi gerekçeyle ceza zamanaşımının uygulanması gerektiğinin açıklanması ve sonuca göre bir hüküm kurulması gerekirken..."

10 Tandoğan, s. 362; Yargıtay 4. HD., T: 10.06.2013, E: 2013/8422, K: 2013/11047 (UYAP) "Ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için somut olay ile ilgili bir soruşturma ya da kovuşturma açılmış bulunması da şart değildir."

11 Çelik, s. 360 vd.; Erdem, s. 142; Özkaya, s. 242; Narter, s. 1421; Karacabey, s. 84; Tandoğan, s. 364; Aydos, 405; Savaş, s. 145-146; Yargıtay 4. HD., T: 20.09.1979, E: 1979/4725, K: 1979/9975 (Kazancı İçtihat Bankası) "...takibi şikâyete bağlı suçlarda, şikâyet süresinin geçirilmiş olması nedeniyle ceza davasının açıl(ma)maması, bu suça ait ceza zamanaşımının tazminat davasına uygulanmasına engel değildir. Çünkü şikâyet, ceza kovuşturmasının bir şartıdır ve bir cezalandırılabilme şartı değildir. Bu kovuşturma şartı eksik olsa bile yine suç vardır ve ancak bir kovuşturma konusu olamayacaktır."; Nitekim TCK m. 73/7'ye göre, suçtan zarar gören kişinin yalnızca şikâyetinden vazgeçmiş olması ve bu vazgeçme ile kamu davasının düşmesi, hukuk mahkemesinde tazminat davası açma hakkını ortadan kaldırmaz. Hukuk mahkemesinde tazminat davası açma hakkının kaybedilmesi için, ceza davasında ve hâkim huzurunda "kişisel haklardan da vazgeçtiğini" ayrıca ve açıkça beyan etmesi gerekir.

hukuk hâkimi ceza hukuku kurallarına göre değerlendirilecektir¹².

Ancak ceza mahkemesince verilecek kararın beraat olması durumunda ne yapılacağı konusunda öğretilerde tartışma mevcuttur. Hukuk hâkimi, ceza mahkemesince verilecek kararla bağlı olduğu için bizim kanaatimizce suç unsurlarının oluşmadığı ya da suçun işlenmediği yönünde beraat kararı tesis edilmişse suçun oluşmadığından bahisle tazminat davasında ceza zamanaşımı dikkate alınmamalıdır. Ancak bu beraat kararı delillerin mahkûmiyet için yeterli olmadığı şeklinde bir sebebe dayanıyorsa tazminat davasına bakan hakim bu kararla bağlı olmak zorunda değildir. Bu durumda hukuk hâkimi, fiilin ilgili kişi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini yine kendisi takdir edecek ve ceza zamanaşımı uygulama alanı bulacaktır. Yargıtay'ın kararlarının çoğunda¹³ söz konusu uygulama kabul edilmiştir.

Bekletici mesele açısından yapılacak değerlendirmemizde ise bu noktada hukuk davasını karara bağlamak için ceza davasının kararını bekletici mesele yapmak gereksiz olacaktır. Hukuk hâkimi suçun oluşup oluşmadığını kendisi tespit edebilecektir. Kaldı ki ceza davasını bekletici mesele yapak mağ-

durun mağduriyetini arttırabilecek sonuçlara yol açabilecektir.

Ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir haksız fiil, genel af suçu olmaktan çıkarılırsa, artık hukuk mahkemesinde görülen tazminat davası için ceza zamanaşımı uygulanmayacaktır¹⁴. Genel af kabul edildiği için ceza zamanaşımı uygulanması durumu ortadan kalkmış ise, hukukî güvenlik gereği TBK m. 72/1, ilk cümlede yer alan iki ve on yıllık zamanaşımı sürelerinin, genel af kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerekir¹⁵. Genel affin aksine özel af, fiili suç olmaktan çıkarılmadığından ve sadece cezayı ortadan kaldırdığından, bu halde tazminat davalarında ceza zamanaşımının dikkate alınması gerekecektir.

Ceza zamanaşımının uygulanmasındaki bir diğer şart ise fiil için ceza kanunlarının öngördüğü zamanaşımı süresinin TBK md. 72 uyarında düzenlenen sürelerden daha uzun olması gereğidir. Yani haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için, bu suçla ilgili olarak kabul edilen ceza zamanaşımı süresinin tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresinden daha uzun olması gerekmektedir. Örneğin, ceza zamanaşımı süresi yirmi yıl ise,

12 Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Erdem, s. 141; Reisoğlu, s. 271; Tandoğan, s. 362; Kılıçoğlu, s. 495; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 723; Feyzioğlu, cilt 1, s. 715; Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukuku, cilt 1-2, çev. Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, s. 386; Tunçomağ, s. 526; Tutumlu, s. 58; Aydos, s. 405; Karacabey, s. 84; Tekil, s. 155.

13 Yargıtay HGK, T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 (Kazancı İçtihat Bankası) "...hukuk hâkimi, ceza tertibine ilişkin olarak ceza hâkimince verilen ve suçun işlendiğine ya da işlenmediğine kesinlikle tespit eden bir hüküm varsa, bununla bağlıdır (BK m. 53, TBK m. 74). Ancak, ceza hâkimi eylemin suç olup olmadığı üzerinde durmaksızın delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiş olursa hukuk hâkimi bununla bağlı olmayarak haksız eylemin suç niteliğini taşıyıp taşımadığını araştırır. Bunun gibi ortada böyle bir hükmün bulunmaması halinde de hukuk hâkimi, cezai sorumluluğu gerektiren bir eylemin işlenmiş olup olmadığını serbestçe inceleyip takdir eder ve olaya uygulanacak zamanaşımını belirler." Aynı yönde bkz. Yargıtay 4. HD., T: 20.12.2010, E: 2010/14109, K: 2010/13254 (UYAP); Yargıtay 4. HD., T: 28.12.2007, E: 13984, K: 16462 (Çelik, s. 321); Yargıtay 4. HD., T: 11.10.2001, E: 5007, K: 9346 (Çelik, s. 321); Yargıtay, II. HD., T: 22.04.1999, E: 1998/8330, K: 1999/3098 (Kazancı İçtihat Bankası).

14 Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 76; Eren, s. 835; Çelik, s. 327; Feyzioğlu, cilt 1, s. 711; Kılıçoğlu, s. 503; Erdem, s. 143; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 724; Tutumlu, s. 58; Özkaya, s. 243; Uygur, Şerh, s. 533; Antalya, s. 512; Narter, s. 1421; Gökcan, s. 910; Akçay, s. 76-77; Karacabey, s. 89; Arık, K. Fikret: "Haksız Fiil Zamanaşımı Af Halinde Ceza Zamanaşımı Tatbik Edilir mi? Edilmezse Tazminat Davasının Zamanaşımı Ne Zaman Başlar?", SBF, 1954/3, s. 251 vd.; Yargıtay İBK, T: 07.12.1955, E: 1955/17, K: 1955/26 (Erdem, s. 143)

15 Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 77; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 724; Erdem, s. 143; Eren, s. 835; Tandoğan, s. 364-365; Karacabey, s. 90-91; Narter, s. 1421; Antalya, s. 512; Yargıtay, TBK m. 72/1, 1. cümlede yer alan sürelerin bu durumda ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda çelişkili kararlar vermiştir. Şöyle ki bazı kararlarında af yasasının yürürlüğe girmesi ile başlayacağını (Yargıtay HGK., T: 20.10.1954, E: 1954/4-143, K: 1954/146; Yargıtay 3. HD., T: 06.02.1969, E: 1969/705, K: 1969/756), bazı kararlarında ise ceza mahkemesinin af kanununa uygun olarak cezanın düşmesine karar verdiği ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağını ifade etmiştir (Yargıtay 15. HD., T: 15.05.1975, E: 1975/2615, K: 1975/2626; Yargıtay HGK., T: 18.11.1981, E: 1979/4-231, K: 1981/744 "Af Yasası kamu davası açılmadan önce çıkmış ise, bir yıllık hukuk zamanaşımı süresi Af Yasasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, şayet Af Yasası kamu davasının açılmasından sonra çıkmış ise, bu takdirde de af nedeniyle ceza davasının düşmesine ilişkin kararın kesinleşmesi gününden itibaren işlemeye başlayacaktır")

fiilin gerçekleştiği tarihte zarar ve sorumlu kişiyi öğrenen zarar gören, iki yıl değil yirmi yıl içinde dilediği vakit dava açabilecektir.

Ceza zamanaşımı süresi, iki yıllık zamanaşımı süresinden uzun, on yıllık zamanaşımı süresinden kısa ise, bu durumda sadece iki yıllık zamanaşımı süresinin yerine uygulanma imkânına sahip olacak, on yıllık süreye bir etkisi olmayacaktır¹⁶. Burada da zarar gören, zarar ve sorumlu kişiyi ne zaman öğrenmiş olursa olsun ceza zamanaşımı süresi içinde tazminat davası açabilecek, ancak on yıllık sürenin geçmemiş olmasına dikkat edecektir. Örneğin, ceza zamanaşımının sekiz yıl olduğu bir olayda, zarar gören, zarar ve tazminat sorumlusunu öğrenmesinden itibaren iki yıldan fazla bir süre geçmiş olsa bile, eğer olayın üzerinden sekiz yıl geçmemişse tazminat davası açabilecektir.

3. KİŞİLER BAKIMINDAN UYGULANMASI

Ceza zamanaşımı süresi ancak haksız fiil failine karşı uygulanabilir, hukuken tazminat sorumlusu olan kişilere karşı uygulanamaz. Yani TBK'nın 72(1). maddesinin 2. cümlesinde yazılı olan ve suç niteliği bulunan haksız eylemlere ilişkin olan tazminat davalarında ceza zamanaşımının uygulanacağı kuralı, yalnız haksız eylemi işleyenlere karşı açılan davalarla sınırlıdır. Yargıtay'ın 4. Hukuk Dairesi'nin 09.04.2009 tarih, 2008/10964 E. ve 2009/5304 K. numaralı ilamında belirtilen "...cezai sorumluluğu olmadığı için gazete sahibi hakkında uzamış (ceza) zamanaşımının uygulanması olanağının da bulunmadığı belirgin-dir." ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, ceza zamanaşımı haksız eylemin failine karşı açılacak davalarda uygulanabilmektedir. Ancak ek kusur durumunda, ceza zamanaşımının bu kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.

Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 14.02.2005 tarih, 2005/7601 E. ve 2005/1176 K. numaralı bir başka kararında, "Eylem suç teşkil edip olayda ceza zamanaşımının uygulanması gerekir ise, bu süre ancak haksız eyleme katılan için kabul edilebilir. ... Bu durumda ceza zamanaşımının uygulama

olanağı bulunmamaktadır. ... Yerel mahkemece anılan yön gözetilmeksizin adı geçen davalının tazminat ile sorumlu tutulmuş olması da kabul şekli bakımından usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." ifadeleri yer almıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 15.01.1979 tarih, 1978/12904 E. ve 1979/146 K. sayılı kararında yer alan "Kural olarak, ceza (uzamış) zamanaşımı, haksız eylemi işleyen kişilere karşı açılan davalarda uygulanabilir. Buna karşılık, Medeni hukuk yönünden sorumlu olan üçüncü kişiler hakkında BK'nun 60/2. (eski kanun, yeni kanunda TBK'nın 72/1, 2. cümle) maddesi hükmünün uygulanabilme olanağı yoktur." ifadeleri Yargıtay'ın bu konuda yıllardır süregelen yerleşik bir içtihadının olduğunu göstermektedir.

Örnekler çoğaltılabilmekle beraber aynı doğrultudaki, (i) Yargıtay 4. HD., T: 19.10.2009, E: 2009/32, K: 2009/11542; (ii) Yargıtay 4. HD., T: 27.01.2003, E: 2002/10604, K: 2003/805; (iii) Yargıtay 4. HD., T: 23.12.2002, E: 2002/9964, K: 2002/14403; (iv) Yargıtay 4. HD., T: 30.06.1977, E: 1976/893, K: 1977/7606; (v) Yargıtay 4. HD., T: 21.02.1975, E: 1974/9502, K: 1975/2243, numaralı Yargıtay kararları ışığında anlaşılacaktır ki başkasının suç teşkil eden bir fiilinden dolayı tazminat sorumluluğu altında olan kişiler hakkında TBK'nın 72(1) maddesinin 2. cümlesi uygulanmayacaktır. Bu kişilere karşı TBK'nın 72(1). maddesindeki iki yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekmektedir.

Tüzel kişiler bakımından ise organların suç niteliğindeki haksız fiillerinden dolayı tüzel kişilere karşı açılacak tazminat davalarında ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide pek çok tartışma bulunmaktadır. Ancak bizim kanaatimizce organlar tüzel kişinin bir parçasıdır ve bu sebeple organların suç niteliğindeki haksız fiillerinden dolayı tüzel kişilere karşı da ceza zamanaşımının uygulanması gerekir. Her ne kadar Yargıtay'ın farklı yönde kararları olsa da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T: 26.09.2012, E: 2012/4-319, K: 2012/619 sayılı kararında yer alan, "Tüzel kişilerin organlarının işledikleri haksız fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ceza zamanaşımı süresi, tüzel kişi aley-

16 Oğuzman/ Öz, cilt 2, s. 75-76; Çelik, s. 308; Eren, s. 836; Erdem, s. 137-138; Karahasan, cilt 2, s. 601; Tandoğan, s. 361; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 725; Karacabey, s. 86; Narter, s. 1420; Gökcen, s. 911; Tutumlu, s. 59; Akçay, s. 76-77.

hine açılan tazminat davasında da uygulanır.” ifadeleri haklılığımızı ortaya koymaktadır.¹⁷

Motorlu araç işletenler bakımından ise Yargıtay ceza zamanaşımının işleten yönünden de uygulanacağı yönünde kararlar vermeye başlamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T: 12.03.2014, E: 2013/4-544, K: 2014/315 sayılı kararında, “2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85/son ve 109/2, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddeleri uyarınca, sürücünün eyleminin suç teşkil ettiği hallerde, uzamış ceza davası zamanaşımının işleteni de kapsadığı kabul edilmektedir.” ifadeleri doğrultusunda tazminat sorumluluğunun daha uzun zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu görüş, kanaatimizce isabetli bir görüş değildir. Yargıtay'ın bazı konularda kusursuz sorumluluğu ceza zamanaşımı bakımından kabul etmezken bazı konularda kabul etmesi hukuki anlamda tutarsızlık yaratmaktadır.

SONUÇ

Haksız fiil, özel hukukta borcun kaynakları arasında yer almaktadır. Haksız fiil sorumluluğu, haksız fiilden doğan zararın tazminini gerektirir. Hukukumuzda haksız fiil geniş anlamda ele alındığında ceza hukuku öğretisinde de var olmaktadır. Çünkü ceza hukukunda sonucu ceza yaptırımına bağlı olan ve iradi olarak hukuka aykırı davranış, suç addedilmektedir.

Ceza hukuku ile özel hukuk kapsamında kesişen haksız fiilde zamanaşımı müessesesi de ortak hükümler içermektedir. Zira özel hukuk bağlamında zararın tazmin sorumluluğu, öğrenmeden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Öğrenme varlığının olmaması durumunda her halükârda on yıllık bir zamanaşımı süresi kanunda yer edinmiştir. Ancak haksız fiilin suç teşkil etmesi durumunda uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından ceza zamanaşımının uygulanacağı hükmü getirilerek istisnai bir durum tesis edilmiştir. Öncelikle, ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için fiilin ceza kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerekir. Haksız eylemde

bulunan fail hakkında ceza davasının açılmış olması, mahkûmiyet kararının verilmiş olması, soruşturma aşamasında olması ve benzeri gibi durumların mevcudiyeti gerekmemektedir. Ancak ceza mahkemesinde beraat kararı verilmesi durumunda ceza zamanaşımı süresinin uygulanıp uygulanmaması noktasında öğretide görüş ayrılığı bulunmakla birlikte, suç unsurları oluşmadığından bahisle ceza zamanaşımı süresinin uygulanmaması gerektiği yönünde görüş hakimdir.

Ceza davasının bekletici mesele yapılması konusuna baktığımızda ise hukuk hâkimi suç oluşup oluşmadığına kendisi karar verebileceğinden ve bu durum mağduriyeti arttıracığından bekletici mesele yapmak gereksiz olacaktır. Ceza zamanaşımı süresinin uygulanmasının bir diğer şartıysa, bu sürenin tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresinden daha uzun olması gerektiğidir. Tüzel kişinin sorumluluğu ve motorlu araç işletenler istisna olmak üzere sadece haksız fiil failine karşı uygulanabilen bu düzenlemeyle hem tazminat sorumluluğunu gerektiren hem de suç teşkil eden bir eylem için farklı zamanaşımı sürelerine tabi olmasının önüne geçilerek adalete ve hukuksal güvenliğe aykırı sonuçların doğması engellenmiştir.

¹⁷ Aynı yönde bkz Yargıtay 4. HD., T: 03.12.2013, E: 15875, K: 19016

ALDATICI REKLAMLAR YOLUYLA HAKSIZ REKABET

Dila GÜNEŞ
Avukat

Asya AKPULAT
Avukat

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticaretin ve rekabet ortamının korunmasına yönelik bazı düzenlemeler getirilirken; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve ikincil mevzuat kapsamında da tüketicilerin korunması amacıyla reklamlara ilişkin bazı hükümler düzenlenmiştir. Haksız rekabet ve reklam hukukuna ilişkin bu düzenlemeler çoğu zaman birbirleriyle kesişmekte ve bu düzenlemelerden birine aykırılık, diğeri bakımından da hukuka aykırılık oluşturabilmektedir.

Çalışmamızın konusu, haksız rekabet hallerinin, haksız rekabetin meydana geldiği mecralardan birini oluşturan aldatıcı reklamlar çatısı altında ortaya çıkabileceği durumlar hakkındadır. Bu doğrultuda aldatıcı reklam yoluyla meydana gelen birtakım haksız rekabet halleri ilgili mevzuat ve uygulamadan örnekler kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, Aldatıcı Reklam, Aldatıcı Açıklamalar.

GİRİŞ

Haksız rekabet hükümleri, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının korunması amacıyla getirilmiştir. Bozulmamış rekabet ortamının bütün katılanlar menfaatine olacak şekilde korunması hedeflendiğinden, haksız rekabet sadece rakipler arasında vuku bulmaz. Benzer şekilde sadece rakipler tarafından gerçekleştirilen fiiller de haksız rekabet olarak değerlendirilmez ve rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen haller de haksız rekabet teşkil edebilir. Bu doğrultuda rekabet ortamına yönelik açıklamalar içeren reklamlar, haksız rekabetin oluşmasına uygun bir zemin teşkil etmektedir. Tüketicinin korunmasına yönelik mevzuat uyarınca aldatıcı olarak kabul edilen bir reklam, bu yönüyle hem hukuka aykırı olacak ve reklam hukukuna yönelik yaptırımlara tabi olacak hem de içerdiği açıklamaların başka bazı unsurları da barındırması halinde haksız rekabet teşkil edecektir.

Haksız rekabet hükümleri ile reklamlara ilişkin düzenlemelerin birbirleriyle etkileşim ha-

linde bulunduğu bu durum nedeniyle, çalışmamızda ilk olarak haksız rekabet ve ticari reklam ile aldatıcı reklamlara ilişkin temel unsurlar incelenecek; akabinde bu kavramların birlikte karşımıza çıktığı belli başlı bazı haksız rekabet halleri Reklam Kurulu ve Yargıtay kararlarından örneklerle açıklanacaktır.

1. HAKSIZ REKABET VE ALDATICI REKLAM KAVRAMLARI

A. GENEL OLARAK HAKSIZ REKABET

Haksız rekabet, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nin 54. maddesi ve devam eden hükümlerinde düzenlenmiştir. TTK kapsamında, haksız rekabetin açık bir tanımı yapılmakla birlikte, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin amacı ile genel ilkeleri belirtilmiş ve haksız rekabet teşkil eden başlıca eylemlerin sayılması yolu tercih edilmiştir. TTK'nın 54. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, haksız rekabete dair düzenlemelerin temel amacı, bütün katılanların menfaatine olacak şekilde, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. TTK'nın 54. maddesinin 2. fıkrasında ise, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar

ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olacağı hükme bağlanarak haksız rekabetin genel esaslarına ilişkin bir çerçeve oluşturulmuştur.¹

TTK'nın 54. madde hükmünün gerekçesinde, maddede alınan "tüm katılanlar" ibaresiyle rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan "ekonomi", "tüketici" ve "kamu"nun kastedildiği belirtilmiştir.² Doktrinde ise, maddede açıkça "bütün katılanlar menfaatine" denmiş olmasından yola çıkarak haksız rekabete ilişkin hükümlerin yalnızca rakipleri değil tedarikçiler, üreticiler ve tüketiciler de dahil rekabet ortamıyla ilgili olan herkesi kapsadığı ifade edilmiştir.³ Bu doğrultuda, haksız rekabetin sadece rakipler arasındaki ilişkilere özgü olarak gündeme gelmediğini, düzenlemenin kapsam alanının piyasadaki tüm aktörlerin etkileşimi dikkate alınarak geniş tutulduğunu söylemek mümkündür.

TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen genel ilke ve amaçlarının yanında, TTK'nın 55. maddesi dairesinde, haksız rekabet teşkil eden bazı örnek durumlara yer verilmiştir. Buna göre, bir davranış veya uygulamanın TTK'nın 55. maddesinde sayılan haksız rekabet hallerine doğrudan veya örnekseme yoluyla dahil olması halinde, haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmiş; eğer söz konusu davranış ve uygulamanın anılan maddede sayılan haksız rekabet hallerinden birinin kapsamına girmediği tespit edilirse, bu halde TTK'nın 54. maddesindeki genel hüküm uyarınca araştırma yapılması gerektiği ilkesi benimsenmiştir.⁴

TTK'nın 55. maddesine göre, başlıca haksız rekabet teşkil eden haller: (i) dürüstlük kuralı-

na aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, (ii) sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltmek, (iii) başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak, (iv) üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, (v) iş şartlarına uymamak, (vi) dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak şeklinde sayılmış ve bu ana başlıklar altında uygulamadan örneklere yer verilerek madde kapsamının anlaşılması sağlanmaya çalışılmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki madde hükmünde yer verilen haksız rekabet halleri, uygulamada sık karşılaşılan örnekler baz alınarak sayılmıştır ve sınırlayıcı nitelikte değildir.⁵

B. REKLAM VE TİCARİ REKLAM KAVRAMI

Haksız rekabet, çeşitli davranış şekilleri veya sözlü, yazılı yahut haksız rekabetin ortaya çıkmasına elverişli herhangi bir vasıta aracılığıyla meydana gelebilmektedir. Haksız rekabetin gündeme gelmesine aracı olan ve uygulamada en çok karşılaşılan vasıta ise, ticari hayatın aktörlerinin mal ve hizmetlerinin geniş kitlelere ulaşması amacıyla sıklıkla başvurduğu reklamlardır.

Reklamları, bir ihtiyacın ortaya çıkmasını sağlayan ve bu ihtiyacın karşılanması için belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak üzere alıcıya yönelik yapılan beyanları içeren bir araç⁶ veya en geniş anlamıyla, bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım⁷ şeklinde ifade edebiliriz.

Reklamlar, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ("TKHK")da "ticari reklam" başlığı altındaki tanımıyla, hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur. TKHK'nın 61.

1 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 54: "(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. (2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."

2 Madde gerekçesi için bkz.: Gönen ERİŞ, Açıklamalı- İçtihatlı 6335-6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler Cilt 2, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2014, Seçkin Yayıncılık, s. 1298

3 N. Füsün NOMER ERTAN (Hüseyin ÜLGEN/Mehmet HELVACI/Arslan KAYA), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, 2019, Vedat Kitapçılık, s. 557-558

4 NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA), Ticari İşletme Hukuku, a.g.e., s. 559

5 Sabih ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Baskı, Ankara, 2018, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 351

6 Savaş BOZBEL, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 28

7 Başak BAYSAL/Emrehan İNAL, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, On İki Levha Yayıncılık, s. 5

maddesinde⁸ yapılan tanıma göre reklamlar, bir mal veya hizmetin pazarlanmasına yönelik olan ve herhangi bir mecrada gerçekleştirilen iletişim faaliyetleri olarak tanımlanabilir.⁹ Gerek tüketicilerin korunması gerek dürüst ve ahlaka uygun piyasa koşullarının sağlanması amacıyla, TKHK ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde ("Yönetmelik") reklamlarda uyulması gereken temel ilkelere ve hukuka uygunluk şartları belirlenmiştir. TKHK'nın 61. maddesinin 2. fıkrası ve Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca, ticari reklamlar genel olarak, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalıdır. Aynı zamanda ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde, haksız rekabete yol açmayacak şekilde ve ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurulurken hazırlanmalıdır.

C. ALDATICI REKLAMLAR

Haksız rekabetin vücut bulduğu kanallardan birini oluşturan aldatıcı reklamlar en geniş haliyle, tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içeren ve hitap ettiği kesimde orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimâli bulunan reklamlar şeklinde tanımlanabilir.¹⁰ Bir diğer deyişle bir reklam, içeriği, reklam sahibinin şahsı, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı bilgiler içeriyorsa aldatıcı reklamdan ve bu yolla gerekli diğer şartlar da mevcutsa TTK kapsamında haksız rekabetten söz etmek mümkündür.¹¹

Buna göre, bir reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi, reklamın hedef aldığı orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimâlinin bulunması ve reklamdaki aldatıcılığın tüketicinin kararını etkileyebilecek nitelikte olması, aldatıcı bir reklamın varlığı için yeterlidir.¹²

Bir reklamın aldatıcı olduğundan söz edebilmek için reklamdaki unsurların yanlış olduğunun objektif ölçütlerle ispat edilebilmesi gerekmektedir. En yalın ifadesiyle, bir reklam yanlış ise esas itibarıyla aldatıcıdır. Aldatıcı reklamlara örnek olarak yerli malı bir ürünün yabancı kökenli olduğunun belirtilmesi ya da eski veya kullanılmış bir tüketim malının reklam vasıtasıyla tüketicilere yeni olarak tanıtılması gibi haller verilebilir.¹³ Ancak kimi durumlarda, reklamın yanlış olması, aldatıcı nitelik taşıdığı anlamına gelmez. Örneğin reklamlarda tüketicilerin gerçek olmadığını aşikâr biçimde ayırt edebileceği derecede belirgin abartılara yer verilmesi ve yanlış ifadeler kullanılması aldatıcı olarak değerlendirilemez.¹⁴

Bir reklamın aldatıcı nitelikte olmaması için, reklamda yapılan açıklamanın ana vaa-dinin, reklamın ana mesajında net bir şekilde verilmesi gerekir. Eğer reklamdaki söz ile vaat arasında bir ilişki yoksa ve ifade vaadi kanıtlayamıyorsa o reklam yanıltıcı olarak nitelendirilecektir. Kimi zaman reklamdaki ifade doğru bile olsa, tüketiciler için önemli bilgileri ve gerekli açıklamaları içermiyorsa bu reklamın da aldatıcı olduğu kabul edilir.¹⁵ Örnek olarak, satılan ikinci el arabanın daha önce bir sürücü kursuna ait olduğunun veya taksi olarak kullanılmış olduğunun veya elbisenin çabuk alev alan

8 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun madde 61/1 "Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır."

9 N. Füsün NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, 2016, On iki Levha Yayıncılık, s. 154

10 BAYSAL / İNAL, a.g.e., s. 17

11 NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, a.g.e., s. 154

12 BAYSAL / İNAL, a.g.e., s. 17

13 Nihal ÇINAR, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, Ankara, 2015, Seçkin Yayıncılık, s. 67; Celal GÖLE, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara, 1983, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 101-105

14 BAYSAL / İNAL, a.g.e., s. 17; GÖLE, a.g.e., s. 64

15 ÇINAR, a.g.e., s. 68; GÖLE, a.g.e., s. 185

bir kumaştan yapılmış olduğunun reklamda açıklanmamış olması, reklamın aldatıcı nitelik taşıdığına göstergesidir.¹⁶

Bir reklamın aldatıcı olup olmadığını belirlemede, hangi tüketici kitlesinin kıstas olarak alınması gerektiği de önem taşır. Yönetmeliğin 7. maddesinde reklamların ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik hükümleri ve doktrin görüşleri çerçevesinde, bir reklamın aldatıcı olup olmadığını saptanmasında, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin göz önüne alınması ve reklamın bu kişiler açısından aldatıcı olup olmadığını tespiti gerekir.¹⁷ Yönetmeliğin 4. maddesine göre bir reklamın aldatıcı olup olmadığı kriterinde dikkate alınacak ortalama tüketici "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki reklam özel bir kesime hitap ediyorsa, bu kesim kapsamına dahil ortalama tüketicinin reklamı anlama algısına göre reklamın aldatıcı olup olmadığı tespit edilmelidir.¹⁸

2. ALDATICI REKLAM YOLUYLA HAKSIZ REKABET

Çalışmamızın ilk bölümünde haksız rekabet hükümlerinin temel amacının, bütün katılanların menfaatine olacak şekilde, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğunu belirtmiştik. Devam eden kısımlarda açıklandığı üzere reklamlar ise, bir ürün veya hizmetin pazarlanması amacıyla gerçekleştirilen iletişim faaliyetleridir ve bu bakımdan reklamların ekonomik ortamı etkileme kabiliyetleri vardır.

Haksız rekabet ve aldatıcı reklam kavramlarının aynı ortama ilişkin kavramlar olması ve reklamların rekabet ortamını etkileme kabiliyeti nedeniyle¹⁹, reklamların bazı haksız rekabet hallerinin gündeme gelebileceği tek değil ancak önemli bir mecra olduğu söylenebilecektir.²⁰ Nitekim haksız rekabet halleri, rekabet ortamını bozma riski taşıyan hallerdir ve reklamlar da rekabet ortamını etkileyebileceği için bu riskin gerçekleşmesi için uygun bir zemin sağlamaktadır.

TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında da reklamların piyasa olan etkisi göz önünde bulundurulmuş ve TTK'nın haksız rekabet hallerini örnekleyen 55. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde "dürüstlük kuralına aykırı reklamlar"ın haksız rekabet hallerinden başlıcaları olduğu belirtilmiştir.²¹ İlgili bendin devamında, bu hallere ilişkin spesifik bazı örnekler de verilmiştir.

TTK'nın 55/1-a maddesi kapsamında, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar olarak örneklenen haksız rekabet hallerinden; kötülleme (TTK m. 55/1-a.1), gerçek dışı ve/veya yanıltıcı açıklamalarda bulunma (TTK m. 55/1-a.2), kendini üstün yetenekli gösterme (TTK m. 55/1-a.3), karıştırılma (TTK m. 55/1-a.4) ve karşılaştırma (TTK m. 55/1-a.5) aldatıcı reklam yoluyla karşımıza çıkan haksız rekabet halleridir.²²

Örneklenen bu haksız rekabet halleri incelendiğinde, rekabet ortamına katılanların aldanmasına, yanılmasına, iradelerinin gerçeğe uygun olmayacak şekilde manipüle edilmesine sebebiyet veren fiillerin haksız rekabet olarak kabul edildiği görülecektir. Bir diğer deyişle bu haksız rekabet hallerinin temelinde kişileri aldatıcı bir açıklama bulunmaktadır.

16 BAYSAL / İNAL, a.g.e., s. 17

17 BAYSAL / İNAL, a.g.e., s. 17; GÖLE, a.g.e., s. 74

18 ÇINAR, a.g.e., s. 68; GÖLE, a.g.e., s. 75

19 İktisadi rekabet hakkının reklam yoluyla kullanıldığı ve reklamların oluşturdukları etki bakımından tüketimi teşvik ettiği yönündeki açıklamaları için bkz.: Ahmet TAMER, Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet, 1. Baskı, Ankara, 2011, Adalet Yayınevi, s. III

20 NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s. 154; TAMER, a.g.e., 119-120

21 TAMER, a.g.e., s.118

22 NOMER ERTAN, Haksız Rekabet Hukuku, s. 157

TTK m. 55/1-a.1 uyarınca, bir başkası hakkında negatif bir algı oluşturacak şekilde bu kişinin ürünleri, fiyatları gibi ticari işletmesine veya faaliyetlerine yönelik yanlış veya yanıltıcı yahut gereksiz yere incitici bir açıklama yapılması halinde kötüleme yoluyla haksız rekabet hali oluşur.²³ Bu haksız rekabet halinin aldatıcı reklam yoluyla vuku bulduğu bir duruma örnek olarak, Reklam Kurulunun bir kararında, bir şampuan markasının reklamlarında diğer şampuanların ancak oyuncak olabileceği gibi açıklamalarla bu şampuanların işe yaramadığı yönündeki açıklamalarının kötüleme içerdiği ve dolayısıyla aldatıcı reklam olduğuna hükmedilmiştir.²⁴

TTK m. 55/1-a.2 uyarınca, kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi ticari işletmesiyle ilgili gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarla rekabette öne geçirmesi haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Uygulamada bu haksız rekabet hali çoğunlukla aldatıcı reklam olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵ Bu hale örnek olarak Reklam Kurulu tarafından verilen bir kararda, tüketicilerin sabit hat avantajını seçmesi halinde daha az görüşme ücreti çıkacağına yönelik açıklamalarda bulunulmasına rağmen, gerçekte daha fazla ücret çıkması nedeniyle reklamın aldatıcı olduğuna karar verilmiştir.²⁶ Bu örnekte açıklama konusu, kişinin sağladığı fiyatlara yöneliktir ve gerçeği yansıtmamaktadır. Dolayısıyla bu örnekteki aldatıcı reklam, aynı zamanda TTK m. 55/1-a.2 hükmü uyarınca haksız rekabet teşkil etmektedir. Yargıtay'ın başka bir kararında ise ilgili yasal düzenlemeler ve TSE kuralları uyarınca, oto gazların güvenlik amacıyla belirli bir kokusunun bulunması gerekirken bir reklamda "Kokusuz gaz: Kokulu otogaz kalitesizdir, kokulu ve kalitesiz otogazlarla, bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın" şek-

linde açıklamalar yapılmasının eTTK m. 57/3²⁷ uyarınca haksız rekabet teşkil ettiğine karar verilmiştir.²⁸ Zira yasal düzenlemeler gereği oto gazlara bazı maddeler karıştırılarak, kaçak halinde tanınması sağlanmalıdır ve bu durumda reklam konusu oto gazın hiç kokusunun olmaması mümkün değildir. Bu durumda kişinin mallarına ve dolayısıyla ticari işletmesine ilişkin olduğu söylenebilecek bu açıklama, aldatıcı olması ve tüketiciler nezdinde kişiye avantaj sağlayabilecek olması nedeniyle hem aldatıcı reklam hem de haksız rekabet teşkil etmektedir.

TTK m. 55/1-a.5 hükmünde karşılaştırma yapmak yoluyla haksız rekabet hâli düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, karşılaştırmalı reklamların hukuki sınırlar dahilinde yapılmaması halinde haksız rekabet gündeme gelecek ve aynı zamanda gerçeğe uygun olmayan veya yanıltıcı olan karşılaştırmaları içeren reklam da aldatıcı olacaktır. Örneğin bir boya markasının, boyada birinci olduğu yönünde ifade içeren bir reklamı hakkında Yargıtay tarafından verilen kararda, hangi bakımdan birinci bulunduğu belirtilmeden kullanılan birincilik ifadesinin diğer markaları ikinci konuma ittiği değerlendirilerek diğer markalarla yanıltıcı bir karşılaştırma içeren reklamın aldatıcı olduğuna ve haksız rekabet teşkil ettiğine hükmedilmiştir.²⁹

SONUÇ

Haksız rekabet hükümleriyle, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amaçlanmıştır. TTK kapsamında haksız rekabetin başlıca hallerine örnekseme yoluyla yer verilmiş, haksız rekabetin genel ilke ve amaçlarını ihlâl edecek nitelikteki davranış ve uygulamaların da haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmiştir. Haksız

23 NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA), *Ticari İşletme Hukuku*, a.g.e., s. 568

24 08.04.2003 T. ve 02/61 dosya numaralı Reklam Kurulu kararına yapılan atıf ve karara ilişkin açıklamalar için bkz.: TAMER, a.g.e., s. 119-120

25 NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 154

26 11.12.2007 T. ve 2007/138 dosya numaralı Reklam Kurulu kararına yapılan atıf ve karara ilişkin açıklamalar için bkz.: TAMER, a.g.e., s. 130

27 Kararda atıf yapılan madde TTK m. 55/1-a.2 hükmüne karşılık gelmektedir.

28 Yargıtay HGK'nun 07.11.2007 T. ve 11839/825 sayılı kararı ile bu karara ilişkin açıklamalar için bkz.: Erdoğlan MOROĞLU / Abuzer KENDİGELEN, *İçtihatlı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, İstanbul, 2014, On İki Levha Yayıncılık*, s. 99; NOMER ERTAN, *Haksız Rekabet Hukuku*, s. 159-160

29 Karar ve karara ilişkin açıklamaları için bkz.: NOMER ERTAN (ÜLGEN/HELVACI/KAYA), *Ticari İşletme Hukuku*, a.g.e., s. 582

rekabet, çeşitli vasıtalarla gündeme gelebilecek olmakla birlikte uygulamada en sık karşılaşılan durum haksız rekabet teşkil eden açıklamaların reklam vasıtasıyla beyan edilmesidir.

TTK'nın haksız rekabet hallerine yer verilen 55. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde "dürüstlük kuralına aykırı reklamlar" haksız rekabet olarak kabul edilmiş ve bu haksız rekabet haline ilişkin bazı örnekler verilmiştir. Başta yanlış veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak, karşılaştırma yapmak ve kötüleme olmak üzere, ilgili maddede sayılan örneklerde yer alan haksız rekabet halleri aynı zamanda tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat uyarınca aldatıcı reklam olarak da nitelendirilebilecektir.

Haksız rekabetin aldatıcı reklamlar vasıtasıyla oluşabileceği durumlar gerek TTK kapsamında gerekse TKHK ve Yönetmelik çerçevesinde hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple, reklamların çok yönlü olarak ele alınması ve anılan mevzuatın bütününe uygun olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ GÜNCEL REKABET HUKUKU GELİŞMELERİ

Metin PEKTAŞ
Ortak, Rekabet Hukuku

Ahmet ÖNDER
Avukat

Beyza SARIPINAR
Avukat

ÖZET

İlaç sektörü tüm ülkelerde stratejik anlamda önem arz eden bir sektördür. İlaç sektörünü diğer sektörlerden ayıran en önemli unsurlar arasında, devletin yoğun regülasyon etkisi, fikri mülkiyetin ticari faaliyetler üzerinde belirleyici olması ve talebin ne zaman ortaya çıkacağına bilinmemesi olduğu söylenebilir. COVID-19 salgınıyla birlikte tüm insanlık için daha da önemli bir noktaya gelen ilaç sektörü, insanlar tarafından gelen talebin de artmasıyla dünyadaki rekabet otoriteleri tarafından birçok incelemeye konu olmuştur.

Anahtar Kelimeler: İlaç, COVID-19, Biyo-teknolojik, Eczacı Depoları, Jenerik İlaç, Biyoeşdeğer.

GİRİŞ

İlaç sektörü, yüksek teknoloji ve AR-GE faaliyetleri, nitelikli iş gücü ve yüksek yatırım sermayesi gerektiren ve tüm ülkelerde stratejik anlamda önem arz eden bir sektördür. İlaç sektörünü diğer sektörlerden ayıran unsurlar arasında; devletin alım yönüyle sektör içindeki ağırlığı, yoğun regülasyon, fikri mülkiyet konusunun sektördeki ticari faaliyetler üzerinde önemli derecede belirleyici olması, talebin ne zaman ortaya çıkacağına belirsizliği, doktorlar ile hastalar ve piyasadaki diğer aktörler arasındaki bilgi asimetrisi bulunmaktadır.¹ Bu kapsamda öncelikle dünyada ve Türkiye’de ilaç sektöründe yaşanan gelişmelere ve temel göstergelere, ardından da ilaç sektöründe verilen güncel kararlarla birlikte sektördeki rekabet hukuku risklerine değinilecektir.

1. TEMEL GÖSTERGELERLE DÜNYADA VE TÜRKİYE’DE İLAÇ SEKTÖRÜ

İlaç sektörü dünyadaki üçüncü büyük sektör olmakla beraber, 2020 yılında meydana gelen COVID-19 salgını nedeniyle sektörün büyüme

trendi devam etmekte ve ilaç sektörünün 2023 yılında 1,5 Trilyon Doları aşkın bir pazar büyüklüğüne ulaşması beklenmektedir. Kuzey Amerika ülkeleri dünyadaki ilaç pazarı üretiminin 2018 yılsonu itibarıyla %48’ini gerçekleştirirken, Avrupa ülkeleri ise %22’sini oluşturmaktadır. Son yıllarda Brezilya, Hindistan, Rusya ve Çin gibi gelişmekte olan ülkeler de pazar dağılımında ön plana çıkmaktadır. ABD; AR-GE harcamalarındaki payı, ciroları, araştırmacı ilaç sanayii ve kişi başına düşen ilaç tüketimi ile dünyanın önde gelen firmalarının merkezi olması nedeniyle, sektörün en önemli aktörü konumundadır. Kuzey Amerika kıtası için tahmin edilen %1-4 büyüme oranının ABD liderliğinde devam etmesi beklenmektedir.² İthalat açısından bakıldığında 2019 yılında dünya ilaç ithalatında önde gelen ülkelerin ABD, Almanya, Belçika, Çin, Hollanda ve İsviçre olduğu görülmektedir. Bu ülkeler genellikle birbirlerinden ithalat yapmaktadır. Türkiye ise dünya ilaç ithalatçısı ülkeler sıralamasında %0,7 oranındaki payı ile 23. sırada gelmektedir.³

Son yıllarda dünya genelinde biyoteknolojik ürünlere doğru bir yönelim görülmekteyken, sentetik ürünlerin ilaç pazarındaki payı azalmaktadır. Ülkemizde de bu trende uygun olarak bir yaklaşım görülmekte, biyoteknolojik ürünlere yönelim artmaktadır. Türkiye biyotekno-

¹ Rekabet Kurumu – 27.03.2013, İlaç Sektör Raporu

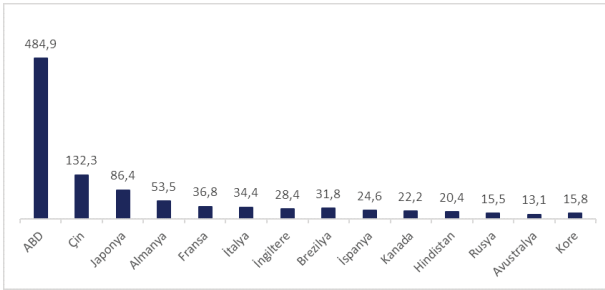
² Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, İlaç ve Eczacılık Ürünleri Sektörü – Sektör Raporu – 2020

³ Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, İlaç ve Eczacılık Ürünleri Sektörü – Sektör Raporu – 2020, International Trade Center (ITC), Trade Map

lojik ilaç pazarı 2018'de 5,4 Milyar TL'ye ulaşmıştır. Bu miktar toplam reçeteli ilaç pazarının yaklaşık olarak %17'sine tekabül etmektedir. Dünyadaki eğilime benzer şekilde, biyoteknolojik ilaçların toplam reçeteli ilaç pazarı içindeki payı giderek artmaktadır. 2018 yılında toplam biyobenzer ilaç pazarı ise bir önceki yıla göre %48 artış göstermiş ve 282 Milyon TL olmuştur.⁴

International Medical Statistics (IMS) tarafından yayınlanan verilere göre ilaç sektörü, 2018 yılında %5 büyüme oranı ile 1.2 Trilyon ABD doları toplam pazar hacmine ulaşmıştır. Dünya ilaç pazarının %95'ine uluslararası şirketler sahiptir. Aşağıdaki tabloda ülkeler bazında ilaç ciroları gösterilmektedir:

Grafik 1 – Dünya İlaç Pazarı (Milyar Dolar, 2018)⁵



Kaynak: KPMG

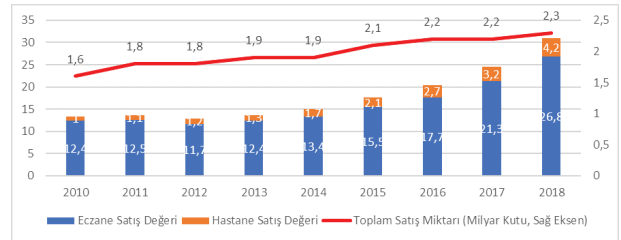
Yukarıdaki tabloya göre, 2018'de dünyadaki ilaçların satışının yaklaşık olarak %40'ını ABD (485 Milyar Dolar), %11'ini Çin (132 Milyar Dolar) ve %7'sini (86 Milyar Dolar) Japonya oluşturmaktadır. Söz konusu bu üç ülke, dünya pazar payının neredeyse yarısından fazlasını meydana getirmektedir.

Türkiye, üretim teknolojisi, kapasitesi ve standartları itibarıyla oldukça gelişmiş bir ilaç sanayiine sahiptir. İlaç sanayi; önemli çeşitlilik ve miktarla üretim ve ihracat imkânına sahip, katma değeri yüksek olan sektörlerimizden biri olma özelliğini taşımaktadır. Intercontinental Marketing Services (IMS) verilerine göre Türkiye; Brezilya, Çin, Meksika, Güney Kore,

Rusya ve Hindistan ile birlikte gelişmekte olan 7 pazardan biri olarak değerlendirilmektedir. 2018 yılı itibarıyla, küresel satış hacminde 17. sırada bulunan Türkiye'nin, 2022 yılında 15. sıraya yükselmesi beklenmektedir. Türkiye'nin ilaç sektöründeki toplam cirosu 2018 yılındaki %26,1 artışının ardından 2019 yılında da %31,7 büyüyerek 40,7 milyar TL'ye ulaşmıştır. Söz konusu büyümede 19 Şubat 2019 tarihinden itibaren ilaç fiyatlarını belirleyen Euro kurunun %26,4 oranında arttırılarak 3,4 TL olarak uygulanmasının yanı sıra, kutu hacmindeki artış da etkili olmuştur. 2019 yılında ilaç ve eczacılık sektörü ihracatımız, 2018 yılına göre %11,2 artarak 1,3 milyar Dolar olarak gerçekleşmiştir.⁶ Türkiye ilaç sektöründe eczane satışları 2018 yılında %25,4 artarken, hastane satışlarında ise %30,6 oranında bir artış gerçekleşmiştir. Kutu bazında satışlar %3,6 artarak 2,3 milyar kutu seviyesine ulaştı. Aşağıdaki tabloda bu gelişim 2010-2018 yılları için gösterilmektedir:

Grafik 2 – Türkiye İlaç Pazarı

Kaynak: KPMG



Buna göre, Türkiye ilaç pazarındaki satış değerleri, 2010 ile 2018 yılları arasında genel olarak artış gösteren bir eğilim içerisindedir. 2010 yılında Türkiye genelinde 1,6 milyar kutu ilaç satışı yapılmaktayken, bu rakam 2018 yılında 2,3 milyar kutu seviyesine ulaşmıştır. Aynı zamanda yine 2010 yılındaki ilaç satış miktarları, eczane satış değerleriyle birlikte hastane satış değerlerinin toplamı yaklaşık olarak 13,4 milyar TL seviyesindeyken, bu rakam 2018 yılında yaklaşık olarak 34 milyar TL seviyesine ulaşmıştır.

4 Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, İlaç ve Eczacılık Ürünleri Sektörü – Sektör Raporu – 2020

5 KPMG – İlaç – Sektörel Bakış – 2019 – IQVIA

6 T.C. Ticaret Bakanlığı – İlaç ve Eczacılık Ürünleri Sektörü Sektör Raporu

Türkiye ilaç sektörünün dış ticaret hacmi artış göstermeye devam etmektedir. 2019 yılında sektörün dış ticaret hacmi 6 Milyar Dolar seviyesini aşmıştır. Ticaret dengesi ise -3,5 Milyar Dolar seviyesinde oluşmuştur. İlaç sektörünün 2019 yılındaki ihracatı %10 artarak 1,44 Milyar Dolar seviyesinde gerçekleşmiştir. Sektörün ithalat hacmindeki artış oranı ise %8,4 olarak gerçekleşmiştir ve 5,56 Milyar Dolar'a ulaşmıştır. 2019 yılında ilaç sektörü 4,8 Milyar Dolar ithalat gerçekleştirirken, sektörün genel ekonomik trendlerden ayrıldığı söylenebilir. 2019 yılında Türkiye'nin ithalat hacmi %4,6 oranında daralırken ilaç sektöründe görülen artış, ürünlerin zaruri oluşlarına işaret etmektedir. Sektörün toplam ülke ihracatından aldığı pay %0,8, ithalatından aldığı pay ise %2,4 olarak gerçekleşmiştir. Dış ticaret hacmi genelinde sektörün aldığı pay ise %1,6 seviyesindedir.⁷

2. İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ REKABET HUKUKU RİSKLERİ

Ülkemizde ve dünyada ilaç piyasalarına yönelik değinmiş olduğumuz kararlardan da görülebileceği üzere rekabet hukuku açısından incelemelere konu olan davranışlar aşağıdaki şekilde sıralanabilmektedir:

- İlaç üreticileri arasındaki fiyat belirleme anlaşmaları,
- Belirli ilaçlar bakımından aşırı fiyatlama,
- Jenerik ilaç üreticilerinin pazara girmemesi ya da geç girmesi amacıyla orijinal ilaç üreticileri ile jenerik ilaç üreticileri arasında yapılan anlaşmalar (Reverse Payment, Pay for Delay Anlaşmaları),
- Jenerik ilaç üreticilerinin pazara girişinin engellenmesi amacıyla orijinal ilaç üreticilerinin mevcut ilaçların yeni versiyonlarını yeni bir isim altında satışa sunması (Product-Hoping),
- Jenerik ilaç üreticilerinin biyodenklik testi için gerekli olan ilaç numunelerine erişimlerinin orijinal ilaç üreticileri tarafından engellenmesi,
- Belirli ilaç ya da ilaç gruplarında hakim

durumda bulunan ilaç üreticileri tarafından alıcılarla yapılan sözleşmelerde yer alan dışlayıcı indirim sistemleri ve münhasır alım koşulları,

- İlaç üreticilerinin ecza depolarına mal vermeyi reddetmesi,
- Biyoeşdeğer ilaç üreticilerinin pazara girişlerini zorlaştırıcı uygulamalar,
- Sektörde gerçekleşen birleşme/devralmalarda inovasyon unsurunun korunmasına dönük rekabet müdahaleleri (AR-GE birimlerinin ayrıştırılması),
- İlaç üreticileri ile ecza depoları arasında başta münhasırlık hükümleri olmak üzere çeşitli rekabet kısıtlamaları barındıran dikey anlaşmalar,
- Ecza depolarının eczanelerle yapılan tedarik konusunda kendi aralarında anlaşması,
- Eczane seviyesinde yer alan mesleki örgütlerin üyelerinin ticari kararlarına müdahale niteliğindeki uygulamaları,
- Meslek örgütlerinin çeşitli nedenlerle ilaç üreticilerine, bazı eczanelere ürün vermemesi konusunda baskı yapması,
- İlaç üreticileri ile eczaneler arasında yapılan dikey anlaşmalar,
- Meslek örgütlerinin eczanelere bazı ilaç firmaları için boykot çağrılarında bulunması.

3. İLAÇ SEKTÖRÜNDEKİ GÜNCEL REKABET HUKUKU GELİŞMELERİ

REKABET KURUMU – Novartis ve Roche Soruşturması

Rekabet Kurumu NOVARTIS ve ROCHE'a ait Altuzan ve Lucentis isimli ilaçlardan daha pahalı olan Lucentis'in kullanımını yaygınlaştırmak amacıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl edip etmediğinin tespitine yönelik olarak yürütülen soruşturma sonucunda, NOVARTIS ve ROCHE'nin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiklerine karar verilmiştir. NOVARTIS'e 165.464.716,48 TL, ROCHE'a ise 112.972.552,65 TL idari para cezası verilmiştir. (Rekabet Kurulu kararı – 22.01.2021, 21-04/52-21)

7 KPMG – İlaç – Sektörel Bakış – 2019 – IQVIA

AVRUPA KOMİSYONU – Aspen Soruşturması

Avrupa Komisyonu tarafından yürütülen soruşturma kapsamında, global bir ilaç şirketi olan Aspen, altı kanser ilacı için Avrupa'daki fiyatlarını düşürmeyi ve bu patent dışı ilaçların önemli bir süre boyunca tedarikinin devam etmesini sağlamayı taahhüt etti.

Komisyon, 2017 yılında yaptığı soruşturmada, Aspen'in Avrupa'daki kanser ilaçlarının satışından fiyatlarını kademeli olarak artırarak ilaçların maliyetlerinin neredeyse %300 oranında aşarak çok yüksek kâr elde ettiğini tespit etmiştir. Ek olarak, Komisyon, bu ilaçların 50 yıldır patent dışı kaldığı için bu kârın hiçbir meşru sebep olmadan elde edildiğini, dolayısıyla herhangi bir Ar-Ge ücreti ödenmediğini belirtmiştir. Aspen ayrıca, ulusal makamlar fiyat artışına direnmeye çalışıldığında, ilaçları ulusal geri ödenebilir ilaçlar listesinden geri almakla tehdit etmiştir. Komisyon'un rekabetçi endişelerine karşılık olarak Aspen;

- Avrupa çapında altı kanser ilacının fiyatlarını yaklaşık %73 oranında düşüreceğini;
- İndirimli fiyatların, Aspen'in önümüzdeki 10 yıl için talep edebileceği maksimum fiyatlar olacağını ve 1 Ekim 2019 itibarıyla yürürlüğe girmeye başlayacaklarını ve
- Önümüzdeki 5 yıl boyunca ilaçların tedarikini garanti edeceğine ve 5 yıllık bir süre boyunca ya tedarik etmeye devam edeceğine ya da pazarlama ruhsatını diğer tedarikçilere sunacağını,

taahhüt etmiştir.

Komisyon, Aspen'in nihai taahhütlerinin rekabet endişelerine hızlı, kapsamlı ve kalıcı bir çözüm sunduğunu ve bu nedenle bunları yasal olarak bağlayıcı hâle getirdiğini belirtmiştir. (Avrupa Komisyonu – 10.02.2021)

AVRUPA KOMİSYONU – Teva'ya Başlatılan Soruşturma

Avrupa Komisyonu, ilaç şirketi Teva'nın pazara girişini ve gişe rekorları kıran Multipl Skleroz ilacı Copaxone ile rekabet eden ilaçların alımını yasadışı bir şekilde gecik-

tirip geciktirmediğini değerlendirmek için resmi bir antitröst soruşturması başlattı. Komisyon, Teva'nın AB antitröst kurallarını ihlâl ederek piyasadaki hakim konumunu kötüye kullanıp kullanmadığını araştırarak. (Avrupa Komisyonu – 04.04.2021)

BİRLEŞİK KRALLIK REKABET OTORİTESİ – İlaç Sektörüne Verilen 1,2 Milyon Sterlin Tutarındaki Para Cezasına Onama

İngiltere Rekabet Temyiz Mahkemesi, Lexon'un rekabet yasasını çiğnediğine dair CMA'nın bulgusunu onayladı ve Lexon'un itirazını reddetti.

CMA, ilaç firması Lexon'un, King Pharmaceuticals Ltd ve Alissa Healthcare Research Ltd ile birlikte, nortriptilin fiyatlarını yüksek tutmaya çalışmak için ticari olarak hassas bilgileri yasadışı olarak paylaştığını tespit etmiştir. İlacın maliyetinin düştüğü 2015'ten 2017'ye kadar 3 tedarikçi; fiyatlar, tedarik ettikleri hacimler ve Alissa'nın pazara girme planları hakkında bilgi alışverişinde bulunmuştur.

Sonuç olarak, CMA, Lexon'a toplam 1.220.383 £ para cezası vererek 3 şirkete de ceza vermiştir. Lexon, yasayı ihlâl etmediğini ileri sürdü ve bu nedenle karara ve para cezasına itiraz etti. (CMA – 25.02.2021)

SONUÇ

Bu doğrultular kapsamında, tüm ülkeler açısından stratejik öneme sahip olan ve hayati bir önem taşıyan ilaç sektörü, 2020 yılının ortalarına doğru tüm dünyayı etkisi altına alan COVID-19 salgını ile birlikte gün geçtikçe daha da önem kazanmış ve gelişimi daha da yakından takip edilen bir sektör haline gelmiştir. Dünyadaki gelişmelerle doğru orantılı olarak ülkemizde de ilaç sektörü her geçen gün daha da büyümekte ve hacim kazanmaktadır. Jenerik ve biyoeşdeğer ilaçların pazara giriş engelleri ve belirli ilaç tiplerinin aşırı fiyatlandırılması konuları ilaç sektörü açısından en çok dikkat çeken rekabet hukuku riskleri arasında yer almakta ve ilaca ihtiyaç duyan insanlar için son derece kritik önem taşımaktadır. Gün geçtikçe gelişen ve daha da önem kazanan bu sektör, dünyadaki rekabet otoriteleri tarafından da birçok incelemeye konu olmuş ve olmaya devam edecektir.

SENDİKAL NEDENLE FESHİN HUKUKİ VE CEZAI SONUÇLARI

Zeynep GÜLAY
Avukat

İrem ÇITAK
Stj. Avukat

ÖZET

Bilindiği üzere işçi, işverene bağlı olarak emeğini ortaya koyarken işveren de bunun karşılığı olarak işçiye ücret ödemeyi taahhüt eder. İşçinin, işverenin emir ve talimatlarına uymak zorunda olması ve onun belirlediği çalışma koşullarında işini yapması sözleşmenin taraflarının eşit statüde olmadığını gösterir. İşbu dengesizliğin giderilebilmesi için kamu müdahalesine ihtiyaç duyulmuştur. Dolayısıyla, yasal düzenlemeler işçi lehine yorum ilkesi ışığında oluşturulmuştur. Bunun yanı sıra, işçiler de kendi aralarında örgütlenerek sendika kurmuşlar, işverenlerle çalışma koşullarını düzenlemek adına toplu iş sözleşmeleri yapma yoluna gitmişlerdir. Bu çalışmamızda, sendikal özgürlükler açısından büyük önem arz eden sendikal feshin hukuki ve cezai sonuçları gerek doktrin gerekse Yargıtay Kararları ışığında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sendika Özgürlüğü, Sendikal Fesih, Sendikal Feshin Hukuki Sonuçları, Sendikal Feshin Cezai Sonuçları.

GİRİŞ

Sendikacılığın temelinde sendika özgürlüğü yer almaktadır. Sendika özgürlüğü tek başlarına ekonomik yönden güçsüz olan çalışanların, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını işverenlere karşı korumak ve geliştirmek amacıyla serbestçe örgütlenebilmelerini yani sendika kurabilmelerini ya da var olan sendikalara serbestçe üye olabilmelerini, diledikleri anda sendikadan çıkabilmelerini ifade eder.

İş hukukunun temel amacı, iş sözleşmesinin feshinin keyfi muamelelere maruz bırakılmasının önüne geçmektir. İş güvencesi, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı anlam taşır. Geniş anlamda iş güvencesi, işçinin işten çıkarılmasını güçleştiren önlemler yanında işten çıkarma sonucu doğan zararları telafi edici tüm önlemleri de içerir. Dar anlamda iş güvencesi ise, işçinin feshe karşı korunmasıdır. Bu koruma işverenin fesih hakkının geçerli bir sebep gösterme koşulu ile sınırlanması anlamına gelir. Bu durumda hizmet akdinin işveren tarafından feshi yargı denetimine tabi olur ve işverenden geçerli sebebi göstermesi ve ispatlaması

beklenir. Geçerli sebebin olmaması durumunda da işçiye işe iade veya tazminat ödenmesi şeklinde bir güvence sağlanır. İşçinin feshe karşı korunmasında, çalışma hakkı güvence altına alınmakta, sendikal feshe karşı korunmasında ise, çalışma hakkının yanı sıra sendikal özgürlükler de güvence altına alınmaktadır. Sendika özgürlüğü ile iş güvencesi hükümleri, birbiriyle doğrudan bağlantılı kavramlardır; işçinin sendikal özgürlükleri gerek hukuki gerekse cezai yaptırımlar yolu ile korunmaktadır.

İşçilerin sendikal hak ve özgürlüklerini kullanmaları (sendikaya üye olmaları veya olmamaları yahut sendikal faaliyette bulunmaları) nedeniyle işveren tarafından sözleşmelerinin feshedilmesi, sendikal nedenle fesih ve işçilerin bu amaçla yapılan feshe karşı korunmaları işçinin sendikal nedenle feshe karşı korunması olarak adlandırılır. İşçinin sendikal nedenle feshe karşı korunması, işçinin sendika hürriyetinin sağladığı hakları kullanmasının sonucu sözleşmesinin feshedilememesi, bu nedenle sözleşmesi feshedildiği takdirde ise, işe iade de dâhil olmak üzere etkin hukuki çözüm yollarının sağlanmasıdır.¹

İşçinin iş sözleşmesinin feshini sendikal nedenle fesih haline getiren sebepler, işçinin iş sözleşmesinin sendikaya üye olması, işçinin sendikal faaliyete katılması, işçinin sendika

¹ TERZİOĞLU, Ahmet, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Sendikal Fesih Sayılan ve Sayılmayan Haller, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, Aralık 2014, s. 234; ÖZTÜRK, Berna, Sendikal Tazminat, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2013/4, s. 93.

üyeleri olmaması, sendika üyeliğinden çekilmesi ve iş sözleşmesinin feshedilmesinde sendikalı-sendikasız işçi ayrımı yapılması başlıkları altında toplanabilir.

I. SENDİKAL FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

1.1. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ("STİSK veya "6356 sayılı Kanun")'ndaki Düzenlemeler ile Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı ile Ortaya Çıkan Durum

6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrası şu şekildedir: *"İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir."* Kanun'un 5. fıkrasında da, *"Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi halinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması halinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez."* hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un 4. fıkrasından anlaşıldığı üzere işe almada, iş sözleşmesinin uygulanmasında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde sendika üyeliği ya da sendikal faaliyetler nedeniyle işçiler arasında ayırım yapılamayacağı ve iş sözleşmelerinin sona erdirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla sendikal nedenle iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda işçinin söz konusu hükme dayanarak sendikal tazminat talep edebilmesi mümkündür. Kanun'un 5. fıkrasında da sendikal feshe maruz kalan işçinin işe iade davası açabileceği gibi doğrudan sendikal tazminat talep edebileceği, işe iade davası açması durumunda ise sendikal feshin tes-

pitiyle birlikte 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. 19. 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen iş güvencesi sisteminden farklı şekilde işe başlatılmak için işverene başvuru ile işverenin işe başlatması ya da başlatmamasından bağımsız olarak sendikal tazminata hak kazanacağı hüküm altına alınmıştır. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesinin yaptırımının sendikal tazminat olduğu işbu Kanun maddesinden açıkça anlaşılmaktadır.

07.11.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 sayılı Kanun "Sendika Özgürlüğünün Güvencesi" konusunda İş Kanunu ile bağlantıyı koparmış; 25. maddede işçilerin sendikal tazminat talep edebilmelerini düzenleyen hükümler yanında, iş güvencesi kapsamına dâhil işçilerin sözü edilen tazminata hak kazanabileceği koşulları özel olarak düzenlenmiştir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu işçinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun hükümleri çerçevesinde dava açmamasının, ayrıca sendikal tazminat talep etmesine engel olamayacağı esasını getirerek bu konuda önemli hak kaybına yol açan bir konuyu da düzenlemiştir. Buna göre, sendikal nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin bu sebeple dava açma hakkına sahip bulunduğu kabul edilerek, iş güvencesine tabi işçilerin sendikal nedenle feshin geçersizliğini iddia etmeleri ve mahkemece tespit edilmesi durumunda İş Kanunu'nun 21. maddesi çerçevesinde işçinin başvurması halinde işverenin işe başlatıp başlatılmamasına bağlı olmaksızın sendikal tazminata hükmedileceği öngörülmüştür.²

Diğer taraftan 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "fesih dışındaki" ibaresi maddenin farklı yorumlanmasına sebebiyet vermiş, doktrinde iş güvencesi kapsamına girmeyen işçilerin sendikal tazminat talep edemeyecekleri yolunda görüşler ortaya atılmıştır. Akabinde, işbu husus Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve STİSK'nin 25. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "fesih dışındaki" ibaresi ile 5. fıkrasında yer alan "İ8" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.³ İşbu iptal kararı ile sendikal feshin hu-

2 EKMEKÇİ, Ömer, *Toplu İş Hukuku Dersleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2018, s.80.*

3 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/11/20151111-10.pdf>, *Anayasa Mahkemesi'nin 22.10.2014 T. 2013/1 E. 2014/161 K. Sayılı Kararı, Erişim Tarihi: 10.05.2021.*

kuki sonuçları, iş güvencesi kapsamında olan ve olmayan işçiler bakımından aşağıdaki şekilde değişiklikler göstermiştir.

İşbu iptalden önce, 6356 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre, iş güvencesine tabi olmayanlar, sadece işe giriş ve iş sözleşmesinin devamı sırasında sendikal ayırım yapıldığında sendikal tazminat isteyebiliyorlardı. İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesinin süreli fesih yolu ile sona erdirilmesinde işçinin anayasal güvence altına alınmış sendika özgürlüğünden yararlanmasını engelleyen tüm fesihlerin objektif iyiniyet kuralına aykırı olması nedeniyle sendikal nedenle fesih kötüniyetli fesih olarak değerlendirilmekteydi. İptal ile yani md.25/4'teki "fesih dışında" ibaresinin iptali ile birlikte artık iş sözleşmesinin feshi halinde de sendikal tazminat isteyebileceklerdir. Gerçi Yargıtay iptalden önce de iş güvencesine tabi olmayanların iş sözleşmesinin feshinde sendikal tazminat isteyebileceği yolunda yukarıda belirtilen görüşünü oluşturmuş ise de iptal ile doktrindeki baskın görüş teyit edilmiştir. Böylelikle, iş güvencesine tabi olmayanlar, işe girişte, işin devamında ve iş sözleşmesinin sona ermesinde sendikal nedenle ayırım yapıldığı takdirde 4. fıkra uyarınca doğrudan sendikal tazminat talep edebilecekler ve iş güvencesine tabi olanlar da işe iade sistemi içerisinde veya doğrudan sendikal tazminat isteyebileceklerdir. Sonuç olarak, gerek 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ve gerekse bu Kanun'un 25. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya çıkan yeni durum çerçevesinde, sendikal tazminat talebi ile işe iade davası arasındaki zorunlu bağlantı ortadan kaldırılmış, ayrıca iş güvencesine tabi olmayan işçilerin de sendikal nedenle feshe bağlı olarak işe iade davası açma imkânı doğmuştur. Bu durumda iş sözleşmesi sendikal nedenle feshedilen işçi, feshin geçer-

siz olduğunu ileri sürerek işe iade davası açabilir veya iade davası açmaksızın zamanaşımı süresi içinde doğrudan sendikal tazminat talepli dava açabilir.⁴

1.2. Sendikal Tazminatın Hesabına İlişkin Usul ve Esaslar ile Tabi Olduğu Zamanaşımı

Sendikal tazminat miktarı en az bir yıllık (çıplak) ücret⁵ tutarı olup, uygulamada çoğunlukla bu tazminat alt sınırdan belirlenmektedir. Yargıtay uygulamasında bir yılın üzerinde sendikal tazminata karar verilebilmesi için mutlaka gerekçe belirtilmesi zorunluluğu aranmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir kararında, "Somut olayda, davalı işverenin, ikramiye ödemesinde, sendikal işçiler ile sendikasız işçiler arasında ayırım yaptığı, sendika üyesi olup, istifa etmeyen işçilere ikramiye ödemesinde bulunmadığı, bu şekilde yukarıda belirtilen kuralı ihlâl ettiği anlaşılmaktadır. Mahkemece bu nedenle sendikal tazminata karar verilmesi doğrudur. Ancak, sendikal tazminatın maddeye göre en az işçinin bir yıllık ücreti tutarında belirleneceği öngörülmüştür. Yasa da öngörülen miktar alt sınır olup, üst sınır hakkında bir miktar belirtilmemiştir. Bu tür bir düzenlemede alt sınırdan tazminatın hüküm altına alınması dairemizin istikrar kazanan uygulamasıdır. Mahkemece, dairemiz uygulamasına aykırı olarak ve gerekçe belirtilmeden bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminat yerine, istek gibi üç yıllık ücret tutarında belirlenen tazminata karar verilmesi hatalıdır." şeklinde hüküm kurmuştur.⁶

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi de güncel bir kararında, "Somut uyuşmazlıkta, kabule göre kanunda belirtilen alt sınırdan uzaklaşmayı gerektiren bir sebep bulunmadığı halde, davacı lehine 13 aylık tazminata hükmedilmesi yerinde değildir." şeklinde hüküm kurarak hâkimin takdirini kullanırken, alt sınırdan ayrılmayı gerektiren sebebi ortaya koyması gerektiğine dikkat çekmek istemiştir.⁷

4 TUGAY, Mustafa, "Sendikal Nedenle Fesih ve Sonuçları" Başlıklı Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir, 2019, s. 24-25.

5 <https://www.kazanci.com.tr>, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 21.03.2018 T. 2017/3619 E. 2018/7440 K. Sayılı Kararı, Kazancı İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

6 <https://www.kazanci.com.tr>, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13.11.2006 T. 2006/29857 E. 2006/29758 K. Sayılı Kararı, Kazancı İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

7 <https://www.kazanci.com.tr>, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 09.10.2018 T. 2018/11780 E. 2018/21575 K. Sayılı Kararı, Kazancı İctihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

Görüldüğü üzere, sendikal tazminat miktarına asgari sınır çizilerek, miktarının tespiti ihlâlin ağırlığına ve somut olayın özelliğine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte bu gibi takdiri hükümlerin ülkemiz pratiğine pek uygun olmadığı da açıktır. Zira bu takdir her mahkemeye göre farklı olabilmekte, bu da hukuk güvenliğini sarsmaktadır. Yargıtay artık yerleşik hale gelmiş kararlarıyla sendikal tazminat miktarını işçinin yıllık izin dilimlerine (kıdemine) bağlamıştır. Buna göre, işçinin kıdemi 6 ay 5 yıl arası ise bir yıl, 5 yıl 15 yıl arası ise bir yıl bir ay ve 15 yılın üzerinde ise bir yıl iki aylık ücret tutarındır.⁸

Ayrıca, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi işçinin son çıplak ücretini bilmesinin mümkün olduğu durumlarda sendikal tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılmayacağı yönünde hüküm kurmuştur.⁹

Sendikal tazminata uygulanacak faiz ile ilgili olarak ücret ya da kıdem tazminatında olduğu gibi kanunda özel bir faiz türü öngörülmemiştir. Bu itibarla sendikal tazminatın ödenmesinde temerrüde düşülmesi durumunda 3095 sayılı Kanuni Faiz Hakkında Kanun'a göre uygulanacak faiz istenebilecektir. Dolayısıyla sendikal tazminata yasal faiz uygulanacaktır.¹⁰ Sendikal tazminat Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesindeki istisnai zamanaşımına tabi alacaklardan olmadığından genel zamanaşımı olan on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı ise sendikal tazminatın muaccel olduğu, yani sendikal ayrımcılık teşkil eden davranışın vuku bulduğu tarihtir.¹¹

II. SENDİKAL FESHİN CEZAI SONUÇLARI

İşveren işçiyi işe alırken ve çalıştırırken

sendikal nedenle ayırım yapıyorsa ya da bu nedenle işçiyi işten çıkarıyorsa, aslında sendikayı işyerinden çıkarmak ya da toplu sözleşme düzenini etkisiz kılmak istemektedir. Haksız fiilin sebebi ve hakkın özü bakımından yapılan bu tespit, devletin yükümünün, hak sahibinin yetkilerinin ve ilgili hukuk kuralının barındıracağı yaptırımın belirlenmesinde temel dayanak olmalıdır.¹² Sendikal nedenle yapılacak fesihlerden işvereni caydırıcı amaçlarla çeşitli hükümler getirmek, hem işçinin iş sözleşmesinin bu gibi nedenlerle feshedilmesini önlemek hem de işçinin sendika özgürlüğünün korunması açısından büyük önem arz etmektedir.

2.1. Sendikalar Kanunu Kapsamında Yer Alan Cezai Yaptırımlar

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda sendikal feshe doğrudan cezai sonuç bağlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı Kanun'un "Ceza hükümleri" başlığını taşıyan 59. maddesi sadece sendika özgürlüğüne aykırılığa cezai sonuç bağlayan bir hüküm içermektedir. 59. maddenin 3. bendinde, 31. maddenin birinci fıkrasına aykırı hareket eden işverene asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısından az olmamak üzere ağır para cezası öngörülmüştür. Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrası, işçilerin işe alınmalarının belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamayacağı ile ilgilidir. Dolayısıyla 31. maddede yer alan ve bireysel sendika özgürlüğünü iş ilişkisinin sona ermesinde koruyan düzenlemelere aykırı cezai yaptırım Sendikalar Kanunu'nun 59. maddesinde bulunmamaktadır.

8 <https://www.kazanci.com.tr>, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 15.11.2016 T. 2016/15502 E. 2016/19468 K. Sayılı Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

9 <https://www.kazanci.com.tr>, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 21.03.2018 T. 2017/9619 E. 2018/7440 K. Sayılı Kararı, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.05.2021.

10 DOĞAN, Gülmelihat, *Ayrımcılık Tazminatı-Sendikal Tazminat (Dayandıkları Esaslar ve Farklılıkları)*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2014/1, s. 383.

11 SÜMER, Haluk Hadi, *İş Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi*, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s.1659.

12 ŞAHLANAN, Fevzi, (2013) "6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Sendikalara İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3, Seçkin Yayıncılık, s.17.

2.2. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Yer Alan Cezai Yaptırımlar

Feshe karşı koruma ve sendikal özgürlüğe ilişkin ihlalleri önleme amacıyla cezai yaptırımın gerekliliğine ilişkin bu yönde yasal düzenlemeler yapılması gerektiği yönünde doktrinde ileri sürülen görüşlerden sonra, yasa koyucu Türk Ceza Kanunu'na bu yönde bir hüküm getirmiş bulunmaktadır. 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" başlıklı 118. maddesi bu yönde bir düzenlemeyi içermekte ve bu hüküm ile sendika özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin birinci fıkrası, "*Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendikadaki yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindedir. Madde-nin ikinci fıkrası ise, sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehdit kullanılarak engellenmesi ile ilgili olup "*Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindedir. Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinin birinci fıkrasında, bireysel olarak sendikal hakların ve faaliyetlerin korunması amaçlanırken; ikinci fıkrada, toplu olarak kullanılan sendikal hakların ve bu kapsamda sendikal faaliyetlerin engellenmesi fiili suç haline getirilmiştir. Burada tanımlanan suçun gerçekleşebilmesi için, hükümde gösterilen amaçlar doğrultusunda cebir veya tehdit filinin meydana gelmiş olması gerekir. 118. maddedeki sendikal hakların engellenmesi suçu, kişiye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanılması anında tamamlanmış olacaktır. Başka bir deyişle, beklenen sonuç elde edilememiş olsa bile, cebir veya tehdit kullanılmış olması söz konusu suçun tamamlanmış sayılması ve cezalandırılması için

yeterli olacaktır. Yapılan cebir veya tehdit sonucunda kişinin sendikadan ayrılması veya ayrılmaması, üye olması, sendikal faaliyetlere katılması veya katılmaması, sendika yönetimindeki görevine devam etmesi veya etmemesi suçun tamamlanması için gerekli değildir. Cebir veya tehdit yapıldığı anda, suç oluşmuş olur. Aynı kanunun 119. maddesinde getirilen ağırlaştırıcı hükümlerle "*Eğitim ve öğretim kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi... iş ve çalışma hürriyetinin ihlali*" suçlarının işlenmesi halinde verilecek cezanın bir kat arttırılmasına ilişkin hükümde sendikal hakların engellenmesinin sayılmamış olması bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesi dolayısıyla, artık işverenin işçilere ne kadar iyiniyetle olursa olsun sendika üyeliklerinin işyerine mali yük getireceği yönünde konuşmalar yapma imkânı hukuken ortadan kalkmıştır. Bu şekildeki konuşmalar, tehdide dönüşebilecek olması nedeniyle 118. madde kapsamında suç sayılma riskine sahiptir. Öte yandan Kanun'da yer alan suçun gerçekleşmiş olması için cebir veya tehdit fiillerinden birinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Sendikalar Kanunu'ndaki sendikal özgürlüğe aykırı fiillere verilen cezanın muhatabı işverenken TCK'nın 118. maddesinde yer alan suçun faili herkes olabilir. Yeni Türk Ceza Kanunu ile getirilen 118. maddenin doğrudan sendikal feshe sonuç bağladığını söylemek mümkün olmasa da sendikal özgürlüklerin korunması açısından büyük öneme sahip olduğunu belirtmekte fayda vardır. En azından işverenin sendikal nedenlerle iş sözleşmesini feshederken bu hareketinin cezai yönden sonuçlarını dikkate almasına ve keyfi fesihlerde bulunmasına bir oranda engel olmaktadır.¹³

SONUÇ

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. İşbu madde ile iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri

13 TERZİOĞLU, Ahmet, "Sendikal Nedenle Fesih" Başlıklı Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2007, İstanbul, s. 117-180.

sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Eşit davranma ilkesi, işverenin haklı nedenler bulunmaksızın işçiler arasında farklı davranmaması, haksız ayırında bulunmaması ve keyfi davranışlardan kaçınması yükümlüğünü ifade etmektedir. Görüldüğü üzere, eşit davranma ilkesi işverenin yönetim hakkının sınırlamasını oluşturmakta ve işverene, işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça, farklı davranmama borcu yüklemektedir.

Doktrinde iş hukuku açısından eşit davranma ilkesi dar anlamda ve geniş anlamda eşitlik ilkesi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Dar anlamda eşit davranma ilkesi, işverenin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiler arasında eşitsizliğeyervermemesi olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla dar anlamda eşit davranma ilkesi sadece bireysel düzeydeki iş ilişkileri açısından geçerlidir. Geniş anlamda eşit davranma ilkesi, işverenin bireysel ve toplu iş ilişkilerinde, sendikaya tabi olanlar ve sosyal sigortalara tabi olanlar dahil tüm işçiler açısından eşit davranma borcu altında olduğunu ifade eder.¹⁴ Eşit davranma ilkesine aykırılığın sendikal nedene dayanması halinde işçinin en az bir yıllık ücreti tutarında olan sendikal tazminatı talep hakkı doğmaktadır. İşbu tazminatın yanı sıra, işverenin sendikal nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi halinde birtakım cezai yaptırımlarla karşılaşması keyfi fesihlerde bulunmasına bir oranda engel olmaktadır.

14 TUNCA, A. Can, *İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 47.

TARAF SENDİKA ÜYESİ OLMAYANLARIN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMASI

Muhammet Fatih YILDIZ

Stj. Avukat

ÖZET

Toplu iş sözleşmesinden ("TİS") kural olarak sözleşmeye taraf işçi sendikasının üyesi işçiler yararlanabilir. Bununla birlikte, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ("6356 sayılı Kanun") taraf sendika üyesi olmayan ancak o iş yerinde çalışan işçilerin de dayanışma aidatı ödemek veya taraf işçi sendikasının yazılı onayını almak suretiyle iş yerinde yürürlükte olan TİS'ten yararlanabilmelerine imkân tanımaktadır. Bu makalede, taraf sendikaya üye olmayan işçilerin TİS'ten yararlanabilmeleri açısından başvurulabilecek yollar ve bu başvuru yollarına ilişkin kanuni esaslar, öğretideki görüşler ve yargı kararları ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Toplu İş Sözleşmesi, Sendikal Özgürlük, Dayanışma Aidatı, Taraf Sendikanın Onayı.

GİRİŞ

TİS'ten yararlanacak olan işçilerin kapsamı 6356 sayılı Kanun'da mutlak emredici olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu husus kamu düzeninden sayılacağından taraflar ortak iradeleyle dahi emredici hükümlere aykırı düzenlemelerde bulunamayacaklardır. Bu kapsamda, 6356 sayılı Kanun madde 39/1 uyarınca TİS'ten kural olarak taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır. Ancak aynı maddenin takip eden fıkralarında taraf sendika üyesi olmamasına karşın TİS'in yürürlükte olduğu iş yerinde çalışan diğer işçilerin de dayanışma aidatı ödeyerek TİS hükümlerinden yararlanmasına açıkça izin verilmiştir. 6356 sayılı Kanun m. 39/4 uyarınca söz konusu yararlanmadan istifade edebilecek işçiler, "toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanlar"dır. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanmak isteyen işçinin işverenden talepte bulunması yeterli olup işçi talep tarihinden itibaren TİS hükümlerinden yararlanabilecektir. 6356 sayılı Kanun m. 39/4'te sayılı şartları taşımayan işçi-

ler ise 6356 sayılı Kanun m. 26/4 çerçevesinde taraf sendikanın yazılı onayıyla TİS'ten yararlanabileceklerdir.

I. DAYANIŞMA AİDATI ÖDEYEREK YARARLANMA

I.1. Dayanışma Aidatı ve Sendika Özgürlüğü Arasındaki İlişki

Bir iş yerinde uygulanmakta olan TİS'ten yalnızca sözleşmenin tarafı olan sendika üyesi işçilerin mi yoksa iş yerinde çalışan tüm işçilerin mi yararlanacağı hususu sendika özgürlüğü ilkesi ile kolektif sendika özgürlüğü arasında bir çatışma durumu meydana getirmiştir. Bu noktada, dayanışma aidatı olumsuz sendika özgürlüğü ile kolektif sendika özgürlüğü arasında bir kıyas yapılmasını zorunlu kılar¹.

Anayasa m. 51'e göre "Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." Bu çerçevede, kişinin hiçbir sendikaya girmeme ve üye olduğu sendikadan ayrılma hakkı olumsuz sendika özgürlüğü olarak ifade edilmektedir². Kolektif sendika özgürlüğü ise genel olarak sendikanın korunmasına ilişkin esasları içermektedir.

TİS'in yürürlükte olduğu iş yerinde çalışan bütün işçilerin TİS'ten yararlanmasına ilişkin

1 Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, *Toplu İş Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 390.

2 Prof. Dr. A. Can TUNCAY/Dr. F. Burcu SAVAŞ KUTSAL, *Toplu İş Hukuku*, 6. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 33.

bir sistemin tatbiki sendika üyesi olmayan işçilerin hiçbir masraf ve külfete katlanmaksızın sendika üyeleri ile aynı biçimde TİS'ten yararlanması sonucunu doğuracaktır. Adalet ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bu durum, sendika üyeliğinin önemini azalttığından sendikanın güç kaybetmesine yol açacak ve kolektif sendika özgürlüğüne açıkça aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan, yürürlükteki TİS'ten yalnızca TİS tarafı sendikaya üye olan işçilerin yararlanmasına ilişkin sistem de bünyesinde bazı sakıncaları barındırmaktadır. Zira, bu sistemin işçiyi taraf sendikaya üye olmaya zorlayacağı açıktır. Bu zorlama durumu ise olumsuz sendika özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir. Türk hukukunda bu iki görüşün harmanlanmasıyla benimsenen karma bir görüş mevcuttur. Buna göre TİS'in yürürlükte olduğu iş yerinde çalışan sendikasız veya başka sendikaya üye işçiler de belirli bir karşılık (dayanışma aidatı) ödemek suretiyle TİS hükümlerinden yararlanabileceklerdir.

1.2. Dayanışma Aidatı Ödemek Suretiyle TİS'ten Yararlanabilmenin Koşulları

1.2.1. Yararlanmak İsteyen İşçinin İş Yerinde Çalışan ve Taraf Sendikaya Üye Olmayan Bir İşçi Olması

6356 sayılı Kanun m. 39/4 uyarınca dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanabilecek işçiler aşağıdaki gibidir:

- TİS'in imzası sırasında sözleşmenin tarafı işçi sendikasına üye bulunmayanlar,
- Sonradan iş yerine girip de üye olmayanlar,
- İmza tarihinde taraf işçi sendikasına üye bulunup da ayrılanlar veya çıkarılanlar.

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanabilme açısından işçinin hiçbir sendikaya üye olmaması ile başka bir sendika üyesi olmasında fark bulunmamaktadır.

1.2.2. Talepte Bulunulması

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanmak isteyen işçinin bu konuda bir talebinin bulunması gerekir. 6356 sayılı Kanun'da talebin yapılma şekli ve talebin muhatabının kim olacağı konusunda bir açıklık yoktur. Doktrindeki hakim görüş, dayanışma aidatına ilişkin talebin işverene yapılmasının gerekli ve yeterli olduğunu belirtmektedir³. Talebin şekline ilişkin olarak Yargıtay bir kararında, talebin işverene yazılı bir belgeyle yapılmasının yerinde olacağını belirtmiştir: "*Gerçekten dayanışma aidatı ödemek suretiyle bir işçinin işyerinde uygulanmakta olan TİS'den yararlanması bu konuda talepte bulunması koşuluna bağlıdır. Bunun için de böyle bir talebi içeren belgenin işverene ulaştırıldığıın ispatı davacı işçiyi düşer*".⁴ Nitekim, olası uyuşmazlıklarda ispat kolaylığının sağlanabilmesi açısından talebin yazılı olarak yapılmasında yarar bulunmaktadır. İlaveten, 6356 sayılı Kanun m. 39/4 uyarınca gerekli şartları sağlayan işçinin dayanışma aidatı ödeyerek TİS hükümlerinden yararlanması taraf işçi sendikasının onayına tabi değildir. Bu hüküm emredici olup bu hükmün aksi düzenlenemez; düzenlenirse geçerli sayılmaz⁵.

1.3. Dayanışma Aidatının Miktarı ve Ödenmesi

6356 sayılı Kanun m. 39/5 uyarınca "*Dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenir.*" Uygulamada dayanışma aidatının miktarı genelde üyelik aidatı miktarı olarak belirlenmektedir⁶. Öte yandan 6356 sayılı Kanun m. 39/6 uyarınca "*Faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmez.*"

Dayanışma aidatlarının tahsili 6356 sayılı Kanun m. 18/2'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, dayanışma aidatları, yetkili işçi sendikasının işverene yazılı başvurusu üzerine, işçinin ücretinden kesilmek suretiyle ilgili sendikaya ödenir. 6356 sayılı Kanun m. 18/3 kapsamında ise

³ Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN, *Toplu İş Hukuku*, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 448; EKMEKÇİ, a.g.e., s. 393; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 293.

⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 17.03.1997 tarih, E. 1997/4335 ve K. 1997/5219 sayılı kararı.

⁵ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 293.

⁶ EKMEKÇİ, a.g.e., s. 393-394.

ödenmesi gereken aidatı kesmeyen veya kesmesine rağmen bir ay içinde ilgili işçi sendikasına ödemeyen işveren, bildirim şartı aranmaksızın aidat miktarını bankalarca işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiziyle birlikte ödemekle yükümlüdür.

Dayanışma aidatları açısından zamanaşımı süresi beş yıldır. Bu husus Yargıtay'ın bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *“Diğer taraftan sendika üyelik ve dayanışma aidatı borçları dönemsel özellik gösteren borçlardandır. Kanunda belirtilen şartların yerine getirilmiş olması şartıyla toplu iş sözleşmesinde aidat borcunun ödenme zamanına ilişkin hüküm mevcut ise bu hüküm uyarınca üyelik ve dayanışma aidatı borçlarının ödenme zamanı ve temerrüt tarihi belirlenmektedir. Bu itibarla, sendika üyelik ve dayanışma aidatı borçları yönünden zamanaşımı süresi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147 nci maddesinin birinci bendi gereğince beş yıldır.”*

1.4. Dayanışma Aidatı Yoluyla Sözleşmeden Yararlanmanın Başlangıcı

6356 sayılı Kanun m. 39/4 uyarınca *“Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir.”* Önemle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında 6356 sayılı Kanun m. 39/4 son cümlede yer alan *“İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.”* hükmünün sendikal özgürlüğe aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir⁷. Böylece taraf sendika üyesi olmayan işçiler de üye olanlar gibi TİS'ten yürürlük tarihi itibarıyla yararlanabileceklerdir⁹.

1.5. Dayanışma Aidatı Yoluyla Yararlanmanın Sona Ermesi

Yararlanmanın sona ermesi öncelikle aranan kanuni şartların kaybı halinde ortaya çıkar.

Bu minvalde, işçinin işçi sıfatını kaybetmesi, taraf sendikaya üye olması, aynı işverene ait TİS kapsamı dışında kalan başka bir iş yerinde çalışmaya başlaması durumunda dayanışma aidatı yoluyla yararlanma sona erecektir¹⁰. Bununla birlikte, işçi dilediği zaman da yararlanma talebinden vazgeçebilir. Vazgeçme talebinin de işverene yöneltmesi gerekir¹¹. TİS'in sona ermesi halinde ise 6356 sayılı Kanun m. 36/2 uyarınca, yenisi yürürlüğe girinceye kadar TİS hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir. TİS'in sona erdiği durumlarda dayanışma aidatı ödeyen işçi açısından dayanışma aidatı ödeme yükümlülüğü ortadan kalkmakta, yararlanma durumu ise devam etmektedir¹².

2. TARAF İŞÇİ SENDİKASININ YAZILI ONAYI İLE YARARLANMA

TİS'ten yararlanma hususunda 6356 sayılı Kanun m. 26/4 özel önem arz etmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca *“Kuruluşların kendi faaliyetleri ile üyelerine sağladıkları hak ve çıkarların üyesi olmayanlara uygulanması, bu Kanunun yedinci ila on ikinci bölümlerinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla yazılı onaylarına bağlıdır.”* Dolayısıyla TİS'den yararlanmaya ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz koşulları taşımayan işçiler sendikanın yazılı onayı olduğu müddetçe TİS'ten yararlandırılabilir. Öte yandan, fiiliyatta anılan maddenin uygulamasına nadiren rastlanılmaktadır¹³.

İşverenin taraf sendika üyesi olmayan işçileri dayanışma aidatı ödemeksizin ve taraf sendikanın yazılı onayı olmaksızın TİS'den yararlandırması halinde öğretideki hakim görüş, taraf işçi sendikasının işverene karşı yoksun kaldığı dayanışma aidatı tutarında bir tazminat davası açabileceğini belirtmektedir¹⁴. Bununla birlikte konuya ilişkin olarak öğretideki bir başka görüş işverenin anılan davranışıyla 6356 sayılı Kanun

7 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 12.11.2020 tarih, E. 2020/2963 ve K. 2020/15963 sayılı kararı.

8 Anayasa Mahkemesi'nin, 30.12.2020 tarih, E. 2020/57 ve K. 2020/83 sayılı kararı.

9 EKMEKÇİ, a.g.e., s. 395.

10 ŞAHLANAN, a.g.e., s. 452.

11 EKMEKÇİ, a.g.e., s. 396.

12 EKMEKÇİ, a.g.e., s. 397; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 296.

13 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 296-297.

14 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 297; ŞAHLANAN, a.g.e., s. 458.

m. 25/3'te düzenlenen ayırım yapmama ilkesi- ne aykırı hareket etmiş olacağından bahisle iş yerinde çalışan üye işçilerden her birinin 6356 sayılı Kanun m. 25/4 kapsamında işverenden sendikal tazminat talep edebileceğini ileri sürmektedir¹⁵.

SONUÇ

Bir iş yerinde yürürlükte olan TİS hükümlerinden sadece üye işçilerin yararlanacağına ilişkin genel kuralın mutlak biçimde uygulanışı iş yerinde çalışan ve taraf sendika üyesi olmayan diğer işçileri taraf sendikaya üye olmaya zorlayacağından bireysel olumsuz sendika özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır. Öte yandan, sözleşmeye taraf sendikaya üye olup olmadıklarına bakılmaksızın iş yerinde çalışan tüm işçilerin TİS'ten yararlandırılması ise sendika üyeliğinin önemini azaltacağından kolektif sendika özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır. 6356 sayılı Kanun, isabetli bir biçimde yararlanma konusunda karma bir görüş benimsemiş ve belirli bir miktarı dayanışma aidatı olarak ödeyen veya taraf sendikanın yazılı onayını alan işçilerin TİS'ten yararlanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu yaklaşım bireysel sendika özgürlüğü ve kolektif sendika özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanabilmesi adına yerinde bir yaklaşımdır.

Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanmak isteyen ve 6356 sayılı Kanun m. 39'da sayılı şartları sağlayan işçiler işverenlerine yazılı olarak başvurmak kaydıyla talep tarihinden itibaren TİS hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Dayanışma aidatı ödeyerek TİS'ten yararlanan işçinin bu yararlanma durumu aranan kanuni şartların kaybı ve yararlanmadan vazgeçme hallerinde sona erecektir. Taraf sendika üyesi olmayan ve dayanışma aidatı için gerekli kanuni şartları sağlamayan işçiler ise ancak taraf sendikanın yazılı rızasıyla TİS hükümlerinden yararlanabileceklerdir.

15 TUNCAI/SAVAŞ KUTSAL, a.g.e., s. 297; ŞAHLANAN, a.g.e., s. 458.

ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK: İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİ

Melike SAĞLAM
Stj. Avukat

ÖZET

Kural olarak işveren, yönetim hakkı çerçevesinde işçinin işe başlangıç ve bitiş saatleri, çalışma düzeni, ara dinlenme zamanı vb. çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapabilmektedir. Ancak hukukumuz, iş sözleşmesinin güçsüz tarafı olan işçiyi koruyabilmek adına işverenin çalışma koşullarında yapmak istediği esaslı değişiklikleri bir kurala bağlayarak değişikliğin gerçekleşmesini işçinin yazılı onayına tabi tutmuştur.

İşbu makalede, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratan işyeri değişiklikleri ile işverenler tarafından iş sözleşmelerine konulan ve işçinin işyerini değiştirme hakkını saklı tutan kayıtların yapılan değişikliğe etkisi, öğretti ve içtihatlar ışığında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Çalışma Koşulları, Esaslı Değişiklik, İşyeri, Değişikliği Saklı Tutma Kaydı.

açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

GİRİŞ

İşverenlerin, yönetim hakkını keyfi bir şekilde kullanarak çalışma koşullarında yaptıkları değişikliklere uymayan işçilerin iş sözleşmelerini sona erdirmesinin önüne geçebilmek amacıyla işverenler tarafından çalışma şartlarında oluşturulacak esaslı değişiklikler, hukukumuzda belirli bir usule tabi tutulmuştur. Bu bağlamda belirsiz süreli iş sözleşmeleri' bakımından 4857 sayılı İş Kanunu ("İş Kanunu") m.22/1 uyarınca "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir." Bu nedenle çalışma koşulları ve esaslı değişiklik kavramlarının

ÇALIŞMA KOŞULLARINDA ESASLI DEĞİŞİKLİK

İş Kanunu'nun 22. maddesinde belirtildiği üzere işçinin çalışma koşulları; iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmelikleri ve çeşitli protokollerle ortaya çıkabileceği gibi, istikrarlı bir şekilde uzun süre tatbik edilen işyeri uygulamaları ile de oluşabilir. İstinaf mahkemesi de bir kararında çalışma koşullarını, "iş görme ediminin ifa edileceği, iş ilişkisinin tabi olduğu tüm koşulları ifade eder. İşin ifa yeri, ifa zamanı, çalışma süreleri, yıllık ücretli izin süreleri gibi işin ifa sürecine ilişkin hususlar çalışma koşullarını oluştururlar. Çalışanın ücreti, sosyal avantajları, çalışma ortamının bizzat kendisi, çalışma zamanları, izin hakları ve benzeri kazanılmış haklarını, mesleğini ve konumunu olumsuz etkileyen değişiklikler çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak yorumlanmalıdır."² şeklinde tanımlamıştır.

Bu bağlamda öğretide, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde tek taraflı olarak işçinin çalışma düzenini esaslı bir değişiklik yaratmayacak şekilde değiştirebileceği kabul edilir.³ Çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yaratan durumlar ise maddede belirtilmemiş olup öğretide "işverenin yönetim hakkının

1 Doç. Dr. M. Fatih UŞAN, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 215; Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.672

2 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ("BAM") 31. Hukuk Dairesi'nin, 24.6.2019 tarih, E. 2017/4384 ve K. 2019/1456 sayılı kararı

3 UŞAN, a.g.m.s.217; Dr. Meltem ERTUĞRUL, "İş Hukukunda Değişiklik Feshi", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2018, s.137; SÜ-

sınırlarını aşan, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahalede bulunan, sözleşmenin denge ve düzenini bozan”⁴ ve değişiklik öncesi ile karşılaştırıldığında işçinin zararına bir durum ortaya çıkaran⁵ değişiklikler esaslı değişiklik olarak tanımlanmaktadır. Özellikle işçinin ücretinin, çalıştığı işyerinin, çalışma saatlerinin ve görevinin değiştirilmesi, böylece işçinin sorumluluğunun artırılması veya yerleşik yaşantısının olumsuz etkilenmesi esaslı değişikliğe örnek gösterilebilir.⁶ İşbu makalede yalnızca işyeri değişiklikleri incelenecek olmakla birlikte, her somut olayın kendi şartları içerisinde bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği önemle belirtilmelidir.

1.1. İşyeri Değişikliği

İşçinin çalışacağı işyeri iş sözleşmesinde belirtilmemiş ise işveren, yönetim hakkı kapsamında işçinin çalışacağı işyerini dürüstlük kuralına uymak suretiyle tek taraflı olarak belirleyebilir.⁷ Öte yandan uygulamada, çalışılacak işyerinin iş sözleşmesinde açıkça kararlaştırıldığı sıklıkla görülmektedir. Böyle bir durum söz konusu ise işçinin çalıştığı işyeri, işveren tarafından tek taraflı olarak değiştirilemeyecek, İş Kanunu m.22 uyarınca değişikliğin beraberinde yol açacağı diğer değişikliklere (ücret, yan haklar vb.) de değinilerek, işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve 6 iş günü içerisinde kendisinin yazılı onayının alınması gerekecektir.

İşveren iş sözleşmesinde işyerini değiştirme hakkını saklı tutmamış ise, işçi aynı il sınırları içerisinde başka bir işyerine gönderilse de işçinin mevcut durumu ağırlaştırılıyorsa bu hususun esaslı değişiklik oluşturacağı kabul edilmektedir.⁸ Bu değerlendirmede işçinin yolda geçireceği süre, yol ücretinin işveren-

ce karşılanıp karşılanmayacağı veya servis/ulaşım aracı tahsis edilemeyeceği gibi hususlar önem kazanacaktır. İşçinin bulunduğu ilden başka bir ile gönderilmesi ise Yargıtay tarafından esaslı değişiklik kabul edilmektedir.⁹ Kural olarak kendisi aleyhine çalışma koşullarında esaslı nitelikte bir değişikliğe gidildiğini ispat yükü ise işçiye aittir.¹⁰

Diğer değişiklikler gibi işyeri değişikliği söz konusu olduğunda da somut olayın tüm koşulları bir arada değerlendirilerek ortaya çıkan sonuç gözetilmeli, böylece işçi aleyhine esaslı bir değişiklik meydana gelip gelmediğine karar verilmelidir. Örneğin Yargıtay bir kararında il merkezinde ikamet eden işçinin işyerinin, evine daha yakın bir ilçeye taşınması ve işverenin ulaşım için servis aracı sağlaması sebebiyle yapılan işyeri naklinin işçi lehine olduğundan bahisle işçinin değişikliğe onay vermesini aramamıştır.¹¹ Görüldüğü gibi işçinin başka bir işyerine nakledilmesi somut olay nezdinde işçi lehine bir sonuç doğurduğunda esaslı değişiklik kabul edilmemektedir.

Öte yandan öğretide; modeller, teknik servis elemanları, temizlik işçileri, tesisatçılar, tanıtım elemanları gibi niteliği gereği işlerini değişik işyerlerinde ifa eden işçiler bakımından işverenin, bu işçileri değişik işyerlerinde görevlendirilebileceği savunulmaktadır.¹² Nitekim istinaf mahkemesi de yakın tarihli bir kararında bu hususa değinmiştir.¹³

1.2. Değişiklik Teklifi ile Ortaya Çıkabilecek Sonuçlar ve Değişiklik Feshi

Yukarıda değinildiği üzere işçi, aleyhine yapılan işyeri değişikliğine onay verdiği takdirde bu değişiklik kendisine uygulanacak ve işçinin belirtilen günde

ZEK, a.g.e.s.138

4 ERTUĞRUL, a.g.m.s.137; SÜZEK, a.g.e.s.673

5 Ramazan YÜCEL, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2017, Yıl 3 Sayı 1, s.52

6 UŞAN, a.g.m.s.220

7 UŞAN, a.g.m.s.237

8 UŞAN a.g.m.s.238; Benzer yönde ERTUĞRUL, a.g.m.s.142

9 İlke Gürsel, “Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararıyla Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2018, s.189

10 ERTUĞRUL, a.g.m.s.137; YÜCEL, a.g.m.s.64

11 Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin, 26.10.2004 tarih, E.2004/20985 ve K.2004/24189 sayılı kararı

12 UŞAN, a.g.m.240; Kaptan Merter ADINIR, “İşverenin Yönetim Hakkı”, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ocak 2019, s.61

13 İstanbul BAM 26. Hukuk Dairesi'nin, 03.06.2020 tarih, E. 2019/3130 ve K. 2020/751 sayılı kararı

“İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır. Böyle bir durumda işçiye bir başka işyerinde görev ve-

yeni işyerinde işbaşı yapması gerekecektir. Ancak bu değişiklik işçi tarafından kabul edilmezse, işçi değişiklikle bağlı olmayacak ve işveren işçinin rızası hıfına bu değişikliği kendisine uygulayamayacaktır. Maddenin açıkça yazılı onay alınmasını araması nedeniyle işçinin değişikliğe sessiz kalması, bu değişikliği kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. Ancak değişikliğe karşı sessiz kalan işçinin, yeni işyerine giderek orada işbaşı yapması ve uzun bir süre bu değişikliğe ses çıkarmamasına rağmen, daha sonra değişikliğe yazılı onay vermediği gerekçesiyle değişikliğin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir.¹⁴

İşçinin değişikliği reddetmesi halinde işveren, sözleşmeyi eski koşullarda yürütmeye devam edecek ya da anılı madde uyarınca *“değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya feshin için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle”* iş sözleşmesini feshedebilecektir. Öğretide baskın görüş ve Yargıtay, burada yer alan geçerli nedenin İş Kanunu'nun 18.maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda yapılmış olan değişikliğin işin/işyerinin/işletmenin gereklerinden veya işçinin yetersizliğinden/davranışlarından kaynaklanması ve ölçülülük ilkesi ile fesihden önceki son çare ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir.¹⁵ Zira maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere *“madde ile amaçlanan, belirli olumsuz koşulların varlığında, işçinin sözleşmesinin doğrudan feshedilmesi yerine, çalışma koşullarında belirli değişiklikler yapılması yoluyla, iş ilişkisinin sürdürülmesinin sağlanmasıdır.”*¹⁶ Bu bağlamda feshin son çare olması ilkesi uyarınca işverenin çalışma koşullarında değişiklik içeren teklifini yapması ve işçinin bu teklifi reddetmesi halinde işveren artık iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilecektir.¹⁷ Benzer şekilde içtihatlarda da değişiklik feshinin iki aşamalı denetimden geçmesi gerektiği, İş Kanunu m.18 uyarınca geçerli nedenin varlığının

saptanması halinde ölçülülük denetimine tabi tutulacağı belirtilmiştir.¹⁸

Bu koşullara uyararak yapılan değişiklik feshinin sonuçları, işçinin iş güvencesine tabi olup olmamasına göre değişecektir. İşçi İş Kanunu m.18 kapsamında iş güvencesine tabi ise işe iade davası açabilecek ancak iş güvencesine tabi değilse koşulları oluşmuşsa ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı ile değişikliğin zorlanması işverenin kötünietinden kaynaklanıyorsa kötüniet tazminatı veya sendikal tazminat talep edebilecektir.¹⁹

2. İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİNİ SAKLI TUTMA KAYDI VE DEĞİŞİKLİĞE ETKİSİ

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir diğer husus; işverenin, iş sözleşmeleri, işyeri yönetmelikleri vb. protokollerde yer verdiği ve işçinin işyerini tek yanı olarak değiştirme hakkını saklı tuttuğu kayıtların geçerliliği ve yapılan değişikliğe etkisidir. Öğretide baskın görüş, iş sözleşmesinde işverene işçiyi değişik işyerlerinde çalıştırabilme, bir diğer deyişle işyerinde değişiklik yapma yetkisi veren kayıtların konulabileceğini, ancak bu yetkinin sınırsız olmadığını, kayıtların somut olay nezdinde emredici hükümler ve temel hak ve özgürlükler ile, eşitlik ilkesi, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve hakkaniyet gereği bir denetime tabi tutulması gerekeceğini değerlendirmektedir.²⁰ Yargıtay da içtihatlarında aynı görüşü paylaşmaktadır: *“İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işverenin, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif*

rilmesi, kural olarak çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde sayılmaz. Örneğin işçinin çeşitli şantiyelerin proje müdürü olması ve sürekli olarak değişik yerlerde kurulu bu şantiyelerde görev yapması halinde, kabul edilebilir sınırlar dahilinde aynı türdeki bir başka görevlendirmeyi reddedemez.”

14 UŞAN, a.g.m.s.256; YÜCEL, a.g.m.s.63

15 UŞAN, a.g.m.s.262 vd.; YÜCEL, a.g.m.s.64; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.04.2017 tarih, E.2014/2461 ve K.2017/719 sayılı kararı

16 Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, “4857 Sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi”, Erişim Tarihi: 23.05.2021

<https://silo.tips/download/4857-sayili-kanunu-ve-gerekes>

17 UŞAN, a.g.m.265

18 İstanbul BAM 31. Hukuk Dairesi'nin, 18.4.2019 tarih, E. 2017/3323 ve K. 2019/771 sayılı kararı

19 YÜCEL, a.g.m.s.64; UŞAN, a.g.m.s.259

20 YÜCEL, a.g.m.s.58; UŞAN, a.g.m.s.247,250

olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükümünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.”²¹

Benzer şekilde Yargıtay, bir kararında iş sözleşmesinde yer alan nakil yetkisine dayanılarak aynı il sınırları içerisinde farklı bir ilçede görevlendirilen çalışan bakımından dahi bu yetkinin kullanımının objektif nedenlere dayanmasını aramıştır.²² “Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin 1. maddesinde çalışan bankanın aynı il sınırları içerisindeki başka bir işyerinde veya başka bir ildeki iş yerinde geçici yahut sürekli görevlendirilebilir. Çalışan görevlendirildiği iş yerinde çalışmayı kabul eder” düzenlemesi yer almaktadır. Ancak sözleşmedeki bu nakil yetkisi, işverene görevin makul sınırları aşar nitelikte bir yetki tanındığı anlamında yorumlanamaz. Ayrıca işverene tanınan nakil yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp, bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerekir. Somut olayda, davacı önceki işyerine yaklaşık 50 Km. uzaklıktaki başka bir şubeye nakledilmiştir. İşveren nakil gerekçesini ispatlayamadığı gibi, nakil yetkisini objektif olarak kullandığını da ortaya koyamamıştır.” Yine işçinin iş sözleşmesinde yer alan kayda binaen Mecidiyeköy’de çalışıyor iken Esenyurt’ta yer alan işyerinde görevlendirildiği bir olayda yolun uzak olması ve işçiye yol ücreti verilmediği göz önünde bulundurularak işçinin feshini haklı bulmuştur. ²³ Bunun dışında Yargıtay’ın işyeri değişiklikleri bakımından görev, ücret vb. diğer çalışma koşulları yönüyle aleyhe bir değişiklik oluşturulmaması, işverenin hakkını kötüye kullanmaması, bir diğer deyişle dürüstlük kuralına uygun davranması halinde değişiklik kaydına dayanılarak yapılan değişiklikleri hukuka uygun kabul ettiği görülmektedir.²⁴

Sonuç olarak, hukuka uygun bir şekilde düzenlenmiş değişiklik kaydı, objektif-nesnel nedenlere (işyerinin tamamının veya işçinin çalıştığı bölümünün kapatılması, işçinin çalıştığı işyerinde işgücü fazlalığının ortaya çıkması, işyerinin başka bir adrese taşınması vb. haller²⁵) dayanılarak, ölçülülük ilkesine ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kul-

lanıldığı takdirde İş Kanunu m.22 prosedürünün işletilmesine gerek olmayacak, işçi bu işyeri değişikliğine uymakla yükümlü olacaktır. Uymadığı takdirde ise iş sözleşmesi, olayın koşullarına göre İş Kanunu m.25/II-(g) bendi “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” veya m. 25/II-(h) bendi “işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” hükümlerine istinaden işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir.²⁶ Yargıtay’ın bu durumlarda işverenin dilerse geçerli nedenle fesh yoluna da başvurabileceğine ilişkin kararları mevcuttur.²⁷ İşçinin işyeri, sözleşmedeki işyeri değişikliği kaydına dayanılarak değiştirilirken yukarıda belirttiğimiz kuralara uyulmaz ise işçi değişikliği kabul etmediği takdirde yapılacak fesh geçerli kabul edilemeyecektir. ²⁸

SONUÇ

İş Kanunu m.22 uyarınca işveren tarafından çalışma koşullarında yapılacak esaslı değişiklikler işçinin 6 iş günü içerisinde yazılı onayına tabi tutulmuş ve işçi bu değişikliğe onay vermediği takdirde değişikliğin işçiyi bağlamayacağı belirtilmiştir. Bu minvalde, işçinin aleyhine olacak şekilde işyerini değiştiren işveren, işçinin onayını alamadığı takdirde sözleşmeyi eski hükümlerle sürdürecektir veya iş güvencesine tabi işçi için İş Kanunu m.18 çerçevesinde geçerli nedeni ispatlayabiliyorsa iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilecektir. İş sözleşmesine işçinin işyerinin değiştirilebileceğine dair bir hüküm konmuş olsa dahi bu kaydın işverenlere koşulsuz şartsız bir nakil yetkisi tanımadığı, aksine işçinin sözleşme görüşmeleri sırasında zayıf konumda olması göz önüne alınarak mahkemelerin her somut olay özelinde işçi bakımından ortaya çıkan durumun onun aleyhine olup olmadığını, hakkın içtihatlarla gözetilen kriterlere uygun kullanılıp kullanılmadığını incelediği görülmektedir.

21 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin, 26.2.2019 tarih, E. 2016/6792 ve K. 2019/4336 sayılı kararı

22 Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin 27.02.2018 tarih, E.2017/11252 ve K.2018/5151 sayılı kararı

23 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 28.04.2015 tarih, E.2014/4238 ve K.2015/15421 sayılı kararı

24 UŞAN, a.g.m.s.249

25 UŞAN, a.g.m.s.252

26 UŞAN, a.g.m.s.253-254

27 YÜCEL, a.g.m.s.61, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin, 6.2.2018 tarih, E. 2017/515 ve K. 2018/1732 sayılı kararı ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi’nin, 26.2.2019 tarih, E. 2016/6792 ve K. 2019/4336 sayılı kararı

28 UŞAN, a.g.m.s.265-266

İŞ HUKUKUNDA İBRA SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİK SORUNU

Buket RONA
Avukat

ÖZET

Uygulamada, iş sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte dava riskini bertaraf etmek isteyen işverenler, işçilere işçilik alacaklarını ödedikten sonra bu tutarları ödediklerini gösterir belgeye ihtiyaç duymaktadırlar. İbra sözleşmelerine duyulan ihtiyacın artması ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 420. maddesi ile ibra sözleşmeleri iş hukukunda sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu kapsamda, işbu çalışmamızda ibra sözleşmelerinin geçerliliği noktasında ilgili düzenlenmenin yürürlük tarihi sonrası dönem incelenecek olup ibra sözleşmelerinin tarafları, şekli, konusu, düzenlenme zamanı, ödemenin nasıl yapılacağı gibi hususlar Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: İbra Sözleşmesi, İbraname, İşçilik Alacakları, Borçlu, Ödeme, Geçerlilik.

GİRİŞ

Her ne kadar mülga 1475 sayılı İş Kanunu ve yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda ibra sözleşmesine ilişkin yasal düzenleme yer almamış olsa da yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK")'nun hizmet sözleşmelerine ilişkin 420. maddesi ile ibra sözleşmeleri yasal zemine oturtulmuştur. İbra, gerek yargı kararlarında gerekse de borçlar hukuku öğretisinde¹ borcu sona erdiren nedenler arasında yer aldığı ifade edilmektedir. İş ilişkilerinde ibra sözleşmesi, işçinin borçlu durumundaki işverene karşı işçilik alacağının kalmadığını gösteren belge niteliğini taşımaktadır.² Nitekim iş hukuku uygulamasında işçi ile iş ilişkisinin sonlanmasının akabinde işçinin ithamlarını bertaraf etmek adına işveren; ibra sözleşmesi, ibraname, ibra belgesi, ibra senedi ve sair isimler altında tek taraflı ve matbu olarak hazırladığı belgeyi işçiye imzalatma yoluna başvurmuştur. Ancak Yargıtay, birçok kararında da vurguladığı üzere:

"İş hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanununda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle iş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır. İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmalı ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine iş hukuku açısından sınırlı biçimde değer verilmelidir."³

şeklinde değerlendirmekte ve borçlar hukuku ile kıyaslandığında, Yargıtay'ın iş hukukunda ibra sözleşmesine ilişkin hükümleri katı bir şekilde yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda, çalışmanın bundan sonraki kısımlarında iş hukukunda ibra sözleşmelerinin geçerlilik koşulları detaylandırılmış olup Yargıtay'ın yerleşik nitelik kazanmış kararları incelenecektir.

1 EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 25. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s.1422

2 SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, 2020, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 793

3 *Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.02.2011 tarih ve E. 2009/460 K. 2011/2280 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021*

1. İBRA SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

TBK'nın 420. maddesi gereğince, "İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür."

Bu kapsamda, anılan hüküm gereğince işçinin alacağının korunması adına ibra sözleşmesinde geçerlilik koşulları aşağıda yer almaktadır:

- İbra sözleşmesi, ibra konusu alacağın türüne ve miktarına ilişkin açık hükümler ihtiva etmelidir.
- İbra sözleşmesi düzenlenme tarihi itibarıyla iş sözleşmesinin sona erdiği tarihin üzerinden en az bir aylık sürenin geçmiş olması gerekmektedir.
- Tarafların aralarında akdettiği ibra sözleşmesinde yer verilen alacak tutarı, noksansız ve banka aracılığıyla ödenmiş olmalıdır.

1.1. İbra Sözleşmesinin Tarafları, Şekli ve Konusu

İbra sözleşmesinin tarafları, kural olarak, alacaklı işçi ve borçlu işveren olup iş sözleşmesinin işçinin ölümüyle sona ermesi durumunda işçinin külli halefleri ibra sözleşmesinin tarafı olabilecektir. Diğer bir yandan, öğretide ağırlıklı benimsenen ve Yargıtay tarafından da kabul gören görüşe göre, ibra konusunda temsilcinin yetkisinin bulunması yahut vekilin özel olarak vekaletname ile yetkilendirilmesi durumunda ibra sözleşmesi-

nin temsil veya vekalet yoluyla akdedilebileceği kabul edilmektedir.⁴

İbra sözleşmeleri bakımından TBK'nın 420. maddesi ile yazılılık kuralı getirilmiş olduğundan adiyazılı şekilde ibra sözleşmesinin akdedilmesi yeterli olacaktır. Her ne kadar resmi yazılı şekil kuralı söz konusu olmasa da iş hukukunda ibra sözleşmesinin geçerliliğinin çok sıkı kurallara bağlanmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda ibra sözleşmesinin düzenlendiği tarihin ispat edilebilmesi ve irade fesadı iddiasının bertaraf edilebilmesi noktasında ibra sözleşmesinin noterde düzenlenmesi önem arz edecektir. Nitekim Yargıtay eski tarihli bir kararında, "Öncelikle belirtmek gerekir ki, anılan belge fesihten ve davanın açılmasından sonra ve noterde düzenlenmiştir. Bu dikkat çekicidir." şeklinde yorumlamıştır.⁵

İbra sözleşmesinin konusunu; geçerli olarak kurulmuş, tarafların üzerinde tasarruf edilecekleri, belirli veya belirlenebilir münferit bir alacak hakkı oluşturmaktadır.⁶ Başka bir ifade ile, iş hukukunda varlığından kuşku duyulmayan ve işçinin kesin olarak hak kazandığı işçilik alacağı ibra sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır. Aksi halde, varlığı şüpheli olan örneğin iş kazasından doğan maddi ve manevi tazminat gibi işçilik alacaklarının ibra sözleşmesinden ziyade sulh sözleşmesinin konusunu oluşturacağı kabul edilmektedir.⁷ Belirtmek gerekir ki ibra sözleşmesi ile alacaklı işçi ödünde bulunarak işveren ile arasında mevcut uyuşmazlığa son vermekteyken sulh sözleşmesi ile her iki taraf da ödün vererek ileride doğması muhtemel uyuşmazlığa son vermektedir. Bu kapsamda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi güncel kararında, "Varlığı şüpheli ya da tartışmalı olan borçların ibra yoluyla sona ermesi mümkün olmadığından ve işçinin hak kazanmadığı ileri sürülen bir borcun ibraya konu olması düşünülemeyeceğinden dava konusu alacaklar yönünden 30/03/2012

4 SARIHAN Banu Bilge, "Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu", Erişim Tarihi: 25.05.2021 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1179664>

5 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 29.05.2001 tarih ve E. 2001/6498 K. 2001/9027 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

6 GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2015, İstanbul.

7 SEVİMLİ, Ahmet, "İş Hukukunda İbra ve İkale Sözleşmelerinin Geçerlilik Koşulları Konusundaki Gelişmeler" Erişim Tarihi: 25.05.2021 https://www.mess.org.tr/media/files/6327_PiAB8OoB2Z14.pdf

tarihli ibranameye itibarla karar verilmesi isabetsizdir.” şeklinde hükmetmiştir.⁸ Aynı doğrultuda, işçinin fazlaya dair haklarını saklı tutmak suretiyle, eş deyişle, ihtirazi kayıt ile ibra sözleşmesini imzalaması durumunda Yargıtay kararlarında bahse konu ibra sözleşmesine hukuken geçerlilik tanınmamıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi güncel kararında ihtirazi kayıt düşülerek verilen ibraya değer vermemiştir:

“Dosyaya sunulan ibraname içeriği dikkate alındığında ibranamenin kıdem ve ihbar tazminatları açısından miktar içerdiği, davacı tarafından ibranameye “fazlaya ilişkin haklarım saklıdır” şeklinde ihtirazi kayıt düşüldüğü görülmüştür. Dosyada mevcut bilirkişi raporunda, ibranamede yer alan kıdem ve ihbar tazminatı tutarları hesaplama sırasında mahsup edilerek hesaplama yapılmıştır. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular karşısında, mahkemece ibraname içeriği dikkate alınarak, dosyada mevcut bilirkişi raporu değerlendirmeye tabi tutularak bakiye kıdem ve ihbar tazminatlarının hüküm altına alınması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle kıdem ve ihbar tazminatlarının tümüyle reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”⁹

Benzer şekilde, işverenin savunması ile ibra sözleşmesinin çelişmesi durumunda Yargıtay yerleşik içtihadı gereğince ibra sözleşmesinin hüküm doğurmayacağına kanaat getirmektedir. İşverenin uyuşmazlığa konu işçilik alacağının doğmadığını ve bu nedenle söz konusu işçilik alacağının ödenmemesi gerektiğini ileri sürerken diğer bir yandan söz konusu alacağın ibra edildiğini ileri sürmesi çelişkili kabul edilmektedir. Örnek vermek gerekir ise, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin karara konu somut olayda:

“Dosya içeriğine göre forman olarak davalı işyerinde çalışan davacının iş sözleşmesi 05.06.2008 tarihini taşıyan yazı ile 42 gün önel verilerek performans düşüklüğü sebebi ile feshedilmiştir. Fesih bildiriminde davacının imzası bulunmaktadır. Ancak imza yanında

tarih bulunmadığı için bu bildirim yazının tanzim edildiği tarihte tebliğ edilip edilmediği anlaşılmamaktadır. Diğer taraftan dosyaya sunulan ibranameye göre davacıya bildirim süresine ait ücret ödenmiştir. Bir taraftan fesih bildirim ile önel verilmesi, diğer taraftan bildirim süresine ait ücretin ödenmiş olması açık çelişkidir. Fesih bildiriminin hangi tarihte yapıldığı araştırılmadan, fesih bildirim yazısı ile ibraname arasındaki çelişki giderilmeden yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.” şeklindeki değerlendirmesi ile çelişkili ibra sözleşmesine geçerlilik tanınmamıştır.¹⁰

Öte yandan, TBK’nın 421. maddesinde yer alan “ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi” hükmü gereğince işçinin alacak kalemlerine ibra sözleşmesinde açıkça yer verilmesi gerekmekte olup aksi halde anılan hükmün ikinci fıkrası gereğince “Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir.” Bu halde, alacak kaleminin belirtilmemiş olması, başlı başına ibra sözleşmesinin geçersizliğini gündeme getirecektir. Hukuken geçerlilik tanınmayan ibra sözleşmeleri ise, yalnızca içerdiği miktarla sınırlı olmak üzere işverenin işçiye ilgili bedeli ödediğini ispatlayan makbuz niteliğine haiz olacaktır. Benzer şekilde, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, “İbramenin kural olarak işçiye veya hak sahiplerine yapılmış olan ödeme ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ibranameden söz edebilmek için işçiye veya hak sahiplerine yapılan ödemenin niteliği ve miktarı açık olarak ibranamede gösterilmelidir.” şeklinde değerlendirmiştir.¹¹

İbra Sözleşmesinin Düzenlenme Zamanı

Geçerli bir ibra sözleşmesi akdedilebilmesi adına TBK 420. maddesi bir aylık süre öngörmüş olup anılan bu süre iş sözleşmesinin sona erme-

⁸ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 30.09.2020 tarih ve E. 2016/24645 K. 2020/9993 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

⁹ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 10.04.2019 tarih ve E. 2017/9388 K. 2019/8446 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

¹⁰ Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 31.05.2010 tarih ve E.2009/21779 K.2010/15114 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

¹¹ Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 11.03.2010 tarih ve E. 2009/8728 K. 2010/2690 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

sinden itibaren işlemeye başlayacaktır. İşverenin geçerli nedenle iş sözleşmesini feshetmesi yahut işçinin süreli feshi söz konusu ise anılan bir aylık süre bildirim süresinin sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.¹²

Ancak TBK'nın 420. maddesinin lafzında yalnızca "ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması" geçmesi ve ilgili düzenlemede halihazırda mevcut iş ilişkisi süresince ibra sözleşmesinin düzenlenmesinin yasaklanmaması, öğretide tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Öğretide Yargıtay tarafından da kabul gören bir görüş, iş sözleşmesinin sona ermesini takip eden bir ay sonunda ibra sözleşmesinin düzenlenebileceğini savunurken; diğer bir görüş feshe bağlı olmayan ücret, ikramiye, prim, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücreti gibi alacaklar için mevcut iş ilişkisi süresince düzenlenen ibra sözleşmesinin geçerli olacağını ancak ihbar ve kıdem tazminatı gibi feshe bağlı alacaklar için iş sözleşmesinin sona ermesinin takip eden bir ayın sonunda düzenlenen ibra sözleşmesinin geçerli olacağını savunmaktadır.¹³

Ancak Yargıtay'ın benimsediği görüş uyarınca kararında, "Dosya içerisinde, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 13.08.2012 tarihinde düzenlenerek davacı tarafından imzalanmış ve istifa ederek iş yerinden ayrıldığını ve bir kısım ücret alacaklarını aldığını belirtir miktar içermeyen bir adet ibraname bulunmaktadır. Öncelikle 13.08.2012 tarihli ibraname yeni yasa döneminde imzalanmış ve miktar içermediğinden ve feshin tarihinde imzalanmış olduğundan geçersizdir." şeklinde hüküm kurmuştur.¹⁴

3. Ödemenin Banka Aracılığıyla Yapılması

TBK'nın 420. maddesinde ibra sözleşmesine konu alacakların nereye/nasıl ödeneceği hu-

susu özel olarak kararlaştırılmış olup ödemenin banka aracılığıyla yapılması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, Yargıtay yerleşik içtihadı gereğince bankaya ödeme yapılmamış olması halinde ibra sözleşmesine geçerlilik tanınmayacağını kararlarında ortaya koymuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, önüne gelen uyuşmazlıkta, "Dosya içeriğinden, davalı işveren tarafından banka aracılığı ile ödeme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, yargılama sırasında beyanı alınan davacı işçi, davalı işverence kendisine ibraname ve makbuzu imzaladığı takdirde tazminatlarının ödeneceğinin söylendiğini, bu nedenle belgeleri imzaladığını ancak kendisine ödeme yapılmadığını beyan etmiştir. Yukarıda açıklanan bu maddi ve hukuki olgulara göre somut olayda, 6098 sayılı TBK'nın 420. maddesinde belirtilen banka aracılığı ile ödeme yapılması şartına aykırı davranıldığından, ibraname ve eki mahiyetindeki makbuz kesin olarak hükümsüzdür." şeklinde değerlendirmiştir.¹⁵

Yasa koyucunun, anılan düzenleme ile borçlar hukukuna aykırı olarak ifa ile ibrayı eşdeğer tutması öğretide isabetli bir yaklaşım olarak değerlendirilmemektedir.¹⁶ Nitekim borçlu işveren borcunu tam olarak ifa etmedikçe borç sona ermeyecektir ancak borcun tamamen ifa edilmesi durumunda ibradan söz edilmesi mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

İşçinin ibra sözleşmesine taraf olurken kendi iradesiyle taraf olup olmadığına duyulan şüphe nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesi ile ibra sözleşmesine sıkı geçerlilik koşulları getirilmiş olup Yargıtay tarafından da işçi lehine yorum ilkesinin yansımaları olan ibra sözleşmesinin dar yorumlanması ilkesi benimsenmiştir. Buradan hareketle, Yargıtay içtihadı gereğince, işçinin hiçbir baskı altında

¹² SARIHAN, a.g.m.

¹³ ÇİL, Şahin, "6098 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde İş Hukukunda İbra Sözleşmelerinin Geçerliliği", Erişim Tarihi: 25.05.2021

https://www.mess.org.tr/media/files/6319_UGLKRBTZTH21.pdf

¹⁴ Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2019 tarih ve E. 2017/26287 K. 2019/23373 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

¹⁵ Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 09.06.2020 tarih ve E. 2018/642 K. 2020/372 sayılı kararı, Erişim Tarihi: 25.05.2021

¹⁶ ÇİL, a.g.m

kalmaksızın ibra sözleşmesine taraf olduğuna ve ibra sözleşmesinde tutarları belirtilen işçilik alacaklarının banka hesabı aracılığıyla ödendiğine kanaat getirilmesi durumunda işverenin ibra edildiğine hükmedilecektir. Bu kapsamda, TBK 420. maddesinin hükmünde yer verildiği üzere ibra sözleşmesinin akdedileceği tarih ile iş sözleşmesinin sona erdiği tarih arasında en az bir aylık sürenin bulunması koşuluna riayet edilmesi gerekmektedir. Aksi halde, yukarıda yer verilen koşulların gerçekleşmemiş olması durumunda, ibra sözleşmesinin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

YAZAR KASA FİŞLERİNİN KDV İNDİRİMİ VE KDV İADE LİSTELERİNDE KULLANILMASI

Aslıhan KAVRAN
KDV İade Müdür Yardımcısı

Cansu DUYMAZ
KDV İade Uzmanı

ÖZET

Mükelleflerin ticari faaliyetlerine ilişkin satın alınan ve bedeli kanuni fatura düzenleme mecburiyeti haddini aşmayan mal ve hizmetler için bu mal ve hizmetlerin teslimini yapan/ifa eden kişilerce düzenlenen perakende satış fişleri ile ödeme kaydedici cihaz fişlerinin gider olarak kullanılması, indirilecek yüklenilen KDV listelerine ve iade hesabına dahil edilmesi sırasında faturadan farklı muamele ve esaslara tabi tutulmaktadır.

Özellikle yazar kasa fişi/ödeme kaydedici cihaz fişi ve perakende satış fişlerinin iade hesabına dahil edilmesi sırasında herhangi bir tenzil durumuyla karşılaşmamak için bu usul ve esaslara, İdarenin konuyla ilgili görüşlerine göre hareket etmek uygun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: KDV, KDV İadesi, ÖKC Fişi, Yazar Kasa Fişi, Ödeme Kaydedici Cihaz Fişi, Perakende Satış Fişi.

GİRİŞ

Bilindiği gibi 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun ilgili hükümleri gereğince mükelleflerin, faaliyetleri ile ilgili olarak yapmış oldukları mal ve hizmet alımlarına ilişkin alış vesikalarında ayrıca gösterilen katma değer vergisinin, belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olması şartıyla, vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden indirilmesi mümkün bulunmaktadır.

Yine 204 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde gider belgesi olarak kabul edilen perakende satış veya yazar kasa fişlerinde ayrıca gösterilen katma değer vergisinin, bu belgelerin kanuni defterlere de kaydedilmesi şartıyla, genel hükümler çerçevesinde indirim konusu yapılması mümkün kılınmış olup indirim hesaplarına dahil edilmesiyle yüklenim hesaplarına da dahil edileceği hususu doğmuştur.

Yazımızda, fatura gibi vesikalardan farklı muamele gören yazar kasa ve perakende satış fişlerinin indirime ve yüklenime konu edilmesi-

ne ilişkin usul ve esaslara, iade taleplerinde dahil edilmesi sırasında karşılaşılan sorunlara ve İdarenin bu konudaki görüşüne değinilecektir.

1. MEVZUAT DÜZENLEMESİ

1.1. Kanun Düzenlemesi

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (B) bendinde, "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır." denilmiş ve vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği belirtilmiştir.

Bununla birlikte anılan Kanun'un 228 inci maddesinde ise,

"Aşağıdaki giderler için ispat edici kağıt aranmaz:
Örf ve teamüle göre bir vesikaya istinat ettirilmesi mutat olmayan müteferrik giderler;
Vesikanın teminine imkân olmayan giderler;
Vergi kanunlarına göre götürü olarak tespit edilen giderler.

1 ve 2 numaralı fıkralarda yazılı giderlerin gerçek miktarları üzerinden kayıtlara geçirilmesi ve miktarlarının işin genişliğine ve mahiyetine uygun bulunması şarttır."

hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıca söz konusu Kanun'un 232'nci maddesinde,

“Birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçiler:

*Birinci ve ikinci sınıf tüccarlara;
Serbest Meslek erbabına;
Kazançları basit usulde tespit olunan tüccarlara;
Defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilere;
Vergiden muaf esnafa.*

Sattıkları emtia veya yaptıkları işler için fatura vermek ve bunlar da fatura istemek ve almak mecburiyetindedirler.

Yukarıdakiler dışında kalanların, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar ile kazancı basit usulde tespit edilenlerden ve defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerden satın aldıkları emtia veya onlara yaptırdıkları iş bedelinin (01/01/2018 tarihinden geçerli olmak üzere) 1.000-TL'yi geçmesi veya bedeli 1.000-TL'den az olsa dahi istemeleri halinde emtiayı satanın veya işi yapının fatura vermesi mecburidir.”

hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanun'un 233'üncü maddesinde ise, birinci ve ikinci sınıf tüccarlar, kazancı basit usulde tespit edilenlerle defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin fatura vermek mecburiyetinde olmadıkları satışları ve yaptıkları işlerin bedellerinin yine aynı maddede sayılan vesikalardan biri ile tevsik olunacağı hükmüne bağlanmıştır.

Söz konusu Kanun ile yapılan düzenlemeler çerçevesinde, gelirin beyan edilmesinin belgelendirmeye dayanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Belgelendirmeden kastın ise, mükelleflerin sattıkları emtia veya yaptıkları işler için fatura vermek ve fatura istemek ve almak olmasının yanında mezkur Kanun'un 233. maddesinden de ayrıca perakende satış fişinin tevsik edici belge olduğu anlaşılmaktadır.

3065 sayılı KDV Kanunu'nun;

29/1-a maddesinde, KDV mükelleflerinin faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak

düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV'yi bu Kanun'da aksine bir hüküm olmadıkça indirebilecekleri,

30/d maddesinde, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin indirim konusu yapılamayacağı,

34/1 maddesinde, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait KDV'nin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği,

53'üncü maddesinde, KDV Kanunu'nda geçen fatura ve benzeri vesikalar tabirinin Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen vesikalara ifade ettiği

hükümlerine yer verilmiştir.

3065 sayılı KDV Kanunu ile yapılan açıklamalar neticesinde, fatura düzenlemek suretiyle veya yine bahsedilği üzere Vergi Usul Kanunu'nun 233. maddesinde yer alan perakende satış fişi düzenlemek suretiyle gelirin belgelendirileceği açıktır. Aynı Kanun'un verdiği yetkiyle 3100 sayılı Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun ile düzenlenmesi zorunlu olan ödeme kaydedici cihaz fişinin de sayılan bu belgeler arasında bulunduğu görülmektedir. Gider kaydedilen bu belgeler üzerinde yer alan KDV'nin ise, yukarıda yapılan açıklamalar neticesinde indirim mekanizmasında kullanabileceği anlaşılmaktadır.

1.2. Tebliğ Düzenlemesi

Yazar kasa fişlerinin giderleştirilmesi ve indirim konusu edilmesi ile ilgili olarak, 167 Sıra No.lu Vergi Usul Genel Tebliği'nde, birinci ve ikinci sınıf tüccarlarla defter tutmak mecburiyetinde olan çiftçilerin sattıkları emtia veya yaptıkları işler için satılan emtianın veya yapılan işin bedeli ne olursa olsun fatura vermelerinin, emtiayı satın alan veya hizmeti yaptıran bu kimselerin de fatura istemelerinin

ve almalarının zorunlu olduğu ve bunlar için perakende satış fişlerinin geçerli olmayacağı açıklanmıştır.

Ancak, daha sonra aynı yıl yayımlanan 204 ve 206 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile mükelleflerin ticari faaliyetlerine ilişkin olarak işyerlerinde kullanılmak ve tüketilmek amacıyla satın aldıkları (kırtasiye, büro ve temizlik malzemeleri gibi) ve bedeli fatura düzenleme mecburiyetini belirleyen kanuni haddi aşmayan mal ve hizmet bedelleri için düzenlenen perakende satış veya yazar kasa fişlerinin gider belgesi olarak kabul edilmesi uygun bulunarak bu hususta açıklama yapılmıştır.

Dolayısıyla işletmenin tüketimi dışında satışa konu olacak mal ve hizmetlerin alımlarında ise bedeli ne olursa olsun fatura düzenlenmesi defterlere faturalara dayanılarak kayıt yapılması gerektiği açıklanmıştır. Bu Tebliğ düzenlemelerinin akabinde de bahsi geçenler (kırtasiye, büro ve temizlik malzemeleri gibi) dışındaki giderlerin indiriminin kullanılmayacağına ilişkin eleştiriler görülmüştür.

Ancak, yazar kasa fişlerinin giderleştirilmesi ve indirim konusuna edilmesi ile ilgili KDV Genel Uygulama Tebliği'nin:

III. Matrah, Nispet ve İndirim/ C. İndirim bölümünün I. Vergi İndirimi başlığında,

“3065 sayılı Kanunun (29/1) inci maddesine göre mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan KDV'den, faaliyetlerine ilişkin olarak, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV'yi veyahut ithal ettikleri mal ve hizmetler dolayısıyla ödedikleri KDV'yi indirebilirler,”

5. İndirim Belgelendirilmesi başlığında,

“... KDV mükelleflerinin işletmelerinde tüketime konu olacak kırtasiye, büro ve temizlik malzemeleri, gıda gibi genel giderlerin ödeme kaydedici cihaz fişi ile tevsik edilmesi mümkündür. Ancak, bunlar dışında kalan alış ve giderler ödeme kaydedici cihaz fişi ile tev-

sik edilemeyeceğinden, söz konusu belgelerde yer alan KDV de indirim konusu yapılamaz.”

5.1. Fatura ve Benzeri Belge başlığında fatura ve benzeri vesikalardan anlaşılması gerekenler hakkında,

“Söz konusu vesikalar, Vergi Usul Kanununun 229, 233, 234, 235 ve 236'ncı maddelerinde fatura, perakende satış vesikası, gider pusulası, müstahsil makbuzu ve serbest meslek makbuzu olarak düzenlenmiştir.”

açıklamalarına yer verilmiştir.

Ayrıca yine konuyla ilgili özelgelerde: *“..şirket personelinin iş seyahatlerinde yapmış olduğu çeşitli masrafların kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınabilmesi için fatura tevsiki mecburi olduğundan, Vergi Usul Kanununa göre gider belgesi olarak kabul edilmeyen, bir başka ifadeyle, ticari kazancın ya da kurum kazancının tespitinde indirimi mümkün bulunmayan söz konusu harcamalara ait perakende satış fişleri ve yazar kasa fişlerine istinaden yüklenilen KDV tutarlarının, KDV Kanununun 30/d maddesi uyarınca indirim konusu yapılması mümkün değildir.*

Diğer taraftan, indirimi mümkün olmayan söz konusu tutarların Gelir ve Kurumlar Vergisi açısından işlemin mahiyetine göre gider, maliyet veya kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınabileceği tabiidir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde firmalar, faaliyetleriyle ilgili olarak ticari kazancın elde edilmesi ve sürdürülmesi şartıyla yapılan mal ve hizmet alımlarına ilişkin kırtasiye, büro ve temizlik malzemeleri ile sınırlanamayacak çeşitlilikte ve genel gider niteliğinde olan harcamalar yapmaktadırlar. Bahsedilen Kanun ve Tebliğ düzeyindeki açıklamalara göre bu giderlerin perakende satış veya yazar kasa fişleri ile belgelendirilmesi mümkün bulunmaktadır.

1.3. Yargı Kararı

Yazarkasa fişlerinin ve perakende satış fişlerinin tevsik edici belge niteliğinde değerlendirilemeyeceği ve söz konusu fişlerle belgelendirilen giderlerin indirimine de dahil

edilmeyeceğine ilişkin İdarenin kararlarını konu alan, Ankara 2. Vergi Mahkemesi'nin 29.03.2019 tarih ve E:2018/1502 sayılı kararında,

“... gelir vergisi beyannamesinde bildirilen gelirlerden indirilecek tutarların ispatında sadece faturanın ispat edici belge olarak kullanılabilmesi ve ÖKC fişlerinin tevsik edici belge niteliğinde değerlendirilmeyeceği yönünde bir kanuni düzenleme bulunmadığı, ÖKC fişinin içeriğinin doğru olmadığı hususunda idarece yapılmış herhangi bir tespit olmadığı hususu da dikkate alındığında, serbest meslek erbabının fatura almadığı ancak ÖKC fişi aldığı durumda indirilebilecek giderin tevsik etmiş olmadığını ileri sürmek mümkün değildir. Bu nedenle, davalı idarece ÖKC fişi ile belgelendirilen giderlerin gider belgesi bulunmadığı ve gider olarak indirilemeyeceği gerekçesiyle iade isteminin reddine dair tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” ifadesi yer almakta olup bu karara itiraz eden davalı İdare konuyu bir üst mahkemeye taşımıştır. Bahsi geçen karara ilişkin Ankara BİM 1. Vergi Dava Dairesi'nin 10.06.2020 tarih ve E.2019/1161, K.2020/333 sayılı kararı ile de yukarıda bahsi geçen Ankara 2. Vergi Mahkemesi'nin kararının kaldırılmasına gerek bulunmamıştır.

2. YAZARKASA FİŞLERİNİN İNTERNET VERGİ DAİRESİ LİSTELERİNDE YER ALMASI

2.1. İndirilecek KDV Listesinde Kullanılması

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 22.02.2010 tarihli duyurusunda: indirim konusu yapılan kırtasiye, büro ve temizlik giderleri, su, gıda giderlerine ilişkin yazarkasa fişleri veya perakende satış fişleri indirilecek KDV listelerine girilirken her fiş ayrı ayrı satırlarda ya da matrah ve KDV tutarları toplamı alınarak tek bir satırda yer verilebileceğine ilişkin açıklamalar bulunmaktadır.

Öte yandan listeye girişi yapılabilecek muhasebe fişlerinin toplam KDV'sinin indirilecek KDV listesinin toplam KDV tutarının %5'ini aşmaması gerekmektedir. Yine diğer yazar kasa ve perakende satış fişlerine ilişkin her bir belge, had sınırı dikkate alınmaksızın ve muhasebe fişlerine kayıtlı olsun ya da olmasın ayrı ayrı girilmelidir.

Yazar kasa fişleri ve perakende satış fişleri indirilecek KDV listesine kayıt yapılarak oluşturulacak listelerde; evrak üzerinde yer alan bilgilere istinaden listeler oluşturulmalıdır. Bununla birlikte, Satıcının Adı-Soyadı/Unvanı bölümüne “Perakende Satış Fişi, Muhasebe Fişi, vb.” ve Satıcının Vergi Kimlik Numarası/T.C. Kimlik Numarası bölümüne ise ‘3333333333’ yazılabilir. İlgili kayıt örnekleri için aşağıdaki tablo referans olarak kullanılabilir.

İndirilecek KDV Listesi											
Sıra No	Alış Faturasının Tarihi	Alış Faturasının Serisi	Alış Faturasının Sıra No'su	Satıcının Adı - Soyadı / Unvanı	Satıcının Vergi Kimlik Numarası / TC Kimlik Numarası	Alınan Mal ve/veya Hizmetin Cinsi	Alınan Mal ve/veya Hizmetin Miktarı	Alınan Mal ve/veya Hizmetin KDV Hariç Tutarı	KDV'si	GGB Tescil No'su (Alış İthalat İse)	Belgenin İndirim Hakkının Kullanıldığı KDV Dönemi
1	24.01.2021		1	Yazar-kasa Fişleri / Perakende Satış Fişi	3333333333	YEMEK GİDERİ	1 AD	67,80	12,20		202101
3	12.01.2021		58	Ali Gün /Sofra Yemek	0912560937	TEMİZLİK GİDERİ	1 AD	42,37	7,63		202101

İndirilecek KDV listeleri oluşturulurken ilgili döneme ilişkin tüm yazarkasa fişleri, matrah ve KDV tutarları toplamı alınarak tek bir satırda yer alabilir. Bunun için yazarkasa fişlerinin defterlere kaydedildiği muhasebe fişinin bilgisi tarih sıra/seri no kısmına girilerek yine yukarıdaki şekildeki gibi girişi yapılmaktadır.

Yine KDV iadesi talep eden mükelleflerin, bu fişleri ilgili listelere dahili sırasında giriş yapmaları ve indirim konusu yapılabilecek muhasebe fişlerinin toplam KDV'sinin indirilecek KDV listesinin toplam KDV tutarının %5'ini aşıp aşmadığını gözetmesi gerekmektedir. Ancak bu fişlere ilişkin her bir belgenin ayrı ayrı girilmesi durumunda bir sınır gözetilmemekle birlikte yüklenilen KDV listesine de dahili mümkündür.

2. 2. Yüklenilen KDV Listesinde Kullanılması

Yazarkasa fişlerinin yüklenilen KDV listelerine konu edilebilmesi için her evrak için satıcının adı- soyadı / unvanı ve satıcının vergi kimlik numarası / T.C. kimlik numarası bilgilerinin, evrak üzerinde yer alan bilgilere istinaden indirilecek KDV listesine tek tek kayıtlarla yer alması gerekmektedir.

Satıcının adı- soyadı / unvanı bilgileri; yazarkasa fişleri / perakende satış fişi bilgileri '3333333333' şeklinde yer alan fişlere ilişkin yüklenim yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla indirilecek KDV listesine bilgileri detaylı olarak yazılmayan fişlerin yüklenim listesine yazılması mümkün olmayıp, yüklenilen KDV listesine konu olması için mutlaka fişlerin adı- soyadı / unvanı ve satıcının vergi kimlik numarası / T.C. kimlik numarası bilgileri, evrak üzerinde yer alan bilgilere yer verilecek şekilde işlenmesi gerekmektedir.

Bahsi geçen Gelir İdaresi Başkanlığının listelerin girilmesine ilişkin açıklamalarına rağmen KDV iade talepleri bulunan mükellefler bakımından vergi daireleri tarafından indirilecek KDV listelerine ilişkin eleştiriler bulunmakta ve eksiklik yazılarında listelere vergi kimlik numarası '3333...' olarak kaydedilen fişlerin görüntüleri veya listelerde her bir belgenin ayrı satırda ve bilgileri açıkça yazılacak şekilde düzeltilmesi istenmektedir.

Ayrıca 3065 sayılı KDV Kanunu'nun indirimine ilişkin maddesinde faaliyetlerine ilişkin olarak, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV'yi indirim konusu yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunmasına rağmen KDV Genel Uygulama Tebliği'nde tüketime konu olacak kırtasiye, büro ve temizlik malzemeleri, gıda gibi genel giderlerin ödeme kaydedici cihaz fişi ile tevsik edilmesi ve indirim konusu yapılabileceğinden bahsedilmektedir.

Dolayısıyla Tebliğ'in Kanun ile çelişmesi beklenmezken ve vergi uygulamalarında "işlemin esasının" dikkate alınması öngörülse de indirim konusu yapılan giderler arasından 'kırtasiye, büro ve temizlik giderleri, su, gıda giderleri' dışında kalan giderlerin yazarkasa fişleri veya perakende satış fişleri düzenlenerek indirim konusu yapılması ve indirilecek ve yüklenilen KDV listelerinde yer alması İdare tarafından eleştirilmekte ve bu belgelerde yer alan KDV'nin tenzili istenmektedir.

SONUÇ

Yukarıda yer alan hüküm ve açıklamalara göre; ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi ile ilgili olmaları şartıyla fatura düzenleme haddinin altında kalan, iş yerinde ve şantiyede kullanılmak ve tüketilmek amacıyla satın alınan kırtasiye, büro ve temizlik giderleri, su, gıda giderleri için alınan perakende satış veya ödeme kaydedici cihaz fişlerinin gider belgesi olarak kullanılması mümkün bulunmaktadır.

3065 sayılı Kanun'un (29/1) inci maddesine göre mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan KDV'den, faaliyetlerine ilişkin olarak, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen KDV'yi veyahut ithal ettikleri mal ve hizmetler dolayısıyla ödedikleri KDV'yi indirebileceği söz konusuysen İdarenin yazmış olduğu eksiklik yazılarında şirket çalışanlarının şirket dışında yiyecek, konaklama ve yol giderleri, otopark ve misafir ağırlamaya ilişkin giderlerinin tenzilini istenmektedir. Bahsi geçen firmaların doğru-

dan tüketime dahil olmayan ancak tabiatıyla ticari faaliyet kapsamında olan giderlerinin ise indirim konusu edilmesi kanun seviyesinde mümkün bulunurken özelge seviyesinde kabul edilmediği ise eleştirilmektedir. Perakende satış fişi ve ödeme kaydedici cihaz fişinin mevzuatta pek çok kademede (kanun, tebliğ v.s) fatura ve benzeri belgeler arasında yer alması nedeniyle uygulamada yine fatura ile eşdeğer işlem görmesi uygun olmaktadır. Ancak idarece verilen özelgeler, kanunda aksine hüküm yokken tebliğ üzerinde yapılan açıklamalar içermekte ve buna ilişkin uygulamalar eleştirilmekte olduğundan oluşan bu ikiliğin giderilmesi gerektiği kanatındayız.

ÜLKELERİN KURUMLAR VERGİSİNİ DÜŞÜREREK YABANCI YATIRIMCI ÇEKME YÖNÜNDEKİ YARIŞI SONA MI ERİYOR?

Elif ARICIOĞLU
Danışman

Simge KAVTELEK
Stj. Avukat

ÖZET

Ülkeler arasında kurumlar vergisi oranını düşük tutma yoluyla yabancı yatırımcı çekme yönünde süregelen bir yarış söz konusudur. Bu durum karşısında büyük ölçekli uluslararası şirketler ve özellikle çok uluslu teknoloji devi şirketleri, çeşitli işlevlerini düşük oranlı kurumlar vergisine sahip yurtdışı ilişkili şirketleri üzerinde tutarak kâr aktarımı sağlamakta ve vergi matrahı avantajı elde etmektedir. Bu durum belirli bir oranın üzerinde kurumlar vergisi oranına sahip ülkeleri etkilemekte aynı zamanda küresel anlamda daha düşük bir vergi matrahı oluşmasına sebep olmaktadır. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü ("OECD") 12 Ekim 2020 tarihinde yayımladığı 1.Sütun (Pillar 1) ve 2. Sütun (Pillar 2)'a ilişkin tasarlarda dijital hizmetlerin vergilendirmesine ilişkin sorunlara ve küresel vergi matrahının düşük kurumlar vergisi belirleme yoluyla yatırımcı çekme amacıyla olan ülkeler ve vergi cennetleri tarafından aşındırılması sorunlarına değinmiştir. OECD'nin küresel vergi matrahının aşındırılmasını önlemeye yönelik olarak bir küresel asgari kurumlar vergisi belirlenmesi yönündeki görüşü COVID-19'un etkisiyle kötüye giden Amerikan ekonomisini yatırımlar ile canlandırmayı planlayan ve bu yatırımlar için vergiden elde edeceği gelire ihtiyaç duyan Biden tarafından tekrar gündeme getirilmiş oldu. 4-5 Haziran 2021 tarihinde İngiltere'de bir araya gelen G-7 üye ülkelerinin Maliye Bakanları ve Merkez Bankası Başkanları en az %15 oranında bir küresel asgari kurumlar vergisi belirlenmesi konusunda görüş birliğine varmıştır.

Bu makalede, %15 oranında küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının matrah aşındırma ve kâr aktarımını önlemede etkili olup olmayacağına yönelik eleştiriler incelenecek olup ayrıca Türkiye'de küresel asgari kurumlar vergisi uygulamasının ne şekilde uygulanacağına değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Küresel Kurumlar Vergisi Oranı, OECD, Kâr Aktarımı.

GİRİŞ

Son 40 yıldır dünya ülkeleri arasında kurumlar vergisi oranını düşük tutma yoluyla yabancı yatırımcı çekme yönünde bir yarış söz konusudur.¹ Bu durum karşısında büyük uluslararası şirketler ve özellikle çok uluslu teknoloji devi şirketleri operasyon, fikri mülkiyet gibi işlevlerini düşük oranlı kurumlar vergisine sahip yurtdışı ilişkili şirketleri üzerinde tutarak kâr aktarımı sağlamakta ve vergi matrahı avantajı elde etmektedir. Bu durum belirli bir oranın üzerinde kurumlar vergisi oranına sahip ülke-

leri etkilemekle birlikte aynı zamanda küresel anlamda daha düşük bir vergi matrahı oluşmasına sebep olmaktadır. Vergilerin ülkelerin yatırım oluşturmaya olanak sağladığı ve yatırımların getirdiği iş olanakları, iş olanaklarının tüketiciyi harcamaya itmesi ve bu durumun ekonomiyi canlandırıcı etkisi göz önüne alındığında vergilerin ülkelerin kalkınması açısından ne derece önemli bir rol oynadığı anlaşılacaktır.

1. ASGARİ KURUMLAR VERGİSİ

1.1. Gelişmeler

Küreselleşmenin ve teknolojik gelişmelerin kaçınılmaz bir sonucu olarak çok uluslu devlet-

¹ "Biden Kurumlar Vergisini Yükseltmek İstiyor. Bu Konuda Dünyanın Yardımına İhtiyaç Duyabilir", Vox Media, Emily Stewart, 7 Haziran 2021, <https://www.vox.com/policy-and-politics/22381673/global-minimum-tax-janet-yellen-oecd> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

ler, farklı ülkelerde fiziksel bir varlığa sahip olmadan faaliyet gösterebilmeye başlamıştır. Bu durum büyük ölçekli şirketlerin ve özellikle teknoloji devi şirketlerin herhangi bir vergilendirmeye tâbi olmaksızın kâr elde etmelerine neden olmuştur. Bu kapsamda, gerek ülkeler arasındaki vergi rekabet koşulları gerekse piyasadaki şirketler arası rekabet koşulları farklılaşmıştır. Çok uluslu şirketlerin kapasitelerinin artması, küresel vergi adaleti açısından vergi kayıplarının önlenmesi için yeni düzenleme ve anlaşma ihtiyaçlarını doğurmuştur. Bu ihtiyaçların ortaya çıkması sonucu, 2013 yılında G20 ülkelerinin çağrısı üzerine² OECD tarafından “Matrahın Aşındırılması ve Kârın Aktarılmasına İlişkin Eylem Planı (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting) (“BEPS”) kapsamında, 15 eylem planı için çalışmalar 2015 yılında tamamlanarak nihai raporlar açıklanmıştır.³

Devam eden çalışmalar sonucunda OECD/G20 Kapsayıcı Çerçeve (Inclusive Framework) üyeleri tarafından çeşitli raporlar yayımlanmıştır. Son olarak 2020 yılının Ekim ayında, Dijitalleşmeden Kaynaklanan Vergi Zorlukları kapsamında Ekonomik Etki Değerlendirme, 1. Sütun ve 2. Sütun raporları yayımlanmıştır.⁴ Raporlar doğrultusunda OECD tarafından 1. Sütun ve 2. Sütun geliştirilmiştir. 1. Sütun, dijital ekonominin vergilendirilmesi bağlamında vergisel bağlantı ilkesini ve kâr dağılımını ele alırken, 2. Sütun ise BEPS’te anılan diğer problemler bağlamında küresel asgari vergi ödemelerini ele almaktadır.⁵

Ocak 2021’de ABD başkanı olarak göreve başlayan Joe Biden, COVID-19’dan oldukça

olumsuz etkilenen ABD ekonomisine can suyu vermek adına Mart 2021’de COVID-19 Yardım Paketi imzaladı.⁶ Biden ilgili mali yardım paketini finanse etmek için Nisan 2021’de Made in America Tax Plan (“Amerika Yapımı”) adlı vergi reform paketi teklifini basına sunmuştur.⁷ ABD hükümeti ilgili vergi reform paketinde kurumlar vergisinin düşük olduğu yurtdışı iştiraklere kâr aktarımı yoluyla vergi kaçırarak ABD’ye hiç kurumlar vergisi ödemeyen ya da çok düşük oranda kurumlar vergisi ödeyen şirketlere, globalde en az %15 oranında kurumlar vergisi ödeme yükümlülüğü getireceğini açıklamıştır.

Biden tarafından tekrar gündeme getirilen küresel asgari kurumlar vergisi G-7 ülkeleri tarafından gündeme alınmıştır. 4-5 Haziran 2021 tarihinde İngiltere’de bir araya gelen G-7 üye ülkelerinin Maliye Bakanları ve Merkez Bankası Başkanları en az %15 oranında bir küresel asgari kurumlar vergisi belirlenmesi konusunda görüş birliğine varmıştır.⁸

1.2. Uygulama

Küresel asgari kurumlar vergisi, ülkelerin operasyonlarının bir kısmını düşük oranlı kurumlar vergisi uygulanan ülkelerde konumlandırılma suretiyle matrah aşındırma ve kâr aktarımı sağlayan şirketlerin, %15 oranından az olan fark oranı kadar vergiyi şirketin nihai ana şirketinin bulunduğu ülkeye ödemesine ilişkindir. Örneklendirecek olursak, operasyonlarının bir kısmını %5 oranında kurumlar vergisi ödeyen bir ülkeye kaydırmayı seçen bir şirket küresel asgari kurumlar vergisi oranı olan %15 ile şirketinin operasyonlarının bulun-

2 <https://www.oecd.org/general/focus/oecd-2013-g20-saint-petersburg.htm> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

3 <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

4 https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-g20-base-erosion-and-profit-shifting-project_23132612?page=3 (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

5 https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint_ab4c3d1-en (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

6 “Amerika Yapımı Vergi Planı”, ABD Hazine Bakanlığı, Nisan 2021, https://home.treasury.gov/system/files/136/MadeInAmericaTaxPlan_Report.pdf (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

7 “ABD Hazine Bakanlığı En Az %15 Oranında Bir Küresel Kurumlar Vergisi Uygulamayı Düşünüyor”, Reuters, David Lawder, 21 Mayıs 2021, <https://www.reuters.com/business/finance/us-treasury-backs-off-21-global-minimum-corporate-tax-rate-wants-least-15-2021-05-20/> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

8 G7 Maliye Bakanları ve Merkez Bankası Başkanları Bildirisi, Government of the UK, 5 Haziran 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/g7-finance-ministers-meeting-june-2021-communiqué/g7-finance-ministers-and-central-bank-governors-communiqué> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

duğu ülkede geçerli olan kurumlar vergisi olan %5 arasındaki fark kadar vergiyi (bu örnek için %10) şirketin nihai ana işletmesinin bulunduğu ülkeye ödemekle yükümlüdür.⁹

%15 oranında uygulanacak bir küresel asgari kurumlar vergisinin matrah aşındırma ve kâr aktarımı önlemek için yeterli olamadığına ilişkin tartışmalar mevcuttur. Oxford Kıtık Yardımı Komitesi'nden (Oxfam) Gabriela Bucher %15 oranında uygulanacak bir küresel asgari kurumlar vergisinin şirketlerin matrah aşındırma yoluyla kâr aktarımı yapmasını engellemek için oldukça düşük bir oran olduğunu ifade etmiştir.¹⁰ %15 oranında bir kurumlar vergisi pek çok ülke tarafından uygulanan kurumlar vergisinin oldukça altında olup bu oran şirketlerin matrah aşındırma yoluyla kâr aktarımı sağlamasının önüne geçmede yetersiz kalacaktır. Örneğin %20 oranında kurumlar vergisi uygulayan bir ülkede nihai ana işletmesi bulunan bir şirket, operasyonlarını 2021 yılına ilişkin kurumlar vergisi oranı %12,5 olan İrlanda'ya taşıdığı takdirde, şirket küresel asgari kurumlar vergisi olan %15 ile İrlanda tarafından uygulanan %12,5 oranındaki kurumlar vergisi arasındaki fark kadar vergiyi nihai ana işletmeye ödemek ile yükümlü olacaktır. Örneğimizde şirketin nihai ana işletmesinin bulunduğu ülke tarafından uygulanan kurumlar vergisi oranının %20 olduğunu kabul etmiştik, bu durumda şirket operasyonlarına ilişkin olarak küresel asgari kurumlar vergisi uygulaması kapsamında toplamda sadece %15 oranında kurumlar vergisi ödeyecektir. Başka bir deyiş ile örneğimizdeki şirketin operasyonlarına ilişkin olarak küresel asgari kurumlar vergisi kapsamında ödeyeceği vergi, şirketin nihai ana işletmesinin bulunduğu ülke tarafından uygulanan kurumlar vergisinden daha düşük olduğundan, şirketin operasyonlarını düşük kurumlar vergisi oranına sahip bir ülkede konumlandırıp, küresel asgari kurumlar vergisi oranı olan %15'lik vergi ile ilgili ülke tarafından

uygulan kurumlar vergisi arasındaki farkı, şirketin nihai ana işletmesinin bulunduğu ülkeye ödemesi şirket için hâlâ daha kârlıdır ve %15 oranında uygulanacak bir küresel asgari kurumlar vergisi şirketlerin matrah aşındırma yoluyla kâr aktarımını önlemede etkili bir oran olmayacaktır.

Her ne kadar %15 oranında uygulanacak bir küresel asgari kurumlar vergisinin matrah aşındırma yoluyla kâr aktarımını önlemede yeterli olmadığı açık olsa da G-7 üye ülkelerinin Maliye Bakanları ve Merkez Bankası başkanlarının 5 Haziran tarihinde yayımladığı Bildirge'de küresel asgari kurumlar vergisi oranının en az %15 olması gerektiği belirtilmiştir. Yayımlanan bildiriye anlaşmaya varılan en az %15 oranında bir küresel asgari kurumlar vergisi uygulaması ise ülkeler arası rızaya dayalı (consensus-based) ilk somut adım olarak değerlendirilebileceğinden önem teşkil etmektedir. Bildirgede yer alan en az ifadesi bu oranın daha da yüksek olabileceğini ve bu konuda açık kapı bırakıldığını göstermektedir. G-7'nin aldığı bu karar, kuşkusuz G-20 ülkeleri ve OECD tarafından da ele alınacak ve konuyla ilgili önemli bir gelişme yaşanabilecektir.

*Teknoloji devleri Google, Facebook ve Amazon'un sözcüleri, Bildirge hakkında yapmış olduğu açıklamalarda, söz konusu anlaşmaya olumlu baktıklarını ve anlaşmayı desteklediklerini belirtmişlerdir.*¹¹

SONUÇ

G-7 üye ülkelerinin Maliye Bakanları ve Merkez Bankası başkanları tarafından 5 Haziran 2021 tarihinde yayımlanan Bildirge'de geçen %15 oranında küresel asgari kurumlar vergisi uygulandığı takdirde bu durumun şirketlerin matrah aşındırması yoluyla kâr aktarımı yapmasının önüne geçemeyeceği açıktır. Öte yandan Bildirge'de küresel asgari kurumlar vergisinin en az %15 oranında uygulanması ko-

9 "Biden'in 'Küresel Asgari Vergi' Oranı Planı Nedir?", Voice of America, Rob Garver, 4 Nisan 2021, <https://www.voanews.com/usa/what-global-minimum-tax-rate-bidens-plan> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

10 "G7 Tarafından Belirlenen Küresel Asgari Kurumlar Vergisi Oranı Adil Olmaktan Çok Uzak: Oxfam", Oxfam International, 5 Haziran 2021, <https://www.oxfam.org/en/press-releases/g7-global-corporate-tax-deal-far-fair-oxfam> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

11 <https://www.businessinsider.com/facebook-amazon-google-react-positively-g7-minimum-global-tax-deal-2021-6> (Erişim Tarihi: 12.06.2021)

nusunda görüş birliğine varıldığı belirtilmiştir, bu durum belirlenen oranının gelecekte gerçekleşecek toplantı ve bildirimlerle yeniden şekillenebileceğini göstermektedir.

OECD Model Anlaşma ve çifte vergiyi önleme anlaşmaları tarafından ortaya konan ve üye ülkelerinin rızalarına ve fikir birliklerine dayanılarak oluşturulan halihazırdaki vergilendirme sisteminin değişebilmesi için kuşkusuz uzun soluklu bir çalışma ve birçok ülkenin katılımı gerekmektedir. Böylesi köklü ve ülkelerin iç mevzuatlarına sirayet eden sistemin değişim ihtiyacı ise göz ardı edilemeyecek kadar ivedi ve kaçınılmazdır.

Ne var ki uluslararası arenada sıkça tartışılan yeni vergilendirme yaklaşımları ve küresel asgari kurumlar vergisi bakımından Türkiye’de temellendirilmiş bir çalışma yapıldığına dair açıklama bulunmamaktadır. Her ne kadar yakın bir zamanda radikal bir değişim beklenmese de olası bir anlaşma karşısında Türkiye’deki vergi idarelerinin ve mükelleflerin hazırlıksız yakalanması mümkündür. Böyle bir sonucun ortaya çıkmaması ve söz konusu anlaşmalardan olumsuz etkilenilmemesi için meclisin yeni bir mali politika reformu için çalıştay hazırlığına bir an önce başlaması gerekmektedir.

YÖNETİCİ VE MÜDÜRLERİN SORUMLULUK SİGORTASI

Nilay GÖKER DURAN

Ortak, Avukat,
Şirketler Hukuku,
Birleşme ve Devralmalar,
Banka ve Finans Hukuku

Tuğçe KAYA

Avukat

Ezgi ER

Avukat

ÖZET

Yönetim kurulu, anonim şirketin temsil ve yönetim organıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK")'nın 369. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetme yükümlülüğü altındadırlar. Yönetim kurulu üyeleri kusur ve durumun gereklerine göre zararlardan kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludurlar. Söz konusu zararlar, şirket hacmi, sermayesi ve icra edilen işlemlerin büyüklüğü ile doğru orantılı olmakla birlikte ticari faaliyetler açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, uğranılan zararların teminat altına alınabilmesi ve şirket yöneticilerinin (yönetim kurulu üyeleri ve müdürlerin) görevlerini rahatça yerine getirebilmeleri adına yönetici ve müdürlere sorumluluk sigortası (D&O sigortası) yaptırılması uygulama alanı bulmuştur. Nitekim bu uygulama günümüzde özellikle çokuluslu şirketler özelinde yaygınlaşmaktadır.

Bu çalışmamızda yönetici ve müdürlerin sorumluluk sigortasının kapsamı, tarihçesi ve türleri genel hatlarıyla incelenmiş ve Türk hukukundaki yeri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: D&O, Sigorta, Yönetim Kurulu, Müdürler, Anonim Şirket, Sermaye Şirketleri.

GİRİŞ

Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmekle yükümlüdür.

Bu kapsamda, Türk hukukunda yönetim kurulu üyeleri ve şirket yönetimine dahil olan diğer herkes görevlerini ifa ederken şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı kasten veya kusurlu davranışlarından doğan ihlallere karşı sorumlu kılınmıştır.

Birçok ülkenin ulusal mevzuatındaki benzer hukuki düzenlemelerden ötürü şirket yöneticilerinin görevleri esnasında gerçekleştirdiği ihlallerden doğan zararlardan sorumlu olup bu

zararları teminat altına alarak şirket yöneticilerinin görevini yerine getirirken daha özgür davranabilmesi adına bu kişilere özgü bir sigorta mekanizması ihtiyacı doğmuştur. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin ve şirketi yöneten diğer üçüncü kişilerin kayıplardan (bunlara dava masrafları da dahil edilebilmektedir) korunması adına "Yönetici ve Müdürlerin Sorumluluğu Sigortası" ("D&O Sigortası") adında bir sigorta türü oluşturulmuştur.

Makalemizin ilk bölümünde, D&O Sigortası'nın tanımı yapılacak ardından çeşitli ülke hukuklarında ve Türk hukukunda uygulamalarına ve yasal dayanağına değinilecek ve Türk hukuku bağlamında değerlendirmelerimize yer verilecektir.

1. D&O SİGORTASI: TANIMI, TARİHİ, ÇEŞİTLERİ VE KAPSAMI

1.1. D&O Sigortası Nedir?

Sermaye şirketlerinin büyük hacimli işlem-

ler yapması, bu işlemlerin beraberinde getirdiği risk ölçeğini arttırmakta ve şirket yönetimin-den mesul kişilerin sorumluluğunun kapsamını da bu doğrultuda genişletmektedir. Nitekim globalleşen dünyada anonim şirketler ve diğer sermaye şirketlerinin artan birleşme ve devralma işlemlerinin neticesinde büyümeleri, bu durumla orantılı bir biçimde yönetim kurulu üyeleri dahil olmak üzere şirket yöneticilerinin üzerindeki sorumluluk yükünü ve bu kişilerin çok yüksek tutarlarda zararlar neden olma riskini arttırmıştır. Yöneticilerin yol açtığı zararın ve bunlara ilişkin davaların artmasıyla ise söz konusu zararların karşılanmasına yönelik bir ihtiyaç doğmuştur.¹

Ticaret hayatının taşıdığı riskler, ticaret hayatının en büyük aktörlerinden olan sermaye şirketlerinin yöneticilerinin çeşitli sebeplerle dava edilmeleri ihtimâlini beraberinde getirmektedir. Dava sebepleri, yöneticilerin ve müdürlerin şirketteki rollerine ilişkin olup genel olarak şirketin finansal kayba veya iflasa sürüklenmesi, şirket varlıklarının yanlış değerlendirilmesi, şirket fonlarının kötüye kullanılması, dolandırıcılık iddiaları, işyeri kurallarına aykırı davranılması, fikri ve sınai mülkiyet haklarının ihlâli, rekabet hukukuna aykırı iş ve işlemlerde bulunulması ve kurumsal yönetim ilkelerine uyulmaması gibi hallerde ortaya çıkabilmektedir.

D&O Sigortası, yukarıda açıklandığı üzere şirket yöneticilerinin görevleri sırasında sebebiyet verdikleri zararların teminat altına alınması ve bu kapsamda yöneticilerin görevlerini rahatça yerine getirilebilmeleri ihtiyaçlarını karşılamak adına uygulama alanı bulmuştur. D&O Sigortası özetle, isteğe bağlı zarar sigortasının özel bir şekli olmakla birlikte şirket yöneticilerinin görevleri esnasında aldıkları kararlar ve gerçekleştirdikleri eylemlerin kanun ve sözleşme hükümlerini ihlâl etmesi sebebiyle bu husustaki sorumluluklarına yönelik doğabilecek taleplerden korunmalarını sağlayan bir sigorta çeşidi olarak tanımlanabilecektir.

1.2. D&O Sigortası'nın Tarihçesi

1933'ten önce, menkul kıymetlerin satışını regüle eden düzenlemeler ile şirket yöneticilerine atfedilen sorumlulukların yer aldığı kapsamlı mevzuat düzenlemelerinin bulunmaması nedeniyle D&O Sigortası'na ihtiyaç duyulmamaktaydı. 1929'daki borsa çöküşünün Büyük Buhran'ı tetiklemesinden sonra piyasalar değişmeye başladı ve bu kapsamda finansal düzenlemeyi artıran ve şirketleri pay sahiplerine ve yatırımcılarına karşı daha sorumlu hale getiren birçok önemli yasa çıkarıldı.

D&O Sigortası ilk defa, 1930'ların sonlarında menkul kıymetler düzenlenmelerindeki artışa istinaden Londra (Birleşik Krallık) sigorta piyasası tarafından ileri sürülmüştür. Bu piyasa tarafından yaratılan poliçe türü iki ayrı poliçeden oluşmaktaydı. Bunlar: (i) yöneticilerin şahsi sorumluluğunu kapsayan poliçe ve (ii) yönetici ve müdürlerin diğer şirkete yönelik zararlarını karşılayan poliçedir.

Bununla birlikte, D&O Sigortası'na olan ilgi 1939 yılında *New York Doc. v. McCollum* davasında, New York Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin, şirket pay sahiplerinin şirket yöneticilerine karşı açtığı davada yöneticilerin hukuken başarılı bir şekilde savunma yapmış olsalar bile, şirketin yöneticilerine geri ödeme yapamayacağına karar verene kadar görülmemiştir. Bir şirketin yöneticilerinin hukuken haklı olsalar dahi, özellikle mahkeme masraflarından kişisel olarak sorumlu olacakları fikri, dönemin birçok yönetim kurulu üyesi için aksiyona geçme çağrısı niteliğinde olmuştur. Bu kararın bir sonucu olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalet kurumsal tazminata (*corporate indemnity*) ilişkin kanunlarını yürürlüğe koymaya başlamıştır. 1967'de Delaware Eyaleti yasama organı, şirketlere D&O Sigortası satın alma yetkisi veren yeni tazminat yasalarını kabul etmiş; 1973 yılında şirketlere D&O Sigortası satın alma yetkisi veren eyalet sayısı 25'i bulmuştur.²

Bu zaman diliminde yapılan tanıtıma rağmen

¹ Av. Melih Can KORKMAZ "Sermaye Şirketlerinde Yönetici ve Müdürlerin Sorumluluğu Sigortası (D&O Sigortası) ve Tarafları" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021

² Kevin LaCroix "Guest Post: D&O What to Know: A Guide to the Evolution of Directors and Officers Insurance from 1933 to the Present" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 <https://www.dandodiary.com/2016/02/articles/d-o-insurance/guest-post-do-what-to-know-a->

men, Amerika Birleşik Devletleri'nde şirketler tarafından D&O Sigortası'na gösterilen ilgi 1960'lara kadar büyük bir artış göstermemiştir. 1970'lerin başlarında halka arz edilen şirketlerin %70'lik bir kısmı D&O Sigortası'nı satın almıştır. 1980'lerin başında D&O Sigortası satın alan halka açık şirket sayısı %100'e yaklaşmıştır.³

1.3. D&O Sigortası'nın Türleri

D&O Sigortası kapsamı bakımından, özellikle halka açık şirketlere satılanlar, üç farklı türde düzenlenmektedir. Bunların ilkinde şirket yöneticilerini ve müdürlerini pay sahiplerinin taleplerinden korumak için bir teminat sunulmaktadır ve bu tür teminatlar sigorta piyasası uzmanları tarafından "A Tipi Poliçe" olarak adlandırılmaktadır. Bu tür bir poliçede şirket yönetici ve müdürlerinin görevlerini yerine getirirken sebebiyet verdikleri zararlara karşı doğrudan sigortacı tarafından sigortalanması söz konusudur. Bu tip poliçede D&O Sigortası yöneticinin menfaatini güvence altına alır ve sigorta üçüncü kişi lehine yapılır. Bu poliçe türü, şirket yöneticileri ve müdürlerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada yaptıkları hatalı işlemler sebebiyle herhangi bir zarara sebebiyet vermesi halinde yine şirketin bu zararları ödemesine ilgili mevzuatın ve şirket iç kurallarının olanak tanımadığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır.

İkinci tip olan "B Tipi Poliçe" şirketin yönetici ve müdürlerin sorumluluğu kapsamında ödediği tazminatları şirket adına teminat altına alan bir poliçe türüdür. Bu sigorta türünde yöneticilerden kaynaklanan bir zarar söz konusu olduğunda yine yöneticilerin ödemesi gereken tazminatı şirket ödemekte ve ödemiş olduğu tazminatı da işbu sigorta kapsamında sigorta şirketinden talep edebilmektedir. B Tipi

Poliçe, D&O Sigortası yaptıran şirketin menfaatini teminat altına almaktadır ve poliçede sigorta ettiren taraf şirketin kendisi ya da iştiraki şirket, sigortanın menfaatçisi de yine şirketin kendisidir.

"C Tipi Poliçe" ise, pay sahiplerinin şirkete karşı açtığı ve şirket tüzel kişiliğinin de taraf olduğu tazminat taleplerine yönelik yine şirketin kendisini korumaktadır.⁴

B Tipi Poliçe Amerika Birleşik Devletleri'nde en yaygın şekilde kullanılmakta olan poliçe türüdür. Bu kapsamda şirket yöneticilerinin ve müdürlerin görevlerini yerine getirirken hatalı ya da yanlış işlemleri neticesinde meydana gelen zararı şirket ödemekte ve daha sonra bunu sigorta şirketinden talep etmektedir. Avrupa'da ise A Tipi Poliçe daha yaygın olarak kullanılmaktadır.⁵

D&O poliçelerinin kapsam dışı bıraktığı üç temel durum söz konusudur. Bunlar: (i) dolandırıcılık ve hukuka aykırı zenginleşmeye dair iş ve eylemler, (ii) poliçe döneminin başlangıç döneminden önceki dönemi kapsayan her türlü hak ve iddia, (iii) Anglo-Sakson hukuk sisteminde "Insured v. Insured" şeklinde adlandırılan D&O Sigortası kapsamında korunan iki hukuki kişinin arasındaki ihtilaflardır.

İlk hâl, sigortalı tarafların dürüst olmayan, hileli ve suç teşkil eden bir fiil sonucu zenginleşmeleri durumunda sigorta yardımı almalarını önler. İkinci hal, bir önceki poliçenin kapsamı gereken iddia ve talepleri dışlamaktadır. Üçüncü durum ise, yönetici veya müdürün şirketi dava ettiği ya da şirketin tazminat istemli yönetici veya müdürü dava ettiği halleri poliçe kapsamı dışı bırakmaktadır.⁶

Uygulamada, genel olarak D&O Sigorta-

guide-to-the-evolution-of-directors-and-officers-insurance-from-1933-to-the-present/

3 Kevin LaCroix "Guest Post: D&O What to Know: A Guide to the Evolution of Directors and Officers Insurance from 1933 to the Present" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 <https://www.dandodiary.com/2016/02/articles/d-o-insurance/guest-post-do-what-to-know-a-guide-to-the-evolution-of-directors-and-officers-insurance-from-1933-to-the-present/>

4 Tom Baker, Sean J. Griffith "Predicting Governance Risk" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Baker_Griffith_Dec_5.pdf

5 Av. Melih Can KORKMAZ "Sermaye Şirketlerinde Yönetici ve Müdürlerin Sorumluluğu Sigortası (D&O Sigortası) ve Tarafları" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021

6 Tom Baker, Sean J. Griffith "Predicting Governance Risk" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 http://www.law.harvard.edu/programs/corp_gov/papers/Baker_Griffith_Dec_5.pdf

sı'nda yöneticilerin kişisel kazanç sağlamaya yönelik eylemleri, bedensel yaralama ve mal hasarına sebep olacak eylemleri, suç niteliği taşıyabilecek davranışların kasten işlenmesi sonucu doğan zararlar kapsamamaktadır.⁷

D&O Sigortası, şirket yönetici ve müdürlerine yöneltilen iddia ve taleplere karşı koruma sağlamanın yanı sıra çeşitli avantajları da beraberinde getirmektedir. Bu tür sigortalar sayesinde yönetici ve müdürlerin sermaye şirketi yönetimi bir ölçüde dış faktörlerden bağımsız kılınarak kolaylaştırılmış olmaktadır. Bunun yanı sıra girişim sermayesi ve özel sermaye şirketleri genellikle yatırım yapacakları şirketlerin yatırım yapmadan önce D&O Sigortası kapsamında korunacağını teminat altına almak istemekte olup bu tür sigortalar şirketin yatırım almasını sağlamaya da destek olmaktadır. Ayrıca bu tür sigortalar sayesinde dava giderleri de büyük ölçüde karşılanmaktadır.

Sigorta sözleşmesinin özel bir türü ve yansıması olan D&O Sigortası'nın tarafları tipik olarak, (i) şirket yönetici ve müdürlerini teminat altına alan sigorta firması, (ii) D&O Sigortası talep eden şirket ve (iii) bu şirketin yöneticileri ve müdürlerini içermektedir.

2. TÜRK HUKUKU TAHTINDA D&O SİGORTASI

D&O Sigortası'nın uygulama alanı ülkemizde diğer hukuk sistemlerine, özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık sistemlerine göre yeni ve sınırlı düzeydedir. Literatürde bunun sebepleri arasında henüz D&O Sigortası'na ilişkin başta sigortacılık mevzuatında olmak üzere ilgili mevzuatta kapsamlı bir düzenleme yapılmamış olması ve ülkemizde henüz küresel düzeyde yaygın olan, kurumsal, payları kolaylıkla ve serbestçe devredilen anonim şirketlerin fazla sayıda bulunmaması ileri sürülmüştür.⁸ Şeffaflığın artırılmasına ilişkin Evrensel Muhasebe ve Denetim Standartları'nın

getirilmesi ve çağdaş yönetim kuralları ve şirketler hukukuna ilişkin kuralları ihtiva eden TTK'nın yürürlüğe girmesiyle ülkemizde de D&O Sigortası'na olan talep artmıştır.

TTK'nın 361. maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin %25'ini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu hususun halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulu'nun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa Borsa'nın büteninde duyurulması ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınması öngörülmüştür.

TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte özellikle büyük ölçekli şirketlerin idaresini sağlayan yönetim kurulu üyelerinin muhtemel zararlarından endişe etmeden anonim şirketi gereği gibi idare etmesi ve ticaret hayatının akışına uygun olarak gerekli riskleri alabilmesine imkân tanıyan D&O Sigortası için yasal düzenleme oluşturulmuştur. Düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere hüküm, şirketlere herhangi bir zorunluluk getirmemekte, sigortanın yapılması konusunu şirketlerin takdirine bırakmaktadır. Bu durum hükmün gerekçesinde: "... yönetim kurulu üyelerinin şirkete verecekleri zararların güvencesi olarak, isteğe bağlı zarar sigortası getirilmiştir. Bu hükümde yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirkete verebilecekleri zararların güvence altına alınması konusunda ilk çekingen adım atılmıştır. Batıda yaygın olan bu sigortanın, zararların karşılanmasından çok, profesyonel, sorumluluk bilincine sahip ve görevin gereklerine uygun yetenekleri haiz kişilerden oluşan yönetim kurullarının oluşmasında etken rol oynadığı şüphesizdir." şeklinde izah edilmektedir.

Hukukumuzda D&O Sigortası'nın ne tür bir sigorta çeşidi kapsamına girdiği tartışmalı olup doktrin tarafından D&O Sigortası'nın bir sorumluluk sigortası olması nedeniyle zarar sigortaları başlığına dahil olduğu belirtilmekte-

⁷ The Who, What & Why of Directors & Officers Insurance" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 <https://www.thehartford.com/management-liability-insurance/d-o-liability-insurance/explained>

⁸ Av. Melih Can KORKMAZ "Sermaye Şirketlerinde Yönetici ve Müdürlerin Sorumluluğu Sigortası (D&O Sigortası) ve Tarafları" Erişim Tarihi: 04 Haziran 2021 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372540>

dir. Fakat söz konusu sigortanın, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mesleki sorumluluk sigortası niteliğinde olduğu da çeşitli yazarlar tarafından ileri sürülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere TTK'daki ilgili hükmün gerekçesinde de söz konusu sigortanın isteğe bağlı zarar sigortası olduğu hususunun açıkça belirtilmesi sebebiyle D&O Sigortası'nın bir tür zarar sigortası olduğu kanaatindeyiz.

Her ne kadar Türk hukuku tahtında D&O Sigortası'na ilişkin kapsamlı bir düzenleme getirilmemiş olsa dahi TTK'da yer alan bu hüküm en azından şirketlerin takdirine bağlı olarak D&O Sigortası yaptırılmasının yolunu açmıştır. Ancak hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere ülkemizde bu sigortanın bugün yaptırılmasının olanakları kısıtlıdır. Nitekim ülkemizdeki uygulama alanı, bizlerin de Türk hukuk piyasasında birleşme ve devralma projelerinde de edindiğimiz tecrübe doğrultusunda, Anglo-Sakson hukuk sistemini haiz ülkelerde olduğu ölçüde yaygın değildir. Bununla beraber TTK'da yer alan hükmün asgari de olsa hem usulüne uygun bir şekilde görevlerini yerine getirme gayretinde olan yönetim kurulu üyelerine başka herhangi bir kaygı duymadan görevlerini yapma konusunda yarattığı esneklik hem de bunun bir olağan sonucu olarak ticari fayda açısından azımsamayacak bir katkı sağladığı aşikardır.

SONUÇ

Günümüzde uluslararası kurumsal şirketler, yönetici ve müdürlerinin etkin şirket ve risk yönetimini içeren genel stratejilerinin bir parçası olarak D&O Sigortası'nı daha fazla önemsemektedir. En etkin hukuki koruma herhangi bir yöneticinin dikkatinden, beceri ve deneyiminden kaynaklanıyor olsa da D&O Sigortası, yöneticiler, müdürler, pay sahipleri ve şirket bakımından oldukça fayda sağlayan bir strateji aracı addedilmektedir. Bununla birlikte mevzuatımızda D&O Sigortası'na ilişkin özel bir düzenleme olmaması ise bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Her ne kadar TTK'nın 361. maddesinde bu sigorta tipinden lafzen bahsedilse de D&O Sigortası açıkça tanımlanmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa ülkeleri arasında oldukça yaygın hale gelen bu sigorta

türünün, küresel ticaret dünyasına entegre hale gelen Türkiye'de de uygulanması ile birlikte, konuya ilişkin özel bir yasal düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. Bu durum, uygulamada çok yaygın olarak görülmeyen özel sigorta sözleşme türü olan D&O Sigortası'nın şirketler nezdinde genel uygulama haline gelmesini sağlayacak ve ticaret hayatının fonksiyonlarının gelişmesine neden olacaktır.

[Katkılarından dolayı Berke Yalçın'a teşekkür ederiz.]



İSTANBUL OFİS

19 Mayıs Cad. Dr. İsmet Öztürk Sok. No: 3 Elit Residence, Kat: 4/12 - 10/28 - 19/46 - 29/60 Şişli 34360 İstanbul, Türkiye

Tel : +90 212 380 0640
Faks : +90 212 217 1890



ANKARA OFİS

Kızılırmak Mah. 1450 Sok. Ankara Ticaret Merkezi (ATM), B Blok No: 1/29 Kat 5 Karakusunlar, Çankaya, Ankara, Türkiye

Tel : +90 312 286 1006
Faks : +90 312 286 1007



İZMİR OFİS

Adalet Mah. Manas Bulvarı Folkart Towers B Kule, No 47/2209 Bayraklı, İzmir, Türkiye

Tel : +90 232 290 0998
Faks : +90 232 290 0999



BURSA OFİS

Odunluk Mah. Akpınar Cad. Efe Towers A Blok Kat: 4 No:15/19 Nilüfer, Bursa, Türkiye

Tel : +90 224 441 1950
Faks : +90 224 441 1951



DENİZLİ OFİS

Sümer Mah. Çal Cad. Skycity İş Merkezi Kat 5 No: 1/41 Merkezefendi, Denizli, Türkiye

Tel : +90 258 252 1224
Faks : +90 258 252 1226



LONDRA OFİS

8 Duncannon Street, Golden Cross House, Londra, WC2N 4JF Birleşik Krallık



MOSKOVA OFİS

Empire Tower, Preshenskaya nab. 6 str. 2, floor: 47 office: 4727 Moskova, Rusya



KASABLANKA OFİS

Les Alizés Bureau No:102, 1er Etage, Lotissement La Colline II, No:33 Sidi Maarouf, Casablanca, Fas



AMSTERDAM OFİS

Singel 250 1016 AB Amsterdam, Hollanda



KİEV OFİS

Silver Breeze Business centre tv, Pavla Tychyny Av. 02152, Office 434. Kiev, Ukrayna