



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Cilt/Volume: 9 | Sayı/Issue: 3 | 2024/3

ISSN 2146 - 6203

KONKORDATO KOMİSERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE CONCORDAT
COMMISSIONER

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Fahri ÖZSUNGUR

OY SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER VE UYGULANACAK HÜKÜK EVALUATIONS ON THE VALIDITY OF VOTING AGREEMENTS AND APPLICABLE LAW

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Betül AKTAŞ ERTAN

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Cansu YENER KESKİN

KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE 2024/1760 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ÖZENLİ ETKİ DEĞERLENDİRMESİ YÖNERGESİ (CSDDD) HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT OF THE PROVISIONS OF THE EUROPEAN
UNION CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE
DIRECTIVE NO. 2024/1760 (CSDDD) WITHIN THE
FRAMEWORK OF THE CONCEPT OF CORPORATE
SUSTAINABILITY

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Duygu DEMİREL ÖZDEMİR

INFLUENCER TACİR MİDİR?

IS AN INFLUENCER A MERCHANT?

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Arif DURAN

NİSPİ TİCARİ DAVANIN TESPİTİNDEKİ GÜÇLÜKLERİN DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA YOL AÇABİLECEĞİ USULİ SORUNLAR

PROCEDURAL PROBLEMS THAT MAY ARISE FROM THE
DIFFICULTIES IN DETERMINING RELATIVE COMMERCIAL
ACTION IN CASE CONDITION (MANDATORY) MEDIATION

Dr. Seda KAYNAK



TUBİTAK
ULAKBİM

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında
Dizinlenmektedir



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
— 1882 —

REGESTA

Ticaret Hukuku Dergisi
Journal of Commercial Law

Dört Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

*This journal is a peer reviewed academical and occupational journal published
three times a year.*

Cilt: 9/Sayı: 3
Volume: 9/Issue: 3
Yıl/Year: 2024

TR Dizin Hukuk Veri Tabanında Dizinlenmektedir



Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 9/Sayı: 3
Volume: 9/Issue: 3
Yıl/Year: 2024

Yayın Sahibi/Publisher: İstanbul Ticaret Odası adına İmtiyaz
Sahibi/On Behalf of Istanbul Chamber of
Commerce Publisher and Grant Holder
Şekib Avdagiç

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Responsible Manager: Av./Aal. Nurcan Turan

Danışman ve Basıma
Hazırlayanın Adı/Name of the Legal Yayıncılık A.Ş.
General Counsel and Editing (Sertifika No./Certificate No. 27563)
Company: Tel.: 0 216 449 04 85-86

Basımcının Adı/Printed by: Ege Reklam Basım Sanatları San. ve Tic.
Ltd. Şti.

Basıldığı Yer/ Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir/İstanbul
Place of Publication: (Sertifika No./Certificate No. 45604)
Tel: 0 216 470 44 70

Basım Tarihi/Publication Date: Aralık/December 2024

Yönetim Yeri/Place of İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina
Management: Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul
Tel.: 0 212 455 60 00

URL: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Yayın Türü/Type of Publication: Bu dergi yılda üç sayı olarak yayımlanan
yerel, süreli ve hakemli bir hukuk
dergisidir./This journal is a peer
reviewed national law journal published
three times a year.

Basılı ISSN: 2146 - 6203
Online ISSN: 2687 - 1858

Dergiye yapılan atıflarda “**REGESTA**” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “**REGESTA**”*

Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri/

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2024

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Ticaret Odası’nın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Istanbul Chamber of Commerce.

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina

Reşadiye Cad. Eminönü, Fatih/İstanbul

Tel.: 0 212 455 60 00

İnternet adresi: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

Derginin web sayfası için "<https://ito.org.tr/tr/regesta>" adresini ziyaret edebilirsiniz.

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

DİL EDİTÖRÜ/LANGUAGE EDITOR

Av. Nur ÖZCAN

YAYIN KURULU EDITORIAL BOARD

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi E.Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Üniversitesi E.Öğr. Üyesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Fena İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi E. Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*YÖK üyesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*İzmir Ekonomi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi E. Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Doç. Dr. Emrah KULAKLI (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. Katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:

All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-mail: nurcan.turan@ito.org.tr

İstanbul Ticaret Odası Merkez Bina Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul, Tel.: 0 212 455 60 00

2. Dergilerde yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

The articles published in the journals may not be used without giving reference to their source.

3. Dergide yayınlanan yazıların yayın hakları İstanbul Ticaret Odasına aittir.

Istanbul Chamber of Commerce owns the copyrights of the articles published in the journal.

4. Dergide yayınlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlarına aittir.

The opinions expressed in the published articles in the journal are those of the authors.

5. Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, dört ayda bir (yılda üç kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.

Journal of Regesta is a peer reviewed journal published three times a year.

6. Dergi’de yayınlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya İngilizcedir.

This is a journal of law focusing on legal issues concerning law. Articles, case notes and comments, discussions of legislative development, book reviews and other similar type of papers which are written in the articles are either in Turkish or in English.

7. Dergi’de yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

8. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

9. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

10. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına, elektronik posta adreslerine ve “<https://orcid.org>” adresinden alınacak ORCID koda ilişkin bilgiler ve özgeçmişi de editöre ulaştırılmalıdır.

Along with the paper, the following must be submitted to the editor: the name, and the title of the author (authors), his/her institutional affiliation; his/her street address, telephone number (s) where he/she could be easily reached; his/her e-mail address (addresses), and the information about ORCID code which would be obtained through the web address of <https://orcid.org> and CV

11. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet (öz)** kısmı içermelidir. Özet (öz) yazımında en fazla 160 kelime kullanılmalıdır. Makaleler en az 5, en fazla 10 adet anahtar kelime/keywords içermelidir.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words. Papers must contain at least 5 and at the most 10 keywords.*

12. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **key-words** in Turkish and English that reflect the content of the article.*

13. Dergiye gönderilen makalelerde **atıf dipnotları ve kaynakça** Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) stilinde hazırlanmalıdır.

***Citation footnotes and bibliography** should be prepared in Oxford University Standard for the Citation of Legal Authorities (OSCOLA) style in the articles that sent to journal.*

14. Etik ilkeler ve kurallar konusunda 'Yayın Etiği Komitesi'nin (Committee on Publication Ethics - COPE (<https://publicationethics.org/>)) yönergesini esas almıştır.

On the subject of ethical principles and rules, it took the directives of the Committee on Publication Ethics -COPE (COPE: Committee on Publication Ethics) as a basis.

15. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proof-read by the author himself.*

16. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

17. Dergi'ye ait yeni sayı yayınlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** kopyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each Publisher issue of the Journal will be uploded as a **PDF** file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODİS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

18. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author (s) and to the reviewer (s).

Hakem Değerlendirme Sistemi/Arbiter Evaluation System

19. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayınlanmasına ya da düzeltme istenmesine ya da yayınlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'na, tekrar hakeme gönderilir.

After the initial assessment of the articles is completed by the editorial board, the articles will be submitted to a peer reviewer anonymously. In accordance with the reviewer's report, editing may be requested, the article may get published, or the article may be rejected. The author shall be notified of the decision as soon as possible. The editorial board shall submit the final, or the edited article to the peer reviewer one more time.

20. Her makale için hakem sayısı en az iki olup, iki hakemin görüşlerinin farklı olması durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınacaktır.

For each paper there would be at least two arbiters; when these two arbiters have conflicting opinions, either the editor or a third arbiter will be consulted.

21. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**ift kr hakemlik**) dayanır. Dergiye gönderilen tm alışmalar ift kr hakem değerlendirilmesine tabi tutulduğundan hakem listesine yer verilmemiştir. Hakeme gnderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **double blind peer review**. Because of the double blind peer review the journal doesn't include referee list. The identity of the author (s) and reviewer (s) will not be revealed to the other party.*

Regesta Hakkında/About Regesta

REGESTA adlı hukuk dergisi, yılda 3 sayı yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2011 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan dergide, Ticaret Hukuku'na ilişkin akademik makalelerin yanı sıra, ticaret sicili uygulamalarını ortaya koyan çalışmalara yer verilmektedir.

Akademisyenlerin ve ticaret sicilini ilgilendiren konularda çalışan başta hukukçular olmak üzere uzmanların, ticaret sicili ile doğrudan ya da dolaylı ilgili, yoruma açık ve tereddüt edilen konuları çeşitli perspektiflerden işleyen çalışmalarının büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyoruz.

Dergimizin etik ilkeleri, yayın ve intihal politikasına ilişkin detaylı bilgilere “<https://ito.org.tr/tr/regesta>” adresinde yer verilmiştir.

REGESTA, TÜBİTAK ULAKBİM Türk Hukuk dizininde yer alan dergiler arasına kabul edildi.

Journal of REGESTA is a peer reviewed academic law journal published regularly three times a year, concentrating on issues of academic articles relating to Commercial Law and studies regarding trade registry process. It has been in publication since 2011.

We are persuaded that the academicians' and the specialists' especially the jurists' studies, including different views regarding open-ended and hesitated subjects relating to the trade registry directly or indirectly, will be filled the gap.

Detailed information about our journal's ethical principles, its policy on publication and plagiarism may be found in the following address: <https://ito.org.tr/tr/regesta>

REGESTA is accepted amongst the journals that are ranked in the TUBITAK ULAKBİM Index.

Kişisel Verileriniz Hakkında Bilgilendirme

Dergimiz, İTO tarafından hakemli, yerel ve süreli yayın vasfıyla yayımlanmakta olup abonelik kapsamında daha önce bize bildirmiş olduğunuz adresinize gönderilmektedir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında, Dergimizin dağıtım faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla isim, unvan, adres ve iletişim bilgileriniz işlenmekte ve ilgili kurye/kargo şirketine aktarılmaktadır. Söz konusu kişisel verileriniz, aksi yönde bir talebiniz olmaması halinde Dergimizin yayınlandığı süre boyunca mevzuata uygun olarak saklanacaktır.

6698 sayılı Kanun uyarınca, söz konusu faaliyet kapsamında veri sorumlusu İTO olup, Kanunun 11. maddesi kapsamındaki haklarınız için nurcan.turan@ito.org.tr adresine e-posta yoluyla başvurabilirsiniz.

Regarding Your Personal Information

Our journal published by İTO, is a peer reviewed, national, and a periodical publication. As a part of your membership status, it is mailed to the address that you previously supplied to us.

Under the 6698 numbered Law on the Protection of Personal Information, and secondary legislation, your name, your title, your address, and your contact information are recorded, and communicated to the relevant shipping company for the purpose of distributing our periodical. Unless you request otherwise, during the term of our publication, your personal information shall be kept in accordance with the legislation.

Under the 6698 numbered Law, İTO is the responsible party for the data. Regarding your rights under article 11 of the Law, you may get in touch with us by e mailing to us either at nurcan.turan@ito.org.tr

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirme süreci Editör/Yayın Kurulu tarafından yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki kör hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Düzeltme istenilen yazı değerlendirilmesi için tekrar hakeme gönderilir. Hakem değerlendirme raporları TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kuruluna aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

REVIEWER EVALUATION PROCEDURE

The editor/the publication board works on the initial review procedure of the papers submitted to the journal; and the papers endorsed based on their form and their content would be submitted to at least two blind reviewers for evaluation. Based on the reports of the reviewers, it is decided to either revise or to publish the paper. The paper requested to be revised would be submitted to the reviewer one more time. Reviewer evaluation reports would be kept at least for a period of five years after the date of publication in the form that would enable them to be examined by the TÜBİTAK ULAKBİM TR index commission. The publication board makes the final decision regarding the publication of the papers. Unpublished papers shall not be remanded.

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2024 yılına ait son sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızdaki ilk eser Doç. Dr. Fahri ÖZSUNGUR'un "*Konkordato Komiserinin Hukuki Sorumluluğu*" olup; bunun yanı sıra Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN ve Dr. Öğr. Üyesi Cansu YENER KESKİN'in "*Oy Sözleşmelerinin Geçerliliğine İlişkin Değerlendirmeler ve Uygulanacak Hukuk*", Dr. Öğr. Üyesi Duygu DEMİREL ÖZDEMİR'in "*Kurumsal Sürdürülebilirlik Kavramı Çerçevesinde 2024/1760 Sayılı Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi (CSDDD) Hükümlerinin Değerlendirilmesi*", Dr. Öğr. Üyesi Arif DURAN'ın "*Influencer Tacir midir?*" ve Dr. Seda KAYNAK'ın "*Nispi Ticari Davanın Tespitindeki Güçlüklerin Dava Şartı Arabuluculukta Yol Açabileceği Usulî Sorunlar*" isimli yazılarına yer verilmiştir.

Dergimizin çift kör hakem uygulaması gibi yüksek akademik kriterleri ile iş dünyasını yakından ilgilendiren güncel konuları değerlendiren makale ve uzman görüşlerine yer vermemiz dergimize ilginin artmasını sağlamıştır. Akademisyenlere ve iş dünyasına gösterdikleri yoğun ilgi nedeniyle teşekkür ediyoruz.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 9/Sayı: 3

Yıl: 2024

İÇİNDEKİLER

Makaleler..... 467

Araştırma Makalesi

Konkordato Komiserinin Hukuki Sorumluluğu

Doç. Dr. Fahri ÖZSUNGUR 469

Oy Sözleşmelerinin Geçerliliğine İlişkin Değerlendirmeler ve Uygulanacak Hukuk

Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN

Dr. Öğr. Üyesi Cansu YENER KESKİN 505

Kurumsal Sürdürülebilirlik Kavramı Çerçevesinde 2024/1760 Sayılı Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi (CSDDD) Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Dr. Öğr. Üyesi Duygu DEMİREL ÖZDEMİR 537

Influencer Tacir midir?

Dr. Öğr. Üyesi Arif DURAN..... 591

Nispi Ticari Davanın Tespitindeki Güçlüklerin Dava Şartı Arabuluculukta Yol Açabileceği Usulî Sorunlar

Dr. Seda KAYNAK..... 637

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 9/Issue: 3

Year: 2024

CONTENTS

Articles..... 467

Research Articles

Legal Responsibility of the Concordat Commissioner <i>Assoc. Prof. Dr. Fahri ÖZSUNGUR</i>	469
Evaluations on the Validity of Voting Agreements and Applicable Law <i>Dr. Lecturer Betül AKTAŞ ERTAN</i> <i>Dr. Lecturer Cansu YENER KESKİN</i>	505
Assessment of the Provisions of the European Union Corporate Sustainability Due Diligence Directive No. 2024/1760 (CSDDD) within the Framework of the Concept of Corporate Sustainability <i>Dr. Lecturer Duygu DEMİREL ÖZDEMİR</i>	537
Is an Influencer a Merchant? <i>Dr. Lecturer Arif DURAN</i>	591
Procedural Problems that May Arise from the Difficulties in Determining Relative Commercial Action in Case Condition (Mandatory) Mediation <i>Dr. Seda KAYNAK</i>	637

MAKALELER

ARTICLES

* Konkordato Komiserinin Hukuki Sorumluluğu
Legal Responsibility of the Concordat Commissioner
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Fahri ÖZSUNGUR

* Oy Sözleşmelerinin Geçerliliğine İlişkin Değerlendirmeler ve Uygulanacak Hukuk
Evaluations on the Validity of Voting Agreements and Applicable Law
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Betül AKTAŞ ERTAN
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Cansu YENER KESKİN

* Kurumsal Sürdürülebilirlik Kavramı Çerçevesinde 2024/1760 Sayılı Avrupa Birliği
Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi (CSDDD)
Hükümlerinin Değerlendirilmesi
*Assessment of the Provisions of the European Union Corporate Sustainability Due
Diligence Directive No. 2024/1760 (CSDDD) within the Framework of the Concept of
Corporate Sustainability*
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Duygu DEMİREL ÖZDEMİR

* Influencer Tacir midir?
Is an Influencer a Merchant?
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Arif DURAN

* Nispi Ticari Davanın Tespitindeki Güçlüklerin Dava Şartı Arabuluculukta Yol
Açabileceği Usulî Sorunlar
*Procedural Problems that May Arise from the Difficulties in Determining Relative
Commercial Action in Case Condition (Mandatory) Mediation*
Dr. Seda KAYNAK

- Araştırma Makalesi -

#KONKORDATO KOMİSERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU*

(LEGAL RESPONSIBILITY OF THE CONCORDAT COMMISSIONER)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Fahri ÖZSUNGUR**

ÖZ

Konkordato icra ve iflâs hukukunda alacaklı-borçlu ilişkisinde hakların adil dağılımını sağlamaya yönelik kurumlardan biridir. Bu süreçte aktif rol oynayan ve mahkeme tarafından atanan konkordato komiserinin görev ve yetkileri bağlamında hukuki sorumluluğunun belirlenmesi, kamusal bir görevin icrasında devletin sorumluluk hukukundaki yerinin tespiti açısından önemlidir. Bu çalışma, konkordato komiserinin hukuki sorumluluğunu tarihi süreç, kavramsal çerçeve, konkordato komiseri türleri, komiserin görev ve yetkileri bağlamında ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato Komiseri, Konkordato, Hukuki Sorumluluk, Devletin Sorumluluğu, İcra ve İflâs Hukuku

ABSTRACT

Concordat is one of the institutions aimed at ensuring a fair distribution of rights in the creditor-debtor relationship in today's Turkish Bankruptcy law. Determining the legal responsibility of the concordat commissioner, who plays an active role in this process and is appointed by the court, in the context of his/her duties and powers, is important in terms of determining his/her place in the state's liability law in the execution of

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 18.01.2024 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 23.08.2024 tarihinde birinci hakem; 07.09.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Mersin Üniversitesi, Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Medeni Usul İcra ve İflas Hukuku A.B.D. doktora öğrencisi, fahriozsungur@gmail.com, 0000-0001-6567-766X

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; ÖZSUNGUR, Fahri, “Konkordato Komiserinin Hukuki Sorumluluğu”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 3, 2024, s. 469-504.

public duty. This study discusses the legal responsibility of the concordat commissioner in the context of the historical process, conceptual framework, types of concordat commissioners, duties, and authority of the commissioner.

Keywords: *Concordat Commissioner, Concordat, Legal Liability, State Responsibility, Enforcement and Insolvency Law*

1. GİRİŞ

İflâs hukuku alacaklıların alacaklarına kavuşmalarında önemli bir aracı işleve sahiptir.¹ Bu işlevin yerine getirilmesinde borçlunun varlıklarının tasfiye edilmesi veya yeniden yapılanma planı vasıtasıyla uzlaşma yolunun seçilmesi önemli bir role sahiptir.² Avrupa ve ABD sistemi içinde alacaklıların haklarının korunmasında yeniden yapılandırma yolu kısmen de olsa borçluyu da koruyan bir özelliğe sahiptir.³ Alacaklıların haklarındaki eşitsizlikler, öncelikli alacaklıların genel alacaklılara oranla haklarındaki öncelik sırası (ipotek, rehin vb.) borçlunun varlıklarının tasfiyesinde alacaklılar arasında dengesiz bir dağılıma ve hatta hak kayıplarına neden olabilmektedir.⁴

Alacak hakkının özüne bakıldığında, kendilerine kaynak teşkil eden hukuki işlemin bağladıkları hukuki neticeler ticari ilişkilerin yürütülmesi bağlamında bir etki zinciri oluşturması açısından önemlidir.⁵ Nitekim, alacaklıların dayanak hukuki ilişkilerinden bağımsız bir şekilde değeri-

¹ Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Beard Books 2001); Theodore Eisenberg, 'Bankruptcy Law in Perspective' (1980) 28 *UCLA Law Review* 953; Michelle J. White, *Bankruptcy law in Handbook of law and economics*, Vol 2 (Elsevier 2007) 1013-1072; Eli Berkovitch, Ronen Israel, and Jamie F. Zender, 'The Design of Bankruptcy Law: A Case for Management Bias in Bankruptcy Reorganizations' (1998) 33(4) *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 441, 464

² Giovanni Rodano, Nicola Serrano-Velarde, and Emanuele Tarantino, 'Bankruptcy Law and Bank Financing' (2016) 120(2) *Journal of Financial Economics* 363, 382

³ Hashi, Ilir, 'The Economics of Bankruptcy, Reorganisation and Liquidation: Lessons for East European Transitional Economies' (1995) 41(1) *CASE Network Studies and Analyses* 30, s. 22

⁴ Mark Brouwer, 'Reorganization in US and European Bankruptcy Law' (2006) 22(1) *European Journal of Law and Economics* 5, 9

⁵ Katherine Porter, 'Misbehavior and Mistake in Bankruptcy Mortgage Claims' (2008) 87 *Texas Law Review* 121; Lawrence A. Weiss, 'Bankruptcy Resolution: Direct Costs and Violation of Priority of Claims' (1990) 27(2) *Journal of Financial Economics* 285, 285

dirilmesi sonucu elde edilen kaynak dağıtımı sorunları ve şirketlerin sürdürülebilirlikleri öncelikli alacakların üzerinde bir değere sahiptir. Elbette bu önem öncelikli alacakların öncelik derecesinin önemsizliğini göstermemektedir.⁶ Ancak, bu durumun ortaya koyabileceği ticari işlerde kaynak, finans, sürdürülebilirlik gibi sorunlar ekonomik kalkınma, istihdam, tüketiciler gibi çok yönlü bir negatif etkiye neden olabilmektedir. Geçmişten günümüze tarihsel süreçte meydana gelen ticari hayatta alacaklı-borçlu ilişkisi özünü hakların adil bir şekilde korunması mücadelesinden almaktadır.⁷

Konkordato günümüz Türk İflâs hukukunda alacaklı-borçlu ilişkisinde hakların bu adil dağılımını sağlamaya yönelik kurumlardan biridir. Bu süreçte aktif rol oynayan ve mahkeme tarafından atanan konkordato komiserinin görev ve yetkileri bağlamında hukuki sorumluluğunun belirlenmesi, kamusal bir görevin icrasında devletin sorumluluk hukukundaki yerinin tespiti açısından önemlidir. Bu çalışma, konkordato komiserinin hukuki sorumluluğunu tarihi süreç, kavramsal çerçeve, konkordato komiseri türleri, komiserin görev ve yetkileri bağlamında ele almaktadır.

2. ROMA HUKUKU'NDAN GÜNÜMÜZE İFLÂS HUKUKU'NUN GELİŞİMİ VE KONKORDATODA TARİHSEL SÜREÇ

Tarihsel süreçte Roma hukukunun ortaya çıkmasından sonra gelişen iflâsa dair ticari sorunlar On İki Levha Kanunları ile yazılı hale dönüşen örf ve adet hukukunun (Ius non Scriptum) yansımaları ile şekillenmiştir.⁸ Roma hukuku yargılama sistemlerinin icra İflâs hukukuna doğrudan etkilerinin olmamasına karşın İflâs hukukunun izlerine rastlamak mümkündür.⁹ Bu dönemde yok etme, cezalandırma, vücudun parçalara ayrılması, köle olarak kullanma gibi borçlunun alacaklılara karşı vücut bütünlüğü ve

⁶ Otto J. Rogge, 'The Differences in the Priority of the United States in Bankruptcy and in Equity Receiverships' (1929) 43(2) Harvard Law Review 251, 251; Ian Welch, 'Why is Bank Debt Senior? A Theory of Asymmetry and Claim Priority Based on Influence Costs' (1997) 10(4) The Review of Financial Studies 1203, 1203

⁷ Kenneth N. Klee, 'Legislative History of the New Bankruptcy Law' (1978) 28 DePaul Law Review 941; Leonard E. Levinthal, 'The Early History of Bankruptcy Law' (1930) 5 Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy 157, 157; Vern Countryman, 'A History of American Bankruptcy Law' (1976) 81 Commercial Law Journal 226, 226

⁸ Stasys Vėlyvis and Vilija Mikuckienė "Origin of bankruptcy procedure in Roman Law." Jurisprudencija: mokslo darbai= Jurisprudence: Research Papers/Mykolo Romerio universitetas Nr. 3 (Vilnius: Mykolo Romerio universiteto Leidybos centras 2009) 117

⁹ Özlem Söğütlü, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı (2nd edn., Seçkin Hukuk 2021) 139

malvarlığı ile sınırsız bir sorumluluğu bulunmaktaydı. İflâsın “tüketmiş olmaya” yönelik anlamı alacaklıların alacaklarına kavuşmasında vazgeçilmez bir hak olarak tanınıyordu.

Borçlunun şahsı ile sorumluluğun Lex Poetelia vasıtasıyla M.Ö. 326’da malvarlığı ile sorumluluğu esasına dönüşmesi alacaklılarla borçlu arasındaki bir anlaşmaya bağlanmıştı.¹⁰ Anlaşmaya göre borçlu alacaklılara malvarlığı ve borç ilişkisi ile ilgili bilgileri eksiksiz bildirecek ve tüm malvarlığı alacaklıların hukuki yetki alanlarına bırakılacaktı. Bu durum borçlunun İflâsına neden olmakta ve tüm malvarlığına el konulması ile sonuçlanmaktaydı. El koyma kararı devletin yetkisi altında ve halka ilan edilerek duyurulan bir hüküm ifade etmekteydi. Malların yönetimi yargıç ve idareci sıfatıyla praetor tarafından curator bonorum adı verilen kayyıma bırakılırdı.¹¹

İflâs prosedürünün varlığı Roma Hukuku’nda alacaklı sayısının birden fazla oluşu ve alacaklıların taleplerinin karşılanması şartlarının bir arada bulunmasına bağlıdır.¹² Borçlunun malvarlığı ile sorumluluğu esasına göre tüm malvarlığının praetor tarafından satılması venditiobonorum usulü ile gerçekleştiriliyordu.¹³ Ancak bu yöntem zamanla alacaklıların sayılarının artması, satılan malların değerinin alacakları karşılamıyor olması nedeniyle distractibonorum yöntemi uygulandı¹⁴. İflâs idaresine benzer bir yöneticinin atanması sonrasında bu alacaklılarla borçlu arasındaki menfaat dengesi bir anlamda karşılanmaya çalışıldı. İflâsta benimsenen “par condicio omnium creditorum” kurumu alacaklıların alacaklılar arasındaki tasfiyenin eşit bir şekilde yerine getirilmesini sağladı.¹⁵

Roma hukukunda borçlunun ve alacaklıların menfaatlerindeki dengenin alacaklılar lehine olmasını sağlayan ve Actio Pauliana adı verilen bir

¹⁰ Saskia Roselaar, lex Poetelia Papiria in Oxford Research Encyclopedia of Classics (Oxford 2017); Robert Obenchain, 'Roman Law of Bankruptcy' (1927) 3 Notre Dame Law Review 169a

¹¹ Edward Schrantzer, 'A Study in Bankruptcy Administration' (1931) 3 Corporate Practice Review 43 43

¹² Selen Vélyvis, Vilija Mikuckienė ve Ali Gürkan Hüseyin Gürbüz Küçükkaya, 'Roma Hukukunda İflas Prosedürünün Doğuşu' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2389, 2393

¹³ Stasys Velyvis, Vilija Mikuckiene and Hande Gul Kucukkaya, 'Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2399

¹⁴ Stasys Velyvis, Vilija Mikuckiene and Hande Gul Kucukkaya (n 13) 2399

¹⁵ Nurettin Yıldırım, 'İflâsın Hukuki Mahiyeti' (1994) 54 (1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 331, 332

uygulamaya geçildi.¹⁶ Bu uygulama borçluların hileli davranışlarının önüne geçmesini amaçlamaktaydı. Borçlular lehine bir düzenleme ise borçluların ertelenmesi kurumu vasıtasıyla imparatorluk döneminde getirildi. Kısmen de olsa etkisini Ortaçağa kadar yansıtan alacaklıların egemenliği altındaki İflâs prosedürü kamusal etkilerin ağırlığı ile Avrupa ve ABD’de yeniden yapılandırma kurumuna dönüşmüştür.¹⁷

19 uncu yüzyılın başlarında ABD’de kabul edilen ilk İflâs kanunu 1800 yılında yürürlüğe girdi.¹⁸ Bu kanun yürürlüğe girdikten üç yıl sonra yürürlükten kaldırılarak 1841, 1867, 1898, 1898 Chandler Kanunu değişiklikleri revizyonu (Chandler Act Amendments to the Bankruptcy Act of 1898), 1978 İflâs Reformu Kanunu (The Bankruptcy Reform Act of 1978), 1894 Federal Yargıçlık Kanunu (Federal Judgeship Act of 1984), 1986 İflâs Hakimleri, 1986 Amerika Birleşik Devletleri Mütevelli Heyeti ve Çiftçi Kanunu (Bankruptcy Judges, United States Trustees and Farmer Act of 1986), 2005 İflâs Süistimalini Önleme ve Tüketiciyi Koruma Kanunu (Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005), yürürlüğe girdi.¹⁹

1800 tarihli ilk İflâs kanunu İngiliz İflâs kanununa benzerlik gösteriyordu. Bu kanun alacaklı yanlısı (pro creditor) bir özelliğe sahipti. Bu kanun yalnızca tacirlerin borçlu sayıldığı ve alacaklıların İflâs davası açmalarına yetki tanındığı bir sistemdi (involuntary bankruptcy).²⁰ Alacaklıların üçte iki çoğunluğunun tasfiyeye muvafakat etmeleri iflâs için zorunlu bir şart olarak öngörülmüştü. 1841 ABD İflâs Kanunu ilk kez borçlulara iflâs davası açabilme yetkisi tanındı (voluntary bankruptcy).²¹ 1867 tarihli ABD İflâs Kanunu alacaklı ve borçlu taraf için iki yönlü İflâs davası açma yetkisini tanıdı. Bu kanunla gerçek kişiler ve tüzel kişiler İflâs bağlamında

¹⁶ Dwi Pangestu Pangestu, 'Actio Pauliana as the Rights Protection Efforts for Creditors in the Bankruptcy Case' (2019) 3 Journal of Private & Commercial Law 26; Tuomas Linna, 'Actio Pauliana and Res Judicata in EU Insolvency Proceedings' (2015) 11(3) Journal of Private International Law 568 584

¹⁷ Mark J. Roe, 'Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization' (1983) 83 Columbia Law Review 527

¹⁸ Countryman (n 7) 226

¹⁹ John A. McLaughlin, 'Aspects of the Chandler Bill to Amend the Bankruptcy Act' (1936) 4 University of Chicago Law Review 369

²⁰ John C. McCoid, 'The Origins of Voluntary Bankruptcy' (1988) 5 Bankruptcy Development Journal 361; John C. McCoid, 'The Occasion for Involuntary Bankruptcy' (1987) 61 American Bankruptcy Law Journal 195

²¹ Martin Weisman, 'Story and Webster - and the Bankruptcy Act of 1841' (1941) 46 Commercial Law Journal 4.

borçlu sıfatına hak kazandılar.²² İflâs davası ABD Bölge Mahkemesi'ne (United States District Court) açılabilir, bölge mahkemesi İflâsın idaresine yardımcı olması için İflâs sicil memurlarını (registers in bankruptcy) atamaya başladı. ABD İflâs Kanunu hükümlerine göre İflâs müteveli heyetinin (bankruptcy trustee) selefî olan bir "temsilci", alacaklıların yararına varlıkların tasfiyesine nezaret etmekle görevlendirilmekteydi.

1867 tarihli ABD İflâs Kanunu konkordatoyu (composition agreement; Vergleich) ilk kez İflâs hukukuna dahil etti. Bir tür yeniden yapılandırma (reorganization) sürecinin temelini oluşturan bu anlaşmanın alacaklıları hukuki olarak bağlaması için alacaklıların sayısı ve alacakların toplam değerinin dörtte üç çoğunluğunun onayı gerekliydi.²³ 1898 tarihli kanun ile İflâs davaları İflâs mahkemelerinde görülmeye başlandı.²⁴ Konkordato için gerekli çoğunluk alacaklıların ve alacak miktarının basit çoğunluğu olarak öngörüldü. Bu kanun diğer kanunlara göre İflâsın ertelenmesi için daha esnek hükümler içermekteydi.

Chandler Yasası ile değiştirilen 1898 tarihli İflâs Kanunu alacakların anlaşma planı çerçevesinde düzenlenmesini, kayyım ataması gibi düzenlemeler içeriyordu.²⁵ 1978 yılına gelindiğinde İflâs hakimleri artık İflâs masasının yönetiminde yer almadı. Daha önce İflâsa dair 10 ve 11 inci bölümler 11 inci bölüm altında birleştirildi. 13 üncü bölüm süper İflâs ertelemesi müessesesini beraberinde getirdi. "Masa/varlık yönetiminde ekonomi" ilkesi bu hükümle terkedildi. Daha önceleri İflâs idaresi ile ilgili ödenecek ücretlerde kısıtlamalar gidilmişti. Chandler yasası revizyonları bu kısıtlamayı ortadan kaldırdı. Böylece bugün yürürlükte olan ABD İflâs Kanununun temeli oluşturuldu.

Avrupa'da İflâs ile ilgili Roma hukukunun sert etkilerinin yumuşama eğilimleri 1870'lerden sonraki döneme denk gelmektedir. İflâsın kaynağının sadece borçlunun yetersiz ticari yönetim becerileri ile ilişkilendirilemeyen dış etkenleri ile ilişkili olabileceği fikri yaygınlaşmaya başladı. Diğer taraftan, işletmelerin varlıklarının İflâs yoluyla satışının alacaklıla-

²² McLaughlin (n 17) 369

²³ Christopher J. Tabb, 'The History of the Bankruptcy Laws in the United States' (1995) 3 American Bankruptcy Institute Law Review 5

²⁴ Robert Brubaker, 'One Hundred Years of Federal Bankruptcy Law and Still Clinging to an In Rem Model of Bankruptcy Jurisdiction' (1998) 15 Bankruptcy Development Journal 261; Christopher J. Tabb, 'Century of Regress or Progress--A Political History of Bankruptcy Legislation in 1898 and 1998' (1998) 15 Bankruptcy Development Journal 343

²⁵ Leibell Jr, Vincent L., 'The Chandler Act—Its Effect upon the Law of Bankruptcy' (1940) 9 Fordham Law Review 380

rın alacaklarına erişmesinde önemli bir engel olabileceği hususu yaygın bir fikir olarak benimsenmeye başlandı. Bu durum Avrupa’da İflâs hukukunda borçlunun mahkemeden gönüllü olarak alacaklılardan korunmasını talep etme ve tasfiyeyi önleyici bir İflâs erteleme hakkını sağladı. Bu gelişmeler kamusal anlamda İflâsın işletmeler üzerindeki güçlü etkisini esnek bir yapıya dönüştürmeyi hedeflemeye başlamıştı. 1883’te İngiltere’de İflâs içi konkordato (composition in bankruptcy; Zwangsvergleich), 1889’da Fransız tasfiye yargılaması (liquidation judiciaire), 1903 yılında İtalya’da alacaklılarla anlaşmayı sağlayan konkordato (concordato preventivo) gelişmeleri alacaklı-borçlu ilişkisinde ticaretin ve şirketin sürekliliği ilkelerindeki dengenin sağlanması amaçlanmıştır. ABD’de yürürlükte olan İflâs Kanunu on birinci bölüm bu gelişmelerde ilham kaynağı olmuştur. Nitekim, 1 Ocak 2021 tarihli Alman İflâs ve yeniden yapılandırma kanununda yapılan kapsamlı bir değişiklik²⁶ iflâs haricinde ortaya çıkan ve alacaklıların basit çoğunluğu ile alacakların yeniden yapılandırılması imkanı tanınmıştır. Bu kanun üç ana alanda şekillenmektedir: Şirketler için İstikrar ve Yeniden Yapılandırma Çerçevesi Hakkında Kanun [Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz - StaRUG)], Alman İflâs Kanunundaki değişiklikler (Änderungen an Insolvenzordnung (InsO) ve pandemi ile ilgili ticari gelişmelerdeki olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması.²⁷

Alman İflâs hukukundaki bu yeni düzenlemelerle yeniden yapılandırma borçlu tarafından hazırlanacak bir yükümlülük planının hazırlığına bağlıdır.²⁸ Kredi sürelerinin uzatılması, borçtan feragat, faiz oranlarının

²⁶ Bu değişiklik Yeniden Yapılandırma ve İflas Hukukunun Geliştirilmesi Kanunu (Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts) ile gerçekleştirilmiştir. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, ‘Fortentwicklung des Insolvenzrechts’

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Fortentwicklung_Insolvenzrecht.html Erişim Tarihi 6 November 2021; Buzer.de, ‘Gesetz zur Fortentwicklung des Insolvenzrechts’ <https://www.buzer.de/gesetz/317/1.htm> Erişim Tarihi 6 November 2021

²⁷ Gesetze im Internet, ‘Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (StaRUG)’ <https://www.gesetze-im-internet.de/starug/BJNR325610020.html> Erişim Tarihi 6 November 2021

²⁸ Thole, Christian, ‘Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs-und restrukturierungsgesetzes (StaRuG-RefE)’ (2020) 41(41) ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1985 2000; Achim Albrecht "Instrumente für Liquidität." (2021) 8(4) Return 62.; Wolfgang Marotzke, “Gegenseitige Verträge im künftigen Stabilisierungs-und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen: zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Stabi-

yeniden düzenlenmesi, yeni kredi tahsisi gibi birçok imkan yeniden yapılandırma ile borçlu şirkete tanınmıştır.²⁹ Bu planın amacı borçlu şirketin korunması ve alacaklıların alacaklarının yapılandırmaya uygun şekilde yönetilmesidir. Ancak Alman yeniden yapılandırma sistemi işçi haklarını kapsam dışında bırakmaktadır. Yeniden yapılandırma sürecinin işten çıkarma veya istifalarla sonuçlanması durumunda, şirket bu tür kesintilerin maliyetlerini mevcut varlıklarından karşılamalı veya İflâs işlemleri yoluyla yeniden yapılandırmayı tercih etmelidir. Başlangıçta, kanun tasarısı şirketin mevcut sözleşmeleri (örneğin, kiralamalar) feshetme hakkına sahip olmasını şart koşuyordu, ancak bu seçenekler henüz yasa koyucu tarafından ele alınmamıştır.³⁰ Şirket alacaklıları gruplara ayrılabilir. Bu durumda oy hakları talep miktarına göre belirlenmektedir. Her grupta yer alan alacaklıların dörtte üçünün onayı halinde yeniden yapılandırma planı kabul edilebilmektedir.³¹

3. KONKORDATO KOMİSERİ KAVRAMI

Komiser Fransızca “commissaire” kavramından gelmektedir. Bu kavram Fransızca karşılığı olarak geçici görev ve fonksiyonların yerine getirilmesi için bir otorite tarafından atanan kişiyi ifade eder. Kaynağını Latince “committere” yani bir taahhüdün yerine getirilmesi fiilinden alan bu kavram kamusal yetkilerin kullanılması vasıtasıyla belirli görev ve taahhütlerin yerine getirilmesi için atanan kişi veya komiteyi ifade etmek için kullanılmaktadır. İsviçre hukukunda komiser, işlevleri bağlamında benzer nitelikteki “sachwalter” kavramı karşılık gelmektedir. “Sachwalter” ifadelerinin yer aldığı, konkordatonun ve devletin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin Fransızca çevirisinde ise “Commissaire” ifadesine yer verilmiştir.

Türk İflâs hukukunda konkordato komiseri 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 287 vd. maddeleri gereğince asliye ticaret mahkemesince görevlendirilen kişileri ifade eder. Konkordato komiseri, Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik m. 4’te belirtilen nitelikleri haiz ve komiserlik eğitimini tamamlamış kişilerdir.

lisierungs-und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG)” (2021) 1998, 24(1/2) Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht-Recklinghausen: ZAP-Verlag für die Rechts-und Anwaltspraxis

²⁹ Jochen Schönfelder and Rüdiger Wolf, ‘Sinkende Schuldnerqualität’ (2021) 8(4) Return 12

³⁰ Christoph Poertzgen, ‘Sanierungspflicht’, in Haftungsvermeidung in der Unternehmenskrise (Springer Gabler, Wiesbaden, 2021) 139

³¹ Poertzgen (n 30) 140

Mahkemece üç komiserin atanacağı durumlarda komiserlerden en az biri Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş bağımsız denetçiler arasından seçilir. Bu düzenlemeler esas alındığında konkordato komiserinin, kanun tarafından verilen görevleri yerine getiren ve mahkemece atanmış resmi görevliler olduğu söylenebilir.

4. KONKORDATO KOMİSERİNİN TÜRLERİ

Konkordato komiserinin İİK’da belirtilen temel üç türü bulunmaktadır: geçici komiser, kesin mühlet komiseri ve malvarlığı terkinde konkordato tasfiye memuru yerine görevli komiser.

4.1. Geçici Konkordato Komiseri

Geçici mühlet kararının verilmesiyle birlikte mahkeme bir geçici konkordato komiseri görevlendirir. Bu durumda konkordato komiserinden beklenen görev konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığını incelemektir (İİK m. 287/3). Kanun koyucu bu durumun tespiti için yakından inceleyerek gerçekleştirilmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Alacak sayısı ve miktarına göre mahkeme geçici konkordato komiserinin sayısını üç olarak belirleyebilir. Bu durumda komiserlerden en az biri Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK) tarafından yetkilendirilmiş bağımsız denetçilerden seçilir. Üç komiserin görevlerinin belirlenmesinde İİK m. 290’da belirtilen görev ve yükümlülükleri kıyasen uygulanır. Geçici komiserin görevlendirilmesine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

Geçici komiser geçici mühletin üç aylık süresinin bitmesinden önce bu sürenin en çok iki ay daha uzatılması için mahkemeye talepte bulunabilir. Geçici mühlet süresinin uzatılmasını borçlu talep etmişse geçici komiser bu konuda görüşünü mahkemenin talebi üzerine sunar. İİK m. 287/5 hükmünün yollamasıyla Kanunun 291 ve 292 nci maddeleri kıyasen uygulanır. Bu durumda konkordatoda amaçlanan finansal ve hukuki sorumluluk bağlamında iyileşmenin mühletin sona ermesinden önce gerçekleştiğini komiser tespit ettiğinde ve mahkemeye bunu raporuyla bildirdiğinde geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilir. Diğer taraftan, borçlunun komiserin talimatlarına uymaması halinde iflâsa tabi borçlu bakımından komiserin yazılı raporunu sunması halinde mahkeme, mühleti kaldırarak konkordato talebinin reddine ve borçlunun iflâsına resen karar verir (İİK m. 292/2).

Geçici komiser geçici mühlet içinde verilecek olan kesin mühlet kararı için yapılacak duruşmadan önce yazılı raporunu sunar. Rapor konkor-

datonun başarıya ulaşmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tespit ve bilgileri içerir. Mahkeme gerekli gördüğü takdirde beyanı alınmak üzere komiserin duruşmada hazır bulunması için çağrı yapar.

4.2. Kesin Mühlet Konkordato Komiseri

Mahkeme borçluya bir yıllık kesin mühlet verdiğinde komiserlerle ilgili yeni bir görevlendirme yapıp yapılmadığı hususunda gerekli değerlendirmeyi resen yapar. Yeni bir görevlendirmeye gerek görmediği takdirde mahkemece geçici komiser veya komiserlerin görevlerinin devamına karar vererek dosyayı komiserlere teslim eder (İİK m. 289/3). Alacaklılar kurulu oluşturulurken komiserin de görüşü alınır. Komiser bu toplantıda hazır bulunarak alınan kararları toplantıya katılanların imzasını almak suretiyle tutanağa bağlar. Komiser güçlük arz eden özel durumların varlığı halinde kesin mühletin mahkemece altı aya kadar uzatılması için mahkemeye gerekçeli rapor sunabilir. Borçlunun uzatmaya dair talebinin varlığı halinde mahkemece komiserin görüşü alınır.

Kesin mühlet içinde İflâsa tabi borçlu için aşağıda belirtilen hususların gerçekleşmesi durumunda mahkeme, komiserin yazılı raporu üzerine konkordato talebinin reddi ile borçlunun İflâsına resen hükmeder.

i) Borçlunun malvarlığının korunması için iflâsın açılması gerekiyorsa.

ii) Konkordatonun başarıya ulaşamayacağı anlaşıyorsa.

iii) Borçlu, İİK m. 297'ye aykırı davranır veya komiserin talimatlarına uymazsa ya da borçlunun alacaklıları zarara uğratma amacıyla hareket ettiği anlaşıyorsa.

iv) Borca batık olduğu anlaşılan bir sermaye şirketi veya kooperatif, konkordato talebinden feragat ederse.

Kesin mühlet içinde İflâsa tabi borçlu için (ii) ve (iii) bentlerindeki koşulların varlığı halinde mahkeme, komiserin yazılı raporu üzerine kesin mühletin kaldırılması ile konkordato talebinin reddine resen hükmeder. Mahkemenin resen vereceği kararlar için komiserin sunacağı raporlarda konkordatonun başarıya ulaşması, alacaklıların zarara uğramaları, borçlunun malvarlığının korunmasında risk unsurları, borçlunun talimatlara ve alacaklıların korunmasına aykırı hareketlerine ilişkin tespitler ve gerekçeli açıklamalar yer alır.

4.3. Malvarlığı Terkinde Konkordato Tasfiye Komiseri

İİK m. 309/a hükmünün ikinci fıkrası gereğince malvarlığının terki suretiyle konkordatoda sağlanan yetkilerde alacaklılar haklarını konkorda-

to tasfiye memurları ve alacaklılar kurulu vasıtasıyla kullanırlar. Konkordato tasfiye memuru olarak seçilecek kişi konkordato komiseri de olabilir. Bu nedenle, malvarlığı terkinde tasfiye memuru olarak konkordato komiserinin seçilmesi durumunda tasfiye memuruna ilişkin görev, yetki, yükümlülük ve sorumluluklar komiserde de uygulanır. Konkordato tasfiye memuru olarak görev yapacak komiser alacaklılar kurulunun nezaret ve denetimine tabidir.

5. KONKORDATO KOMİSERİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Konkordato komiserinin sorumluluğunun kapsamını belirleyen unsur, görev ve yetkileridir. Görev ve yetkiler kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. İİK m. 290’ da genel olarak sayılan görevleri, farklı hükümlerde özel olarak da hüküm altına alınmıştır.

5.1. Genel Olarak

İİK m. 290 komiserin görevlerini saymıştır. Bu hükme göre komiserin görevleri şu şekildedir:

- Konkordato projesinin tamamlanmasına katkıda bulunmak.
- Borçlunun faaliyetlerine nezaret etmek.
- İİK’da öngörülen görevleri yerine getirmek.
- Mahkemenin istediği konularda ve uygun göreceği sürelerde ara raporlar ibraz etmek.
- Alacaklılar kurulunu konkordatonun gidişatı ve durumu hakkında düzenli aralıklarla bilgilendirmek.
- Talepte bulunan diğer alacaklılara konkordatonun gidişatı ve durumu ile borçlunun güncel malî durumu hakkında bilgi vermek.
- Mahkeme tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Komiserin İİK’da öngörülen görevleri, ilgili hükümlerde açıkça sayılmıştır. Bunlar; borçlunun işlerine nezaret etme (İİK m. 297/1), borçluya talimat vermek (İİK m. 292/1-c), gerektiğinde borçludan belge ve kayıt isteme (İİK m. 286/2), borçlunun mevcudunun defterini yapma ve inceleme ile malların kıymetini takdir etme (İİK m. 298/1; 298/2; 300/1), mahkemeye görüş sunma (İİK m. 287/4; 289/4; 289/5; 297/2), mahkemeden talepte bulunma (İİK m. 287/4), mahkemeye rapor sunma (İİK m. 289/2; 289/5; 290/1; 292/1; 292/2; 302/8; 304/1; 304/2; 308/h/3; 308/h/5), konkordato dosyasını teslim alma ve etme (İİK m. 289/3; 290/1), duruşmada bulunma, komiserin dinlenilmesi (İİK m. 290/5; 304/1), alacaklılar kurulunda hazır bulunmak (İİK m. 289/4), alacaklılar toplantısına başkanlık etmek (İİK m. 302/2), alacaklılar toplantısında rapor sunma (İİK m. 300/1;

302/1), tutanak tutma (İİK m. 308/h/3), onay verme (İİK m. 294/7), uygun görüş ve izin verme, (İİK m. 296/2; 297/1; 305/1-d; 308/c/2; 308/c/3), ihtarda bulunma, ilan ve davet etme (İİK m. 297/3; 299/1; 300/1; 301/1; 308/h/2), adi tasfiyenin yerine getirilmesi (İİK m. 308/2), adi tasfiyenin yerine getirilmesinde iflâs idaresine ait görev ve yetkilerin kullanılması (İİK m. 308/2), malvarlığının terkine dayalı konkordatoda konkordato tasfiye memurları yerine atanan komiserlerin İİK m. 309/a vd. hükümlerinde belirtilen görevleri sayılabilir.

Konkordato komiseri görevlerini yerine getirirken sahip olduğu yetkileri kullanır. Alacaklı ve borçlu arasındaki hukuki, fiili ve mali dengenin sağlanmasında önemli bir işlevi yerine getiren komiser, görev ve yetkilerinin adil bir dengede olması için mahkemenin denetlemesine tabidir. Bu denetim ve hesap verme durumu görev ve yetkilerin resmi niteliğini açıkça ortaya koyar.

5.2. KONKORDATO KOMİSERİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Komiser görev ve yetkilerinin ifasında bazı yükümlülüklerle uygun davranmak zorundadır. Komiserin yükümlülükleri Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik (KKY) m. 8’de sayılmıştır. Buna göre komiserin görevini yerine getirmesinde beş temel yükümlülüğe uygun davranılması gereklidir:

i) Görevini kanun, bu Yönetmelik ve dürüstlük kuralları çerçevesinde tarafsız, objektif ve özenle yerine getirmek.

ii) Kendisine tevdi olunan görevi bizzat yerine getirmek.

iii) Görevi sebebiyle öğrendiği sırların gizliliğini sağlamak ve korumak.

iv) Görevi sırasında elde ettiği bilgileri kendisi, yakınları veya üçüncü kişiler yararına doğrudan veya dolaylı bir menfaat elde etmek için kullanmamak.

v) Görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendisi, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlamamak, hediye kabul etmemek ve aracılıkta bulunmamak.

Anılan yükümlülüklerden iii, iv ve v’de belirtilen yükümlülükler komiserlik görevinin sona ermesinden sonra da devam eder. Diğer taraftan komiser konkordato komiserliği görevi almak için reklam sayılabilecek nitelikte girişim ve eylemlerde bulunamaz. Mahkeme yukarıda sayılan beş yükümlülüğünden herhangi birine aykırılık durumunda komiserin görevine son verir.

Konkordato komiseri görevi nedeniyle elde ettiği bilgilerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kapsamı, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak şekilde belirlenmiştir. Mahkeme dosyasını teslim alan, alacak ve borç ilişkisinin özel unsurlarını, taraflara ait bilgilerin kaydını tutan komiser bu bilgilerin gizliliğini korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük özellikle mahkeme tarafından verilen ve İİK’da belirtilen görevlerde yerine getirilmelidir.

6. KONKORDATO KOMİSERİNİN HUKUKİ SORUMLUĞU

6.1. Genel Olarak

Komiserin sorumlulukları hakkında İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla Kanunun 227 nci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm İflâs idaresinin hukuki ve cezai sorumluluklarını düzenlemektedir. Hükmün dördüncü fıkrası İflâs idaresini oluşturanların kusurlarından ileri gelen zarardan sorumlu olduklarını, bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağını, beşinci fıkrası ise İflâs idaresini oluşturanların Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılacağını düzenlemiştir.

Daha önce, 17/7/2003 tarih ve 4949 sayılı kanunun 92 nci maddesi ile yapılan eklemede “Konkordato komiserleri, işledikleri eylemler bakımından Türk Ceza Kanununun 279 uncu maddesi anlamında memur sayılırlar” hükmü getirilmişti. Bu hüküm “konkordato komiserinin sorumluluğu” başlığı altında İİK m. 334/a ile düzenlenmişken 31/5/2005 tarih ve 5358 sayılı kanunun 23 üncü maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Konkordato komiserinin hukuki sorumluluğunun belirlenmesi için hukuki statüsünün çerçevesinin çizilmesi gereklidir.

6.2. Komiserin Hukuki Statüsü

Kanunun “tutanaklar” başlığı altında düzenlenmiş 8 inci, “iş görmekten memnuiyet” başlığı altında düzenlenmiş 10 uncu, “memnu işler” başlığı altında düzenlenmiş 11 inci, “şikayet ve şartlar” başlığı altında düzenlenmiş 16 ncı, “icra tebliğleri” başlığı altında düzenlenmiş 21 inci ve “icra dairelerinin muhabereleleri” başlığı altında düzenlenmiş 359 uncu maddelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla konkordato komiserleri hakkında da uygulanır (İİK m. 290/2).

Komiser gerçekleştirdiği işlemlerle ilgili kendisine ulaşan talep ve beyanlarla ilgili tutanak hazırlamakla yükümlüdür. Sözlü bir beyan olması durumunda bunlar ilgililer ve komiser tarafından imzalanarak muhafaza altına alınır. İlgililer bu tutanakların birer örneğini alma ve bunları inceleme hakkına sahiptir. Ayrıca tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir (İİK m. 290/2; 8/3).

İİK m. 10'da öngörüldüğü üzere komiserin kendisinin, karı veya kocasının, nişanlısının yahut kan ve sıhri usul ve fûruunun veya üçüncü derece dahil olmak üzere bu dereceye kadar olan kan ve sıhri civar hısımlarının, Kanuni mümessili veya vekili yahut müstahdemi bulunduğu bir şahsın menfaati olan işleri derhal mahkemeye bildirmek durumundadırlar. Komiserlerin konkordatonun konusuna giren bir alacak veya malvarlığı ile ilgili kendileri veya başkaları hesaplarına bir akit yapmaları memnudur. Memnu olan bu akit yapıldığı takdirde hükümsüzdür (İİK m. 290/2; 11/1).³²

Komiserlerin konkordatoya ilişkin işlemleri hakkında asliye ticaret mahkemesine şikayet olunabilir (İİK m. 290/3). Mahkemece bu konuda verilecek kararlar kesindir. Komiserin bu işlemlerinin kanuna aykırı olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı mahkemeye şikayet olunabilir. Şikayet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikayet olunabilir (İİK m. 290/2; 16).

Komiserin görevi nedeniyle gerçekleştirdiği işlemlerin tebliği yazı ile ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre yerine getirilir. Ayrıca komiserler yaptıkları muameleden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya muhabere edebilirler (İİK m. 290/2; 359). Bu durum "Komiserin bilgi

³² Benzer şekilde bu hükümleri Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik m. 6'da düzenlemektedir. Anılan hüküm şu şekildedir: "Komiser;

a) Kendisinin,

b) Eşinin, nişanlısının yahut kan ve kayın alt ve üstsoyunun veya üçüncü derece dâhil olmak üzere bu dereceye kadar olan kan ve kayın hısımlarının,

c) Kanuni temsilcisi veya vekili, çalışanı, kayyımı ya da yasal danışmanı bulunduğu bir şahsın,

menfaati olan işleri göremez ve bu durumda derhâl görevlendirmeyi yapan asliye ticaret mahkemesine haber vermek zorundadır. Mahkeme tarafından müracaat yerinde görülürse komiserin görevine son verilir.

(2) Komiser, görevi kapsamında kendisi veya başkaları hesabına sözleşme yapamaz, yaparsa hükümsüzdür.

ve belge temini ile iletişim” başlığı altında KKY m. 9/1’de “Komiser, görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeleri, özel ve kamu kurum ve kuruluşları ile ilgililerden talep edebilir, doğrudan yazışma yapabilir ve iletişim kurabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında konkordato komiserinin konkordato ile ilgili görevini ifa ettiği esnada resmi bir statüye sahip olduğu, yürütülen görev bağlamında bir icra organı olduğunu kabul etmek gerekir.³³ Gerçekten de konkordato mahkemenin denetimi, alacaklılar kurulu ve komiserin nezaretinde yürütülmektedir. Bu yönüyle ve tabi olduğu hükümler bağlamında konkordato kurumu resmi bir görev icrasını teşkil eder.³⁴ Bu görevin yürütülmesinde aktif rol alan, görevi esnasında resmi görev ifa eden, Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılan, İflâs idaresini teşkil edenlerin sorumluluğuna tabi olan konkordato komiseri resmi bir icra organıdır.³⁵ İsviçre’de bu durum “mahkemenin uzayan kolu (verlängerter Arm des Gerichts)” olarak ifade edilmektedir.³⁶ İcranın özel hukuka tesir eden kamusal niteliğinin gerektirdiği görevlerin ifasında görevlendirilen kişilerin kendilerini atayan mahkemenin uzayan kolu olmalarını sağlar. Bu uzayan kol, mahkemenin ve kanunun verdiği yetkilerle sınırları kamu tarafından çizilen görevleri yerine getirir. “İcra organı” vasfı ise kanun ve mahkeme tarafından verilen yetkilerle kurumsal bir nitelik alması ve “icrai” niteliğinin ön planda olmasındandır.

6.3. KOMİSERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ÇERÇEVESİ

Komiserin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla Kanunun 227 nci maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. İflâs idaresini teşkil edenlerin kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumlu olacağını düzenleyen, bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağını öngören ve Türk Ceza Kanununun uygulanmasında memur sayılacaklarını hüküm altına alan bu

³³ Aynı yöndeki görüş için bkz. İsmail Ercan, "Uygulamacılar için İcra ve İflas Hukuku El Kitabı" (7th edn., Seçkin Hukuk, 2021) 1352

³⁴ Baki Kuru, "İcra ve İflas Hukuku El Kitabı" (2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013) 1468

³⁵ Aynı yöndeki görüş için bkz Kuru (n 32) 1468

³⁶ İsviçre Federal Konseyi'nin "Gerçek Kişiler İçin Yeniden Yapılandırma Prosedürleri" raporu (Sanierungsverfahren für Privatpersonen – Bericht des Bundesrates), 9 Mart 2018 tarihli, Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.244208/237.1/2018/00005, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/77329.pdf> Erişim Tarihi: 6 Nov 2021; Cenk Akil, "Sorularla Adi Konkordato" (Adalet Yayınevi, 2019) 92; Mahmut Coşkun, "Konkordato ve İflas" (2nd edn, Seçkin Yayınları, 2019) 195

düzenleme, konkordato komiserlerinin hukuki sorumlulukları hakkında ikili bir ayrıma gidilmesine neden olmuştur. Bu ayrımlardan ilki devletin sorumluluğu, ikincisi ise komiserin şahsen sorumluluğudur.

6.3.1. Devletin Sorumluluğu

İcra hukukunda devletin sorumluluğu İsviçre hukukunda SchKG Art. 5'te düzenlenmiştir. Anılan hükme göre devlet, memurlar ve çalışanlar, bunların yardımcıları, resmi olmayan İflâs idarecileri, kayyımlar, tasfiye memurları, denetim ve yargı makamları ile polisin bu Kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirirken hukuka aykırı olarak verdikleri zararlardan sorumludur.³⁷ Benzer hüküm İİK m. 5'te düzenlenmiştir. Hüküm İcra ve İflâs Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının idare aleyhine açılabilceğini öngörmektedir.

Öğretide komiserin hukuki sorumluluğuna ilişkin birinci görüş komiserin görevi nedeniyle yaptığı işlemlerden dolayı borçlu, alacaklı ve üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı öncelikli olarak devletin sorumlu olduğunu ileri sürmektedir.³⁸ Bu görüşe göre devletin sorumluluğu esastır ve devlet komiser kusuru oranında rücu edebilecektir. Bu sorumluluk bir icra organı sayılan konkordato komiserliğinin İİK'da sayılan görevleri ve Kanunun 8, 10, 16, 11, 21, 359 uncu maddelerinin kıyas yoluyla komiserler hakkında uygulama alanı bulmasının bir sonucudur. Gerçekten de anılan düzenlemeler sırasıyla "tutanaklar", "iş görmekten memnuiyet", "memnu işler", "şikayet ve şartlar", "icra tebliğleri", "icra dairelerinin muhabereleleri" konularını düzenleyen, icra ve İflâs dairelerine uygulanan bazı hükümler içermektedir. Ayrıca kanunun 16 ncı maddesinde belirtilen icra ve İflâs dairelerinin yaptığı muamelelerin niteliği ve bunlara karşı tanınan şikayet başvuru yolu nedeniyle komiserin yaptığı işlemler devletin birincil sorumluluğunu gerektirmektedir. Zira İİK m. 5 İcra ve İflâs Daire-

³⁷ Bundesgerichtsentscheide 108 III 71, 16.12.1982; Bundesgerichtsentscheide 124 III 170; Bundesgerichtsentscheide 130 III 225, 24.03.1998; Bundesgerichtsentscheide 142 III 425, 07.04.2016; Bundesgerichtsentscheide 81 III 65, 26.03.1955

³⁸ Konkordato komiserlerinin ve tasfiye memurlarının resmi görevli olmaları nedeniyle kamu hizmeti ifa ettikleri ve hukuka aykırı eylemlerinden dolayı devletin sorumlu tutulması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Cenk Akil, 'Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru' (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 819 858. Konkordato komiserinin kusurlu eylemlerinden kaynaklanan tazminat davalarının İİK m. 5 gereğince Adalet Bakanlığı'na açılması gerektiği, devlete açılacak davalarda devletin komiser rücu davası açabileceği ve bu davanın asliye hukuk mahkemelerinde açılabilceği hakkındaki görüşü için bkz. Mahmut Coşkun, "Konkordato ve İflas" (2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019) 101

si görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabilceğini düzenlemiştir. Aynı hükme göre devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Diğer taraftan hükmün birinci fıkrasının son cümlesi bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağını öngörmektedir.

Birinci görüşün diğer bir gerekçesi Anayasa'nın 40 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Anılan hükümde kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zararın kanuna göre Devletçe tazmin edileceği ve devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu düzenlenmiştir. Yine Anayasa'nın 129 uncu maddesinin beşinci fıkrası memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilceği düzenlenmiştir.

Komiserlerin birden fazla olması, komiserin geçici ya da kesin mühlet içinde ya da konkordato tasfiye memuru olarak görev yapması sorumluluk bağlamında bir değişiklik oluşturmayacaktır.³⁹ Devletin sorumluluğunun öncelikli ve esas sorumluluk olduğu görüşü, bu tür durumlarda zararın tazmini sorumluluğunun kamusal bir görevin icrasına dayandırmaktadır.

6.3.2. Komiserin Şahsen Sorumluluğu

Komiserin görevi dışındaki işlem ve eylemlerinden dolayı şahsen sorumluluğu söz konusudur. Diğer taraftan görevin ifası nedeniyle İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla Kanunun 227 nci maddenin dördüncü fıkrası gereğince kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludur.⁴⁰ İkinci görüş bu (kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumluluğun) sorumluluğun öncelikli bir sorumluluk olduğunu ileri sürmektedir.⁴¹ Anılan görüş

³⁹ Komiserlerin birlikte hareket etmelerini gerektiren durumlarda müteselsil sorumlu oldukları hakkındaki görüş için bkz. Timuçin Muşul, "İflas ve Konkordato Hukuku: Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma" (Adalet Yayınevi, 2018) 283

⁴⁰ İflas memurlarının sorumluluğunu düzenleyen §§ 60 InsO hükmü, iflas memurlarının kanunun kendisine yüklediği yükümlülükleri kusurlu bir şekilde ihlal etmesi durumunda, ilgili tüm taraflara tazminat ödemekle yükümlü olduğunu, basiretli ve özenli bir iflas memurunun göstermesi gereken yüksek düzeyde ihtimamdan sorumlu olduğunu öngörmektedir.

⁴¹ Anılan görüşe göre 4949 sayılı kanunla yapılan değişikliğin icra ve iflas dairesi görevlileri haricindeki cebri icra ile ilgili görevlilerin sorumluluklarında kusurları nedeniyle ortaya çıkan zararlardan dolayı şahsen sorumluluk esasının benimsendiği ileri sürül-

bakımından konkordato komiserinin sorumluluğuna İİK. m. 5 uygulanamaz.⁴² Zira kendisine yollama yapılan hüküm açıkça kusura dayalı ve şahsi bir sorumluluğu temel almaktadır.

Bu görüşe göre, komiserlerin hukuki sorumluluğunun genel hükümlere göre TBK m. 49 gereğince öncelikli bir sorumluluk olduğu savunulmaktadır. TBK m. 49'a göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren komiser, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bu nedenle, haksız fiillerden doğan sorumluluk hallerinde TBK m. 49 vd hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (TBK m. 50/1). Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK m. 50/2). Komiserin şahsen sorumluluğu için hukuka aykırılık, kusur, zarar, nedensellik bağı olmak üzere, dört koşul gerçekleşmelidir.⁴³

Biz, komiserin görevi nedeniyle yaptığı işlemlerden dolayı borçlu, alacaklı ve üçüncü kişilere verdiği zararlardan öncelikli olarak devletin sorumlu tutulması gerektiği görüşünü benimsiyoruz. Zira komiser, bir konkordato sürecinde resmi bir işlemle atanmakta ve görevleri hem Kanun⁴⁴ hem de mahkeme tarafından belirlenmektedir.⁴⁵ İsviçre Hukuku'nda

mektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Ercan, "İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato" (Mimoza 2008) 288

⁴² Konkordato komiseri için bile İİK m. 290'ın iflas idaresinin sorumluluğuna dair İİK m. 227/4'e atıfta bulunduğu dikkate alındığında alacaklılar kurulu bağlamında İİK m. 5'in uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığı, bu nedenle sorumluluk bakımından İİK.m.5'in uygulanamayacağı, TBK'nın haksız fiil hükümlerine göre alacaklılar kurulunun sorumlu olabileceği hakkındaki görüş için bkz. Murat Özkan, 'Konkordatoda Alacaklılar Kurulu' (2019) 1(2) Yaşar Hukuk Dergisi 47 70

⁴³ Martin Höfliger, "Die ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG" (Dissertation, Freiburg, 1987) 111

⁴⁴ Anılan görevler Art. 295 SchKG ile belirlenmiştir. Anılan hükme göre komiserin görevleri şu şekilde sayılmıştır.

- a. Gerektiğinde konkordato sözleşmesini hazırlar;
- b. Borçlunun işlemlerini denetler;
- c. 298-302 ve 304 üncü maddelerde belirtilen görevleri yerine getirir;
- d. Mahkemenin talimatıyla ara raporlar sunar ve alacaklıları konkordato sürecinin gidişatı hakkında bilgilendirir.

Mahkeme komisere ek görevler verebilir.

⁴⁵ Oehri Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Zürich - Basel - Genf 2018 206.

devlet sorumluluğunun atipik organlara, özellikle komisere genişletilmesi gerekliliğinin temel gerekçesi kamu otoritesinin, devletin görevlerini üçüncü şahıslara devrettiği durumlarda, denetimden ve sorumluluktan kaçınamayacağı düşüncesidir.⁴⁶ Gerçekten de devlet, borçlunun temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilen konkordato için görevlerini devrettiğinde, devredilen kişinin bu görevlerinden dolayı ortaya çıkan zararlar bakımından sorumluluktan kaçınamamalıdır. Örneğin, kesin mühletin verilmesi ile borçlu, komiserin nezareti altında işlerine devam edebilir ve mahkeme bile borçlunun kesin mühlet kararından itibaren yapamayacağı bazı işlemlerle ilgili karar vermeden önce komiserin görüşünü almak zorundadır (İİK m. 297).

Komiser öyle bir konumdur ki, borçlunun komiserin ihtarlarına uymaması malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması ile sonuçlanabilir (İİK m. 297/3). Hatta, mahkemenin kesin mühleti kaldırarak, konkordato talebinin reddine ve iflâsa tabi borçlunun iflâsına karar vermesinde, komiserin yazılı raporu ve onun talimatlarına uyup uymaması etkilidir (İİK m. 292/1). Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak, komiserin borçlunun kişisel verileri, malları üzerindeki etkisi, bunlara ilişkin görevleri ile bu görevlerini devletten alıyor olması sorumluluk ile ilgili görüşümüzü desteklemektedir.

Art. 5 SchKG⁴⁷ iflas ve icra memurları gibi tipik organlar ile atipik organların⁴⁸ cebri icra işlemleriyle ilgili olarak görevlerini devletten aldıkları için devletin sorumluluğunu öngörmektedir.⁴⁹ Atipik organlar, cebri icra veya konkordato sürecinde kamusal işlevler yerine getirirler ve devle-

⁴⁶ Oehri Daniel (n 45) 204

⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin Art. 5 SchKG hükmünün kamu hukukuna dayalı bir sorumluluk olduğu yönünde verdiği karar için bkz. BGE 126 III 431 E. 2c/bb; Ayrıca bkz. 30. April 2020 VG.2019.00134 II. 1.2

⁴⁸ Atipik organlar, devlete ait görevlerin özel kişilere (gerçek veya tüzel kişilere) devredildiği durumlarda ortaya çıkar. Bkz. Müggler Patrick, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2017, Art. 5 N 11

⁴⁹ Krauskopf Frédéric/Erb Mona, 3. Zivilprozess- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht / Die Staatshaftung nach Art. 5 SchKG - Eine materiell-rechtliche Bestandsaufnahme und kritische Untersuchung, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018 532; Vock Dominik/Meister-Müller Danièle, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018 46

tin denetimi altındadırlar.⁵⁰ Son olarak, atipik organların kapsamına, bu kişilerin çalışanları ve yardımcı kişileri de girer.⁵¹

6.3.2.1. Komiserin Fiilinin Hukuka Aykırılığı

Konkordato komiserinin kusuru ile sorumlu olabilmesi için işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı olması gerekir. Hukuka aykırılık komisere verilen hukuki yetkilerin kullanılması dışındaki durumlarda geçerlidir. Komiserin fiilinin hukuka aykırı olabilmesi için zararın ortaya çıkmasını önlemeyi amaçlayan bir davranış normunun ihlali ve hukuka aykırılığı kaldıran hallerin gerçekleşmemiş olması gerekir.

Komiserin fiilinin hukuka aykırı olabilmesi için ilk unsur subjektif olarak zarar verici fiiline dayanak bir hakkının bulunmaması gerekmektedir. Böyle bir hakkın bulunmaması hukuka aykırılığa neden olur. Konkordato dosyasını teslim alarak mahkemeye rapor sunmak komisere verilen bir görev ve aynı zamanda haktır. Bu hak bir başkasına devredilemez. Bu devirden dolayı doğacak zararlar komiserin hukuka aykırı davranışına neden olur.

Fiilin hukuka aykırılığında ikinci unsur objektif yaklaşımdır. Bu yaklaşıma göre şahıs ve malvarlığı değerlerini korumayı amaçlayan normatif olarak hüküm altına alınmış kurallara aykırılık hukuka aykırılığa neden olur. Bu durumda hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırı zarar verici komiserin fiili sonucunda ortaya çıkar. Borçlunun mevcudunun defterini yapma ve inceleme ile malların kıymetini takdir etme, adi tasfiyenin yerine getirilmesi, adi tasfiyenin yerine getirilmesinde iflâs idaresine ait görev ve yetkilerin kullanılması, malvarlığı terkine dayalı konkordatoda konkordato tasfiye memurları yerine atanan komiserlere verilen görevler şahıs ve malvarlığı değerlerini korumayı amaçlayan normatif olarak İİK’da hüküm altına alınmıştır. Bu kurallara aykırılık ve kurallarla çelişen komiser fiilleri hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Komiserin fiilinin ahlaka aykırı olması, meydana gelen zarar komiserin kastıyla gerçekleşmişse hukuka aykırılık doğar. Komiserin alacaklı, borçlu, üçüncü kişi ve devletin haklarını ihlal edici fiilleri hukuka aykırılık unsurunun oluşmasında etkilidir. Malvarlığını iktisadi olarak alacaklı veya borçlu aleyhine çok zor duruma sokacak eylemler, aşırı yararlanma adap ve ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Komiser, kanuna dayanan yetkilerini

⁵⁰ Oehri Daniel (n 45) 208

⁵¹ Morales Sancho Alejandro Javier, Die Schadenersatzklagen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/St. Gallen 2020 (= ZPR 34) 57

kendisi veya bir başkası lehine iktisadi bir sömürü niteliğinde kullanırsa adaba, ahlaka ve kanuna aykırı hareketleri nedeniyle fiili hukuka aykırılık teşkil edebilecektir.

6.3.2.2. Komiserin Kusurlu Olması

Kusur kast ve ihmali davranış şeklinde ortaya çıkar. Komiserin hukuka aykırı davranışı bilerek ve isteyerek ya da gerekli özeni göstermeyererek gerçekleştirmesi mümkündür. Komiserin davranışının kasti ya da ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi sorumluluğun varlığına etki etmemekle birlikte yalnızca tazminatın kapsam ve ödeme biçiminin belirlenmesi açısından önemlidir.

Komiser konkordato projesinin tamamlanmasında, borçlunun faaliyetlerinin konkordatonun amacına uygun şekilde yürütülmesinde, mahkemenin verdiği görevlerinin hukuka uygun şekilde yerine getirilmesinde, alacaklılar kurulunun konkordatoya özgülenmiş amaçları ile kanunda belirtilen ve mahkemece verilen talimatlara uygun şekilde yürütülmesinde gerekli özeni göstermesi gerekmektedir. Bu özenin gösterilmemiş olması komiserin kusurlu davranışının bir göstergesidir. §§ 60 Abs. 1 InsO hükmünde belirtilen dikkat ve özen konkordato komiserinin hukuka aykırı davranışında kusurun varlığı için önemli bir kriterdir.

Komiserin işlemlerine karşı şikayet yoluna gidilebilir (İİK m. 290/3). Mahkemece bu konu hakkında verilecek kararlar kesindir. Mahkemece işlemin iptaline karar verilmiş olup olmaması komiserin sorumluluğunu etkilemeyecektir. Zira, mahkemece yapılacak incelemede zarar doğurucu eylemle netice arasındaki nedensellik bağı ve kusur hakkında sorumluluk dikkate alınmaz. Zararın tazmini ayrı bir dava konusu teşkil edecektir.

Bu işlemlerin şikayet edilebilirliği icra memurunun işlemlerinden sorumluluğunu akla getirmektedir. Bu yönüyle komiserin sorumluluğu icra memurunun sorumluluğuna yaklaşmaktadır. Zira, icra memurlarının görevleriyle ilgili veya görevleri esnasında verdikleri zararlar bakımından devletin birinci derecede sorumluluğu söz konusudur.⁵²

İcra memurlarının şahsi sorumlulukları bakımından kusurun tespiti ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide bir görüşe göre icra memurları kanun tarafından öngörülen bir hükme açıkça aykırı davranma-

⁵² Nilüfer Boran Güneysu, 'İcra Hukukunda Aşkın Haciz' (2016) 20(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25 49-50

sı sonucunda gerçekleştirdikleri eylemlerden dolayı sorumludurlar.⁵³ Bir başka görüş ise bu sorumluluk bakımından, icra memurluğunun mesleki yetkinliğine uygun düşmeyen makul ve özen kıstasını kusurun varlığı ile ilişkilendirmektedir.⁵⁴ Bu durum bir kurtuluş kanıtı getirme imkanını tanımaktadır. Yargıtay ise bir kararında “...icra memurların yedimeinliğin hukuki anlam ve sonuçlarını anlatma yükümlülüğü olduğu, dosya kapsamından bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin anlaşıldığı, bu nedenle dava konusu olayda icra memurlarının kusuru olmadığından asıl davanın reddine..” şeklinde hüküm kurmuştur. Bu kararında icra memurunun yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile kusuru arasında bağ kurulmuştur.⁵⁵ Yargıtay bir başka kararında ise icra memurunun kusurlu davranışı olsa dahi zarar görenin gerekli kontrolü yapmamış ve şikayet yoluna başvurmamış olmasını tazminat miktarında hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine hükmetmiştir.⁵⁶

6.3.2.3.Zararın Ortaya Çıkmış Olması

Zarar, maddi ve manevi olmak üzere iki temel ayrıma sahiptir. Komiserin fiilinin zarar görenin malvarlığında maddi bir eksilmeye neden olması gerekir. Komiserin görevini ifa esnasında görev, yetki ve yükümlülüklerle aykırı ve kusurlu hareket neticesinde ortaya çıkacak zararlar alacaklı veya borçlunun malvarlığının pasifini artırıyororsa komiserin sorumluluğuna neden olur.

Maddi zararın varlığı için zarar görenin malvarlığındaki azalmanın isteği dışında ve hukuka aykırı bir şekilde gerçekleşmiş olması gereklidir.

⁵³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (On İki Levha Yayıncılık 2021) 90

⁵⁴ İlhan E Postacıoğlu ve Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları (Vedat Yayıncılık 2010) 44

⁵⁵ Yargıtay 4.HD, 2021/4169., 05/07/202.

⁵⁶ Yargıtay 4. HD, 2020/1843, 11/06/2020. Anılan hükmün ilgili kısmı şu şekildedir: “davacılar murisinin paylı maliklerden biri olduğu ve satış işlemlerine hazırlık safhasında davacılar murisinin malik olduğu pay oranının yanlış veriler dikkate alınarak hesaplanma yapılmak suretiyle icra işlemlerine devam edildiği, davacılar murisinin de yapılan hatalı işlemlere karşı herhangi bir şekilde itiraz etmediği gibi icra memurunun işlemine karşı şikayet yoluna da başvurmamış anlaşılmaktadır. Şu halde; yapılan icra işlemlerinde icra memurunun davacıların murisinin hacizli taşınmazdaki payı hususunda kontrol yapmayarak yanlış metrekare üzerinden satış işleminin yapılmış olmasında kusuru olsa da bu yanlışlığı gidermek amacıyla taşınmaz maliki olan davacılar murisinin de gereken kontrolü yapmaması ve İTM’de şikayet yoluna başvurmaması sebebiyle kusurlu olduğu anlaşıldığından, BK 44 (TBK 52) maddeleri gereğince davalı lehine uygun miktarda hakkaniyet indirimi yapılması gerekmektedir”

Ancak, konkordatoda zarar görenin borçlu ve dolayısı ile alacaklı olması durumunda bu azalmadaki borçlu isteği maddi zararın “istek dışı olma” unsurunu ortadan kaldırmaz. Zira bu durumda alacaklının isteği dışında bir durumdan bahsedilir. Diğer bir “istek dışı olma” unsurunun tarafı ise devlettir. Zira komiser kanuna ve mahkemenin talimatlarına göre görevlerini ifa eder. Malvarlığının eksilmesi alacaklı/lar ve borçlu yönünden iradeleri dahilinde gerçekleşmiş olsa da, mahkeme de devletin uğrayacağı zararlar bakımından “istek dışı olma” unsuruna taraf olabilir. Bu durumda mahkemenin onayına tabi olan komiser işlemleri alacaklı ve borçlu rızasına rağmen malvarlığında eksilmeye neden olabilir.

Malvarlığında meydana gelecek eksilmeler fiilen malvarlığında azalış veya artması gereken değerlerin artmaması şeklinde gerçekleşebilir. Malvarlığında azalış komiserin hukuka aykırı fiili neticesinde doğrudan varlığın değerinde eksilme, varlığın kaybı ile ortaya çıkabilir. Diğer taraftan alacaklı veya borçlu ile ilgili gerçekleştirilen komiser eylemlerinden dolayı kârda mahrumiyet de gerçekleşebilir. Bu durum bir kazanç kaybıdır ve mahrum kalınan kâr olarak da ifade edilir.

Komiserin kanun veya mahkemece verilen görev ve talimatları gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklı olumsuz zararlar, komiserin sorumluluğundadır. Bu durumda komiser görevini gereği gibi ifa etseydi alacaklının elde edeceği değer veya borçlunun yükümlülüğünün azalması ile hukuka aykırı eyleme ilişkin mevcut durum arasındaki müspet zararlar karşılanır. Mahrum kalınan kar bu zarar içinde değerlendirilir. Diğer taraftan komiserin görev gereklerini hiç yerine getirmemesinin neden olduğu menfi zararlar da komiserin sorumluluğu kapsamındadır. Alacaklılar kuruluna başkanlık etmekten veya rapor sunmaktan imtina etmek, mahkemeye rapor sunmamak veya duruşmaya katılmamak nedeniyle oluşan zararlar, menfi zararlar nedeniyle sorumluluk kapsamındadır.

Konkordato projesinin tamamlanmasının gecikmesi, borçlunun, mahkemenin veya alacaklılar kurulunun verilen rapor ve beyanlarla yanlış yönlendirilmesi nedeniyle borçlu ya da alacaklıların zarara uğraması gibi kanun veya mahkeme tarafından komisere verilen görevlerin yerine getirilmesinden doğan zararlar nedeniyle sorumluluk doğurur.

Komiser borçlunun işlerine nezaret ederken malvarlığının eksilmesine neden olacak eylemlerde bulunabilir. Borçluya verilen talimatların menfaatleri zedelemesi, konkordato ile ilgili tutanaklarda yanlışlık, ihtar ve davetler nedeniyle yaşanabilecek gecikme ve zararlar, adi tasfiyede borçlunun malvarlığını eksiltici ve alacaklıların alacaklarını almalarına engel olabilecek tasarruflara neden olmak, iflâs idaresine veya konkordato

tasfiye memurlarına ait görevlerin ifasında zarara sebebiyet verme ortaya çıkabilecek zarar verici filler arasında sayılabilir.

Manevi zarar, komiserin hukuka aykırı eylemleri neticesinde ortaya çıkan kişilik değerlerini zedeleyen durumlara neden olan sonuçlardır. Komiserlerin görevlerini hukuka aykırı şekilde yerine getirmeleri veya hiç yerine getirmemeleri nedeniyle ortaya çıkan itibar zedelenmesi manevi zarara örnek verilebilir.⁵⁷

6.3.2.4. Nedensellik Bağının Mevcudiyeti

Nedensellik ilişkisi hukuki sorumluluk için zorunlu şartlardandır. Bu şart ortaya çıkan zarar ile zarara neden olan olay ya da fiil arasındaki ilişkiyi açıklar. Nedensellik sorumluluğun kapsamını belirleme konusunda bir unsurdur.⁵⁸ Nedenselliği ortaya çıkaran birden çok sebebin varlığı halinde müşterek nedenselliğin varlığından bahsedilir. Sebeplerden her biri sonucun ortaya çıkmasında tek başına yeterli değildir.⁵⁹

Üç komiserin atanması durumunda yarışan nedensellikten bahsedilebilir. Zira, kanunen veya mahkemece verilen görevlerin yerine getirilmesinde yükümlülöklere ve görevlere aykırı hareket sonucunda zararın doğmasında her birinin zararın oluşumuna tek başına elverişli olduğu söylenebiler. Mahkemeye sunulacak raporlar, onay ve nezaret etme gibi birçok görevde aynı elverişlilik mümkündür. Yarışan nedensellikte müteselsil sorumluluk esastır.

Sebe-sonuç ilişkisinde uygun nedensellik bağı aranır.⁶⁰ Zararlı sonuç ile bu sonucun gerçekleşmesine neden olan olay arasındaki nedensellikte objektif ve makul bir ölçüyü öngören uygun nedensellik komiserin sorumluluğunun belirlenmesi için gerekli bir kriterdir. Nedensellik bağının mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle kesilmemiş olması gereklidir.

⁵⁷ İcra memurlarının sorumluluklarının manevi tazminat kapsamında olmadığı yönündeki görüşü için bkz. Kuru (n 32) 97

⁵⁸ İhsan Erdoğan, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" (4. baskı, Gazi Yayınevi, Ankara, 2019) 135

⁵⁹ Erdoğan (n 58) 136

⁶⁰ Şaban Kayıhan and Mustafa Ünlütepe, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" (6th edn, Seçkin Yayınevi 2018) 256

6.3.2.4.1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep özellikle doğa olayları, savaş gibi olaylar zamanı, kaynağı, ortaya çıkış yeri, şiddeti, özellikleri, nedeni ve olası sonuçları bağlamında öngörülemeyen olaylardır.⁶¹ Zarara neden olan sebep-sonuç ilişkisini ortadan kaldıran bazı olaylar önceden öngörülemediği ve ortaya çıkma bakımından şiddetli olması nedeniyle mücbir sebebi oluşturur.⁶² Zamanı, kaynağı, ortaya çıkış yeri, şiddeti, özellikleri, nedeni ve olası sonuçları öngörülemeyen bu olaylar komiserin zarar verici kusurlu eylemi ile netice arasındaki illiyeti ortadan kaldırır. TBK m. 49'a göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren komiserin, bu zararı gidermekle yükümlü olabilmesi için mücbir sebeple illiyet bağının ortadan kalkmaması gerekir.

6.3.2.4.2. Zarar Görenin Kusuru

Komiserin fiili ile zararı ortaya çıkaran netice arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıracak düzeyde zarar görenin ağır kusuru, komiserin sorumluluğunu kaldırır. Bunun için komiser kusura dayalı gerçekleşecek olayı öngörememeli ve olay gerçekleştiğinde zarar kaçınılmaz olmalıdır. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin illiyet bağı ile ilgili öngörülen m.3:106 hükmü zarar görenin etki alanında kalan belirsiz sebepleri düzenlemektedir. Zarar gören, kendi etki alanında kalan bir faaliyet, olay ya da diğer bir şartın, kendi zararına sebep olmuş bulunabilme olasılığı ölçüsünde bu zararına katlanır.

Komiserin İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla Kanunun 227 nci maddenin dördüncü fıkrası gereğince kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumlu olabilmesi için zararın konkordatoya ilişkin görevin ifası nedeniyle doğmalıdır. Bu nedenle zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağını ortadan kaldıracak düzeyde olabilmesi için bu kusurun görevin ifasına yönelmesi gerekir. Ayrıca zarar gören, zararlı eylemin neticelerini hafifle-

⁶¹ Ahmet Erol, 'Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (2012) 25(103) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 199 200

⁶² COVID-19 ve salgın hastalığın insandan insana bulaştığı, geniş bir coğrafi alana yayıldığı ve bu konuda alınan önlemlerin ticaret hayatında kısıtlamalar getirdiği için mücbir sebep sayılacağı hakkındaki görüş ve detaylı bilgiler için bkz. Arzu Oğuz, 'COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi' (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1275 1284; Özge Yücel, 'COVID-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri' (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1189 1200; Serkan Acuner, 'Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep Hali: COVID-19 Küresel Salgını Hukuken Etkileri Sonuçları' in Turan Öndeş ve Ceyda Yerdelen Kaygın (eds), COVID-19'un Muhasebe ve Finans Yansımaları (Ankara, Gazi Kitabevi, 2021) 85

tici tedbirleri alması ve bu eylemlerin gerçekleşmesinden kaçınması gereklidir. Zarar gören, TMK. m. 2 f. 1 gereğince dürüstlük kuralına uygun şekilde zararı azaltma külfetine ait makul tedbirleri almalıdır.⁶³

6.3.2.4.3. Üçüncü Kişinin Kusuru

Sebeup-sonuç ilişkisinde nedensellik bağıını ortadan kaldıran sebeplerden bir diğeri üçüncü kişinin kusurudur. Zarar gören dışında komiser göre üçüncü kişi sayılan kişilerin ağır kusuru komiserin sorumluluğunun ortadan kalkmasına neden olur. Üçüncü kişinin tespitinde komiserin kanun ve mahkeme tarafından yüklenen görevlerin ilgilileri dışındaki kişiler dikkate alınır.

Konkordatonun tarafları, mahkeme, borçlu, alacaklı dışındaki kişiler üçüncü kişidir. Konkordatonun konusuna giren tasarrufun taraflarından, konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş olması durumunda ya da alacaklılara zarar verme kastıyla gerçekleştirilen bu devrin hükümsüz olması nedeniyle lehine tasarrufta bulunulan kişiler üçüncü kişidir (İİK m. 294/6).⁶⁴

Konkordato mühleti içinde komiserin veya mahkemenin izni dışında yapılan tasarruf işlemlerinde lehine tasarrufta bulunulan kişiler de üçüncü kişi sayılır. Borçlu, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez, kefil olamaz ve ivazsız tasarruflarda bulunamaz; taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devredemez ve takyit edemez. Aksi hâlde yapılan işlemler hükümsüzdür. Mahkeme bu işlemler hakkında karar vermeden önce komiserin görüşünü almak zorundadır (İİK m. 297/2). Aynı şekilde borçlu tarafından alacaklılardan birine konkordato projesinde öngörülenden fazla olarak lehine vaat yapılan üçüncü kişilerle ilgili tasarruflar da hükümsüzdür (İİK m. 308/d/1). Bu tasarruflarda lehine kazandırma-

⁶³ L. Müjde Kurt, 'Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 775 780

⁶⁴ Güray Erdönmez, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali (İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2020) 352; Müjgan Tunç Yücel, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 174; Tolga Akkaya, 'Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1) 221 224

da bulundurulmuş üçüncü kişilerin kusuru komiserin fiili ile zararlı netice arasındaki nedensellik bağımlı kesecek düzeyde olmalıdır.⁶⁵

6.3.3. Müteselsil ve Müterafik Sorumluluk

Müteselsil sorumluluk dış ilişkide birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları durumda gerçekleşen bir sorumluluktur (TBK m. 61/1). TBK m. 62'ye göre tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur. Diğer taraftan zarardan müteselsilen sorumlu olanlar arasındaki rücu davasında teselsül geçerli olmaz.⁶⁶

Müterafik kusur durumunda ise TBK m. 52 hükmü esas alınır. Bu hükme göre zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir. Zarar görenin zarara neden olan tasarruf veya işleme karşı dava veya şikayet haklarını kullanmaması nedeniyle bir zarar doğmuşsa komiserin sorumluluğu doğmayacaktır.

6.4. Hukuki Sorumlulukta Zamanaşımı

İflâs idaresinin hukuki sorumluluğuna tabi olan konkordato komiserinin sorumluluğunda zamanaşımı, sorumlulukta devletin öncelikli sorumluluk kıstasına göre değişiklik gösterir. Komiserin hukuki sorumluluğu ile ilgili olarak İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla İflâs idaresinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen aynı Kanunun 227 nci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükme göre komiserin sorumluluğunda önceliğin devletin sorumluluğu şeklinde düşünülmesi durumunda İİK m. 7 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan bu sorumluluğun TBK genel hükümler çerçevesinde bir kusur

⁶⁵ Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur) (İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012) 62

⁶⁶ Yargıtay 4 HD 2007/4373, 3.4.2007

sorumluluğuna öncelik verilmesi durumunda TBK m. 72 ve 73 hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

TBK m. 72 tazminat isteminin, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağını, tazminatın ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğması durumunda, bu zamanaşımının uygulanacağını öngörmektedir. Aynı kanun hükmü haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar görenin, haksız fiilden doğan tazminat isteminin zamanaşımına uğramış olması durumunda bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabileceğini düzenlemektedir.

Rücu isteminde zamanaşımını düzenleyen TBK m. 73'ün birinci fıkrası, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle rücu isteminin zamanaşımına uğrayacağını hüküm altına almıştır. Aynı hükmün ikinci fıkrası tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişinin, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorunda olduğunu aksi halde zamanaşımının, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağını düzenlemektedir.

İİK m. 7 ise zarar ve ziyan davasının, zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak bir yılın ve her hâlde zarara neden olan fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağını, tazminatın ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğması durumunda, bu zamanaşımının uygulanacağını öngörmektedir.⁶⁷ İİK m. 5/1 gereğince devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır ve bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır.

Bizim katıldığımız görüşe göre İflâs idaresinin sorumluluğuna tabi olan konkordato komiserinin sorumluluğu nedeniyle açılacak tazminat davalarında öncelik devletin sorumluluğunu gerektirdiğinden zamanaşımında İİK m. 7 hükmünün ve rücu isteminde zamanaşımı hakkında ise TBK m. 73'ün uygulanması gerekmektedir.

⁶⁷ Murat Atalı and İbrahim Ermenek, *İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I, Takip Hukuku II)* (3rd edn, Seçkin Hukuk, 2021) 41

6.4.1. Olağan Zamanaşımı

Konkordato komiserinin zararlı fiilinden dolayı tazminat davalarında olağan zamanaşımı devlete karşı yöneltileceğinden zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıldır. Tazminatın cezayı gerektiren bir fiilden doğması durumunda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüş ise bu süre zamanaşımı hakkında uygulanır. Devletin sorumlu konkordato komiserine rücu etmesi durumunda bu istem, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen komiser, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere varsa diğer komiserlere bildirmek zorundadır. Aksi halde zamanaşımı, komiserin bu bildiriminin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

6.4.2. Olağanüstü Zamanaşımı

Konkordato komiserinin zarara neden olan fiilinden dolayı tazminat davalarında olağanüstü zamanaşımı bu fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Tazminatın cezayı gerektiren bir fiilden doğması durumunda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngörülmüş ise bu süre zamanaşımı hakkında uygulanır. Rücu tazminat davalarında olağanüstü zamanaşımı tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yıldır. Olağan zamanaşımında öngörülen tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen komiserin, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere varsa diğer komiserlere bildirme zorunluluğu rücu tazminatta olağanüstü zamanaşımı için de geçerlidir. Böyle bir durumda zamanaşımı, komiserin bu bildiriminin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

SONUÇ

Roma hukukundan günümüze icra ve İflâs hukukunda borçlu ve alacaklı arasında bir aracı rol oynayan kamu gücü, Avrupa ve ABD’de “konkordato”nun sistemsel yansımalarını “yeniden yapılandırma”ya dönüştürmüştür. Türk İflâs hukukunda da yansımaları bulan bu düzenlemeler konkordato sisteminin yürürlüğünü henüz ortadan kaldıramamıştır. Sistemsel olarak konkordatonun Türk İflâs hukukundaki sürecinin devamı, konkordatoda aktif rol oynayan komiserin görev ve yükümlülükleri bağlamında hukuki sorumluluğu hakkında bazı belirsizlikleri ortaya çıkarmıştır.

Konkordato komiseri İİK’da üç temel tür üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu tür komiserler geçici konkordatoda, kesin mühlet konkordatoda ve malvarlığının terki suretiyle konkordatoda tasfiye memurluğu süreçlerini yerine getirmekle görevlidirler. Alacaklı ve borçlu arasındaki ekonomik

dengenin sağlanmasında önemli bir rol üstlenen ve atayan mahkemelerin uzayan birer kolu olan konkordato komiseri resmi bir icra organıdır. Zira, üstlendikleri görevin niteliği, mahkeme tarafından atanmaları, sorumluluklarının İflâs idarelerinin sorumluluğuna tabi olması, icra ve İflâs dairelerinin sahip olduğu bazı yetkilere sahip olmaları bu sıfatın sebeplerindendir.

Resmi ve atipik bir icra organı olan konkordato komiserinin hukuki sorumluluğu konusunda iki temel ayrım bulunmakla birlikte devletin sorumluluğu İflâs idaresinin hukuki sorumluluğunda olduğu gibi birincil niteliktedir. Komiser görevin ifası nedeniyle İİK m. 290/4 hükmünün yollamasıyla Kanunun 227 nci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludur. TBK m. 49'a göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren komiser, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (TBK m. 50/1). Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK m. 50/2). Komiserin sorumluluğunda hukuka aykırılık, kusur, zarar, nedensellik bağı olmak üzere dört koşul aranır.

Komiserin sorumluluğu nedeniyle açılacak tazminat davalarında İİK m. 7 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Bu konuda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiği kanısındayız. Konkordato komiserinin zararlı fiilinden dolayı tazminat davalarında olağan zamanaşımı devlete karşı yöneltileceğinden zarar görenin zararı öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Devletin sorumlu konkordato komiserine rücu etmesi durumunda bu istem, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yıl ve tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Türk hukukunda konkordato komiserinin hukuki sorumluluğu hakkında iflâs idaresinin sorumluluğu yerine, İİK m. 5 ve 7'nin uygulanması ve İcra ve İflâs Kanunu'nda buna ilişkin gerekli değişikliklerin yapılması önerilmektedir.

KAYNAKÇA

Acuner S, 'Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep Hali: COVID-19 Küresel Salgını Hukuken Etkileri Sonuçları' in Turan Öndeş ve Ceyda Yerdelen Kaygın (eds), *COVID-19'un Muhasebe ve Finans Yansımaları* (Ankara, Gazi Kitabevi, 2021) 85

Akil C, "Sorularla Adi Konkordato" (Adalet Yayınevi 2019) 92;
Coşkun M, "Konkordato ve İflâs" (2nd edn, Seçkin Yayınları, 2019) 195

Akil C, 'Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru' (2012) 61(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 819 858

Akkaya T, 'Konkordatonun Tasarrufun İptali Davasına Etkisi' (Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1) 221 224

Albrecht A, 'Instrumente für Liquidität' (2021) 8(4) Return 62

Atalı M and Ermenek İ, *İcra ve İflâs Hukuku (Takip Hukuku I, Takip Hukuku II)* (3rd edn, Seçkin Hukuk, 2021) 41

Baysal B, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur) (İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012) 62

Berkovitch E, Israel, N and Zender JF, 'The Design of Bankruptcy Law: A Case for Management Bias in Bankruptcy Reorganizations' (1998) 33(4) Journal of Financial and Quantitative Analysis 441, 464

Boran Güneysu N, 'İcra Hukukunda Aşkın Haciz' (2016) 20(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25 49-50

Brouwer M, 'Reorganization in US and European Bankruptcy Law' (2006) 22(1) European Journal of Law and Economics 5, 9

Brubaker R, 'One Hundred Years of Federal Bankruptcy Law and Still Clinging to an In Rem Model of Bankruptcy Jurisdiction' (1998) 15 Bankruptcy Development Journal 261

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 'Fortentwicklung des Insolvenzrechts' https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Fortentwicklung_Insolvenzrecht.html Erişim Tarihi 6 November 2021

Buzer.de, 'Gesetz zur Fortentwicklung des Insolvenzrechts' <https://www.buzer.de/gesetz/317/1.htm> Erişim Tarihi 6 November 2021

Coşkun M, "Konkordato ve İflâs" (2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019) 101

Countryman V, 'A History of American Bankruptcy Law' (1976) 81 Commercial Law Journal 226, 226

Daniel O, *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Zürich - Basel - Genf 2018 206

Dominik V and Müller Danièle M, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018 46

Ercan İ, "Uygulamacılar için İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı" (7th edn, Seçkin Hukuk, 2021) 1352

Ercan İ, "İcra ve İflâs Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato" (Mimoza 2008) 288

Erdoğan İ, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" (4. baskı, Gazi Yayınevi, Ankara, 2019) 135.

Erdönmez G, Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali (İstanbul, 12 Levha Yayıncılık, 2020) 352

Erol A, 'Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları' (2012) 25(103) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 199 200

Frédéric K and Mona E, 3. Zivilprozess- sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht / Die Staatshaftung nach Art. 5 SchKG - Eine materiell-rechtliche Bestandesaufnahme und kritische Untersuchung, in: Markus Alexander R./Hrubesch-Millauer Stephanie/Rodriguez Rodrigo (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018 532

Gesetze im Internet, 'Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (StaRUG)' <https://www.gesetze-im-internet.de/starug/BJNR325610020.html> Erişim Tarihi 6 November 2021

Hashi I, 'The Economics of Bankruptcy, Reorganisation and Liquidation: Lessons for East European Transitional Economies' (1995) 41(1) CASE Network Studies and Analyses 30, 22

Höfliger M, "Die ausseramtliche Konkursverwaltung nach SchKG" (Dissertation, Freiburg, 1987) 111

Jackson T H, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Beard Books 2001); Theodore Eisenberg, 'Bankruptcy Law in Perspective' (1980) 28 UCLA Law Review 953

Javier MSA, Die Schadenersatzklagen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/St. Gallen 2020 (= ZPR 34) 57

Kayihan Ş and Ünlütepe M, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler" (6th edn, Seçkin Yayınevi 2018) 256

Klee KN, 'Legislative History of the New Bankruptcy Law' (1978) 28 DePaul Law Review 941.

Kurt LM, 'Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 775 780

Kuru B, "İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı" (2nd edn, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013) 1468

Leibell VL Jr, 'The Chandler Act—Its Effect upon the Law of Bankruptcy' (1940) 9 Fordham Law Review 380

Levinthal LE, 'The Early History of Bankruptcy Law' (1930) 5 Journal of the National Association of Referees in Bankruptcy 157, 157

Linna T, 'Actio Pauliana and Res Judicata in EU Insolvency Proceedings' (2015) 11(3) Journal of Private International Law 568-584

Marotzke W, 'Gegenseitige Verträge im künftigen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen: zum Regierungsentwurf eines Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG)' (2021) 24(1/2) Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht 1998

McCoid JC, 'The Origins of Voluntary Bankruptcy' (1988) 5 Bankruptcy Development Journal 361

McCoid JC, 'The Occasion for Involuntary Bankruptcy' (1987) 61 American Bankruptcy Law Journal 195

McLaughlin JA, 'Aspects of the Chandler Bill to Amend the Bankruptcy Act' (1936) 4 University of Chicago Law Review 369

Musul T, "İflâs ve Konkordato Hukuku: Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma" (Adalet Yayınevi, 2018) 283

Oğuz A, 'COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi' (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1275 1284

Özkan M, 'Konkordatoda Alacaklılar Kurulu' (2019) 1(2) Yaşar Hukuk Dergisi 47 70

Pangestu DP, 'Actio Pauliana as the Rights Protection Efforts for Creditors in the Bankruptcy Case' (2019) 3 Journal of Private & Commercial Law 26

Patrick M in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2017, Art. 5 N 11

Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M and Özekes M, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı (On İki Levha Yayıncılık 2021) 90

Poertzen C, 'Sanierungspflicht', in Haftungsvermeidung in der Unternehmenskrise (Springer Gabler, Wiesbaden, 2021) 139

Porter K, 'Misbehavior and Mistake in Bankruptcy Mortgage Claims' (2008) 87 Texas Law Review 121

Postacıoğlu İE and Altay S, İcra Hukuku Esasları (Vedat Yayıncılık 2010) 44

Rodano G, Serrano-Velarde N, Tarantino E, 'Bankruptcy Law and Bank Financing' (2016) 120(2) Journal of Financial Economics 363, 382

Roe MJ, 'Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization' (1983) 83 Columbia Law Review 527

Rogge OJ, 'The Differences in the Priority of the United States in Bankruptcy and in Equity Receiverships' (1929) 43(2) Harvard Law Review 251, 251

Roselaar S, 'Lex Poetelia Papiria' in Oxford Research Encyclopedia of Classics (Oxford 2017); Obenchain R, 'Roman Law of Bankruptcy' (1927) 3 Notre Dame Law Review 169a

Sanierungsverfahren für Privatpersonen – Bericht des Bundesrates 9 March 2018, Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.244208/237.1/2018/00005, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/77329.pdf> Erişim Tarihi: 6 November 2021

Schönfelder J and Wolf R, 'Sinkende Schuldnerqualität' (2021) 8(4) Return 12.

Schrantzer E, 'A Study in Bankruptcy Administration' (1931) 3 Corporate Practice Review 43, 43

Söğütlü Ö, Roma Özel Hukuku Ders Kitabı (2nd edn., Seçkin Hukuk 2021) 139

Tabb CJ, 'The History of the Bankruptcy Laws in the United States' (1995) 3 American Bankruptcy Institute Law Review 5

Tabb CJ, 'Century of Regress or Progress--A Political History of Bankruptcy Legislation in 1898 and 1998' (1998) 15 Bankruptcy Development Journal 343

Thole C, 'Der Entwurf des Unternehmensstabilisierungs-und restrukturierungsgesetzes (StaRuG-RefE)' (2020) 41(41) ZIP: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1985, 2000

Tunç Yücel M, Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020) 174

Weiss LA, 'Bankruptcy Resolution: Direct Costs and Violation of Priority of Claims' (1990) 27(2) Journal of Financial Economics 285, 285

Weisman M, 'Story and Webster - and the Bankruptcy Act of 1841' (1941) 46 Commercial Law Journal 4

Welch I, 'Why is Bank Debt Senior? A Theory of Asymmetry and Claim Priority Based on Influence Costs' (1997) 10(4) The Review of Financial Studies 1203, 1203

White MJ, Bankruptcy law in Handbook of law and economics, Vol 2 (Elsevier 2007) 1013-1072

Vėlyvis S, Mikuckienė V, 'Origin of bankruptcy procedure in Roman Law.' Jurisprudencija: mokslo darbai= Jurisprudence: Research Papers/Mykolas Romeris universitetas Nr. 3 (Vilnius: Mykolas Romeris universiteto Leidybos centras 2009) 117

Vélyvis S, Mikuckienė V, Küçükkaya AGHG, 'Roma Hukukunda İflâs Prosedürünün Doğuşu' (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2389, 2393

Velyvis S, Mikuckiene V. and Kucukkaya HG, 'Origin of Bankruptcy Procedure in Roman Law' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2399

Yıldırım N, 'İflâsın Hukuki Mahiyeti' (1994) 54(1-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 331, 332

Yücel Ö, 'COVID-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri' (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1189 1200

- Araştırma Makalesi -

**ÖY SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİNE İLİŞKİN
DEĞERLENDİRMELER VE UYGULANACAK HUKUK***
(EVALUATIONS ON THE VALIDITY OF VOTING AGREEMENTS AND
APPLICABLE LAW)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Betül AKTAŞ ERTAN**
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Cansu YENER KESKİN***

ÖZ

Oy sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan ve konusu imkânsız olmayan düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Oy sözleşmeleri nisbi karakteri gereği ancak tarafları arasında ileri sürülebilmektedir. Bu sebeple oy sözleşmelerine uyulmasını sağlamaya yönelik önlemler oy sözleşmelerinin etkisini artırma bakımından oldukça önemlidir.

Yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkta hâkim uygulanacak hukuku tespit etmekle yükümlüdür. Oy sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple uygulanacak hukuk sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının yer aldığı MÖHUK

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 28.11.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 23.12.2024 tarihinde birinci hakem; 26.12.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku, betulaktas@maltepe.edu.tr; ORCID: orcid.org/0000-0001-8486-9771.

*** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, cansu.yener@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7296-6483.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; AKTAŞ ERTAN, Betül, YENER KESKİN, Cansu, “Oy Sözleşmelerinin Geçerliliğine İlişkin Değerlendirmeler ve Uygulanacak Hukuk” REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 3, 2024, s. 505-536.

m. 24'e göre belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadıkları ve uyuşmazlık konusu oy sözleşmesinin türü büyük önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Oy Sözleşmesi, Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği, Oy Sözleşmelerinin İhlali, Kanunlar İhtilafı, Oy Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

ABSTRACT

In order for voting agreements to be valid, arrangements that do not violate the mandatory provisions of the law, morality, public order, personal rights and whose subject is not impossible must be made. Voting agreements can only be asserted between the parties due to their relative nature. For this reason, measures to ensure compliance with voting agreements are very important in increasing the effectiveness of voting agreements.

The judge is obliged to determine the applicable law in disputes arising from foreign voting agreements. There is no specific provision in the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure no. 5718 (the PIL Code) regarding the applicable law to voting agreements. For this reason, the applicable law shall be determined in accordance with article 24 of the PIL Code, which contains the conflict of laws rule regarding the law applicable to contractual debt relations. In making this determination, whether the parties have made a choice of law and the type of voting agreement in dispute are of great importance.

Keywords: Voting Agreement, Validity of Voting Agreements, Violation of Voting Agreements, Conflict of Laws , Law Applicable to Vote Agreement

GİRİŞ

Oy hakkını belirli bir yönde kullanma, kullanmama veya çekimser kalınması konusunda taahhüt içeren oy sözleşmelerine sözleşme serbestisi çerçevesinde uygulamada sıkça başvurulmaktadır. Oy sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan ve konusu imkânsız olmayan düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Oy sözleşmelerinin geçersiz olacağı haller çok çeşitli olabilmekle birlikte çalışmamız kapsamında özellikle

uygulamada karşılaşılan ve önemli gördüğümüz bazı hallere yer verilmiştir.

Oy sözleşmeleri nisbi hak doğurmaları nedeniyle sözleşmeye ilişkin haklar üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir. Ayrıca oy sözleşmelerinin aynen ifasının mümkün olmaması karşısında etkisinin korunması ve ifasının sağlanması amacıyla bazı önlemlerin alınması oldukça önemlidir. Çalışmamızda bu doğrultuda oy sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin hususlar ve oy sözleşmelerine uyulmasını sağlamaya yönelik önlemler değerlendirilecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta hâkim sözleşmenin esasına uygulanacak milli hukuk sistemini re'sen tespit etmekle yükümlüdür (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ¹ m. 2/1). Bunu yaparken kendi hukukunda diğer bir ifadeyle *lex fori*'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarına başvuracaktır. Taraflar aralarında akdettikleri oy sözleşmesinde uygulanacak hukuku (*lex causae*) belirlemişlerse hâkim, MÖHUK'taki subjektif bağlama kuralına göre; eğer uygulanacak hukuku belirlememişler ya da yapmış oldukları seçim MÖHUK'ta yer alan ilgili hükümlere göre geçersiz ise objektif bağlama kuralına göre tespit edecektir. Oy sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk belirlenirken oy sözleşmesinin türü, kapsamı ve içeriği de önem arz etmektedir.

Ehliyet ve şekle ilişkin uyuşmazlıklar çalışmamız kapsamı dışında olup; yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların esasına uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılırken öncelikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas alınan kriterler kısaca mukayeseli hukuka da yer verilerek ele alınacaktır. Devamında MÖHUK'ta yer alan hükümler uyarınca yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların esasına hangi milli hukuk sisteminin uygulanacağı belirlenirken dikkate alınması gereken hususlar subjektif ve objektif bağlama kurallarına göre her oy sözleşmesi türü açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

I. OY SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Hukumumuzda oy sözleşmelerine ilişkin mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda sözleşme özgürlüğü ilkesi esas alınmakta ve TBK m. 27 hükümleri çerçevesinde oy sözleşmelerinin yapılabileceği ka-

¹ Resmî Gazete Tarih: 12.12.2007, Resmî Gazete Sayı: 27728

bul edilmektedir². Dolayısıyla pay sahiplerinin oylarını kullanımlarına ilişkin yükümlülük altına girme hakları sözleşme özgürlüğünden kaynaklanmaktadır³.

Oy sözleşmeleri, bağımsız sözleşmeler olarak yapılabilecekleri gibi pay sahipleri sözleşmesinin içerisinde de düzenlenebilir veya başka sözleşmelerin ek yükümlülükleri şeklinde öngörülebilir⁴. Oy sözleşmelerine ilişkin herhangi bir şekil şartı zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte ispat kolaylığı bakımından yazılı yapılmasında fayda vardır.

A. Amaç

Oy sözleşmelerinin yapılmasının temel amaçlarından biri ortaklıkta etkinlik kazanma veya etkinliği sürdürmedir⁵. Bu doğrultuda yönetim kuruluna üye seçtirilmesi, esas sözleşme değişiklikleri, sermaye değişiklikleri, başka bir şirketle birleşmenin onaylanması gibi hususlar amaçlanabilir⁶. Böylece genel kurul toplantılarında karar alma süreci daha öngörülebilir ve güvenli olabilmektedir⁷. Ayrıca kanunda azınlık pay sahiplerine öngörülmuş olan bazı haklardan yararlanma amacı güdülmesi mümkündür⁸. Bu sözleşmelere ortaklığın yabancılaşmasını önleme amacıyla başvurulmasıyla da sıkça karşılaşılmaktadır. Bu sebeple oy sözleşmelerinin genellikle aile şirketlerinde tercih edildiği görülmektedir⁹. Bunların yanı sıra uygu-

² Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 8

³ Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (2th edn, Staempfli, 2020) 886-887

⁴ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (17th edn, Beta Yayıncılık 2024) 160; Arnold in *Münchener Kommentar zum AktG* § 136 (6th edn, C.H. Beck 2024) Rn. 86; Gül Okutan Nilsson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (1th edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2003) 172

⁵ Mustafa Çeker, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması* (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000) 233

⁶ von der Crone (n 3) 886; Okutan Nilsson (n 4) 173

⁷ Arnold in *MüKoAktG* (n 4) Rn. 78. Oy sözleşmelerinin ortaklığın istikrarını temin etmeye yönelme amacıyla düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler* (1th edn, Vedat Kitapçılık 2009) 536

⁸ Bu azınlık haklarına örnek olarak, TTK 420, 531 hükümleri gösterilebilir.

⁹ Moroğlu (n 2) 11; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2th edn, Yetkin Yayınları 2015) 200; Hakkı Mert Doğu, *Kanuna Karşı Hile* (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2023) 166; Hoffmann-Becking/Austmann in *MHdB GesR IV* (6th edn, C.H. Beck 2024) § 39 Rn. 49-54

lamada kredi kurumlarından edinilen finansmanın geri ödenmesine ilişkin güvence maksadıyla oy sözleşmeleri yapılabilmektedir¹⁰.

Oy sözleşmelerinin amacı bakımından önemli olan bir diğer husus ise bu sözleşmelerin yapılmasıyla oy hakkının devrinin değil, oy hakkının kullanımının belirlenmesi amaçlanmaktadır¹¹.

B.Hukuki Nitelik

Borç doğuran hukuki işlem niteliğindeki oy sözleşmeleri, oy hakkını belirli bir yönde kullanma, kullanmama veya çekimser kalınması konusunda taahhüt içeren, kendine özgü (*sui generis*) sözleşmelerdir¹². Tek taraflı ve iki taraflı oy sözleşmelerinin TBK’da düzenlenmiş olan sözleşme tiplerine uymamaları sebebiyle *sui generis* nitelikte oldukları kabul edilmektedir¹³.

Çok taraflı oy sözleşmeleri ise ortak bir amaca ulaşmayı hedeflemeleri dolayısıyla adi ortaklık sözleşmesi niteliğindedir¹⁴. Bu sözleşmenin tarafları genel kurulda kendi istekleri doğrultusunda karar alma amacıyla hareket etmektedir. Bu sebeple çok taraflı oy sözleşmelerine adi ortaklığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

C. Tarafları

Oy sözleşmelerinde taahhüdün ifa edilebilmesi için borçlu paya sahip olmalıdır. Zira oy hakkının paya bağlı olması nedeniyle payın devredilmesi halinde oy hakkı da devredilir¹⁵. Oy sözleşmesinin yapılmasıyla oy hakkı devredilmemekte, yalnızca oy hakkının kullanımına dair bir taahhüt verilmektedir. Dolayısıyla oy hakkını kullanan yine oy sahibi olacaktır. Temsilin mümkün olduğu hallerde oy hakkının oy sözleşmesi doğrultusunda temsilci tarafından kullanılması mümkündür.

¹⁰ Moroğlu (n 2) 14; Okutan Nilsson (n 4) 173

¹¹ Çeker (n 5) 233

¹² Moroğlu (n 2) 3; Doğu (n 9) 166; Çeker (n 5) 240

¹³ Moroğlu (n 2) 41

¹⁴ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, (14th edn, Vedat Kitapçılık, 2019) 569; Bu hususta bkz. Moroğlu (n 2) 41; Çeker (n 5) 240

¹⁵ Sercan Uçar, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları (2th edn, Seçkin Yayıncılık 2020) 89; Çeker (n 5) 234

Oy sözleşmelerinin tarafları pay sahipleri olabileceği gibi, pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında da oy sözleşmesi yapılması mümkündür¹⁶. Henüz oy hakkı bulunmayan bir kimse de oy sözleşmesine taraf olabilir. Örneğin, sermaye artırımını yapılan ve bu sermaye artırımında TTK m. 461 hükmüne göre kanuni yeni pay alma hakkını kullanmaması istenen pay sahibi, bu talebe karşılık vazgeçtiği yeni payları alacak müstakbel pay sahibinden kendi talimatlarına göre oy kullanması konusunda oy sözleşmesi yapılmasını talep edebilir¹⁷.

Oy sözleşmeleri nisbi karakteri gereği ancak tarafları arasında ileri sürülebilmektedir. Ortaklığa karşı oy sözleşmesine dayanarak başvurulması mümkün değildir. Zira ortaklık, oy sözleşmesinin tarafı konumunda değildir.

D. Türleri

Tarafların yükümlülükleri incelendiğinde pay sahibinin oyunu belirli bir yönde kullanma veya kullanmama taahhüdü altına girdiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan oy sözleşmelerinin farklı türlerine göre yükümlülükler değişmektedir.

Oy sözleşmeleri tek seferlik, süreli veya süresiz şekilde yapılabilir. Sürekli olmayan oy sözleşmeleri, oyun genel kurulda kullanılmasıyla sona ermektedir. Sürekli nitelikte oy sözleşmeleri ise belirli veya belirsiz süre için düzenlenebilir.

1. Tek Taraflı Oy Sözleşmeleri

Taraflardan biri belirli bir yönde oy kullanma veya kullanmama taahhüdü altına girerken diğer taraf bakımından böyle bir yükümlülüğün düzenlenmediği sözleşmeler tek taraflı oy sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır¹⁸. Bu sözleşmelerde diğer tarafın oy hakkı haricinde ortaklıklar hukuku bakımından geçerli başka bir taahhüt altına girmesi veya bir yükümlülük üstlenmemesi gerekir¹⁹. Ancak tek taraflı oy sözleşmelerinde

¹⁶ Çeker (n 5) 234. Bu durum şirketler hukuku kapsamında sadakat yükümlülüğü ihlali anlamına gelmemektedir. Bkz. Hoffmann-Becking/Austmann (n 9) Rn. 59. Ayrıca bkz. Okutan Nilsson (n 4) 177, dn. 200

¹⁷ Moroğlu (n 2) 7

¹⁸ Çeker (n 5) 236. Tek taraflı oy sözleşmelerinin uygulamada nadir oldukları belirtilmektedir. Bkz. Arnold in MüKoAktG (n 4) Rn. 86

¹⁹ Çeker (n 5) 236

diğer taraf, nakdi bedel ödeme gibi bir taahhütte bulunamaz. Bu durumda oy sözleşmesinin hükümsüz olduğu kabul edilir²⁰.

2. İki Taraflı Oy Sözleşmeleri

Sözleşme taraflarının oyların belirli yönde kullanılması veya kullanılmamasını taahhüt ettikleri hallerde iki taraflı oy sözleşmesi bulunmaktadır. Oy sözleşmesinin içeriğinde oyların doğrudan hangi yönde kullanılacağı gösterilebileceği gibi, yapılacak toplantı öncesinde verilen talimata göre oy kullanılacağı da kararlaştırılabilir²¹. Bu sözleşmenin yapılmasıyla genellikle belirli bir konuda genel kurul kararının alınması bakımından etkili olunması amaçlanmaktadır. Örneğin, iki tarafın da birbirlerine yönetim kurulu üyesi olarak seçilmeleri yönünde oy kullanmalarını taahhüt etmeleri gösterilebilir²².

İki taraflı oy sözleşmelerinde sözleşmenin içeriği gereği her iki tarafın da pay sahibi veya müstakbel pay sahibi olmaları gerekmektedir. Bu pay sahipleri sözleşmede aynı konuda taahhütte bulunabilecekleri gibi, farklı konularda taahhütte bulunmaları da mümkündür²³.

3. Çok Taraflı Oy Sözleşmeleri

Oy sözleşmelerinin çok taraflı olarak, konsorsiyum şeklinde yapılması da mümkündür²⁴. Bu sözleşmelerde sözleşmenin tarafları aynı yönde oy kullanma veya kullanmama konusunda taahhütte bulunmaktadırlar. İki taraflı oy sözleşmelerinde tarafların taahhütleri farklı yönde olabilirken, çok taraflı oy sözleşmelerinde aynı yönde taahhütte bulunulması gerekir. Örneğin, yönetim kuruluna müşterek bir temsilci seçilmesi maksadıyla çok taraflı oy sözleşmesi yapılabilir²⁵.

²⁰ Moroğlu (n 2) 35; Hoffmann-Becking/Austmann (n 9) Rn. 58; Çeker (n 5) 236

²¹ Moroğlu (n 2) 5; Arnold in MüKoAktG (n 4) Rn. 79; Okutan Nilsson (n 4) 172

²² Çeker (n 5) 236

²³ ibid 237

²⁴ Oy konsorsiyumlarının adi ortaklık niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Moroğlu (n 2) 38

²⁵ Çeker (n 5) 237

II. OY SÖZLEŞMELERİNİN GEÇERLİLİĞİ ve OY SÖZLEŞMELERİNE UYULMASINI SAĞLAMAYA YÖNELİK ÖNLEMLER

A. Oy Sözleşmelerinin Geçerliliği

Oy sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için öncelikle TBK 26 ve 27 hükümlerinin dikkate alınması, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan ve konusu imkânsız olmayan düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra oy sözleşmelerinin TTK emredici hükümlerine aykırılığı halinde de geçersizliği gündeme gelir. Ayrıca adi ortaklık niteliğindeki oy konsorsiyumları bakımından TBK 620 vd.'da yer alan emredici hükümlerin esas alınması gerekir.

Oy sözleşmeleri doğrudan emredici hükümlere aykırı nitelikte olabileceği gibi emredici nitelikte hükümlerin dolanılması amacıyla da yapılmış olabilir. Bu halde de belirtilen oy sözleşmeleri geçersizdir. Buna örnek olarak pay sahipleri ve ortaklık arasında veya pay sahipleri ile yönetim kurulu arasında yapılan ve yönetim kurulu talimatına göre oy kullanma taahhüdü içeren oy sözleşmeleri gösterilebilir.

TTK m. 340 hükmü karşısında oy sözleşmelerine esas sözleşmede yer verilmesi mümkün değildir. Bu hususta esas sözleşmede oy sözleşmesi yapılmasına ilişkin bir sınırlandırma getirilmesi de geçerli olmayacaktır. Oy sözleşmeleri genellikle pay sahipleri sözleşmelerinin bir parçası olarak düzenlenmektedir²⁶.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş tarafından yönetim kurulu üyelerinin oy haklarının oy sözleşmelerine konu olamayacağı, zira yönetim kurulu ve şirket arasında vekalet sözleşmesi ve TTK m. 369'da öngörülen özen ve bağlılık yükümlülüğü gereği bu sözleşmenin yapılamayacağı belirtilmektedir²⁷. Bir yönetim kurulu üyesinin görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili bir hususta üçüncü kişilere taahhütte bulunması görevlerinin yerine getirilmesi bakımından değerlendirildiğinde görevinin ihlali anla-

²⁶ Hoffmann-Becking/Austmann (n 9) Rn. 51

²⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) (n 14) 568. İsviçre hukuku için aynı yönde bkz. von der Crone (n 3) 889. Bu hususta Moroğlu, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yönetim kurulunda kullanılacak oylar bakımından oy sözleşmesi yapılabileceğini, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin, limited ortaklıklarda ise müdürlerin bağlılık ve ortaklık talimatına uyma yükümlülükleri bulunduğunu (TTK m. 369, 626), bu yükümlülüğe aykırı şekilde düzenlenen oy sözleşmeleri ve bu doğrultuda kullanılan oylar geçerli olmakla birlikte, yönetim kurulu üyeleri veya müdürlerin hukuki sorumluluklarının gündeme gelebileceğini belirtmektedir. Bkz. Moroğlu (n 2) 32

mına gelmektedir. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin oy sözleşmeleri yapmalarının geçersiz olduğu kanaatindeyiz.

Oy sözleşmelerinin geçersiz olacağı haller çok çeşitli olabilmekle birlikte bu başlık altında özellikle uygulamada karşılaşılan ve önemli gör-
düğümüz bazı hallere yer verilmiştir.

1. Yönetim Kurulu Lehine Oy Kullanılmasına İlişkin Oy Sözleşmeleri

Pay sahiplerine özellikle yönetim kurulunun yönlendirmesi doğrultusunda genel kurulda oy kullanma yükümlülüğü getiren oy sözleşmelerinin açık bir düzenleme olmasa da geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Zira aksinin kabulü halinde TTK'da öngörölmüş bazı hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir. Bu hususta Alman hukukunda AktG 136/2 hükmünde bir pay sahibinin şirketin, yönetim kurulunun talimatlarına göre oy kullanmasına yönelik sözleşmelerin geçersiz olduğu açıkça düzenlenmiştir²⁸.

Yönetim kurulunun talimatları doğrultusunda oy kullanılmasına ilişkin bir oy sözleşmesi genel kurul ve yönetim kurulu arasındaki kuvvetler ayrılığına ilişkin TTK 408 hükmünün dolanılmasına sebep olabilir. Pay sahibi sıfatı olan bir yönetim kurulu üyesinin kendi lehine oy kullanma taahhüdü taşıyan bir oy sözleşmesi yapmasına engel bulunmamakla birlikte TTK 408 hükmünün sınırlarının aşılp aşılmadığı her bir somut olayda özenle değerlendirilmelidir²⁹. Bu çerçevede şirketin tarafı olduğu bir oy sözleşmesinin yapılması mümkün değildir. Zira oy sözleşmesiyle kararların alınmasında şirkete veya organlarına bir etki tanınmaması gerekir³⁰.

2. Oydan Yoksunluğa İlişkin Hükümlerin Dolanılması Maksadıyla Yapılan Oy Sözleşmeleri

TTK'da oydan yoksunluğa ilişkin olarak anonim şirketler bakımından pay sahiplerinin kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir iş veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullana-

²⁸ Limited ortaklıklarda da pay sahiplerinin karar alma süreçlerinde şirketin etkisinin istenmeyen bir durum olduğu belirtilmektedir. Bkz. Jaeger in Oppenländer /Trölitzsch GmbH-GF-HdB (3th edn, C.H. Beck 2020) § 19 Rn. 69

²⁹ Moroğlu (n 2) 62-63; Okutan Nilsson (n 4) 184

³⁰ von der Crone (n 3) 889

mayacakları öngörülmüştür (TTK 436/1). Limited şirketler bakımından ise bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanların, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamayacakları düzenlenmiştir (TTK 619/1). Belirtilen düzenlemelere aykırı yönde bir oy sözleşmesinin yapılması halinde bu hükümlerin dolanılması söz konusu olur. Bu şekilde bir sözleşmenin ise emredici kanun hükümlerinin dolanılması nedeniyle geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekir³¹.

Yönetim kurulu üyelerinin kendi ibralarına ilişkin oy sözleşmeleri yapmaları halinde bunların da kanunun emredici hükümlerinin dolanılması sebebiyle geçersiz oldukları kabul edilmelidir³². Nitekim TTK m. 436/2 hükmünde bu husus, “*Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz*” şeklinde açık olarak yasaklanmıştır.

Böyle bir durumda oy sözleşmesi geçersiz olmasının yanında genel kurul kararının akıbeti de önem taşımaktadır. Eğer oy sözleşmesi ibra kararının alınmasında etkili olmuşsa genel kurul kararının da iptal edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir³³.

3. Oy Hakkının Donmasına İlişkin Hükümlerin Dolanılması Maksudıyla Yapılan Oy Sözleşmeleri

Oy sözleşmelerinin geçerliliği bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer konu ise anonim ortaklığın kendi paylarını iktisabına ilişkin sınırlandırma ve yasaklamalardır. Bu hususta oy hakkının donduğu haller TTK m. 389 hükmünde, “*şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği*

³¹ Moroğlu (n 2) 65; Doğu, (n 9) 168; Okutan Nilsson (n 4) 178; Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983) 201. İsviçre hukukunda da benzer gerekçeyle böyle bir oy sözleşmesinin zorunlu yetki paylaşımına (İsv BK 659a) aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Peter Forstmoser/Marcel Küchler, Aktionärsbindungsverträge (1th edn, Schultess Verlag 2015) 146

³² Salih Canöz, Anonim Şirketlerde İbra (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021) 150; Pelin Tokcan, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2018) 140; Tülay Gökdemir Tamer, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022) 406-407; Okutan Nilsson (n 4) 178

³³ Canöz (n 32) 150; Okutan Nilsson (n 4) 179

hakkı vermez” şeklinde düzenlenmiştir. İlgili hükümden oy hakkının belirtilen hallerde donduğu anlaşılmaktadır³⁴. Buna aykırı olacak şekilde anonim ortaklığın pay sahibi ile devir sözleşmesi yapması ve ortaklığın talimatına uygun oy kullanılmasını kararlaştırmaları durumunda TTK 379 hükmünün dolanılması sebebiyle emredici hükümlere aykırılık söz konusu olacak ve dolayısıyla oy sözleşmesi de geçersiz kabul edilecektir³⁵.

Yukarıda belirtilen hükümlere aykırı olacak şekilde oy hakkının kullanılması esasında söz konusu hakların yönetim kurulu tarafından kullanılması anlamına gelmektedir. Kanun koyucu belirtilen düzenlemelerle yönetim kurulunun genel kurulda söz sahibi olmasını önlemeyi ve organlar arasında dengenin gözetilmesini amaçlamıştır³⁶.

4. Pay Devir Yasasına İlişkin Hükümlerin Dolanılması Maksadıyla Yapılan Oy Sözleşmeleri

Kanunda veya esas sözleşmede yer alan pay devir yasaklarına ilişkin hükümlerin oy sözleşmeleri aracılığıyla dolanılması kanuna karşı hile teşkil eder. Anonim ve limited şirket paylarının devirleri kural olarak serbest olsa da TTK’da öngörülmüş olan bazı sınırlamalar bulunmaktadır. Yapılan oy sözleşmesi ile bu sınırlamaların aşılması amaçlanıyorsa bu durumda oy sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekir³⁷. Örneğin, TTK m. 493/1 hükmünde, borsada kote olmayan nama yazılı payların bağlamına ilişkin, *şirket, esas sözleşmede öngörülmüş önemli bir sebebi ileri sürerek veya devredene, paylarını, başvurma anındaki gerçek değeriyle, kendi veya diğer pay sahipleri ya da üçüncü kişiler hesabına almayı önererek, onay istemini reddedebileceği* öngörülmüştür. Bu hükmün dolanılmasına yol açacak bir oy sözleşmesi geçersizdir. Benzer şekilde esas sözleşmede öngörülmüş olan bir devir kısıtlamasının oy sözleşmeyle aşılması da geçersiz olacaktır.

Aile şirketlerinde aile üyeleri oyların aynı yönde kullanılmasını isterler. Özellikle halka arz planlanan aile şirketlerinde, aile dışındaki pay sahipleri karşısında kendilerini korumaya almak ve etkinliklerini korumak amacıyla oy sözleşmelerine başvurulabilmektedir. Aile şirketlerinde pay devrinin şirket onayına tabi tutulmasına rağmen, pay sahibi olan bir kimse payını devredemeyeceği bir kimse ile onun talimatlarına uygun şekilde oy

³⁴ Mehmet Sadık Çapa, Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2013) 110

³⁵ Moroğlu (n 2) 67; Okutan Nilsson (n 4) 182

³⁶ Okutan Nilsson (n 4) 180

³⁷ Moroğlu (n 2) 72; Çeker (n 5) 242

kullanma konusunda oy sözleşmesi yapmışsa, üçüncü kişinin artık şirket üzerinde kontrol imkânı ortaya çıkabilir³⁸. Böyle bir durumda onay şartı ile amaçlanan üçüncü kişilerin etkisini azaltma imkânı ortadan kaldırılmaktadır³⁹. Bu şekilde yapılan bir oy sözleşmesinin de yukarıda açıklanan gerekçelerle geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekir.

5. Ahlaka ve Dürüstlük Kuralına Aykırılık Sebebiyle Geçersizlik

Oy sözleşmelerinin ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle geçersizliği söz konusu olabilir. Bu durum özellikle şirket menfaatlerine zarar verme maksadıyla yapılan oy sözleşmelerinde gündeme gelir. Örneğin, belirli pay sahiplerinin kendi aralarında veya üçüncü kişilerle azınlık pay sahiplerine zarar vermek maksadıyla yaptıkları oy sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Bir başka örnek olarak yapılan oy sözleşmesiyle şirkette rakip bir şirketin kararlarının etkisi altına alınması verilebilir⁴⁰. Bilgisiz ve yetersiz bir kişinin yönetim kurulu üyesi seçilmesine ilişkin bir oy sözleşmesi de dürüstlük kuralına aykırı nitelikte olacağı için geçersiz kabul edilmelidir⁴¹.

Bir bedel veya çıkar sağlama karşılığında yapılan ve oy satımı adı verilen oy sözleşmelerinin de dürüstlüğe ve ahlaka aykırı olduklarının kabul edilmesi gerekir⁴². Bu hususta öğretide bir görüş, bedel karşılığı oy kullanma taahhüdünün ortaklık veya azınlık bakımından tehlikeli olmakla birlikte, bu tehlikenin her durumda gerçekleşeceğini söylemenin mümkün olmadığını, oylama sonucuna göre bir yaptırım uygulanmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir⁴³.

B. Oy Sözleşmelerine Uyulmasını Sağlamaya Yönelik Önlemler

Oy sözleşmesine aykırı şekilde oy kullanılması halinde alınan karar geçerliliğini korumaktadır. Zira oy sözleşmesine rağmen pay sahipleri

³⁸ Rauf Karasu, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması” (2008) XII (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 127, 144; Doğu (n 9) 167

³⁹ Karasu (n 38) 143-144

⁴⁰ Okutan Nilsson (n 4) 189

⁴¹ ibid 189

⁴² Moroğlu (n 2) 69; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) (n 14) 568; Arnold in MüKoAktG (n 4) Rn. 88, 89; Çeker (n 5) 242

⁴³ Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri (1th edn, İsmail Akgün Matbaası 1962) 42; Okutan Nilsson (n 4) 205

oylarını istedikleri yönde kullanmakta özgürdürler. Bir başka deyişle oy verme yükümlülüğüne aykırı oy kullanılması da geçerli bir oydur⁴⁴. Bu sebeple genel kurul kararının hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir⁴⁵. Zira şirket, oy sözleşmesi bakımından üçüncü kişi konumunda olduğundan, bu sözleşmenin ifasının şirketten beklenmesi mümkün değildir⁴⁶.

Belirli yönde oy kullanmaya ilişkin bir oy sözleşmesine taraf pay sahibi sözleşmede taahhüt ettiğinin aksine, genel kurulda farklı yönde oy kullanırsa veya toplantıya katılmazsa bu sözleşmenin yerine getirilmesi imkânı söz konusu olmayacaktır. Bu durumda ifanın imkansızlaşması söz konusu olabilir⁴⁷. Böyle bir durumda taahhüde uymayan kimseye karşı sözleşmeye aykırılık dolayısıyla TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurulabilir. Buna göre oy kullanma taahhüdüne aykırı davranan taraf, kusursuz olduğunu ispatlamadığı sürece diğer tarafın oy sözleşmesinden kaynaklanan zararlarını ödeyecektir. Ancak bu kapsamda oy sözleşmesinin borçlu tarafının sebep olduğu zararların ispatlanması genellikle zordur.

Oy sözleşmelerinin ihlal edilmesi halinde dava yoluyla sözleşmeye uygun hareket edilmesinin sağlanmasının mümkün olup olmadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre oy sözleşmelerinde cebri icra yoluyla aynen ifa mümkün olmakla birlikte⁴⁸, bizim de katıldığımız diğer görüş, oy hakkının serbest olarak kullanımını zedeleme ve pratikteki sorunları nedeniyle oy sözleşmelerinde cebri icra yoluyla aynen ifanın mümkün olmadığını kabul etmektedir⁴⁹. Belirtmek gerekir ki yapılan oy sözleşmesi belirli bir genel kurul toplantısında alınan bir karara yönelikse bu durumda zaten aynen ifa imkânı bulunmamaktadır. Sürekli oy sözleşmeleri bakımından da taahhüde aykırı davranan pay sahibinin, sonraki toplantılarda bu şekilde davranacağı varsayımına göre hareket edilmesi mümkün değil-

⁴⁴ von der Crone (n 3) 887-888; Altay (n 7) 537

⁴⁵ Moroğlu (n 2) 5-6; Doğu (n 9) 166; Arnold in MüKoAktG (n 4) Rn. 114

⁴⁶ Çeker (n 5) 243

⁴⁷ Bu hususta Okutan, ifanın imkansızlaşmadığını, ikinci bir genel kurul toplantısı yapılarak oy sözleşmesine uygun şekilde oy kullanılması mümkün olduğu sürece imkansızlığın olmayacağını belirtmektedir. Okutan Nilsson (n 4) 349-350

⁴⁸ Bu görüşü savunan Moroğlu, aynen ifa davası neticesinde alınan kararın taahhüde aykırı davranan pay sahibinin iradesi yerine geçmeyeceğini, mahkeme ilamının İİK m. 30 gereğince cebri icra marifetiyle yerine getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Moroğlu (n 2) 118. Öte yandan, Okutan, İİK m. 30 hükmünün uygulanmasının oy kullanma usulüyle bağdaşmayacağını, bunun yerine irade beyanına mahkûmiyet müessesinden faydalanılmasını önermektedir. Okutan Nilsson (n 4) 373

⁴⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) (n 14) 569; Çeker (n 5) 244; Altay (n 7) 549 vd.

dir⁵⁰. Ayrıca bu yönde açılacak bir ifa davasında çoğunlukla oy hakkının kullanılması gereken genel kurul toplantısından önce karar verilemeyeceği, böyle bir durumda dava konusu taahhüdün yerine getirilmesinin imkansızlaşacağı ve sonuç olarak yalnızca tazminat talebinin karara bağlanacağı da aynen ifanın mümkün olmadığı görüşünü desteklemektedir⁵¹.

Oy sözleşmelerinin yukarıda açıkladığımız üzere aynen ifasının mümkün olmaması karşısında etkisinin korunması ve ifasının sağlanması amacıyla bazı önlemlerin alınması gerekir. Payın devredilmesi durumunda oy sözleşmesi devredilen üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bir başka deyişle devralan üçüncü kişinin oy sözleşmesine uygun hareket etmesi talep edilemez. Zira oy sözleşmeleri nisbi hak doğurmaları nedeniyle sözleşmeye ilişkin haklar üçüncü kişilere karşı ileri sürülememektedir. Bu gibi hallerde oy sözleşmesindeki taahhüdüne uymayan kimseye karşı tazminat talep edilmesi, sözleşmede öngörülmüşse cezai şart istenmesi mümkündür.

Oy sözleşmelerine uyulmasını sağlamaya yönelik önlemlerin başında sözleşmede cezai şart öngörülmesi gelmektedir. Özellikle yukarıda belirtildiği üzere, oy kullanma borcunun gereği gibi yerine getirilmediği hallerde zararın ispatlanmasının zorluğu dikkate alındığında cezai şart düzenlemesinin önemi daha iyi anlaşılmaktadır⁵².

Oy sözleşmelerinin özellikle payın devredilmesi halinde devralan kimseden bu sözleşmeye uygun hareket etmesinin istenememesi karşısında bir çözüm olarak oy sözleşmesine taraf diğer kimse lehine bir önalım ve öncelik hakkı tanınması düşünülebilir. Böylece payın üçüncü kişilere devri halinde oy sözleşmesinin işlemez bir hale gelmesinin önüne geçilebilir⁵³. Oy sözleşmelerine uyulması maksadıyla pay veya pay senetlerinin devrine ilişkin kısıtlamalar getirilebilir. Ancak bu sınırlamalar genellikle kuruluş aşamasında yapılır. Zira esas sözleşme değişikliği yapılması, hem esas sözleşme değişikliği prosedürlerinin yerine getirilmesi hem de hakları kısıtlanacak olan pay sahiplerinin onaylarının aranması sebebiyle kolay değildir⁵⁴.

⁵⁰ Çeker (n 5) 244

⁵¹ Altay bu konuyu açıklarken haklı olarak ihtiyati tedbirin de buna bir çözüm olmayacağını, aksi kabulün ihtiyati tedbirin niteliğiyle uyuşmadığını açıklamaktadır. Altay (n 7) 552. Aksi yönde bkz. Okutan Nilsson (n 4) 383

⁵² Arnold in MüKoAktG (n 4) Rn. 114; Jaeger in Oppenländer /Trölitzsch (n 28) Rn. 70

⁵³ Uçar (n 15) 89

⁵⁴ Moroğlu (n 2) 95-97

Öğretide oy sözleşmelerinin özellikle aynen ifasını imkansızlaştıracak davranışların önlenmesi maksadıyla pay devir yasağı getirilebileceği, yedimeine tevdi kararı verilebileceği veya intifa/rehin hakkı tesisinin önlenmesi tedbirlerine başvurulabileceği belirtilmektedir⁵⁵. Oy kullanma taahhüdünde bulunduğu kimseye veya üçüncü kişiye (banka veya noter olabilir) temsil yetkisi verilmesi mümkündür (TTK m. 427 vd.). Elbette temsil yetkisinin de her zaman geri alınması mümkün olup, bu konuda önceden feragat kabul edilmemektedir. Buna karşın, pay senetlerinin oy kullanma taahhüdünde bulunduğu kimseye veya üçüncü kişiye tevdi edilmesi önlem olarak düşünülebilir⁵⁶. Bu amaçla pay veya pay senetlerinin inançlı olarak devredilmesi de mümkündür.

III. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN OY SÖZLEŞMELE- RİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Bilgi

Oy sözleşmesi, konusu itibariyle ticari ortaklıkların karar organlarındaki oylamalara ilişkin olsa da yalnızca tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuran bir borçlar hukuku sözleşmesidir⁵⁷. Birçok açıdan yabancı-lık unsuru taşıyabilmesi mümkündür. Oy sözleşmesi yabancı bir ülkede akdedilmiş ya da sözleşmenin taraflarının işyerleri, yerleşim yerleri veya mutad meskenleri yabancı bir ülkede olabilir. Oy kullanma veya kullan-
mama taahhüdünün yerine getirileceği ifa yeri olan ortaklığın genel kuru-
lunun toplandığı yer (ki bu yer asıl sözleşmede aksine hüküm bulunma-
dıkça ortaklık merkezinin bulunduğu yerdir) ya da ortaklığın statüsündeki
idare merkezi, statüsü yoksa veya bir tüzel kişiliği yoksa fiili idare merke-
zi de yabancı bir ülke olabilir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkün olmak-
la birlikte eğer hâkim yabancılık unsuru taşıyan bir oy sözleşmesinin var-
lığının tespitini yaparsa, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul
Hukuku Hakkında Kanun'da yer alan ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre
uymazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sistemini diğer bir ifadeyle
lex causae'yı re'sen belirlemekle (MÖHUK m. 2/1) yükümlüdür.

Yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmelerine uygulanacak hukuka
ilişkin MÖHUK'da özel olarak düzenlenmiş bir kanunlar ihtilafı kuralı yer

⁵⁵ İsmail G. Esin, “Hisse Opsiyon Haklarından Kaynaklanan İhtilafların Tahkiminde İhtiyati Tedbirlerin Etkin Uygulanması” in: Ziya Akıncı and Candan Yasan Tepetaş (eds), Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim (On İki Levha Yayıncılık 2018) 71, 73; Çeker (n 5) 245

⁵⁶ Moroğlu (n 2) 87-88

⁵⁷ ibid 135

almamaktadır. Dolayısıyla oy sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK m. 24'te yer alan sözleşmelerden kaynaklı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına göre⁵⁸ yapılacaktır.

B. Uygulanacak Hukukun Subjektif Bağlama Kuralına Göre Tespit Edilmesi

Birçok milli hukuk sistemi gibi MÖHUK da yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerin taraflarına hukuk⁵⁹ seçimi imkânı vermiştir. Zira milletlerarası özel hukuk alanında taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulayacakları hukuku seçme imkânı tanıyan düzenlemeler, borçlar hukuku alanındaki irade serbestisinin kanunlar ihtilafı kurallarına bir yansımasıdır. Tarafların akit statüsü olarak belirledikleri hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile sözleşmeye uygulanacaktır⁶⁰. Dolayısıyla MÖHUK m. 24 uyarınca yabancılik unsuru taşıyan oy sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Yabancılik unsuru taşımayan oy sözleşmelerinde hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Bir görüş yabancılik unsuru

⁵⁸ Alman ve İsviçre hukukunda da bu görüşün hakim olduğuna ilişkin olarak bkz.: Moroğlu, (n 2) 136. Yabancılik unsuru taşıyan oy sözleşmelerinin geçerliliklerinin sınırlarının ortaklıklar hukukunun emredici hükümlerine tabi olduğu kabulüyle, oy sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukukun ortaklığın merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilmesi yönünde görüş için bkz.: Vedat R. Seviğ, *Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı* (1th edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958) 208; Moroğlu (n 2) 135-136

⁵⁹ Mahkemeye intikal eden yabancılik unsuru taşıyan sözleşmesel uyumsuzluklara ilişkin ağırlıklı görüş, sözleşme taraflarına mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarında tanınan hukuk seçme imkanının bir devletin hukukunu seçme olarak sınırlandırıldığı yönündedir. Türk hukukundaki ilgili görüşler için bkz.: Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları)*, (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020) 282; Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (16th edn, Beta Basım 2021) 400; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (23th edn, Beta Basım 2021) 324; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (11th edn, Beta Basım 2024) 329; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3th edn, Yetkin Yayınları 2021) 175; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Özel Hukuk* (4th edn, Adalet Yayınevi 2019) 221-222; Zeynep Derya Tarman, *Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı*, (1th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 115; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri* (1th edn, Legal Yayıncılık 2008) 142; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları', (2010) 30 (1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 30; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Savaş Yayınevi 2021) 407-408

⁶⁰ Çelikel and Erdem (n 59) 381

taşımayan sözleşmeler açısından taraflarca hukuk seçimi yapılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır⁶¹. Bizim de kabul ettiğimiz diğer bir görüş ise taraflarca aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir milli hukuk sisteminin seçilmesi ile sözleşmesel ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığının kabul edileceğini, MÖHUK m. 24'te bu konuda bir sınırlandırmanın mevcut olmadığını savunmaktadır⁶².

Bazı milli hukuk sistemleri sözleşme taraflarının uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun sözleşmeyle veya taraflarla bir bağlantısının olmasını aramıştır. Amerika Birleşik Devletleri (Restatement II), İspanya, Polonya ve Portekiz hukukları gibi bazı hukuk sistemleri yabancılık unsuru taşıyan akdi borç ilişkilerine uygulanmak üzere seçilecek hukukun, sözleşmeyle veya taraflarla ilişkili olması yönünde bir sınırlandırma getirmiştir.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü'nün (Roma I Tüzüğü) üçüncü maddesi uyarınca sözleşmeye taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır. Bu hukuk açıkça seçilmiş olabileceği gibi; sözleşmedeki hükümlerden veya halin koşullarından tereddüde yer verilmeyecek şekilde diğer bir ifadeyle zımni olarak da seçilmiş olabilir. Yine hükümde tarafların kısmi hukuk seçimi yapabilecekleri düzenlenmiştir.

Türk hukuku gibi birçok milli hukuk sisteminde ise taraflarca seçilen hukukun taraflar veya sözleşmeyle bağlantılı olması gibi bir sınırlandırma hükmü yer almamaktadır. İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) m. 116'da taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmış ve bu hukuka ilişkin herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. İlgili hükme göre hukuk seçimi açık olarak veya sözleşmede yer alan ya da halin bütün şartları değerlendirildiğinde tereddüde yer vermeyecek şekilde diğer bir ifadeyle zımni olarak yapılabilir (m. 116/2). IPRG m. 116/3 tarafların hukuk seçimini her zaman yapabileceklerini ve değiştirebileceklerini düzenlemiştir. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra yapılan hukuk seçimi üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak şartıyla, akdedilme anından itibaren geçerli olacaktır.

⁶¹ Tekinalp (n 59) 279; Özdemir Kocasakal (n 59) 33; Rona Aybay and Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), (2th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 250-251; Doğan (n 59) 402; Güngör (n 59) 181; Nihal Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (1th edn, Filiz Kitabevi 1989) 185-186

⁶² Nomer (n 59) 324; Çelikel and Erdem (n 59) 384-385; Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 333-334. Sözleşme yabancılık unsuru taşıyın veya taşımasını, eğer milletlerarası ticareti ilgilendiriyorsa bu sözleşmenin milletlerarası sözleşme olarak nitelendirileceği görüşü için bkz.: Cemal Şanlı, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986) 29-31

Türk hukukunda da İsviçre hukukunda olduğu gibi yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere açık veya zımni hukuk seçimi yapma imkânı sözleşme taraflarına tanınmış, önemli sınırlandırmalar getirilmemiştir. MÖHUK m. 24 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerinde, tarafların açık ve sözleşmede yer alan hükümlerden ya da halin koşullarından tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi yapmaları geçerlidir. Açık hukuk seçimi uygulanacak hukukun herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilmiş olmasıdır⁶³. Hukuk seçimi sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsız kabul ediliyor olsa da⁶⁴ uygulamada çoğunlukla asıl sözleşme içerisine eklenen bir madde ile hukuk seçimi gerçekleştirilmektedir. Zımni veya diğer bir ifadeyle örtülü hukuk seçiminde ise hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması aranır. Ancak zımni hukuk seçiminden kastedilen farazi hukuk seçimi değildir⁶⁵. Tarafların sözleşmenin dili olarak İngilizce dilini seçmeleri veya sözleşmede kararlaştırılan para birimi olarak Amerikan dolarını seçmeleri tek başına İngiliz hukukunun veya Amerikan hukukunun taraflarca örtülü olarak seçildiği şeklinde yorumlanamaz⁶⁶. Hâkimin bir anlamda tarafların yerine geçip hukuk seçimine ilişkin tahminde bulunması mümkün değildir⁶⁷. Zımni hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimi yönünde iradeleri gerçektir. Ancak bu iradenin ortaya çıkarılması için sözleşme hükümlerinin veya sözleşmesel ilişkinin içinde bulunduğu şartların değer-

⁶³ Açık hukuk seçiminin “açıklanmış” hukuk seçimi olduğuna ilişkin bkz.: Güngör (n 59) 179

⁶⁴ Hukuk seçimine ilişkin sözleşme maddi hukuk sözleşmesinden farklı nitelikte olduğu için bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Maddi hukuk sözleşmesinin geçersiz olması hukuk seçimine ilişkin sözleşmeyi otomatik olarak geçersiz kılmaz. Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerli veya geçersiz olup olmadığı maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilir. Bkz.: Nomer (n 59) 310. Hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin seçilen hukuka tabi olduğuna ilişkin bkz.: Güngör (n 59) 182

⁶⁵ Nomer (n 59) 312; Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (3th edn, On İki Levha Yayıncılık 2024) 416; Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 334-335; Güngör (n 59) 180. Farazi iradenin hâkimin iradesi olduğu yönünde bkz.: Güngör (n 59) 181. Farazi seçime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Tekinalp (n 59) 284 vd.

⁶⁶ Merve Acun Mekengeç and Cansu Yener Keskin, *Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı* (2th edn, Seçkin Yayıncılık 2024) 68. Bunun ancak zımni hukuk seçimine ilişkin bir delil olarak değerlendirilebileceği, tek başına yeterli olmayacağı yönünde bkz.: Tekinalp (n 59) 284

⁶⁷ Karaca (Özel/Erkan/Pürselim) (n 65) 415; Nomer (n 59) 327; Tekinalp (n 59) 284, Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 334-335; Acun Mekengeç and Yener Keskin (n 66) 68

lendirilmesi aranmaktadır. Bu değerlendirme yapılırken sözleşme taraflarının daha önceden aralarında akdetmiş oldukları hukuk seçimi olan sözleşmelere atıf yapmış olmaları, belirli hukuk sistemine tabi olan model sözleşmelerin kullanılmış olması, aynı taraflar arasındaki daha önceden yapılmış sözleşmelerde istikrarlı bir şekilde belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması ve bu şekilde bir ticari teamülün mevcut olması gibi kriterler esas alınabilir⁶⁸. Yine tarafların her ikisinin de iddia ve savunmalarını belirli bir milli hukuk sistemi esas alınarak ileri sürülmüş olması da halin şartlarından tereddüde yer verilmeyecek, diğer bir ifadeyle zımni hukuk seçimi olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Taraflar oy sözleşmesine uygulanmak üzere seçtikleri hukuku sözleşmenin bir kısmına ya da tamamına uygulamayı kararlaştırabilirler (MÖHUK m. 24/2). Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde kümülatif hukuk seçimi olarak da ifade edilen sözleşmedeki belirli bir kısmı belirtmeksizin sözleşmenin tamamını birden fazla milli hukuk sistemine tabi tutmak hukuk seçimini geçersiz hale getirmektedir⁷⁰. MÖHUK m. 24/3'e göre taraflar, aralarındaki oy sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin seçimi herhangi bir zamanda yapabilirler ya da yapmış oldukları hukuk seçimini yine aynı şekilde her zaman değiştirebilirler. Ancak taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçimi yaparlarsa, bu seçim üçüncü kişilerin

⁶⁸ Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (1th edn, Cambridge University Press, 2013) 305; Karaca (Özel/ Erkan/Pürselim) (n 65) 416; Nomer (n 59) 321-314; Güngör (n 59) 180. Sözleşme maddelerinde bir milli hukuk sistemine ait maddi hükümlere atıf yapılmış olması ve taraflar arasında aynı tipte uyumsuzluklar için aynı devlet mahkemelerinin yetkilendirilmiş olmasının zımni hukuk seçiminin varlığının kabul edilebileceği örnekler olduğuna ilişkin bkz.: Nomer (n 59) 312-313. Sözleşmede bir devlet mahkemesinin yetkili olarak belirlenmiş olmasının, ifanın belirli bir para cinsiyle yapılmasına yönelik sözleşme hükümlerinin varlığının, belirli bir milli hukuk sistemine ilişkin örf adet veya usullerin sözleşmede kararlaştırılmış olmasının zımni hukuk seçimine ilişkin bir delil olarak kabul edilebileceği ancak zımni hukuk seçiminden bahsedebilmek için bu delillerden birkaçının bulunmasının arandığına ilişkin bkz.: Tekinalp (n 59) 284

⁶⁹ Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 334. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Bölge Adliye Mahkemesi'nin davacının ve davalının dilekçelerinde TBK hükümlerine dayanmasının Türk hukukunun seçilmesi yönünde bir zımni hukuk seçiminin varlığını gösterdiği şeklindeki tespitini isabetli görmemiş, uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre belirlenmesi yönünde karar vermiş, bu karar da doktrinde eleştirilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2019/83, K: 2020/3914 sayılı ve 07.10.2020 tarihli kararının eleştirisi için bkz.: Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 334, dn. 442

⁷⁰ Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1th edn, Vedat Kitapçılık 2011) 148, dn. 428; Nomer (n 59) 330

hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili kabul edilmektedir. MÖHUK m. 2/4 uyarınca taraflar aksini kararlaştırmamışsa, seçilen hukukun maddi hükümleri uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle taraflar açıkça belirtmemişlerse, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır.

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde genel kabul, taraflarca seçilen hukukun bir devletin hukuku olması yönündedir. Milletlerarası sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinin, ticari âdet ve teamüllerin, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri gibi derlemelerin⁷¹, Incoterms, UCP 600 gibi yeknesak kuralların, konvansiyonların veya *lex mercatoria*'nın ya da onun diğer kaynaklarından birinin⁷² taraflarca uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilmesi, milletlerarası tahkim yargılamasının aksine⁷³, mahkeme yargısında milli hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerli yapılmış bir hukuk seçimi olarak değerlendirilmemektedir. Tarafların yapmış oldukları *lex mercatoria* veya kaynaklarına yönelik bu seçimi tamamen geçersiz kılmak da doğru değildir. Böyle bir durumda hâkim *lex fori*'de yer alan objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespitini yapacaktır. Tarafların yapmış oldukları seçim ise bu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde yedek hükümlerinin önünde,

⁷¹ Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Prensipler'i Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, 19 Mart 2015 tarihinde kabul etmiştir. Lahey Prensipleri hukuk kurallarının milletlerarası sözleşme taraflarınca "hukuk" olarak seçilebilmesine imkân tanımıştır. Prensipler uyarınca taraflar ulusötesi, milletlerarası ya da bölgesel seviyede kabul görmüş dengeli ve tarafsız bir kurallar bütününe dair seçim yapabilirler (m. 3). Lahey Prensipleri'nin Şerhi'nde bu bahsedilmiş olan kabul görme şartı "milli düzeyin ötesinde genel manada tanınmış olma" şeklinde belirtilmiştir. Sınırlayıcı olmaksızın örnek verilerek, taraflarca aralarındaki sözleşmede Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) gibi milletlerarası antlaşma ve konvansiyonlar ile UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi derlemelerin milletlerarası düzeyde genel kabul görmüş "hukuk kuralları" olarak seçilebileceği vurgulanmıştır. Özetle Lahey Prensipleri sözleşmesel uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesini kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Cansu Yener Keskin, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara *Lex Mercatoria*'nın (Milletlerarası Ticarete İlişkin Maddi Hükümler ile Ticari Âdet ve Teamül) Uygulanması (1th edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 119 vd.

⁷² *Lex mercatoria* ve kaynaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz.: Yener Keskin (n 71) 41 vd.

⁷³ Milletlerarası tahkimde *lex mercatoria* veya kaynaklarından birinin sözleşme taraflarınca seçilmesi halinde ne şekilde uygulama alanı bulacağı konusunda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz.: Yener Keskin (n 71) 181 vd.

diğer bir ifadeyle bir sözleşme hükmü niteliğinde uygulanma imkânı bulacaktır⁷⁴.

C. Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kuralına Göre Tespit Edilmesi

1. Genel Bilgi

Taraflar aralarındaki oy sözleşmesinde bir hukuk seçimi yapmamışlarsa veya yapmış oldukları hukuk seçimi *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları açısından değerlendirildiğinde geçersiz bir hukuk seçimiye; uygulanacak hukuk⁷⁵, *lex fori*'de yer alan objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilecektir.

Roma I Tüzüğü'nde objektif bağlama kuralı dördüncü maddede düzenlenmiştir. Öncelikle belirli sözleşme çeşitleri açısından bağlama kuralları özel olarak düzenlenmiştir (m. 4/1). Tüzük'ün dördüncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiş sözleşmelerden biri söz konusu değilse veya uyuşmazlık konusu sözleşme birinci fıkra da yer alan sözleşmelerden birden fazlasını içermekteyse *lex causae* karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku kabul edilmiştir. Tüzük'te dördüncü maddenin ilk iki fıkrasına oranla sözleşmeyle hâlin bütün şartları dikkate alındığında daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa bu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Dördüncü maddenin son fıkrası ise uygulanacak hukukun ilk iki fıkra ya göre

⁷⁴ Benzer yönde, Can and Tuna (n 4) 221-222; Çelikel and Erdem (n 59) 402-403; Doğan (n 59) 405-406; Vahit Doğan, Milletlerarası Ticaret Hukuku, (1th edn, Savaş 2020) 94; Nuray Ekşi, 'Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"', (1999) 19 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 267; Güngör (n 59) 181; Ataman- Fiğanmeşe (Şanlı/Esen) (n 59) 329; Acun Mekengeç and Yener Keskin (n 66) 69

⁷⁵ Objektif bağlama kuralına göre *lex mercatoria* veya kaynaklarının da bir hukuk kuralı olarak hakim tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanabileceğini öngören tespit edebildiğimiz tek kaynak Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka İlişkin Inter-Amerikan Konvansiyonu'dur. Bu Konvansiyon'un 9. maddesine göre taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa veya yapılan hukuk seçimi geçersiz ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan milli hukuk sistemi *lex causae* olacaktır. Konvansiyon kapsamında objektif bağlama kuralı vasıtasıyla uygulanacak hukuk tespit edilirken sözleşmenin bütün objektif ve subjektif unsurlarının göz önüne alınması ile milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin genel prensiplerin dikkate alınması gerektiği vurgulanmakla birlikte; herhangi bir objektif coğrafi kriter yer verilmemiştir. Ayrıca hâkime *lex mercatoria*'nın kaynaklarından olan milletlerarası organizasyonların kabul ettiği milletlerarası ticaret hukukuna ilişkin genel prensipleri dikkate alma ve adaletin ile hakkaniyetin her somut olaya ilişkin olarak gerçekleştirmesi için milletlerarası ticaret hukukunun rehberleri, ticari âdet, teamül, uygulama ve prensiplerini uygulanma zorunluluğunu getirmiştir.

belirlenememesi halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan milli hukuk sisteminin uygulanacak hukuk olduğu düzenlenmiştir.

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 117’de yer alan objektif bağlama kuralına göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan milli hukuk sistemi *lex causae*’dır. Bu hukuk, sözleşme mesleki ya da ticari bir faaliyet sebebiyle akdedilmişse karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Bunun dışındaki sözleşmeler açısından karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur. Madde karakteristik edimden kastedileni belirli sözleşme türleri için açıklamıştır. Belirtilen düzenlemelere göre tespit edilen karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad mesken hukukuna nazaran uyuşmazlık başka bir hukukla daha sıkı ilişki içerisindeyse bu hukukun istisnai olarak uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Amerikan hukukunda “*Second Restatement*” (“*The Restatement (Second) of Contracts*”) sec. 6 uyarınca taraflarca hukuk seçimi yapılmadıysa uyuşmazlığın esasına işlem ve taraflarla en sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk tespit edilirken dikkate alınacak temel prensiplerin yanında; tarafların vatandaşlığı, yerleşim yeri, işyeri, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer gibi bazı coğrafi unsurların da değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sözleşme müzakerelerinin yapıldığı yerle ifa yerinin aynı devlette olması halinde, aksi düzenlenmemişse, uyuşmazlığın esasına bu hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

2. Oy Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Yer Alan Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Tespit Edilmesi

a. Genel Bilgi

Dava milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinde açıldıysa ve tarafların arasında akdedilmiş olan oy sözleşmesinde bir hukuk seçimi mevcut değilse hâkim, uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24/4’te yer alan objektif bağlama kuralına göre tespit edecektir. MÖHUK m. 24/4 uyarınca sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Sözleşme ticari⁷⁶ veya mesleki faaliyet gereği kurulmuşsa bu hu-

⁷⁶ MÖHUK m. 24/4’te yer alan “ticari faaliyet” ifadesinden kastedilen “ticari iş” olup vasıflandırması *lex fori*’ye göre yapılacaktır. Türk hakimi için bu hukuk Türk hukukudur. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 3 uyarınca ticari iş TTK’da düzenlenen işlerle bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerdir. Ticari iş karinesi TTK m. 19’da “(1) Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak, gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. (2) Taraf-

kuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku olacaktır. Karakteristik edim borçlusunun işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku esas alınacak olup; karakteristik edim borçlusunun birden fazla sayıda işyeri olması halinde sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunduğu tespit edilen işyeri hukuku *lex causae* olarak belirlenir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşme başka bir hukukla daha sıkı ilişkili ise bu hukuka⁷⁷ tâbi olur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24/4 uyarınca objektif bağlama kuralına göre yabancılik unsuru taşıyan oy sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilirken karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Zira yukarıda da yer verdiğimiz gibi MÖHUK m. 24/4'te kanun koyucu uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tespit edilirken karakteristik edim borçlusuna bağlı bazı karineler düzenlemiştir. Karakteristik edim sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye ağırlığını veren, damgasını vuran, diğer edime göre daha rizikolu konumda bulunan; diğer bir ifadeyle o sözleşmeyi diğer sözleşmelerden ayıran edim olarak ifade edilebilir⁷⁸.

Yabancılik unsuru taşıyan oy sözleşmeleri ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmeler kapsamında yer aldıkları için hâkim, karakteristik edim borçlusunu taraflar arasında akdedilen oy sözleşmesinin niteliğine göre yukarıdaki şekilde tespit ettikten sonra MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesi uyarınca halin tüm şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığını belirlemekle yükümlüdür. Hâkimin bu hususta takdir hakkı yoktur. Zira MÖHUK m. 24/4 uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim borçlusuna göre bazı karinelere yer

lardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır” şeklinde ifade edilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin ticari faaliyet gereği kurulup kurulmadığının tespiti yapılırken TTK m. 3 ve TTK m. 19 dikkate alınacaktır. MÖHUK m. 24/4 kapsamında yer alan ticari faaliyet gereği kurulmuş sözleşmeler kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Gülçin Çam ‘Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukukta Ticari Faaliyet Gereği Kurulmuş Sözleşmeler Kavramına Genel Bir Bakış’ (2022) 14 (31) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 4 vd.

⁷⁷ MÖHUK m. 24/ f. 4'te bazı milli hukuk sistemleri ve milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak “devletin hukuku” yerine “hukuk” ifadesine yer verilmiştir. Ancak yargısal içtihatlar ve doktrindeki ağırlıklı görüş, hâkim tarafından, hükümde yer alan “hukuk” ifadesinin mutlaka bir milli hukuk sisteminin uygulanacak hukuk olacak şekilde tespitinin amaçlandığı şekilde dar yorumlanması gerektiği yönündedir.

⁷⁸ Mesut Aygün, ‘Karakteristik Edim Teorisi’, (2005) (6) Eskişehir Barosu Dergisi 31; Çelik and Erdem (n 59) 389; Nomer (n 59) 320; Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 354; Karaca (Özel/Erkan/Pürselim) (n 65) 427 vd.; Tekinalp (n 59) 289

verdiyse de bunlar âdi karine niteliğinde olup; aksi ispatlanabilir. MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesinde yer alan istisna kuralı da hâkime bu hususta takdir hakkı bırakmaksızın somut olayın şartları dikkate alındığında karinenin aksinin ispatlandığı durumda, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını düzenlemiştir.

Daha sıkı ilişkili hukukun varlığı tespit edilirken halin bütün şartları hâkim tarafından dikkate alınacaktır (MÖHUK m. 24/4). Bu kapsamda sözleşmenin ifa yeri, tarafların işyerleri, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin inikat yeri, tarafların ortak yerleşim yerleri veya mutad meskenleri değerlendirmeye tabi tutulabilir⁷⁹. Bu noktada belirtmek gerekir ki yabancılık unsuru taşıyan oy sözleşmesine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmişse, “daha sıkı ilişkili hukukun” hâkim tarafından tespit edilip uygulanması söz konusu olamaz. Hâkim taraflarca hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 uyarınca geçerli bir şekilde yapılmış olması halinde tarafların seçtiği hukuka göre uyumsuzluğu çözümlemekle yükümlüdür.

b. Oy Sözleşmesinin Türüne Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti

1) Pay Sahipleri ile Üçüncü Kişiler Arasında Akdedilen Oy Sözleşmeleri Açısından Değerlendirme

Sözleşme taraflarının sıfatı açısından oy sözleşmelerinin pay sahipleri arasında yapılan ve pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmeleri olarak iki gruba ayrıldığından⁸⁰ yukarıda bahsetmiştik. Pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmelerinde oy kullanma taahhüdünde bulunan taraf oy sözleşmesinin pay sahibi tarafıdır. Pay sahipleri oy sözleşmesiyle ortaklığın karar organında, şirkette pay sahibi olmayan veya henüz pay sahipliği sıfatı doğmamış bir kimsenin talimatına uygun oy kullanma yükümlülüğü altına girerler⁸¹. Pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan bu türden oy sözleşmelerinde karakter-

⁷⁹ Ataman- Figanmeşe (Şanlı/ Esen) (n 59) 358; Acun Mekengeç and Yener Keskin (n 66) 71; Karaca (Özel/Erkan/Pürselim) (n 65) 437. Daha sıkı ilişkili hukuk belirlenirken hukuki ilişkinin niteliğinin ve taraflar arasında menfaat dengesinin dikkate alınacağına; tarafların ortak irtibatlarının ortak olmayan irtibatlarına göre daha önemli olduğuna; karakteristik edim borçlusunun işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke sözleşmeyle sıkı ilikiliyse hakimnin daha sıkı ilişkili hukuku araştırmaya girmemesi gerektiğine; aksi halde istisna kuralının objektif kuralı anlamsız kılacağına ilişkin bkz.: ; Karaca (Özel/Erkan/Pürselim) (n 65) 437 ve 439

⁸⁰ Çeker (n 5) 234

⁸¹ Moroğlu (n 2) 38-39

ristik edim borçlusu, oy kullanma taahhüdü altına giren, sözleşmeye adını veren edimi yüklenen taraf olan pay sahibi tarafıdır.

Sonuç olarak yabancılık unsuru taşıyan pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmesine uygulanacak hukuk, ticari sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olan pay sahibi tarafının sözleşmenin kuruluşu sırasındaki iş yeri hukukudur. Bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukudur. Birden fazla iş yeri varsa sözleşmeyle en sıkı ilişkili iş yeri hukuku uygulanacak hukukun tespitinde esas alınır (MÖHUK m. 24/4). Halin tüm şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde MÖHUK m. 24'te yer alan istisna kuralı sebebiyle *lex causae* bu hukuk olarak tespit edilmelidir. Pay sahibinin belirli yönde oy kullanmayı taahhüt ettiği ortaklığın genel kurulunun toplandığı yerin hukukunun ya da ortaklığın ana sözleşmesindeki idare merkezi hukuku ya da statüsü yoksa veya tüzel kişiliği olmayan bir kişi ya da mal topluluğu söz konusuysa fiili idare merkezinin oy sözleşmesinin tarafı olan üçüncü kişinin işyeri veya yerleşim yeriyle aynı yer olması gibi vb. durumların varlığı hâkim tarafından bu kapsamda değerlendirilmelidir.

2) Pay Sahipleri Arasında Akdedilen Oy Sözleşmeleri Açısından Değerlendirme

Uygulamada en çok rastlanan oy sözleşmesi türü pay sahipleri arasında yapılan oy sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler tek taraflı, karşılıklı ve çok taraflı oy sözleşmesi (oy konsorsiyumu) olarak bir defalık ya da sürekli şekilde yapılabilirler⁸².

Tek taraflı oy sözleşmelerinde bir taraf oy kullanma taahhüdünde bulunurken, diğer taraf ya hiçbir taahhüt altına girmez ya da oy kullanımı dışında bir taahhüt altına girer⁸³. Tek tarafın taahhüdü oy kullanma olduğu için tek taraflı oy sözleşmelerinin karakteristik edim borçlusu oy kullanma taahhüdü altına giren taraf olacaktır. MÖHUK m. 24/4 uyarınca oy taahhüdü altına giren tarafın işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku en sıkı ilişkili hukuktur. Ancak halin tüm şartlarına göre hâkim daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığını tespit ederse bu hukuk *lex causae* olarak belirlenecektir.

Oy sözleşmesinin taraflarının birbirlerine karşılıklı olarak belirli bir yönde oy kullanma veya kullanmama taahhüdünde bulundukları sözleşmeler karşılıklı (iki taraflı) oy sözleşmeleri olarak ifade edilmektedir. Bu tip

⁸² ibid 38

⁸³ Çeker (n 5) 236; Moroğlu (n 2) 35

sözleşmelerde ortaklaşa bir amaç söz konusu değildir. Oy taahhütleri tam iki taraflı sözleşmelerde olduğu gibi birbirlerine bağımlıdır ve bu taahhütlerden her birine diğerinin karşılığı olarak girilmiştir⁸⁴.

Karşılıklı oy sözleşmelerinde iki tarafın da edimi belirli bir yönde oy kullanma ya da kullanmama taahhüdüdür. Bu sebeple bir tarafın ediminin sözleşmeyi karakterize ettiğinin, sözleşmeye damgasını vurduğunun ya da sözleşmeye ağırlığını koyan edim olduğunun söylenebilmesi ve bu sebeple MÖHUK m. 24/4 açısından karakteristik edim borçlusuna göre uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukun belirlenebilmesi mümkün değildir. Hâkimin MÖHUK m. 24/4'te yer alan istisna kuralı gereği halin bütün şartlarını değerlendirmesi ve sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğunun tespitini yapması gereklidir. Bu noktada ortaklığın idare merkezi hukuku, statüsü veya tüzel kişiliği yoksa fiili idare merkezi hukuku, oy kullanma veya kullanmama taahhüdünün yerine getirileceği ifa yeri olan genel kurul gibi ortaklığın karar organının toplandığı yer hukuku, karşılıklı oy sözleşmesinin akdedildiği yer hukuku, sözleşme taraflarının işyeri hukukları, yoksa yerleşim yeri hukukları gibi unsurların milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanabilmesi için sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde hâkim tarafından dikkate alınması gerekmektedir.

İki veya daha fazla pay sahibinin oy haklarını, ortak bir amaca ulaşmak için, sözleşmeyle belirledikleri yönde ya da sonradan sözleşmeye göre aralarında belirleyecekleri yönde bizzat ya da temsilci vasıtasıyla kullanmayı veya kullanmamayı taahhüt ettikleri oy sözleşmesi türüne çok taraflı oy sözleşmeleri (oy konsorsiyumu) denilmektedir. Çok taraflı oy sözleşmelerinde de tarafların yükümlülüğü sözleşmeyle kararlaştırılan ya da yine sözleşmeye göre belirlenen bir yöntemle daha sonra kararlaştırılan yönde topluca oy kullanmak olduğu için diğer edime göre daha rizikolu bulunan veya sözleşmeye ağırlığını veren bir edim bulunmamaktadır. Bu sebeple bir karakteristik edim borçlusunu tespit etmek ve uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku bu edime göre belirlemek mümkün olmayacaktır. Hâkim MÖHUK m. 24/4 uyarınca halin bütün şartlarını değerlendirerek en sıkı ilişkili hukuku tespit etmelidir. Bu tespiti yaparken ortaklığın idare merkezi hukuku, statüsü veya tüzel kişiliği yoksa fiili idare merkezi hukuku, karşılıklı oy sözleşmesinin akdedildiği yer hukuku, sözleşmenin ifa yeri olan ortaklık karar organının toplandığı yer hukuku, sözleşme taraflarının işyeri hukukları, yoksa yerleşim yeri hukukları gibi unsurların yanında; eğer sözleşmede her pay sahibine bir oy hakkı tanınmak yerine

⁸⁴ Moroğlu (n 2) 35; Çeker (n 5) 237

oy hakkının ortaklıkta sahip olunan pay adedine göre belirlenmesi kabul edildiyse -ki uygulamada çoğunlukla rastlanılan bu şekilde yapılan belirllemelerdir-⁸⁵ ortaklıkta en fazla paya sahip olan ve aynı zamanda oy sözleşmesinin de tarafı olan ortağın işyeri veya yerleşim yeri hukukunun da uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde özellikle dikkate alınması söz konusu olabilecektir.

SONUÇ

Pay sahiplerinin oy kullanma özgürlüğünün bulunması, üçüncü kişilerin etkisi altında bulunmaksızın, bağımsız şekilde oy kullanacakları anlamına gelmemektedir. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü çerçevesinde oy sözleşmelerinin düzenlenmesinde bir engel bulunmamaktadır. Üzerinde düşünülerek ve karşılıklı anlaşma sonucu yapılan oy sözleşmeleri, genel kurulda anlık etkilenmeler neticesinde üzerinde yeterince düşünülmeksizin verilen bir karardan çok daha faydalı olacaktır.

Çeşitli amaçlarla yapılabilen oy sözleşmelerinin geçerliliği, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmamasına ve konusunun imkansız olmamasını gerektirmektedir. Oy sözleşmelerinin emredici nitelikte hükümlerin dolanılması amacıyla yapılması halinde de geçersiz olduğu belirtilmelidir.

Oy sözleşmeleri bakımından TTK veya ilgili kanunlar çerçevesinde izin verilmeyen bir oy kullanmanın geçerli kabul edilmemesi veya oy kullanma yetkisi olmayan bir kimseye bu sayede bir nüfuz tanınmaması gerekir. Uygulamada özellikle oy hakkının yönetim kurulu tarafından kullanılması anlamına gelen düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu amaçla yapılan oy sözleşmeleri geçersizdir. Ayrıca oy sözleşmelerinin ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle geçersizliği söz konusu olabilir. Bu doğrultuda şirket menfaatlerine zarar verme maksadıyla yapılan oy sözleşmeleri de geçersizdir. Öğretide aksi görüşler olmakla birlikte bir bedel veya çıkar sağlama karşılığında yapılan ve oy satımı adı verilen oy sözleşmelerinin de dürüstlüğe ve ahlaka aykırı olduklarının kabul edilmesi gerekir.

Oy sözleşmesine rağmen pay sahipleri oylarını istedikleri yönde kullanmakta serbesttirler. Bu sebeple oy sözleşmesine aykırı şekilde oy kullanılması halinde alınan karar geçerliliğini korumaktadır. Oy sözleşmesine dayanarak genel kurul kararının hükümsüz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir.

⁸⁵ Moroğlu (n 2) 37

Oy sözleşmelerinin ihlal edilmesi halinde dava yoluyla sözleşmeye uygun hareket edilmesinin sağlanmasının mümkün olup olmadığı konusunda oy hakkının serbest olarak kullanımını zedeleme ve pratikteki sorunları nedeniyle oy sözleşmelerinde cebri icra yoluyla aynen ifanın mümkün olmadığı kanaatinde olmamız sebebiyle oy sözleşmelerinin etkisinin korunması ve ifasının sağlanması amacıyla bazı önlemlerin alınması gerekir. Payın devredilmesi durumunda oy sözleşmesi devredilen üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Bu gibi hallerde oy sözleşmesindeki taahhüdüne uymayan kimseye karşı tazminat talep edilmesi, sözleşmede öngörülmüşse cezai şart istenmesi mümkündür. Ayrıca oy sözleşmesine taraf diğer kimse lehine bir önalım ve öncelik hakkı tanınarak payın üçüncü kişilere devri halinde oy sözleşmesinin işlemez bir hale gelmesinin önüne geçilebilir. Oy kullanma taahhüdünde bulunduğu kimseye veya üçüncü kişiye temsil yetkisi verilmesi mümkündür. Ancak temsil yetkisinin her zaman geri alınabilmesi karşısında pay senetlerinin oy kullanma taahhüdünde bulunduğu kimseye veya üçüncü kişiye tevdi edilmesi önlem olarak düşünülebilir. Bu amaçla pay veya pay senetlerinin inançlı olarak devredilmesi de mümkündür.

Oy sözleşmeleri birçok açıdan yabancılik unsuru taşıyabilir. Sözleşmenin taraflarının işyerleri, yerleşim yerleri ya da mutad meskenleri yabancı bir ülkede olabileceği gibi oy sözleşmesi gereğince oy kullanma veya kullanmama taahhüdünün yerine getirileceği ortaklık karar organının toplanacağı yer diğer bir ifadeyle sözleşmenin ifa yeri olan ortaklığın statüsündeki idare merkezi, statüsü yoksa ya da bir tüzel kişiliği yoksa fiili idare merkezi yabancı bir ülke olabilir. Ortaklık karar organının örneğin anonim veya limited ortaklık için genel kurulun toplanacağı yer ortaklık merkezinden farklı bir yer olarak kararlaştırılmışsa bu yer farklı bir ülkede olabilir veya oy sözleşmesi yabancı bir ülkede de akdedilmiş olabilir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkün olmakla birlikte eğer hâkim yabancılik unsuru taşıyan bir oy sözleşmesinin varlığının tespitini yaparsa, MÖHUK m. 24 uyarınca uyuşmazlığın esasına uygulanacak milli hukuk sistemini re'sen belirlemekle (MÖHUK m. 2/1) yükümlüdür.

Taraflar uygulanacak hukukun tespitini aralarında akdetmiş oldukları oy sözleşmesinde MÖHUK m. 24'te yer alan subjektif bağlama kuralına uygun şekilde yapmışlarsa hâkim tarafların seçmiş olduğu ülkenin hukukunun maddi hükümlerini (taraflarca kanunlar ihtilafı kurallarının da seçime dahil edildiği ayrıca belirtilmediyse) uygulayarak uyuşmazlığı çözümleyecektir. Oy sözleşmesinin tarafları uygulanacak hukuku seçmedilerse ya da yapılan seçim MÖHUK m. 24 uyarınca geçersizse hâkim MÖHUK m. 24/4'te yer alan objektif bağlama kuralına göre uygulanacak

hukukun tespitini yapacaktır. Objektif bağlama kuralı uyarınca gerek karakteristik edim borçlusunun tespitinde, gerekse karakteristik edim borçlusunun tespit edilememesi halinde istisna kuralı uyarınca sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, taraflar arasındaki oy sözleşmesinin türü belirleyicidir. Oy sözleşmesinin pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında mı yoksa pay sahiplerinin kendi aralarında mı akdedildiği; uyuşmazlık konusu oy sözleşmesinin tek taraflı mı, karşılıklı mı yoksa çok taraflı oy sözleşmesi mi olup olmadığı MÖHUK m. 24/4 uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Hâkim tarafından karakteristik edim borçlusunun varlığı veya yokluğu ve istisna kuralına göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınacak kriterler uyuşmazlık konusu oy sözleşmesinin türüne göre değişmektedir. *Lex causae*'nın milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlayacak şekilde belirlenebilmesi için taraflar arasındaki oy sözleşmesinin türü, içeriği ve kapsamı, uygulanacak hukukun tespitinde belirleyici olmakta ve hâkim tarafından dikkate alınması kanaatimizce zorunluluk arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Acun Mekengeç M and Yener Keskin C, Şematik Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı (2th edn, Seçkin Yayıncılık 2024)

Altay A, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler (1th edn, Vedat Kitapçılık 2009)

Arnold in MüKoAktG, AktG § 136 (6th edn, C.H. Beck 2024)

Aybay R and Dardağan E, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), (2th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008)

Aygün M, 'Karakteristik Edim Teorisi', (2005) (6) Eskişehir Barosu Dergisi 29-51

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (17th edn, Beta Yayıncılık 2024)

Çam G, 'Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukukta Ticari Faaliyet Gereği Kurulmuş Sözleşmeler Kavramına Genel Bir Bakış' (2022) 14 (31) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 3- 25

Can H and Tuna E, Milletlerarası Özel Hukuk (4th edn, Adalet Yayınevi 2019)

Canöz S, Anonim Şirketlerde İbra (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2021)

Çapa M S, Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2013)

Çeker M, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2000)

Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (16th edn, Beta Basım 2021)

Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (1th edn, Vedat Kitapçılık 2011)

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (7th edn, Savaş Yayınevi 2021)

Doğan V, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, (1th edn, Savaş Yayınevi 2020)

Doğu H M, *Kanuna Karşı Hile* (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2023)

Ekşi N, 'Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"', (1999) 19 (1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 263-291

Esin, İ G "Hisse Opsiyon Haklarından Kaynaklanan İhtilafların Tahkiminde İhtiyatı Tedbirlerin Etkin Uygulanması" in: Ziya Akıncı and Candan Yasan Tepetaş (eds), *Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim* (On İki Levha Yayıncılık 2018)

Forstmoser P and Küchler M, *Aktionärbindungsverträge* (1th edn, Schulthess Verlag 2015)

Gökdemir Tamer T, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi* (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2022)

Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (3th edn, Yetkin Yayınları 2021)

Hoffmann-Becking/Austmann in *MHdB GesR IV* (6th edn, C.H. Beck 2024)

İmregün O, *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri* (1th edn, İsmail Akgün Matbaası 1962)

Jaeger in *Oppenländer /Trölitzsch GmbH-GF-HdB* (3th edn, C.H. Beck 2020)

Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi* (2th edn, Yetkin Yayınları 2015)

Karasu R, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Nama Yazılı Payların Devrinin Sınırlandırılması" (2008) XII (1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 127-147

Moroğlu E, *Oy Sözleşmeleri* (5th edn, Vedat Kitapçılık 2015)

Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku*, (23th edn, Beta Basım 2021)

Okutan Nilsson G, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri* (1th edn, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2003)

Özdemir Kocasakal H, ‘Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları’, (2010) 30 (1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 27-88

Özel S, Erkan M, Pürselim H and Karaca H, Milletlerarası Özel Hukuk (3th edn, On İki Levha Yayıncılık 2024)

Özel S, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri (1th edn, Legal Yayıncılık 2008)

Rogerson P, Collier’s Conflict of Laws (1th edn, Cambridge University Press, 2013)

Poroy R and Tekinalp Ü and Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku I, (14th edn, Vedat Kitapçılık, 2019)

Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, Milletlerarası Özel Hukuk (11th edn, Beta Basım 2024)

Şanlı C, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986)

Seviğ V, Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı (1th edn, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1958)

Tarman Z, Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, (1th edn, Vedat Kitapçılık 2019)

Tekinalp G, Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları), (13th edn, Vedat Kitapçılık 2020)

Teoman Ö, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu (1th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1983)

Tokcan P, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk (1th edn, On İki Levha Yayıncılık 2018)

Uçar S, Anonim Şirket Paylarının Devrinde Önalım ve Öncelik Hakları (2th edn, Seçkin Yayıncılık 2020)

Uluocak N, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (1th edn, Filiz Kitabevi 1989) 185-186

von der Crone H C, Aktienrecht (2th edn, Staempfli, 2020)

Yener Keskin C, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria’nın (Milletlerarası Ticarete İlişkin Maddi Hükümler ile Ticari Âdet ve Teamül) Uygulanması (1th edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

**# KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI
ÇERÇEVESİNDE 2024/1760 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ
KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ÖZENLİ ETKİ
DEĞERLENDİRMESİ YÖNERGESİ (CSDDD) HÜKÜMLERİNİN
DEĞERLENDİRİLMESİ***

(ASSESSMENT OF THE PROVISIONS OF THE EUROPEAN UNION CORPORATE
SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE NO. 2024/1760 (CSDDD) WITHIN
THE FRAMEWORK OF THE CONCEPT OF CORPORATE SUSTAINABILITY)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Duygu DEMİREL ÖZDEMİR**

ÖZ

Kurumsal sürdürülebilirlik anlayışı çerçevesinde sürdürülebilir bir toplum, çevre ve ekonominin inşası için sermaye ve iş gücünü elinde bulunduran şirketlere önemli yükümlülükler düşmektedir. Şirketlerin bu yükümlülükleri bakımından hukuki bir çerçeve oluşturmak amacıyla Avrupa Birliği (AB) Komisyonu tarafından hazırlanan “*Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi*” 25.07.2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş durumdadır. AB kapsamında bu düzenlemelerin uygulanmaya başlayacak olması, Türk şirketler açısından da büyük öneme sahiptir. AB pazarındaki şirketlerin tedarik zincirlerinde genellikle yer

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 21.09.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 20.10.2024 tarihinde birinci hakem; 07.12.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

Bu makale, TÜBİTAK 3005 – Sosyal ve Beşeri Bilimlerde Yenilikçi Çözümler Araştırma Projeleri Destek Programı kapsamında desteklenen 223K314 numaralı “Sürdürülebilirliğin Sağlanması Açısından Sermaye Şirketlerinin Ana Sözleşmelerinde Öngörülecek Kayıtlar” adlı proje kapsamında hazırlanmıştır.

** Kocaeli Üni. Hukuk Fak. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, duygu.demirel@kocaeli.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7653-1313

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; DEMİREL ÖZDEMİR, Duygu, “Kurumsal Sürdürülebilirlik Kavramı Çerçevesinde 2024/1760 Sayılı Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi (CSDDD) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 3, 2024, s. 537-590.

alan ve bu noktada ciddi iş potansiyelinde sahip Türk şirketlerinin faaliyetlerini devam ettirebilmesi, piyasada rekabet avantajı elde edebilmesi ve uluslararası insan hakları ve iklim finansmanına erişim sağlayabilmesi için bu konudaki gelişmeleri yakından takip etmesi ve faaliyetlerini yürütürken sorumlu iş davranışları sergilemeleri, insan hakları ve çevrenin korunması bakımından etki değerlendirmesi yükümlülüğünü yerine getirmeleri son derece önem taşımaktadır. Çalışmamızda şirketlerin insan hakları ve çevreye saygı gösterme sorumluluğu bağlamında kurumsal sosyal sorumluluk, kurumsal sürdürülebilirlik ve özenli etki değerlendirmesi yükümlülüğü kavramlarını açıklayarak bu konuda genel bir çerçeve çizmekte ve CSDDD'nin öngördüğü düzenlemeleri detaylı şekilde incelemekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Sürdürülebilirlik, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, İnsan Hakları ve Çevre Özenli Etki Değerlendirmesi, CSDDD, Tedarik Zinciri

ABSTRACT

Within the corporate sustainability framework, companies holding capital and labor force have important obligations for constructing a sustainable society, environment, and economy. European Union Directive on Corporate Sustainability Due Diligence, prepared by the European Union (EU) Commission to create a legal framework for these obligations of companies, entered into force on 25.07.2024. The regulations that will soon be implemented within the EU are of great importance for Turkish companies, which are generally involved in the supply chains of companies in the EU market and have significant business potential at this point. To continue their activities, gain a competitive advantage in the market, and access to international human rights and climate finance, Turkish companies need to closely follow the developments in this regard, exhibit responsible business behavior while conducting their activities, and fulfill the requirements of human rights and environmental due diligence. In this respect, in our study, the concepts of corporate social responsibility, corporate sustainability and due diligence in the context of the companies' responsibility to respect human rights and the environment are explained, and drawn a general framework on this issue, and then examined in detail the regulations stipulated by the CSDDD.

Keywords: Corporate Sustainability, Corporate Social Responsibility, Human Rights and Environmental Due Diligence, CSDDD, Supply Chain

GİRİŞ

İş dünyasının en önemli aktörlerinden birisini oluşturan sermaye şirketlerinin, gerçekleştirdiği faaliyetlerle çevre üzerindeki etkileri; kurduğu ilişkilerle çalışanlarının, tedarikçilerinin, müşterilerinin, tüketicilerinin ve genel olarak tüm bireylerin insan hakları üzerindeki etkileri son derece önemlidir. Şirketler, yönettikleri büyük çaplı sermaye yatırımları sayesinde bir yandan toplumun kalkınmasına katkı sağlarken, diğer yandan ise sömürücü iş gücü uygulamalarıyla insan hakları ve çevre üzerinde olumsuz etkilere neden olmaktadır¹. Şirketlerin yüksek kâr amacıyla hareket ederek sera gazı emisyonlarını artıran yoğun fosil yakıt kullanımı, doğal kaynakların özensiz ve gereğinden fazla kullanımı, atık yönetimindeki yetersizlikleri ve endüstriyel atıkların doğaya verdiği zarar, bu krizi beslemekte ve giderek durumun kötüleşmesine neden olmaktadır. Halbuki insanın ve onun dünyaya entegre olmuş tüm iktisadi faaliyetlerinin, barışçıl ve kapsayıcı şekilde varlığını devam ettirebilmesi, dünya üzerindeki canlılığın sürekliliğinin sağlanabilmesine bağlıdır. Bunun için kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak amacıyla, şirketlerin kısa vadede kâr maksimizasyonunu sağlamaya yönelik eylemlerde bulunmak yerine uzun vadede değer yaratmaya odaklanması, karar mekanizmalarında kurumsal yönetim (*corporate governance*) ilkeleri çerçevesinde ekonomik, çevresel ve sosyal faktörleri de dikkate alması ve bu faktörlere bağlı riskleri etkin bir şekilde yönetebilmesi gerekmektedir².

¹ Borsa İstanbul, ‘Şirketler İçin İklim Raporlama Rehberi’ (2022) <<https://www.borsaistanbul.com/files/iklim-raporlama-rehberi.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 2-3 vd.; Muzaffer Eroğlu, ‘İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku’ in Dilan Alma and Kerem Cem Sanlı (Ed), Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 (On İki Levha Yayıncılık 2021), 117-120; Bürge Akbulut and Seda Akço, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü – Bilgi Notu (Kalkınma Atölyesi 2024) 7-10; Beril Özcanlı, ‘Sosyal Eşitsizliğin Giderilmesi ve İnsan Hakları Cephesinden Sürdürülebilir Bir Şirketler Hukuku’ in Seda Palanduz, F. Beril Özcanlı and Havva Karagöz (Ed), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (On İki Levha Yayıncılık 2021) 188 vd.; Başak Baysal, ‘Haksız Fiil Hukukunun İklim Zararlarının Tazminindeki Gücü Üzerine Bir Deneme’ (Khas Hukuk Bülteni 25 Kasım 2022) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/102>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

² Muzaffer Eroğlu, ‘How to Achieve Sustainable Companies: Soft Law (Corporate Social Responsibility and Sustainable Investment) or Hard Law (Company Law)’ (2014) 2(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 88; Beate Sjäffell and Christopher M. Bruner, ‘Corporations and Sustainability’ in Beate Sjäffell and Christopher M. Bruner (Ed), Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability (Cambridge University Press, Chapter 1, 2019) <<https://ssrn.com/abstract=3383384>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 1-2; Guido Ferrarini, ‘Corporate Purpose and

İnsan hakları ve çevrenin korunması bakımından esas yükümlülüğün her zaman devletlerin üzerinde olduğu kabul edilmektedir³. Fakat devletlerin ekonomik ve sosyal risklerin üstesinden gelebilme yeteneklerinin zayıflığı karşısında, zamanla devletlerden daha yoğun ve kapsamlı bir biçimde insan haklarına etki etmeye başlayan ve finansal kaynakları oldukça güçlü olan şirketlerin neden oldukları risklerin sorumluluğunu üstlenmeleri artık beklenmektedir⁴. Bu itibarla iş dünyasının, insan hakları ve çevre

Sustainability’ (2020) European Corporate Governance Institute - Law Working Paper N: 559/2020 <<https://ssrn.com/abstract=3753594>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 1-2; Justine Nolan, ‘The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?’ in Surya Deva and David Bilchitz (Ed), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? (Cambridge University Press, UNSW Law Research Paper No.2013-72) <<http://ssrn.com/abstract=2338356>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 11-16 vd.; Melsa Ararat and Muzaffer Eroğlu, ‘Hukuk ve Piyasalar Açısından Sürdürülebilirlik’ (2020) Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, Politika Notu No: 1/2020, 1- 2; Eroğlu, Rekabet (n 1) 120 vd.; Özcanlı (n 1) 177 vd.; Borsa İstanbul, Gelecekte Var Olmak - Şirketler İçin Sürdürülebilirlik Rehberi (2020) <https://www.borsaistanbul.com/files/Surdurulebilirlik_Rehberi_2020.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, s.2 vd.

³ United Nations (UN), Guiding Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework (2011) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 3 vd.; Birleşmiş Milletler (BM), İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (Minerva 2023) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-06/bhr_ungp_rehberilkelerrapor.29.05.23_web.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 6 vd.; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çiğdem Çımrın Ardıç, Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğuna Hak Temelli Bir Yaklaşım: İnsan Hakları Due Diligence’ı (Human Rights Due Diligence) - Yayımlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü 2020) 34 vd.; Büşra Beydüz and Bülent Algan, ‘Ulusötesi Şirketlerin Sınırötesi İnsan Hakları İhlalleri: Menşee Devlet Düzenlemeleri’ (2024) 15(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 295; Özge Yücel Dericiler, Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları (1st, On İki Levha Yayıncılık 2023) 13-15 vd.; Özge Yücel Dericiler, ‘Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?’ 2018 6(11) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 60-61.

⁴ Muzaffer Eroğlu, Multinational Enterprises and Tort Liabilities (1st, Edward Elgar Publishing Limited 2008) 217-222 vd.; Olga Martín-Ortega and Muzaffer Eroğlu, ‘The European Corporate Social Responsibility Strategy: A Pole of Excellence?’ in Jan Orbie and Lisa Tortell (Ed) The European Union and the Social Dimension of Globalization: How the EU Influences the World (Routledge 2010) <<https://ssrn.com/abstract=1584362>> 179-181; John Ruggie and Tamaryn Nelson, ‘Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and

üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması ve sorumlu davranışların geliştirilmesi, 1970’li yılların sonuna doğru Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve akabinde Birleşmiş Milletler’in (BM) çalışmalarıyla birlikte küresel düzeyde önem kazanmıştır⁵. Bu süreçte kurumsal sürdürülebilirliğin gereklerine uygun şekilde, ancak gönüllük esasına dayalı olan pek çok çerçeve sözleşme, bildirge ve rehber ilkeler gibi uluslararası standartlar düzenlenmiştir⁶. Bunların arasından OECD tarafından 1976’da yayımlanan ve en son 2023 yılında güncellenen Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimi Rehberi⁷, BM tarafından 2011 yılında kabul edilen İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (*Guiding Principles on Business and Human Rights*)⁸ ve yine aynı yıl hazırlanan gönüllülük esasına dayalı olarak şirketlerin insan

Implementation Challenges’ (2015) Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No: 66 Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government Harvard University <

<https://www.hks.harvard.edu/sites/default/files/centers/mrcbg/programs/cr/ri/files/workinpaper.66.oecd.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 1-2 vd.; Nils Muižnieks, ‘Şirketler İnsan Hakları Alanındaki Sorumluluklarını Kabul Etmeye Başlıyorlar’ Didem Özalpat (Çev.), Aynur Yongalık, Murat Gürel and İbrahim Bektaş (Ed) Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan (1st, Turhan Yayıncılık 2017) 537; A. Aslı Şimşek, ‘İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında’ in İsmail Kırca, Murat Gürel, Başak Şit İmamoğlu, Merve İrem Yener, Ufuk Tekin and İbrahim Bektaş (Ed) Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan (1st, On İki Levha Yayıncılık 2019) 1161-1162; Çımrın (n 4) 4-5 vd.; Mehmet Ali Tuncel, ‘İş Dünyası ve İnsan Hakları: Birleşmiş Milletler Rehber İlkeler Işığında Genel Bakış’ (2023) 13 İnsan Hakları Dergisi 95-99; Zeynep Derya Tarman, ‘İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri’ (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1185 vd.

⁵ Martin-Ortega and Eroğlu (n 5) 171 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 7; İclal Nihal Baraç Evcı, ‘Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı’nın Çevrenin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi’ in Işıl Özkan and Anıl Çamyamaç (Ed) XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar (Yetkin Yayıncılık 2023) 110 vd.; Bahar Güçlü and Gökhan Güçlü, Çevresel ve Sosyal Açından Sorumlu İşletmeler ve Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü (1st, İktisadi Kalkınma Vakfı 2023) 6-8 vd.; Tarman (n 5) 1190-1193 vd.

⁶ Eroğlu (n 1) 115 vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) 8 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 7-10; Şimşek (n 5) 1163-1166 vd.; Özyürek (n 6) 121-127; Mehmet Özyürek, ‘Çok Uluslu Şirketlerin Küresel Yönetişiminde Yumuşak Hukuktan Sert Hukuka: İnsan Hakları Durum Değerlendirmesi’ in Ali Osman Karaoğlu and Ali Kerem Kayhan (Ed) Uluslararası Hukukta Şeffaflık (1st, On İki Levha Yayıncılık 2021) 121-127.

⁷ OECD, Çok Uluslu Şirketler İçin Sorumlu İş Yönetimine İlişkin OECD Rehberi (1st, OECD Publishing 2023) 9 vd.; bu konuda bkz. Özyürek (n 7) 121-127.

⁸ UN (n 4) 3-12; Yücel Dericiler, Saygı Gösterme (n 4) 61-62; Tarman (n 5) 1189 vd.

haklarınına uygun şekilde davranması için farkındalık çalışmaları yapmayı amaçlayan Küresel İlkeler Sözleşmesi (*Global Compact*)⁹ son derece önemlidir.

Gönüllülük esasına dayanan kurumsal sürdürülebilirliğe dair düzenlemeleri, son yıllarda ulusal (*Fransa Kurumsal Özen Yükümlülüğü Kanunu*, *Almanya Tedarik Zincirinde Şirketlerin Özenli Etki Değerlendirmesi Hakkında Kanun*, *Kanada Tedarik Zincirlerinde Zorla Çalıştırma ve Çocuk İşçiliğine Karşı Mücadele Kanunu*, *Norveç Şeffaflık Kanunu*, *Birleşik Krallık Modern Kölelik Kanunu*, *Avusturya Modern Kölelik Kanunu vb.*) ve uluslararası (*Paris İklim Anlaşması*, *Avrupa Birliği Yeşil Dönüşüm Eylem Planı*, *Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Yönergesi*, *Avrupa Birliği Sınırdaki Karbon Düzenlemesi Mekanizması Yönetmeliği vb.*) boyutta normatif ve bağlayıcı düzenlemeler takip etmeye başlamıştır¹⁰. Avrupa Birliği (AB), birlik içerisinde kurulmuş olan şirketlerin veya birlik içerisinde kurulmuş olmamasına rağmen *değer zinciri*¹¹ kap-

⁹ <<https://unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; gönüllülük esasına dayalı olarak ortaya çıkan bu girişim, şu an dünya çapındaki en geniş katılımlı kurumsal sürdürülebilirlik girişimi olarak kabul edilmektedir. Bu girişim içerisinde ilgili sözleşmeye katılımcı olan şirketler, insan hakları ve sürdürülebilirlik konusunda farkındalık eğitimleri almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Justine Nolan, 'Mapping the Movement: The Business and Human Rights Regulatory Framework' in Dorothee Baumann-Pauly and Justine Nolan (Ed) *Business and Human Rights from Principles to Practice* (1st, Routledge 2016) 40-41 vd.; Şimşek (n 5) 1165; Yücel Dericiler, Saygı Gösterme (n 4) 62-63; Tarman (n 5) 1188 vd.

¹⁰ Akbulut and Akço (n 1) 7-10, 29-49 vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) 10-11; Yeşil Büyüme, Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönergei – Ayrıntılı Düzenleme Rehberi (2024) <<https://superpeer.com/yesilbuyume/products/csddd-ayrintili-duzenleme-rehberi>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, s. 2 vd.; Çiğdem Çımrın, Pınar Kara and Fatmanur Caygın, Alman Tedarik Zincirleri Yasası'nın Türkiye'ye Etkileri (Friedrich Ebert Stiftung 2023) <<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/tuerkei/20112.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 5-6 vd.; Güçlü and Güçlü (n 6) 6 vd.; Beydüz and Algan (n 4) 302-306.

¹¹ İş dünyası ve insan hakları alanındaki uluslararası ve ulusal mevzuatlarda şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu, tedarik zinciri ve/veya değer zinciri üzerinden tarif edilmektedir. Birbirini tamamlayıcı niteliği bulunan bu iki kavramın arasındaki temel farklılık, tedarik zincirinin malzeme tedarikine ve malların müşteriye teslim edilmesi sürecine odaklanması, değer zincirinin ise bu sürecin ötesinde tedarik zinciri boyunca yaratılan değeri odağına almasıdır. Bu bakımdan tedarik zinciri, şirketin kendi faaliyetlerine, ürünlerine veya hizmetlerine katkıda bulunan ürünleri ya da hizmetleri temin eden şirketleri, şirketten ürün veya hizmet alan, bunları lisanslayan yahut kullanan şirketleri kapsamına almaktadır. Bkz. OECD, Sorumlu İş Yönetimi (n 8) 17 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 11; değer zinciri ise bir değer ekleyerek girdiyi çıktıya dö-

samında birlik içerisinde faaliyeti bulunan şirketlerin, insan haklarına ve çevreye saygı gösterme sorumluluğuna hukuki bir çerçeve oluşturmak amacıyla 23 Şubat 2022 tarihinde “Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi (Durum Tespiti) Yönergesi” (European Union Directive on Corporate Sustainability Due Diligence/CSDD-CS3D) taslak metnini kabul etmiştir¹². CSDDD, AB içerisinde faaliyet gösteren şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerini belirlemek, bu etkileri azaltmak, iyileştirmek ve önlemek maksatlarıyla, şirketlerin hem kendi hem de faaliyet zinciri içerisindeki eylemleri göz önünde bulundurarak özenli etki değerlendirmesi/durum tespiti yapma yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğün ihlali halinde uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Bu Yönerge ile AB kapsamı içerisinde şirketlerin kurumsal sürdürülebilirliği sağlayacak davranışlarının eşit koşullar altında, uyumlaştırılmış yasal bir çerçeve içerisinde teşvik edilmesi amaçlanmaktadır¹³. 05.07.2024 tarihinde AB Resmi Gazetesi’nde yayımlanan CSDDD

nüştüren tüm faaliyetleri kapsar. Şirketin doğrudan ya da dolaylı iş ilişkileri içinde bulunduğu ve şirketin kendi ürünlerine ya da hizmetlerine katkıda bulunan ürünleri ve hizmetleri sağlayan kuruluşlar yahut şirketin ürünlerini veya hizmetlerini alan kuruluşlar ile müşterileri de kapsar. Bu anlamda nihai kullanıcıya ulaştıktan sonraki aşamalar da (geri dönüşüm vb.) bu kapsama dahildir. Bkz. Birleşmiş Milletler, Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu: Açıklamalı Rehber (Minerva İş Dünyası ve İnsan Hakları Derneği 2023) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2023-06/bhr_ungp_aciklamalirehber.29.05.23_web.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 14 vd.; Mark Anthony Camilleri, ‘Corporate Sustainability and Responsibility: Creating Value for Business, Society and the Environment’ (2017) Asian Journal of Sustainability and Social Responsibility <<https://ssrn.com/abstract=3035970>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 13-15 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 11 vd.; bu anlamda değer zincirinin, tedarik zincirini de kapsamına alan daha geniş bir kavramı ifade ettiğini belirtebiliriz. CSDDD kapsamında kullanılan faaliyet zinciri kavramı için bkz. II. B. ve dn.85.

¹² Öngördüğü düzenlemelerle büyük tartışmalara yol açan taslak Yönerge metni, 14 Aralık 2023 tarihinde AB Konseyi ve Parlamentonun geçici bir anlaşmaya varmasıyla önemli değişikliklere uğramıştır. Bu metin için bkz. <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2023/747901/EPRS_ATA\(2023\)747901_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2023/747901/EPRS_ATA(2023)747901_EN.pdf)> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419IPR20585/due-diligence-meps-adopt-rules-for-firms-on-human-rights-and-environment>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; bu değişikliklere rağmen ilgili metin onaylanamamış ve akabinde 19 Mart 2024 tarihinde bir dizi değişikliğe daha uğrayarak en nihayetinde yeni metin, 24 Nisan 2024 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanabilmektedir. Bu tarihten tam bir ay sonra ise 24 Mayıs 2024 tarihinde AB Konseyi tarafından onaylanarak CSDDD’nin kabul süreci tamamlanmıştır. Bkz. <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-an-economy-that-works-for-people/file-legislative-proposal-on-sustainable-corporate-governance>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹³ Güçlü and Güçlü (n 6) 13.

(AB 2024/1760), yayınlanmasını takiben yirmi gün sonra 25.07.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁴.

Yürürlüğe girip girmeyeceği son ana kadar tartışma konusu olan CSDDD düzenlemeleri, içerdiği yükümlülüklerle şirketler hukuku açısından ezber bozan bir niteliğe sahiptir¹⁵. Bu itibarla çalışmamızda yakın bir tarihte yürürlüğe giren CSDDD hükümlerini ayrıntılı bir şekilde ele almayı hedeflemekteyiz. Bu çalışmada öncelikle şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğu, kurumsal sürdürülebilirlik ve özenli etki değerlendirme yükümlülüğü kavramları arasındaki ilişkiye değinerek genel bir çerçeve çizdikten sonra, Yönerge kapsamında şirketlere getirilen yükümlülüklerin kapsamını, bu kurallara tabi olan şirketleri, denetim mekanizmalarını ve ihlal durumunda ortaya çıkacak hukuki sorumluluğu detaylı bir şekilde incelemekteyiz.

I. ŞİRKETLERİN İNSAN HAKLARINA VE ÇEVREYE KARŞI SAYGI GÖSTERME SORUMLULUĞU BAKIMINDAN KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI

A. Sürdürülebilirlik Açısından Kurumsal Sosyal Sorumluluk ve Özen Yükümlülüğü Kavramları

Sürdürülebilirlik, insanın ve onun tüm iktisadi faaliyetlerinin dünya ekosistemine entegre olmuş, barışçıl ve kapsayıcı bir şekilde varlığını de-

¹⁴ Directive (EU) 2024/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859 (Text with EEA relevance) <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; CSDDD hükümlerinin uygulamaya geçişi için aşamalı bir süreç öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. II. F.

¹⁵ Şirketlerin insan haklarına ve çevreye karşı saygı gösterme sorumluluğu ve bu bakımdan özen yükümlülüğüne dair öngörülen düzenlemelerin etkisini ölçmek amacıyla Alman Tedarik Zinciri Yasası esas alarak yapılan bir çalışmada, bu yöndeki düzenlemelerin bazı noktalarda etki yarattığı görülmüştür. Örneğin tekstil endüstrisinde Pakistan veya Bangladeş gibi riskli ülkelerden yapılan ithalatların, Alman Tedarik Zinciri Yasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana % 20 düştüğü izlenmiştir. Bu insani koşullarda çalışmaya değer verilmesi, insan haklarının korunması bakımından olumlu etkilere sahipken, diğer bir yandan ise tedarik zinciri düzenlemelerinin AB dışındaki gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerdeki kalkınmayı olumsuz yönde etkileyeceği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Galina Kolev-Schaefer and Adriana Neligan, Due Diligence - Effect of Supply Chain regulation - Data-based results on the effects of the German Supply Chain Act (No:8, IW-Report 2024) <<https://www.iwkoeln.de/en/studies/galina-kolev-schaefer-adriana-neligan-data-based-results-on-the-effects-of-the-german-supply-chain-act-eng.html>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

vam ettirebilmesi olarak tanımlanabilir. Bu anlamda sürdürülebilirlik, dünya üzerindeki tüm canlıların varlığını devam ettirebildiği sürece ihtiyaç duyulacak olan ve günümüzde ciddi önlemler alınarak acil şekilde harekete geçilmesi gereken, hayati öneme sahip bir çabadır¹⁶. Söz konusu bu çaba sayesinde, bugünkü insan neslinin ihtiyaçlarının, yeryüzünün kıt kaynaklarıyla karşılanması ve bu kaynakların, gelecek kuşakların ihtiyaçlarını da yeterli ve sürekli olarak karşılayabilecek şekilde, adil ve etkin olarak kullanılması hedeflenmektedir.

1970’li yıllarda artan küreselleşme hareketiyle birlikte uluslararası ticaret hacminde yaşanan ivmenin oluşturduğu rekabetçi piyasa ortamı, mal ve hizmet üretiminin gelişmiş ülkelerden işgücünün ve hammaddenin daha ucuz olduğu ülkelere kaynamasına neden olmuştur. Bu durum piyasadaki büyük küçük pek çok şirketin gerek kendi faaliyetleriyle gerekse de iş ilişkisi içerisinde olduğu iş ortaklarının faaliyetleriyle çalışma hayatı, insan hakları ve çevre üzerinde oluşturdukları olumsuz etkilerin, yaşanan önemli ihlallerin görmezden gelinmesine sebebiyet vermiştir¹⁷. Ancak yaşanan ihlallerin ve olumsuz etkilerin¹⁸ boyutları arttıkça sürdürülebilirlik kaygıları ortaya çıkmış ve sürdürülebilir kalkınma kavramı içerisinde sürdürülebilirliğin ekonomik, sosyal ve çevresel boyutlarına odaklanılmıştır¹⁹. Bu dönem sanayileşme, ekonomik büyüme ve hızlı nüfus artışı, çevre

¹⁶ Sürdürülebilirliğe ilişkin farklı tanımlamalar için bkz. V. Alpagut Yavuz, ‘Sürdürülebilirlik Kavramı ve İşletmeler Açısından Sürdürülebilir Üretim’ (2010) 7(14) Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 64 vd.; Hatice Kübra Kandemir, ‘Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi’ (2021) 20(41) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 856-858; Eroğlu, Rekabet (n 1) 120 vd.; Özcanlı (n 1) 177 vd.

¹⁷ Özcanlı (n 1) 179 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 7-8 vd.

¹⁸ 2013 yılında çoğu ünlü giyim markalarının üretim atölyelerinin bulunduğu Bangladeş’teki Rana Plaza’nın çöküşüyle çok sayıda çalışanın ölümü ve yaralanması, Nijerya’da, Meksika Körfezi’nde BP tarafından işletilen Deepwater Horizon sondaj kulesinde yaşanan patlama sonucu okyanusa çok ciddi miktarda petrol sızıntısı olması, Shell’in Nijerya’da faaliyet gösterdiği petrol sahasında yaşanan petrol sızıntılarının ilgili bölgede hem çevresel hem de sağlık problemlerine neden olması, yakın tarihte Volkswagen araçlarında yapılan emisyon manipülasyonu nedeniyle kamu sağlığı ve çevreye zararlı araçların piyasaya sürülmesi gibi birçok olay olumsuz etkilere örnek olarak gösterilebilir. Bu konuda bkz. John G. Ruggie, Just Business: Multinational Corporations and Human Rights (1st, W.W. Norton & Company 2013) <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8359813/mod_resource/content/1/Ruggie %20-%20Just%20Business.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8359813/mod_resource/content/1/Ruggie%20-%20Just%20Business.pdf)> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, s. 34-46 vd.; Kandemir (n 20) 853-876, s.860-869 vd.; Çımrın, Kara and Caygın (n 11) 5 vd.; Tarman (n 5) 1185-1188.

¹⁹ Oğuz Yıldırım and Fatme İsmail Nuri, ‘Tarihi Gelişim Süreci Çerçevesinde Sürdürülebilir Kalkınma’ (EconWorld 2018) <https://lisbon2018.econworld.org/papers/Yildirim_Nuri_Sustainable.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 2 vd.; Onur Yeni,

sorunlarının temel nedenleri olarak gösterilirken, küresel bir çevre krizine karşı alınması gereken önlemler de yavaş yavaş gündeme getirilmeye başlanmıştır. Artan dünya nüfusunun ihtiyaçlarının, dünyanın kısıtlı kaynaklarıyla sürekli olarak karşılanmasının mevcut sanayi, üretim ve tüketim alışkanlıkları ile mümkün olmadığı anlaşılmıştır²⁰.

Sürdürülebilirliğin tartışılmaya başlandığı günden bugüne kadar geçen süreçte güvenli ve sağlıklı olmayan çalışma koşulları, düşük ücret politikaları, kayıt dışı işçi çalıştırma, çocuk işçiliği, örgütlenme özgürlüğünün ihlali, tarım ilaçlarının bilinçsiz ve gereğinden fazla kullanımı, doğal kaynakların gereğinden fazla ve verimsiz kullanımı, çevre kirliliği gibi insanların dünya üzerindeki varlığını devam ettirebilmesi ve sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi maksadıyla son derece önem taşıyan konularda yaşanan bu ciddi hak ihlalleri, bugün bizleri şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğu (*corporate social responsibility*), insan hakları ile çevreye karşı saygı gösterme sorumluluğu kapsamında özen yükümlülüğü²¹ ve etki değerlendirmesi kavramlarına ulaştırmaktadır. Söz konusu kavramlar, şirketlerin ekonomik, sosyal ve çevresel ilke ve değerleri gözetmesine yönelik ve birbirlerini tamamlayıcı niteliktedir; fakat ulaşmak istedikleri hedef ve odak noktaları açısından farklılık arz etmektedirler²².

Kurumsal sosyal sorumluluk, şirketlerin sahip oldukları ayrı tüzel kişilik sayesinde toplumsal bir varlık olarak görülmesi ve içinde bulundukları topluma karşı sosyal bir sorumlulukları olduğunun kabul edilmesi üzerine ortaya çıkmış bir kavramdır²³. Bu kavram şirketlerin yalnızca pay sahiplerine karşı değil, şirketle ilişki içerisinde bulunan tüm menfaat sa-

‘Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma: Bir Yazın Taraması’ (2014) 16(3) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 181-182 vd.

²⁰ Yeni (n 23) 184 vd.; Yıldırım and Nuri (n 23) 6-7 vd.

²¹ Çalışmamızda ele alınan özen yükümlülüğü kavramı, şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki mevcut yahut potansiyel olumsuz etkilerinin önlenmesi ve telafi edilmesi konusunda üstlendikleri pozitif yükümlülükleri ifade etmektedir. Şirketler hukuku öğretisinde yer alan yöneticilerin özen borcunu ifade eden ‘duty of care’ kavramından bu anlamda farklılık arz etmektedir. Bkz. Çımrın, Kara and Caygın (n 11) 6, dn.17; ayrıca kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak adına yöneticilerin özen borcu hakkında bkz. II. E. 2.

²² Akbulut and Akço (n 1) 10-11 vd.

²³ Alan Wolfe, ‘The Modern Corporation: Private Agent or Public Actor?’ (1993) 50 Washington and Lee Law Review 1673 vd.; Martin-Ortega and Eroğlu (n 5) 166 vd.; Kandemir (n 20) 858 vd.; Duygu Demirel Özdemir, Kurumsal Yönetim Bakış Açısıyla Mali Durumu Bozulan Anonim Şirketlerde Alacaklıların Menfaatinin Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 73-77.

hiplerine karşı ve dolayısıyla topluma karşı bir sorumluluk taşıdığı fikrin-den yola çıkılarak öngörülmüştür²⁴. Nitekim şirketin amacı, yalnızca kısa vadede kâr maksimizasyonuna odaklanarak bu kazancı pay sahipleriyle paylaşmak değildir. Bilakis uzun vadeli değer artışına odaklanarak sosyal adaleti sağlama amacı taşıyan yardımlaşmak, bağışta bulunmak, burs vermek, cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik faaliyetlerde bulunmak (*yönetim kurulunda ve üst yönetim kadrolarında kadın üye sayısını artırmak vb.*), şirketin bulunduğu yerdeki okul binalarını yenilemek, atık dönüştürücü tesisler kurarak çevreyi korumak gibi eylemlerle tüm paydaşların menfaatlerini gözetmek de şirketin amaçları dahilinde kabul edilmektedir²⁵. Bu itibarla şirketin ve yöneticilerin sorumluluk alanı, tüm paydaşlar lehine genişletilmektedir²⁶. Kurumsal sosyal sorumluluk anlayışı, şirketin nasıl ve ne kadar kâr elde ettiğine değil; elde ettiği kazancı kimlerle ve nasıl paylaştığına odaklanmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde yapılan sorumlu davranışların sonucunda ise şirketlerin, marka değeri ve ticari itibarının artması, mevcut ve potansiyel yatırımcılarla ilişkilerinin gelişmesi ve finansmana daha kolay erişim sağlamaları beklenmektedir²⁷.

²⁴ Sjäffell and Bruner (n 3) 8 vd.; Işık Özer, Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk (1st, Adalet Yayınevi 2022) 11 vd.; Wolfe (n 27) 1673 vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) s. 4-6 vd.; Eroğlu, Soft Law (n 3) 90-93; Akbulut and Akço (n 1) 9-10; Demirel Özdemir (n 27) 73-77; Özcanlı (n 1) 188-189; Onur Görmez, 'Fransız Hukukunda Ortaklık Çıkarı ile Toplumsal ve Çevresel Çıkarların Kesişimi Üzerine Kısa Bir İnceleme' (Khas Hukuk Bülteni 2 Aralık 2022) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/103>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

²⁵ Sjäffell and Bruner (n 3) 8 vd.; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, İsmail Kırca and Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku C.1 (1st, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013) 272; Özer (n 28) 11-12 vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) 4-6 vd.; Eroğlu, Soft Law (n 3) 90-93; Akbulut and Akço (n 1) 9-10; Özcanlı (n 1) 188-189.

²⁶ Kandemir (n 20) 868; Ernst Young, 'Study on Directors' Duties and Sustainable Corporate Governance' (European Commission 2020) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Ali Paslı, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (2nd, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004) 211-212; Cafer Eminoğlu, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (1st, On İki Levha Yayıncılık 2014) 46 vd.; Şehirali Çelik, Kırca and Manavgat (n 29) 273-278; Eroğlu, Soft Law (n 3) 87-108; Özer (n 28) 49 vd.; Semih Sırrı Özdemir, 'Şirketlerin Çevresel Etkilerinin ve İnsan Haklarını İhlallerinin Sınırlandırılmasını Hedefleyen Bir Avrupa Birliği Düzenlemesi: Kurumsal Durum Tespiti ve Hesap Verebilirlik Yönergesi Taslağı' (2022) Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı (10-13 Şubat 2022) 289.

²⁷ Borsa İstanbul, İklim (n 1) 8; vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) 8; Kandemir (n 20) 859; Akbulut and Akço (n 1) 10; Paslı (n 30) 211-212 vd.; Eminoğlu (n 30) 46-49 vd.; Sjäffell and Bruner (n 3) 11-12; Ferrarini (n 3) 44 vd.

İnsan haklarına saygı göstermek ve onları korumak bakımından özen yükümlülüğü, esasen uluslararası insan hakları hukuku bağlamında devletlerin bu konudaki pozitif yükümlülüğünü ifade etmek için kullanılan bir kavramdır²⁸. Bu pozitif özen yükümlülüğü için öğretide “*due diligence*”²⁹ kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram, ilgili bireysel ve toplumsal menfaatlere arasında devletlerin adil bir dengeyi gözeterek insan haklarına dair koruma görevi kapsamında özenli/ihtiyatlı bir biçimde yerine getirmesi gereken davranış standartlarını ifade etmektedir³⁰. Şirketlerin de kurumsal sos-

²⁸ Çımrın (n 4) 34-35; Beydüz and Algan (n 4) 295; Yücel Dericiler, Bağlayıcı Hukuk (n 4) 13-15 vd.; Yücel Dericiler, Saygı Gösterme (n 4) 60-61; Olga Martin-Ortega, ‘Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standard to Hard Law at Last’ (2017) 32(1) Netherlands Quarterly of Human Rights 52 vd.

²⁹ Black’s Law Dictionary’de *due diligence* kavramı, bir yükümlülüğü yerine getirmesi gereken kişiden, makul veya yasal olarak beklenen özen şeklinde tanımlanmaktadır. Şirketler hukuku açısından ise birleşme devralma sürecinde yaygın olarak kullanılan bu kavramın, muhtemel bir alıcının, hedef şirketi yahut bir mülkü ya da yeni ihraç edilen bir menkul kıymeti satın alma aşamasında yapması gereken özenli ve titiz bir araştırma ve değerlendirme (durum tespiti/etki analizi) anlamına geldiği görülmektedir. Bkz. Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary (10th, Thomson Reuters 2015) 394; ayrıca bkz. <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/due-diligence>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Hasan Pulaşlı, ‘Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence’ (2007) 24(2) BATİDER 211 vd.; Mustafa Arıkan, ‘Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler’ (2017) 22(1) MÜFHAD 268 vd.; uluslararası hukuk alanında ise *due diligence*, devletlerin koruma görevi kapsamında göstermeleri gereken özenin ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınan, somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösteren hukuki bir davranış standardı olarak kabul edilmektedir. Bkz. <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-due-diligence-1> (Erişim Tarihi 01.08.2024); Martin-Ortega (n 32) 51-52 vd.; ilgili kavram hem uluslararası hukuk hem de özel hukukta yer alabildiğinden kavramın Türkçe karşılığı bağlamsal olarak değişebilmektedir. İlgili kavramın hem uluslararası hukuk hem de özel hukuk bağlamındaki kullanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (Ed), *Due Diligence in the International Legal Order* (1st, Oxford University Press 2020).

³⁰ Devletlerin *due diligence* prensibi uyarınca göstermeleri gereken özenin derecesinin, somut olayın şartlarına (devletin müdahale imkanına, korunması gereken menfaatin önemine, zararın ve/veya oluşabilecek zarar riskinin öngörülüp görülemeyeceğine vb. kriterlere) göre değişeceği ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Björnstjern Baade, ‘Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights’ in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (Ed) *Due Diligence in the International Legal Order* (1st, Oxford University Press 2020) 97 vd.; Çımrın (n 4) 151-152 vd.; *due diligence* prensibinin, devletin imkanlarını kullanma yükümlülüğü olduğu ve bu itibarla kusur sorumluluğuna yakın olduğu öğretide belirtilmektedir. İlgili prensibe uygun şekilde hareket et-

yal sorumluluğunun bir görünümü olarak insan haklarına ve çevreye saygı gösterme sorumluluğu bakımından, devletlere benzer şekilde özenli davranma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir³¹.

Şirketlerin insan haklarına ve çevreye saygı gösterme sorumluluğu, devletin görev ve sorumluluklarından tamamen bağımsızdır. Bu durum insan haklarına, çevreye bir zarar verildiğinde zarara sebebiyet veren şirket ve o zararın meydana geldiği yerdeki devletin ayrı ayrı sorumluluklarını gündeme getirmektedir. Büyüklüklerine veya faaliyet alanlarına bakılmaksızın bütün şirketlerin, insana ve doğaya saygı göstermek, insan hakları ve çevre üzerindeki mevcut ve/veya potansiyel olumsuz etkilerini³² önlemek veya iyileştirmek konusunda aynı sorumluluğa sahip olduğu kabul edilmektedir³³. BM Rehber İlkelerinde ele alınan şirketlerin insan haklarına ve çevreye saygı gösterme sorumluluğu, temel bir beklenti olarak ele alınmakta ve sorumluluğun yalnızca pasif olarak zarar verici eylemlerden kaçınmak şeklinde değil, aktif olarak bu konuda eylemlerde bulunmayı gerektirdiği belirtilmektedir. Söz konusu ilkeler kapsamında şirketlerin saygı gösterme sorumluluğunu yerine getirilebilmeleri için özenli şekilde davranmaları gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle insan haklarına ve çevreye saygı göstermek bağlamında şirketler, özenli davranma yükümlülüğü altındadır ve bu yükümlülük, saygı gösterme sorumluluğunu pratiğe geçirme aracı olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴.

tiğini ispat etmek için devletlerin kendi tasarrufları altında yer alan olanakları, durumun gerektirdiği şekilde ve en uygun biçimde kullandığını kanıtlaması gerekmektedir. Bu anlamda due diligence prensibi, insan haklarının korunması açısından yalnızca pasif bir kaçınma eylemini değil, aynı zamanda bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmek için aktif çaba göstermeyi de kapsamına almaktadır. Bkz. Çımrın (n 4) 153.

³¹ United Nation Human Rights Council (UNHRC), 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises' A/HRC/8/5 (John Ruggie 2008) <<https://digitallibrary.un.org/record/625292?v=pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Ruggie, Just Business (n 22) 54-70 vd.

³² Olumsuz insan hakları ve çevresel etki, şirketlerin gerçekleştirdikleri faaliyetlerin bir bireyin insan haklarından ve/veya çevre üzerindeki haklarından yararlanma kabiliyetini ortadan kaldırması veya azaltmasını ifade etmektedir. Benzer yönde bir tanım için bkz. Akbulut and Akço (n 1) 9.

³³ Anita Ramasastry, 'Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability' (2015) 14 Journal of Human Rights 240-252; Akbulut and Akço (n 1) 10-11 vd.

³⁴ UNHRC, para.56-57; Yücel Dericiler, Bağlayıcı Hukuk (n 4) 102.

Özen yükümlülüğü, şirketin kazanç elde etme amacıyla gerçekleştireceği faaliyetleriyle doğrudan ve dolaylı olarak bağlantılı bulunan insan hakları ihlalleri ve çevresel zararlardan dolayı doğabilecek sorumluluğuna dayanmaktadır³⁵. BM Rehber İlkeleri ve OECD Sorumlu İş Yönetimi Rehberi uyarınca ise özen yükümlülüğü, şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerini tespit etmesi; bu etkileri önlemek, durdurmak ve oluşan zararları telafi etmek için aktif çaba göstermesi ve insan haklarına saygı gösteren bir politika oluşturarak, bu politikayı şirket içinde uygulanabilir hale getirmesini ifade etmektedir³⁶. Bu yükümlülük üst bir ilke olarak ilgili metinlerde ele alınmaktadır. Bu kapsamda şirketlerden kendilerinin ve değer zinciri içerisinde yer alanların faaliyetleri neticesinde insan hakları ve çevre açısından meydana gelen veya gelebilecek olan riskleri ve ihlalleri tespit ederek önlem almaları ve raporlamaları, diğer bir ifadeyle özenli bir şekilde etki değerlendirmesi yapmaları beklenmektedir. Bu iki önemli metinde şirketlerin özen yükümlülüğü için “*due diligence*” kavramının kullanıldığı, ancak bu kavramın etki değerlendirmesi sürecini de ifade edecek şekilde ele alındığı görülmektedir³⁷.

İnsan hakları ve çevre açısından şirketlerin özen yükümlülüğü, etki değerlendirmesi sürecindeki sorumluluğun temel dayanağını oluştururken; etki değerlendirmesi ise özen yükümlülüğü kapsamında şirketlerin yerine getirmesi gereken eylemlerin yalnızca bir bölümünü oluşturmaktadır³⁸. Bu itibarla öğretide bu iki kavramı ifade etmek üzere *due diligence* ifadesinin

³⁵ Ramasastry (n 37) 247-249 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 10.

³⁶ UNHRC, para.56-57; UN, Guiding Principles 17-21; Mark B. Taylor, ‘Human Rights Due Diligence in Theory and Practice’ in Surya Deva and David Birchall (Ed) Research Handbook on Human Rights and Business (1st, Edward Elgar 2020) 90-107; Yücel Dericiler, Bağlayıcı Hukuk (n 4) 109.

³⁷ Yücel Dericiler, Bağlayıcı Hukuk (n 4) 102-109.

³⁸ Aynı yönde bkz. Çımrın, Kara and Caygın (n 11) 6; Akbulut and Akço (n 1) 10; zira kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak adına şirketlerin insan haklarına ve çevreye karşı üstlendiği özen yükümlülüğünün kapsamına dahil olan diğer hukuki düzenlemelere AB düzeyinde 2022/2464 sayılı Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Yönergesi (The Corporate Sustainability Reporting Directive-CSDR); ulusal düzeyde ise Fransa Kurumsal Özen Yükümlülüğü Yasası, Almanya Şirketlerin Tedarik Zincirlerinde İnsan Hakları İhlallerini Önlemeye İlişkin Özenli Etki Değerlendirmesi Yasası, Norveç Şeffaflık Yasası ve Hollanda Çocuk İşçiliği Özen Yükümlülüğü Kanunu gibi örnekler verilebilir. Ulusal düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tarman (n 5) 1202 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 28-43.

kullanımı haklı olarak eleştirilmektedir³⁹. Bu tartışmalar kapsamında ileri sürülen endişeler, kavramın Türkçe'ye çevirisi açısından da geçerlidir. 2024/1760 sayılı CSDDD'nin başlığında ve hükümlerinde yer alan due diligence kavramı için öğretide “*durum tespiti*”, “*özen yükümlülüğü*”, “*gerekli özen*” veya “*ihtiyat yükümlülüğü*” gibi farklı kavramların tercih edildiği görülmektedir⁴⁰. CSDDD'de şirketlerin özen yükümlülüğünün bir görünümü olarak, şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin değerlendirmesine yönelik bir raporlama süreci düzenlenmektedir. Fakat özen yükümlülüğü, bu etki değerlendirmesi sürecini de içine

³⁹ Öğretide bazı yazarlar insan hakları hukuku açısından due diligence kavramının, devletin kendisine atfedilemeyen ancak üçüncü kişilerin eylemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı üstlenmesini konu edindiği için şirketlerin insan hakları ve çevreye karşı eylemlerinden sorumluluğu bakımından aynı kavramın burada kullanılmasının uygun olmadığını ileri sürmektedirler. Ayrıca bu kavramın bir davranış standardı olarak kabulü halinde şirketlerin kendi faaliyetlerinden sorumluluğu için değil, değer zinciri kapsamındaki üçüncü kişilerin eylemleri bakımından bu standarda göre sorumluluğunun tespit edilmesinin uygun olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, ‘The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’ (2017) 28(3) European Journal of International Law 900-912 vd.; karşı görüş olarak ilgili kavramın BM Rehber İlkeleri kapsamında uluslararası bir hukuk normu şeklinde değil, ulus-ötesi sosyal bir norm olarak ele alındığı ve devletlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğundan bağımsız bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. Bu bakımdan ilgili kavramın şirketlerin sorumluluğu, gerekli özen ve telafi edici çözüm sunma yükümlülüğüyle yakın ilişki içerisinde olduğu ve somut olayın şartlarına göre şirketlerin özen yükümlülüğünün sınırlarının tespit edilebileceği vurgulanmaktadır. Bkz. John Gerard Ruggie and John F. Sherman, ‘The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale’ (2017) 28(3) European Journal of International Law 922-928; ayrıca bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel Dericiler, *Bağlayıcı Hukuk* (n 4) 102-109; şirketlerin özen yükümlülüğü açısından due diligence kavramının, iş dünyasındaki geleneksel due diligence pratiği ile uluslararası insan hakları hukuku bakımından devletlerin insan haklarını koruma ödevine uyumu sağlamak için başvurulmuş due diligence prensibi arasında kalmış olan bir kavram olduğunu yönündeki görüş için bkz. Martin-Ortega (n 32) 72.

⁴⁰ Farklı kullanım örnekleri için bkz. Didem Yardımcıoğlu, ‘Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Yönerge Önerisi’ (2023) 28(48) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-276; Özdemir (n 30) 287-288 vd.; Cumhur Boyacıoğlu, ‘Türk Sermaye Şirketleri Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Özel Düzenleme İhtiyacı ve Bazı Öneriler’ in Işıl Özkan and Anıl Çamyamaç (Ed) XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar (Yetkin Yayıncılık 2023) 245-268; Akbulut and Akço (n 1) 9-10; Baraç Evcı, *Çevrenin Korunması* (n 6) 109 vd.; Çımrın, Kara and Caygın (n 11) 6; Yücel Dericiler, *Bağlayıcı Hukuk* (n 4) 101-110, 145 vd.; Görmez (n 28); Başak Bay-sal, ‘Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi’ (2024) 12(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 263 vd.

alan daha geniş kapsamlı, üst bir ilkeyi ifade ettiği için bu yükümlülüğünün yalnızca CSDDD hükümlerine hasredilmiş gibi kullanılmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz⁴¹. Bununla birlikte şirketler hukuku açısından birleşme ve devralma işlemlerinde önemli bir süreci ifade eden due diligence kavramı⁴² için sıklıkla kullanılan “*durum tespiti*”⁴³ ifadesinin de CSDDD’de kullanıldığı anlam açısından due diligence kavramının içeriğini karşılamakta yetersiz kaldığını düşünmekteyiz.

Çalışmamızda due diligence kavramını hem özen yükümlülüğüne işaret etmesi hem de şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerinin değerlendirme sürecini konu edinmesi sebebiyle “*Özenli Etki Değerlendirmesi*” şeklinde Türkçe’ye çevirmenin daha uygun olacağı fikrindeyiz. Bu bakış açısıyla çalışmamızda kullandığımız özenli etki değerlendirmesi kavramını, şirketlerin hesap verilebilirlik ilkesi çerçevesinde, insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerin tespit edilmesi, önlenmesi ve iyileştirilmesi adına atılacak adımların belirlenmesine dair bir raporlama süreci şeklinde tanımlayabiliriz⁴⁴.

B. Kurumsal Sürdürülebilirlik Kavramı

Sürdürülebilirlik hem kurumsal sosyal sorumluluğun hem de özen yükümlülüğünün ortak konusudur. Zira dünya üzerinde yaşayan tüm canlıların varlığının devamlılığı, dünya kaynaklarının sürdürülebilir şekilde kullanılmasına bağlıdır. Bu anlamda şirketlerin çevre kirliliği, iklim değişikliği ve küresel ısınma gibi önemli çevre sorunları ile toplumsal eşitsizlik ve insan hakları ihlalleri gibi konularda eyleme geçmesi, somut adımlar

⁴¹ Benzer yönde görüş için bkz. Çımrın, Kara and Caygın (n 11) 6, dn.17.

⁴² Şirketler hukuku açısından birleşme ve devralma süreçlerinde karşımıza sıkça çıkan due diligence kavramına iş dünyasının aşina olması dolayısıyla aynı kavramın, şirketlerin insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerini değerlendirme sürecini tanımlamak için de kullanıldığı belirtilmektedir. Böylelikle özenli etki değerlendirmesinin, kurumsal çıkarları korumaya yönelik bir araçtan, şirketlerin faaliyetlerinden etkilenen kişilerin insan hakların saygı gösterilmesi yönündeki toplumsal beklentilere kurumsal uyumu ölçen bir standartta dönüştüğü vurgulanmaktadır. Bkz. Martin-Ortega (n 32) 45 vd.

⁴³ Öğretide birleşme ve devralmalar bakımından durum tespiti kavramı yerine ‘durum değerlendirme’, ‘itinali değerlendirme’ veya ‘etki analizi’ gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir. Farklı kullanım örnekleri için bkz. Arıkan (n 33) 268 vd.; Pulaşlı (n 33) 211 vd.

⁴⁴ OECD, Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct (1st, OECD Publishing 2018) 16-17 vd.; Ramasastry (n 37) 237-259; Akbulut and Akço (n 1) 10-11 vd.

atması, bu konuda belli politikalar belirlemesi şirketlerin sosyal sorumluluğunun bir parçasını oluşturmaktadır. Şirketin özen yükümlülüğü açısından ise sürdürülebilirlik, bu yükümlülüğün adeta varlık sebebi ve bu anlamda en temel konusudur. Bu iki kavramın adeta bir kesişim kümesini oluşturan şirketlerin sürdürülebilirliğe dair sorumlulukları karşımıza “*kurumsal sürdürülebilirlik*” (*corporate sustainability*) kavramını çıkarmaktadır.

Kurumsal sürdürülebilirlik, uzun vadeli sürdürülebilir bir değer yaratmak amacıyla gerçekleştirilen eylemlerin kurumsal yönetim ilkeleri ile şirketlerin karar alma mekanizmalarına uyarlanması, bu hususlardan kaynaklanabilecek çevresel, sosyal ve yönetim/kurumsal yönetim (ÇSY) risklerinin yönetilmesi ve belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesidir⁴⁵. Bu çerçevede şirketlerden, ekonomik faaliyetlerini yerine getirirken, bu faaliyetlerinin ÇSY’ye dair etkilerini gösteren raporlamalar yapmaları beklenmektedir⁴⁶.

İnsanın tek başına, iktisadi faaliyet yürütmeksizin yaratacağı çevresel etki oldukça sınırlıdır. Dolayısıyla sürdürülebilirlik kavramının tartışılmaya başlanmasına neden olan temel olgu, esasen iktisadi faaliyetlerdir. Ancak sürdürülebilirliğin bu ayağı, sermayesini yönetmeye çalışan kesimin çekincesi nedeniyle hep teğet geçilmiş veya geçilmek zorunda kalmıştır. Sürdürülebilirlik kavramının tarihi gelişimine bakıldığında yaşanan gelişmelerde, sosyal ve çevresel sürdürülebilirlik konusunda kayda değer adımlar atılırken meselenin iktisadi boyutunun, küresel ve yerel ekonomik ve siyasi süreçlerin gerekliliği nedeniyle genellikle eksik kaldığı görülmektedir. Günümüzde, ulusal ve uluslararası düzeydeki metinlerde yapılan düzenlemeler incelendiğinde de iktisadi faaliyeti gerçekleştiren şirketler açısından sürdürülebilirliğin temel olarak, sürdürülebilirlik amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için sosyal ve çevresel alanlarda yürütülen şirket faaliyetlerinin, başka bir deyişle finansal olmayan faaliyetlerin yapılacak birtakım raporlamalarla açıklanmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Sürdürülebilirlik raporlamalarının temeli, doğrudan şirket faaliyetleri ile ilgili olmayıp, sürdürülebilirliğe ilişkin olarak şirketlerin hangi faaliyetleri yürüttüğü konusunda kamunun aydınlatılmasına dayanmaktadır. Söz konusu

⁴⁵ Kurumsal sürdürülebilirlik hakkında bkz. Eroğlu, Soft Law (n 3) 88 vd.; Sjåfjell and Bruner (n 3) 1-13; Ferrarini (n 3) s. 1-2 vd.; Camilleri (n 12) 11 vd.; Ararat and Eroğlu (n 3) 1-12; Eroğlu, Rekabet (n 1) 120 vd.; Özcanlı (n 1) 177 vd.; Kandemir (n 20) 858; Borsa İstanbul, Sürdürülebilirlik (n 3) 6 vd.

⁴⁶ Borsa İstanbul, İklim (n 1) 3 vd.; Camilleri (n 12) 2 vd.

raporlamalar şirketlerin finansal durumları bakımından olumlu etki yaratmaktadır⁴⁷.

Kurumsal sürdürülebilirlik, esasen şirket yöneticilerinin başka hiçbir müdahaleye gerek kalmaksızın bu anlayışa uygun şekilde gönüllü davranışlarıyla gerçekleşmelidir. Fakat günümüzde yaşanan iklim krizi ve bu konuda yakın zamanda yaşanması beklenen dramatik gelişmeler, şirketlerden gönüllük esaslı uyumu beklemenin gerçekçi olmadığını göstermektedir. Bu itibarla kurumsal sürdürülebilirliğin sağlanabilmesi için kamu yararı gözetilerek, zayıfları korumak amacıyla hem ulusal hem de uluslararası normatif ve bağlayıcı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁸.

C. Kurumsal Sürdürülebilirlik Açısından Şirketlerin Özen Yükümlülüğünü Esas Alan Avrupa Birliği Düzenlemeleri (CSRD ve CSDDD)

Uluslararası anlamda sürdürülebilirliğe dair en temel ve önemli adım Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi kapsamında 2015 yılında yapılan 21. Taraflar Konferansı'nda kabul edilen “*Paris İklim Anlaşması*”dır. Paris Anlaşması öngördüğü düzenlemeler ile iklim değişikliğine karşı küresel çapta verilen mücadele bakımından bir dönüm noktası olmuştur⁴⁹. Yine aynı yıl Birleşmiş Milletler tarafından bir eylem çağrısı olarak sunulan “*2030 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri*” (Sustainable Development Goals - SDGs) kabul edilmiştir. Bu şekilde kabul edilen on yedi hedef, daha istikrarlı ve sağlıklı bir gezegenin, daha adil toplumların ve daha canlı ekonomilerin olduğu bir dünya için sağlanacak kalkınmanın sosyal, ekonomik ve çevresel sürdürülebilirliği dengelemesi gerektiğini vurgulamakta ve bir yol haritası ortaya koymaktadır⁵⁰. AB hukukunda ise

⁴⁷ Ararat and Eroğlu (n 3) 8 vd.; Nevin Aydın, ‘Sürdürülebilir Şirket Olmanın Faydaları’ (2017) 3(75) Reforma 19-20.

⁴⁸ Ararat and Eroğlu (n 3) 4-5.

⁴⁹ Avrupa Birliği Türkiye Delegasyonu, ‘Geleceğe Dair: Paris İklim Anlaşması’ (iklimin.org 2016) <<https://www.iklimin.org/wp-content/uploads/2016/12/paris-iklim-anla%C5%9Fmas%C4%B1-EUD-Brochure.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 1-4.

⁵⁰ İlgili hedefler uyarınca ekonomik büyüme ve sürdürülebilir kalkınmanın sağlanabilmesi için malların ve kaynakların üretim ve tüketim biçimlerinin, sürdürülebilir üretim ve tüketim kalıplarıyla yeni bir forma dönüştürülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu itibarla büyük ve çok uluslu şirketler başta olmak üzere şirketlerin sürdürülebilir uygulamaları kabul etmelerinin ve sürdürülebilirlik bilgilerini raporlama döngülerine entegre etmelerinin teşvik edilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bkz. Sjäffell and Bruner (n

2003 yılında “*Şirketler Hukukunun Modernizasyonu ve AB’de Kurumsal Yönetimin Geliştirilmesi*” başlıklı plan ile başlayan süreci, 2011 yılında “*Yeşil Kitap - Avrupa Birliği Kurumsal Yönetim Çerçevesi*”, 2012 yılında “*Avrupa Şirketler Hukuku ve Kurumsal Yönetim - Daha Angaje Hissedarlar ve Sürdürülebilir Şirketler için Modern Bir Yasal Çerçeve*” başlıklı eylem planı ve 2020 yılında yayımlanan “*Sürdürülebilir Kurumsal Yönetim İlke Kararı*” takip etmiştir. Bu düzenlemelerle şirketlerin kısa vadeli menfaatler yerine uzun vadeli menfaatlere odaklanması, çevresel, sosyal ve yönetime dair kaygıların giderilmesi ve üye ülkelerin mevzuatlarının bu konularda uyumlaştırılması amaçlanmıştır⁵¹. 2019 yılında ise iklim değişikliğiyle mücadele ve sürdürülebilir kalkınmanın gerçekleştirilebilmesi amacıyla Avrupa Yeşil Mutabakatı açıklanmıştır⁵². Bu düzenlemeler önemli kurallar getiriyor olsa da uyumun gönüllülük esaslı olması (*yumuşak hukuk kuralı*) nedeniyle etkin bir biçimde uygulama sağlanamamıştır⁵³.

AB’nin Paris İklim Anlaşması taahhütleri ve Yeşil Mutabakat çerçevesinde ortaya çıkan iklim-nötr ilk kıta olma hedefi kapsamında iki önemli Yönerge kabul edilmiştir. Bu iki düzenleme ile AB içerisindeki belli büyüklükteki şirketlerden, sürdürülebilir kalkınma hedeflerini şirket politikalarına entegre etmeleri, faaliyetlerinin ÇSY üzerindeki etkilerini tespit etmeleri, neden oldukları olumsuz etkileri azaltmak veya ortadan kaldırmak için önlem almaları ve bunları raporlamaları beklenmektedir. Belli niteliklere sahip şirketlere, bu düzenlemelere uyum zorunluluğu getirilmiş olması ve akabinde bazı yaptırımlar öngörülmüş olması (*katı hukuk kuralı*)

3) 8-9 vd; Yıldırım and Nuri (n 23) 17-18; Özdemir (n 30) 294; <<https://www.undp.org/sustainable-development-goals>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵¹ Andrew Johnston and Beate Sjäffell, ‘The EU’s Approach to Environmentally Sustainable Business: Can Disclosure Overcome the Failings of Shareholder Primacy?’ in Marjan Peeters and Mariolina Elia Antonio (Ed) Research Handbook on EU Environmental Law (1st, Edward Elgar, Chapter 25, 2020) <<https://ssrn.com/abstract=3494197>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 4-5 vd.; Joshua Blach, ‘Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence’ in Klever, Schiest, Aigner, Ecker, Eder, Schickmair Spende, Weigluny, Wolkenstein, Ziegler (Ed) Nachhaltigkeit im Privatrecht (1st, Nomos 2023) 170-171.

⁵² AB yeni büyüme stratejisi ışığında, 2050 yılında iklim-nötr ilk kıta olma hedefini ortaya koymuştur. Yeşil mutabakat hakkında bilgi için bkz. <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵³ Sürdürülebilirlik ve sorumluluk bakımından yumuşak ve katı hukuk kurallarının etkisi hakkında bkz. Eroğlu, Soft Law (n 3) 87 vd.; Nolan, Respect Rights (n 3) 19-26.

kurumsal sürdürülebilirliğin etkin şekilde sağlanabilmesi için oldukça önem arz etmektedir.

Söz konusu düzenlemelerden ilki 5 Ocak 2023 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren “Kurumsal Sürdürülebilirlik Raporlama Yönergesi” (Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD)⁵⁴; ikincisi ise 24 Mayıs 2024 tarihinde AB Konseyi tarafından onaylanmak suretiyle kabul süreci tamamlanan “Kurumsal Sürdürülebilirlik Özenli Etki Değerlendirmesi Yönergesi”dir⁵⁵. Şirketlerin kurumsal sürdürülebilirliği ile şeffaflığı sağlamayı ve sorumlu iş uygulamaları konusundaki performanslarını artırmayı amaçlayan bu önemli iki düzenleme, birbirlerini tamamlamakta ancak şirketlere farklı yükümlülükler getirmektedir⁵⁶.

2014 yılında AB tarafından yayımlanmış olan “Finansal Olmayan Raporlama Yönergesi” (Non-Financial Reporting Directive - NFRD), raporlamanın yalnızca büyük şirketler bakımından zorunluluk olarak öngörülmesi ve bu çerçevede yapılan raporlamada yer verilen bilgilerin üçüncü taraflarca doğrulanmasının zorunlu olmaması nedenleriyle yetersiz ve güvensiz bulunmuş ve 2022 yılında bu düzenleme revize edilerek CSRD kabul edilmiştir⁵⁷. CSRD, şirketlerden AB Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarına⁵⁸ uygun şekilde faaliyetlerini raporlamaları ve performans-

⁵⁴ <https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32022L2464>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵⁵ <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-9-2024-04-24-ITM-007-16_EN.html> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_EN.html> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵⁶ <<https://yesilbuyume.org/guncel-gelismeler-isiginda-kurumsal-surdurulebilirlik-ozen-yukumlulugu-direktifi-csddd/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵⁷ Musonda Kapotwe, Peter Pears, Marcel Hörauf and Mayer Brown, ‘EU Corporate Sustainability Reporting Directive – Disclosure Obligations For EU and Non-EU Companies’ (Harvard Law School Forum on Corporate Governance 11 December 2022) <<https://corpgov.law.harvard.edu/2022/12/11/eu-corporate-sustainability-reporting-directive-disclosure-obligations-for-eu-and-non-eu-companies/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵⁸ Avrupa Komisyonu, CSRD kapsamına dahil şirketler tarafından hazırlanacak raporlarda kullanılmak üzere AB Sürdürülebilirlik Raporlama Standartlarını (European Sustainability Reporting Standards – ESRS) 31 Temmuz 2023 tarihinde kabul etmiştir. Bu standartlar hem sürdürülebilir finans gündemini destekleyici hem de şirketlerin hazırlayacakları raporların belli standartlara uygun şekilde olmasını sağlayarak Avrupa Yeşil

larını açıklamaları (*obligation to tell*) beklenmektedir⁵⁹. Bu düzenlemeyle birlikte şirketlerin ÇSY konularında daha kapsamlı ve karşılaştırılabilir bilgi sunmaları zorunlu kılınmakta, denetime önem verilerek (*bağımsız denetçi veya onaylayıcı tarafından denetim sağlanacak*) raporların doğruyu yansıtmaları amaçlanmaktadır. İlgili düzenleme kapsamına, büyük şirketlerin yanı sıra borsada işlem gören tüm şirketler girmekte, hatta belirli özellikleri dikkate alınarak listelenen KOBİ'ler (*2028 yılından sonra haklarında uygulanacak*) de dahil kabul edilmektedir. Avrupa dışındaki şirketler bakımından ise AB'de 150 milyon Euro net ciro üreten ve AB'de en az bir yan kuruluşu veya şubesi olan şirketler (*yaklaşık 50 bin şirket*) için sürdürülebilirlik raporu sunma zorunluluğu söz konusudur. İlgili düzenleme uyarınca ilk raporlar 2025 yılında yayınlanacaktır ve hazırlanacak raporlarda 2024 mali yılı esas alınacaktır⁶⁰.

Kurumsal sürdürülebilirlik bağlamında şirketlerin insan hakları ve çevreye karşı özenli davranma yükümlülüğüne dair ikinci düzenlemeyi ise CSDDD oluşturmaktadır. İlgili Yönerge, kapsam dahilindeki şirketlerden, kendi ve iştiraklerinin faaliyetleri ile faaliyet zinciri içerisindeki eylemler neticesinde oluşan veya oluşabilecek olumsuz insan hakları etkileri (*çocuk işçiliği gibi*) ve çevresel etkilere (*kirlilik gibi*) dair özenli şekilde bir etki değerlendirmesi yapmalarını beklemektedir⁶¹. Buna ek olarak ilgili şirket-

Mutabakatı kapsamındaki çabaların daha görünür kılınmasını sağlayacak niteliktedir. İlgili standartlar, iklim değişikliğinden insan hakları dahil olmak üzere bir şirketin ÇSY'ye dair tüm etkilerini ortaya çıkarmayı amaçlayan, yatırımcılara da yatırım yaptıkları veya yapacakları şirketler hakkında sürdürülebilirliğe etkileri konusunda yol gösteren bir kılavuz olarak hazırlanmıştır. Ayrıca yapılan düzenleme, küresel raporlama standartları ile uyumludur ve böylelikle çifte raporlama yapılmasının önüne geçilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <https://finance.ec.europa.eu/news/commission-adopts-european-sustainability-reporting-standards-2023-07-31_en> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat/surdurulebilir-finansman/kurumsal-surdurulebilirlik-raporlama-direktifi>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁵⁹ <https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://yesilbuyume.org/guncel-gelismeler-isiginda-kurumsal-surdurulebilirlik-ozen-yukumlulugu-direktifi-csddd/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁶⁰ CSRD hükümleri ve uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.carbongate.io/blog/csr-d-ve-csddd-kurumsal-surdurulebilirlik-raporlamasinda-yeni-donem>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Kapotwe, Pears, Hörauf and Brown (n 62).

⁶¹ European Commission, Directive Corporate Sustainability Due Diligence – Frequently asked questions (2024) <https://commission.europa.eu/document/download/7a3e9980-5fda-4760-8f25-bc5571806033_en?filename=240719_CSDD_FAQ_final.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024, 3-4; OECD, Due Diligence (n 48) 15-17; Akbulut and Akço (n

lere, iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik bir geçiş planını kabul etme ve yürürlüğe koyma yükümlülüğü getirmekte, şirketlerin iş modeli ve stratejisinin ise sürdürülebilir bir ekonomiye geçişi ve iklim nötrlüğüne ulaşma hedefini sağlamaya yönelik olması beklenmektedir⁶². İlgili Yönerge, içerdiği düzenlemeler bakımından AB içinde ve ötesinde iş dünyası bakımından sorumlu iş davranışının temelini oluşturacak bir nitelik arz etmektedir⁶³.

CSDDD, şirketleri faaliyetlerinin ve tedarik zincirlerindeki operasyonlarının mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerini tanımlamaya, sınıflandırmaya, durdurmaya, azaltmaya ve sona erdirmeye (*obligation to act*) yönlendirmeyi hedeflemektedir. Böylelikle şirketlerin faaliyetleri sonucu insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerin azaltılması veya ortadan kaldırılması için proaktif bir şekilde harekete geçilmesini amaçlamaktadır⁶⁴. Bu düzenleme kapsamında şirketler yalnızca kendi faaliyetlerinden değil, özen yükümlülükleri gereği *aşağı ve yukarı yönlü* tedarik zincirlerindeki faaliyetleri de takip etmekle yükümlüdürler⁶⁵. Böylelikle şirketlerin tedarikçileri ve diğer iş ortaklarıyla olan ilişkilerinde, sorumlu iş uygulamalarını tercih etmeleri teşvik edilmekte, potansiyel insan hakları ihlalleri ve çevresel zararları erken aşamada tespit ederek oluşan zararı azaltmaları veya ortadan kaldırmaları amaçlanmaktadır. Şirketler, CSDDD kapsamında öngörülen yükümlülükleri şirket politikalarına dahil etmeli, ortaya çıkabilecek potansiyel zararlara karşı ise önleyici eylem planları hazırlamalı, olumsuz etkilere karşı alınacak tedbirleri belirlemeli ve bu hususlar hakkında kamuoyunu düzenli olarak bilgilendirmelidirler. Ayrıca şirketlerin meydana getirdiği olumsuz etkilere maruz kalan kişilerin baş-

1) 10; <<https://www.carbongate.io/blog/csr-d-ve-csddd-kurumsal-surdurulebilirlik-rapor-lamasinda-yeni-donem>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁶² European Commission (n 66) 3-4 vd.

⁶³ <<https://www.minervabhr.org/tr/2024/04/02/5-adimda-avrupa-birligi-kurumsal-surdurulebilirlik-durum-tespiti-direktifi/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Sabela Gonzalez Garcia, ‘Reaction CSDDD Endorsement Brings Us 0.05% Closer To Corporate Justice’ (Corporatejustice blog 15 Mart 2024) <<https://corporatejustice.org/news/reaction-csddd-endorsement-brings-us-0-05-closer-to-corporate-justice/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁶⁴ Yeşil Büyüme (n 11) 7.

⁶⁵ Yukarı yönlü faaliyetlere örnek olarak bir giyim üreticisi bakımından kullanılacak kumaşları üreten tekstil fabrikasının eylemleri gösterilebilir. Yine bir otomobil üreticisi için araba lastiği üreticisi örnek olarak verilebilir. Aşağı yönlü faaliyetler ise ilgili ürünün dağıtımı, nakliyesi ve depolanma sürecindeki aktörlerin eylemlerini ifade etmektedir. Bkz. European Commission (n 66) 9-10.

vurabileceği bir şikâyet mekanizmasının oluşturulması ve bu mekanizmanın etkin şekilde işletilmesi gerekmektedir⁶⁶. CSDDD hazırlanmaya başlandığı günden yürürlüğe girdiği tarihe kadarki süreçte, AB Konseyi tarafından yürütülen çeşitli müzakere aşamalarında yoğun tartışmalara (özellikle Fransız, Alman ve İtalyan hükümetlerinin yoğun itirazlarıyla) maruz kalmıştır. Yürürlüğe giren CSDDD hükümleri ise taslak metindeki düzenlemelerle karşılaştırıldığında ciddi geri adımlara (*ciro eşikleri, yüksek etki sektörleri, değer zinciri yerine faaliyet zinciri kavramına geçiş, şirket yöneticilerinin özen yükümlülüğü vb.*) sahne olmuş, ancak buna rağmen mevcut haliyle de ciddi düzenlemeler öngörmektedir⁶⁷.

CSRD ve CSDDD, kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak adına şirketlerin insan haklarına ve çevreye karşı özenli davranma yükümlülüğüne dair önemli düzenlemeler içermektedirler. CSDDD kapsamına tabi olan şirketlerin belirlenmesine esas alınan ciro eşikleri son derece yüksektir ve bu bakımdan ilgili Yönerge AB içinde ve dışında belli ölçekteki büyük şirketleri esas almaktadır. Bu husus CSRD ile arasındaki önemli farklarından birisidir, zira CSRD hükümlerine tabi olan şirketlerin kapsamı daha geniş tutulmaktadır. Ayrıca CSRD uyumluluğu çerçevesinde şirketler, ÇSY konuları bakımından yalnızca yaptıklarını ve yapmadıklarını raporlamaktadır, eylemlerinin neticesinde oluşan veya oluşabilecek zararlara karşı herhangi bir önlem alma yükümlülükleri bulunmamaktadır. İlgili Yönerge kapsamında şirketlerin raporlama yükümlülüğü “*uy veya açıkla*” (*comply or explain*) prensibine dayanmakta; maddi durum tespiti yapmaya yönelik açık yükümlülükler ise içermemektedir. Buna karşılık, CSDDD kapsamında ise şirketlerin etki değerlendirmesi yükümlülüğünden doğan sorumluluk, doğru raporlama yükümlülüğüne aykırılıktan ziyade yasal bir özen yükümlülüğünün ihlaline (*ve/veya zararın oluşmasına*) bağlı kılınmaktadır. Bu itibarla CSDDD bakımından şirketler, aldıkları yahut alma-

⁶⁶ <<https://www.carbongate.io/blog/csr-d-ve-csddd-kurumsal-surdurulebilirlik-raporlamasinda-yeni-donem>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁶⁷ Gonzalez Garcia (n 68); <<https://www.hrw.org/news/2024/05/24/questions-and-answers-new-eu-law-corporate-value-chains>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Stephan Schmid and Chris Thomale, ‘Private Enforcement in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive – A Critical Comparative Law and Economic Analysis of the Final Compromise’ (Oxford Business Law Blog 22 Mayıs 2024) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2024/05/private-enforcement-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; *Ciro eşikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. B. ve faaliyet zinciri kavramı hakkında bkz. dn.85.*

dıkları önlemleri yalnızca raporlayarak bu yükümlülüğün gereklerini yerine getirmiş ve sorumluluktan kurtulmuş olmazlar⁶⁸.

Sonuç olarak her iki Yönerge de AB'nin sürdürülebilirlik kalkınma hedeflerine ulaşma çabasının önemli birer adımı konumundadır. Bu düzenlemeler, AB içerisinde kurulan veya burada faaliyetleri bulunan şirketlerin yahut değer zinciri kapsamında yer alan şirketlerin yalnızca finansal performanslarına değil; ÇSY konularındaki performanslarına dikkate etmelerini ve faaliyetlerinin bu alandaki etkilerine odaklanmalarını teşvik etmektedir⁶⁹.

II. AVRUPA BİRLİĞİ KURUMSAL SÜRDÜRÜLEBİLİRLİK ÖZENLİ ETKİ DEĞERLENDİRMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ YÖNERGESİ (CSDDD)

A. Yönerge'nin Amacı

CSDDD'nin öngörülme amacı, ekonomilerin ve toplumların sürdürülebilir kalkınmasına ve sürdürülebilirlik geçişine katkıda bulunmak için AB içerisindeki tek pazarın potansiyelinden daha iyi yararlanmak ve farklı düzenlemeler yerine, AB genelinde ortak şekilde uygulanan bir standart getirmektir⁷⁰. CSDDD, şirket faaliyetlerinin mevcut veya potansiyel insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin önlenmesi ve/veya iyileştirilmesi yoluyla sürdürülebilir kalkınmaya katkıda bulunmayı hedeflemektedir⁷¹. Bu itibarla şirketlerden en iyi çabayı göstererek, iş modellerini ve

⁶⁸ Tarman (n 5) 1195.

⁶⁹ <<https://www.carbongate.io/blog/csr-d-ve-csddd-kurumsal-surdurulebilirlik-raporlamasin-da-yeni-donem>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁷⁰ Schmid and Thomale (n 71); ilgili Yönerge, etki değerlendirmesi noktasında genel bir yatay çerçeve (lex generalis) oluşturmaktadır. Aynı hedefleri gözetken, fakat daha kapsamlı ve özel yükümlülükler öngören sektörel (orman, maden gibi) düzenlemeler (lex specialis), ihtilaf halinde CSDDD'nin genel gerekliliklerinin yerine geçecektir. Bu anlamda CSDDD bu düzenlemeleri tamamlayıcı bir görev üstlenmektedir. Bkz. European Commission (n 66) 6.

⁷¹ CSDDD, 1998 tarihli ILO Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'nde tanımlanan beş temel ilke ve hak da dahil olmak üzere insan haklarını kapsamlı bir şekilde düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu itibarla CSDDD, Yönerge'nin kapsamına giren şirketlerden, BM İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri, OECD Çok Uluslu Şirketler için Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Rehber, Sorumlu İş Davranışlarına İlişkin Özen Yükümlülüğü Rehberi ve ILO Çok Uluslu İşletmeler ve Sosyal Politikaya İlişkin Üç Taraflı Bildirgesi gibi uluslararası standartlar ile uyumlu, küresel değer zincirlerinin belirli kademelerinde yürütülen faaliyetler sonucunda meydana gelen insan hakları ve

şirket stratejilerini, sürdürülebilir bir ekonomiye geçiş sağlamaya yönelik olarak planlamaları istenmektedir. Ayrıca ilgili şirketlerden, Paris Anlaşması doğrultusunda küresel ısınmanın 1,5 °C ile sınırlandırılmasıyla uyumlu şekilde iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik bir geçiş planını kabul etmeleri ve bu planı yürürlüğe koymaları beklenmektedir (CSDDD m.1). CSDDD'nin nihai hedefinin insan hakları ve çevrenin korunması, verilen zararların giderilmesi ve önleyici tedbirler alınması bakımından sosyal ve çevresel maliyetlerin tüm faaliyet zinciri boyunca içselleştirilmesini, diğer bir ifadeyle bu maliyetlere neden olanlar tarafından üstlenilmesini sağlamak olduğu belirtilebilir⁷².

B. CSDDD Uyarınca Öngörülen Yükümlülüklerle Tabi Olan Şirketler

CSDDD hükümlerine uyum zorunluluğu tüm şirketler bakımından değil, faaliyet konusu ve ekonomik büyüklük gibi bazı kriter ve şartları taşıyan şirketler bakımından öngörülmektedir. CSDDD ile getirilen yükümlülükler kapsam dahilindeki şirketlerin ve iştiraklerinin faaliyetlerini doğrudan, tedarik zincirindeki iş ortaklarını ise bu iş ilişkisi nedeniyle dolaylı olarak etkileyecektir. Yönerge kapsamına dahil olan şirketler, temel olarak iki gruba ayrılmaktadır.

CSDDD m.2/1 uyarınca AB üyesi bir ülke mevzuatına uygun olarak kurulan⁷³ ve aşağıdaki koşullardan birini sağlayan şirketler, birinci grup şirketleri oluşturmaktadır. Buna göre şirketlerin yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda ortalama binden fazla çalışanın ve 450 milyon Euro'dan fazla net dünya çapında cirosunun olması beklenmektedir⁷⁴. Şirket bu eşiklere ulaşamamış ancak konso-

çevre üzerindeki olumsuz etkiler bakımından insan hakları ve çevresel etki değerlendirme prosedürleri hazırlamalarını beklemektedir. Bkz. <<https://www.minervabhr.org/tr/2024/04/02/5-adimda-avrupa-birligi-kurumsal-surdurulebilirlik-durum-tespiti-direktifi/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://www.hrw.org/news/2024/05/24/questions-and-answers-new-eu-law-corporate-value-chains>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁷² Schmid and Thomale (n 71); Alessio M. Paces, 'Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal' (Oxford Business Law Blog 22.10.2023) <<https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

⁷³ CSDDD m.2/6 uyarınca bu Yönerge kapsamındaki konuları düzenlemeye yetkili AB üyesi ülke, şirketin kayıtlı ofisinin (merkezinin) bulunduğu üye ülkedir.

⁷⁴ Taslak Yönerge metninde kapsama dahil olan şirketlerin tespiti için öngörülen 500'den fazla çalışan sayısı ve 150 milyon Euro net ciro eşiği, CSDDD'de 1000 çalışan ve 450

lide yıllık mali tabloların kabul edildiği veya kabul edilmesi gereken son mali yılda bu eşik değerlere ulaşmış bir şirketler topluluğunun nihai ana şirketi⁷⁵ olması durumu da bu kapsama dahil olması için yeterlidir. Bunun dışında bir şirketin AB içerisinde bağımsız üçüncü taraf şirketler ile royalty ücreti (*dönemsel ödenen ücret/lisans ücreti*)⁷⁶ karşılığında franchise veya lisans anlaşmaları yapmış olması veya bu anlaşmaları yapmış olan bir şirketler topluluğunun nihai ana şirketi olması da yeterli kabul edilmektedir. Fakat bu durumda şirketin, söz konusu anlaşmalarda ortak bir kimlik veya iş konsepti ve yeknesak iş yöntemlerinin uygulanmasını sağlaması, royalty ücretlerinin son mali yılda 22 milyon 500 bin Euro'dan fazla olması ve şirketin dünya çapında 80 milyon Euro'dan fazla net ciroya sahip olması veya bu ciroya sahip olan bir şirketler topluluğunun nihai ana şirketi olması gerekmektedir⁷⁷.

CSDDD m.2/2 uyarınca üçüncü bir ülkenin mevzuatına uygun olarak kurulan ve aşağıdaki koşullardan birini yerine getiren şirketler ise

milyon Euro net ciro eşiğine yükseltilmiştir. Bu durum, şirketlerin uyum zorunluluğuna tabi olabilmesi için, daha önce kapsam dahilinde kabul edilen şirketlerin iki katından daha büyük olmalarını gerektirmektedir. Yapılan araştırmalara göre bu değişiklikte CSDDD kapsamına yaklaşık olarak 5.400 şirketin girebileceği ve AB'deki şirketlerin yaklaşık %99'una bu hükmün uygulanamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. <<https://www.hrw.org/news/2024/05/24/questions-and-answers-new-eu-law-corporate-value-chains>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Gonzalez Garcia (n 68).

⁷⁵ CSDDD m.3/1-(q) uyarınca bu Yönerge'de belirtilen 'ana şirket' bir veya daha fazla bağlı şirketi kontrol eden şirket; m.3/1-(r) uyarınca ise 'nihai ana şirket' 2013/34/AB sayılı Yönerge m.22/1 ila 5'te belirtilen kriterlere uygun olarak doğrudan veya dolaylı olarak bir veya daha fazla bağlı şirketi kontrol eden ve başka bir şirket tarafından kontrol edilmeyen ana şirket anlamına gelmektedir.

⁷⁶ Dönemsel ödenen ücret (Royalty Ücreti), gayri maddi malvarlığı haklarının belli bir süre için kullanılması borcuna karşılık olarak ödenen ücreti ifade etmektedir. Lisans anlaşmaları bakımından lisanstan doğan lisans bedelini ifade ederken; franchise sözleşmeleri açısından franchise alanın dönemsel olarak cirosuna göre belirlenen ve franchise verenin sürekli olarak franchise alana gayri maddi malları kullandırma borcuna karşılık olarak ödenen ücreti ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcu İrge Erdoğan, Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (1st, On İki Levha Yayıncılık 2016) 36.

⁷⁷ CSDDD m.2/3 hükmünde Yönerge kapsama girmesine rağmen ilgili yükümlülüklerden muaf tutulabilecek şirketler düzenlenmektedir. Muafiyet şartlarını sağlayan şirketin CSDDD m.24'te düzenlenen yetkili denetim makamına başvuruda bulunulması gerekmektedir.

ikinci grup şirketleri oluşturmaktadır⁷⁸. Buna göre ilgili şirketin son mali yıldan bir önceki mali yılda AB içerisinde 450 milyon Euro'dan fazla net ciro elde etmiş olması gerekmektedir. Bu eşığa ulaşamamış olmasına rağmen ilgili şirketin, son mali yıldan önceki mali yılda konsolide bazda bu eşığa ulaşan bir şirketler topluluğunun nihai ana şirketi olması da yeterli kabul edilmektedir. Yahut ilgili şirket, AB içinde bağımsız üçüncü taraf şirketlerle royalty ücreti karşılığında franchise veya lisans anlaşmaları yapmış olması veya bu anlaşmaları yapmış olan bir şirketler topluluğunun nihai ana şirketi olması halinde de bu kapsama girmektedir. Ancak bu durumda şirketin, söz konusu anlaşmalarda ortak bir kimlik veya iş konsepti ve yeknesak iş yöntemlerinin uygulanmasını sağlaması, royalty ücretlerinin son mali yıldan bir önceki mali yılda AB içerisinde 22 milyon 500 bin Euro'dan fazla olması ve şirketin AB içinde 80 milyon Euro'dan fazla net ciro elde etmesi veya elde eden bir şirketler topluluğunun nihai şirketi olması gerekmektedir.

CSDDD uyarınca '*finansal kuruluşlar*' (*kredi ve yatırım kuruluşları, sigorta, reasürans, merkezi saklama, ödeme, elektronik para, kitle fonlama ve kripto varlık kuruluşları vb.*) için, '*faaliyet zinciri*' teriminin tanımı, hizmetlerini ve ürünlerini alan alt iş ortaklarını (*örneğin kredi alan müşteri vb.*) kapsamamaktadır⁷⁹. Dolayısıyla düzenlemeye tabi finansal kuruluşlar bakımından, faaliyet zincirlerinin yalnızca yukarı yönlü kısmı CSDDD'nin kapsamına girmekte, aşağı yönlü kısmı ise girmemektedir. Halbuki Yönerge'nin metninde değişiklik yapılmadan önce finansal kuruluşlar, herhangi bir sınırlama olmaksızın bu düzenlemeye uymakla yükümlü kılınmışlardı. Fakat değişiklik sonrası finansal kuruluşlar, yalnızca kendi faaliyetleri ve tedarik zinciri bakımından yukarı yönlü ilişkileriyle sınırlı olarak ilgili yükümlülükler tabidirler (*CSDDD para. 26*).

CSDDD incelendiğinde esasen yüksek ciro eşiklerine sahip çok büyük ölçekli şirketleri kapsamına aldığı görülmektedir. Küçük ve orta ölçekli işletmelere/şirketlere (*KOBİ*) yönelik ise doğrudan doğruya herhangi bir zorunluluk getirilmemektedir⁸⁰. Bununla birlikte şirketlerin bağlı ortak-

⁷⁸ CSDDD m.2/5 uyarınca yukarıda belirtilen koşulları birbirini izleyen iki mali yılda karşılayan şirketler CSDDD hükümlerini uygulama yükümlülüğü altındadır. Bu koşulları taşıyan şirketlerin son iki mali yılın her biri için ilgili koşulları taşıyor olması halinde ise CSDDD hükümleri artık ilgili şirket bakımından geçerli olmayacaktır.

⁷⁹ Ayrıca CSDDD m.2/7 uyarınca bu Yönerge hükümlerinin, 2011/61/EU sayılı Yönerge m.32/4-1(a) bendinde tanımlanan Alternatif Yatırım Fonları'na (AIF) ve 2009/65/EC sayılı Yönerge m.33/1-2 anlamında Devredilebilir Menkul Kıymetler Kolektif Yatırım Teşebbüslerine (UCITS) uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁰ European Commission (n 66) 7-8.

lıkları yahut iş ortaklıkları (*tedarikçi, yüklenici, alt yüklenici vb.*) olarak KOBİ'ler, dolaylı olarak CSDDD hükümlerinden etkileneceklerdir⁸¹. Bu anlamda AB üyesi ülkelerden birinde kurulu olan ve m.2 uyarınca kapsam dahilindeki şirketlerden birinin faaliyet zincirinde yer alan veya AB üyesi ülkelerden birinde kurulu olmamasına rağmen m.2 uyarınca kapsam dahilindeki şirketlerden birinin faaliyet zincirinde yer alan KOBİ'ler (*büyüklik kıstası veya ihracatın belli bir eşiği aşması, ciro eşiği vb. başka herhangi bir koşul aranmaksızın*), Yönerge hükümlerinden dolaylı olarak etkileneceklerdir⁸². KOBİ'lerin doğrudan CSDDD kapsamında olmamasının temel etkisi, büyük şirketlerin değer zincirlerinde yer alan küçük ve orta ölçekli işletmelerin, sözleşmeye dayalı güvenceler yoluyla özenli etki değerlendirme yapma yükümlülüğünü üstlenmek zorunda bırakılmasıdır⁸³. KOBİ'lerin doğrudan Yönerge kapsamında yer almamasının nedeni CSDDD'nin 69. paragrafında açıklandığı üzere birçoğu zaten küresel ekonomik ve sağlık krizi bağlamında sıkıntı çeken KOBİ'lerin üzerindeki mali ve idari yükü hafifletmektir. Yine ilgili düzenlemede KOBİ'leri desteklemek amacıyla AB üyesi ülkelerin, AB Komisyonu'nun desteğiyle, şirketlere bilgi ve destek sağlamak ve KOBİ'leri mali olarak desteklemek ve kapasite geliştirmelerine yardımcı olmak amacıyla bireysel veya ortak olarak kullanıcı dostu web siteleri, portallar veya platformlar kurması ve işletmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴.

⁸¹ <<https://www.hrw.org/news/2024/05/24/questions-and-answers-new-eu-law-corporate-value-chains>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; Akbulut and Akço (n 1) 50-54 vd.

⁸² Özdemir (n 30) 293-294; Akbulut and Akço (n 1) 52-53.

⁸³ CSDDD m.18 uyarınca AB Komisyonu, öngörülen yükümlülüklerle uyumu kolaylaştırmak için Yönerge'nin yürürlüğe girmesinden itibaren 30 ay sonra, sözleşmeye dayalı güvenceler bakımından model sözleşme hükümlerini yayımlayacaktır. CSDDD, sözleşme güvencesi arayan şirketlerin KOBİ'lerle adil sözleşmeler oluşturmaları ve bu operasyonları desteklemek için kapasite geliştirme ve potansiyel mali destek de dahil olmak üzere alınması gereken uygun tedbirleri değerlendirmelerini zorunlu kılmaktadır.

⁸⁴ İş ortakları KOBİ'ler olan şirketlerin, gerekli özen tedbirlerine uymaları ve KOBİ'lere karşı adil ve makul olan, ayrımcı olmayan ve orantılı gereklilikleri uygulamaları konusunda onları desteklemeleri teşvik edilmektedir. Böylelikle büyük şirketlerin tedarik zincirinde bulunan KOBİ'lerden, Yönerge kapsamında insan haklarına ve çevreye karşı sorumlu iş davranışlarında bulunmaları beklenmekte, buna aykırı davranışlarının olması halinde ise bu durumun ilgili büyük şirketler tarafından gözetilip gerekli aksiyonların yine ilgili şirket tarafından alınması gerekmektedir. Bkz. Özdemir (n 30) 293-294.

CSDDD kapsamındaki şirketlere dair getirilen kriterler, değer zinciri yerine faaliyet zinciri kavramına yer verilmesi⁸⁵, risk yönetimi ve hukuki sorumluluk yaklaşımı gibi önemli konularda onaylanan CSDDD metni, taslak Yönerge'den ciddi şekilde farklılaşmaktadır. Taslak metinde yüksek etki sektörlerinde (*tarım, ormancılık, balıkçılık, inşaat, tekstil gibi sektörlerde*) faaliyet gösteren AB içinde ve dışında yer alan şirketler için nispeten daha düşük oranda çalışan sayısı ve net ciro eşikleri öngörülmekteydi⁸⁶; fakat CSDDD uyarınca yüksek etki sektörlerinde faaliyet gösteren şirketler bakımından özel olarak öngörülen eşikler kaldırılmış ve yürürlü-

⁸⁵ Taslak Yönerge metninde, ürünlerin üretim sonrası nihai kullanıcıya ulaştıktan sonraki geri dönüşüm faaliyetlerini de kapsayacak şekilde değer zincirinden bahsetmekteydi. Değer zinciri kavramı hakkında bkz. yukarıda dn.11; Halbuki onaylanan CSDDD hükümleri incelendiğinde şirketlerin 'faaliyet zincirleri'nden bahsedildiği görülmektedir. Yönerge m.3/1-g bendine göre faaliyet zinciri (chain of activities), hammaddelerin, ürünlerin veya ürün parçalarının tasarımı, çıkarılması, ham madde tedariki, üretimi, nakliyesi, depolanması ve ürünün veya hizmetin geliştirilmesi dahil olmak üzere, bir şirketin yukarı yönlü iş ortaklarının söz konusu şirket tarafından malların üretilmesi veya hizmetlerin sağlanması ile ilgili faaliyetleri; ve bir şirketin alt iş ortaklarının o şirketin bir ürününün dağıtımı, nakliyesi ve depolanması ile ilgili faaliyetleri, iş ortaklarının bu faaliyetleri şirket için veya şirket adına yürüttüğü durumlarda (AB 2021/821 sayılı Tüzük kapsamındaki ihracat kontrollerine veya ürünün ihracatına izin verildikten sonra silahlar, mühimmatlar veya savaş malzemeleri ile ilgili ihracat kontrollerine tabi olan bir ürünün dağıtımı, nakliyesi ve depolanması hariç olacak şekilde) gündeme gelmektedir. Bu anlamda CSDDD, değer zinciri yerine faaliyetler (aktiviteler) zincirini esas alarak, odak noktasını tedarik zinciri ile daraltmakta ve ürünün nihai kullanıcılara teslimine kadarki süreçle ilgilenmekte, bu anlamda ürünün tüketilmesi, imhası, sökülmesi ve geri dönüşümü üzerindeki etkileri hariç tutmaktadır. Bu itibarla şirketlerin bu tür faaliyetler bakımından değer zinciri içerisindeki risk ve zararları tespit etmek ve bunlara müdahale etmek noktasında bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. Gonzalez Garcia (n 68); <<https://www.hrw.org/news/2024/05/24/questions-and-answers-new-eu-law-corporate-value-chains>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; CSDDD para. 25'te CSDDD'de tanımlandığı şekliyle 'faaliyet zinciri' teriminin, diğer AB mevzuatında tanımlanan 'değer zinciri' veya 'tedarik zinciri' terimlerinin anlamlarını bozmayacağı ifade edilmek suretiyle, ilgili kavramların birbirinden farklı olduğu belirtilmektedir. Ancak CSDDD m.36/2-c uyarınca yürürlüğünden altı sene sonra AB Komisyonu tarafından bu Yönerge'nin uygulanması ve hedefine ulaşmadaki etkinliği hakkında hazırlanacak raporda, 'faaliyet zinciri' teriminin tanımının, revize edilmesi için bir ihtiyaç olup olmadığının gözetileceği öngörülmektedir.

⁸⁶ Değişiklik öncesindeki taslak Yönerge metni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kalkınma Atölyesi, Şirketler İçin İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü Gerekliklerine İlişkin Normatif Hükümler (1st, Kalkınma Atölyesi 2024) 2-5 vd.; Güçlü and Güçlü (n 6) 6-9 vd.; Pınar Öztaban Yağcı, Sürdürülebilirlik Perspektifinde Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu ve Fransız Danıştay'ının Yetkisi (1st, Seçkin Yayıncılık 2023) 42 vd.; Baraç Evcı, Çevrenin Korunması (n 6) 109-116; Özdemir (n 30) 288 vd.; Tarman (n 5) 1199 vd.

ğünden sonra bu husus hakkında karar verilmesi konusunda uzlaşmıştır (CSDDD m.36).

C. Şirketlerin Özenli Etki Değerlendirmesi Yükümlülüğü Kapsamında Yerine Getirmesi Gereken Davranışlar

CSDDD, OECD Sorumlu İş Yönetimine İlişkin Özenli Etki Değerlendirmesi Rehberi'ni şirketlerin olumsuz insan hakları ve çevresel etkilerin belirlenmesi ve ele alması için gereken tedbirler⁸⁷ bakımından referans almaktadır⁸⁸. Buna göre sorumlu iş davranışlarını benimseyen şirketlerin, özenli etki değerlendirme süreci şu altı adımı kapsamalıdır⁸⁹: 1) özen yükümlülüğünün politikalara ve risk yönetim sistemlerine entegre edilmesi (*politika taahhüdü oluşturmak*); 2) olumsuz insan hakları ve çevresel etkilerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi (*risk değerlendirme yapmak*); 3) mevcut ve potansiyel olumsuz insan hakları ve çevresel etkilerin önlenmesi, durdurulması veya en aza indirilmesi (*önleyici tedbirler almak*); 4) tedbirlerin etkililiğinin izlenmesi ve değerlendirilmesi (*geribildirim ve şikayet mekanizması oluşturmak*); 5) bilgilendirme yapmak (*belgelendirme ve raporlama*) ve 6) verilen zararın giderilmesi için uygun bir şekilde iyileştirme sağlamak (*iyileştirici mekanizmalar öngörmek*). Çalışmamızda CSDDD kapsamındaki özenli etki değerlendirmesini bu altı temel başlık altında incelemekteyiz.

1. Özenli Etki Değerlendirmesi Yükümlülüğüne İlişkin Politika Taahhüdü Oluşturulması

CSDDD m.7 gereğince şirketlerin insan hakları ve çevre bakımından üstlendikleri özen yükümlülüğünü şirket politikalarına ve risk yönetim sistemlerine entegre etmeleri, risk temelli etki değerlendirme yapılmasını sağlayan, çalışanlar ve temsilcileriyle önceden istişare edilerek geliştirilen

⁸⁷ CSDDD m.6 hükmünde şirket grupları bakımından ana şirketlerin özen yükümlülüğüne dair özel bir düzenlemeye yer verilmektedir. Buna göre etkili bir uyum sağlanabilmesi için CSDDD kapsamına giren ana şirketler, insan hakları ve çevrenin korunmasına dair CSDDD 7 ila 11. maddelerde ve 22. maddede iklim değişikliğiyle mücadele bakımından öngörülen yükümlülükleri, bağlı kuruluşları olan ve bu Yönerge kapsamına giren şirketler adına yerine getirebilirler. Bu durum, söz konusu bağlı şirketlerin m.25'e göre denetim makamı yetkilerinin kullanılmasını ve 29. maddeye göre hukuki sorumluluğa tabi olmalarını engellemez.

⁸⁸ OECD, Due Diligence (n 48) 15-19, 59 vd.

⁸⁹ OECD, Due Diligence (n 48) 21 vd.; Akbulut and Akço (n 1) 55.

bir özen yükümlülüğü politikasına sahip olmaları beklenmektedir⁹⁰. Söz konusu politikanın en az iki yılda bir gözden geçirilmesi ve gerektiğinde güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca m.8 uyarınca şirketler, halihazırda tespit etmiş oldukları olumsuz etkileri gidermek için aldıkları uygun önlemleri (m.10 ve 11) ve m.15 uyarınca gerçekleştirilen değerlendirmelerin sonuçlarını da bu politikaları hazırlarken dikkate almalıydılar. İklim değişikliğiyle mücadele noktasında ise m.22'ye göre şirketler, iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik bir geçiş planını kabul etmek ve yürürlüğe koymakla yükümlüdürler⁹¹. Bu planın da her yıl güncellenmesi ve planda bahsedilen hedeflere ulaşma yönünde kaydedilen ilerlemeye yer verilmesi gerekmektedir⁹².

2. Olumsuz Etkilerin Tespiti ve Risk Değerlendirmesi Yapılması

CSDDD m.8'e göre şirketler, kendi veya iştiraklerinin faaliyetlerinden ve faaliyet zincirleriyle ilgili olduğu durumlarda iş ortaklarının faaliyetlerinden kaynaklanan mevcut ve potansiyel olumsuz etkileri tespit et-

⁹⁰ CSDDD m.7 uyarınca, oluşturulacak politikanın uzun dönem de dahil olmak üzere şirketin özen yükümlülüğü konusundaki yaklaşımının bir tanımını içermesi; m.10/2-b, m.10/4, m.11/3-c veya m.11/5 uyarınca şirket ve iştirakleri ile şirketin doğrudan veya dolaylı iş ortakları genelinde uyulması gereken kural ve ilkeleri tanımlayan davranış kurallarına yer vermesi gerekmektedir.

⁹¹ AB 2013/34 sayılı Yönerge m.19a, 29a veya 40a hükümlerine göre iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik bir geçiş planı hazırlayan veya böyle bir rapor hazırlayan ana şirketin iştiraki olarak bu geçiş planına dahil olan şirketler yukarıdaki düzenlemelerden muafırlar. Bu durumun yanı sıra CSDDD m.6/3 uyarınca ana şirketin, m.22'de belirtilen iklim değişikliğiyle mücadeleye ilişkin geçiş planı hazırlama yükümlülüğünü bağlı şirket adına yerine getirmesi halinde bağlı şirket, m.22'de belirtilen yükümlülükler ana şirketin iş modeli ve stratejisine uygun şekilde uyarlanmış iklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik geçiş planına uygun şekilde hareket edecektir.

⁹² İklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik geçiş planında şu hususların bulunması gereklidir (CSDDD m.22/1):

- Kesin bilimsel kanıtlara dayalı olarak 2030 yılı için ve beş yıllık adımlarla 2050 yılına kadar iklim değişikliği ile ilgili zamana bağlı hedefler ve uygun olduğu durumlarda, her bir önemli kategori için kapsam 1, kapsam 2 ve kapsam 3 sera gazı emisyonları için mutlak emisyon azaltım hedefleri.
- Uygun olduğu durumlarda şirketin ürün ve hizmet portföyündeki değişiklikler ve yeni teknolojilerin benimsenmesi de dahil olmak üzere (a) bendinde belirtilen hedeflere ulaşmak için belirlenen karbondan arındırma araçlarının ve planlanan temel eylemler için bir açıklama.
- İklim değişikliğinin azaltılması için geçiş planının uygulanmasını destekleyen yatırımlara ve finansmana dair bir açıklama.
- İklim değişikliğinin azaltılmasına yönelik geçiş planı ile ilgili olarak idari, yönetim ve denetim organlarının rolünün bir tanımı.

meli ve risk değerlendirmesi yaparak uygun tedbirleri almalıdırlar⁹³. Bu açıdan şirketler olumsuz etkilerin ortaya çıkma ve en şiddetli olma ihtimalinin en yüksek olduğu genel alanları belirlemek için kendi faaliyetlerini, iştiraklerinin faaliyetlerini ve faaliyet zincirleriyle ilgili olduğu durumlarda iş ortaklarının faaliyetlerini haritalandırmalıdırlar. Bu şekilde tespit edilen alanlara göre şirketler, kendi ve bağlı ortaklıklarının faaliyetlerini, faaliyet zincirleriyle ilgili olduğu durumlarda iş ortaklarının faaliyetlerini derinlemesine değerlendirmelidir⁹⁴. Bu değerlendirme sonucu tespit edilen tüm olumsuz etkilerin aynı anda ve tam anlamıyla önlenmesi, azaltılması ve sona erdirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, m.10 ve 11’de belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için m.8 uyarınca tespit edilen olumsuz etkilere öncelik verilmesi gerekmektedir (m.9/1). Önceliklendirme, olumsuz etkilerin ciddiyetine ve olasılığına göre yapılacaktır.

3. Olumsuz Etkilere Karşı Önleyici Tedbirler Almak

a. Potansiyel Olumsuz Etkilere Karşı Alınacak Tedbirler

CSDDD m.8 ve 9 uyarınca tespit edilen veya edilmesi gereken potansiyel olumsuz etkileri önlemek veya önlemenin mümkün olmadığı durumlarda yeterli derecede hafifletmek için uygun tedbirler alınmalıdır⁹⁵. Şirketler alacakları tedbirlerin uygulanması için makul ve açıkça tanımlanmış zaman çizelgeleri ve iyileşmenin ölçülmesi için nitel ve nicel göstergeler içeren bir önleme eylem planı geliştirmelidir. Bu planı faaliyetlerine ve faaliyet zincirlerindeki eylemlere göre uyarlamalıdırlar. Bu noktada iş ortaklarından, eylem planına uymalarını sağlayacaklarına dair sözleşmeye dayalı güvenceler (m.10/5) isteyebilirler. Bu tür sözleşmeye dayalı güvencelere uygun önlemler eşlik etmelidir. Bu konuda şirketler, en-

⁹³ CSDDD m.8/3 uyarınca üye ülkeler, olumsuz etkilerin belirlenmesi ve değerlendirilmesi amacıyla, nicel ve nitel bilgilere dayalı olarak şirketlerin bildirim mekanizması ve şikâyet prosedürü aracılığıyla toplanan bağımsız raporlar ve bilgiler de dahil olmak üzere uygun kaynaklardan yararlanabilmelerini sağlamalıdırlar.

⁹⁴ Derinlemesine değerlendirme için gerekli bilgilerin faaliyet zincirinin farklı seviyelerindeki iş ortaklarından elde edilebildiği durumlarda, şirketler uygun olduğu ölçüde, bu bilgileri doğrudan olumsuz etkilerin ortaya çıkma olasılığının en yüksek olduğu iş ortaklarından talep etmeye öncelik vermelidir (CSDDD m.8/4).

⁹⁵ CSDDD m.10/1 uyarınca tedbirleri alırken şirketlerin olumsuz etkinin şirketin yalnızca kendi faaliyetlerinden mi kaynaklandığını yoksa bağlı kuruluş ya da iş ortağının eylemleriyle birlikte oluştuğunu yahut yalnızca faaliyet zincirindeki iş ortağının eylemleri neticesinde mi oluştuğunu dikkate alması gerekmektedir.

düstri veya çok paydaşlı girişimler de dahil olmak üzere bağımsız üçüncü taraf doğrulamasına⁹⁶ başvurabilirler (m.10/3-5).

Potansiyel olumsuz etkileri önlemek için şirketlerin tesislerinde, üretimde veya diğer operasyonel süreçlerinde ve altyapılarında gerekli mali olan/olmayan yatırımları veya iyileştirmeleri yapmalıdırlar. Ayrıca şirketler kendi iş planlarında, genel stratejilerinde ve operasyonlarında bu konuda gerekli olan değişiklikleri veya iyileştirmeleri yapmalıdır. Olumsuz etkilerin önlenmesi ve hafifletilmesi konusunda şirketler, KOBİ'ler dahil tüm iş ortakları ile onların kaynaklarını, bilgisini ve kısıtlamalarını göz önünde bulundurarak görüşmeler sağlamalıdır. Bunun akabinde iş ortaklarına kapasite geliştirme, rehberlik, kredi veya finansman gibi idari ve mali destekler sağlamalı yahut bunlara erişimi mümkün kılmalıdırlar⁹⁷. Başkaca hiçbir tedbirin uygun veya etkili olmadığı durumlarda ise rekabet hukuku da dahil olmak üzere AB hukukuna uygun olarak şirketlerin olumsuz etkiyi önleme veya hafifletme kabiliyetlerini artırmak için diğer kuruluşlarla iş birliği yapması beklenmektedir.

Alınan önlemlere rağmen engellenemeyen veya yeterli ölçüde kapsamı azaltılamayan potansiyel olumsuz etkilerin ortaya çıktığı iş ilişkilerindeki ortaklarıyla veya faaliyet zincirinde yer alan iş ortaklarıyla şirketin son çare olarak, yeni ilişkilere girmekten veya mevcut ilişkileri genişletmekten kaçınması ve CSDDD m.10/6 kapsamında öngörülen tedbirleri

⁹⁶ CSDDD m.3/1-h uyarınca 'bağımsız üçüncü taraf doğrulaması', bir şirketin veya onun faaliyet zincirinin bir kısmının bu Yönerge'den kaynaklanan insan hakları ve çevre gerekliliklerine uygunluğunun, nesnel, şirketten tamamen bağımsız, herhangi bir görüşten bağımsız bir uzman tarafından doğrulanması anlamına gelmektedir. Çıkar çatışmalarından ve dış etkilere etkilenmeyen, olumsuz etkinin niteliğine göre çevre veya insan hakları konularında deneyim ve yetkinliğe sahip olan ve doğrulamanın kalitesi ve güvenilirliğinden sorumlu olan kişileri ifade etmektedir. Ayrıca m.20/5 uyarınca bu doğrulama, tarafsız ve ilgili şirketten tamamen bağımsız hareket eden, her türlü çıkar çatışmasından uzak olan, bağımsızlıkla bağdaşmayan her türlü eylemden kaçınan bir şirket veya bir sektör yahut çok paydaşlı girişim tarafından gerçekleştirilebilir. Bu işlemi yapacak kişi veya kurumlar, olumsuz etkinin niteliğine bağlı olarak, çevre veya insan hakları konularında deneyim ve yetkinliğe sahip olmaları beklenmektedir. Zira gerçekleştirecekleri doğrulamanın kalitesi ve güvenilirliğinden sorumlu olacaklardır.

⁹⁷ Bu noktada öngörülen davranış kurallarına veya önleme eylem planına uymanın ilgili KOBİ'nin varlığını tehlikeye atacağı durumlarda ise doğrudan finansman, düşük faizli krediler, sürekli tedarik garantileri veya finansman sağlamada yardım gibi hedefe yönelik ve orantılı mali destek sağlamalıdırlar. Bir KOBİ'den sözleşmeye dayalı güvenceler alındığında veya bir KOBİ ile sözleşme yapıldığında, kullanılan şartlar adil ve makul olmalı, ayrımcı olmamalıdır. Ayrıca böyle bir durumda CSDDD m.10/2-e bendinde atıfta bulunulan KOBİ'lere yönelik uygun tedbirlerden herhangi birinin eşlik etmesi gerekli gerektirmediğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

alması gereklidir. Bu konuda gösterilecek çabaların başarıya ulaşacağına dair makul bir beklentinin var olması koşuluyla şirket, ilgili faaliyetlere ilişkin iş ilişkilerini geçici olarak askıya almalıdır. Nüfuzunu kullanarak spesifik olumsuz etkiye yönelik olarak geliştirilmiş bir önleme eylem planını gecikmeksizin kabul etmeli ve uygulamaya koymalıdır. Eğer ki bu çabaların başarılı olacağına dair makul bir beklenti yoksa veya eylem planının uygulanması olumsuz etkiyi önleyememiş veya hafifletememişse, olumsuz etkinin ciddi olması halinde, şirket ilgili faaliyetlere ilişkin iş ilişkisini sonlandırmalıdır.

Bir iş ilişkisini geçici olarak askıya almadan veya sonlandırmadan önce şirket, bu şekilde ortaya çıkacak olumsuz etkilerin, önlenemeyen veya yeterince hafifletilemeyen olumsuz etkilerden açıkça daha şiddetli olmasının makul olarak beklenip beklenemeyeceğini değerlendirmelidir. Durumun böyle olması halinde şirketin, iş ilişkisini askıya alması veya sonlandırması gerekmeyecek ve bu tür bir kararın usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş nedenleri hakkında yetkili denetim makamına rapor verecektir. Şirket, iş ilişkisini geçici olarak askıya alır veya sona erdirirse, bu eylemin etkilerini önlemek, hafifletmek veya sona erdirmek için gerekli adımları atmalı ve ilgili iş ortağına makul bir bildirimde bulmalıdır. Şirketin iş ilişkisini geçici olarak askıya alması veya sona erdirmemesi halinde ise potansiyel olumsuz etkiyi izlemesi, kararını ve başka uygun önlemlerin mevcut olup olmadığını dönemsel olarak değerlendirmesi gerekmektedir (CSDDD m.10/6). Ancak bu olumsuz etkiler ile karşılaştırıldığında, şirketin mevcut iş ilişkisini geçici olarak askıya alması veya sonlandırmasının yaratacağı olumsuz etkilerin daha şiddetli olması halinde, şirketin bu iş ilişkisini askıya alması veya sonlandırması gerekmez. Böyle bir durumu değerlendiren şirketin, bu kararı hakkında, gerekçelerini açıklayarak yetkili denetim makamına bir rapor vermelidir.

b. Mevcut Olumsuz Etkilere Karşı Alınacak Tedbirler

Şirketler faaliyetlerinin CSDDD m.8 uyarınca tespit edilen veya edilmesi gereken mevcut olumsuz etkilerini, m.9 ve 11 uyarınca sona erdirmekle, bunun uygun olmaması halinde ise bu etkileri en aza indirmekle yükümlüdürler. Alınacak tedbirlerin belirlenmesinde şirketin öncelikle mevcut olumsuz etkinin, kendi faaliyetlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmelidir. Bunun akabinde ise bu etkinin, kendi eylemleriyle birlikte yahut kendisinin herhangi bir etkisi olmaksızın doğrudan ve dolaylı bir iş ortağının eylemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını değerlendirmelidir. Ayrıca şirketin, söz konusu olumsuz etkilere kendisiyle

müştereken veya tek başına neden olan iş ortakları üzerindeki etki gücünü de göz önüne alması gereklidir (m.11/1).

Şirket tarafından alınacak tedbirlerin, olumsuz etkinin ciddiyeti ve şirketin olumsuz etkideki payı ile orantılı olmalıdır. Şirketlerin faaliyetlerinin neden olduğu mevcut olumsuz etkileri sona erdirmek veya hafifletmek için alabilecekleri tedbirler (m.11), potansiyel olumsuz etkilerin önlenmesi veya hafifletilmesi için alınacak tedbirlere (m.10) benzer şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla menfaatleri etkilenen kişi veya topluluklara tazminat ödenmesi, iyileştirici eylem planı oluşturulması ve uygulanması, sözleşmesel güvenceler, ticari ilişkinin geçici veya sürekli olarak askıya alınması yahut sona erdirilmesi gibi benzer tedbirlerin alınması gerekmektedir. Görüleceği üzere bu noktada herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Yalnızca burada ek bir tedbir olarak ilgili olumsuz etkinin sonuçlarının m.12 uyarınca iyileştirilmesi de şirketin yükümlülükleri arasında sayılmaktadır⁹⁸.

4. Geribildirim ve Şikâyet Mekanizması Oluşturmak

CSDDD m.13 uyarınca özenli etki değerlendirmesi sürecinde şirketlerin paydaşları⁹⁹ ile istişare etmesi gerekmektedir. Bu istişareler gerçekleştirilirken paydaşlara karşı uygun olduğu ölçüde bilgi verilmeli ve şeffaflık sağlanmalı, katılımın önündeki engeller tespit edilerek giderilmeli, gizlilik ve anonimliğin korunması da dahil olmak üzere katılımcıların zarar görmesinin önüne geçilmelidir. Şirketler, olumsuz etkilerin belirlenmesi, değerlendirilmesi ve önceliklendirilmesi aşamasında bilgi toplarken (m.8 ve 9), önleme ve iyileştirici eylem planları geliştirirken (m.10/2 ve m.11/3), güçlendirilmiş önleme ve iyileştirici eylem planları geliştirirken (m.10/6 ve m.11/7) ve bu kapsamda bir iş ilişkisini feshetmeye veya askıya almaya karar verirken, m.12 uyarınca olumsuz etkileri iyileştirmek için uygun tedbirleri alırken ve m.15 kapsamında gerekli izleme için nitel ve

⁹⁸ İyileştirici mekanizmalar ve alınabilecek diğer tedbirler hakkında detaylı bilgi için bkz. II. C. 6.

⁹⁹ CSDDD m.3/1-n uyarınca paydaşlar (stakeholder), şirketin çalışanları, yan kuruluşların çalışanları, sendikalar ve işçi temsilcileri, tüketiciler, hakları veya menfaatleri ürün, hizmet veya operasyonlardan etkilenen ya da etkilenebilecek diğer bireyler, gruplar, topluluklar ve kuruluşlar anlamına gelmektedir. Şirketin iş ortaklarının çalışanları ve sendikaları, işçi temsilcileri de dahil olmak üzere şirketin, bağlı şirketlerinin ve iş ortaklarının, ulusal insan hakları ve çevre kuruluşlarının, amaçları arasında çevrenin korunması da bulunan sivil toplum kuruluşlarının ve bu bireylerin, grupların, toplulukların yahut kuruluşların meşru temsilcileri anlamına gelmektedir.

nicel göstergeler¹⁰⁰ geliştirirken paydaşlarının fikrini almalıdır. Bunun mümkün olmadığı durumlarda ise şirketler, olumsuz etkilere ilişkin güvenilir bilgiler sağlayabilecek uzmanlara danışmalıdır.

CSDDD m.14 uyarınca şirketler, faaliyetlerinin olumsuz etkilere yol açması halinde bu durumun kendilerine bildirilebilmesi için, diğer bir ifadeyle bir geribildirim almak maksadıyla *bildirim mekanizması ve şikâyet prosedürü* oluşturmak zorundadır. Bu anlamda şirketler bizzat kendi ve iş ortaklarının faaliyetleriyle ilgili mevcut veya potansiyel olumsuz etkilere ilişkin meşru endişelerin olması halinde, bu endişeyi taşıyan kişi ve/veya kuruluşların kendilerine şikâyetle bulunmalarını sağlamalıdır. Olumsuz etkilere maruz kalan veya etkilenebileceğine inanmak için makul gerekçeleri olan kişiler ve bu kişiler adına sivil toplum örgütleri ve insan hakları savunucuları gibi meşru temsilciler ile ilgili faaliyet zincirinde çalışan gerçek kişileri temsil eden sendikalar ve diğer işçi temsilcileri ve olumsuz çevresel etkinin şikâyetle konu olduğu ilgili alanlarda aktif ve deneyimli sivil toplum kuruluşları bu kapsamda bildirim veya şikâyetle bulunabilirler. Bildirim veya şikâyetle bulunmak, m.26 ve 29 kapsamındaki usullere veya yargısal olmayan diğer mekanizmalara başvurulmasında bir ön koşul teşkil etmez. Şikâyetle bulunan kişi veya kuruluşların bu mekanizma hakkında bilgilendirilmesi ve gizliliğinin korunmasına dair gerekli tedbirlerin alınması gereklidir. Yapılacak şikâyetin sağlam temellere dayanması durumunda, şikâyetle konu edilen olumsuz etki m.8 kapsamında tespit edilmiş sayılır ve bu bakımdan 10 ila 12. maddeler uyarınca duruma uygun olan tedbirlerin alınması gerekir (m.14/3).

AB Komisyonu, şirketlerin CSDDD kapsamında belirtilen yükümlülüklerini yerine getirme konusunda bilgi, rehberlik ve destek isteyebilecekleri bir yardım masası (*single helpdesk*) kuracaktır. Her üye ülkenin

¹⁰⁰ Şirketler, kendi faaliyetlerini ve tedbirlerini, iştiraklerinin faaliyetlerini ve şirketin faaliyet zinciriyle ilgili olduğu durumlarda iş ortaklarının faaliyetlerini, özen yükümlülüğü kapsamında incelemeli ve olumsuz etkilerin belirlenmesi, önlenmesi, azaltılması, sona erdirilmesi ve boyutunun en aza indirilmesinin yeterliliğini ve etkinliğini izlemek/gözetlemek için dönemsel olarak değerlendirmelidir. Bu tür değerlendirmeler, uygun olduğu hallerde, nitel ve nicel göstergelere dayanmalı ve önemli bir değişiklik meydana geldikten sonra aşırı gecikme olmaksızın, ancak en az 12 ayda bir olacak şekilde ve bu olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına ilişkin yeni risklerin ortaya çıkabileceğine inanmak için makul gerekçeler olduğunda yapılmalıdır. Uygun olduğu hallerde, özen yükümlülüğü politikası, tespit edilen olumsuz etkiler ve bunlardan türetilen uygun tedbirler, bu değerlendirmelerin sonuçlarına göre ve paydaşlardan gelen ilgili bilgiler dikkate alınarak güncellenmelidir (CSDDD m.15).

ilgili ulusal makamlarının, bilgi ve rehberliğin ulusal bağlamlara uygun hale getirilmesi ve bu bilgi ve rehberliğin yayılmasına yardımcı olmaları için bu yardım masası ile işbirliği yapmaları beklenmektedir (m.21). Eğer ulusal düzeyde kurulmuş yardım masaları varsa, bunların da sınır ötesi işbirliğini sağlamak ve AB içerisinde uyumlu bir uygulamanın ortaya çıkabilmesi için Komisyon tarafından kurulacak yardım masasıyla işbirliği yapmaları gerekmektedir.

5. Kamuoyunu Bilgilendirme Amaçlı Belgelendirme ve Raporlama Yapılması

CSDDD m.16 uyarınca şirketler, bu Yönerge'nin kapsadığı konular hakkında kendi web sitelerinde her yıl bir rapor yayınlayacaklardır¹⁰¹. Böylelikle şirketler, her yıl özen yükümlülüğü politikaları, faaliyetleri kapsamında meydana gelmiş olan veya gelebilecek olan olumsuz etkiler ve bu etkilere ilişkin alınan tedbirler hakkında kamuya açık bir şekilde bilgilendirmede bulunacaklardır. Bu rapor şirketin hem yatırımcıları ile müşterilerinin bilgilendirilmesini sağlayacak hem de şirket üzerinde bir baskı unsuru oluşturarak özenli etki değerlendirmesi bakımından uyumlu- luğun artmasına imkan verecektir¹⁰². Söz konusu raporlar, 01.01.2029'dan itibaren Avrupa Tek Erişim Noktası (*European Single Access Point-ESAP*)¹⁰³ üzerinden erişime açılacaktır (m.17/1).

Özen yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmek amacıyla şirketler, kendi şirket grupları içinde ve diğer tüzel kişilerle kaynak ve bilgi paylaşma hakkına da sahiptirler (CSDDD m.5/2)¹⁰⁴. Fakat üye ülkeler,

¹⁰¹ 31 Mart 2027 tarihine kadar AB Komisyonu, bu kapsamda yapılacak raporlamanın içeriğini ve kriterlerini belirleyecek ve sürdürülebilirlik raporlama standartlarını dikkate alarak bunları birbirlerine uyumlu hale getirecektir.

¹⁰² Özdemir (n 30) 293; Baraç Evcı, Çevrenin Korunması (n 6) 126.

¹⁰³ 2027 yazından itibaren kullanıma sunulacak olan ESAP, AB şirketleri ve AB yatırım ürünleri hakkında finansal ve Avrupa Yeşil Anlaşması'nın hedeflerini destekleyecek şekilde sürdürülebilirlikle ilgili bilgilere tek bir noktadan erişim imkanı sunan bir platformdur. İlgili platformda şirketlerin mali performansları, ÇSY ile ilgili bilgilere yer vererek, şeffaflığın sağlanması ve bilgi asimetrisinin azaltılması hedeflenmektedir. AB şirketleri için uluslararası yatırımcılar nezdinde daha fazla görünürlük imkanı sunarak, şirketlerin finansmana erişimini kolaylaştıracaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-an-economy-that-works-for-people/file-european-single-access-point>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹⁰⁴ Şirketler, özen yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla gerçekleştirdikleri eylemlere ilişkin belgeleri, destekleyici kanıtlar da dâhil olmak üzere, söz konusu belgelerin üretildiği veya elde edildiği andan itibaren en az 5 yıl süreyle saklamak zorundadır. Bu

CSDDD kapsamındaki şirketlerin iş ortaklarının, 2016/943/AB sayılı Yönerge¹⁰⁵ m.2/1 uyarınca tanımlandığı üzere ticari sır niteliğindeki bilgileri paylaşmak zorunda olmadığını temin etmekle yükümlüdür. Ancak şirketlerin etki değerlendirmesi yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri açısından gerekli ve hukuki açıdan uygun şekilde gerekçelendirilmiş bir bilgi talebi varsa, bu temel bilgilerin açıklanması ticari sır kapsamında kabul edilmez¹⁰⁶. Ayrıca hiçbir iş ortağı, gizli bilgilerini veya bir devletin güvenliği tehlikeye atabilecek bilgileri paylaşmaya zorlanamaz (m.5/3). Bu düzenleme, şirketlerin hem şeffaflık ve sorumluluk ilkelerine uygun hareket etmelerini hem de ticari sırlarını ve güvenliklerini korumalarını sağlamak için bir denge kurmayı hedeflemektedir.

6. Olumsuz Etkilerin Giderilmesi için Alınacak İyileştirici Mekanizmalar ve Alınabilecek Diğer Tedbirler

Şirketlerin özen yükümlülüğü çerçevesinde mevcut olumsuz etkilerin giderilmesi için iyileşmeyi sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. İyileştirmeden (*remediation*) kasıt, şirketin meydana gelen olumsuz etkiye rolüyle orantılı olarak, bu olumsuz etkiden etkilenen kişi veya kişilerin, toplulukların yahut çevrenin böyle bir olumsuz etki meydana gelmemiş olsaydı içinde bulunacakları duruma eşdeğer ya da mümkün olduğunca yakın bir duruma getirilmesidir. Bu anlamda şirketin, olumsuz etkiden etkilenenlere sağlanacak maddi veya manevi tazminat ve uygun olduğu ölçüde, gerekli iyileştirici mekanizmalar için kamu yetkilileri tarafından yapılan masrafları geri ödeme sorumluluğu söz konusudur (CSDDD m.3/1-t).

CSDDD m.12 uyarınca şirketlerin bizzat kendi faaliyetleriyle veya iş ortaklarıyla beraber mevcut olumsuz bir etkiye neden olduğu durumlarda ilgili şirket, ortaya çıkan etki bakımından iyileştirme yapmakla yükümlüdür. Mevcut olumsuz etkinin yalnızca şirketin iş ortağından kaynaklandığı hallerde ise şirket tarafından gönüllü iyileştirme yapılabilir. Şirketler, iş ortaklarına ve paydaşlara bilgi ve destek sağlamak, özen yükümlülüğü sürecine katılımlarını kolaylaştırmak amacıyla, ayrı ayrı veya ortaklaşa

sürenin sona ermesi üzerine, CSDDD kapsamında devam eden adli veya idari işlemlerin olması durumunda, saklama süresi konunun sonuçlanmasına kadar uzatılır (m.5/4).

¹⁰⁵ <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/943/oj>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹⁰⁶ Bu durum, işletme ortaklarının ticari sırlarını, 2016/943/AB sayılı Yönerge kapsamında oluşturulmuş mekanizmalar yoluyla koruma imkanını etkilemez.

özel web siteleri, platformlar ya da portallar kurmalı ve işletmelidir (m.20). Bu bağlamda şirketlerin faaliyet zincirlerinde yer alan KOBİ'lere önem verilmelidir. Ayrıca şirketler, CSDDD 7 ila 16. maddeler arasında düzenlenen yükümlülüklerinin uygulanmasını desteklemek üzere sanayi ve çok paydaşlı girişimlere uygun olduğu ölçüde katılabilir, bu girişimlerin üyeleri tarafından yürütülen risk analizlerinden faydalanabilir ve bu tür girişimler aracılığıyla etkili uygun tedbirler alabilirler. Ayrıca faaliyet zincirlerindeki şirketlerin eylemleri hakkında bağımsız üçüncü taraf doğrulamasını kullanabilirler (m.20/4-5)¹⁰⁷.

D. Özenli Etki Değerlendirmesi Yükümlülüğüne Uygunluğun Denetlenmesi

AB üyesi ülkelerden, CSDDD kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek maksadıyla ulusal bir denetim makamı oluşturmaları beklenmektedir. CSDDD m.25'e göre denetim makamlarının, şirketlerden bilgi alabilmeleri ve belirtilen yükümlülüklerle uyumla ilgili soruşturmalar yürütebilmeleri için yeterli yetkiye ve kaynağa sahip olmaları gerekmektedir. AB Komisyonu tarafından üye ülkeler tarafından oluşturulan denetim makamlarının temsilcilerinden oluşan bir Avrupa Denetim Otoriteleri Ağı kurulacaktır (m.28/4). Bu ağ sayesinde ulusal denetim makamları arasındaki işbirliği ve bilgi paylaşımı sağlanacak, denetim makamlarının düzenleme, soruşturma, yaptırım ve denetim uygulamalarının koordinasyonu ve uyumu kolaylaştırılacaktır. Avrupa Denetim Otoriteleri Ağı, m.27/5 uyarınca düzenli olarak denetim makamları tarafından verilen ceza kararlarını ve bu Yönerge'ye tabi olan ancak AB üyesi olmayan ve üye ülkelerde bağlı kuruluş/şubesi bulunmayan üçüncü ülke şirketlerinin¹⁰⁸ bir listesini yayınlayacaktır.

¹⁰⁷ Bağımsız üçüncü taraf doğrulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. II. C. 3. a. ve dn.96.

¹⁰⁸ CSDDD m.28 uyarınca ulusal denetim makamlarından, AB üyesi olmayan ve üye ülkelerde bağlı kuruluş/şubesi bulunmayan üçüncü ülke şirketlerinden m.2'de belirtilen ciro eşiklerini sağlayanların tespiti için hem kendi aralarında hem de Avrupa Denetleyici Otoriteler Ağı ile işbirliği içinde olmaları beklenmektedir. Bu tür bir şirketin denetimini sağlayacak makam, AB içerisindeki net cirosunun çoğunu elde ettiği üye ülkenin denetim makamıdır. Bu şekilde tespit edilecek denetim makamı, m.2'deki ciro eşiklerini aşan söz konusu şirketlerin CSDDD'ye uyumunu denetleyecek, ulusal hukuk kapramında her türlü tedbiri alabilir, hakkında idari para cezası verebilir. Şirketin para cezası kararına uymaması halinde, yetkili makam şirketin sorumluluğuna ilişkin bir kamu açıklaması yayınlayabilir. Bu konuda bilgi için bkz. European Commission (n 66) 13.

Denetim makamları, CSDDD uyarınca kabul edilecek ulusal hukuk hükümlerinde öngörülen yükümlülüklerin olası bir ihlaline işaret eden yeterli bilgiye sahip oldukları takdirde, kendi inisiyatifleriyle veya m.26 uyarınca şikayet üzerine soruşturma başlatabilirler. Ancak denetimler, ulusal hukuka uygun olarak ve önceden uyarının denetimin etkinliğini engelleyeceği istisnai haller haricinde, şirkete önceden uyarıda bulunulduktan sonra gerçekleştirilmelidir. CSDDD m.25/5 uyarınca denetim makamı, özenli etki değerlendirmesine aykırı eylemlerin tespiti halinde ilgili şirketten bu ihlal davranışını sona erdirmesini, oluşan olumsuz durumu düzeltmesini veya bu konuda iyileştirici bir eylemde bulunmasını talep edebilir. Bunun için şirkete öncelikle uygun bir süre tanınmalıdır. Ayrıca ilgili davranışın tekrarlanmasının önüne geçecek tedbirler alınmalıdır. Uygun olduğu hallerde, ihlalle orantılı ve ihlali sona erdirmek için gerekli olan iyileştirmenin gerçekleştirilmesini sağlamalı ve bunun yerine getirildiğini gözetmelidir. Bu konuda ciddi ve telafisi mümkün olmayan bir zarar riskinin ortaya çıkması halinde denetim makamının geçici tedbirler alabilme yetkisi söz konusudur. Yükümlülüklerini ihlal eden şirketler bakımından ise denetim makamının m.27 uyarınca idari para cezası yaptırımını uygulayabilecektir.

E.Özen Yükümlülüğünün İhlali Neticesinde Sorumluluk

CSDDD, şirketlerin AB içerisindeki ve dışındaki tüm faaliyetlerini, tedarik zincirlerindeki de dahil olmak üzere, insan hakları ve çevre standartlarını koruyacak şekilde düzenlemeye zorlaması bakımından önemli bir dönüm noktasını ifade etmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamda yükümlülüklerine aykırı davranan şirketlerin hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelmektedir (m.27 ve 29)¹¹⁰.

¹⁰⁹ <<https://www.sustainability.com/thinking/demystifying-csddd/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <<https://uniglobalunion.org/news/european-due-diligence-directive-a-milestone/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹¹⁰ CSDDD hükümlerinin uygulamasını sağlamak adına üye ülkelerdeki yerel mahkemelerin değil, AB’de uluslararası yargı yetkisine sahip bir mahkemeye ihtiyaç duyulduğu öğretilde belirtilmektedir. Mevcut düzenlemeler ışığında her üye ülkede ayrı bir yargılama yerine, uluslararası bir mahkemenin yetkilendirilmesinin şirketler açısından avantaj yaratacağı yönünde bkz. Schmid and Thomale (n 71).

1. Cezai Sorumluluk

CSDDD m.27/3 uyarınca, bu Yönergeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal eden şirketler hakkında idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır. Belli bir süre içinde bu para cezasının ödenmemesi halinde ihlalden sorumlu şirket ve söz konusu ihlalin niteliğini kamuoyuna ilan edilecektir. Böylelikle CSDDD'den kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal eden şirketlerin idari para cezasına da uymaması halinde durumu kamuoyuna açıklayarak ilgili şirketin ifşa edilmesi sağlanacak ve bu durum şirketin itibarını zedeleyecektir¹¹¹. Bu düzenleme ile şirketlerin yükümlülüklerine uyum göstermeleri bakımından ciddi bir yaptırım öngörülmektedir.

Öngörülecek para cezası için şirketin dünya çapındaki net cirosu esas alınacaktır. Bu cezanın azami sınırı, idari para cezasının uygulanmasına karar verilmesinden önceki mali yılda şirketin dünya çapındaki net cirosunun %5'inden az olamaz¹¹². Şirket grupları açısından ise idari para cezaları, nihai ana şirket tarafından bildirilen konsolide ciro dikkate alınarak hesaplanacaktır. Denetim makamları tarafından uygulanacak olan bu cezalara yönelik her türlü karar, en az beş yıl boyunca kamuya açık tutulacak ve m.28 uyarınca kurulan Avrupa Denetim Otoriteleri Ağı'na gönderilecektir (m.27/5).

¹¹¹ Şirketlerin faaliyet zinciri boyunca insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerinin meydana getirdiği zararlar karşısında, özen yükümlülüklerinin gereklerini yerine getirmemeleri cezai ve hukuki yaptırımlarla karşılaşmalarına neden olmaktadır. Bu durum şirketler açısından mali kayıpların ötesinde önemli itibar kayıplarına neden olabileceği için önem taşımaktadır. Bu yönde bkz. Güçlü and Güçlü (n 6) 12.

¹¹² Taslak Yönerge metni, her bir AB üyesi ülkenin CSDDD hükümlerini iç hukuka aktarırken ihlal başlıkları, ihlalin tespitine dair kıstaslar veya uygulanacak yaptırımlar açısından farklılıkların gözlemlenmesinin mümkün olması sebebiyle öğretide eleştirilmiştir. Bu durumun özellikle AB dışında yerleşik şirketler bakımından zorluk yaratacağı, CSDDD kapsamındaki şirketin birden fazla AB ülkesine ihracatta bulunması halinde bu ülkelerin konuya dair öngördüğü yükümlülükleri takip etmesi gerekmektedir. AB dışında yerleşik olan şirketler, uygulanan yaptırımın ağırlığı ve ihlalin tespit edilme ihtimalini değerlendirerek, kendi üretim faaliyetlerine göre kriterlerini sağlayamadıkları ülkelere ihracattan kaçınacaktır. Bkz. Özdemir (n 30) 292; kabul edilen CSDDD metninde m.27'de ele alınan yaptırımlar bakımından elbette ki AB üye ülkeleri belirleyici olacaktır. Ancak bu belirlemeyi yaparken dikkate alınacak kriterler daha net bir şekilde CSDDD ile belirlenmiş ve öngörülecek para cezalarına azami sınırı bir sınır getirilmiştir. Bu itibarla üye ülkelerin birbirinden farklı düzenlemeleri olsa da bu düzenlemeler CSDDD hükümlerinde çizilen çerçevenin dışına çıkamayacaktır.

2. Tazminat Sorumluluğu

CSDDD m.29 uyarınca kapsam dahilindeki şirketlerin, özenli etki değerlendirmesi sürecine dair yükümlülüklerini ihlal etmeleri nedeniyle tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir¹¹³. İlgili sorumluluğun doğabilmesi için kapsam dahilindeki şirketin m.10 ve 11’de belirtilen yükümlülükler kasıtlı veya ihmali sonucu uymaması ve gerçek ya da tüzel bir kişinin yasal menfaatlerinin zarar görmesi gerekmektedir. CSDDD m.29/5’e göre ortaya çıkan zararlar için şirketin hukuki sorumluluğu, iş ortaklarının hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Zararın şirket ve bağlı ortaklığı, doğrudan veya dolaylı iş ortağı tarafından müştereken meydana getirilmesi halinde ise bu kişiler müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır. Ancak söz konusu zararın yalnızca faaliyet zincirindeki iş ortaklarından kaynaklanması durumunda ise ilgili şirketin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir¹¹⁴.

Zarara uğrayan kişi, ulusal hukuk hükümleri uyarınca zararının tam olarak tazmin edilmesi hakkına sahiptir. Fakat üye ülkeler, iç hukuklarında yer verecekleri düzenlemelerle bu durumun farklı tazminat türleri vasıtasıyla zarar görene gereğinden fazla tazminat ödenmesine yol açmamalıdır. Ayrıca üye ülkeler öngöreceklere düzenlemelerin tazminat davalarının açılmasını gereksiz yere engellememesini, genel hukuki sorumluluk rejimlerine ilişkin kurallardan daha kısıtlayıcı olmamasını, yargılama masraflarının davacıların adalet arayışı için engelleyici derecede pahalı olmamasını sağlamalı, seri yargılama usulü ve ihtiyati tedbir gibi imkanlar tanımalıdır. (m.29/2-3)¹¹⁵. Bu noktada önemli bir düzenleme, söz konusu tazminat da-

¹¹³ Yeşil Büyüme (n 11) 11 vd.

¹¹⁴ Taslak Yönerge metninde yer alan bu düzenleme önemli değişikliklere uğramıştır. Yeni düzenlemede zarardan dolayı sorumluluğu olan şirketin, kendi eylemlerinin dışında değer zinciri içerisinde gerçekleşen eylemlerden ne derece sorumlu tutulacağı noktasındaki belirsizlik giderilmiştir. Tasarıdaki düzenlemenin haksız fiil sorumluluğu sınırlarını aştığı, değer zincirini içine alabilecek şekilde sorumluluğun çerçevesinin genişlemesine neden olabileceği haklı olarak eleştiri konusu olmuştur. Ayrıca bu konuda kamu hukuku yaptırım rejimine ek olarak medeni hukuk yükümlülüğü şeklinde özel bir yaptırıma gerek olmadığı yönündeki görüş için bkz. Blach (n 56) 183-186 vd.; benzer yönde bkz. Schmid and Thomale (n 71).

¹¹⁵ CSDDD kapsamındaki hukuki sorumluluk kuralları, şirketlerin AB veya ulusal hukuk sistemlerindeki olumsuz insan hakları ve çevresel etkilerden doğan sorumluluğunu sınırlandırmaz (m.29/6). Üye ülkeler, bu maddeyi iç hukuklarına aktaran ulusal hukuk hükümlerinin, bu yöndeki taleplere uygulanacak hukukun bir üye ülkenin ulusal hukuku olmadığı durumlarda, öncelikli ve zorunlu olarak uygulanmasını sağlarlar (m.29/7).

vasına zarar gören kişilerin yanı sıra bu kişinin haklarını savunmak üzere bazı kurumların (*sendikalar, insan hakları veya çevre örgütleri, sivil toplum kuruluşları, insan hakları kurumları vb.*) da katılmasına imkan tanınmasıdır (m.29/3-d). Üye ülkelerin iç hukuklarında buna ilişkin bir düzenleme yapması beklenmektedir.

Onaylanan CSDDD metninde, şirket yöneticilerinin özen gösterme borcunu (*duty of care*) düzenleyen 25 ve 26. maddelere yer verilmemiştir. Çıkarılan düzenlemede yöneticilerin şirketin menfaatlerine uygun davranma yükümlülüğünün kapsamı, kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak açısından özen yükümlülüğünü kapsayacak şekilde genişletilmekteydi¹¹⁶. Buna karşın, yöneticileri bu politikaları benimsemeye teşvik edebilecek mali teşvik mekanizmalarının düzenlemede yer almaması, istenen amaçlara ulaşma noktasında eleştirilere neden olmaktaydı¹¹⁷. CSDDD metninde bu düzenlemelere yer verilme de yöneticilerin genel şirketler hukuku

¹¹⁶ İlgili sorumluluğunun sınırlarının belirsiz oluşu, öğretilde eleştirilmekteydi. Yöneticilerin şirket menfaatlerini gerçekleştirmeye yönelik asli görevlerini yerine getirirken, sürdürülebilirlik unsurlarını nasıl dikkate almaları gerektiği, sürdürülebilirlik kaygılarının kazanç kaygılarıyla eşit veya daha öncelikli olarak dikkate alınıp alınmayacağı, pay sahipleri ile paydaş kaygıları arasındaki çıkar çatışmalarıyla nasıl başa çıkacağı noktasında söz konusu düzenlemelerin yol gösterici olmadığı ifade edilmekteydi. Bu muğlak düzenlemelerin yöneticilerin özerkliğini ve takdir yetkilerini kısıtlayacağı, şirket yönetiminin aşırı şekilde riskten kaçınmasına yol açabileceği ve dolayısıyla bir bütün olarak ekonomiye zarar verebileceği belirtilmekteydi. Bkz. Blach (n 56) 173-177; Jessica Schmidt, ‘Sustainable Directors’ Duties?’ (2022) 25. Jahrgang Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 481-483; ECGI, ‘The Proposed Due Diligence Directive Should not Cover The General Duty of Care of Directors’ (ECGI Blog 2 August 2022) <<https://www.ecgi.global/publications/blog/the-proposed-due-diligence-directive-should-not-cover-the-general-duty-of-care-of>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; aksi yönde görüşler için bkz. <<https://interdependencecoalition.eu/save-eu-csddd-directors-duty-of-care/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; <https://bcorporation.eu/blog_post/the-case-to-save-article-25-directors-duty-of-care/> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024; İclal Nihal Baraç Evcı, ‘Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı’nın Çevrenin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi’ (NASEMER Blog 2024) <<https://nasamer.ku.edu.tr/avrupa-birligi-kurumsal-surdurulebilirlik-ozen-yukumlulugu-yonerge-taslaginin-cevrenin-korunmasi-bakimindan-degerlendirilmesi/>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹¹⁷ ECGI (n 73); Yöneticilerin ödüllendirilmesiyle sürdürülebilirlik geçişinin hızlandırılmasını amaçlayan, iklim değişikliği planlarının uygulanmasını teşvik etmek için 1000’den fazla çalışanı olan şirketler bakımından yöneticilere mali teşvik sağlama zorunluluğuna ilişkin düzenlemeye de CSDDD metninde yer verilmemektedir.

kuralları uyarınca bu konulara dair alacakları kararlardan sorumlu tutulması her zaman mümkündür¹¹⁸.

F. Yönerge Kurallarının Yürürlüğü

AB üyesi ülkelerin CSDDD hükümlerini, yürürlük tarihini (25.07.2024) takip eden iki yıl içerisinde iç hukuklarına aktarmaları gerekmektedir. İlgili şirketlerin Yönerge kapsamındaki yükümlülükleri uygulama zorunluluğu ise şirketlerin büyüklüklerine bağlı olarak aşamalı bir şekilde gerçekleşecektir (CSDDD m.37). 5.000'den fazla çalışan ve 1.500 milyon avro net dünya çapında cirosu bulunan şirketler bakımından öngörülen özen yükümlülüğüne uyum süresi, CSDDD'nin yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl olarak kabul edilmiştir. 3.000'den fazla çalışan ve 900 milyon avro net dünya çapında cirosu bulunan şirketler bakımından ise CSDDD'nin yürürlüğe girmesinden itibaren dört yıllık bir süre öngörülmüştür. 1.000'den fazla çalışan ve 450 milyon avro net dünya çapında cirosu bulunan şirketler bakımından ise bu süre CSDDD'nin yürürlüğe girmesinden itibaren beş yıldır. AB dışındaki şirketler bakımından ise CSDDD düzenlemelerine uyum için üç ila beş yıl arasında bir süre öngörülmektedir. Bu süre AB içerisindeki cirosu 1.500 milyon avro olan şirketler için üç yıl; AB'deki cirosu 900 milyon avro olan şirketler için dört yıl; AB'deki cirosu 450 milyon avro olan şirketler içinse beş yıldır¹¹⁹. Söz konusu aşamalı geçişin yanı sıra CSDDD'nin üye ülkelerin iç hukuka aktarımı için tanınan 2 yıllık süre de göz önüne alındığında, Yönerge hükümlerinde öngörülen gerekliliklerin tam olarak yürürlüğe girerek uygulanabilmesi için en az 7 yıllık bir süre gerekmektedir. Böylelikle ilgili yüküm-

¹¹⁸ Anonim şirketlerde yönetim kurulunun ve/veya yöneticilerin, üstlendikleri görevleri tedbirli bir yöneticinin dikkat ve özeniyle yerine getirmesi ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmesi gerekmektedir (TTK m.369). Kurumsal sürdürülebilirliği sağlamak adına Yönerge kapsamında şirketlerin yerine getirilmesi gereken yükümlülükleri yönetim kurulu veya yetki devri yapılan yöneticiler gerçekleştirecektir. Bu kapsamda özen yükümlülüğünün ihlaline yol açan bir durum, ilgili yöneticilerin sorumluluğuna neden olacaktır. Bu itibarla yöneticilerin özen yükümlülüğünü düzenleyen özel hükme Yönerge kapsamında yer verilmemiş olsa da insan hakları ve çevreye karşı özen yükümlülükleri devam etmektedir. Zira kurumsal sürdürülebilirliğin gereklerini sağlamak, şirketin uzun dönemde hayatta kalması ve şirket faaliyetlerinin neden olduğu sosyal ve çevresel riskler ile baş edilebilmesi için yöneticilerin özen borcunun bir uzantısı olarak değerlendirilmelidir. Benzer yönde bkz. Boyacıoğlu (n 44) 258; Kandemir (n 20) 858.

¹¹⁹ European Commission (n 66) 5-6.

lülüklerin iş dünyası tarafından benimsenebilmesi için önemli bir süre tanınmıştır.

III. Sonuç ve değerlendirme

Günümüzde insan hakları ve çevre üzerinde önemli etkiler bırakma gücüne sahip şirketlerin çevreye zarar vermemek, gönüllü şekilde duyarlı davranmak gibi pasif yükümlülükler yerine, mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerini önlemeye, azaltmaya ve ortadan kaldırmaya yönelik aktif sorumluluklar üstlenmelerini sağlayacak somut düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaca cevaben öngörülen çeşitli ulusal ve uluslararası normatif düzenlemeler, uluslararası ticari ilişkileri ve şirketlerin birbirleriyle rekabet edebilirliğini önemli ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemelere uyumun artmasıyla, insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkilerin azalması ve olumsuz etkilerin yerini olumlu katkılara bırakması beklenmektedir¹²⁰.

Uluslararası normatif bir düzenleme niteliğindeki CSDDD ile şirketler, kurumsal sürdürülebilirlik ve özen yükümlülüğü kapsamında önemli yükümlülüklerle tabi kılınmaktadır¹²¹. CSDDD şirketlerin insan hakları ve çevrenin korunması bakımından pasif bir yükümlülük altına girdiği, diğer bir ifadeyle yalnızca mevcut ya da potansiyel olumsuz etkileri tespit ettikleri bir raporlama yükümlülüğünden ibaret değildir. Bilakis şirketlerin mevcut ve potansiyel olumsuz etkilerine yönelik aktif şekilde aksiyon almasını gerektiren ve bu konuda aldığı ya da alabileceği tedbirleri açıklaması kendisinden beklenen, denetim ve yaptırıma tabi bir düzenlemedir. Bu düzenlemelere uyum sürecinin ise hem ulusal denetim makamlarıyla denetlenecek olması hem de bu konudaki bilgilerin bir platformda (*Avrupa Denetim Otoriteleri Ağı*) toplanarak AB düzeyinde bir gözetim sağlanması

¹²⁰ Morgan Stanley Sürdürülebilir Yatırım Enstitüsü'nün Mayıs 2024 tarihli 'Sürdürülebilir Sinyaller: Şirketlerin Sürdürülebilirlik Öncelikleri ve Zorluklarını Anlamak' başlıklı yeni raporuna göre, değer yaratma potansiyeli şirketlerin sürdürülebilirliği takip etmesinin en önemli anahtarı olarak görülmektedir. Çalışmadaki ankete göre katılımcı şirketlerin %85'i sürdürülebilirlik stratejilerinin uzun dönemde kendileri için değer yaratacağı görüşünü paylaşmaktadır. Katılımcılar nakit akışının artması, cironun artması, iş gücüne yeni yeteneklerin kazandırılması, yüksek karlılık gibi hususları sürdürülebilirliğin yaratabileceği potansiyel fırsatlar olarak değerlendirmektedir. Bkz. <https://www.morganstanley.com/content/dam/msdotcom/en/assets/pdfs/Morgan_Stanley_Institute_for_Sustainable_Investing-2024_Sustainable_Signals_Corporates.pdf> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

¹²¹ Akbulut and Akço (n 1) 30-31.

son derece önemlidir. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali halinde ise ilgili şirketlerin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelmektedir.

CSDDD kapsamındaki şirketler açısından faaliyet zinciri kapsamındaki şirketlerin eylemleri önem taşımaktadır. KOBİ'ler doğrudan CSDDD kapsamındaki yükümlülüklerle tabi olmasa da Yönerge kapsamındaki şirketlerin faaliyet zincirlerine dahil olmaları halinde, söz konusu yükümlülüklerle uyum onlar için de bir gereklilik halini almaktadır. Zira Yönerge kapsamındaki şirketler, faaliyet zincirine dahil olan işletmelerin/şirketlerin davranışlarını gözetmek ve gerekli hallerde buradaki risklerin hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması gibi yükümlülükleri üstlenmek, yükümlülüklerin ihlali durumunda yaptırıma tabi oldukları için bu düzenlemeye uyum sağlamayanlarla iş ilişkisini sona erdirerek, bu kurallara uyum sağlayacak iş ortaklarıyla çalışmakla yükümlüdürler.

CSDDD hükümlerinin Türk şirketleri açısından doğrudan uygulama alanı bulunmasa da AB pazarındaki şirketlerin tedarik zincirlerinde ciddi iş potansiyelinde sahip Türk şirketlerinin bu kurallara uyumu önem taşımaktadır. Bu tür şirketlerin AB pazarındaki faaliyetlerine devam edebilmesi ve piyasada rekabet avantajı elde edebilmesi için bu konudaki gelişmeleri yakından takip etmesi ve faaliyetlerini yürütürken sorumlu iş davranışları sergilemesi, özen yükümlülüğünün ve özenli etki değerlendirmesinin gerekliliklerini dikkate alarak faaliyetlerini yürütmesi gerekmektedir. Türk hukukunda bu konuda henüz yeterli mevzuat çalışması¹²² olmasa da bazı uygulamalar, programlar ve teşvikler ile şirketlerin aksiyon alması için yönlendirildiği gözlemlenmektedir¹²³.

¹²² Türkiye Sürdürülebilirlik Standartlarının belirlenmesi ve yayımlanması yetkisine sahip olan Kamu Gözetimi Kurumu (KGK), CSDR kapsamında yapılacak raporlamaların Türk şirketlerine uygulanması bakımından önemli çalışmalar yapmaktadır. Bu kapsamda Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu'nca (ISSB) yayımlanan UFRS S1 Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler ile UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar standartları Türkçe'ye çevrilmiş, Uluslararası Bağımsız Denetim ve Güvence Denetimi Standartları Kurulu (IAASB) tarafından yayımlanan Güvence Denetim Standartları ile bu standartlara ilişkin uygulama rehberi hazırlanmıştır. Ayrıca KGK tarafından Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'nın uygulama kapsamına (RG. 29.12.2023, 32414 S.) ve bu raporlamaların güvence denetimine tabi olmasına (RG. 05.09.2024, 32653 S.) ilişkin bazı kararlar verilmiştir. Bkz. <<https://www.kgk.gov.tr/surdurulebilirlik>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2024.

¹²³ Yeşil Mutabakata uyum sağlamaya yönelik Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulan Responsible® Programı ile şirketlere danışmanlık desteği sağlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://responsible.ticaret.gov.tr/>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2024; yine Ticaret Bakanlığı tarafından üç aylık dönemler halinde 'Yeşil Dönüşüme Yönelik He-

Yürürlüğe girmeden önce ciddi değişikliklere uğrayan CSDDD, bazı önemli konularda geri adımlar atılmasına sahne olmuş olsa da iş dünyasının insan haklarına ve çevreye saygı sorumluluğu ve bu kapsamdaki özenli etki değerlendirmesi yükümlülüğü bakımından bir dönüm noktasını ifade etmektedir. Bu düzenlemeler hem insan hakları ile çevrenin etkin şekilde korunmasını amaçlamakta hem de bu yolla şirketlerin kurumsal itibarlarını iyileştirerek finansmana erişimlerini kolaylaştırmayı hedeflemektedir. Fakat madalyonun diğer bir yüzünde bakıldığında ise öngörülen yükümlülüklerin şirketlere ciddi bir mali yük getirmesi ihtimali yer almaktadır. Bu durum büyük çaplı şirketlerin veya onların önemli tedarikçilerinin AB pazarından çekilmesine sebep olabilecek niteliktedir. Ayrıca AB kapsamındaki şirketlerin global anlamda rekabette dezavantajlı konuma düşmelerine neden olmak gibi bir takım endişeleri de beraberinde getirmektedir¹²⁴.

KAYNAKÇA

AKBULUT B and AKÇO S, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler İçin İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü – Bilgi Notu (1st, Kalkınma Atölyesi 2024).

ARARAT M and EROĞLU M, ‘Hukuk ve Piyasalar Açısından Sürdürülebilirlik’, Politika Notu No: 1/2020, (Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu 2020) 1- 12.

ARIKAN M, ‘Due Diligence Kavramı ve Şirket Birleşme ve Devralma Sözleşmelerinde Satıcının Sorumluluğu Hakkında TBK Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmeler’ (2017) 22(1) MÜF-HAD 265-300.

AVRUPA BİRLİĞİ TÜRKİYE DELEGASYONU, ‘Geleceğe Dair: Paris İklim Anlaşması’ (iklimin.org 2016).

AYDIN N, ‘Sürdürülebilir Şirket Olmanın Faydaları’ (2017) 3(75) Reforma 15-21.

BAADE B, ‘Due Diligence and the Duty to Protect Human Rights’ in Heike Krieger, Anne Peters and Leonhard Kreuzer (Ed) Due Diligence in the International Legal Order (1st, Oxford University Press 2020) 92-110.

deflere Erişimde Kullanılabilecek Finansman İmkanları’ dökümanı yayımlanmaktadır. Bkz. <<https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat/surdurulebilir-finansman/yesil-donusume-yonelik-hedeflere-erisimde-kullanilabilecek-finansman-imkanlari>> Erişim Tarihi 30 Kasım 2024.

¹²⁴ Bu konudaki endişeler için bkz. Kolev-Schaefer and Neligan (n 19); Schmid and Thomale (n 71).

BARAÇ EVCİ İ, ‘Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı’nın Çevrenin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi’, in Işıl Özkan and Anıl Çamyamaç (Ed), XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar (Yetkin Yayıncılık 2023) 109-134. (*Çevrenin Korunması*)

BARAÇ EVCİ İ, ‘Avrupa Birliği Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönerge Taslağı’nın Çevrenin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi’ (NASEMER Blog 2024).

BAYSAL B, ‘Haksız Fiil Hukukunun İklim Zararlarının Tazminindeki Gücü Üzerine Bir Deneme’ (Khas Hukuk Bülteni, 25 Kasım 2022).

BAYSAL B, ‘Kamu Hukuku-Özel Hukuk Ayrımı Perspektifinden İklim Krizi’ (2024) 12(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-268.

BEYDÜZ B and ALGAN B, ‘Ulusötesi Şirketlerin Sınırötesi İnsan Hakları İhlalleri: Menşe Devlet Düzenlemeleri’ (2024) 15(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 293-308.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Gösterme Sorumluluğu: Açıklamalı Rehber (Minerva İş Dünyası ve İnsan Hakları Derneği 2023). (*Saygı Gösterme*)

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri (Minerva 2023). (*Rehber İlkeler*)

BLACH J, ‘Proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence’ in Klever, Schiest, Aigner, Ecker, Eder, Schickmair Spende, Weilguny, Wolkenstein, Ziegler (Ed) Nachhaltigkeit im Privatrecht (1st, Nomos 2023) 167-192.

BONNİTCH J and MCCORQUODALE R, ‘The Concept of ‘Due Diligence’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights’ (2017) 28(3) European Journal of International Law 899-919.

BORSA İSTANBUL, Gelecekte Var Olmak - Şirketler İçin Sürdürülebilirlik Rehberi (2020). (*Sürdürülebilirlik*)

BORSA İSTANBUL, Şirketler İçin İklim Raporlama Rehberi (2022). (*İklim*)

BOYACIOĞLU C, ‘Türk Sermaye Şirketleri Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Özel Düzenleme İhtiyacı ve Bazı Öneriler’, in Işıl Özkan and Anıl Çamyamaç (Ed.), XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar (Yetkin Yayıncılık 2023) 245-268.

CAMILLERI M, ‘Corporate Sustainability and Responsibility: Creating Value for Business, Society and the Environment’ (Asian Journal of Sustainability and Social Responsibility 2017) 1-25.

ÇIMRİN ARDIÇ Ç, Şirketlerin İnsan Hakları Sorumluluğuna Hak Temelli Bir Yaklaşım: İnsan Hakları Due Diligence’ı (Human Rights Due Diligence) - Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü 2020).

ÇIMRİN Ç, KARA P and CAYGIN F, ‘Alman Tedarik Zincirleri Yasası’nın Türkiye’ye Etkileri’ (Friedrich Ebert Stiftung 2023).

DEMİREL ÖZDEMİR D, Kurumsal Yönetim Bakış Açısıyla Mali Durumu Bozulan Anonim Şirketlerde Alacaklıların Menfaatinin Korunması – Yayınlanmamış Doktora Tezi (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023).

ECGI, ‘The Proposed Due Diligence Directive Should not Cover The General Duty of Care of Directors’ (ECGI Blog 2 August 2022).

EMİNOĞLU C, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (1st, On İki Levha Yayıncılık 2014).

ERNST YOUNG, ‘Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance’ (European Commission 2020).

EROĞLU M, Multinational Enterprises and Tort Liabilities (1st, Edward Elgar Publishing Limited 2008). (*Multinational Enterprises*)

EROĞLU M, ‘How to Achieve Sustainable Companies: Soft Law (Corporate Social Responsibility and Sustainable Investment) or Hard Law (Company Law)’ (2014) 2(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-108. (*Soft Law*)

EROĞLU M, ‘İklim Değişikliği, Sürdürülebilirlik ve Rekabet Hukuku’ in Dilan Alma and Kerem Cem Sanlı (Ed), Uygulamalı Rekabet Hukuku Seminerleri 2020 (On İki Levha Yayıncılık 2021) 115-161. (*Rekabet*)

FERRARINI G, ‘Corporate Purpose and Sustainability’ (2020) European Corporate Governance Institute - Law Working Paper N: 559/2020, 1-68.

GARNER B, Black’s Law Dictionary (10th, Thomson Reuters 2015).

GONZALEZ GARCIA S, ‘Reaction CSDDD Endorsement Brings Us 0.05% Closer To Corporate Justice’ (Corporatejustice blog 15 Mart 2024).

GÖRMEZ O, ‘Fransız Hukukunda Ortaklık Çıkarı ile Toplumsal ve Çevresel Çıkarların Kesişimi Üzerine Kısa Bir İnceleme’ (Khas Hukuk Bülteni 2 Aralık 2022).

GÜÇLÜ B and GÜÇLÜ G, Çevresel ve Sosyal Açından Sorumlu İşletmeler ve Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü (1st, İktisadi Kalkınma Vakfı 2023).

İRGE ERDOĞAN B, Milletlerarası Özel Hukukta Franchise Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (On İki Levha Yayıncılık 2016).

JOHNSTON A and SJÄFJELL B, ‘The EU’s Approach to Environmentally Sustainable Business: Can Disclosure Overcome the Failings of Shareholder Primacy?’ in Marjan Peeters and Mariolina Eliantonio (Ed), Research Handbook on EU Environmental Law (1st, Edward Elgar, Chapter 25, 2020) 1-17.

KALKINMA ATÖLYESİ, Şirketler İçin İnsan Hakları Özen Yükümlülüğü Gerekliliklerine İlişkin Normatif Hükümler (1st, Kalkınma Atölyesi 2024).

KANDEMİR H, ‘Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi’ (2021) 20(41) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 853-876.

KAPOTWE M, PEARS P, HÖRAUF M and BROWN M, ‘EU Corporate Sustainability Reporting Directive – Disclosure Obligations For EU and Non-EU Companies’ (Harvard Law School Forum on Corporate Governance 11 December 2022).

KOLEV-SCHAEFER G and NELIGAN A, ‘Due Diligence - Effect of Supply Chain regulation, Data-based results on the effects of the German Supply Chain Act’ (2024) IW-Report - Nr.8.

KRIEGER H, PETERS A and KREUZER L (Ed), Due Diligence in the International Legal Order (1st, Oxford University Press 2020).

MARTIN-ORTEGA O, ‘Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standard to Hard Law at Last’ (2017) 32(1) Netherlands Quarterly of Human Rights 44-74.

MARTIN-ORTEGA O and EROĞLU M, ‘The European Corporate Social Responsibility Strategy: A Pole of Excellence?’ in Jan Orbie and Lisa Tortell (Ed) The European Union and the Social Dimension of Globalization: How the EU Influences the World (Routledge 2010) 166-185.

MUIŽNIEKS N, ‘Şirketler İnsan Hakları Alanındaki Sorumluluklarını Kabul Etmeye Başlıyorlar’ Didem Özalpat (Çev) in Aynur Yongalık, Murat Gürel and İbrahim Bektaş (Ed) Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’e Armağan (Turhan Yayıncılık 2017) 537-542.

NOLAN J, ‘The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?’ in Surya Deva and David Bilchitz (Ed), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? (Cambridge University Press, UNSW Law Research Paper No.2013-72) 1-27. (*Respect Rights*)

NOLAN J, ‘Mapping the Movement: The Business and Human Rights Regulatory Framework’ in Dorothée Baumann-Pauly and Justine Nolan (Ed) Business and Human Rights from Principles to Practice (1st, Routledge 2016) 32-50.

OECD, Due Diligence Guidance For Responsible Business Conduct (1st, OECD Publishing 2018). (*Due Diligence*)

OECD, Çok Uluslu Şirketler İçin Sorumlu İş Yönetimine İlişkin OECD Rehberi (1st, OECD Publishing 2023). (*Sorumlu İş Yönetimi*)

ÖZCANLI B, ‘Sosyal Eşitsizliğin Giderilmesi ve İnsan Hakları Cephesinden Sürdürülebilir Bir Şirketler Hukuku’ in Seda Palanduz, F. Beril Özcanlı and Havva Karagöz (Ed), Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu (On İki Levha Yayıncılık 2021) 177-198.

ÖZDEMİR S, ‘Şirketlerin Çevresel Etkilerinin ve İnsan Haklarını İhlallerinin Sınırlandırılmasını Hedefleyen Bir Avrupa Birliği Düzenlemesi: ‘Kurumsal Durum Tespiti ve Hesap Verebilirlik Yönergesi Taslağı’ (2022) Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Tam Metin Bildiri Kitabı (10-13 Şubat 2022) 287-303.

ÖZER I, Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk (1st, Adalet Yayınevi 2022).

ÖZKAN I and ÇAMYAMAÇ A (Ed), XXI. Asırda Çevre Meselelerine Hukuki Yaklaşımlar (1st, Yetkin Yayıncılık 2023).

ÖZTABAN YAĞCI P, Sürdürülebilirlik Perspektifinde Şirketlerin Sosyal Sorumluluğu ve Fransız Danıştay’ının Yetkisi (1st, Seçkin Yayıncılık 2023).

ÖZYÜREK M, ‘Çok Uluslu Şirketlerin Küresel Yönetişiminde Yumuşak Hukuktan Sert Hukuka: İnsan Hakları Durum Değerlendirmesi’ in Ali Osman Karaoğlu and Ali Kerem Kayhan (Ed) Uluslararası Hukukta Şeffaflık (1st, On İki Levha Yayıncılık 2021) 121-127.

PACCES A, ‘Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal’ (Oxford Business Law Blog 22.10.2023).

PASLI A, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi (2nd, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2004).

PULAŞLI H, ‘Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence’ (2007) 24(2) BATİDER 203-235.

RAMASASTRY A, ‘Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability’ (2015) 14 Journal of Human Rights 237-259.

RUGGIE J, Just Business: Multinational Corporations and Human Rights (1st, W.W. Norton & Company 2013). (*Just Business*)

RUGGIE J and NELSON T ‘Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implemen-

tation Challenges' (2015) Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No: 66 Cambridge: John F Kennedy School of Government Harvard University 1-32.

RUGGIE J and SHERMAN J, 'The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Johathan Bonnitcha and Robert McCorquodale' (2017) 28(3) European Journal of International Law 921-928.

SCHMID S and THOMALE C, 'Private Enforcement in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive – A Critical Comparative Law and Economic Analysis of the Final Compromise' (Oxford Business Law Blog 22.05.2024).

SCHMIDT J, 'Sustainable Directors' Duties?' (2022) 25. Jahrgang Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 481-483.

SJÅFJELL B and BRUNER C, 'Corporations and Sustainability' in Beate Sjøfjell and Christopher M. Bruner (Ed), Cambridge Handbook of Corporate Law - Corporate Governance and Sustainability (Cambridge University Press, Chapter 1, 2019) 1-13.

ŞEHİRALİ ÇELİK F, KIRCA İ and MANAVGAT Ç, Anonim Şirketler Hukuku C.1 (1st, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2013).

ŞİMŞEK A, 'İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında' in İsmail Kırca, Murat Gürel, Başak Şit İmamoğlu, Merve İrem Yener, Ufuk Tekin and İbrahim Bektaş (Ed) Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan (On İki Levha Yayıncılık 2019) 1161-1199.

TARMAN Z, 'İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri' (2022) 71(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1183-1225.

TAYLOR M, 'Human Rights Due Diligence in Theory and Practice' in Surya Deva and David Birchall (Ed) Research Handbook on Human Rights and Business (1st, Edward Elgar 2020) 88-107.

TUNCEL M, 'İş Dünyası ve İnsan Hakları: Birleşmiş Milletler Rehber İlkeler Işığında Genel Bakış' (2023) 13 İnsan Hakları Dergisi 95-99.

UNITED NATIONS (UN), Guiding Principles on Business and Human Rights – Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework (2011).

UNITED NATION HUMAN RIGHTS COUNCIL (UNHRC), 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights: Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue

of human rights and transnational corporations and other business enterprises A/HRC/8/5 (John Ruggie 2008).

WOLFE A, ‘The Modern Corporation: Private Agent or Public Actor?’ (1993) 50 Washington and Lee Law Review 1673-1696.

YARDIMCIOĞLU D, ‘Çocuk İşçiliğini Önlemeye Yönelik Yeni Bir Adım: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespitine Dair Yönerge Önerisi’, (2023) 28(48) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 225-276.

YAVUZ V, ‘Sürdürülebilirlik Kavramı ve İşletmeler Açısından Sürdürülebilir Üretim’ (2010) 7(14) Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 63-85.

YENİ O, ‘Sürdürülebilirlik ve Sürdürülebilir Kalkınma: Bir Yazın Taraması’ (2014) 16(3) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 181-208.

YEŞİL BÜYÜME, Kurumsal Sürdürülebilirlik Özen Yükümlülüğü Yönergesi – Ayrıntılı Düzenleme Rehberi (2024).

YILDIRIM O and NURİ F, ‘Tarihi Gelişim Süreci Çerçevesinde Sürdürülebilir Kalkınma’ (EconWorld 2018) 2-21.

YÜCEL DERİCİLER Ö, Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları (1st, On İki Levha Yayıncılık 2023). (*Bağlayıcı Hukuk*)

YÜCEL DERİCİLER Ö, ‘Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?’ 2018 6(11) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59-82. (*Saygı Gösterme*)

- Araştırma Makalesi -

#INFLUENCER TACİR MİDİR?*

(IS AN INFLUENCER A MERCHANT?)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Arif DURAN¹

ÖZ

İnternet ve sosyal medyanın yaygınlaşması, ticari hayatı küresel ölçekte dönüştürerek e-ticaret, dijital pazarlama ve veri odaklı karar alma gibi yeni iş yapma biçimlerini ortaya çıkarmış, aynı zamanda ticari faaliyetlerin önemli bir kısmının sosyal medya platformları üzerinden yürütülmesini beraberinde getirmiştir. Bu dijital dönüşüm sürecinde, “influencer” olarak adlandırılan yeni nesil dijital aktörler, ticaret dünyasında önemli bir yer edinmiştir. Ancak, bu kişilerin hukuki statüsü ve faaliyetlerinin niteliği konusunda henüz net bir tespit yapılmamıştır.

Bu çalışma, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) çerçevesinde influencerların tacir sıfatını kazanıp kazanmadıklarını incelemeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, influencer faaliyetlerinin ticari işletme niteliği taşıyıp taşımadığı; gelir sağlama amacı, süreklilik, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırının aşılması unsurları üzerinden değerlendirilmektedir. Ayrıca, influencerların tacir sıfatını kazanmaları durumunda ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar ele alınmaktadır. Çalışma, influencer faaliyetlerinin ticari işletme niteliğini ve tacir sıfatının kazanılması bakımından özellik arz eden yönlerini inceleyerek, bu faaliyetlerin ticaret hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin hukuki bir çerçeve oluşturmayı ve bu alanda uygulamaya ve öğretiye katkı sunmayı hedeflemektedir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.10.2024 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 26.10.2024 tarihinde birinci hakem; 28.10.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, aduran@sakarya.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-5525-1980

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; DURAN, Arif, “Influencer Tacir midir?”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 3, 2024, s. 591-636.

Anahtar Kelimeler: Influencer, Sosyal Medya, Sosyal Medya Etkileyicisi, Tacir, Ticari İşletme, İnfluencer Pazarlaması, Ticaret Hukuku

ABSTRACT

The proliferation of the Internet and social media has transformed commercial life on a global scale, giving rise to new business practices such as e-commerce, digital marketing, and data-driven decision-making, while also facilitating the conduct of a significant portion of commercial activities through social media platforms. In this process of digital transformation, a new generation of digital actors known as "influencers" has gained significant prominence in the business world. However, there has yet to be a clear determination regarding the legal status of these individuals and the nature of their activities.

This study aims to examine whether influencers acquire the status of merchant within the framework of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102. In this context, the study evaluates whether influencer activities qualify as commercial enterprises, based on the elements of the merchant definition specified in the TCC, such as the aim of generating income, continuity, independence, and exceeding the limits of artisanal activity. Additionally, the study addresses the potential legal consequences should influencers acquire merchant status. By examining the characteristics of influencer activities in terms of commercial enterprise qualification and the distinctive aspects of acquiring merchant status, the study aims to establish a legal framework for evaluating these activities within the scope of commercial law and to contribute to both practice and doctrine in this field.

Keywords: Influencer, Social Media, Social Media İnfluencer, Merchant, Commercial Enterprise, İnfluencer Marketing, Commercial Law

GİRİŞ

Sosyal medyanın yaygınlaşması, dijital platformların çeşitlenmesi ve Web 2.0 teknolojisinin getirdiği etkileşimli internet deneyimi, kullanıcıları içerik üreticisi konumuna getirmiş ve ticari hayatı derinden etkilemiştir. Bu gelişmeler, “influencer pazarlaması” olarak adlandırılan yeni bir etki alanı ve ticari faaliyet modelinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Sosyal medya platformlarında geniş kitlelere ulaşabilen ve takipçileri üzerinde belirli bir etki gücüne sahip kişiler olarak tanımlanan influencerlar, marka-

ların ürün ve hizmetlerini tanıtmada önemli bir rol oynamaya başlamışlardır. Takipçilerinin düşüncelerini, kararlarını ve davranışlarını etkileme potansiyeline sahip olmaları nedeniyle, influencerlar işletmeler için kritik bir pazarlama aracı haline gelmiştir. Bu yeni pazarlama yaklaşımı, dijital teknolojilerin ve sosyal medya platformlarının hızlı gelişimiyle birlikte, ticari faaliyet türlerinin de evrilmesine neden olmuştur.

Influencer pazarlaması, geleneksel reklam ve pazarlama stratejilerinin ötesine geçerek, markaların hedef kitlelerine daha organik ve güvenilir bir şekilde ulaşmalarına olanak tanımıştır. Bu yeni pazarlama yaklaşımı, tüketici davranışlarını şekillendirmede giderek daha etkili hale gelmiş ve global ölçekte milyarlarca dolarlık bir endüstriye dönüşmüştür. Influencerlar, ürün ve hizmet tanıtımından marka bilinirliği oluşturmaya, satışları artırmadan müşteri sadakati yaratmaya kadar geniş bir yelpazede faaliyet göstermektedir.

Ancak, influencer pazarlamasının hızlı yükselişi ve ekonomik önemi, beraberinde çeşitli hukuki soruları da gündeme getirmiştir. Özellikle, influencerların hukuki statüsü, faaliyetlerinin ticari niteliği ve bu faaliyetlerin nasıl düzenlenmesi gerektiği konuları, hukuk dünyasında yeni tartışmalara yol açmıştır. Geleneksel ticaret hukuku kavramlarının ve düzenlemelerinin, bu yeni dijital aktörlere nasıl uygulanacağı önemli bir soru işareti olarak ortaya çıkmıştır.

Bu bağlamda, influencerların Türk Ticaret Kanunu kapsamında nasıl değerlendirileceği ve özellikle tacir sıfatını kazanıp kazanmadıkları meselesi teorik ve pratik açıdan büyük önem taşımaktadır. Tacir sıfatının kazanılması, beraberinde bir dizi hukuki hak ve yükümlülük getirmektedir. Bu nedenle, influencerların hukuki statüsünün belirlenmesi hem kendileri hem de onlarla iş ilişkisine giren taraflar açısından kritik bir öneme sahiptir.

Çalışmamız, hızla gelişen dijital ekonomi ve sosyal medya ekosistemi içinde influencer faaliyetlerinin hukuki niteliğini belirlemeye yönelik bir analiz sunmayı hedeflemektedir. Çalışmanın, yeni dijital iş modellerinin ticaret hukuku açısından nasıl değerlendirileceği konusunda bir perspektif sunması ve bu alandaki hukuki boşlukların doldurulmasına katkıda bulunması amaçlanmaktadır. Ayrıca, influencerlar, markalar ve hukuk uygulayıcıları için bu alandaki hukuki belirsizliklerin giderilmesine yardımcı olması beklenmektedir.

I. SOSYAL MEDYA VE INFLUENCERLARIN TİCARİ HAYATTAKİ YERİ

A. Sosyal Medya ve Ticari Faaliyetler

1. Sosyal Medyanın Tanımı ve İşlevleri

Web 1.0 teknolojisi, çoğunlukla statik HTML sayfalarından oluşan, tek yönlü iletişime dayalı ve kullanıcıların pasif tüketici olduğu bir yapıya sahipken; Web 2.0, dinamik ve etkileşimli içeriğe sahip, kullanıcıların hem tüketici hem de üretici (*prosumer*) olduğu, sosyal ağlar, bloglar, wiki-ler gibi iş birliği platformlarını içeren bir teknolojidir. Web 2.0, kullanıcı merkezli, etkileşimli ve iş birliğine dayalı bir internet deneyimi sunarak Web 1.0'ın sınırlamalarını aşmış ve bu şekilde internet kullanımını ve dijital iletişimi önemli ölçüde değiştirmiştir. Mobil cihaz kullanımının artışı ve anılan değişim, internet kullanımını daha katılımcı, sosyal ve etkileşimli hale getirmiş, yeni iş modellerinin ve platform ekonomisinin gelişmesine yol açmıştır.

Sosyal medya kavramı hakkında genel olarak kabul edilmiş ortak bir tanım bulunmamakta; farklı disiplin ve alanlarda çeşitli tanımlar yapılmaktadır. İletişim, medya, pazarlama, teknoloji veya benzeri alanlarda yapılmış birçok tanım mevcuttur². Genel olarak sosyal medya, Web 2.0 teknolojisine dayanan, kullanıcıların içerik oluşturup paylaşabildikleri, etkileşimli ve iş birlikçi internet tabanlı uygulamalar bütünü olarak tanımlanabilir³. Sosyal medya platformları, kullanıcıların tamamen veya kısmen açık profiller oluşturabildiği, iletişim kurdukları kişilerin listesini düzenleyebildiği ve diğer kullanıcıların profilleri ile gönderilerini gözlemleyebildikleri sanal platformlardır⁴. Popüler sosyal medya platformlarına Facebook, Instagram, YouTube, X (eski adıyla Twitter), LinkedIn, Pinterest ve TikTok gibi uygulamalar örnek olarak verilebilir⁵.

² Sosyal medya kavramı hakkında yapılan tanımlar için bkz. Mine Kaya, 'Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali' (2015) 119 TBB Dergisi 277, 278-279; Yasemin Gedik, 'Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0' (2020) 3(1) Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi 252, 254-255; Abdurrahman Hamza Tüzegen, *Türk Hukukunda Sosyal Medya Reklamları* (1st edn, On İki Levha Yayınları 2023) 115 vd.

³ Andreas M Kaplan and Michael Haenlein, 'Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media' (2010) 53 Business Horizons 59, 61

⁴ Danah M Boyd and Nicole B Ellison, 'Social Network Sites: Definition, History and Scholarship' (2008) 13 JCMC 210, 211

⁵ Sosyal medya platformlarında, içerik üreticiler geniş bir yelpazede içerik oluşturmaktadır. Bu içerikler; güzellik ve kişisel bakım (cilt bakımı, makyaj, saç stilleri), oyun kültürü (video oyunları, e-spor, oyun incelemeleri), eğlence (komedi skechleri, talk show

Sosyal medya, geleneksel medyadan başta etkileşim ve kullanıcı katılımı olmak üzere birçok açıdan ayrılmaktadır⁶. Sosyal medya çift yönlü iletişim sağlayarak kullanıcıların içerik üretmesine olanak tanırken, geleneksel medya çoğunlukla tek yönlü ve profesyoneller tarafından üretilen içeriğe dayanır. Sosyal medya daha hızlı, erişilebilir ve kişiselleştirilebilirken, geleneksel medya daha yavaş, sınırlı erişime sahip ve standart içerik sunar. Ayrıca, sosyal medya içeriği hızla yayılabilir ve değiştirilebilirken, geleneksel medya içeriği daha kalıcı ve yayılımı daha sınırlıdır.

DataReporotal'ın Dijital 2024 Küresel Genel Bakış Raporuna⁷ göre, 2024 başı itibarıyla dünyada aktif sosyal medya kullanıcı sayısı 5,35 milyarı aşmakta ve bu rakam dünya nüfusunun yüzde 62,3'ünü oluşturmaktadır. Aynı raporda Türkiye'deki aktif sosyal medya kullanıcı sayısı 57,5 milyon olarak görülmektedir⁸. Dolayısıyla sosyal medyanın, çeşitli işlevleri ile günümüz modern toplumunun vazgeçilmez bir parçası haline geldiğini ifade etmek mümkündür. Temel olarak insanlar arasında hızlı ve etkili iletişimi sağlamanın yanı sıra bilgi paylaşımını, içerik üretimini ve ağ oluşturmayı kolaylaştırır. Eğlence, işletmelere pazarlama ve reklam fırsatları sunar, toplulukların oluşmasına yardımcı olur ve gündemin belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bireylere kişisel marka yaratma olanağı tanırken, ürünler ve fikirler hakkında anlık geri bildirim alınmasını sağlar. Ayrıca, toplumsal hareketlerin örgütlenmesine olanak tanıyarak aktivizmi destekler ve bilgiye erişimi kolaylaştırarak eğitim alanında da önemli bir araç haline gelir. Tüm bu işlevleriyle sosyal medya, günlük yaşamın yanı

formatları, müzik performansları), moda ve stil (giyim trendleri, aksesuar tavsiyeleri), yemek ve gastronomi (tarifler, restoran değerlendirmeleri, mutfak hileleri), seyahat ve hayat tarzı (gezi rehberleri, kültür tanıtımları), fitness ve sağlık (egzersiz rutinleri, beslenme önerileri), teknoloji (ürün incelemeleri, teknoloji haberleri), eğitim (ders anlatımları, dil öğrenimi, çeşitli kurslar) ve el sanatları (DIY projeleri, sanat teknikleri) gibi çeşitli alanlara yayılmaktadır. Bu çeşitlilik, farklı ilgi alanlarına ve hedef kitlelere hitap eden zengin bir içerik ekosistemi oluşturmaktadır.

⁶ Semih Sırrı Özdemir and M. Zahid Doğanay, 'Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 7(13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 295, 302

⁷ <https://datareportal.com/reports/digital-2024-global-overview-report?utm_source=Global_Digital_Reports&utm_medium=Analysis_Article&utm_campaign=Digital_2024&utm_content=Digital_2024_Deep_Dive_Article> Erişim Tarihi 10 July 2024

⁸ Türkiye nüfusunun 86,04 milyon olarak belirtildiği raporda, bazı sosyal medyaların kullanıcı sayıları şu şekildedir: Facebook 34,35 milyon; Youtube 57,50 milyon; Instagram 57,10 milyon; Tiktok 37,73 milyon; X (Twitter) 20,67 milyon.

sıra ticari hayatı, iş dünyasını ve toplumsal dinamikleri şekillendiren çok yönlü bir platform olarak karşımıza çıkmaktadır⁹.

2. Ticari Hayatta Sosyal Medyanın Önemi

Ticari faaliyetler, sanayi devrimi ve teknolojik ilerlemelerle önemli değişimler geçirmiş olsa da internet ve sosyal medyanın ortaya çıkışı, bu dönüşümü benzeri görülmemiş bir hızda ve kapsamda derinleştirerek ticari hayatı yeniden şekillendirmiştir. Bu süreçte, küresel ticaret sınırları ortadan kalkmış, e-ticaret geleneksel ticaretin yerini almaya başlamış ve müşteri ilişkileri büyük bir değişime uğramıştır. Dijital pazarlama, geleneksel reklamcılığı gölgede bırakırken, veri odaklı karar alma mekanizmaları işletmelere yeni ufuklar açmış; platform ekonomileri, abonelik modelleri ve gig ekonomisi¹⁰ gibi yeni iş modelleri ortaya çıkmış; ödeme sistemleri dijitalleşmiş ve tedarik zincirleri daha verimli hale gelmiştir. Uzaktan çalışma yaygınlaşırken, müşteri beklentileri kişiselleşmiş ve anında hizmet odaklı olmuştur. İnovasyon hızındaki artış, şirketleri sürekli yenilenmeye zorlarken, sosyal medyanın etkisiyle markalar daha şeffaf ve toplumsal konularda duyarlı olmaya yönelmiştir. Bu dönüşüm, ticari hayatın her alanını etkileyerek tüketici davranışlarını, iş kültürünü ve ekonomik modelleri derinden etkilemiştir. Rekabet dinamikleri yeniden şekillenmiş, dijital yetkinlikler başta olmak üzere yeni beceri setleri önem kazanmıştır.

Sosyal medyanın e-ticarete entegrasyonu ile birlikte sosyal medya platformları üzerinden doğrudan satış imkânı doğmuş; sosyal ticaret (*social commerce*) olarak ifade edilen bir ticaret modeli ortaya çıkmıştır. E-ticaretin bir alt kümesi olarak görülen ve sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen e-ticaret işlemlerini ifade eden sosyal ticaret, aslında e-ticaret, e-

⁹ Efraim Turban, Judy Whiteside, David King and Jon Outland, *Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce* (4th edn, Springer International Publishing 2017) 203; Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması* (3rd edn, Seçkin Yayınları 2023) 100 vd. Tüzgen (n 1) 124 vd.; Kübra Demir, 'Dijital Çağın Gözde Mesleği "Influencerlık" ve Influencerların Hukukî Statüsü' (2023) 6(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43, 45 vd.

¹⁰ "Gig" terimi ile geçici veya esnek çalışma şeklinde işler kastedilmektedir. Gig ekonomisi, teknoloji odaklı platformlar aracılığıyla küresel düzeyde sınırsız sayıda organizasyon ve bireyi birbirine bağlayarak, müşteriler ve çalışanlar arasında bağlantı kurulmasını sağlar. Uber, Airbnb, armut.com, TaskRabbit gibi platformlar üzerinden işleyen gig ekonomisinde serbest çalışanlar veya bağımsız yükleniciler, kısa süreli işlerle veya projelerle gelir elde ederler. Valerio De Stefano, 'The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-demand Work, Crowd Work and Labor Protection in the "Gig Economy"' (2016) 37(3) *Comparative Labor Law and Policy Journal* 471, 471-504

pazarlama, destekleyici teknolojiler ve sosyal medya içeriğinin bir kombinasyonudur. Web 2.0 ve sosyal medya uygulamalarını kullanarak e-ticaret ve e-pazarlamanın entegrasyonundan doğan bu kavram, sosyal sermaye, sosyal psikoloji, tüketici davranışı ve çevrimiçi iş birliği gibi teorilerle desteklenmektedir. Bu entegrasyon ve teorik altyapı, sosyal ticareti yönlendiren birçok faydalı uygulamanın da ortaya çıkmasını sağlamıştır¹¹.

Sosyal medya doğru kitleye ulaşmayı kolaylaştırmasının yanı sıra içerik pazarlaması ve *influencer marketing* gibi yeni stratejilerin gelişimine de büyük katkı sunmaktadır. Şirketler ile tüketiciler arasında doğrudan iletişim kanalları açılmasıyla müşteri hizmetleri sosyal medya üzerinden hızlı ve etkili şekilde yürütülebilmektedir. Küçük ölçekli işletmeler bile sosyal medya sayesinde geniş kitlelere ulaşarak markalarını tanıtmaya imkân elde etmiştir. Sosyal medya, tüketici tercihlerini ve satın alma kararlarını da etkilemektedir. Ürün ve hizmetlerin başarısında kullanıcı yorumları ve değerlendirmeleri belirleyici rol oynayabilmektedir. Ayrıca sosyal medya geri bildirimleri ile ürün geliştirme süreçleri şekillenebilmekte; coğrafi sınırların ortadan kalkmasıyla uluslararası pazarlara erişim kolaylaşmaktadır. *Influencer marketing* gibi yeni iş modelleri ortaya çıkmasıyla markalar ve tüketiciler arasındaki ilişki yeniden şekillenmiş, pazarlama stratejileri daha kişisel ve otantik bir hal almıştır¹². Bu değişim, geleneksel reklam anlayışını dönüştürerek, sosyal medya fenomenlerinin ürün ve hizmet tanıtımında aktif rol oynadığı yeni bir ekosistem yaratmıştır. Netice itibarıyla tüketici tercihleri üzerindeki etki kaynakları çeşitlenmiş, marka bilinirliği ve sadakati oluşturma yöntemleri evrilmiş ve dijital pazarlama bütçelerinin dağılımı önemli ölçüde değişmiştir. Sosyal medya, günümüz toplumunun olduğu gibi modern ticari hayatın da vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.

B. Influencer ve Influencerların Faaliyetleri

1. Influencerın Tanımı

Sosyal medya platformlarında diğer kullanıcıların düşüncelerini, duygularını veya eylemlerini etkileme potansiyeline sahip kişi olarak tanımlanan influencerın takipçileriyle kurduğu ilişkinin algılanma biçiminden kaynaklı olarak tüketicinin karar verme süreçlerini şekillendirme gücü bulunmaktadır¹³. Influencer, güçlü bir sosyal medya varlığına sahip, belirli

¹¹ Efraim Turban, Judy Strauss and Linda Lai, *Social Commerce Marketing, Technology and Management* (1st edn, Springer International Publishing 2016) 8

¹² Jane Johnne, *Effectiveness of Influencer Marketing* (1st edn, Spring Gabler 2023) 2

¹³ Turban, Strauss and Lai (n 10) 66

bir niş¹⁴ veya genel alanda tanınırlık kazanmış, aktif ve etkileşimli bir takipçi kitlesiyle sürekli içerik üreten ve paylaşan, markalarla iş birliği yapma potansiyeli bulunan, takipçileriyle güven ve bağlılık ilişkisi kurma yeteneğini haiz kişidir¹⁵.

Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz¹⁶ m. 4'te "Sosyal medya etkileyicisi" olarak ifade edilen influencer; "*Sosyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişiminde bulunan kişi*" olarak tanımlanmıştır.

Sosyal medyada içerik üretenlerin "influencer" olarak nitelendirilebilmeleri için belirli unsurları haiz olması gerekir. Sadece popüler olmak veya çok sayıda takipçiye sahip olmak yeterli değildir. Influencer olarak kabul edilebilmeleri için, ürettikleri içeriklerle takipçilerinin düşüncelerini, kararlarını veya davranışlarını etkileyebilme yeteneğine sahip olmaları gerekmektedir¹⁷. Bu etki, belirli bir konu veya alan üzerinde uzmanlık, güvenilirlik veya özgün bir bakış açısı sunma yoluyla oluşturulabilir. Bazı influencerlar bu etkilerini ticari amaçlarla kullanabilirken, diğerleri sosyal fayda veya kişisel tutkuları için kullanabilir.

¹⁴ Niş pazarlama, genel pazarın içinde özelleşmiş bir ürün, hizmet veya konu etrafında toplanan sınırlı ancak genellikle daha sadık bir müşteri grubuna yönelik, çoğunlukla karşılanmamış ihtiyaçları hedefleyen spesifik ve odaklanmış bir pazarlama stratejisidir. Resul Öztürk, 'Niş Pazarlama Yaklaşımının Bibliyometrik Analiz ile İncelenmesi' (2020) 12(3) İşletme Araştırmaları Dergisi 2799, 2800

¹⁵ Catalina Goanta and Sofia Ranchordás, 'The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction' in Catalina Goanta and Sofia Ranchordás (eds), The Regulation of Social Media Influencers (1st edn, Edward Elgar Publishing 2020) 5 vd.; Keith Cooper, 'Influencers: Not So Fluent in Disclosure Influencers' (2021) 41(1) Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 77, 82 vd.; Meltem Karatepe Kaya, 'Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi' (2021) 70(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 671, 672; Ayça Zorluoğlu Yılmaz and Aylin Yıldırım Dindar, 'Influencer Sözleşmesi' (2024) 73(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 477, 483

¹⁶ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a dayanarak, Reklam Kurulu'nun 04.05.2021 tarihli toplantısında kabul edilen 2021/2 numaralı ilke kararı olarak kabul edilen ve influencerların reklam ve ticari uygulamalarını düzenleyen kılavuz için bkz. < <https://tuketici.ticaret.gov.tr/duyurular/sosyal-medya-etkileyicileri-tarafından-yapılan-ticari-reklam-ve-haksız-ticari-uyg> > Erişim Tarihi 12 Temmuz 2024

¹⁷ Hüseyin Bulut, 'Influencer ve Fenomen Aracılığıyla Pazarlama Kavramlarının Değerlendirilmesi ve Bu Çerçevede Influencerın Takipçilerine Karşı Doğan Sorumluluğu' (2024) 26(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 753, 765

Influencer kavramı ile benzer anlamlarda kullanılabilen “sosyal medya fenomeni”, “sosyal medya etkileyicisi”, “sosyal medya nüfuzlusu”, “sosyal medya kanaat önderi”, “içerik üretici”, “etkileyici”, “hatırlı/nüfuzlu kişi”, “sosyal içerik üreticisi¹⁸” gibi birçok kavram bulunmaktadır. Bu kavramların üzerinde uzlaşılmış yahut özellikleri ve sınırları tam olarak belirlenmiş değildir. Sektöre veya kişilerin kullanım amaçlarına göre farklılık gösterebilmektedir. Örneğin sosyal medya fenomeni ve influencer kavramları sıklıkla birbirinin yerine kullanılsa da aralarında bazı nüanslar vardır. Sosyal medya fenomeni genellikle hızlı bir şekilde popülerlik kazanan, geniş kitlelerin dikkatini çeken kişileri tanımlar ve bu popülerlik, viral bir içerik, ilginç bir özellik veya beklenmedik bir olay sonucu ortaya çıkabilir. Dolayısıyla bu popülerlik bazen geçici de olabilir. Ancak influencer daha çok belirli bir alanda etki sahibi, takipçilerini yönlendirebilen kişileri ifade ettiğinden genellikle daha uzun süreli ve istikrarlıdır. Sosyal medya fenomeni çoğunlukla geniş kitlelerin ilgisini çeker ve bu ilgi bazen geçici davranış değişikliklerine yol açabilir; ancak influencerlar genellikle takipçilerinin kararlarını, fikirlerini veya davranışlarını daha kalıcı ve derinlemesine etkileme gücüne sahiptir. Yine sosyal medya fenomeni popülerliğini her zaman ticari fırsata çeviremeyebilirken influencer, genellikle markalarla iş birliği yapma ve ticari fırsatlar yaratma potansiyeline sahiptir. Özetle, “sosyal medya fenomeni” kavramı daha çok popülerlik ve dikkat çekme yönüyle ön plana çıkarken, “influencer” kavramı etki yaratma ve yönlendirme yeteneğini vurgular. Ancak pratikte bu iki terim sıkça örtüşür ve birbirinin yerine kullanılabilir. Bir kişi hem sosyal medya fenomeni hem de influencer olabilir veya zamanla biri diğere dönüşebilir. Viral bir içerikle fenomen olan biri, zamanla içeriklerini geliştirerek etkili bir influencer haline gelebilir¹⁹.

Influencerlar, belirli özellikleriyle geleneksel ünlülerden de ayrılmaktadır. Takipçileriyle doğrudan ve sık etkileşimde bulunarak daha erişilebilir olmaları; belirli bir konuda veya alanda uzmanlıklarının bulunması; kendi içeriklerini üretip paylaşarak daha fazla yaratıcı kontrolü sağlamala-

¹⁸ 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa eklenen mükerrer 20/B maddesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 318 NO.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği m. 3/1-d. hükmünde sosyal içerik üreticisi: “Sosyal ağ sağlayıcıları aracılığıyla; herhangi bir konuya ilişkin paylaşımlar yapmak suretiyle tanıtım ve tavsiyede bulunarak bir ürün ya da hizmetin satın alınması için diğer kullanıcıları etkilemek suretiyle gelir elde edenler ile paylaşımlarının izlenmesi sayesinde reklam gelirlerinden pay alan başta olmak üzere içerik üreticiliği faaliyeti sonucu her türlü gelir elde eden gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır.

¹⁹ Gülenda Atay, ‘Influencer Sözleşmesi’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbni Haldun Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021) 36, 37

rı; daha spesifik ve bağlı bir takipçi kitlesine hitap etmeler; takipçileriyle daha samimi ve gerçekçi bir ilişki kurmaları; genellikle belirli sosyal medya platformlarıyla özdeşleşmeleri; daha uygun maliyetli faaliyet yürütmeleri; trendlere ve yeni teknolojilere daha hızlı adapte olabilmeleri ve etkilerini ve kampanya sonuçlarını daha kolay ölçebilme imkanı sunmaları gibi özellikleriyle influencerlar pazarlama dünyasında ve ticari hayatta kendilerine özgü bir yer edinmişlerdir. Ancak, her influencerın bu özelliklerin tümünü taşımayabileceğini ve zamanla geleneksel ünlüler ile aralarındaki farkların da belirginliğini yitirebileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

Marka elçileriyle kıyaslandığında influencerlar, genellikle moda, seyahat, teknoloji, güzellik gibi belirli niş alanlarda uzmanlık sahibi olmaları, birden fazla markayla kısa süreli iş birlikleri yapabilmeleri, kendi içeriklerini üretme ve kontrol etme konusunda daha özgür olmaları, takipçileriyle daha sık ve doğrudan etkileşimde bulunmaları, aynı anda birçok markayla çalışabilmeleri ve kendi kişisel marka çizgilerini ve takipçileriyle aralarındaki güven ilişkisini korumaları özellikleriyle öne çıkarlar. Buna karşılık, marka elçileri genellikle tek bir markayla uzun süreli ve özel ilişki kurmaları, daha geniş kitlelere ulaşmaları, markanın belirlediği mesajları iletmeleri, geleneksel medyayı da kullanabilmeleri ve çoğunlukla daha resmi bir imaja sahip olmaları özellikleriyle öne çıkmaktadır²⁰.

Esasında kişilerin influencer olarak nitelendirilmesinden yahut geleneksel ünlü olup olmadığının tespitinden ziyade yapılan paylaşımlar veya bu kişilerin marka sahipleriyle yaptıkları sözleşmeler üzerinden bir değerlendirme yapılması daha doğru olacaktır. Zira sosyal medyada geniş bir takipçi kitlesine sahip olmasına rağmen bir kişinin herhangi bir pazarlama, tanıtım, reklam veya sponsorluk gibi bir amaç gütmeksizin yaptığı paylaşımlar inceleme konumuz değildir. Hangi platformda nasıl bir iş modeli tercih edildiği ve özellikle pazarlama veya tanıtım gibi ticari faaliyet olarak nitelendirilebilecek işler bağlamında yapılacak olan değerlendirmeler

²⁰ Marka elçisinin münhasırlığının, tanıtımın etkinliğini önemli ölçüde etkilediğinin tespit edildiği bir çalışmada az sayıda markayla çalışan ünlülerin, çok sayıda markayla çalışanlara kıyasla daha etkili olabildiği ifade edilmiştir. Ayrıca münhasırlığın, ünlü-marka ilişkisinin daha iyi hatırlanmasını, çağrışımların daha güçlü aktarılmasını ve ünlünün daha tutarlı bir imaja sahip olmasını sağladığı; bunun da daha net bir marka konumlandırması ve daha güçlü marka çağrışımları oluşturduğu ve nihayetinde, marka elçisinin münhasırlığı, marka elçiliği stratejilerinin başarısını belirleyen kritik bir faktör olduğu değerlendirme yapılmıştır. Lars Bergkvist and Charles R Taylor, 'Leveraged marketing communications: a framework for explaining the effects of secondary brand associations' (2016) 6(3) AMS Review 157, 157-175; < <https://creatorden.com/tr/milyonlari-pesinden-surukleyen-bu-influencerlar-da-kim-yahu/> > 14 July 2024

önem arz etmektedir. Dolayısıyla anılan kişilerin yerine getirdikleri ticari faaliyetleri ve iş modellerinden bahsetmekte fayda vardır²¹.

2. Influencerların Ticari Faaliyetleri

a. Genel Olarak

Influencerların günümüz ticari hayatındaki önemi ve yerine getirdikleri ticari faaliyetler oldukça geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Geniş takipçi kitleleriyle marka bilinirliği yaratma, ürün incelemesi ve tanıtımı, satışları artırma, hedef kitlelere erişme ve özgün içerik üretme, trendleri belirleme ve yönlendirme, müşteri geri bildirimi sağlama, sosyal sorumluluk projelerini destekleme ve e-ticaret entegrasyonu gibi faaliyetlerde bulunurlar. Geleneksel reklamcılığa göre daha organik ve güvenilir algılanan influencer pazarlaması²² (influencer marketing/nüfuz pazarlaması), markaların tüketicilerle daha derin ve anlamlı ilişkiler kurmasına olanak tanır. İnsanlarda daha önce tecrübe etmedikleri veya heyecan duydukları yeni şeyler keşfetme düşüncesi meydana getirirken özgün yapısı nedeniyle kişileri yaratıcı içerikler üretmeye de teşvik etmektedir²³. Bu nedenle influencerlar, özellikle dijital pazarlama stratejilerinde, markaların hedef kitlelerine ulaşmak, ürün ve hizmetlerini tanıtmak ve satışlarını artırmak için çok önemli bir araçtır²⁴. Netice itibarıyla, influencerların modern ticaret ekosisteminde stratejik bir öneme sahip olduklarını ve birçok markanın pazarlama stratejisinin ayrılmaz bir parçası haline geldiklerini ifade etmek gerekir.

²¹ Tıpkı bir yerin şube, imalathane veya depo olarak nitelendirilmesinin tek başına belirleyici olmayabileceği ya da bir kişiye acente, distribütör veya bayi gibi sıfatlar verilmesinin o kişiyi otomatik olarak o statüye dahil etmeyeceği gibi, influencerların da yaptıkları işin niteliğine ve kapsamına bakarak değerlendirilmeleri daha isabetli olacaktır.

²² Nüfuz pazarlaması, sosyal medyada yüksek etkileşime sahip kişilerin, özgün içeriklerle markaların ürün veya hizmetlerini tanıtarak tüketici tercih ve davranışlarını etkilemeyi amaçlayan modern bir pazarlama stratejisi olarak tanımlanabilir. Daha fazla tanım için bkz. Merve Özel, Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2022) 32, 33

²³ Serenat Baytan Avkovan, 'Influencer Sözleşmeleri' in A Hulki Cihan and Tuğçe Tuzcuoğlu (eds), Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 81; Mehmet Canlı and Mahmut Nevfel Elgün, Influencer Marketing, Hatırlı Pazarlama Uygulamalarının Tüketici Satın Alma Davranışlarına Etkisi (1st edn, NEÜ Yayınları 2021) 55

²⁴ John (n 11) 2, 3; Kadir Canöz, Özge Gülmez and Gizem Eroğlu, 'Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma' (2020) 23(1) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 73, 88-89

b. Influencerların Çalışma Modelleri

Influencerların ticari faaliyetleri hem sosyal medya platformuna göre hem de yaptıkları anlaşmalara göre çeşitlilik göstermektedir. Influencerların çalışma modellerinin belirlenmesi gerek bu kişilerin tacir sıfatlarının tespiti gerek yaptıkları işlemlerin hüküm ve sonuçlarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Zira çalışma modelinin farklılaştığı noktalarda yapılacak değerlendirmeler de farklılık gösterebilecektir²⁵. Öte yandan zaman içinde yeni çalışma modellerinin ortaya çıkabildiği ve buna bağlı hukuki problemlerin de karmaşık bir hal aldığı göz ardı edilmemelidir.

i. Sponsorlu İçerik Üretme

Influencerlar, fotoğraf, video, blog yazısı, hikâye veya podcast paylaşımı gibi çeşitli formatlarda içerik üretmek suretiyle sosyal medyada veya diğer dijital platformlarda ürün ve hizmet tanıtımlarında bulunmaktadır. Sponsorlu içerik kavramıyla ücret veya başka bir menfaat karşılığında üretilen paylaşımlar ifade edilmektedir²⁶. Sponsorlu içerik üretimi modelinde influencer, kendi tarzı ve hedef kitlesine uygun bir şekilde markanın mesajını iletecek özgün içerikler oluşturmaktadır. Bu içerikler, influencerın kişisel stili ve platformun özelliklerine göre şekillendirilir ve böylece markanın mesajı daha doğal ve güvenilir bir şekilde iletilmiş olur. Yasal düzenlemeler ve etik standartlar gereği, paylaşım yapılırken genellikle içeriğin sponsorlu olduğu #reklam, #sponsorlu veya benzer etiketler kullanılarak açıkça belirtilmelidir²⁷. Bu anlamda şeffaflık hem tüketicilerin korunması hem de influencer ve markanın güvenilirliğinin sürdürülmesi açısından önemlidir. Sponsorlu içerik üretimi, markaların hedef kitlelerine daha doğal ve ilgi çekici bir şekilde ulaşmasını sağlarken, içerik üreticilerine de özgün çalışmalarlarıyla gelir elde etme imkânı sağlar. Ayrıca gele-

²⁵ Influencerların etkisini açıklamak, doğru kişiyi tespit edebilmek ve başarılı reklam kampanyaları oluşturabilmek için öngörülen ve öğretilen sayılan modeller (kaynak güvenilirliği, kaynak çekiciliği, ünlü-ürün eşleştirme, FREDD Prensipleri vs.) inceleme konumuz değildir. Bu konuda bkz. Canlı and Elgün (n 22) 59 vd.

²⁶ Katrina Wu, 'Youtube Marketing: Legality of Sponsorship and Endorsements in Advertising' (2016) 22 Journal of Law, Business Ethics 59, 64; Özel (n 21) 19

²⁷ Nitekim Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un "Fotoğraf ve mesaj paylaşım mecralarında yapılan reklamlar" başlıklı 8. maddesinde yapılan paylaşımlarda #Reklam, #Reklam/Tanıtım, #Sponsor, #İşbirliği, #Ortaklık etiketlerinden en az birine yer verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

neksel reklamcılığın ötesine geçerek, anlık geri bildirim ve veri analizi sayesinde daha dinamik ve hedefe yönelik pazarlama stratejileri sunar.

Sponsorlu içerik üretimi modeli ile sponsorluk sözleşmesi arasındaki farklara değinmekte fayda vardır. Zira influencerların bu modelde yaptıkları her sözleşme sponsorluk sözleşmesi niteliğinde değildir. Kısaca tanıtım karşılığında destekleme olarak ifade edilen sponsorluk sözleşmesi, sponsorun desteklenene bir menfaat sağlamayı, desteklenenin ise bu faaliyet sırasında sponsorun olumlu imajını ve tanınırlığını artırmayı taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁸.

Sponsorlu içerik üretimi; blog yazısı, video veya sosyal medya gönderisi gibi spesifik bir içerik oluşturulması yoluyla belirli bir ürün veya hizmetin tanıtılmasına odaklanırken, sponsorluk sözleşmesi daha geniş kapsamlı olup çeşitli etkinlik ve faaliyetleri (spor, bilim, sanat, sosyal projeler vb.) kapsayabilir. Çoğunlukla sponsorlu içerik, tek seferlik veya kısa süreli bir anlaşma şeklinde belirlenirken sponsorluk sözleşmesinde daha uzun vadeli ve kapsamlı bir ilişki kurulmaktadır. Sponsorluk sözleşmelerinde, sponsorun desteklenen tarafı koruma ve gözetme yükümlülüğü ile desteklenen tarafın belirli bir faaliyeti gerçekleştirme zorunluluğu bulunurken, sponsorlu içerik üretiminde böyle bir yükümlülük bulunmamaktadır. Netice itibarıyla pazarlama ve tanıtım stratejilerinde farklı amaçlara hizmet ettiklerini ve farklı durumlarda tercih edilebileceğini belirtmek mümkündür²⁹.

ii. Sonuca Katılmalı İş Birliği (*Affiliate Marketing*)

Sonuca katılmalı iş birliği modeli (*affiliate marketing*/ satış ve pazarlama ortaklığı), influencer pazarlamasında yaygın olarak kullanılan bir çalışma şeklidir. Bu modelde, influencera özel bir link (*URL*) veya indirim kodu tanımlanır ve influencer bu linki/kodu takipçileriyle paylaşır. Takipçiler bu linke tıklayarak veya kodu kullanarak ürün veya hizmet satın aldığı anda, influencera satış başına belirli bir komisyon ödenir. Bazen içeriğin görüntülenme sayısı veya linke tıklanma sayısı üzerinden bir ödeme yapılması üzerine de anlaşılabilir³⁰.

Uygulamada hızı, etkinliği ve pratikliği sebebiyle çoğunlukla link paylaşıldığı ve bu link üzerinden satış yapıldığında influencera ödeme

²⁸ Selma Hülya İmamoğlu, Sponsorluk Sözleşmesi (1st edn, Yetkin 2003) 97; Gülçin Elçin Grassinger, Sponsorluk Sözleşmesi (1st edn, Yetkin 2003) 21

²⁹ Özel (n 21) 34; Atay (n 18) 65; Ayşe Dilşad Keskin, 'Influencer Sözleşmesi' (2022) 13 İnÜHFD 129, 137-138; Zorluoğlu Yılmaz and Yıldırım Dindar (n 14) 520

³⁰ Goanta and Ranchordás (n 14) 10

yapıldığı görülmektedir. Bu yöntemde genellikle influencerlar öncelikle belirli bir ürünü denediklerini ve bu üründen oldukça memnun kaldıklarını ifade eden paylaşımlar yaparlar. Bu paylaşımların ardından “hyperlink” olarak adlandırılan özel bağlantılar kullanarak takipçilerini ilgili e-ticaret platformlarına yönlendirirler³¹. Çoğu zaman bu bağlantıları kendi profillerinde kalıcı olarak yerleştirirler, böylece takipçileri istedikleri zaman bu linklere kolayca erişebilir. Bu özel bağlantılar üzerinden gerçekleşen her alışveriş influencera belirli bir oranda komisyon kazandırır. Influencerlar için önemli bir gelir kaynağı oluşturan bu model, e-ticaret platformları için de etkili bir satış stratejisi olarak işlev görür³². Ülkemizde bu model genellikle Trendyol, Hepsiburada, Amazon gibi e-ticaret platformları tarafından tercih edilmektedir. Bu platformların; “trendyol affiliate programı³³”, “hepsiburada link gelir programı³⁴”, “amazon gelir ortaklığı programı³⁵” gibi uygulamaları anılan çalışma modeline örnek olarak gösterilebilir. Anılan uygulamalar yalnızca influencerlar için değil diğer sıradan insanların da gelir elde edebileceği bir sistem üzerine dizayn edilmiştir. Ancak influencerlar için özellikle takipçi ve etkileşim sayısı gibi ek koşullar öngörülebilmektedir³⁶.

Uygulamada, influencerların genellikle ürünü kullandıklarını ve memnun kaldıklarını belirtip link paylaştıkları görülsede ürünün gerçekten kullanılması veya her bir markayla ayrı ilişki kurulması gerekmemektedir. Influencer çoğunlukla şirket veya marka sahibiyle değil e-ticaret sitesi veya dijital pazaryeri ile anlaşma yapar³⁷. Bu anlaşma platformdaki

³¹ ibid 10; Zorluoğlu Yılmaz and Yıldırım Dindar (n 14) 487

³² ibid 487.

³³ <https://www.trendyol.com/s/trendyol-affiliate-programi#> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024. 35 milyondan fazla üyesiyle Türkiye’nin en büyük e-ticaret platformu olan Trendyol’da söz konusu program şu şekilde tanımlanmıştır: “Trendyol Affiliate Programı sosyal medya kanallarında, beğendiğin ürünleri takipçilerinle paylaştığın ve senin linkin aracılığıyla Trendyol’a gelerek satın alınan ürünler üzerinden komisyon kazandığın bir gelir ortaklığı modelidir.”.

³⁴ < <https://www.hepsiburada.com/link-gelir> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024

³⁵ < <https://gelirortakligi.amazon.com.tr> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024

³⁶ Trendyol, influencerlar için öngörülen programın şartlarında; Instagram’daki takipçi sayısının 30 binin üzerinde olması ve takipçi sayısı ile beğeni, yorum veya izlenme gibi etkileşimlerin tamamen organik olması gerektiği vurgulanmıştır. <https://www.trendyol.com/influencerbasvuru> (ET 21.07.2024) Hepsiburada için ise takipçi sayısının en az 10 bin olması gerektiği belirtilmiştir. < <https://influencer.hepsiburada.com> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024

³⁷ Nitekim Trendyol’da satış yapmak isteyen bir marka anılan programa başvurduğunda influencerı seçme veya değiştirme hakkı bulunmadığı; fiziksel olarak ürün olmadan ek-

tüm veya belirli kategorilerdeki ürünleri kapsayabileceği için influencerlar geniş bir ürün yelpazesinden seçim yaparak içerik üretebilir ve gelir elde edebilir. E-ticaret platformu, influencerın performansını takip eder ve satışlardan komisyon öder. Bu model, influencerların çok sayıda ürünü hızlıca tanıtımlarına imkân sağlarken ifade edildiği üzere her zaman gerçek deneyimlere dayanmayabilir³⁸.

iii. Destek Anlaşmaları (*Endorsement Deals*) ve Marka Elçilikleri

Destek anlaşmaları (*endorsement deals*) modelinde influencer, koşulları belirli bir anlaşma çerçevesinde bir marka veya ürünü desteklemeyi taahhüt eder.³⁹ Bu destek, genellikle belirli bir süre için geçerli olup influencerın markanın ürün veya hizmetlerini tanıtması, reklamını yapması ve olumlu bir şekilde temsil etmesi şeklinde gerçekleşir. Sözleşme kapsamında, influencerın yapması gereken belirli sayıda sosyal medya paylaşımı, video içeriği veya diğer tanıtım faaliyetleri açıkça kararlaştırılır⁴⁰. Ücret genellikle sabit bir bedel üzerinden belirlenirken; performansa dayalı ilave ödemeler de sözleşmeye dahil edilebilir. Dikkat edilmesi gereken en önemli husus bu anlaşmaların çoğunlukla rekabet yasağı hükümleri içermesidir⁴¹. Diğer bir ifadeyle anlaşma çerçevesinde rakip markaların desteklenmesi yasaklanabilir. Ayrıca influencerlar sözleşme süresince markanın kurumsal değerlerine uygun davranmakla sorumlu tutulabilir ve üretilen içeriklerin marka tarafından ön bir onaya tabi tutulması şartı getirilebilir. Bu model hem marka hem de influencer açısından uzun vadeli ve karşılıklı menfaat sağlayan bir ilişki tesis etme potansiyeli taşımakla birlikte, taraflara belirli yükümlülükler ve sorumluluklar yükler. Anlaşmazlık ha-

ran görüntüsü paylaşımı şeklinde ürün tanıtımı yapıldığı belirtilmiştir. < <https://tms.trendyol.com/sss#collapseOneEight> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024

³⁸ Trendyol, influencer pazarlamasının sürdürülebilirliğini sağlamak amacıyla takipçilerden ve müşterilerden gelen talepler doğrultusunda bir gün içinde paylaşılan en verimli link sayısını 8 adet olarak belirlemiş ve bu sayının üzerinde yapılan paylaşımları komisyon modeline dahil edilmediğini belirtmiştir. < <https://www.trendyol.com/s/trendyol-affiliate-programi#> > Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024

³⁹ Goanta and Ranchordás (n 14) 11

⁴⁰ Dominique Hauri, 'Wie findet ein Unternehmen den passenden Influencer? Eine Untersuchung zur Entwicklung einer Strategie für die Eingehung einer Kooperation mit Influencern in der Reisebranche' (Bachelor's thesis, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften School of Management and Law 2020) 40 < https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/21595/3/Bachelorarbeit_Brand%20Fit_Dominique%20Hauri.pdf > Erişim Tarihi 22 July 2024

⁴¹ Keskin (n 28) 143

linde uygulanacak hukuk ve yetki şartları, gizlilik hükümleri ve fesih koşulları gibi önemli maddeler de bu tür sözleşmelerde yer alır.

Destek anlaşması kapsamında münhasırlık, markanın ihtiyaçlarına ve influencerın konumuna göre çeşitli şekillerde düzenlenebilir. Bir yıl boyunca influencerın rakip markalarla çalışmasının sınırlandırıldığı süre odaklı münhasırlık kararlaştırılabileceği gibi yalnızca Instagram’da rakiplerle çalışılmasının yasaklanıp diğer sosyal medya platformlarında böyle bir yasağın olmadığı platform odaklı bir münhasırlık da kararlaştırılabilir⁴². Yine sözleşme serbestisi kapsamında sadece spor ayakkabısı gibi belirli bir ürün kategorisinde sınırlama öngörülüp diğer ürün kategorilerinde farklı markalarla çalışılmasına müsaade edilebilir.

Marka elçisi (*brand ambassador*), bir şirketin veya markanın değerlerini, vizyonunu ve ürünlerini temsil eden ve tanıtan, genellikle markanın hedef kitlesine hitap eden tanınmış veya etkili bireylerdir⁴³. Marka elçilerinin temel görevi, markanın mesajını ve değerlerini hedef kitleye iletme, ürün veya hizmetleri tanıtmak, sosyal medyada marka hakkında içerik paylaşmak ve çeşitli etkinliklerde markayı temsil etmektir⁴⁴. Elçi olarak seçilecek kişilerin, markanın değerleriyle uyumlu bir imaj ve yaşam tarzına sahip olması, hedef kitle üzerinde etki ve güvenilirliğinin bulunması önemlidir. Marka elçileri genellikle uzun vadeli ve münhasır anlaşmalarla çalışırlar. Bu noktada destek anlaşmaları modeliyle marka elçiliğinin benzerlik gösterdiğini ifade etmek mümkünse de aralarında bazı nüanslar bulunmaktadır. Marka elçiliği nispeten daha uzun vadeli, derin bir bağlılık gerektiren ve markanın tüm yönlerini kapsayan bir ilişkiyi temsil ederken, destek anlaşmaları daha kısa süreli ve belirli ürünler veya kampanyalarla sınırlı olabilmektedir. Marka elçileri sürekli ve çeşitli içerik üretimi yapar-

⁴² Christian Solmecke, ‘Influencer-Marketing & Recht’ in Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring’ (1st edn, Rheinwerk Verlag GmbH 2018) 259, 264

⁴³ Filiz Balta Peltekoğlu and Emel Demir Askeroğlu, ‘Dijital Halkla İlişkiler: Fenomenler Dijital Marka Elçisi Olabilir Mi?’ (2019) 12(2) Selçuk İletişim 1044, 1050; Jessica Huhn, ‘Brand Ambassadors vs. Influencers: A Comparison’ (Referral Rock) < <https://referralrock.com/blog/brand-ambassadors-vs-influencers/> > Erişim Tarihi 22 July 2024

⁴⁴ Michael Jordan’ın Nike markası ile olan uzun süreli ilişkisi marka elçiliğine verilebilecek en önemli örneklerden biridir. Bu iş birliği öyle boyutlara ulaşmıştır ki, Jordan sadece bir sporcu veya marka elçisi olmaktan çıkıp kendi başına bir alt marka haline gelmiştir. 1997 yılında kurulan Jordan Brand, Nike’ın en değerli alt markalarından biri olmuş ve spor dünyasının ötesine geçerek popüler kültürün ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Devrim niteliğindeki bu ortaklık spor pazarlamasında yeni bir iş modeli yaratmıştır. < <https://news.temple.edu/news/2023-04-03/how-michael-jordan-revolutionized-sneaker-industry-and-our-relationship-shoes> > Erişim Tarihi 22 July 2024

ken, destek anlaşmalarında genellikle önceden belirlenmiş sayıda ve türde içerik üretimi yapılır. Münhasırlık açısından, marka elçiliği çoğunlukla tam münhasırlık gerektirirken, destek anlaşmalarında daha önce ifade edildiği üzere platform odaklı veya ürün kategorisi bazlı çeşitli esneklikler söz konusu olabilir⁴⁵.

Influencerlar, uygun koşullarda marka elçisi rolüne geçebilirler. Bu geçiş için marka ile uzun vadeli, derin bir ilişki kurulmalı, influencerın değerleri marka değerleriyle uyumlu olmalı, hedef kitle üzerinde sürekli olumlu etki yaratmalı ve markanın vizyonunu benimsemelidir. Marka elçisi olarak influencer, sadece ürün tanıtımı yapmakla kalmayıp aynı zamanda markanın genel imajını ve mesajını temsil edeceğinden kişisel markası ile temsil ettiği marka arasında daha derin bir entegrasyon oluşur. Doğru influencer seçimi ve stratejik yaklaşımla bu dönüşüm hem influencerın etki alanını genişletir hem de markanın değerini artırır⁴⁶.

Son olarak sponsorlu içerik modeli ve destek anlaşmaları ile bir kıyaslama yapmak gerekirse kısaca; sponsorlu içerik üretimi genellikle kısa vadeli ve esnek çalışma modeliyken destek anlaşmaları orta vadeli ve sınırlı bir münhasırlık barındırır. Bununla birlikte, pazarlama stratejileri ve iş modellerinin sürekli evrim geçirdiğini, her markanın ve sektörün kendine özgü dinamikleri olduğunu ve bu ayrımların duruma göre değişebileceğinin de unutulmaması gerekir.

iv. Ücretsiz Ürün Gönderimi veya Hizmet Sağlanması

Bu modelde markalar, ürünlerini ücretsiz olarak influencerlara gönderir ve karşılığında sosyal medyada bu ürünlerin tanıtımını yapmalarını bekler. Genellikle kozmetik, kişisel bakım ürünleri, moda ve teknoloji sektörlerinde sıkça kullanılan bu yöntemde influencerlar, kendilerine gönderilen ürünleri inceler, kullanır ve sonrasında takipçileriyle bu deneyimlerini paylaşır. Influencerlar ürün hakkında detaylı değerlendirmeler yapar, ürünün kullanışlı, kaliteli, sağlam veya işlevsel olup olmadığı gibi yorumlar yaparak kişisel kanaatlerini takipçileriyle paylaşır⁴⁷. Hizmet sektöründe de benzer uygulamalar görülmektedir. Seyahat acenteleri tarafından ücret-

⁴⁵ Robert V Kozinets, Ulrike Gretzel and Rossella Gambetti, *Influencers and Creators: Business, Culture and Practice* (1st edn, Sage Publishing 2023) 9

⁴⁶ Balta Peltekoğlu and Demir Askeroğlu (n 42) 1066

⁴⁷ Bu süreçte genellikle “kutu açılışı” (unboxing) videoları çekilir, ürünün özellikleri anlatılır ve kullanım deneyimleri aktarılır. Bazen de ürünün belirli özelliklerini vurgulamak için özel içerikler üretilir. Örneğin bir makyaj ürünü için adım adım makyaj videosu çekilebilir veya bir teknolojik cihaz için detaylı bir inceleme videosu hazırlanabilir.

siz geziler, oteller tarafından ücretsiz konaklama imkânları veya restoran ve kafeler tarafından ücretsiz yeme-içme deneyimleri sağlanabilir⁴⁸.

Bu model, markalar için ürün veya hizmetlerini hedef kitlelerine daha organik ve güvenilir bir şekilde tanıtmaya fırsatı sunarken, influencerlar için de yeni ürünleri deneyimleme ve içerik üretme imkânı sağlar. Sponsorlu içerik üretiminden daha esnek bir yapıya sahip olmakla birlikte bu tür içeriklerde de şeffaflık önemlidir; influencerların ürünün veya hizmetin kendilerine ücretsiz sağlandığını belirtmeleri gerekir. Nitekim Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'un 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendine göre, influencerlar kendilerine reklam veren tarafından hediye edilen bir mal veya hizmeti, sanki kendileri satın almış gibi gösteremezler. Ayrıca, Kılavuz'un “*Video paylaşım mecralarında yapılan reklamlar*” başlıklı 7. maddesi uyarınca, influencerların içeriklerinde “*Bu ürünleri [reklam veren] hediye olarak aldım*” veya “*Ürünleri bana gönderdiği için [reklam verene] teşekkürler*” gibi ifadelerle yer vermeleri gerekmektedir.

II. INFLUENCERLARIN TACİR SIFATI

Gerçek kişi taciri tanımlayan TTK m. 12/1 uyarınca bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişiye tacir denir. Bu itibarla bir kişinin tacir sayılabilmesi için, temel olarak bir ticari işletmenin mevcudiyeti ile bu işletmenin (kısmen de olsa) onun adına işletilmesi gerekmektedir. Bu unsurların bir arada bulunması zorunlu ve yeterli olup ticaret veya sanayi odasına kaydolma yahut ticaret siciline kayıt, tacir sıfatının kazanılması bakımından şart değildir⁴⁹. Dolayısıyla influencerın faaliyetlerinden dolayı tacir olarak nitelendirilebilmesi için temel olarak ticari işletmenin var olup olmadığı ve bu işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletilip işletilmediği üzerinden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

A. Ticari İşletmenin Mevcudiyeti

Tacir sıfatının kazanılmasının ilk şartı bir ticari işletmenin mevcudiyeti olup bunun için gerekli unsurlar ticari işletmenin tanımının yapıldığı

⁴⁸ Bu durumda influencerlar, konakladıkları otelin özelliklerini, sunduğu hizmetleri, yemeklerin lezzetini ve genel atmosferi takipçileriyle paylaşır. Benzer şekilde, bir restoran deneyiminde yemeklerin tadı, sunumu, mekânın ortamı ve hizmet kalitesi gibi konularda yorumlar yapılır.

⁴⁹ Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (29th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 130; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, (8th edn, Vedat Kitapçılık 2022) 141

TTK m. 11'den hareketle belirlenmektedir. Buna göre öğretide gelir sağlama amacı, süreklilik, bağımsızlık ve esnaf faaliyeti sınırlarını aşma unsurları üzerinden bir inceleme yapıldığı görülmektedir⁵⁰.

İlk olarak bir ticari işletmeden bahsedilebilmesi için bir işletmenin bulunması gerekir⁵¹. İktisadi açıdan işletme, bir girişimcinin kazanç sağlamak için emek ve sermayeyi bir araya getirmesiyle ortaya çıkan bir organizasyon olarak tanımlandığından işletmenin varlığından söz edebilmek için ise, belirli düzeyde bir organizasyonun mevcudiyeti ve bu organizasyon vasıtasıyla dış dünyayla etkileşime geçilmesi, yani aleniyetin sağlanması gerekmektedir⁵². Nitekim organizasyon ve aleniyet unsurlarının dayanağının TTK m. 11'de kullanılan "işletme" ve "yürütüldüğü" ifadelerinin olduğu; bir işletmenin mevcudiyeti ve bu işletmede faaliyetlerin yürütülmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir⁵³.

İşletme olmadan gerçekleştirilen soyut bir faaliyet, gelir elde etme amacı taşısa, süreklilik gösterse ve bağımsız biçimde yürütülse dahi ticari işletme olarak değerlendirilemeyecektir⁵⁴. "Soyut faaliyet" terimi ile kişinin devamlı olarak borsada oynaması veya forward işlemleri yapması, holding şirketin iştiraklerini yönetmesi veya bir dalış hocasının ders vermesi⁵⁵ gibi bir organizasyon oluşturulmadan faaliyette bulunulması anla-

⁵⁰ Arkan (n 48) 27 vd.; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 84; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar* (14th edn, Yetkin Yayınları 2021) 107; Ali Bozer and Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku* (8th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023) 7

⁵¹ TTK m. 11'in gerekçesinde, ticari işletmenin; işletmenin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan bir türü olduğu; bu sebeple tanımda ticari işletmenin bir işletme olduğunun özellikle vurgulandığı ve böylece de ticari işletmenin, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletmesinden" ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun "teşebbüsünden" ayrıldığı ifade edilmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun m. 3 uyarınca teşebbüs "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerdir." Görüldüğü üzere teşebbüsün gelir sağlama hedefi bulunmazken her ticari işletmenin gelir sağlamayı hedeflemesi gerekmektedir. Dolayısıyla her teşebbüsün bir ticari işletme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

⁵² Ertan Demirkapı, 'Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi' (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371, 381

⁵³ Ünal Tekinalp, 'Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek' (2008) 24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5, 9; Demirkapı (n 51) 381

⁵⁴ Tekinalp (n 52) 9

⁵⁵ Özel ders verilmesi bakımından bunun belirli bir organizasyon kapsamında yapılması halinde ticari faaliyetin söz konusu olmadığı kabul edilmekte; ancak özel okul veya dersane işletilmesi gibi durumlarda ticari işletmeden bahsedilmektedir. Bkz. Akar

şılmaktadır⁵⁶. Bir organizasyonun bulunmamasının sonucu olarak ticari işletme nitelendirilmesi de mümkün değildir.

Organizasyon unsuru açısından influencer faaliyetleri değerlendirirken, emek ve sermayenin bir girişimci (influencer) tarafından sistematik bir şekilde bir araya getirilip getirilmediği incelenmelidir. Influencerın faaliyetlerinde sermaye, içerik üretimi ve yayını için gerekli olan tüm maddi ve gayri maddi varlıkları kapsar. Profesyonel kalitede kameralar, ses kayıt cihazları, mikrofon sistemleri, ışıklandırma ekipmanları ve yüksek performanslı bilgisayarlar gibi temel ekipmanlar bu kategoride sayılabilir. Ayrıca, içerik düzenleme yazılımları, domain adı ve web sitesi, takipçi verileri veya içerik arşivi gibi veri tabanları, sosyal medya yönetim araçları için yapılan ödemeler; bazı influencerlar için özel bir çekim stüdyosu veya ofis alanı kiralamak; kullanılan kıyafetler, aksesuarlar veya ürün incelemeleri için satın alınan ürünler de bu kapsamda düşünülebilir.

Influencer faaliyetlerinde emek ise, içerik fikrinin oluşturulmasından başlayarak, içeriğin planlanması, çekim veya kayıt aşaması, düzenleme süreci ve nihai olarak yayınlanmasına kadar olan tüm aşamaları kapsayan kişisel çaba gösterilmesi ve zaman harcanması olarak değerlendirilebilir. Influencerın sosyal medya hesaplarını yönetmesi, takipçileriyle etkileşimde bulunması, yorumlara yanıt vermesi de emek unsuruna dahildir. Ayrıca, marka iş birlikleri için görüşmeler yapmak, içerik stratejisi oluşturmak, sürekli olarak sektördeki trendleri takip etmek, video düzenleme teknikleri gibi yeni beceriler öğrenmek ve kendi markasını geliştirmek için zaman harcamak ve çaba göstermek de bu kapsamda değerlendirilir.

Influencerın içerik üretiminde yüksek kaliteli ekipmanlar (sermaye) ile bu ekipmanları kullanma becerisi (emek) bir araya gelir. Sosyal medya yönetiminde, özel yazılımlar (sermaye) ile bu araçları etkin kullanma yeteneği (emek) birleşir. Marka iş birliklerinde, influencerın kişisel markası ve takipçi kitlesi (gayri maddi sermaye) ile iş müzakere etme becerisi (emek) bütünleşir. İçerik stratejisi oluşturmada, veri analiz araçları (sermaye) ile bu verileri yorumlama kabiliyeti (emek) bir arada kullanılır. Çekim mekânı düzenlemede, kiralanın stüdyo (sermaye) ile bu alanı etkili kullanma becerisi (emek) buluşur. Tüm bu örnekler, influencerın faaliyet-

Öçal, ‘Serbest Mesleki Faaliyetlerin Ticaret Kanunu Karşısındaki Durumu’ (1977) 13(2) Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 398, 404

⁵⁶ Tekinalp (n 52) 9; Demirkapı (n 51) 381

lerinin basit bir hobiden çıkıp organize bir işletme yapısına dönüşmesini ve ticari bir nitelik kazanmasını sağlar⁵⁷.

Bu unsurların varlığı ve etkin bir şekilde bir araya getirilmesi, influencer faaliyetlerinin bir organizasyon çerçevesinde yürütüldüğünü gösterir. Ancak, her influencer faaliyetinin kendiliğinden bu seviyede bir organizasyona sahip olmayabileceğini de belirtmek gerekir. Faaliyetin ölçeği, profesyonellik düzeyi ve yatırım miktarı, organizasyon düzeyinin değerlendirilmesinde önemli faktörlerdir. Eğer bir influencer, sadece hobi olarak veya çok küçük ölçekte faaliyet gösteriyorsa, bu durum “soyut faaliyet” olarak değerlendirilebilir ve ticari işletme sayılmayabilir. Elbette bu tespitin yapılmasında ticari işletmenin diğer unsurlarını da dikkate almak gerekir.

1. Gelir Sağlama Amacı

Bir ticari işletmeden söz edilebilmesi için gelir sağlama hedefinin bulunması zorunludur⁵⁸. İktisadi bir menfaat sağlamayı hedefleme olarak da ifade edebileceğimiz “gelir sağlama amacı” unsuru, kâr elde etme niyetini veya ekonomik bir fayda beklentisini içerir⁵⁹. Söz konusu beklentinin gerçekleşip gerçekleşmemesinin bir önemi yoktur⁶⁰. Influencer olarak nitelendirilebilmek için takipçilerin düşüncelerini, kararlarını veya davranışlarını etkileyebilme yeteneğine sahip olunması gerektiğinden ve bu etkinin ticari amaçlarla kullanabileceği gibi sosyal fayda veya kişisel tutkular için kullanabileceğinden bahsetmiştik⁶¹. Influencerların büyük çoğunluğu için içerik üretimi ve sosyal medya varlığı, öncelikli olarak gelir elde etme amacına yöneliktir. Bu yapılan faaliyete, hobi veya sosyal etkileşimden ziyade bir iş olarak yaklaşıldığını gösterir. Diğer bir deyişle influencerlar, sosyal medya platformlarındaki varlıklarını ve içerik üretimlerini öncelikle ekonomik kazanç sağlamak amacıyla gerçekleştirirler. Genellikle daha fazla gelir elde edebilecekleri platformlara ve içerik türlerine yönelirler;

⁵⁷ Benzer yönde bkz. Saffet Tarık Aksın, ‘Evlerinden Elektronik Ticaret Yapan Gerçek Kişi Satıcıların Tacir Sıfatları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 125

⁵⁸ Arkan (n 48) 27; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 84; Bozer and Göle (n 49) 9; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 108

⁵⁹ Malvarlığında doğrudan doğruya bir artış meydana getiren faaliyetlerin yanı sıra malvarlığında muhtemel bir azalmayı engellemeye yönelik organizasyonlarda da gelir elde etme amacının varlığı kabul edilmelidir. Arkan (n 48) 28; Bozer and Göle (n 49) 10

⁶⁰ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 108

⁶¹ Bkz. I. Bölüm B/1

gelirlerini artırmak için ekipman, eğitim ve personel gibi alanlara yatırım yaparlar, bu da gelir odaklı bir iş mantığını yansıtır. Finansal planlamaya önem verirler; bütçe yönetimi, vergi planlaması ve uzun vadeli finansal stratejiler geliştirirler. Markalarla iş birliklerinde ücretlendirme konusunda aktif pazarlık yapmaları ve kendi değerlerini belirlemeleri de açık bir gelir odaklı yaklaşımı gösterir. Tüm bu faktörler bir arada değerlendirildiğinde, profesyonel influencerların faaliyetlerinin temelinde belirgin bir gelir elde etme amacının yattığı ve bu amacın onların faaliyetlerini hobi veya amatör uğraştan ayırarak, ticari bir faaliyet olarak değerlendirilmesine yol açtığı ifade edilebilir.

Öte yandan yalnızca sosyal farkındalık veya benzeri manevi amaçlarla paylaşım yapan influencerların faaliyetlerinde herhangi bir kazanç ya da menfaat sağlamadıkları düşünüldüğünde, gelir sağlama amaçlarının da bulunamayacağı gerekçesiyle bir ticari işletmeden de bahsedilemeyecektir. Ancak asıl amaçları bu olmasa da sosyal medya platformlarından (örneğin YouTube) otomatik olarak gelir elde edebilirler. Bu durumda, elde edilen gelirin miktarı, düzenliliği ve organizasyon düzeyi gibi hususlar dikkate alınmalıdır. Eğer gelir miktarı çok düşük ve düzensizse, bu faaliyet ticari işletme olarak nitelendirilmeyebilir. Yahut amacı sadece dünyayı dolaşmak olan bir influencer markaların sponsor olması durumunda, bu sponsorlukların niteliği ve kapsamı önem kazanır. Eğer sponsorluklar düzenli ve önemli bir gelir kaynağı haline gelmişse veya influencer bu gelirleri artırmak için bilinçli çaba gösteriyorsa, bu faaliyet ticari işletme kapsamında değerlendirilebilir.

Vergi hukuku ve ticaret hukukunun dinamikleri tam olarak örtüşme-
se de⁶² vergi hukuku perspektifinden influencer faaliyetlerinin ticari niteliğinin değerlendirilmesi, konumuz açısından önemli bir bakış açısı sunmaktadır. Mahkeme kararlarında ve özelgelerde, ticari faaliyetin, bir tür emek-sermaye organizasyonuna dayanmakta olduğu; kazanç sağlama ni-

⁶² Temel olarak dayandığı prensiplerden ve amaçlarının farklılığından dolayı vergi hukuku ve ticaret hukuku birbirinden ayrılmaktadır. Vergi hukuku, kamu hukukunun bir dalı olarak, devletin zorlayıcı gücünü ve emredici karakterini yansıtırken, ticaret hukuku özel hukukun bir parçası olarak daha esnek ve tarafların iradesine dayalı bir yapıya sahiptir. Her ne kadar bazı özel hukuk kavramları vergiyi doğuran olaylar olarak kullanılsa ve bu nedenle iki hukuk dalı arasında bir etkileşim bulunsu da vergi hukukunun temel amacı kamu gelirlerini düzenlemek ve korumaktır. Bu nedenle, vergi hukuku “gıdasını” yani temel kavramlarını özel hukuktan alırken, “otoritesini” yani yaptırım gücünü ve emredici niteliğini kamu hukukundan almaktadır. Bu durum, iki hukuk dalı arasındaki yaklaşım farkını net bir şekilde ortaya koymaktadır. Demirkapı (n 51) 420, dpn. 174

yet ve kastının bulunup bulunmamasının, böyle bir organizasyon tarafından icra edilen faaliyetin ticari faaliyet olma niteliğine etki etmediği ifade edilmektedir. Bununla birlikte bir faaliyetin “ticari faaliyet” sayılabilmesi için kazanç sağlama niyet ve kastı gerekmediği, ancak faaliyeti icra eden organizasyonun bütün unsurları ile birlikte değerlendirildiğinde kazanç sağlama potansiyeline sahip olması gerektiğinin ortaya çıktığı belirtilmektedir⁶³.

2. Süreklilik

Süreklilik unsuru, ticari faaliyetin geçici veya tek seferlik değil, düzenli ve devam eden bir nitelikte olmasını ifade eder⁶⁴. Influencerlar için süreklilik unsuru, çeşitli yönleriyle değerlendirilebilir. Özellikle günlük, haftalık veya aylık olarak planlı bir şekilde içerik oluşturmak ve paylaşmak suretiyle düzenli içerik üretimi ve paylaşımı influencerın faaliyetlerinin temelini oluşturur. Takipçilerle sürekli etkileşim halinde olmak, yorumlara cevap vermek, canlı yayınlar yapmak gibi aktiviteler de sürekliliğin bir parçasıdır. Ayrıca düzenli marka iş birlikleri ve bunlardan bir gelir akışı elde etme, birden fazla sosyal medya platformunda aktif varlık gösterme, farklı kitlelere ulaşma ve çeşitli gelir kaynakları oluşturma, profesyonel gelişim ve beceri güncelleme, değişen trendlere ve teknolojilere ayak uydurma, uzun vadeli iş planlama, stratejik hedefler belirleme gibi davranışlar influencerın ticari faaliyetlerinin sürekliliğini gösterir. Tüm bu faktörler birlikte ele alındığında, influencerın faaliyetlerinin geçici bir hobi değil, profesyonel ve süreklilik arz eden bir iş olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret eder.

Tek seferlik, tesadüfi veya geçici amaçla gerçekleştirilen faaliyetler ile bir fırsattan faydalanmak üzere birkaç kez girilen eylemler, devamlılık unsurunu karşılamadığından, bu tür durumlarda bir işletmenin varlığından söz edilemez⁶⁵. Dolayısıyla bir kişinin sosyal medya platformlarında sadece birkaç kez ürün veya hizmet tanıtımı yaparak gelir elde etmesi, bu faaliyetin ticari işletme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu-

⁶³ Danıştay 4. Daire Başkanlığı’nın 2016/10735 Esas, 2020/3953 Karar sayılı ve 19.10.2020 tarihli kararı; Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı’nın E-17192610-120[GV-22-24]-37237 sayı ve 09.02.2023 tarihli özelgesi; Osmaniye Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğünün 54451858-045-22752 sayı ve 01.09.2021 tarihli özelgesi; Kütahya Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğü’nün 61504625-105-E.62490 sayı ve 16.12.2019 tarihli özelgesi < <https://www.gib.gov.tr/search/node> > Erişim Tarihi 10 Ağustos 2024

⁶⁴ Arkan (n 48) 31; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 108; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 84

⁶⁵ Demirkapı (n 51) 392

nun için, influencerın içerik üretimi ve tanıtım faaliyetlerini düzenli ve sürekli bir şekilde gerçekleştirmesi, bu faaliyetleri bir iş modeli olarak benimsemesi ve uzun vadeli bir gelir kaynağı olarak görmesi gibi ölçütleri dikkate almak gerekir.

Faaliyetin sürekli olup olmadığının belirlenmesinde niyet ve kasta bakılmalı; niteliği gereği mevsimlik ya da sezonluk faaliyet gösteren işletmelerin de devamlılık unsurunu sağladığı kabul edilmelidir⁶⁶. Bir influencer içerik üretiminde geçici aralar verse veya sezonluk içerikler üreterek belirli dönemlerde daha aktif olsa bile, genel olarak sosyal medya varlığını sürdürme ve düzenli içerik üretme niyeti taşıyorsa, bu faaliyet devamlılık özelliğini koruyacaktır⁶⁷. Influencerların platformlar arasında geçiş yapması, içerik türlerini değiştirmesi veya kısa süreli molalar vermesi, faaliyetin devamlılığını zedelemmez; önemli olan, influencerın genel olarak içerik üretme ve takipçileriyle etkileşimde bulunma niyetini sürdürmesidir.

Bu tür faaliyetlerin sürekliliğini tespit ederken düzenli bir gelir elde edilip edilmediğinin de dikkate alınması önem taşır. Gelirin düzenli olup olmadığının tespiti açısından vergi otoritelerinin konuyu değerlendirme biçimine bakılması faydalı olacaktır⁶⁸. Nitekim mesleği öğretmenlik olup Youtube üzerinden içerik yükleyerek de gelir elde eden kişinin kazancına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı bir özelgede sosyal platformlarda içerikler üretmenin, ticari kazancın tespitinde aranılan devamlılık kastı ve bir organizasyonun varlığına karine teşkil ettiği yönünde görüş bildirilmiştir⁶⁹.

⁶⁶ Arkan (n 48) 31

⁶⁷ Ev tabanlı elektronik işletmeler bakımından benzer yönde bkz. Aksın (n 56) 93

⁶⁸ Aşağıda açıklandığı üzere Kanun koyucu, influencerların elde ettikleri gelirleri ticari kazanç kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. II. Bölüm A/2/d. Ticari kazancın kapsamı belirlenirken bir işletme organizasyonu çerçevesinde riski üstlenen kişi tarafından geçici nitelikte olmayıp süreklilik arz eden ticari bir faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesine dikkat edilmektedir. Sürekli nitelikte olmayan geçici nitelik taşıyan ticari faaliyetlere ise Gelir Vergisi Kanunu'nun diğer kazanç ve iratlarla ilgili 80'inci maddesinde yer alan hükmü uygulanmaktadır. Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan and Cenker Göker, Vergi Hukuku, (30th edn, Turhan Kitabevi 2021) 277, 278

⁶⁹ Osmaniye Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğü'nün 54451858-045-22752 sayı ve 01.09.2021 tarihli özelgesinde şu ifadeler yer verilmiştir: "Youtube başta olmak üzere çeşitli sosyal platformlara yüklenen içerikler, bu platformlardan silinmediği müddetçe, takipçi ve izlenme oranları gibi çeşitli kriterlere göre belirli periyodlar itibarıyla içerik sahibine gelir sağlamaktadırlar. Bu bakımdan şahsınıza ait Youtube kanalınıza yüklediğiniz içeriklerin Youtube kanalınızda halen yüklü olması, bu içerikler nedeniyle gelecek dönemlerde de kazanç elde etme potansiyelini barındırmaktadır. Yukarıda yer alan hüküm ve açıklamalar çerçevesinde, Youtube kanalınıza yüklediğiniz içerikler nedeniyle tarafınıza yapılan ödeme/ödemelerin Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesi-

Ancak anılan görüşün vergi hukuku bakımından yerinde olduğu düşünülse de ticaret hukuku açısından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Ticari işletmenin varlığı için aranan devamlılık, işletmesel faaliyetin sürdürülmesi anlamında bir devamlılıktır. Bu itibarla sadece tek bir içerik üretip başka faaliyet göstermeyen kişinin durumunda, gelir düzenli olsa bile devamlılık unsurunun gerçekleştiği söylenemez.

3. Bağımsızlık

Bağımsızlık unsuru, bir kişinin ticari faaliyetlerini yürütürken kendi kararlarını alabilmesi, başka herhangi bir kişi veya kurumun iradesine ve talimatlarına bağımlı olmadan işlemler yapabilmesi anlamına gelir⁷⁰. Influencerlar açısından bu bağımsızlık, içerik üretimi, iş birliği yapılacak markaların seçimi, ürün tanıtımlarının gerçekleştirilme şekli, çalışma saatleri ve iş yoğunluğunun belirlenmesi gibi konularda kendini gösterir. Ayrıca, markalarla veya diğer iş ortaklarıyla doğrudan sözleşmeler yapabilme, sözleşme şartlarını müzakere edebilme, farklı sosyal medya platformlarını kullanabilme ve bunlar arasında geçiş yapabilme özgürlüğüne sahiptirler. Influencerların çalışma koşulları ve yaptıkları faaliyetlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, büyük ölçüde bağımsız hareket ettikleri ve anılan unsuru sağladıkları⁷¹ kabul edilmelidir⁷².

ne göre "ticari kazanç" kapsamında değerlendirilmesi gerekmekte olup adınıza gelir vergisi yönünden mükellefiyet tesis edilmesi ayrıca söz konusu gelirin Gelir Vergisi Kanununun 85 inci maddesine göre yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan edilmesi gerekmektedir." Ancak 2022 yılından itibaren 7338 sayılı Kanun ile influencerların belirli bir miktara kadar elde ettikleri kazançlar gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Bkz. II. Bölüm A/2/d

⁷⁰ Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 111; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 85

⁷¹ Benzer yönde bkz. Aksın (n 56) 125, 127, 128

⁷² İş hukuku çerçevesinde influencerların hukuki statülerinin incelendiği çalışmada, genellikle bağımsız çalışan olarak ele alınan platform çalışanlarının hukukî statüleri belirlenirken influencer sözleşmelerinin içeriğinin önem arz ettiği; her bir influencerın yapmış oldukları iş birlikleri kapsamında ne üstlendiklerinin, dijital platform aracılığıyla iş yapmayı üstlendikleri işverene karşı ne ölçüde sorumlu olduklarının incelenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla influencerların yapmış oldukları iş birliği sözleşmelerinin hukukî statülerinin belirlenmesinde temel rol oynayacağı; Türk hukukunda buna ilişkin bir hukukî düzenleme bulunmadığı için influencerların hukukî niteliği açısından doğrudan işçi denilemeyeceği gibi dijital platformlar aracılığıyla çalışan kimseleri mağdur etmemek (iş hukukunun koruyucu hükümlerinden yararlanmalarına engel olmamak) için bu kimselere doğrudan bağımsız çalışan da denilemeyeceği ifade edilmiştir. Demir (n 8) 56, 57

4. Esnaf Faaliyeti Sınırının Aşılması

Esnaf faaliyeti sınırının aşılması, ticari işletmeyi esnaf işletmelerinden ayırt eder. Gelir hedefi, süreklilik ve bağımsızlık tüm ekonomik işletmelerde ortak unsur olduğundan, ticari işletmeyi ayıran asıl unsur faaliyet hacmidir⁷³. Diğer özelliklerden farklı olarak, esnaf faaliyeti sınırının aşılması ticari işletme bakımından bir niteliği değil, aksine niceliği ifade etmekte; diğer bir deyişle rakamsal bir açıklama oluşturmaktadır⁷⁴.

TTK'da ticari işletmenin tanımı m. 11'de yapılırken, esnaf işletmesi açıkça tanımlanmamış, bunun yerine m. 15'te "esnaf" kavramını tanımlanarak iki tür işletme arasındaki ayrım ortaya konmaya çalışılmıştır. Anılan hüküm uyarınca *"İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır"*. Bu tanımdan hareketle esnafın; (i) Dükkânın ya da bir sokağın belirli yerlerinde sabit ya da gezici olması fark etmeksizin sanat veya ticaretle uğraşması, (ii) Ekonomik faaliyetinin sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanması ve (iii) Gelirinin TTK m. 11/2 uyarınca çıkarılan Cumhurbaşkanı kararında gösterilen sınırı aşmamış olması gerekir. Bu itibarla esnaf faaliyeti sınırının aşılması unsurunun varlığı incelenirken iktisadi faaliyetin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı ve elde edilen gelirin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamede gösterilen sınırı aşıp aşmadığı değerlendirilir.

Ekonomik faaliyetin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayanması ölçütü net ve kesin bir sınır çizmediğinden, esnaf kavramının açıkça belirlenebilmesi ve ticari işletmeden ayrılabilmesi için TTK m. 11/2'de Cumhurbaşkanı kararının çıkarılması öngörülmüştür⁷⁵. Ancak bu yönde bir belirleme halen yapılmadığı için Bakanlar Kurulunca eski TTK döneminde alınan ve Esnaf Kararnamesi olarak da adlandırılan⁷⁶ 2007/12362 sayılı "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Karar"⁷⁷ uygulanmaktadır. Anılan Karara göre Koordinasyon Kurulu'na belirlenecek Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kolları'na dahil olup da ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya

⁷³ Şaban Kayıhan, Ticari İşletme Hukuku (7th edn, Seçkin Yayıncılık, 2021) 59

⁷⁴ Demirkapı (n 51) 397

⁷⁵ Ülgen, Helvacı, Kaya, Nomer Ertan (n 48) 86

⁷⁶ Bozer and Göle (n 49) 12

⁷⁷ RG 21.07.2007, S. 26589

sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan kişilerden; (i) Basit usulde vergilendirilenler, (ii) İşletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile (iii) Vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı VUK'un m. 177/1'in (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanlar⁷⁸ esnaf ve sanatkar sayılarak esnaf ve sanatkar sicili ile esnaf ve sanatkarlar odasına kaydedilecekleri belirtilmiştir (Kararname m. 1.a).

Gelir vergisinden muaf olanlar ile basit usulde vergilendirilenler; kazançları kendilerine tacir niteliği kazandıracak düzeyde olmadığından başka bir koşula bakılmaksızın esnaf olarak kabul edileceklerdir⁷⁹. İşletme hesabına göre defter tutanlar bakımından ise ekonomik faaliyetin sermaye ile birlikte bedeni çalışmaya dayanıp dayanmadığı incelenerek elde edilen kazancın yalnızca geçimlerini sağlamaya yetecek derecede az olup olmadığı belirlenecek ve bu husus, VUK 177/1'deki düzenlemenin (1) ve (3) numaralı bentlerindeki limitlerin yarısını ya da ikinci bentteki limitin tamamının aşıp aşılmadığına göre belirlenecektir. Bu itibarla Kanun'da öngörülen sınırın aşan kişiler tacir; işletmeleri de ticari işletme olarak nitelendirilecektir⁸⁰.

Kararnamenin devamında, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayrisafi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma sınırlarını aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatları esnaf ve sanatkâr sayılma sınırlarının altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılacağı yönünde bir hükme yer verilmiştir.

⁷⁸ 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasında;

“Aşağıda yazılı tüccarlar, I inci sınıfa dahildirler:

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 7.200.000.000 (2024 yılı için 1.400.000 TL) lirayı veya satışlarının tutarı 8.640.000.000 (2024 yılı için 2.000.000 TL) lirayı aşanlar;
2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 3.600.000.000 (2024 yılı için 690.000 TL) lirayı aşanlar;
3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 7.200.000.000 (2024 yılı için 1.400.000 TL) lirayı aşanlar;” denilmek suretiyle esnaf veya tacir sayılma sınırı belirlenirken dikkate alınacak nakdi limitler belirlenmiştir.

⁷⁹ Arkan (n 48) 29; Demirkapı (n 51) 412

⁸⁰ Arkan (n 48) 30

Influencerların faaliyetlerini ilk olarak “*ekonomik faaliyeti sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanma*” ölçütü üzerinden değerlendirmek gerekirse genellikle sermayeden çok emek, uzmanlık ve kişisel çabaya dayandığı söylenebilir. Influencerlar çoğunlukla belirli alanlarda uzmanlık ve bilgi birikimine sahip olduklarından bu açıdan da esnaf tanımına uygun bir özellik taşıdıkları yönünde bir değerlendirme yapılabilir. Ancak elde ettikleri gelir ve faaliyet ölçeği dikkate alındığında esnaf faaliyeti sınırlarının çoğu zaman aşılabildiği görülmektedir. Özellikle geniş bir takipçi kitlesine sahip olan ve çok sayıda yüksek bütçeli reklam ve tanıtım faaliyeti yürüten influencerların gelirleri, esnaf için belirlenmiş olan gelir sınırlarını sıklıkla aşmaktadır. Bedeni çalışma ağırlıklı olmasına rağmen bahse konu limitlerin aşıldığı durumlarda kişilerin esnaf olmadıklarının ve TTK m. 11 anlamında esnaf faaliyeti sınırlarını aştıklarının kabul edilmesi gerekir⁸¹.

Influencerların elde ettikleri gelirin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamede gösterilen sınırı aşıp aşmadığı değerlendirmesi yapılırken öncelikle influencer faaliyetlerinin vergilendirilmesi konusuna bakılması faydalı olacaktır. 7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundan (7338 sayılı Kanun) önce, sosyal medya içerik üreticilerinin elde ettiği gelir türünün ticari kazanç mı yoksa serbest meslek kazancı mı teşkil ettiği konusunda tartışmalar bulunmaktaydı⁸². Gelir idaresinin özelgelerinde⁸³ bahse konu gelirlerin ticari kazanç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. 7338 sayılı Kanun ile birlikte, sosyal medya üzerinden influencerların elde ettikleri gelirlerin nasıl vergilendirileceği sisteme bağlanarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’na (GVK) mükerrer 20/B maddesi eklenmiştir. Buna göre internet ortamındaki sosyal ağ sağlayıcıları üzerinden metin, görüntü, ses, video gibi içerikler paylaşılan sosyal içerik üreticilerinin bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar 01.01.2022 tarihinden itibaren gelir vergisinden istisna tutulacağı; istisna şartlarının sağlanması halinde, söz konusu kazançların bankalar aracılığıyla yüzde 15 oranında gelir vergisi tevkifatına tabi tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Gelir İdaresi Başkanlığı

⁸¹ Demirkapı (n 51) 406

⁸² Caner Yurttakal and Seyfi Yıldız, ‘Son Mevzuat Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye’de Sosyal Medya Fenomenlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Genel Değerlendirme’ (2024) 6(2) BILTURK, The Journal of Economics and Related Studies 121, 129

⁸³ Osmaniye Valiliği Defterdarlık Gelir Müdürlüğü’nün 54451858-045-22752 sayı ve 01.09.2021 tarihli özelgesi; İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 62030549-120[37-2018/1297]-444488 sayı ve 07.06.2021 tarihli özelgesi, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığının 62030549-120[37-2019/272]-444493 sayı ve 07.06.2021 tarihli özelgesi.

tarafından, GVK mükerrer 20/B maddesine ilişkin usul ve esasları düzenleyen 318 Seri No.lu Gelir Vergisi Tebliği⁸⁴ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tebliğ uyarınca influencerların kazançları, GVK m. 103'deki yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı (2023 yılı için 1.900.000,00 TL; 2024 yılı için 3.000.000,00 TL) aşmaması ve Türkiye'de kurulu bankalarda bir hesap açılması ve söz konusu faaliyetlere ilişkin tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi kaydıyla gelir vergisinden istisna edilmiştir.

7338 sayılı Kanun m. 2'nin gerekçesinde⁸⁵ “Öte yandan, yapılan düzenlemeyle söz konusu faaliyetlere ilişkin kazancın belirli bir kısmı gelir vergisinden istisna edilse de bu faaliyetlerin ticari faaliyet niteliği değişmemektedir.” ifadesine yer verilerek anılan gelirlerin serbest meslek kazancı değil ticari kazanç olduğu görüşü korunmuştur⁸⁶. Bu itibarla Kanun koyucunun influencerların elde ettikleri gelirleri ticari kazanç kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bir önceki başlıkta ifade edildiği üzere ticari kazancın kapsamı belirlenirken bir işletme organizasyonu çerçevesinde süreklilik arz eden ticari bir faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesine dikkat edilmektedir. Dolayısıyla Kanun koyucunun (vergi hukuku perspektifinden) influencerlara yaklaşımının; faaliyetlerinin bir işletme organizasyonu çerçevesinde süreklilik arz eden ve bağımsız olarak yürütülen ticari faaliyet niteliğinde olduğu yönündedir.

Gelir vergisinden muaf olanlar ile basit usulde vergilendirilenlerin esnaf olarak kabul edilirken influencerlar bu kategoriye girmemektedir. Zira GVK m. 103'deki yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı (2024 yılı için 3.000.000,00 TL) aşmayan influencerlar gelir vergisinden muaf değil istisna tutulmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla anılan tutarın aşıp

⁸⁴ RG 12.01.2022, S. 31717

⁸⁵ < <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3854.pdf> > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2024

⁸⁶ Bu konuda bkz. Yurttakal and Yıldız (n 81) 121, 125 vd. Numan Emre Ergin, “Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuberların Vergilendirilmesi” <https://vergialgi.com/sosyal-medya-kazanclarinin-vergilendirilmesinde-yeni-donem-ve-sorunlar> > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2024

⁸⁷ Vergi muafiyeti ve vergi istisnası, vergilendirme sisteminde farklı amaçlara hizmet eden iki önemli kavramdır. Vergi muafiyeti, vergi kanunlarına göre mükellef olması gereken kişi veya kurumların, çeşitli sebeplerle kısmen veya tamamen vergi dışı bırakılmasıdır. Yani muafiyet, kişilere yönelik bir düzenlemedir. Vergi istisnası ise, verginin konusuna giren bazı faaliyetlerin vergilendirme dışı bırakılmasıdır. İstisna, kişilere değil, verginin konusuna yönelik yapılan bir düzenlemedir. Her iki durumda da amaç, ekonomik, sosyal, siyasi vb. nedenlerle belirli kişi, kurum veya faaliyetleri vergi yükünden kısmen veya tamamen muaf tutmaktır. Ancak muafiyet kişiyi hedef alırken, istisna faaliyeti hedef alır. Mahmut Kalenderoğlu, Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi

aşılması esnaf faaliyeti sınırının tespiti bakımından önem taşımamaktadır. VUK m. 177/1’de öngörülen sınırların kararda anılan oranını yani 1 ve 3 numaralı bentlerdeki limitlerin yarısını ve 2 numaralı bentteki limitin ise tamamını aşan influencerların işletmeleri, ticari işletme olarak kabul edilecektir.

Influencer faaliyetlerinde anılan limitlerin belirlenmesi internetin sunduğu erişilebilirlik ve şeffaflık sebebiyle geleneksel işletmelere kıyasla daha kolaydır⁸⁸. Nitekim sosyal içerik üreticiliğine ilişkin mezkûr vergi istisnasından faydalanılabilmesi için Türkiye’de Kurulu bankalarda bir hesap açılması ve bu faaliyetlere ilişkin tüm hasılatın münhasıran bu hesap aracılığıyla tahsil edilmesi zorunlu kılınmıştır (GVK m. 20/B).

Öte yandan bir kişinin tacir veya esnaf olarak nitelendirilmesinde, ticaret siciline veya odaya kayıt durumunun yanı sıra vergi yükümlüsü olup olmaması da kesin bir ölçüt değildir. Keza VUK’taki tanımlamanın tek başına belirleyici olmadığı, Türk Ticaret Kanunu açısından tacir sıfatının tespiti için mahkemelerin gerekli araştırmayı yapması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁹.

Milyonlarca takipçisi olan ve üst düzey profesyonellik gerektiren organizasyon yeteneklerini haiz influencerlardan çok daha mütevazı ve basit düzeyde faaliyet gösteren influencerlara kadar çok geniş bir yelpaze söz konusudur⁹⁰. Dolayısıyla, influencer faaliyetlerinin ticari işletme niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmek kolay değildir. Influencerın takipçi sayısı, etkileşimi, organizasyon düzeyi, gelir miktarı, faaliyetlerinin düzenliliği, iş modeli gibi birçok etken göz önünde bulundurularak bir değer-

(18st edn, Seçkin Yayıncılık 2017) 51; Abdurrahman Akdoğan, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (16th edn, Gazi Kitabevi 2023) 54, 55

⁸⁸ Aksın (n 56) 102

⁸⁹ ibid 103; Demirkapı (n 51) 429, 430

⁹⁰ Takipçi sayısına dayalı sınıflandırmalar bu konuda genel bir fikir verebilir. Bin ila 10 bin takipçisi olan nano-influencer; 10 bin ila 50 bin takipçisi olan mikro influencer; 50 bin ila 500 bin takipçisi olan mid-tier influencer; 500 bin ila 1 milyon takipçisi olan makro influencer; bir milyondan fazla takipçisi olanlar ise mega influencer olarak adlandırılmaktadır. Cooper (n 14) 85; Keskin (n 28) 135; Zorluoğlu Yılmaz and Yıldırım Dindar (n 14) 485. Genel olarak, nano ve mikro influencerların esnaf kategorisine uya-
bileceğini, mid-tier influencerlardan itibaren ise bu sınırların aşılma olasılığının arttığını söyleyebiliriz. Ancak yine de her durumun kendi özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini (mikro influencerın gelirinin esnaf faaliyeti sınırlarını aşabileceğini veya makro-influencerın gelirinin anılan sınırın altında kalabileceğini veya gelirin herhangi bir işletmeye vücut vermeyecek düzeyde olabileceğini) göz ardı etmemek gerekir.

lendirme yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte influencerların elde ettikleri gelir çoğu zaman esnaf için belirlenen sınırları aşmaktadır. Özellikle geniş takipçi kitlesine sahip ve yüksek bütçeli reklam faaliyetleri yürüten influencerlar için bu durum daha belirgindir. Birçok influencer, ekip çalıştırması, profesyonel ekipman kullanması ve çok yönlü gelir stratejileri uygulaması nedeniyle esnaf faaliyeti sınırlarını aşmaktadır⁹¹. Ancak her durumu kendi özellikleri içinde değerlendirmek gerekir. Teknolojinin, internetin ve ticaretin çok karmaşık bir hale geldiği günümüz modern hayatında, her bir influencerın durumunun ayrı ayrı ve detaylı bir şekilde incelenmesi, ticari işletme niteliğinin belirlenmesinde daha sağlıklı sonuçlar verecektir. Küçük ölçekli, düşük gelirli veya hobi amaçlı faaliyet gösteren bazı influencerlar esnaf statüsünde değerlendirilebilir veya herhangi bir ticari sınıflandırmaya tabi olmayabilir. Organizasyon ve aleniyet unsuru barındırmayan veya süreklilik arz etmeyen faaliyetlerin bir işletmeye vücut vermeyeceği, dolayısıyla bu tarz faaliyet gösteren influencerların da tacir veya esnaf olarak nitelendirilemeyeceği unutulmamalıdır⁹².

⁹¹ Bkz. ev tabanlı elektronik işletmeler bakımından esnaf faaliyeti sınırının aşılmasını değerlendiren Aksın, işletmenin sermaye ve organizasyon yapısının tahlilinin, bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi gerektiğini ve işletmesini işletmeye başlamasından itibaren belirli bir süre geçmiş satıcının faaliyetlerinden hedeflenen gelir düzeyinin tahliline çalışılırken, fiilen ulaşılan bir gelir var ise bunun analize bir veri olarak dahil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca yapılan analizler sonucunda, e-ticaret yapan gerçek bir kişinin faaliyetlerinden esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tuttuğunun anlaşılması halinde, bu faaliyetlerin bir ticari işletmeye vücut vereceğini ifade etmiştir. Aksın (n 56) 107. Satış ortaklığı modeli ile işgal eden kişiler bakımından ise, bağlantıları paylaşacağı platformda çok sayıda takipçisinin ve yüksek miktarda etkileşiminin olmasının, işletmenin belirlenmiş limitlerin üzerinde gelir elde etmeyi hedeflediğinin en önemli göstergelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. Aksın (n 56) 125

⁹² Her ne kadar tüketici hukuku perspektifinden değerlendirirse de Avrupa Birliği'nin bir influencerın tacir olarak kabul edilebilmesine ilişkin ölçütlerine değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Anılan ölçütlere göre influencerın sosyal medya içerik oluşturması, bu içeriklerden gelir elde etmesi ve bu gelirin tek seferlik değil, sürekli veya belirli aralıklarla elde edilmiş olması icap eder. Ayrıca ürün veya hizmetlerin reklamı veya satışı hakkında takipçileriyle iletişime geçerek tüketicilere yönelik ticari uygulamalarda bulunması gerekir. Cilt bakımı hakkında bir Tiktok çekilmesi veya davet gelen bir restoranın açılışına dair video hazırlanması buna örnek gösterilebilir. Son olarak da ticaretin, influencerın işi, zanaatı veya mesleğiyle bağlantılı olması; yani profesyonel olarak ticari veya mesleki saikle hareket etmesi gerekir. Özetle eğer bir influencer düzenli olarak para kazanıyorsa veya farklı menfaatler (davetiyeler, hediyeler, indirimler) sağlıyorsa, büyük olasılıkla tacir olarak kabul edilecek ve tüketicinin korunması kurallarına uyması gerekecektir. Avrupa Birliği'nin tüketici hukuku çerçevesinde influencerların hukuki statüsünü ve yasal yükümlülüklerini incelediği "Bir Influencer Ne Zaman

B.Ticari İşletmenin Kısmen de Olsa O Kişi Adına İşletilmesi

TTK m. 12 uyarınca tacir sıfatını kazanmada diğer unsur, ticari işletmenin kısmen de olsa o kişi adına işletilmesidir. Ticari işletmenin işletilmesi kişinin müşteri çevresiyle irtibata geçerek işletmeyi ilgilendiren işlemlere başlamış olmasıdır. Öğretide bir görüş⁹³ işletmenin kurulmasını yahut işletilmesini kolaylaştırmaya yönelik işlemlere başlanmış olmasını, fabrika binasının satın alınması için işlemlere girilmesini yeterli görmekteyken diğer görüş⁹⁴ ise işletilmekte olma ile amacın müşterilerle hukuki işlem yapmaya başlanması, en azından başlanabilecek konuma gelmesi, örneğin perakende kumaş alım satımıyla uğraşan bir işletmenin işletilmekte olması için müşterilere hizmet sunmaya başlanması, müşterilerinin mağaza içerisine girebilmesinin ve kumaş satın alabilmelerinin mümkün olması şartını aramaktadır.

Bir influencerın, işletmesinin yukarıda anılan tüm özellikleri barındırması halinde ne zaman işletilmeye başlandığının belirlenmesi o kişinin tacir sıfatını kazanma anı bakımından önem taşımaktadır. Influencerların özellikleri, gerçekleştirdikleri faaliyetlerinin yapısı ve iş modellerinin karmaşıklığı gereği işletilme anının belirlenmesi geleneksel işletmelere nispeten çok güçtür. Nitekim sosyal medyada hesap açan ve zamanla takipçi kitlesi ve etkileşimi artan bir kişinin tam olarak ne zamandan itibaren

Tacir Olur?" başlıklı bilgilendirme metni için bkz. < https://commission.europa.eu/document/download/55e73447-8c21-4728-a42b-05bd030f7627_en?filename=Legal%20brief%203.pdf > Erişim tarihi 15 August 2024. Ayrıca, Avrupa Birliği Adalet Divanı (The Court of Justice of the EU (CJEU)), 2018 yılında Kamenova davası kararında, bir kişinin tacir olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemek için kullanılacak ek ölçütler belirlemiştir. Satışın organize bir şekilde yapıp yapılmadığı, satışın kâr amaçlı olup olmadığı, satıcının ürünler hakkında teknik bilgi ve uzmanlığa sahip olup olmadığı, satıcının ticari faaliyetlerde bulunmasına olanak sağlayan yasal bir statüye sahip olup olmadığı, satıcının KDV'ye tabi olup olmadığı, satıcının ücret veya teşvik alıp almadığı, satıcının yeniden satmak üzere ürün alıp almadığı, satılan ürünlerin aynı türde veya aynı değerde olup olmadığı, tekliğin az sayıda ürün üzerinde yoğunlaşıp yoğunlaşmadığı gibi sorulara verilecek cevaplar üzerinden de bir çıkarım yapılabileceği ifade edilmiştir. Sonuç olarak bir Bulgar vatandaşının bir çevrimiçi platformun sekiz reklamında aynı anda tanıtım yüzü olarak bulunmasının sırf bu sebeple tacir olarak tanımlanamayacağı tespitinde bulunulmuştur. Komisia za zashşta na potrebitelite v Evelina Kamenova, Judgment in Case C-105/17 < <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-10/cp180143en.pdf> > Erişim tarihi 15 August 2024. Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi (UCPD) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karatepe Kaya (n 14) 678 vd.

⁹³ Arkan (n 48) 131, dnp. 1

⁹⁴ Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 142; Reha Poroy, Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Vedat Kitapçılık, 2019) 149

influencer olarak nitelendirilebileceği konusunda da (mevcut düzenlemelerle) bir tespit yapılabilmesi mümkün değildir⁹⁵.

Kanaatimizce influencerlar bakımından yukarıda anılan tüm koşulların sağlanması halinde ticari işletmenin işletilme anı, gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerin başladığı andır. Bu an, sosyal medya platformuna göre ya da influencerın çalışma modeline göre değişiklik gösterebilir. Influencerların en fazla gelir elde ettiği yöntemlerden biri olan sonuca katılmalı iş birliği modelinde takipçi sayısı ve etkileşim oranı belli bir düzeyin üzerinde olan influencerların bir ürün veya hizmeti tanıtmaya yönelik bir paylaşım yapması veya *affiliate* link paylaşması “işletilmekte olma” olarak kabul edilebilir. Yahut Trendyol, Hepsiburada gibi e-ticaret platformlarıyla iş birliği yapmak için yapılan başvuru, yukarıda anılan GVK m. 20/B’deki vergi istisnasından faydalanabilmek için vergi dairelerinden istisna belgesi alınması⁹⁶ kişinin gelir elde etmeye yönelik faaliyetlere başladığını gösteren somut adımlar olarak değerlendirilebilir⁹⁷. İşletmenin kurulmasını yahut işletilmesini kolaylaştırmaya yönelik işlemlere başlanmış olmasını yeterli gören görüş uyarınca içerik üretim alt yapısı oluşturmak için profesyonel ekipman (kamera, mikrofon, ışık sistemleri vb.) satın alınması, içerik üretimi için özel bir alan kiralanması, içerik editörleri veya yardımcı personel istihdam edilmesi gibi işlemler de işletilmeye başlandığını gösterebilir. Bu faktörlerin bir veya birkaçının bir arada gerçekleşmesi, influencerın ticari işletme faaliyetine başladığının göstergesi olabilir.

TTK m. 12/1’de geçen “kısmen de olsa” ifadesi, kişinin tacir sıfatını kazanması için işletmenin tamamını kendi adına işletmesinin gerekmediğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, kişi işletmeyi tek başına işletebileceği gibi bir adi şirketin ortağı olarak kısmen de işletebilir⁹⁸. Bu düzenleme influencerlar açısından da sonuçlar doğurmaktadır. Birden fazla kişi her-

⁹⁵ Trendyol, influencerlarla iş birliği yapmak için Instagram’da minimum 30 bin takipçi ararken, Hepsiburada bu sayıyı 10 bin olarak belirlemiştir. Bkz. dpn. 35

⁹⁶ 318 Seri No.lu Gelir Vergisi Tebliği m. 4/4 uyarınca “istisnadan faydalanmak isteyen mükelleflerin ikametgâhlarının bulunduğu yerdeki tarha yetkili vergi dairesine başvurarak istisna kapsamındaki faaliyetine ilişkin olarak ilgili vergi dairelerinden Ek-1’de yer alan “193 Sayılı Kanunun Mükerrer 20/B Maddesi Uygulamasına İlişkin İstisna Belgesi”ni (İstisna Belgesi) almaları gerekmektedir.”

⁹⁷ Ayrıca bu konuda; başka bir işletmeyle ücretli iş birliği yapılması, sponsorluk anlaşmalarının imzalanması, Instagram’da “işletme” veya “içerik üreticisi” hesabına geçiş yapılması, Youtube’da monetizasyon özelliğinin aktifleştirilmesi, Tiktok’ta “Creator Fund” programına katılım sağlanması, influencer ajanslarıyla anlaşma yapılması, diğer influencerlarla gelir amaçlı ortak projeler geliştirilmesi, düzenli ve ölçülebilir bir gelir akışının oluşması gibi birçok faktörden yararlanılabilir.

⁹⁸ Arkan (n 48) 131; Poroy and Yasaman (n 93) 151

hangi bir sosyal medya platformunda ortak hesap açıp bu hesabın influencer olarak nitelendirilebilecek seviyeye gelmesi durumunda eğer işletmeleri ticari işletme niteliğindeyse tümü tacir olarak kabul edilebilir. Birden fazla kişinin bir sosyal medya hesabını birlikte yönetmesi, günümüzde oldukça yaygın bir uygulama⁹⁹ olup bu durum içerik üretiminin paylaşılması, farklı uzmanlık alanlarının bir araya getirilmesi veya iş yükünün dağıtılması gibi birçok avantaj sağlar. Bu durumda işletmenin birden fazla kişi tarafından işletilmesi; diğer bir ifadeyle sosyal medya hesabının ortaklaşa idare edilmesi söz konusudur. Eğer sosyal medya hesabı tek bir kişi adına yönetiliyorsa ve diğer kişiler yalnızca içeriğin oluşturulmasına yardımcı oluyorsa, bu yardımcı kişiler tacir olarak nitelendirilmeyecektir.

Tacir sıfatının kazanılması için, ticari işletmeyi kendi adına işletmek belirleyici bir kriter olarak kabul edilmiştir¹⁰⁰. Bu nedenle, bir işletmeyi ticari temsilci veya vasi gibi başkası adına işleten temsilci tacir olarak nitelendirilemez. Nitekim TTK m. 13'de küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilcinin tacir sayılmayacağı; tacir sıfatının, temsil edilene ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

Sosyal medyada influencer olarak nitelendirilebilecek çok sayıda küçüğün yer aldığı hesap bulunmaktadır. Kanaatimizce bu küçükler arasında bir ayrım yaparak, temyiz kudreti yerinde olmayanlar bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Temyiz kudreti yerinde olan küçüklerin, yasal temsilcilerinin izni ile ticari faaliyette bulunmaları mümkündür. Bu durumda, küçük influencerın faaliyetleri ticari işletme boyutuna ulaşmışsa, tacir sıfatını kazanabileceği düşünülebilir. Ancak, temyiz kudretine sahip olmayan küçükler için durum farklıdır. Bu küçüklerin yer aldığı paylaşımları yapan, ilgili hesabı yöneten çoğunlukla bu kişilerin velileridir. Ticari faaliyet olarak şimdiye kadar anlatılan influencer faaliyetlerini de gerçekleştiren bu küçükler değil onların resimlerini, videolarını çeken velileridir. Burada veliler, çocuğun imajını kullanarak kendi adına bir ticari faaliyet yürütmektedir. Dolayısıyla sosyal medya hesabını yöneten, bu hesabı büyüterek geniş kitlelere ulaştıran, içeriğine karar veren, markalarla iş birliği yapan kişi bu işlemleri küçük adına değil kendi adına yaptığı için kendisinin tacir sayılması gerekir. Nitekim kedi köpek

⁹⁹ Uzman kişilerin ortak Youtube kanalı açıp teknoloji ürünleri hakkında incelemeler yapmaları, arkadaşların ortak bir Instagram hesabı açıp moda trendleri hakkında içerik üretmeleri ve çeşitli markalarla iş birlikleri yapmaları, dansçıların bir araya gelerek ortak Tiktok hesabı yönetmeleri, karı kocanın eğlenceli içerik veya günlük yaşamlarını paylaşmaları gibi birçok örnekten bahsedilebilir.

¹⁰⁰ Kayıhan (n 72)134

gibi hayvanların paylaşıldığı sosyal medya hesaplarında da eğer ticari faaliyet olarak tanımlanabilecek işlemler gerçekleştiriliyorsa ve diğer tüm koşullar sağlanıyorsa bu hesapları yöneten kişiler tacir olarak nitelendirilebilirler.

TTK m.12/2 uyarınca “Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.” Bu itibarla bir influencer iş birliklerine açık olduğunu bildirmiş ve bu yönde paylaşımlar yapmışsa, henüz bir tanıtım veya reklam içeriği paylaşmamış olsa bile, diğer koşulların varlığı halinde tacir sayılabilir.

TTK m.12/3 uyarınca “Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur”. Tacir gibi sorumlu olan kişi tacir olmanın külfetlerine katlanırken (iflasa tabi olma veya defter tutma gibi) nimetlerinden (ücret talep edebilme gibi) faydalanamaz¹⁰¹. Bu hükmün, takipçi sayısı veya etkileşim oranları organik olmayan influencerlar bakımından uygulanabileceği kanaatindeyiz. Sahte hesaplar veya botlar aracılığıyla takipçi satın alma, otomatik yazılımlarla yapay etkileşimler oluşturma, karşılıklı takipleşme gruplarına katılma ve ücretli reklamlar kullanma gibi farklı taktik ve organik olmayan yöntemler kullanan kişiler üçüncü iyi niyetli kişilere karşı tacir gibi sorumlu olmalıdır. Zira bu kişiler gerçekte sahip olmadıkları takipçi sayısı ve etkileşim oranlarıyla geniş kitlelere hitap ettikleri izlenimini yaratarak işletmeleri yanıltmakta ve adeta bir ticari işletme açmış gibi işlemlerde bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu durum TTK m. 12/3 kapsamında değerlendirilebilir ve söz konusu kişiler tacir gibi sorumlu tutulabilir. Ancak anılan kişilerin takipçilerinin ve etkileşimlerinin organik olmadığını bilerek bu kişiyle işlem yapan işletmeler bakımından ise bu hüküm uygulanmamalıdır.

III. TACİR OLMANIN INFLUENCERLARA ÖZGÜ BAZI SONUÇLARI

Influencer, faaliyetlerinden dolayı diğer tüm koşulları sağlayarak tacir sıfatını kazanırsa TTK’da öngörülen tacir olmanın tüm hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte influencer faaliyetleri için özellik arz edebilecek bazı sonuçlardan bahsedilmesi faydalı olacaktır.

¹⁰¹ Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 144; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 212

Çalışmada özellikle ticaret siciline tescil, basiretli iş adamı gibi hareket etme, ticaret unvanı seçme ve kullanma ile ücret ve faiz isteme konularına yer verilmiştir. Bu sonuçların seçilmesinin temel nedeni, influencer faaliyetlerinin kendine özgü niteliğiyle doğrudan ilişkili olmaları ve uygulama açısından özel zorluklar içermeleridir. Örneğin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, influencerların takipçileri üzerindeki güçlü etkileri ve sosyal medyanın kendine has dinamikleri nedeniyle özel bir önem taşırken; ticaret siciline tescil konusu, influencer faaliyetlerinin dinamik ve değişken yapısı nedeniyle geleneksel tescil sisteminin adaptasyonunu gerektirmektedir.

Ele alınan sonuçlar, influencer ekonomisinde güncel olarak tartışılan ve çözüm bekleyen hukuki meseleleri yansıtmakta olup, geleneksel ticaret hukuku kavramlarının dijital çağa uyarlanması gereken alanları temsil etmektedir. Örneğin ticaret unvanı kullanımı, sosyal medya platformlarındaki kullanıcı adları ve marka kimlikleriyle özel bir etkileşim içindeyken; ücret ve faiz isteme hakkı, influencerların gelir modellerinin karmaşıklığı nedeniyle özel değerlendirme gerektirmektedir. Bu yaklaşım, çalışmanın amacı olan influencer ekonomisinin hukuki çerçevesinin belirlenmesinde özellikle önem arz eden ve sektöre özgü adaptasyon ihtiyacı bulunan konulara odaklanılmasını sağlamaktadır.

A. Ticaret Siciline Tescil

Her tacir, açıldığı günden itibaren on beş gün içinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 40/1). Influencer faaliyetlerinin ticari işletme niteliğini kazanması durumunda, bu yasal zorunluluk influencerlar için de geçerli hale gelmektedir. Influencerların ticari faaliyetlerinin kapsamı ve niteliği göz önüne alındığında, bu yeni iş modelinin ticaret siciline tescil yükümlülüğü konusunda bazı özel düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunu ifade etmek mümkündür.

Influencer faaliyetlerinin dinamik ve değişken yapısı, geleneksel ticaret sicili uygulamalarının bu alana uyarlanmasını zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, influencerlar için özel bir sicil kategorisi oluşturulması veya MERSİS üzerinden online tescil imkanlarının geliştirilmesi düşünülebilir. Dijitalleşmenin artmasıyla genişleyen influencer sektörü, ticaret sicili sisteminin de bu gelişmelere ayak uydurmasını gerektirmektedir. Influencerların takipçi sayıları, iş birlikleri ve gelir modellerindeki hızlı değişimler, sicil kayıtlarının güncellenme sıklığı ve yöntemi konusunda yeni yaklaşımları zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, takipçi sayısı, etkileşim oranı, reklam geliri gibi metrikleri esas alan otomatik ve dinamik bir güncelleme

sistemi geliştirilebilir. Bu tür yenilikçi çözümler, influencer ekonomisinin özelliklerine uygun, daha etkin bir tescil ve takip mekanizması sağlayabilir.

B. Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme

TTK m. 18/2 uyarınca tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmekle yükümlüdür. Basiretli iş adamı gibi hareket etmek, hukuki ve fiili durumu dikkate alarak, öngörülü bir şekilde davranmak anlamına gelir. Tacir özellikle ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını ifa ederken basiretli davranmakla yükümlüdür¹⁰². TTK m. 18/2'nin influencerlara uygulanması, modern ticaret hayatının dijital dönüşümünü yansıtır. Sosyal medya üzerinden yapılan ticari faaliyetler, geleneksel ticaret kadar ciddi ve sorumluluk gerektiren bir alan haline gelmiştir. Bu bağlamda, influencerların da tıpkı geleneksel tacirler gibi basiretli davranma yükümlülüğüne tabi tutulmaları, dijital ekonominin regülasyonu açısından da önemli taşımaktadır. Influencerlar, sosyal medya platformlarında yaptıkları reklamlar, sponsorluk anlaşmaları ve içerik üretimleri ile ticari faaliyette bulunduklarından bu faaliyetler, onların iş alanını oluşturur ve bu alanda basiretli davranma yükümlülükleri ortaya çıkar. Basiretli bir influencer gibi davranmak, yapılan paylaşımların ve reklam faaliyetlerinin olası sonuçlarını öngörebilmeyi gerektirir. Örneğin, bir ürünü tanıtırken o ürünün potansiyel riskleri hakkında da bilgi sahibi olmaları ve buna göre hareket etmeleri gerekir. Reklam yaptıkları ürünler hakkında daha detaylı araştırma yapma, takipçilerini yanıltıcı bilgilerden koruma gibi yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁰³.

Geniş takipçi kitlesi ve yüksek etkileşim oranları sayesinde ürün ve hizmetlerin tanıtımında önemli rol oynayan influencerlar, tüketicilerin satın alma kararlarını etkilemektedir. Bu etki beraberinde önemli sorumluluklar getirmektedir. Influencerların özen yükümlülüğü, tacir sıfatıyla taşıdıkları basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün doğal bir uzantısıdır. Bu yükümlülük, influencerların tüm ticari faaliyetlerinde profesyo-

¹⁰² Arkan (n 48) 156; Ayhan, Çağlar and Özdamar (n 49) 230

¹⁰³ Influencerların basiretli davranma yükümlülüğü, onların sosyal medyadaki özel konumları ve takipçileriyle kurdukları samimi ilişki bağlamında da önem taşımaktadır. Geleneksel ünlülerden farklı olarak, influencerlar takipçileriyle daha yakın ve güvenilir bir bağ kurarlar, bu da onların tüketim alışkanlıklarını etkileme güçlerini artırır. Basiretli bir influencer, bu gücün farkında olarak, takipçilerinin güvenini kötüye kullanmaktan kaçınmalı, tanıttığı ürün veya hizmetler hakkında dürüst ve şeffaf olmalıdır. Paylaşımlarının reklam yerine samimi bir öneri gibi algılanması, onların daha dikkatli ve sorumlu davranmalarını gerektirir.

nel, etik ve hukuka uygun bir şekilde hareket etmelerini, müşterilerinin çıkarlarını gözetmelerini gerektirir¹⁰⁴. Basiretli bir tacir olarak influencer, sadece sözleşme kapsamındaki içeriklerde değil, tüm sosyal medya paylaşımlarında özenli olmalıdır. Müşterinin imajına zarar verebilecek, ırkçı, ayrımcı veya uygunsuz içeriklerden kaçınmak, basiretli davranışın ve özen yükümlülüğünün bir gereğidir¹⁰⁵.

Sosyal medya platformlarında sıkça karşılaşılan örtülü reklam, aldatıcı reklam, kötüleme ve karşılaştırmalı reklam gibi uygulamalar, influencer faaliyetlerinde haksız rekabete yol açabilmektedir. Bu nedenle influencerların, faaliyetlerinin adil rekabet ortamını bozmaması için özenli ve basiretli hareket etmeleri gerekmektedir. Keza haksız rekabetin engellenmesi için gerekli önlemleri alıp almadıkları da bu kapsamda değerlendirilecektir¹⁰⁶.

C. Ticaret Unvanı Seçme ve Kullanma

Tacirler, ticari işletmelerini açtıktan sonra 15 gün içinde, işletmelerini ve seçtikleri ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilan ettirmekle yükümlüdürler (TTK m. 18/1). TTK m. 41/1 uyarınca gerçek kişi tacirin ticaret unvanı, kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadından oluşan çekirdek kısım ile başlar. Buna, diğer ticaret unvanlarından ayırt edilmesini sağlayacak zorunlu ekler veya tacirin tercihinin bağlı ihtiyari ekler ilave edilebilir.

Günümüzde birçok influencer, ticari faaliyetlerini gerçek kişi tacir olarak yürütmektedir. Bu durumda, influencerlar da TTK hükümlerine tabi olup, ticaret unvanlarını belirlerken gerçek ad ve soyadlarını içeren çekirdek kısmı kullanmak zorundadırlar. Ancak, influencerlar bu zorunlu kısma ek olarak, sosyal medya platformlarında kullandıkları rumuzları, marka isimlerini veya içerik odaklı tanımlayıcı ifadeleri de unvanlarına ekleyebilirler. Örneğin, dünyayı gezerek seyahat içerikleri üreten bir influencer, ticaret unvanına “seyyah” veya “gezgin” kelimesini ekleyebilir. Ya da moda ve stil üzerine odaklanan bir influencer, unvanına “stil danışmanı” veya “moda gurusu” gibi ifadeleri dahil edebilir. Bununla birlikte kullanılan ekin tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmaması; gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir

¹⁰⁴ Atay (n 18) 89

¹⁰⁵ Keskin (n 28) 143; Zorluoğlu Yılmaz (n 14) 498

¹⁰⁶ Arkan (n 48) 156

(TTK m. 46/1). Dolayısıyla, teknoloji ve yazılım konularında içerik üreten bir influencer, eğer bilgisayar mühendisliği eğitimi almamış veya profesyonel bir yazılım geliştirme deneyimine sahip değilse, ticaret unvanında “yazılım mühendisi” veya “teknoloji uzmanı” gibi ifadeler kullanmaktan kaçınmalıdır.

Tüm ticari işlemlerin seçilen ticaret unvanı altında gerçekleştirmesi ve işletmeyle ilgili tüm belge ve senetlerin bu unvan altında imzalanması gerektiğinden tacir influencerlar, markalarla yaptıkları iş birliği anlaşmalarında, sponsorluk sözleşmelerinde ve faturalarında bu ticaret unvanını kullanmakla yükümlüdürler (TTK m. 39/1).

D. Ücret ve Faiz İsteme

Tacir olan veya olmayan bir kişiye ticari işletmesiyle ilgili bir iş veya hizmet gören tacir, uygun bir ücret isteyebilmenin yanı sıra, verdiği avanslar ve yaptığı giderler için ödeme tarihinden itibaren faize hak kazanır (TTK m. 20). Bu hükme dayanarak ücret talep edilebilmesi için taraflar arasında söz konusu iş veya hizmet karşılığında ücret ödeneceğine ilişkin bir anlaşmanın olmaması gerekir. Örneğin, taşıma sözleşmesinde gerçekleştirilecek taşıma işi karşılığında ücret ödeneceğine dair bir hüküm bulunmasa dahi, tacir taşıyıcı TTK 20’ye dayanarak, katedilen mesafe, taşınan yük ve taşımada kullanılan araç gibi faktörler dikkate alınarak bilirkişi aracılığıyla belirlenen uygun bir taşıma ücreti talep edebilir¹⁰⁷. Benzer şekilde, tacir sıfatını haiz bir influencerın yaptığı sözleşmede ücret konusunda bir anlaşma yoksa, TTK m. 20’ye dayanarak uygun bir ücret talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu ücretin belirlenmesinde, influencerın takipçi sayısı, takipçilerin niteliği, içeriğin etkileşim oranı, türü, yayınlandığı sosyal medya platformu, üretim kalitesi ve profesyonellik düzeyi, yayımlanma süresi ve paylaşım sıklığı, tanıtılan ürün veya hizmetin değeri gibi faktörler dikkate alınabilir¹⁰⁸.

Influencer, bir marka ile iş birliği yaparken kendi cebinden bazı harcamalar yapabilir. Örneğin, ürün tanıtımı için özel ekipman kiralayabilir, seyahat masraflarını karşılayabilir veya içerik üretimi için gerekli yazılımları satın alabilir. Bu harcamalar, iş birliği kapsamında yapılan avanslar ve giderler olarak nitelendirilebilir. Eğer yapılan masraflar anlaşılan tarihte ödenmezse, influencer ödenme tarihinden itibaren faiz talep etme hakkına sahip olur. Bu durum, influencerın ticari kendi kaynaklarını kullanarak

¹⁰⁷ ibid 159

¹⁰⁸ Hauri (n 39) 43; Keskin (n 28) 144

yaptığı harcamaların değerini korumayı ve olası finansal kayıplarını telafi etmeyi amaçlar¹⁰⁹. Dolayısıyla anılan hükümde belirtilen faiz, anapara (kapital) faizdir¹¹⁰.

SONUÇ

Sosyal medya, günümüzde ticari hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş, işletmelere geniş kitlelere ulaşma ve etkili pazarlama stratejileri uygulama imkânı sunmuştur. Bu dijital dönüşüm sürecinde, “influencer” olarak adlandırılan yeni nesil dijital aktörler, ticaret dünyasında önemli bir yer edinmiştir. Ancak, influencer kavramının net ve kesin bir tanımı bulunmamakta, bu kavram sektöre veya kişilerin kullanım amaçlarına göre farklılık gösterebilmektedir.

Influencerların tacir sıfatını kazanabilmeleri için gerekli bazı koşullar bulunmaktadır. Öncelikle bir işletmenin varlığından söz edilebilmesi için belirli düzeyde bir organizasyonun mevcudiyeti ve bu organizasyon vasıtasıyla dış dünyayla etkileşime geçilmesi gerekmektedir. Influencerların faaliyetleri bakımından içerik üretimi için gerekli (kamera ekipmanları, yazılımlar, sosyal medya hesapları gibi) maddi ve gayri maddi varlıkların sistemli bir şekilde kullanılması ve kişisel çaba ile zamanın etkin bir biçimde harcanması, genellikle bir organizasyon yapısının varlığına işaret etmektedir. Ayrıca, sosyal medya platformları üzerinden düzenli paylaşımlar yapılması ve takipçilerle etkileşime girilmesi, aleniyet unsurunu sağlamaktadır. Bununla birlikte, her influencer faaliyetinin otomatik olarak bu unsurları taşımayabileceği, özellikle küçük ölçekli veya hobi düzeyinde faaliyet gösterenler için durumun farklılık gösterebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Çoğunlukla influencerların faaliyetlerinin temelinde belirgin bir gelir elde etme amacı yattığını ifade etmek mümkündür. İçerik üretimi, platform seçimi, yatırım kararları, finansal planlama ve marka iş birlikleri gibi tüm stratejik kararların ekonomik kazanç odaklı olması, bu faaliyetlerin hobi veya amatör uğraştan ziyade ticari bir faaliyet olarak değerlendirilmesini gerektirir. Yine düzenli içerik üretimi ve paylaşımı, takipçilerle sürekli etkileşim, marka iş birlikleri ve uzun vadeli iş planlaması gibi faktörler, bu faaliyetlerin geçici bir hobi değil, süreklilik arz eden bir iş olduğunu göstermektedir. İçerik üretimi, marka iş birlikleri, çalışma düzeni ve platform seçimi gibi konularda kendi kararlarını alabilmeleri, sözleşme

¹⁰⁹ Arkan (n 48) 161

¹¹⁰ ibid 161; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 48) 156

şartlarını serbestçe belirleyebilmeleri ve faaliyetlerini büyük ölçüde bağımsız olarak yürütebilmeleri nedeniyle bağımsızlık kriterini de sağlamaktadırlar.

Influencerların faaliyetlerinin esnaf işletmesi sınırlarını aşıp aşmadığı, her bir somut olayda ayrı değerlendirilmelidir. Geniş takipçi kitlesine sahip ve yüksek bütçeli reklam faaliyetleri yürüten influencerların gelirleri, genellikle VUK m. 177/1'deki esnaf için belirlenen sınırları aşmaktadır. Bununla birlikte, küçük ölçekli veya hobi amaçlı faaliyet gösteren influencerların esnaf statüsünde kalabileceği veya hiçbir ticari sınıflandırmaya tabi olmayabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Her durumun takipçi sayısı, gelir düzeyi, faaliyet hacmi ve organizasyon yapısı gibi kriterler ışığında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yapılan değerlendirmeler ışığında, influencer faaliyetlerinin çoğu durumda ticari işletme niteliği taşıdığı ve dolayısıyla bu faaliyetleri yürüten kişilerin tacir sıfatını kazanabileceği sonucuna varılmıştır. Bununla birlikte, temyiz kudreti yerinde olmayan küçüklerin yer aldığı influencer hesaplarında, hesabı yöneten ve ticari faaliyeti gerçekleştiren velilerin tacir olarak nitelendirilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Ayrıca, gerçekte sahip olmadıkları etki gücüyle işletmeleri yanıltarak bir ticari işletme açmış gibi davranan, takipçi sayısı veya etkileşim oranları organik olmayan influencerların, TTK m. 12/3 kapsamında üçüncü iyi niyetli kişilere karşı tacir gibi sorumlu tutulabileceği değerlendirilmiştir.

Tacir sıfatının kazanılması, influencerlar açısından önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu kapsamda, ticaret siciline tescil yükümlülüğü, basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğu, ticaret unvanı seçme ve kullanma mecburiyeti ile ücret ve faiz isteme hakkı gibi konular ele alınmıştır. Özellikle basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün, influencerların takipçileri üzerindeki etkisi ve sosyal medyanın kendine özgü dinamikleri göz önüne alındığında, özel bir önem taşımaktadır.

Son olarak çalışmamızda ortaya koyulduğu üzere, mevcut hukuki düzenlemeler influencer faaliyetlerinin nitelendirilmesinde çeşitli zorluklara yol açmaktadır. Özellikle ticari işletmenin işletilmeye başlanma anının tespitinde, geleneksel işletmelerden farklı olarak belirgin bir başlangıç noktası bulunmamaktadır. Takipçi sayısı, etkileşim oranı, içerik üretiminin yoğunluğu, gelir modelinin türü gibi faktörlerin her olayda farklılık göstermesi, tacir sıfatının kazanılma anının belirlenmesini güçleştirmektedir. Bu noktada, influencer faaliyetlerinin ticari işletme niteliğini kazandığı anın tespiti için somut kriterlerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Bunun için öncelikle sosyal medya platformlarına özgü iş modellerinin ve gelir kaynaklarının hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturulması, ardından ticari

işletme unsurlarının bu bağlamda nasıl değerlendirileceğine ilişkin düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Aynı zamanda, ticaret sicili kayıt sisteminin de dijital işletmelerin özelliklerini dikkate alacak şekilde güncellenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, hem influencerların hukuki statüsünün belirlenmesini kolaylaştıracak hem de ticari hayatın güvenliğine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Akdoğan A, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi (16th edn, Gazi Kitabevi 2023)

Akkurt S S, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması (3rd edn, Seçkin Yayınları 2023)

Aksın S T, ‘Evlerinden Elektronik Ticaret Yapan Gerçek Kişi Satıcıların Tacir Sıfatları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023)

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (29th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023)

Atay G, ‘Influencer Sözleşmesi’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İbni Haldun Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021)

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (14th edn, Yetkin Yayınları 2021)

Balta Peltekoğlu F and Demir Askeroğlu E, ‘Dijital Halkla İlişkiler: Fenomenler Dijital Marka Elçisi Olabilir Mi?’ (2019) 12(2) Selçuk İletişim 1044-1067

Baytan Avkovan S, ‘Influencer Sözleşmeleri’ in A Hulki Cihan and Tuğçe Tuzcuoğlu (eds), Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Bergkvist L and Taylor C R, ‘Leveraged marketing communications: a framework for explaining the effects of secondary brand associations’ (2016) 6(3) AMS Review 157-175

Boyd D M and Ellison N B, ‘Social Network Sites: Definition, History and Scholarship’ (2008) 13 JCMC 210-230

Bozer A and Göle C, Ticari İşletme Hukuku (8th edn, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2023)

Bulut H, ‘Influencer ve Fenomen Aracılığıyla Pazarlama Kavramlarının Değerlendirilmesi ve Bu Çerçevede Influencerın Takipçilerine Karşı Doğan Sorumluluğu’ (2024) 26(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 753-800

Canlı M and Elgün M N, *Influencer Marketing, Hatırlı Pazarlama Uygulamalarının Tüketici Satın Alma Davranışlarına Etkisi* (1st edn, NEÜ Yayınları 2021)

Canöz K, Gülmez Ö and Eroğlu G, ‘Pazarlamanın Yükselen Yıldızı Influencer Marketing: Influencer Takipçilerinin Satın Alma Davranışını Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma’ (2020) 23(1) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 73-91

Cooper K, ‘Influencers: Not So Fluent in Disclosure Influencers’ (2021) 41(1) Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review 82 77-110

Stefano V D, ‘The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-demand Work, Crowd Work and Labor Protection in the “Gig Economy”’ (2016) 37(3) Comparative Labor Law and Policy Journal 471-504

Demir K, ‘Dijital Çağın Gözde Mesleği “Influencerlık” ve Influencerların Hukukî Statüsü’ (2023) 6(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43-59

Demirkapı E, ‘Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi’ (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371-442

Ergin N E, ‘Sosyal Medya Fenomenlerinin ve Youtuberların Vergilendirilmesi’ < <https://vergialgi.com/sosyal-medya-kazanclarinin-vergilendirilmesinde-yeni-donem-ve-sorunlar> > Erişim Tarihi 22 Ağustos 2024

Gedik Y, ‘Pazarlamada Yeni Bir Çerçeve: Sosyal Medya ve Web 2.0’ (2020) 3(1) Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi 252-269

Goanta C and Ranchordás S, ‘The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction’ in Catalina Goanta and Sofia Ranchordás (eds), *The Regulation of Social Media Influencers* (1st edn, Edward Elgar Publishing 2020)

Elçin Grassinger G, *Sponsorluk Sözleşmesi* (1st edn, Yetkin 2003)

Hauri D, ‘Wie findet ein Unternehmen den passenden Influencer? Eine Untersuchung zur Entwicklung einer Strategie für die Eingehung einer Kooperation mit Influencern in der Reisebranche’ (Bachelor's thesis, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften School of Management and Law 2020) < https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/21595/3/Bachelorarbeit_Brand%20Fit_Dominique%20Hauri.pdf > Erişim Tarihi 22 July 2024

Huhn J, 'Brand Ambassadors vs. Influencers: A Comparison' (Referral Rock) <<https://referralrock.com/blog/brand-ambassadors-vs-influencers>> erişim tarihi 22 Temmuz 2024

İmamoğlu S H, Sponsorluk Sözleşmesi (1st edn, Yetkin 2003)

Johne J, Effectiveness of Influencer Marketing (1st edn, Spring Gabler 2023)

Kalenderoğlu M, Vergi Hukuku Türk Vergi Sistemi (18st edn, Seçkin Yayıncılık 2017)

Kaplan A M and Haenlein M, 'Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media' (2010) 53 Business Horizons 59-68

Karatepe Kaya M, 'Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi' (2021) 70(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 667-719

Kaya M, 'Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali' (2015) 119 TBB Dergisi 277-306

Kayihan Ş, Ticari İşletme Hukuku (7th edn, Seçkin Yayıncılık 2021)

Keskin A D, 'Influencer Sözleşmesi' (2022) 13 İnÜHFD 129-147

Kozinets R V, Gretzel U and Gambetti R, Influencers and Creators: Business, Culture and Practice (1st edn, Sage Publishing 2023)

Mualla Öncel M, Kumrulu A, Çağan N and Göker C, Vergi Hukuku, (30th edn, Turhan Kitabevi 2021)

Öçal A, 'Serbest Mesleki Faaliyetlerin Ticaret Kanunu Karşısındaki Durumu' (1977) 13(2) Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 398-405

Özdemir S S and Doğanay M Z, 'Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2019) 7(13) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 295-337

Özel M, Sosyal Medya Hukukunda Influencer Marketing (Nüfuz Pazarlaması) Sözleşmeleri (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2022)

Öztürk R, 'Niş Pazarlama Yaklaşımının Bibliyometrik Analiz İle İncelenmesi' (2020) 12(3) İşletme Araştırmaları Dergisi 2799-2810

Poroy R, Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku (18th edn, Vedat Kitapçılık, 2019)

Solmecke C, 'Influencer-Marketing & Recht' in Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring (1st edn, Rheinwerk Verlag GmbH 2018) 259-29

Tekinalp Ü, ‘Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek’ (2008) 24(3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-16

Turban E, Whiteside J, King D and Outland J, Introduction to Electronic Commerce and Social Commerce (4th edn, Springer International Publishing 2017)

Turban E, Strauss J and Lai L, Social Commerce Marketing, Technology and Management (1st edn, Springer International Publishing 2016)

Tüzegen A H, Türk Hukukunda Sosyal Medya Reklamları (1st edn, On İki Levha Yayınları 2023)

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku, (8th edn, Vedat Kitapçılık 2022)

Wu K, ‘Youtube Marketing: Legality of Sponsorship and Endorsements in Advertising’ (2016) 22 Journal of Law, Business Ethics 59-92

Yurttakal C and Yıldız S, ‘Son Mevzuat Değişiklikleri Çerçevesinde Türkiye’de Sosyal Medya Fenomenlerinin Vergilendirilmesine İlişkin Genel Değerlendirme’ (2024) 6(2) BILTURK, The Journal of Economics and Related Studies 121-135

Zorluoğlu Yılmaz A and Yıldırım Dindar A, ‘Influencer Sözleşmesi’ (2024) 73(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 477-534

#NİSPİ TİCARİ DAVANIN TESPİTİNDEKİ GÜÇLÜKLERİN DAVA ŞARTI ARABULUCULUKTA YOL AÇABİLECEĞİ USULÎ SORUNLAR*

(PROCEDURAL PROBLEMS THAT MAY ARISE FROM THE DIFFICULTIES IN
DETERMINING RELATIVE COMMERCIAL ACTION IN CASE CONDITION
(MANDATORY) MEDIATION)

Dr. Seda KAYNAK**

ÖZ

Ticari dava niteliğini haiz ve konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır (TTK m. 5/A). Şüphesiz bu durum, nispi ticari davalar için de geçerlidir. Bununla birlikte, nispi ticari davanın tespiti için temel olarak ticari işletme ile esnaf işletmesinin ayırt edilmesi gerekmektedir. Bunun için ise, çok yönlü bir araştırma yapılmalıdır. Nispi ticari davanın tespitine ilişkin belirtilen güçlük arabuluculuk sürecinde daha yoğun bir şekilde gündeme gelmektedir. İşte bu çalışmada, nispi ticari davanın tespitinde yapılabilecek hataların doğurduğu usulî sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nispi Ticari Dava, Ticari İşletme, Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuk Ücreti, Arabulucunun Yetki ve Yükümlülükleri

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 17.08.2024 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 30.08.2024 tarihinde birinci hakem; 11.10.2024 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, sedakaynak@uludag.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-2439-7722

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atf için; KAYNAK, Seda, “Nispi Ticari Davanın Tespitindeki Güçlüklerin Dava Şartı Arabuluculukta Yol Açabileceği Usulî Sorunlar”, REGESTA, Cilt: 9, Sayı: 3, 2024, s. 637-664.

ABSTRACT

It is a requirement to apply to mediation in commercial actions involving debt of actions, actions of compensation, actions for annulment of objections, negative declaratory actions, and actions for restitution, where the subject matter is a sum of money (Turkish Commercial Code, Art. 5/A). Undoubtedly, this also applies to relative commercial cases. However, in order to determine a relative commercial case, it is basically necessary to distinguish between a commercial undertake and a tradesman enterprise. For this, a multifaceted research should be conducted. The aforementioned difficulty regarding the determination of a relative commercial action becomes more concrete in the mediation process. This study will focus on the procedural problems arising from any possible mistakes in the determination of a relative commercial action and the proposed solutions.

Keywords: *Relative Commercial Action, Commercial Undertake, Case Condition (Mandatory) Mediation, Mediation Wage, Authority and Obligations of the Mediator*

I. GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) m. 5/A'ya göre, ticari dava niteliğini haiz ve konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında arabuluculuğa başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Söz konusu hükmün uygulanması açısından önem arz eden kavramların başında “ticari dava” kavramı gelmektedir. Zira TTK m. 5/A bağlamında dava şartı arabuluculuktan söz edilebilmesi için ilk olarak, bir ticari davanın bulunması gerekmektedir.

Havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davaları konu edinen davalar² (TTK m. 4/1, son cümle) bir yana bırakılırsa,

¹ RG 14.02.2011/27846

² TTK m. 4/1, son cümle gereği, havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar, ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi halinde ticari dava sayılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (29th edn, BTHAE 2023) 16-117; Reha Poroy and Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku (19th edn, Seçkin Yayınevi 2022) 143 vd; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya and N. Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku (8th edn, Vedat Kitapçılık 2022) 70-71

ticari davalar, mutlak ticari dava ve nispi ticari dava olarak ikiye ayrılacaktır. Mutlak ticari davalar, TTK m. 4/1, a ve f bentleri arasında sayılanlar ile özel kanunlarda (örn. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu³ m. 99) açıkça ticari dava olarak nitelendirilen davalardır⁴. Mutlak ticari davada, dava özü itibarıyla ticari olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, davanın taraflarının tacir olup olmadığı ve/veya uyuşmazlığın ticari işletmeyle ilgili olup olmadığı konusunda araştırma yapılmamaktadır⁵. Nispi ticari dava ise, her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan davalardır⁶ (TTK m. 4/1). Dolayısıyla, nispi ticari davadan söz edilebilmesi için iki ticari işletme bulunmalı ve uyuşmazlık her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olmalıdır. Bu açıdan, nispi ticari davanın varlığı, ilk olarak ticari işletmelerin tespitini gerektirmektedir. Bununla birlikte, ticari işletmenin tespiti, özellikle bir işletmenin “ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi” olduğunun belirlenmesi konusunda güçlük arz edebilmektedir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu durum, nispi ticari davanın tespitini de zorlaştırabilmektedir. Zira uyuşmazlığın konusu, taraflardan birisinin ticari işletmesi ile ilgili olsa bile diğer tarafın ticari işletmesiyle ilgili değilse (bu kapsamda uyuşmazlığın diğer tarafı esnafsa ve uyuşmazlık esnaf işletmesiyle ilgiliyse) nispi ticari dava ortaya çıkmayacaktır⁷.

Nispi ticari davanın tespitindeki güçlük arabuluculuk sürecine de sırayet etmektedir. Zira arabulucunun, önüne gelen başvurunun nispi ticari dava olup olmadığını tespit etmesini de karmaşık hale getirebilmektedir⁸.

³ RG 10.05.1969/13195.

⁴ Mutlak ticari dava kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan (n 2) 109 vd; Poroy and Yasaman (n 2) 140 vd; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 2) 62 vd; Levent Börü and İlker Koçyiğit, Ticari Dava (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021) 33 vd

⁵ Arkan (n 2) 109; Poroy and Yasaman (n 2) 140; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 2) 62; Börü and Koçyiğit (n 4) 33; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (15th edn, Yetkin Yayınları 2022) 77

⁶ Nispi ticari dava kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan (n 2) 117 vd; Poroy and Yasaman (n 2) 147 vd; Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 2) 71 vd. Olması gereken hukuk bakımından nispi ticari davanın terkedilmesi gerektiği görüşü için bkz. İsmail Kırca, ‘Nispi Ticari Davaya Dair’ (2017) 33 (1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 55, 58

⁷ Arkan (n 2) 118; Börü and Koçyiğit (n 4) 86; Cafer Eminoğlu and Ersin Erdoğan, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 191-192. Bu doğrultuda bkz. İstanbul BAM 19. HD, 1874/908, 14.04.2023 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Konya BAM 6. HD, 882/458, 05.06.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁸ Burada belirtelim ki, arabuluculuk bürosunun uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığını inceleme yetkisi ve yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu konuda bkz. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özkes, Murat Atalı and Vural Seven, Hukuk

Bu durum, nispi ticari davanın belirlenmesinde hataya düşülmesini de olası hale getirmektedir. Örneğin, arabulucu, aslında esnaf işletmesi olan bir işletmeyi ticari işletme olarak kabul etmiş ve o işletmeyi işleten kişinin taraf olduğu uyuşmazlığı nispi ticari dava olarak nitelendirerek dava şartı arabuluculuk kapsamında görmüş olabilir. Şüphesiz tam tersi yönde bir ihtimalle de karşılaşılabılır. Bu çerçevede, arabulucu, aslında ticari işletme olan bir işletmeyi hataya düşerek esnaf işletmesi olarak kabul etmiş ve böylelikle nispi ticari davanın bulunmadığı düşüncesiyle dava şartı kapsamında olan bir uyuşmazlığın dava şartına tabi olmaması sebebiyle dosyayı iade etmiş olabilir. Bu tür hatalar, usul hukuku bakımından pek çok soruna yol açabilir. Örneğin, aslında ticari işletme olan bir işletmenin esnaf işletmesi olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla dava şartı kapsamında olan bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmadığı gerekçesiyle arabuluculuk faaliyetinin yürütülmemesi halinde, dava şartı eksikliğinin ortaya çıkarabileceği sorunlar ile karşılaşılabılır. Benzer şekilde, aslında esnaf işletmesi olan bir işletmeyi ticari işletme olarak kabul eden ve o işletmeyi işleten kişinin taraf olduğu uyuşmazlığı dava şartı kapsamında yürüten arabulucunun ücrete hak kazanıp kazanmayacağı ile ücret hakkı kaynaklı yargılama giderlerinden sorumluluğun kime yükleneceği soruları ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada belirtilen noktalar üzerinde durulacaktır. Bu doğrultuda, ilk olarak, arabuluculuk kurumunun özellikleri merkeze alınarak nispi ticari davanın tespitindeki güçlük ana hatlarıyla⁹ ortaya koyulacaktır. Ardından arabuluculuk sürecinde nispi ticari davanın tespiti konusunda meydana gelebilecek hatalar ile bunların çözümleri üzerinde durulacaktır.

Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2019) 166; Nesibe Kurt Konca, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) (68) Adalet Dergisi 367, 389; Zeynep Bahadır, 'Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usulî Sorunlar' in Fulya Erlüle (ed), 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı (1st edn, 2021 Asos Yayınevi) 391; Cihan Nebi Kökbudak, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi ile Çözülmesi (KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019) 128

⁹ Doktrinde Eryiğit, çalışma konumuzun bu kısmına ilişkin olarak oldukça detaylı açıklamalarda bulunmuştur. Bu konuda bkz. Harun Eryiğit, 'Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti' (2020) 7 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259, 260 vd. Bu nedenle, tekrara düşmemek adına çalışmada bu kısım üzerinde ana hatlarıyla durulacak; daha detaylı açıklamalar, arabuluculuk sürecinde nispi ticari davanın tespiti konusunda karşılaşılabilecek hatalar ile bunların yol açabileceği hukuki sorunlar hakkında yapılacaktır.

II. NİSPİ TİCARİ DAVANIN TESPİTİNDEKİ GÜÇLÜKLER

A. Genel Olarak

Nispi ticari davanın tespiti, esas itibarıyla ticari işletmenin tespitini gerektirmektedir. TTK m. 11/1’de ticari işletme kavramı, “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, ticari işletme, esnaf işletmesi ile karşılaştırmaya tabi tutularak tespit edilebilecektir. Dolayısıyla burada önem arz eden nokta, ticari işletmeyi esnaf işletmesinden ayırmaktır.

TTK m. 11/2’de ifade edildiği üzere, ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır Cumhurbaşkanlığı kararıyla belirlenecektir. Fakat ilgili Cumhurbaşkanlığı kararı henüz çıkarılmamıştır. 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun¹⁰ m. 10¹¹ bu karar çıkarılıncaya kadar mevcut düzenlemelerin uygulanacağını öngörmektedir. Bu nedenle, 2007 tarihli Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı¹² halen uygulanmakta; esnaf işletmesi-ticari işletme ayrımı bu karara göre yapılmaktadır.

¹⁰ RG 14.02.2011/27846

¹¹ Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10 şöyledir: “Türk Ticaret Kanununun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır”.

¹² RG 21.07.2007/26589. Kararın tam metni şu şekildedir: “Esnaf ve sanatkar ile tacir ve sanayicinin ayrımı MADDE 1 – (1) 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63 üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12 nci ve 17 nci maddelerinin uygulaması bakımından; a) Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete’de yayımlanacak esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkar sayılmaları ile esnaf ve sanatkar siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri, Ancak, esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkar sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkar sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkar sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması, b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar

Söz konusu karara göre, esnaf işletmesi ve dolayısıyla esnaf, üç aşamalı bir inceleme ile şu kıstaslara göre tespit edilecektir¹³: Esnaf olmanın birinci koşulu, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu tarafından belirlenen meslek kollarından birine dâhil olmaktır. İkinci aşamada, bu meslek kollarından birine dâhil olan kişi, vergilendirilme esaslarına göre değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Buna göre, vergiden muaf olanlar [193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu¹⁴ (GVK) m. 9] ile basit usulde vergilendirilenler (GVK m. 46-51) esnaf sayılacaktır. İlgilinin işletme hesabına göre defter tutması halinde ise, üçüncü bir aşama olarak işletmenin iş hacmi (yıllık alım ve satım bedelleri, iş hasılatı) esasına dayalı bir inceleme daha yapılacaktır. Buna göre, işletme hesabına göre defter tutan kişi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu¹⁵ (VUK) m. 177/1 ve 3'te yer verilen nakdî limitlerin yarısını, VUK m. 177/2'de belirtilen limitin ise tamamını aşmıyorsa yine esnaf sayılacaktır¹⁶.

Anılan karar gereği, ticari işletmenin ve dolayısıyla tacirin belirlenmesinde de esnaf işletmesinin/esnafın belirlenmesine paralel bir inceleme yapılması gerekmektedir. Buna göre, bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutmasına rağmen VUK m. 177/1 ve 3'te yer verilen nakdi limitlerin yarısını, VUK m. 177/2'de belirtilen limitin ise tamamını aşanlar tacir sayılacaktır¹⁷.

Birliğin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri, kararlaştırılmıştır". Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İsmail Kırca, 'Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi' (2007) 24 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 295, 295 vd; Ertan Demirkapı, 'Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi' (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371, 414 vd

¹³ Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 2) 87-88

¹⁴ RG 06.01.1961/10700

¹⁵ RG 10.01.1961/10703, 11.01.1961/10704, 12.01.1961/10705

¹⁶ VUK m. 177'de öngörülen limitler her yıl değiştirilmektedir. Güncel limitlerin parantez içinde ve kalın punto ile gösterildiği mevcut düzenleme şu şekildedir: "1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 7.200.000.000 (1.400.000 TL) lirayı veya satışlarının tutarı 8.640.000.000 (2.000.000 TL) lirayı aşanlar; 2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 3.600.000.000 (690.000 TL) lirayı aşanlar; 3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 7.200.000.000 (1.400.000 TL) lirayı aşanlar ..."

¹⁷ Ülgen, Helvacı, Kaya and Nomer Ertan (n 2) 89.

Görüldüğü üzere, ticari işletmenin tespiti çok yönlü bir araştırma gerektirmektedir. Burada vurgulanmalıdır ki, ticari işletmenin tespiti için yukarıda ifade edilen incelemenin yapılması şarttır. Başka bir kavram veya kurumdan hareket edilerek bir işletmenin, ticari işletme mi yoksa esnaf işletmesi mi olduğu konusunda kesin bir yargıya varılamamaktadır. Örneğin, ilgili işletmenin ticaret siciline mi yoksa esnaf siciline mi tescil edilmiş olduğu, o işletmenin ticari işletme veya esnaf işletmesi olduğu konusunda kesin bir sonuca varmaya olanak tanımamaktadır¹⁸. Aynı durum, odalara kayıt için de geçerlidir. Bu kapsamda, işletmeyi işleten kişinin ticaret odasına kayıtlı olması bir ticari işletmenin, esnaf odasına kayıtlı olması ise bir esnaf işletmesinin bulunduğu anlamına gelmemektedir¹⁹.

B.Arabulucunun Hak ve Yetkileri Açısından

Ticari işletmenin tespit edilmesi ve özellikle ticari işletme ile esnaf işletmesi ayrımının yapılması için o işletme hakkında, Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nun belirlediği meslek kollarından birine dâhil olup olmadığı, hangi vergi ve defter tutma düzenine tabi olduğu ve ne kadar iş hacmi (yıllık alım ve satım bedeli, iş hasılatı) bulunduğu hususlarında inceleme yapılması gerektiğini hemen yukarıda belirttik. Bu hususların ayrı ayrı incelenmesi ve sonuca varılması her zaman kolay değildir. Vergi kanunlarına ve muhasebeye hâkimiyeti de gerektiren bu incelemeyi yapmak, uyuşmazlığın tarafları, taraf vekilleri ve hatta hâkim için bile pek çok halde mümkün değildir²⁰. Bu sebeptendir ki, uygulamada da hâkimlerin çoğunlukla, ilgili ticaret sicili müdürlüklerine, vergi dairelerine, odalara ve borsalara başvurarak tarafların tacir olup olmadıklarını sordukları görülmektedir. Fakat burada, ticari işletmenin tespiti konusuna önemli bir ekleme daha yapılmalıdır. Ticari işletmenin tespiti konusunda anılan kurumlara yapılan başvurular ve gelen cevaplar uygulamada her zaman ihtiyaca cevap veremeyebilir. Zira söz konusu esasların bir ticari işletmenin bulunup bulunmadığını ortaya koyabilmesi için ilgili işletmenin usulüne uygun bir vergi ve ticari defter düzenine sahip olması gerekmektedir. Bununla birlikte, ülkemizde pek çok işletmenin kayıt dışı olarak faaliyet gösterdiği, usulüne uygun bir vergi ve ticari defter düzeninin bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle, ticari işletme-

¹⁸ Kırca (n 12) 300; Eryiğit (n 9) 281-282. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 11515/1718, 06.03.2018 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

¹⁹ Bu doğrultuda bkz. Yargıtay 11. HD, 8149/565, 28.01.2002 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

²⁰ Bu konuda istatistiklerle desteklenen ayrıntılı açıklamalar için bkz. Furkan Özbek, Ticari Davalarda Görev (1st edn, Adalet Yayınevi 2023) 162 vd

nin tespiti, başkaca incelemeler yapılmasını da gerektirmektedir. Uygulamada ilgili sicil, oda, borsa ve vergi dairesine sormanın yanı sıra gerektiğinde zabıta marifetiyle mahalde araştırma da yaptırılması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir²¹.

Arabulucunun hak ve yetkileri açısından konuya yaklaşıldığında da benzer ve hatta daha güç bir durum ile karşılaşmaktadır. Öncelikle, tıpkı taraflar, taraf vekilleri ve hâkimler gibi arabulucunun da vergi ve ticari defterler hususunda da bilgi gerektiren söz konusu incelemeyi yapması zordur. Bunun dışında, arabulucu, hâkimin sahip olduğu ilgili kurumlardan bilgi ve belge isteme, bu kurumlardan gelen cevabın yeterli olmaması halinde zabıta marifetiyle mahalde araştırma yaptırma vb. araçlara başvurma gibi yetkilere sahip değildir. Zira 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu²² (HUAK) m. 15/4 ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği²³ (HUAKEY) m. 17/4 gereği, arabulucu, ancak hâkim tarafından yapılabilecek, yargısal bir yetkinin kullanımı olan işlemleri yapmaya yetkili değildir. Bu nedenle, arabulucunun, ticaret sicili müdürlüklerine, vergi dairelerine, odalara ve borsalara başvurarak onlardan bir ticari işletme bulunup bulunmadığına ilişkin bilgi ve belge talep etme²⁴, tanık dinleme, gerek-

²¹ “Davalının gerçek kişi olarak sicilde kaydının bulunmadığı Ticaret Sicil Müdürlüğü ve tacir olarak vergi mükellefiyet kaydının bulunmadığı Vergi Dairesi Müdürlüğü cevabi yazılarından anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalının tacir olup olmadığı hususunda anılan kurumlar nezdinde yapılan araştırmadan başkaca bir araştırma da yapılmamıştır. Bu durumda, mahkemece, İstanbul ve Antalya ilindeki Ticaret ve Sanayi Odalarından, TOBB’dan, meslek odalarından, borsadan, davalının bir ticari işletmeyi kendi adına işletip işletmediği sorularak ve gerekirse İstanbul ile Antalya ilinde zabıta marifetiyle bu hususta araştırma yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır” Yargıtay 23. HD, 8943/3400, 02.06.2016 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı). Aynı yönde başka bir karar için bkz. Yargıtay 12. HD, 9361/16162, 07.11.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

²² RG 22.06.2012/28331

²³ RG 02.06.2018/30439

²⁴ HUAKEY m. 17/10’da “Arabulucular, yargı organları ve elektronik altyapısını tamamlamış kamu kurum ve kuruluşları ile bilgi ve belge alışverişini elektronik ortamda yapabilirler” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, arabulucunun kamu kurum ve kuruluşlarından bilgi ve belge istemeye yetkili olduğu, üstelik bunu elektronik ortamda da yapabileceği şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte, doktrinde, haklı olarak, söz konusu bilgi ve belge isteme yetkisinin arabulucunun hukuki bir değerlendirme yapması için kullanılamayacağı ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Orhan Dür, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (2nd edn, Adalet Yayınevi 2022) 417-418. Bu nedenle, arabulucunun, bir ticari işletmenin bulunup bulunmadığı konusunda

mesi halinde zabıta marifetiyle mahalde araştırma gibi farklı araçlara başvurma yetkileri yoktur. Belirtilen tüm bu araçlar, ancak uyuşmazlığın görevli ve yetkili mahkeme tarafından görülmesi esnasında kullanılabilir. Bu nedenle, arabulucunun konumu itibarıyla arabulucudan böyle bir inceleme yapmasını ve ticari işletmeyi tespit etmesini beklemek gerçekçi değildir²⁵.

III. ARABULUCUNUN NİSPİ TİCARİ DAVANIN TESPİTİNDE HATAYA DÜŞMESİNİN YOL AÇABİLECEĞİ HUKUKİ SORUNLAR

A. Ön Soru: Arabulucunun Dava Şartı İncelemesi Yapmaya Yetkili ve Yapmakla Yükümlü Olup Olmadığı

Buraya kadar ifade ettiğimiz üzere, hak ve yetkileri bakımından arabulucunun, ticari işletmeyi ve nispi ticari davayı, dolayısıyla uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını tespit etmesi oldukça zordur. Bu nedenle, arabulucunun ticari işletmenin tespitinde hataya düşmesi; ticari işletmeyi esnaf işletmesi, esnaf işletmesini ise ticari işletme olarak nitelendirerek uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı konusunda hatalı bir kanıya varması olasıdır. Aşağıda, bu hataların yol açabileceği hukuki sorunlar üzerinde durulacaktır. Ancak bu hukuki sorunlara geçmeden önce, bir ön sorunun yanıtlanması gerekmektedir. Bu soru, arabulucunun, önüne gelen bir dava şartı arabuluculuk başvurusunda, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemeye yetkili ve böyle bir inceleme yapmakla yükümlü olup olmadığıdır. Bu soruya verilecek yanıt, aşağıda incelenecek özel sorunlar bakımından da belirleyici olacaktır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, bir uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında olup olmadığının belirlenebilmesi için ilk olarak, ilgili uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Başka bir deyişle, ilk adımda, arabuluculuğa elverişlilik incelemesi yapılmalıdır. Zira bir uyuşmazlık, ancak arabuluculuğa elverişli ise dava şartı arabuluculuk kapsamında olabilir. Arabuluculuğa elverişli olmayan uyuşmazlık, evleviyetle dava şartı kapsamında olmayacaktır²⁶. Bu doğrultuda, bir tica-

bilgi ve belge talep etme yetkisi yoktur. Zira bu inceleme, hukuki bir değerlendirmeyi içermektedir.

²⁵ Eryiğit (n 9) 268-269, 278-279

²⁶ Eminoğlu and Erdoğan (n 7) 222; Mehmet Ertan Yardım, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 93; Abdullah Berat Memiş, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (1st edn, Seçkin Yayınevi 2020) 57 vd

ret hukuku uyuşmazlığının dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığı incelemesi şu sıralama ile yapılmalıdır: İlk olarak, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığı incelenmelidir. Bu konuda HUAK m. 1/2 önem arz etmektedir. Buna göre, “*ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan uyuşmazlıklar*” arabuluculuğa elverişlidir. Bu nedenle, ilk olarak ticaret hukuku uyuşmazlığının tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğup doğmadığı tespit edilmelidir. Uyuşmazlığın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği iş veya işlemlerden doğduğu tespit edilirse, ikinci olarak, TTK m. 5/A’ya göre inceleme yapılmalıdır. Bu aşamada, bir ticari davanın bulunup bulunmadığı ile uyuşmazlığın konusunun bir miktar para olup olmadığı değerlendirilmelidir. Uyuşmazlığın ticari dava olmadığı ve/veya konusunun bir miktar para olmadığı tespit edilirse, dava şartı arabuluculuktan söz edilemez. Bu son halde uyuşmazlık, ancak ihtiyari arabuluculuk sürecine konu edilebilir.

Görüldüğü üzere, bir ticari uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hususu iki aşamalı bir inceleme gerektirmektedir. Bununla birlikte, arabulucunun her iki incelemeyi de yapmaya yetkili ve yapmakla yükümlü olup olmadığı hususu üzerinde durulmalıdır. Bu kapsamda, arabulucunun hem “arabuluculuğa elverişlilik” (HUAK m. 1/2) hem de “dava şartı kapsamında olma” (TTK m. 5/A) incelemesi yapıp yapamayacağı sorusuna yanıt aranmalıdır.

Belirtmek gerekir ki, arabulucunun “uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını” incelemeye yetkili ve hatta incelemekle yükümlü olduğu konusunda tereddüde yer yoktur²⁷. Nitekim HUAK m. 17/1, d’de ve HUAKY m. 20/1, d’de, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını tespiti, arabuluculuk faaliyetinin sona erdirileceği haller arasında sayılmıştır. Bu düzenleme uyarınca, arabulucu, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını incelemeli ve elverişli olmadığını tespit ederse süreci sonlandırmalıdır. Arabuluculuğa elverişlilik incelemesinin aksine,

²⁷ Süha Tanrıver, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (2nd edn, Yetkin Yayınları 2022), 141, 173-174; İbrahim Ermenek, ‘Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi’ (2020) 46 (4) Yargıtay Dergisi 1017, 1043; Kurt Konca (n 8) 390; Evrim Erişir, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler’ in Ali Yeşilirmak, Yeliz Bozkurt Güm-rükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacak and Ahmet Dülger (eds) Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2021) 343

gerek HUAK gerekse de HUAKY’de arabulucunun “uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını” inceleme yetki ve yükümlülüğü ile ilgili bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Öte yandan, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 20.06.2021 tarihli açıklamasında arabulucunun önüne gelen uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemekle yükümlü olduğu yönünde görüş bildirmiştir²⁸. Bu kapsamda, arabulucudan, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemesi ve uyuşmazlık dava şartı kapsamında değilse, dosyayı büroya iade etmesi beklenmektedir. Uygulama da bu açıklamaya paralel şekilde gelişmiştir.

Buraya kadar ortaya koyulan arabulucunun “uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını” inceleme yetki ve yükümlülüğüne ilişkin arka plan, doktrinde konu ile ilgili farklı görüşlerin ileri sürülmesini beraberinde getirmiştir. *Kurt Konca*, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını gözetmek durumunda olduğunu ifade etmektedir²⁹. Bununla birlikte, dava şartı arabuluculuğun hak arama özgürlüğünü sınırladığına dikkat çeken yazar, konuyla ilgili olarak herhangi bir

²⁸ Bir Uyuşmazlığın Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı ve Uyuşmazlık Türünün Belirlenmesine İlişkin Görüş: “6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Arabulucuyu; hukuk fakültesi mezunu, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip olan ve arabuluculuk faaliyetini yürüten gerçek kişi olarak tanımlamıştır. Bu itibarla, Arabuluculuk Kanunu uyarınca arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisine sahip olan arabulucunun, gerek mesleki kıdemi, gerek almış olduğu arabuluculuk temel eğitimi ve gerekse uzmanlık eğitimi doğrultusunda uyuşmazlık türü ile ilgili hukuki değerlendirme yaparak söz konusu uyuşmazlık türünün hangi hukuki alana girdiğini (Ticaret, İş ve Tüketici Hukuku) tespit etmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Diğer taraftan, arabulucularımız, Arabuluculuk Kanununda belirtilen söz konusu nitelikleri gereği, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında hukuki değerlendirme yaparak, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığına karar vermesi ve ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmadığıнын tespit etmesi halinde tutulacak tutanakta bu durumun gerekçeleriyle birlikte belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir” (<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay?gorusler26022021030829>, E.T. 05.06.2024). Adalet Bakanlığı’na bağlı idari birimlerin, özellikle arabuluculuğun yargılama bakımından ortaya çıkardığı sorunlara ilişkin görüş bildirmesinin kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığına aykırı olduğu yönünde bkz. Murat Atalı, ‘Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar’ in Ersin Erdoğan (ed) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (1st edn, Pozitif Matbaacılık 2019) 139, dn. 9

²⁹ Kurt Konca (n 8) 389, 393, 403. Dinç, HUAK m. 17/1, d ve m. 18/A/20’yı birlikte değerlendirerek benzer bir sonuca varmaktadır. Bu konuda bkz. İlhan Dinç, Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk (2nd edn, Seçkin Yayınevi 2021), 347. Erişir ise, tüketici uyuşmazlıkları bakımından iradilik ilkesi ve arabuluculuk modelini dikkate alarak uyuşmazlığın arabulucu tarafından dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığının incelenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konuda bkz. Erişir (n 27) 340-343

tartışmaya yol açmayacak açıklıkta kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğine de işaret etmektedir³⁰. Bu doğrultuda yazara göre, “*olması gereken bakımından arabuluculuğun niteliğinin arabulucular tarafından gözetilmesi gereği, uyuşmazlığın dava şartı kapsamına girip girmediğine ilişkin değerlendirmeleri neticesinde verecekleri karar ve bu kararın sonuçlarının kanunla düzenlenmesi gerekir*”³¹.

Ermenek ise aksi görüştedir³². Yazar, konuya üç farklı açıdan yaklaşmaktadır. Yazara göre, öncelikle, arabulucudan konumu itibarıyla böyle araştırma yapması beklenemez. Zira arabulucu, ancak tarafların sunduğu bilgi ve belgelerden yararlanarak uyuşmazlığın esası hakkında bilgi sahibi olabilir. Bu nedenle, arabulucunun uyuşmazlığın esası hakkında bilgi edinme olanakları son derece sınırlıdır. Bu konumdaki arabulucudan uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı hakkında doğru bir nitelendirme yapması beklenilmemelidir³³. İkinci olarak, arabulucunun yetkileri bağlamında da aynı sonuca varılabilir. Arabulucu, yargısal bir faaliyet yürütmemektedir. Dolayısıyla arabulucu yargısal bir yetkiyi kullanamaz. Bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı, hukuki nitelendirme yapılmasını ve yargısal bir yetkinin kullanılmasını gerektirir. Ancak arabulucu bu yetkiye sahip değildir³⁴. Son olarak yazar, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığının incelenmesi meselesinin kamu düzenine ilişkin olduğuna ve arabulucunun bunu resen inceleyebilmesi için yasal bir dayanağın bulunmadığına da işaret etmektedir³⁵. Doktrinde *Bahadır* da benzer gerekçelerle aynı sonuca varmaktadır³⁶.

³⁰ Kurt Konca (n 8) 392

³¹ Kurt Konca (n 8) 393

³² Ermenek (n 27) 1039 vd

³³ Ermenek (n 27) 1040-1041. Nispi ticari davaya özgü olarak benzer yönde bkz. Eryiğit (n 9) 267 vd

³⁴ Ermenek (n 27) 1041

³⁵ Ermenek (n 27) 1039-1040, 1042, 1045. Bununla birlikte, Ermenek, dava şartı arabuluculuğa ilişkin uzmanlık alanlarının iş hukuku ve aile hukuku uyuşmazlıkları ile sınırlı tutulmasını, diğer uyuşmazlık türlerinin genel uzmanlık kategorisi altında kalmasını, uzman arabulucular yardımıyla görülen uyuşmazlıkların aynı hukuki sonuçları doğuracak şekilde ihtiyari arabuluculuk ile de çözülebilmesini ve bunların bir yasal düzenleme ile açıklığa kavuşturulmasını önermektedir. Ayrıca, yazara göre, arabulucu başvurucunun iradesine göre görevlendirilmeli, ancak uzmanlık alanına girmeyen uyuşmazlıklarda arabulucu dosyayı iade etmelidir [Ermenek (n 27) 1045, dn. 44]

³⁶ Bahadır (n 8) 393-394. Ticari uyuşmazlıklar bakımından, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını araştırma yükümlülüğü olmamakla birlikte, en

Kanaatimizce arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını incelemek konusunda ne yetkisi ne de yükümlülüğü vardır. Arabulucunun bu hususta yetkili olmadığına ilişkin olarak *Ermenek* ve *Bahadır* tarafından ifade edilen gerekçelere katılıyoruz. Bu bağlamda, bir uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını belirlemek, o uyuşmazlık hakkında hukuki nitelendirmede bulunmak ve görevli mahkemeyi de belirlemek anlamına gelir. Oysa bu yargısal bir faaliyettir ve bunun arabuluculuk faaliyetinin niteliği ile bağdaştırılma imkânı yoktur (HUAK m. 15/4; HUAKY m. 17/4)³⁷. Ayrıca, arabulucunun dava şartı kapsamında inceleme yapmakla yükümlü olduğu da söylenemez. Her şeyden önce, yetkili olmadığı bir konuda arabulucuyu yükümlü kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca, daha önce ifade ettiğimiz üzere, arabulucunun konumu da buna engeldir. Zira sadece tarafların ortaya koyduğu bilgi ve belgeler kapsamında uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olan, ilgili kurumlardan bilgi ve belge istemeye, tanık dinlemeye, gerekmesi halinde zabıta marifetiyle mahalde araştırma yaptırma vb. işlemleri yapmaya yetkisi olmayan arabulucudan, bu kısıtlı imkânlarla uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuk kapsamında kalıp kalmadığı konusunda doğru sonuca ulaşması beklenebilir³⁸. Kaldı ki, çalışma konumuzun merkezinde yer alan nispi ticari dava örneğinde, böyle bir değerlendirme yapmanın ve doğru sonuca varmanın çoğu zaman hâkim için dahi kolay olmadığı daha önce ortaya koyulmuştur³⁹.

Bu açıklamalar doğrultusunda, arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemeye yetkili ve böyle bir inceleme yapmakla yükümlü olmadığı ifade edilmelidir. Burada son bir husus üzerinde daha durmakta fayda vardır. Kanaatimizce, bir kanun değişikliği ile de arabulucuya uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını inceleme yükümlülüğü getirilmemelidir⁴⁰. Zira nispi ticari dava örneğinde

azından uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmadığını gözetmesi gerektiği hakkında bkz. Kökbudak (n 8) 128-129

³⁷ Dava şartı arabuluculuk faaliyetinin yargısal faaliyet olmadığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver (n 27) 130-131; Ermenek (n 27) 1033 vd; Betül Azaklı Arslan, ‘Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu’ (2018) 8 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 196-197; Bahadır (n 8) 392-393

³⁸ Zira dava şartı arabuluculuk başvurusu, form doldurmak suretiyle gerçekleştirilmekte (HUAKY m. 23/3; m. 23/4), form dışında, süreç içinde arabulucunun taraf beyanları ile bilgi sahibi olması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde, HMK m. 119/1, f; m. 129/1, e ve m. 194’te belirtildiği gibi, iddia ve savunmayı destekleyen delillerin ileri sürülmesi söz konusu değildir.

³⁹ Bu konuda bkz. yuk. II, B

⁴⁰ Karş. Kurt Konca (n 8) 392-393; Bahadır (n 8) 394

olduğu gibi⁴¹, arabulucunun sahip olduğu imkânlar, böyle bir inceleme yapmaya ve doğru sonuca varmaya elverişli değildir⁴². Ayrıca, tarafların sunduğu bilgi ve belgelerle uyuşmazlığın esası hakkında bilgi sahibi olan arabulucuya, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında inceleme yapma ödevi getirmek olması gereken hukuk bakımından da isabetli olmayacaktır. Arabulucuya böyle bir yükümlülük getirilecekse, bu, ancak arabulucunun yetkilerinin de genişletilmesi ile anlamlı olabilir. Bu doğrultuda, ancak taraflar ve ilgili kurumlardan bilgi ve belge isteme, tanık dinleme, hatta gerekirse zabıta vasıtasıyla mahalde inceleme yapma gibi yetkiler tanınırsa, arabulucudan nispi ticari davanın bulunup bulunmadığı konusunda isabetli bir sonuca varması beklenebilir. Öte yandan, kanaatimizce bu son olasılık dahi yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Zira arabulucuya bu türden yetkiler tanınması, ona yargısal yetkiler tanınması anlamına gelir ki, bu sonucun arabuluculuk kurumunun nitelikleri ile bağdaştırılması mümkün görünmemektedir. Ek olarak, böyle bir yetki verilmesi, pratikte başka sorunlara da yol açabilir. Örneğin, ilgili kurumlardan bilgi ve belge isteme yetkisi verilse ve arabulucu bu yetkiyi kullansa bile söz konusu bilgi ve belgenin nispi ticari davalarda dava şartı arabuluculuk için öngörülen azami sürede (TTK m. 5/A/2⁴³) gelmesi ve incelenmesi güçtür. Kaldı ki, bu bilgi ve belgeler nispi ticari davanın tespitinde net bir sonuca varmayı da her zaman sağlamaz. Belirtilen sebeplerle, bir kanun değişikliği ile dahi arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı konusunda inceleme yapmakla yükümlü kılınmasının yerinde olmayacağı belirtilmelidir.

B. Arabulucunun Nispi Ticari Dava Bulunmadığı Yönündeki Hatalı Tespitinin Hukuki Sonuçları

Çalışmanın bu başlığına kadar, arabulucunun, önüne gelen uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını ne incelemeye yetkili ne de incelemekle yükümlü olduğu, ancak buna rağmen uygulamada arabulucudan aksinin beklendiği ifade edilmiştir. Uygulamadaki bu hatalı durum⁴⁴,

⁴¹ Bu konuda bkz. yuk. II, B

⁴² Nispi ticari davalarda, arabulucunun, bir işletmenin ticari işletme olup olmadığını, tarafların sunduğu ve kendisinin resen araştırdığı bilgiler ışığında tespit etmesinin gerekebileceği hakkında bkz. Eminoglu and Erdoğan (n 7) 181

⁴³ “Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir”.

⁴⁴ Ermenek (n 27) 1056

arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı hususunda yanılığa düşmesini de olası hale getirmektedir. Bu olasılık, tespitiindeki güçlük sebebiyle nispi ticari davada oldukça yüksektir. Bu bağlamda, arabulucunun düşebileceği hataların ilki, aslında ticari işletme olan bir işletmeyi esnaf işletmesi olarak nitelendirmesi, bir ticari davanın bulunmadığına kanaat getirmesi ve bu nedenle, başvuruyu dava şartı kapsamında kalmadığı gerekçesiyle arabuluculuk bürosuna iade etmesidir. Arabulucunun bu işleminin hukuki sonuçları iki farklı açıdan ele alınabilir.

İlk olarak, arabulucunun yetkili ve yükümlü olmamasına rağmen ticari işletmeyi tespit etmeye çalışması ve ticari işletmenin bulunmadığı gerekçesiyle dosyayı arabuluculuk bürosuna iade etmesi arabulucunun hukuki sorumluluğuna yol açabilir⁴⁵. Zira arabulucu, sahip olmadığı bir yetkiyi kullanarak hukuka aykırı davranmıştır. Bu kapsamda, arabulucunun hukuka aykırı bu uygulamasından zarar görenler tazminat davası açabilirler⁴⁶. Arabulucu, kamu görevlisi olarak kabul edildiğinden⁴⁷ bu davayı Devlet aleyhine açabilirler. Kuşkusuz Devlet, tazminat öderse, arabulucuya rücu edebilecektir [2709 sayılı Anayasa⁴⁸ (AY) m. 40/3; m. 129/5]⁴⁹.

Bu konuda üzerinde durulması gereken ikinci nokta ise, bu halde dava şartı eksikliğinden söz edilip edilemeyeceğidir. Bu hususu bir örnekle somutlaştırmakta yarar vardır. (A), hem kendisinin hem de karşı tarafın işletmesiyle ilgili ve konusu bir miktar para olan bir uyuşmazlık sebebiyle (B)'ye karşı dava şartı kapsamında arabuluculuk başvurusu yapmıştır. Arabulucu ise, (A)'nın ve/veya (B)'nin işletmesinin ticari işletme değil esnaf işletmesi olduğu, bu nedenle her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili bir uyuşmazlık (eş deyişle nispi ticari dava) bulunmadığı gerekçesiyle dosyayı arabuluculuk bürosuna iade etmiştir. Bir süre sonra (A), arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığa ilişkin olarak (B)'ye karşı alacak davası açmıştır. Hâkim tarafından yapılan incelemede, hem (A) hem de (B)'nin işletmelerinin ticari işletme olduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olduğu (eş deyişle nispi ticari davanın bulunduğu) tespit edilmiştir. Böylece konusu para olan bir nispi ticari dava, dava şartı arabuluculuk süreci yürütülmeden açılmış olmaktadır. Acaba bu halde, bir dava şartı eksikliği gündeme gelecek midir?

⁴⁵ Ermenek (n 27) 1054. Dava şartı arabuluculuğa tabi tüketici uyuşmazlıkları bakımından aynı yönde bkz. Erişir (n 27) 345

⁴⁶ Ermenek (n 27) 1054

⁴⁷ Tanrıver (n 27) 170; Ermenek (n 27) 1056; Azaklı Arslan (n 37) 207 vd

⁴⁸ RG 09.11.1982/17863

⁴⁹ Tanrıver (n 27) 171; Ermenek (n 27) 1054; Azaklı Arslan (n 37) 218

Belirtilen sorunun yanıtlanabilmesi için ilk olarak, konuya ilişkin düzenlemeler ortaya koyulmalıdır. TTK m. 5/A'da konu ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, bu husus HUAK m. 18/A çerçevesinde incelenmelidir. HUAK m. 18/A/2'de arabuluculuğun dava şartı olduğu hallerde bu şartın eksikliği bakımından iki ihtimal düzenlenmiştir. İlk ihtimal, arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmasıdır. Kanun koyucu, söz konusu ihtimalin sonucunu da açıkça ortaya koymuştur. HUAK m. 18/A/2'ye göre, *“arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”*. HUAK m. 18/A/2'de düzenlenen ikinci ihtimal ise, arabuluculuk sürecinde anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmemesidir. Bu ikinci ihtimalde, arabuluculuk başvurusu yapılmış, süreç anlaşmama ile sonuçlanmış⁵⁰, ancak bu sonuca ilişkin tutanak dava dilekçesine eklenmemiştir. Kanun koyucu bu ikinci ihtimalin hukuki sonucunu da ortaya koymuştur. HUAK m. 18/A/2'ye göre, *“bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir”*.

Bu başlıkta incelenen durum olan, dava şartı arabuluculuk kapsamında başvuru yapılması ancak arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olmaması sebebiyle dosyayı büroya iade etmesi, HUAK m. 18/A/2'de düzenlenen iki ihtimal kapsamına girmemektedir. Zira incelediğimiz hususta ne arabuluculuğa başvurulmadan dava açılması⁵¹ ne de arabuluculuğa başvurulmuş ve süreç sonlandırılmış olmasına rağmen son tutanağın dava dilekçesine eklenmemesi söz konusudur. Dolayısıyla bura-

⁵⁰ HUAKY m. 25/6 gereği, tarafların anlaşmaları harici bir sebeple sona eren her durumda, arabuluculuk süreci anlaşmama ile sonuçlanmış sayılmaktadır. Bu nedenle, HUAK m. 17/1 (HUAK m. 18/A/20'nin atfıyla) ve m. 18/A/10'da sayılan arabuluculuk faaliyetini sona erdiren diğer hallerde de taraflar anlaşmamış sayılacak ve bu durum son tutanakta tespit edilecektir.

⁵¹ Dava şartı arabuluculuk, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlandırılmıştır (HUAK m. 3; m. 18/A/11). Bununla birlikte, HUAK m. 18/A/2 de dikkate alındığında, arabuluculuğa başvurmanın yeterli olmadığı, anlaşmama tutanağının da ibrazının gerektiği görülmektedir. Bu nedenle, incelediğimiz sorunun çözümü söz konusu fıkra kapsamında değildir.

da incelediğimiz ihtimal kanun koyucu tarafından düzenlemeye kavuşturulmamıştır.

Bu bağlamda, inceleme konusu durum bakımından birkaç çözümden söz edilebilir. Öncelikle, bu durumda arabuluculuk süreci yürütülmediği gerekçesiyle davanın usulden reddi gerektiği ileri sürülebilir. Fakat kanaatimizce bu kabul, kanun koyucunun, arabulucunun hatalı uygulamasını taraflara teşmil etmeme^{52,53} şeklindeki tutumuna aykırı olacaktır. Ayrıca,

⁵² Kanun koyucunun, bu iradesi en belirgin şekilde 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK, RG 25.10.2017/30221) m. 3'ün gerekçesine yansımıştır. Bu iradeyi somutlaştırmak üzere, öncelikle ilgili düzenleme hakkında bilgi verilmesi önem arz etmektedir. Gerek HUAK m. 18/A/7 gerekse de İMK m. 3/8'e göre, dava şartı arabuluculuk sürecinde uyuşmazlığın taraflarına ulaşmak, bu bağlamda taraflara ulaşmak için gerekli araştırmaları yapmak arabulucunun sorumluluğudur. Bu husus, arabulucu açısından bir yükümlülük teşkil etmektedir. Bununla birlikte, arabulucu, hatalı bir uygulama ile gerekli araştırmayı yapmaksızın ve hatta arabuluculuk bürosu tarafından bildirilen adreslere dahi ulaşma çabası göstermeksizin süreci sonlandırmış olabilir. Bunun üzerine açılan davada mahkeme, tarafların iletişim adreslerinin doğru olduğunu, bu adreslerden taraflara kolaylıkla ulaşılabilirliğini, dolayısıyla arabulucunun hatalı uygulama yaptığını tespit etmiş olabilir. Bu halde, arabulucunun hatalı uygulaması sebebiyle dava şartı arabuluculuk süreci usulüne uygun şekilde işletilmeksizin sonlandırılmış olmaktadır. İMK m. 3/11'in gerekçesinde bu durum bakımından şu ifadeler yer verilmiştir: "Büro tarafından kendisine verilen iletişim bilgileri itibarıyla araştırma yapmak ve taraflara ulaşmaya çalışmak arabulucunun sorumluluğundadır. Arabulucu bu adreslere tam anlamıyla ulaşmaksızın taraflara ulaşamadığı gerekçesiyle faaliyeti sonlandırdığında mahkemece bu iletişim adreslerinin doğru olduğu ve bu adreslerden taraflara ulaşılabilirliği tespit edilse bile dosya yeniden arabulucuya iade edilmemeli ve mahkemece dava görülmeye devam edilmelidir" [İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 491, s. 10]. Doktrinde Koçyiğit/Bulur, iş hukuku uyuşmazlıklarına özgü olmamakla birlikte, madde gerekçesine paralel görüştür. Bu konuda bkz. İlker Koçyiğit and Alper Bulur, Ticarî Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk (1st edn, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019) 57. Doktrinde de belirtildiği üzere, mahkemenin davaya devam etmesinin isabetli olacağını ifade eden bu kabul, arabulucunun süreci yürütürken yaptığı hatalardan tarafların sorumlu tutulmaması gerektiği düşüncesinin somut bir göstergesidir (Hande Gül Küçükkaya, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2023) 247. Aynı doğrultuda bkz. "7036 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin gerekçesinde açıkça ... ifadelerine yer verilmesi karşısında, kanun koyucunun amacının da arabuluculuk faaliyetini geçersiz kılmak olmadığı anlaşılmaktadır... dava şartı olarak arabuluculukta zorunlu olan unsur, arabuluculuğa başvurmaktır. Arabuluculuğa başvuran tarafın, arabulucunun araştırma ve davet yükümlülüğünü usulüne uygun olarak yerine getirmemesinin sonuçlarına katlanmasını beklemek mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz şekilde sınırlandırılması sonucunu yaratır. Kanun'da açıkça arabulucuya başvuran tarafın elinde olması hâlinde karşı tarafa ait bilgileri büroya vermesi gerektiği ifade edildiğine göre, arabulucunun sorumluluğunu yerine getirmemiş olması sebebiyle arabuluculuk dava şartının gerçekleşmediğini kabul

etmek Kanun'da öngörülme-
yen bir yükümlülüğün sonuçlarından başvuran tarafın so-
rumlu tutulması anlamına gelir. Böyle bir kabul şeklinin başvuranın hak aramasını aşırı
derecede zorlaştıracığı ve hakkın özüne zarar vereceği açıktır... Kanun'da arabulucu-
luk faaliyetinin en önemli parçası olan arabulucular ile ilgili oldukça detaylı hükümlere
yer verilmiştir. Arabulucunun arabuluculuk faaliyeti sırasında uyması gereken kurallara
uymaması yahut sorumluluklarını yerine getirmemesinin arabulucu açısından doğura-
cağı sonuçlar Kanunda ayrıntılı olarak düzenlendiğine göre arabulucunun kusuru sebe-
biyle arabuluculuk toplantısından haberdar olmadığını iddia eden tarafın yukarıda açık-
lanan kanuni düzenlemeler çerçevesinde hak arama hürriyetini kullanabileceği konu-
sunda tereddüt olmamalıdır... arabulucunun taraflara ulaşma ve toplantıya davet etme
sorumluluğunu usulünce yerine getirmeden arabuluculuk faaliyetini sonlandırması
hâlinde dahi 7036 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ara-
buluculuk dava şartının gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmelidir” Yargıtay 9. HD,
3398/5294, 26.04.2022 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Bununla birlikte, aksi yönde
kararlar çoğunluktadır. Aksi yönde örnek bir karar için bkz. “Mahkemece iddia, sa-
vunma ve dosya kapsamına göre; ‘somut olayda, arabulucu tarafından davalı gö-
rüşmelere davet edilmeden ve iletişim sağlanmadan arabuluculuk son tutanağının dü-
zenlendiği anlaşılmakla usulüne uygun şekilde arabuluculuk başvurusu olmadığından
davanın dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine’ dair karar verildiği anlaşılmış-
tır... Dosya kapsamında davacının arabulucuya başvururken davalının telefon numara-
sını ve adresini de bildirdiği halde son tutanakta sadece elektronik posta adresine davet
gönderildiği, ancak katılmadığı gerekçesiyle arabuluculuğun sona erdirildiği anlaşılmak-
maktadır. Bu durumda taraflara ulaşmak için tüm yolların denenip denenmediğinin ve
davetin gönderildiği elektronik posta adresinin hangisi olduğunun yazılmadığı son tu-
tanağın Kanun'un 18/A/7 hükmüne ve Yönetmeliğin 24/3 hükmüne uygun olduğu söyle-
nemez. Dolayısıyla dava şartı olan arabuluculuğa başvuru da sağlanmamıştır. Yapılan
değerlendirme neticesinde icra müdürlüğü işleminin ve ilk derece mahkemesi kararının
hukuka uygun olduğu anlaşıldığından davacının istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1-
b-1 maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir” Trabzon BAM 4. HD,
530/612, 12.04.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aynı yönde başka kararlar için
bkz. Yargıtay 22. HD, 1006/3683, 27.02.2020 (Hukuk Türk-Hukuk Veri Tabanı); Kon-
ya BAM 8. HD, 1672/1360, 15.10.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Bursa BAM 5.
HD, 1374/133, 01.02.2022 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Ankara BAM 20. HD,
443/731, 19.04.2024 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Benzer şekilde, İMK m. 3/12'nin
gerekçesinde, arabulucunun hatası tarafa teşmil edilmemektedir. Şöyle ki, İMK m.
3/12'de, tarafların geçerli mazeretleri bulunmamasına rağmen ilk toplantıya katılmama-
ları ve bu nedenle sürecin sona ermesine ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Burada ka-
nun koyucu, ileri sürülen bir mazeret varsa, bunun mahkeme tarafından incelenmesini
ve arabulucu tarafından geçersiz kabul edilen mazeretin mahkeme tarafından geçerli
kabul edilmesi halinde, uyuşmazlığın arabulucuya gönderilmesi yerine görülmeye de-
vam edilmesini öngörmektedir. Bu da kanun koyucunun iradesini ortaya koyan somut
örneklerden biridir [İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı (1/850) ve Adalet Komisyonu
Raporu, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 491, s. 10]. Bununla
birlikte, ticari uyuşmazlıklar bakımından, mahkemenin mazereti geçerli bulması halin-
de, tarafları arabuluculuğa yönlendirmesi gerektiği hakkında bkz. Cenk Akil, ‘Ticari

başvurucunun kendi hatasından kaynaklanmayan bir nedenle dava şartının sağlanmadığı yönünde karar vermek mahkemeye erişimi zorlaştıracaktır. Bunun yanı sıra, başvuru açısından zaman kaybı ve gereksiz masrafa neden olacak; yargılama açısından ise usul ekonomisine aykırılık teşkil

Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler’ (2020) 11 (41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 307, 319

- ⁵³ Bu irade, arabulucunun yapmış olduğu hatalardan kaynaklanan farklı uyuşmazlıklarda da aynı şekilde ortaya koyulmuştur. Örnek olarak bkz. “Somut olayda davacı taraf, davalı hakkında üç adet faturaya dayalı olarak 24/12/2018 tarihinde icra takibi başlatmış, davalı tarafın takibe itirazı üzerine davacı tarafça zorunlu arabulucuya başvurulmuş, arabuluculuk toplantısında taraflarca, daha önce haricen görüştükleri, hiçbir şekilde anlaşma sağlanamadığı, konunun mahkeme yoluyla çözüleceğini belirtmeleri üzerine arabuluculuk son tutanağının düzenlendiği ve tutanakta uyuşmazlık konusu olarak ‘Ticari Uyuşmazlık’ yazılı olduğu anlaşılmakta olup, anlaşmazlık tutanağında uyuşmazlık konusunun açıkça gösterilmemesinin arabulucunun hatasından kaynaklandığı kabul edilmelidir. Bu eksikliğin de dava şartının sağlanmadığı şeklinde yorumlanması, hak arama özgürlüğünü aşırı şekilde zorlaştıran bir hâl olarak değerlendirilebilir. Zira, Anayasa Mahkemesi, dava şartı olarak arabuluculuğa dair yasal düzenlemenin iptali isteğiyle ilgili olarak verdiği kararında (AYM 11.07.2018 gün, 2017/178 E, 2018/ 82 K.), düzenlemenin hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul etmiş ancak ‘Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez’ şeklinde gerekçeyle bir çeşit sınır tayin etmiştir. Dava şartı olarak arabuluculuğun ağır koşullara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, hak düşürücü süre sorunlarının yaşanmasına, alacağın zamanışımına uğramasına, birden fazla arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara paylaştırılmasında tereddütlere ve en nihayet arabulucunun sorumluluğuna neden olabilecektir. Somut olayda davacı tarafça davadan önce dava şartı olan zorunlu arabulucuya başvurmuş olup, arabuluculuk son tutanağında uyuşmazlık konusunun açıkça gösterilmeyip ticari uyuşmazlık olarak belirtilmesinin arabulucunun hatasından kaynaklandığı, davacıya yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gibi, taraflar arasında davaya konu olacak dışında zorunlu arabuluculuğa tabi bir uyuşmazlık bulunduğu da iddia edilip savunulmadığı halde, bu eksikliğin ilk derece mahkemesince dava şartının sağlanmadığı şeklinde yorumlanması dairemizce hak arama özgürlüğünün aşırı şekilde zorlaştıran bir hâl olarak değerlendirilmiştir. İlk derece mahkemesince, davacı tarafça davaya konu olacak için zorunlu arabuluculuk dava şartının yerine getirildiği gözetilip, taraflarca dayanılan deliller toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir” Adana BAM 9. HD, 154/647, 09.09.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Benzer şekilde bkz. Yargıtay 9. HD, 11190/3278, 11.02.2019, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Yargıtay 22. HD, 4419/11594, 23.05.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Konya BAM 8. HD, 2925/1458, 10.10.2019 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İstanbul BAM 26. HD, 455/376, 19.02.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); İzmir BAM 20. HD, 92/184, 08.02.2023 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi). Aksi yönde bkz. Ankara BAM 5. HD, 4657/771, 18.03.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

edecektir. Bu durum, netice itibariyle, arabuluculuktan beklenen faydalar-
dan biri olan zamandan ve dava masraflarından tasarruf edilmesi ile çeli-
şecektir. Belirtilen sebeplerle, bu düşünce reddedilmelidir.

Akla gelebilecek ikinci çözüm ise, hâkimin yargılamaya devam et-
mesidir. Fakat bu kabul de kanun koyucunun arabuluculuğu dava şartı
olarak düzenlemekle güttüğü amaca⁵⁴ aykırı olacaktır. Zira davanın gö-
rölmeye devam edilmesi, dava şartı arabuluculuk kapsamında olan bir
uyuşmazlık için arabuluculuk süreci işletilmeksizin davanın görülebilme-
sine kapı aralayacaktır.

Belirtilen nedenlerle, kanaatimizce incelenen durum için farklı bir
çözüm aranmalıdır. Bu bağlamda, HUAK'da bir düzenleme olmaması
nedeniyle ortada bir kanun boşluğu olduğu akla gelebilir. Bununla birlikte,
hukuki niteliği itibariyle özel dava şartı olan⁵⁵ bu husus hakkında 6100
sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁶ (HMK) hükümlerinin uygulanması
mümkündür. Zira özel hükümde konuya ilişkin düzenleme olmadığında
genel hükümlere başvurmak gerekir⁵⁷. Bu çerçevede, HMK m. 115/2 dik-
kate alınmalıdır. HMK m. 115/2'ye göre, “*mahkeme, dava şartı noksanlı-
ğını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı
noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin
süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı
dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder*”. Dolayısıyla dava şartı
kapsamında başvuru yapılması, ancak arabulucunun uyuşmazlığın dava

⁵⁴ “Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde ol-
madığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir.
Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların
daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır” Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabulucu-
luk Kanunu Tasarısı ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ile Adalet Komisyonu Ra-
porları (1/486), TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 233, s. 4

⁵⁵ Kanun koyucunun arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak nitelendirmesine yönelik
eleştiriler için bkz. Tanrıver (n 27) 160-161; Ekmekçi, Özkes, Atalı and Seven (n 8)
153-154; Atalı (n 28) 113 vd; Seyhan Selçuk, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabulucu-
luk Dava Şartı’ (2020) 8 (16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
1173, 1190-1191

⁵⁶ RG 12.01.2011/27836

⁵⁷ İMK m. 3/2’de arabuluculuk sürecine başvurulmadan dava açılması ve arabuluculuk
sürecine başvurulmasına rağmen son tutanağın ibraz edilmemesi hallerinde mahkeme-
nin nasıl bir karar vereceği düzenlenmiştir. Ayrıca, İMK m. 9’da bu Kanun’da hüküm
bulunmayan durumlarda HMK’nın uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla iş
uyuşmazlıkları bakımından dava şartına ilişkin özel düzenleme bulunmayan hususlarda
HMK’nın uygulanabilmesi pozitif düzenleme ile de desteklenmektedir.

şartı kapsamında olmaması sebebiyle dosyayı büroya iade etmesi halinde, hâkim HMK m. 115/2'yi uygulamalı ve davacıya arabuluculuğa başvurarak süreci işletmesi için kesin süre vermelidir⁵⁸. Bunun üzerine, arabuluculuk süreci anlaşma ile sonuçlanırsa, yargılamaya devam etmeli; anlaşma ile sonuçlanırsa, dava konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığına karar verilir (HMK m. 331/1). Ortaya konulan bu görüş hem kanun koyucunun arabulucunun hatalı uygulamasını taraflara teşmil etmeme şeklindeki iradesine hem de dava şartı arabuluculuk ile güdülen amaca uygun da olacaktır.

C. Arabulucunun Nispi Ticari Dava Bulunduğu Yönündeki Hatalı Tespitinin Hukuki Sonuçları

Uygulamanın hatalı gelişmesi sebebiyle yetkisi ve yükümlülüğü olmamasına rağmen nispi ticari davayı tespit etmeye çalışan arabulucunun düşebileceği ikinci hata, nispi ticari dava olmamasına rağmen, dava şartı arabuluculuk sürecini yürütmüş olmaktır. Başka bir deyişle, arabulucunun aslında esnaf işletmesi olan bir işletmeyi hatalı bir şekilde ticari işletme olarak nitelendirmesi, nispi ticari davanın bulunduğu kanaat getirmesi ve dolayısıyla uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğu gerekçesiyle arabuluculuk faaliyetini yürütmesidir. Konuyu bir örnekle somutlaştırmakta yarar vardır. (A), hem kendisinin hem de karşı tarafın işletmesiyle ilgili ve konusu bir miktar para olan bir uyuşmazlık sebebiyle (B)'ye karşı dava şartı kapsamında arabuluculuk başvurusu yapmıştır. Arabulucu, (A)'nın ve

⁵⁸ Bu noktada, doktrinde, arabuluculuğa hiç başvurulmadan dava açılması hali için bile olması gereken hukuk bakımından, davanın doğrudan reddi yerine davacıya arabuluculuğa başvurması için kesin süre verilmesi gerektiğinin ifade edildiğine de dikkat çekmek gerekir. Dava şartı arabuluculuğa tabi ticari uyuşmazlıklar bakımından bkz. Ali Cem Budak, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk' (2019) 15 (9) Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25, 27; Akil (n 51) 322; Çiğdem Yazıcı Tıktık, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi' in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 116. Dava şartı arabuluculuğa tabi işçi-işveren uyuşmazlıkları bakımından bkz. Mert Namli, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' in K. K. Doğan Yenisey (ed) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (1st edn, TİSK 2016) 162. Dava şartı arabuluculuğa tabi tüketici uyuşmazlıkları bakımından bkz. Selçuk (n 54) 1205. Ayrıca bkz. ve karşı. Ekmekçi, Özkes, Atalı and Seven (n 8) 156-158. Bu bağlamda, incelediğimiz somut durumu ifade eden arabuluculuğa başvurulmasına rağmen arabulucunun hatalı uygulaması nedeniyle sürecin yürütülememesi hali için davanın usulden reddi yerine davacıya süre verilmesi evleviyetle kabul edilebilir.

(B)'nin işletmesinin ticari işletme olduğu, bu nedenle her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili bir uyuşmazlık (eş deyişle nispi ticari dava) bulunduğu gerekçesiyle dava şartı arabuluculuk sürecini yürütmüştür. Sürecin anlaşılmama ile sonlanması üzerine (A), (B)'ye karşı arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığa ilişkin olarak alacak davası açmıştır. Hâkim tarafından yapılan incelemede ise, (A)'nın ve/veya (B)'nin işletmesinin ticari işletme değil esnaf işletmesi olduğu, dolayısıyla uyuşmazlığın her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili olmadığı (eş deyişle, nispi ticari davanın bulunmadığı) tespit edilmiştir. Bu durumda, aslında dava şartı kapsamında olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, dava şartı arabuluculuk süreci yürütülmüş olmaktadır. Bu durum açısından, arabulucunun ücrete hak kazanıp kazanamayacağı, ücrete hak kazandığının kabul edilmesi halinde ise bunun kime yükleneceği hususları üzerinde durulmalıdır.

Öncelikle ifade edelim ki, sözü edilen ihtimalde arabulucu ücrete hak kazanmalıdır⁵⁹. Bu kabul, her şeyden önce, arabulucunun dava şartı kapsamında kalıp kalmama incelemesi yapma yetki ve yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin olarak yukarıda ortaya koyduğumuz⁶⁰ yaklaşım ile uyumludur. Zira dava şartı kapsamında bir arabuluculuk başvurusuna atanan arabulucu, bu başvurunun dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemeksizin süreci yürütmelidir. Süreci yürütmekle yükümlü olan arabulucunun ücrete hak kazanamayacağını söylemek ise, başlı başına çelişkili olacaktır. Ayrıca, aksi kabul, AY m. 18/1'de düzenlenen angarya yasasına da aykırı olacaktır⁶¹.

Arabulucunun ücrete hak kazanacağı tespit edildikten sonra, arabuluculuk ücretinden kaynaklanan yargılama giderinin kime yükleneceği üzerinde durulmalıdır. HUAK m. 18/A/13'te dava şartı arabuluculuk süre-

⁵⁹ Ermenek (n 27) 1052. Bu konuda, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 20.06.2021 tarihli açıklamasında, dava şartı arabuluculuk kapsamına girip girmediği açıkça tespit edilen uyuşmazlıklar dışında, arabulucunun ücrete hak kazanacağını belirtmektedir. Açıklamanın ilgili kısmı için bkz. “Ayrıca arabulucularımızın, dava şartı kapsamına girmediği çok net olan ve ilk bakışta anlaşılan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında yaptıkları hukuki değerlendirme sonucunda, ilgili uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olduğuna karar verip arabuluculuk görüşmelerine devam etmeleri durumunda, emek ve mersailerinin karşılığı olarak arabuluculuk ücretine hak kazanacakları değerlendirilmektedir” (<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gorusler26022021030829>, E.T. 05.06.2024)

⁶⁰ Bu konuda bkz. yuk. III, A

⁶¹ Ermenek (n 27) 1052

cinin anlaşmama ile sonuçlanması halinde, arabulucu ücretinden sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların anlaşmamaları durumunda, iki saatlik ücret tutarı, Adalet Bakanlığı tarafından ödenir. İki saati aşan kısma ilişkin ücret ise, aksi kararlaştırılmadıkça, taraflarca eşit şekilde ödenir. Arabuluculuk ücreti, yargılama giderlerinden sayılır (HUAK m. 18/A/13; HUAKY m. 26/2). Kanunda aksi öngörülen haller dışında⁶², yargılama giderleri, aleyhine hüküm kurulan tarafa yüklenir (HMK m. 326). Dolayısıyla dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sonuçlanması halinde gerek Adalet Bakanlığı gerekse taraflarca ödenen ücret, davada aleyhine hüküm kurulan tarafa yüklenecektir.

Bilindiği üzere, bu başlıkta incelemekte olduğumuz durum, aslında dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlık için dava şartı arabuluculuk sürecinin yürütülmesidir. Bu nedenle, HUAK m. 18/A/13'ün incelemekte olduğumuz durumda doğrudan uygulanma kabiliyeti yoktur. Bundan başka, HUAK'ta dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlık için dava şartı arabuluculuk sürecinin yürütülmüş olması halinde, arabulucunun ücretinden kaynaklanan yargılama giderine kimin katlanacağı konusunda bir düzenleme de bulunmamaktadır⁶³. Dolayısıyla söz konusu soruya yanıt aranması gerekmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, bahse konu yargılama gideri Adalet Bakanlığı tarafından ödenmeli; ardından gerekirse Bakanlık başvuru tarafa rücu etmelidir⁶⁴. Böylece bizzat hata yapan taraf arabuluculuk ücreti giderine katlanmış olur⁶⁵. Zira bu halde, arabuluculuk sürecine başvuru zorunlu olmamasına rağmen başvurulduğu için dava şartı arabuluculuğa ilişkin

⁶² Kanun'da aksinin öngörüldüğü bir duruma örnek olarak, HUAK m. 18/A/11 verilebilir. Buna göre, geçerli bir mazereti olmaksızın ilk toplantıya katılmayan ve arabuluculuk sürecinin sona ermesine sebep olan taraf, davada kısmen veya tamamen haklı çıksa dahi yargılama giderlerinden sorumludur. Benzer şekilde, her iki taraf da toplantıya katılmamış ve arabuluculuk süreci bu nedenle sona ermişse, dava neticesinde ortaya çıkan yargılama giderlerine kendi yaptıkları işlemler nispetinde katlanırlar. Bununla birlikte, ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir [AYM, T. 14.03.2024, E. 2023/160, K. 2024/77 (RG. 18.04.2024, S. 32521)]. İptal kararı, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarih olan 18.04.2024 tarihinden itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girecektir.

⁶³ Bu konuda Kanun'da bir açıklık olmadığı hakkında bkz. Dinç (n 29) 348

⁶⁴ Ermenek (n 27) 1052. Davada haklı çıksa dahi arabuluculuk ücretinin başvuruca yükletilmesi gerektiği hakkında bkz. Dinç (n 29) 348

⁶⁵ Ermenek (n 27) 1052

HUAK m. 18/A/13'ün uygulanması doğru değildir⁶⁶. Bu yaklaşım, yargı kararlarında da karşılık bulmaktadır⁶⁷.

Nispi ticari dava örneğinde bu kabul isabetli olmayacaktır. Zira nispi ticari davanın tespit edilmesi, herkes gibi başvuru taraf için de oldukça güçtür. Başvurucudan kendi işletmesinin ticari işletme olup olmadığını tespit etmesi beklenebilir. Fakat yukarıda da belirttiğimiz üzere⁶⁸, nispi ticari davanın varlığı için bu yeterli değildir. Başvurucunun karşı tarafın işletmesinin de ticari işletme olduğunu tespit etmesi gerekir ki, ondan bunu beklemek makul değildir. Bu nedenle, arabulucunun ücretinden kaynaklı yargılama giderinin başvuruca yüklenmesi isabetli olmaz. Kanaatimizce yargılama giderlerinden sorumluluğu düzenleyen HMK m. 326, genel kural olarak burada uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre, aksine düzenleme bulunmadıkça, aleyhine hüküm verilen taraf yargılama giderlerinden sorumludur. Bu doğrultuda, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayan bir uyuşmazlık için dava şartı arabuluculuk sürecinin yürütülmüş olması halinde, arabuluculuk ücretinden kaynaklanan yargılama gideri yargılamanın sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmelidir.

Burada son olarak, incelemekte olduğumuz ihtimalde karşılaşılması mümkün olan bir duruma daha dikkat çekilmelidir. İncelediğimiz ihtimalde, uyuşmazlığın nispi ticari dava olduğu düşüncesiyle ticari dava şartı arabuluculuk başvurusu yapan taraf, kuvvetle muhtemel, arabuluculuk sürecinin anlaşmama ile sonuçlanması durumunda, asliye ticaret mahkemesinde dava açacaktır. Bu halde, nispi ticari dava bulunmadığını tespit eden mahkeme ise görevsizlik kararı verecektir. Bunun üzerine, davacı dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini talep ederse, görevli mahkeme haklılık durumuna göre yargılama giderlerine hükmedecek; yani aleyhine hüküm kurulan taraf yargılama giderlerine (ve bu kapsamda arabuluculuk ücretine) mahkûm olacaktır⁶⁹. Bununla birlikte, davacı dosyanın

⁶⁶ Dinç (n 29) 348

⁶⁷ Nispi ticari davaya özgü olmamakla birlikte bu yönde kararlar için bkz. Yargıtay 3. HD, 501/1576, 28.02.2022 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Samsun BAM 5. HD, 633/1556, 02.10.2020 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Gaziantep BAM 17. HD, 996/979, 24.05.2022 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); Bursa BAM 5. HD, 1168/803, 22.05.2023 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi)

⁶⁸ Bu konuda bkz. yuk. II, A

⁶⁹ Bu durumda, başvuru tarafın (davacının) gerekmemesine rağmen dava şartı arabuluculuğa başvurarak yargılamanın uzamasına yol açtığı, bu nedenle, HMK m. 327/1 gereği,

görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmezse, yargılama giderine (ve bu kapsamda arabuluculuk ücretine) katlanacaktır (HMK m. 20/1; m. 331/2).

SONUÇ

Nispi ticari davanın tespitindeki güçlükler arabuluculuk sürecine de sirayet etmekte, pek çok usulî soruna neden olabilmektedir. Bu sorunlara çözüm bulabilmek için öncelikle, arabulucunun, uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını incelemeye yetkili ve böyle bir inceleme yapmakla yükümlü olup olmadığı sorusu yanıtlanmalıdır. HUAK ve HUAKY’de arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını inceleme yetki ve yükümlülüğü ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce arabulucunun uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığını inceleme konusunda yetki ve yükümlülüğü yoktur. Zira arabuluculuk faaliyeti, yargısal bir faaliyet değildir. Dolayısıyla arabulucunun uyuşmazlığın hukuki niteliğini belirleme yetkisi yoktur. Arabulucunun yetkili olmadığı bir konuda yükümlülüğünün olduğu söylenemez. Ayrıca, sadece tarafların ortaya koyduğu bilgi ve belgeler kapsamında uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olan arabulucunun konusu da buna engeldir. Bununla birlikte, uygulamada arabulucudan uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı konusunda inceleme yapması beklenmektedir. Bu durum ise, arabulucunun nispi ticari davanın varlığı ve önüne gelen arabuluculuk başvurusunun dava şartı kapsamında kalıp kalmadığı konusunda hata yapmasına neden olabilmektedir.

Bu kapsamda nispi ticari davayı tespit etmeye çalışan arabulucu, ilk olarak, hatalı biçimde bir ticari davanın bulunmadığı gerekçesiyle önüne gelen başvuruyu arabuluculuk bürosuna iade etmiş olabilir. Bu halde, arabulucunun hukuki sorumluluğuna gidilebilir. Ayrıca, arabuluculuk süreci yürütülmediğinden dava şartı eksikliği de gündeme gelebilecektir. Bu konuya ilişkin olarak HUAK’ta bir düzenleme bulunmadığından genel düzenleme olan HMK m. 115/2’nin uygulanması gerekir. Bu kapsamda, hâkim, arabuluculuk başvurusu yapan ancak arabulucu tarafından hatalı olarak başvurusu iade edilen davacıya tekrar arabuluculuğa başvurması için kesin süre vermelidir.

İkinci olarak, arabulucunun nispi ticari dava olmamasına rağmen, dava şartı arabuluculuk sürecini yürütmüş olması ele alınmalıdır. Bu halde, arabulucu ücrete hak kazanmalıdır. Zira uyuşmazlığın dava şartı arabu-

dava sonunda haklı çıksa bile arabuluculuk ücretinden kaynaklı yargılama giderinden sorumlu olması gerektiği yönünde farklı bir görüş için bkz. Özbek (n 20) 202

luculuk kapsamında olup olmadığını incelemeye yetkili olmayan arabulucu, süreci yürütmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, arabulucunun ücrete hak kazanamayacağını söylemek mevcut düzenlemeler karşısında çelişkili olacaktır. Bu ücrete kimin katlanacağı konusunda ise HUAK'ta açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce yargılama giderlerinden sayılan arabuluculuk ücreti için HMK m. 326 uygulanmalıdır. Bu doğrultuda, yargılamanın sonunda haksız çıkan taraf, bu halde de arabuluculuk ücretine katlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akil C, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler' (2020) 11 (41) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 307-324

Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (29th edn, BTHAE 2023)

Atalı M, 'Zorunlu Arabuluculuğun Yargılama Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar' in Ersin Erdoğan (ed) Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu (1st edn, Pozitif Matbaacılık 2019) 137-154

Ayhan R, Çağlar H and Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar (15th edn, Yetkin Yayınları 2022)

Azaklı Arslan B, 'Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu' (2018) 8 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189-223

Bahadır Z, 'Uzman Arabuluculuk Uygulamasının Yaratacağı Usulî Sorunlar' in Fulya Erlüle (ed), 7. Uluslararası Asos Congress Hukuk Sempozyumu Tam Metin Kitabı (1st edn, 2021 Asos Yayınevi) 387-398

Börü L and Koçyiğit İ, Ticari Dava (2nd edn, Adalet Yayınevi 2021)

Budak A C, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk' (2019) 15 (9) Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25-40

Demirkapı E, 'Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi' (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371-441

Dinç İ, Ticarî Davalarda Zorunlu Arabuluculuk (2nd edn, Seçkin Yayınevi 2021)

Dür O, Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri (2nd edn, Adalet Yayınevi 2022)

Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M and Seven V, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk (2nd edn, On İki Levha Yayıncılık 2019)

Eminoğlu C and Erdoğan E, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Erişir E, 'Tüketici Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamının Belirlenmesindeki Güçlüklerin Ortaya Çıkardığı Bazı Meseleler' in Ali Yeşilirmak, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Kafalı, Gülnihal Ahter Yakacak and Ahmet Dülger (eds) Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı (1st edn, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2021) 309-357

Ermenek İ, 'Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi' (2020) 46 (4) Yargıtay Dergisi 1017-1062

Eryiğit H, 'Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk Başvurularında Nispi Ticari Davanın Tespiti' (2020) 7 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 259-287

Kırca İ, "Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin 2007/12362 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Değerlendirilmesi" (2007) 24 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 295-304

Kırca İ, 'Nispî Ticarî Davaya Dair' (2017) 33 (1), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 55-61

Koçyiğit İ and Bulur A, Ticarî Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk (1st edn, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019)

Kökbudak C N, Ticari Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yöntemi ile Çözülmesi (KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019)

Kurt Konca N, 'Arabuluculukta Özel Uzmanlık Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler' (2022) (68) Adalet Dergisi 367-408

Küçükkaya H G, Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2023)

Memiş A B, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usulü (1st edn, Seçkin Yayınevi 2020)

Namlı M, 'İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' in K. K. Doğan Yenisey (ed) İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı (1st edn, TİSK 2016) 151-165

Özbek F, Ticari Davalarda Görev (1st edn, Adalet Yayınevi 2023)

Poroy R and Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19th edn, Seçkin Yayınevi 2022)

Selçuk S, ‘Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı’ (2020) 8 (16) *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1173-1213

Tanrıver S, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk* (2nd edn, Yetkin Yayınları 2022)

Ülgen H, Helvacı M, Kaya A and Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku* (8th edn, Vedat Kitapçılık 2022)

Yardım M E, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 89-110

Yazıcı Tıktık Ç, ‘Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi’ in Ceyda Süral Efeçinar and Mehmet Ertan Yardım (eds), *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 113-125



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

— 1882 —

Adres : Reşadiye Cad. 34112
Eminönü, Fatih/İstanbul
Telefon : (212) 455 60 00
Faks : (212) 513 15 65 / 520 16 56
E-posta : ito@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

KDV'den muaftır

ISSN 2146 - 6203

