



İSTANBUL
TİCARET
ODASI
—1882—

REGESTA

Cilt/Volume: 5 | Sayı/Issue:3 | 2020/3

ISSN 2146 - 6203

TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA ZORUNLU ARABULUCULUK

COMPULSORY MEDIATION IN COMMERCIAL CONFLICTS

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Özgür OĞUZ

Ayşegül Merve KOÇAK

TOPLU HAK YÖNETİMİ ÜLKEMİZDEKİ VE DÜNYADAKİ UYGULAMALAR

*COLLECTIVE RIGHTS MANAGEMENT PRACTICES IN OUR
COUNTRY AND IN THE WORLD*

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ

SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ, AKDEDİLMESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

*FEATURES, CONCLUSION PROCESS AND LEGAL
CHARACTERISTICS OF SYNDICATED LOAN AGREEMENT*

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT

Arş. Gör./Res. Asst. Erkam Haşim BULUT

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULLARININ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SORUNLU ALANLAR

*PROBLEM AREAS RELATED TO THE RESPONSIBILITY OF
THE BOARDS OF DIRECTORS IN JOINT STOCK
COMPANIES*

Dr. Ufuk ÜNLÜ

TÜRKİYE AZERBAYCAN ARASINDA İMZALANAN İKİ TARAFLI YATIRIM ANLAŞMASI

*ÇERÇEVESİNDE AZERBAYCAN'DA YATIRIM
İNVESTMENT IN AZERBAIJAN WITHIN THE FRAMEWORK
OF BILATERAL INVESTMENT AGREEMENT SIGNED
BETWEEN AZERBAIJAN AND TURKEY*

Rashad AKHMEDOVİ

LİMİTED ŞİRKETTE AYNÎ
SERMAYE VE İŞLETME
DEVİRLERİNE İLİŞKİN
YOLSUZLUKLARDAN
DOĞAN SORUMLULUKLAR
*LIABILITIES ARISING FROM THE
CORRUPTIONS RELATED TO THE
CAPITAL IN KIND AND BUSINESS
TAKE OVER IN A LIMITED
COMPANY*
Dr. Soner ALTAŞ



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: 5/Sayı: 3
Volume: 5/Issue: 3
Yıl/Year: 2020

Regesta Ticaret Hukuku Dergisi
Regesta Journal of Commercial Law

“Hakemli Dergidir”/“Peer reviewed Journal”

Cilt: 5/Sayı: 3
Volume: 5/Issue: 3
Yıl/Year: 2020

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 86

Basımcının Adı/Printed by: Filmon Baskı Çözümleri A.Ş.

Basıldığı Yer/ İkitelli Organize Sanayi Bölgesi Eskoop
Place of Publication: Sanayi Sitesi B1 Blok No: 35 34490
Başakşehir İstanbul
(Sertifika No./Certificate No. 47634)
Tel.: 0212 671 57 40

Basım Tarihi/Publication Date: Ocak/January 2021

Yönetim Yeri/Place of Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul
Management: Tel: (212) 455 60 00

URL: www.ito.org.tr

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

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (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 © 2021

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

Reşadiye Cad. Eminönü/İstanbul

Tel: (212) 455 60 00

İnternet adresi: www.ito.org.tr

EDİTÖR/EDITOR IN CHIEF

Av. Nurcan TURAN

YAYIN ve DANIŞMA KURULU EDITORIAL and ADVISORY BOARD

- Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat ALIŞKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nuray EKŞİ (*Özyeğin Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Prof. Dr. İlhan HELVACI (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ (*İstanbul Aydın Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. İsmail KIRCA (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT (*Bilkent Üniversitesi*)
Prof. Dr. Korkut ÖZKORKUT (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Gül OKUTAN NİLSSON (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ (*Galatasaray Üniversitesi*)
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI (*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi*)
Prof. Dr. Asuman TURANBOY (*Ankara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK (*Doğuş Üniversitesi*)
Prof. Dr. Veliye YANLI (*İstanbul Bilgi Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hamdi YASAMAN (*Okan Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Aynur YONGALIK (*Atılım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Anlam ALTAY (*Galatasaray Üniversitesi*)
Doç. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Doç. Dr. Leyla KESER (*Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü*)
Doç. Dr. Fülurya YUSUFOĞLU BİLGİN (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi H. Ali DURAL (*Galatasaray Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Fatih AYDOĞAN (*İstanbul Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAK (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Emrah KULAKLI (*Medipol Üniversitesi*)

HAKEMLER/REFEREES

- Prof. Dr. Pınar AKAN (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi*)
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY (*Yeni Yüzyıl Üniversitesi*)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (*Sakarya Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK (*Yeditepe Üniversitesi*)
Doç. Dr. Birgül SOPACI (*Marmara Üniversitesi*)
Dr. Zehra BADAK AYBARS (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER (*Uludağ Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ (*Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Dr. Öğr. Üyesi Gencay KARAKAYA (*İstanbul Ticaret Üniversitesi*)

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

1. 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.

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

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 Turkish and in other European languages are welcome.

3. 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.

4. 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

5. 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.

6. 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 fotoğraflı 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 (should be attached photo)

7. 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.

*Papers submitted to the Journal must have **titles, and abstracts** both in Turkish and in English. Abstracts should be include up to 160 words.*

8. 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.*

9. 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.

10. 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 proofread by the author himself.*

11. 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.*

12. 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.*

13. 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

14. 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'nca, 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.

15. 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.

16. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. 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.

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.

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

EDİTÖRDEN.../FROM THE EDITOR...

Dergimizin 2020 yılında çıkan son sayısıyla karşınızdayız.

Bu sayımızda; Doç. Dr. Özgür OĞUZ ve Ayşegül Merve KOÇAK'ın "*Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*", Doç. Dr. Canan KÜÇÜKALİ'nin "*Toplu Hak Yönetimi Ülkemizdeki ve Dünyadaki Uygulamalar*", Dr. Öğr. Üyesi Ramazan DURGUT ve Arş. Gör. Erkam Haşım BULUT'un "*Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinin Özellikleri, Akdedilmesi ve Hukuki Niteliği*", Dr. Ufuk ÜNLÜ'nün "*Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Sorumluluğuna İlişkin Sorunlu Alanlar*" ve Rashad AKHMEDOVİ'nin "*Türkiye Azerbaycan Arasında İmzalanan İki Taraflı Yatırım Anlaşması Çerçevesinde Azerbaycan'da Yatırım*" adlı eserlerine yer verilmiştir.

Uzman görüşü bölümünde ise, Dr. Soner ALTAŞ'ın "*Limited Şirkette Aynî Sermaye ve İşletme Devirlerine İlişkin Yolsuzluklardan Doğan Sorumluluklar*" isimli yazısına yer verilmiştir.

Gelecek sayıda görüşmek dileğiyle.

Av./Aal. Nurcan TURAN

REGESTA TİCARET HUKUKU DERGİSİ

Cilt: 5/Sayı: 3

Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

Makaleler.....	483
Araştırma Makalesi	
Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk <i>Doç. Dr. Özgür OĞUZ</i> <i>Ayşegül Merve KOÇAK.....</i>	485
Toplu Hak Yönetimi Ülkemizdeki ve Dünyadaki Uygulamalar <i>Doç. Dr. Canan KÜÇÜKALİ.....</i>	503
Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinin Özellikleri, Akdedilmesi ve Hukuki Niteliği <i>Dr. Öğr. Üyesi Ramazan DURGUT</i> <i>Arş. Gör. Erkam Haşim BULUT.....</i>	539
Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Sorumluluğuna İlişkin Sorunlu Alanlar <i>Dr. Ufuk ÜNLÜ.....</i>	581
Türkiye Azerbaycan Arasında İmzalanan İki Taraflı Yatırım Anlaşması Çerçevesinde Azerbaycan'da Yatırım <i>Rashad AKHMEDOVİ.....</i>	599
Uzman Görüşü	627
Limited Şirkette Aynî Sermaye ve İşletme Devirlerine İlişkin Yolsuzluklardan Doğan Sorumluluklar <i>Dr. Soner ALTAŞ.....</i>	629

REGESTA JOURNAL OF COMMERCIAL LAW

Volume: 5/Issue: 3

Year: 2020

CONTENTS

Articles.....	483
Research Articles	
Compulsory Mediation in Commercial Conflicts <i>Assoc. Prof. Dr. Özgür OĞUZ</i> <i>Ayşegül Merve KOÇAK.....</i>	485
Collective Rights Management Practices in Our Country and in The World <i>Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ.....</i>	503
Features, Conclusion Process and Legal Characteristics of Syndicated Loan Agreement <i>Dr. Lecturer Ramazan DURGUT</i> <i>Res. Asst. Erkam Haşim BULUT.....</i>	539
Problem Areas Related to the Responsibility of the Boards of Directors in Joint Stock Companies <i>Dr. Ufuk ÜNLÜ.....</i>	581
Investment in Azerbaijan within the Framework of Bilateral Investment Agreement Signed Between Azerbaijan and Turkey <i>Rashad AKHMEDOVİ.....</i>	599
Expert Opinion.....	627
Liabilities Arising from the Corruptions Related to the Capital in Kind and Business Take Over in a Limited Company <i>Dr. Soner ALTAŞ.....</i>	629

MAKALELER

ARTICLES

* Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk
Compulsory Mediation in Commercial Conflicts
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Özgür OĞUZ
Ayşegül Merve KOÇAK

* Toplu Hak Yönetimi Ülkemizdeki ve Dünyadaki Uygulamalar
Collective Rights Management Practices in Our Country and in The World
Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ

* Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinin Özellikleri, Akdedilmesi ve Hukuki Niteliği
Features, Conclusion Process and Legal Characteristics of Syndicated Loan Agreement
Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT
Arş. Gör./Res. Asst. Erkam Haşim BULUT

* Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Sorumluluğuna İlişkin Sorunlu Alanlar
Problem Areas Related to the Responsibility of the Boards of Directors in Joint Stock Companies
Dr. Ufuk ÜNLÜ

* Türkiye Azerbaycan Arasında İmzalanan İki Taraflı Yatırım Anlaşması Çerçevesinde
Azerbaycan'da Yatırım
*Investment in Azerbaijan Within the Framework of Bilateral Investment Agreement
Signed Between Azerbaijan and Turkey*
Rashad AKHMEDOVİ

- Araştırma Makalesi -

#TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA

ZORUNLU ARABULUCULUK*

(COMPULSORY MEDIATION IN COMMERCIAL CONFLICTS)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Özgür OĞUZ¹

Ayşegül Merve KOÇAK²

ÖZ

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk uygulaması, bir diğer deyişle zorunlu arabuluculuk; 06.12.2018 tarihinde kabul edilen 7155 Sayılı Kanununun yürürlüğe girmesi ile hukuki bir statüye kavuşmuştur. 7155 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunun 5. maddesine eklenen bir hükümle bir kısım ticari davalarda da arabuluculuk 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girmek üzere zorunlu hale gelmiştir. Türk Ticaret Kanununun 5/A. maddesine göre “Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” zorunlu arabuluculuk kapsamındadır ve mahkemeler bu konularda açılmış davalarda öncelikli olarak arabulucuya başvurmuş olma koşulunu arayacaktır. Bu çalışmada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğun mahiyeti ve kapsamı ele alınmış olup; bu hususlar mevzuat, yargı içtihatları ve doktrinel tartışmalar ışığında analiz edilmeye çalışılmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 15.12.2020 tarihinde Yayınımıza ulaşmış olup, 11.01.2021 tarihinde birinci hakem; 11.01.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, ooguz1@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9930-9109

² Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi

Bu makaleye atıf için; OĞUZ, Özgür, KOÇAK, Ayşegül Merve “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk” REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, s. 485-502.

Anahtar Kelimeler: Ticari Uyuşmazlıklar, Zorunlu Arabuluculuk, Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, Türk Ticaret Kanunu

ABSTRACT

The practice of mediation as a condition of trial in commercial conflicts i.e. compulsory mediation has participated in our legal system with Law numbered 7155 on 6th of December, 2018. Article 20th of Law numbered 7155 add a clause to Article 5th of Turkish Commercial Code numbered 6102, which is about compulsory mediation in some of commercial conflicts and this additional clause has entered in force has entered in force as of 1st of January, 2019. According to Article 5/A of Turkish Commercial Code, “ those specified commercial lawsuits at article 4th of this Code and other codes are subjects for disbursement or compensation” are within the scope of compulsory mediation and courts stipulate firstly applying to mediation for this kind of lawsuits. In this study, essence of compulsory mediation in labour conflicts within the scope of Turkish Commercial Code numbered 6102 is discussed; these subjects are tried to analyze in consideration of the regulations, The Supreme Court decisions and doctrinal discussions.

Keywords: Commercial Conflicts, Compulsory Mediation, Mediation as a Condition of Trial, Turkish Trade Code

GİRİŞ

2013 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte hukuk sistemimize giren arabuluculuk kurumu, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak hızla gelişmiş ve o günden bugüne geniş bir uygulama alanına kavuşmuştur. Arabuluculuk ülkemizde ihtiyari olarak başlamış fakat geline nokta, belirli özel hukuk alanlarında dava şartı arabuluculuk sistemini getirilmiştir. İhtiyari arabuluculuk uygulamalarının hem tercih, hem de başarı olarak kendisini en fazla iş uyuşmazlıklarında gösterdiği dikkate alınarak ve iş mahkemelerinin hızla artan iş yükü göz önünde bulundurularak bu adım ilk etapta iş hukuku alanında atılmıştır. İş uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun yürürlüğe girmesiyle gözlenen yüksek oranda an-

laşmayla sonuçlanmasının ardından kapsam genişletilerek ticari uyuşmazlıklarda da dava şartı arabuluculuk sistemine geçiş gündeme gelmiştir.

Bu bağlamda, 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanunla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa eklenen 5/A maddesi, ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkındaki uyuşmazlıklarda, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını dava şartı haline getirmiştir.

Bu çerçevede arabuluculuk ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi, belirli iş uyuşmazlıkları açısından zorunlu hale getirilmesi akabinde ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuğa başvurma zorunluluğunun getirilmesi beraberinde birtakım tartışmaları getirmektedir; ihtiyari arabuluculuğun ve zorunlu arabuluculuğun mahiyeti farklılık arz etmektedir. Zira arabuluculuk kurumuna ilişkin kavramsal açıklamalar yapılırken de belirtildiği gibi arabuluculuğa ilişkin en temel ilkelere biri 6325 Sayılı HUAK’da da açıkça belirtildiği üzere iradiliktir. Ayrıca aşağıda da belirteceğimiz üzere kurumun sağlıklı işlemesi için düzenlenen etik kurallar içerisinde de açıkça bu hususa vurgu yapılmıştır. Şu halde resmi ve zorunlu bir süreç olarak dava şartı olarak arabuluculuk, arabuluculuk faaliyetinin varoluş sebebi ile çelişir görünmektedir.³ Zira arabuluculuk kapsamında müzakerede bulunmak istemeyen taraflara arabuluculuğa başvuru zorunluluğu getirmek, kurumun ruhuna aykırı olabilmektedir.⁴ Öte yandan öğretide, “uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinin adli yargıyı sadece tamamlayabileceği fakat onun yerini alamayacağı, dava öncesinde tarafları, zorunlu uzlaşma usulüne başvurmaya davet etmenin bireyi kanun koyucu tarafından zor kullanarak uzlaşmak zorunda bırakmak anlamına geleceği, adli yargının yerini almasının söz konusu olmayacağı” da savunulmuştur.⁵ Arabuluculuğun mahiyetine ilişkin bu eleştirilere karşılık kanun koyucunun da kanun gerekçelerinde de belirttiği üzere mahkemelerin iş yükü dikkate alınarak

³ ERDOĞAN, Ersin & ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016, s. 36

⁴ OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019, s.139

⁵ YILDIRIM, Kamil, İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözümü Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 358

hem hukuk hem ceza yargısında mahkeme dışı çözüm yöntemlerine ilişkin mevzuat çalışmaları yapılmıştır.

Bu çalışma iki bölümden oluşmakla, birinci bölümde arabuluculuğun temel özellikleri ve kapsamında neler olduğu ele alınacaktır. Bu bağlamda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na ilişkin düzenlemelere değinilecektir. İkinci bölümde ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yapılan zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenleme değerlendirilecektir.

I. ARABULUCULUK KAVRAMI

1. Arabuluculuğun Mahiyeti, İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuğun Uygulaması

Arabuluculuk, kural olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak öngörülen ve bu noktada en çok başvurulanan hukuki müesseselerden biridir. En basit haliyle, aralarında hukuki uyuşmazlık bulunan tarafların, bir veya daha fazla arabulucunun yardımı ile bir anlaşmaya varmak için ihtilaflı meseleler üzerinde görüşme yaptıkları bir uyuşmazlık çözüm sürecini ifade eder.⁶ Buradan da anlaşılacağı üzere arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşebilmesi için aralarında hukuki ihtilaf bulunan iki tarafın varlığı zorunludur, bununla beraber arabulucu sıfatıyla bir üçüncü kişinin müdahalesi gerekmektedir. Zira arabulucu olmaksızın tarafların birbirleriyle aralarındaki uyuşmazlığı çözmek adına görüşmeler yapması bir diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan müzakere adını almaktadır.⁷

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu da arabuluculuğu benzer bir şekilde “sistematiik yöntemler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirini anlamaları ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi” olarak açıklanmaktadır. Kanun arabuluculuğu tanımlarken, arabulucunun bu faaliyet içerisinde yapması gerekenleri ve niteliklerini de açıklamaktadır. Bununla birlikte ilgili Kanunun aynı maddesinde arabu-

⁶ YEŞİLİRMAK, Ali, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Modül 2, Arabuluculuk Nedir?, Ankara 2017, s. 28

⁷ ÖZBEK, Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s.72

lucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişi olarak tanımlanmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki, ülkemizde arabuluculuk siciline kayıt olabilmek için mesleğinde beş yıllık kıdem sahibi hukuk fakültesi mezunu olma şartıyla birlikte kanunda düzenlenen diğer şartlara haiz olmak gerekmektedir. Ayrıca iş bu kanunun ilk maddesinde ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesinde arabuluculuk çözüm yolunun uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun metninin lafzından ve arabuluculuğun mahiyetinden yola çıkarak, arabuluculuğun temel ilkelerinin eşitlik, iradilik, tarafsızlık ve gizlilik olarak sayılması mümkündür.⁸ Arabulucunun tarafsız olması noktasında taraflar, kendilerine eşit ve objektif davranıldığını hissetmelidirler.⁹ Aksi takdirde, tarafsızlık ve eşitlik noktasında tarafların tereddütleri olması hâlinde, arabuluculuk faaliyetinin yürütülebilmesi ve bu faaliyetten verim alınması beklenemez. Kanunda belirtildiği üzere aksine düzenleme olmadıkça arabuluculuk ihtiyari bir süreçtir ve bu nedenle taraf arabuluculuk yoluna gitmeye zorlanamaz. Bu durumun istisnası çeşitli mevzuatlarda öngörülen ve Türk hukuk sisteminde de yer edinmiş olan zorunlu arabuluculuk kurumudur.¹⁰ Bunlarla beraber, arabuluculuk yöntemine başvurmanın ihtiyari olarak düzenlenmesinin yanı sıra arabuluculuk süreci de iradidir; dolayısıyla taraflar süreç başladıktan sonra da müspet ya da menfi süreci sonlandırmaya kendileri karar verirler.¹¹ Arabuluculuğun temel ilkeleri bu şekilde gruplanmakla, gerek arabulucu nezdinde gerekse arabuluculuk faaliyeti kapsamında bu ilkelerin göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekmektedir.

Arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde, arabulucu tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulması amacıyla teknikler uygular, özellikle iletişimsizlik kaynaklı sorunları ortadan kaldırmak için aralarındaki iletişimi-

⁸ ODAMAN, Serkan & KARAÇÖP, Eda, Sicil İş Hukuku Dergisi, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sayı 39, s.47

⁹ KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2014, s. 61-62

¹⁰ YEŞİLIRMAK, s.29

¹¹ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.126

mi kolaylaştırmaya çalışır.¹² Buradan hareketle önemle belirtmek gerekir ki, arabulucunun arabuluculuk süreci içerisinde karar verme yetkisi bulunmamaktadır ve taraflara hukuki tavsiyelerde dahi bulunamaz.¹³

İhtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak arabuluculuğa taraflar dava yoluna gitmeden önce başvurabilecekleri gibi, dava açıldıktan sonra da başvurabilirler. Dava öncesi arabulucuya başvurulması hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflar ile arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu duruma ilişkin bir tutanak düzenlendiği tarihten itibaren arabuluculuk süreci işlemeye başlar. Davanın açılmasından sonra arabulucuya başvurulması hâlinde ise, mahkemenin tarafları duruşmada arabuluculuğa davet etmesi ve bu davetin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan etmesi ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirilmesi ile süreç başlar.(6325 S.K. m.16/1) Sürecin başlamasının kanunda düzenlenen zamanasını ve hak düşürücü süreler etkiye ise, arabuluculuk faaliyetinin başından sonuna karar geçen sürenin, bahsi geçen sürelerin hesabında dikkate alınmayacağı şeklinde düzenlenmiştir.¹⁴

Arabuluculuk faaliyeti genel hatlarıyla üç aşamadan oluşur. Bu aşamalar arabulucuya başvuru ve arabulucunun tarafları bilgilendirdiği ve hukuki uyuşmazlığı tespit ettiği başlangıç oturumları, taraflarla birlikte veya ayrı ayrı oturumların yapıldığı müzakere süreci ve arabuluculuğun sonlandırıldığı aşamadır.¹⁵

Arabulucunun seçimi ve arabulucuya başvurudan sonra, arabulucu tarafları mümkün olan en kısa sürede ilk toplantıya davet eder. Arabuluculuk süreci arabulucunun açılış konuşması ile başlatılır. Arabulucu taraflara kendisinin rolünü ve prosedürün nasıl işleyeceğini açıklar, taraflar sorularını sorma ve izlenecek usulü tartışma fırsatı bulurlar. Yani arabulucu bu aşamada 6325 Sayılı Kanunda öngörülen aydınlatma yü-

¹² KEKEÇ, s. 267

¹³ ALTAY, Sümer & POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2015, s. 1056

¹⁴ TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim (2006), Ankara 2007

¹⁵ ÖZEKES, Muhammet & Pekcanıtez Hakan, Medenî Usûl Hukuku, C. 3, İstanbul 2017, s.2838

kümlülüğünü yerine getirir.¹⁶ Taraflar daha önceden arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini ve usulünü kararlaştırmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütecektir.¹⁷

Müzakere sürecinde, taraflar temel iddia ve savunmalarını açıklar, menfaatlerini özel veya toplu oturumlarda ortaya koyar ve çözüm önerileri sunarlar.¹⁸ Bu aşamada yapılan açıklamaların veya önerilerin tarafların anlaşılamaması durumunda herhangi bağlayıcılığı yoktur; taraflar anlaşsa dahi müzakere sürecindeki fikir teatilerinin gizlilik ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Taraflar görüşmelere bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler.

Bu aşamalardan sonra arabuluculuğun müspet ya da menfi sonlanması aşaması söz konusu olacaktır. Arabuluculuk dava şartı da olsa, ihtiyari de olsa; her iki durumda da taraflar arabuluculuk sürecini sürdürmek ve sonlandırmak konusunda serbesttirler. Taraflar arabuluculuk sürecini devam ettirmek konusunda zorlanamazlar.¹⁹ Burada zorunluluk ya da ihtiyarilik durumu arabulucuya başvurma noktasındadır. Arabuluculuk faaliyetinin sona ereceği haller 6325 sayılı Kanunun 17. maddesinde sayılmıştır, bu sona erme halleri ve hukuki sonuçları ticari uyuşmazlıklarda uygulanan zorunlu arabuluculuk için de geçerlidir. Bu nedenle ihtiyari arabuluculuğun sona ermesinin sonuçları ile zorunlu arabuluculuğun sona ermesinin aşağıda değerlendireceğiz. Zira ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasında da, hüküm bulunmayan hallerde niteliğine uygun düştüğü ölçüde 6325 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacaktır.

2. Arabuluculuk Faaliyetinin Sona Ermesi

Arabuluculuk faaliyeti, söz konusu hukuki uyuşmazlığa ilişkin olarak anlaşma, kısmen anlaşma veya anlaşamama olarak çeşitli şekillerde

¹⁶ BULUR, Alper, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Ankara 2015, s. 9

¹⁷ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s.147

¹⁸ KEKEÇ, s. 189

¹⁹ KEKEÇ, s. 62

sonlanabilir.²⁰ Bu haller Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 17’de düzenlenmiş olup bunlardan ilki “ tarafların uyuşmazlık konusu üzerine anlaşması”dır. Anlaşma hâliyle sona ermeyi ve hukuki sonuçlarını çalışmamızın ilerleyen kısmında icra edilebilirlik şerhiyle birlikte irdeleyeceğiz.

Arabuluculuk faaliyetinin olumsuz sona erme nedenlerini sırayla inceleyecek olursak; arabulucu daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğuna kanaat getirirse taraflara danışarak bu durumun tespiti ile arabuluculuk faaliyeti sona erdirecektir. Öte yandan, eğer arabuluculuk süreci bir sonuca bağlanmazsa, taraflar karşı tarafa ya da arabulucuya bildirerek arabuluculuk sürecinden çekilebilecekleri gibi, taraflar anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirebilirler.²¹ Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığına anlaşıldığı durumda gerek arabulucu tarafından gerekse tarafların talebi üzerine arabuluculuk faaliyeti sona erdirilir.

6325 sayılı HUAK m.17’de sayılan bu nedenlerin yanı sıra, arabulucuya ödenmesi gereken avansın ödenmemesi, geçerli bir mazeret olmadan arabuluculuk müzakerelerinde hazır bulunmama gibi haller arabulucuya başvurudan vazgeçildiğine karine teşkil eden haller olarak değerlendirilebilir.²²

Zorunlu arabuluculuk söz konusu olduğunda 6325 sayılı HUAK’da sayılan olumsuz sonlanma nedenlerine ek olarak; arabulucunun taraflara ulaşamaması, taraflar arabuluculuk toplantısına mazeretsiz katılmadığı için görüşme yapılamaması, arabulucu görüşmeleri için öngörülen altı hafta ve zorunlu hallerde iki haftalık uzatma süresinin dolması hallerinde de arabuluculuk faaliyeti sona erer.²³ Her ne kadar ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 6102 sayılı Kanunun 5/A maddesi bu hususlara dair bir düzenleme yapmamışsa da iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk düzenlemeleri ile kıyas yaparak bu çıkarımda bulunmaktayız.

²⁰ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s.126

²¹ ÖZDEMİR, Olgı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Sayı 74, İstanbul 2016, s.609

²² TUĞSAVUL TAŞPOLAT, s. 150

²³ KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 645

Tarafların kısmen ya da tamamen anlaşmaları haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılırlar ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir. Arabuluculuk görüşmelerinin tarafların anlaşmama nedenleri yazılacak, bu anlamda hangi tarafından haklı olduğuna dair arabulucu görüşü kesinlikle yer almayacaktır. Zira böyle bir durum arabuluculuğun temel ilkelerine aykırı olacaktır.²⁴ Aynı zamanda arabulucu tarafları bu tutanak ve sonuçları hakkında tarafları bilgilendirecektir. Düzenlenen tutanak, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatları tarafından imzalanacaktır. Taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlar tarafından imzalanmama söz konusu olursa arabulucu bu durumu belirtip tutanağı kendisi imzalayacaktır.²⁵ Öte yandan zorunlu arabuluculuk faaliyeti; arabulucunun taraflara ulaşamaması ve bu nedenle tarafları ilk toplantıya davet edememesi durumunda ya da arabulucunun davetine rağmen tarafların geçerli bir mazeret söz konusu olmaksızın bir araya gelmemesi veya gelememesi durumunda arabulucu süreci sonlandıracak ve durumu belgeleyen son tutanağı düzenleyerek durumu arabuluculuk bürosuna derhal bildirecektir.²⁶ Zira arabulucu işlemleri için gerekli olan bu hususla birlikte arabulucu tutanağı, mahkemeye başvurmak isteyen tarafın dava şartı olarak arabulucuya başvurma yükümlülüğünü yerine getirdiğini göstermesi açısından ispat niteliğinde olacaktır.²⁷ Her durumda tutanağın asıl fonksiyonu sürecin sona erdiğinin belgelendirilmesidir.

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşmaya varılan hususlar hakkında dava açılmayacaktır. İş bu düzenleme ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk için de geçerlidir. Arabuluculuğun anlaşma ile bitmesi durumunda arabulucu tarafından tarafların üzerinde anlaştıkları hususlar bir belgeye yazılır, bu belgeye “anlaşma belgesi” adı verilir. Anlaşma belgesini kural olarak arabulucu hazırlar, ancak bu faaliyet sonucunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenerek, bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacaktır.²⁸

²⁴ KURT, Resul, TBB Dergisi, İş Yargısında Arabuluculuk, Sayı 135, Ankara 2018, s.435

²⁵ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, a.g.e., s. 151

²⁶ ÇİÇEK, Mustafa, Terazi Hukuk Dergisi, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Sayı 139, 2018, s. 57

²⁷ KURT, a.g.e., s.435

²⁸ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, a.g.e. s. 150

Tarafların anlaşması bakımından düzenlenecek anlaşma belgesi, taraflara birtakım yükümlülükler yükleyeceğinden belirli esaslar çerçevesinde düzenlenecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenecek anlaşma belgesinin konusunu, uyuşmazlığın çözümüne yönelik taraflarca benimsenen yöntemler oluşturacaktır.²⁹ Esasen üzerinde anlaşılan hususların dava konusu yapılamayacağı dikkate alındığında, her türlü uyuşmazlığın arabuluculukta anlaşarak çözülmesi hâlinde, arabulucu tarafından hazırlanacak anlaşma tutanağında anlaşılan hususların net bir şekilde, kalem kalem ortaya koyulması gerekmektedir.³⁰

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18 uyarınca taraflar, arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, taraf imzası ile arabulucunun imzasını taşıyan arabuluculuk anlaşmasının icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhin işlendiği anlaşma, kanun gereği ilam niteliğinde belge sayılır.³¹ Böylelikle arabuluculuk anlaşma tutanağı ilamlı icraya konu edilebilir.³² Ancak anlaşmanın ilamlı icra takibine konu olabilmesi için içeriğinin cebri icraya elverişli olması gerekir. Cebri icraya elverişli olma, anlaşmanın konusunun belli bir edimin ifasına yönelik olması demektir.³³

Arabuluculuk anlaşmasına icra edilebilirlik fonksiyonu kazandırmak için, taraflar bu anlaşmayı asıl uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine sunup, icra mahkemesinde icra edilebilirliğe ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler.³⁴ Arabuluculuğun dava şartı olmadığı durumlara özgü olarak; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesinin, çekişmesiz yargı işi olduğu ve buna ilişkin incelemenin dosya üzerinden de yapılabileceği 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18’de düzenlenmektedir.

²⁹ KİYAK, Emre, Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, TAAD, Sayı 21, Nisan 2015, s.529

³⁰ ÇİÇEK, s. 59

³¹ YEŞİLİRMAK, Ali, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Modül 13, Arabuluculuk Mevzuatı, Ankara 2017, s.439

³² KİYAK, a.g.e., s.531

³³ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, a.g.e. s. 152

³⁴ TUĞSAVUL TAŞPOLAT, a.g.e. s. 153

İcra edilebilirlik şerhine ilişkin bahsi geçen kanuni düzenlemede, arabuluculuk anlaşmasına icra edilebilirlik şerhi verilirken hâkimin nele-re dikkat edeceği belirtilmektedir. Buna göre bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı hususları ile sınırlıdır. Yani hâkim arabuluculuk sözleşmesini içerik bakımından inceleyemez ve bu sebeple de icra edilebilirlik şerhi vermeyi reddedemez. Yine ilgili hükmün devamında “anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu aşamada ilk derece mahkemesinin Kanun’a uygun olmayan ret kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

Arabulucunun imzası, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine konu edilebilmesi açısından önem arz edecektir. Çünkü onun imzasını taşımayan bir belge, uyuşmazlığın çözümüne yönelik mutabakatı ihtiva etse dahi, m. 18/1 anlamında anlaşma belgesi olarak nitelendirilemeyecek ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebine (m. 18/2) konu edilemeyecektir.³⁵ Bu düzenleme gerek ihtiyari ve gerekse de zorunlu arabuluculuk kapsamında anlaşılan arabulucu tutanakları için geçerlidir.

II. TİCARİ UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI OLARAK ARABULUCULUK

1. Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamı

Ticari davalar TTK’nin 4. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. TTK’nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası “*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;*

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun mal-varlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve

³⁵ KIYAK, s. 530

şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörölmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde,

öngörölen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işle-ri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

TTK’nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrası ile hem ticari dava hem de ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi düzenlenmiştir. Ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi kavramı ilk kez 6335 sayılı Kanunla 6102 sayılı TTK’de yapılan değişiklikle TTK’ye girmiş bir kavramdır. Ticari davalar ve ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri ile ilgili düzenleme yapılırken ticari iş sayılan hususlardan doğan bütün dava ve taleplerin ticari dava veya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılması yerine, niteliği ve bünyesi itibarıyla hâkimin özel uzmanlığına ihtiyaç gösteren dava ve taleplerin ticari dava veya ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi olarak kabulü ilkesinden hareket edilmiştir.³⁶

TTK’nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ticari davaları mutlak ticari dava ve nispi ticari dava olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Düzenlemeye göre, her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili hususlardan doğan hukuk davaları nispi ticari davadır. Ayrıca, bir ticari işletmeyi ilgilendiren havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan hukuk davaları da nispi ticari davadır. Tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın, TTK, TBK’de, TMK’de düzenlenen ve TTK’nin 4. maddesinin birinci fıkrasında sayılan uyuşmazlıklar ile diğer

³⁶ AYHAN, Rıza & ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018, s. 72

bazı özel kanunlarda ve mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları mutlak ticari davadır.³⁷

Ticari davalar sadece TTK’de düzenlenen davalardan ibaret değildir. Zira, nispi ticari davaların sayma yöntemi ile düzenlenemeyeceği dikkate alındığında, bu tür davalar da TTK’nin 4. maddesinin birinci fıkrasında aranan şartların gerçekleşmesi hâlinde ticari dava olarak nitelendirilecektir.³⁸

Uygulamada karşılaşılan, TTK’de düzenlen hususlardan doğan hukuk davalarına örnek şunlardır: TTK’nin 102 ilâ 123. maddeleri arasında düzenlenen acentelikle ilgili uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalar, TTK’nin 329 ilâ 572. maddeleri arasında düzenlenen anonim şirketlere ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar, TTK’nin 573 ilâ 644. maddeleri arasında düzenlenen limited şirketlere ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar, TTK’nin 671 ilâ 775. maddeleri arasında düzenlenen poliçe, TTK’nin 776 ilâ 779. maddeleri arasında düzenlenen bono, TTK’nin 780 ilâ 823. maddeleri arasında düzenlenen çekten kaynaklanan uyuşmazlıklardan doğan davalar, TTK’nin 856 ilâ 893. maddeleri arasında düzenlenen eşya taşıma ve TTK’nin 906 ilâ 916. maddeleri arasında düzenlenen yolcu taşımaya ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar.

Doktrinde TTK’de düzenlenen hususlardan doğan tüm hukuk davalarının mutlak ticari dava olduğu, bu halde borcun kaynağına (sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil) bakılmayacağı, davanın ticari dava sayılması için başkaca kıstas aranmayacağı görüşü savunulmaktadır.³⁹

Nispi ticari davalarda mutlak ticari davadan farklı olarak, davanın nispi ticari dava olarak kabul edilmesi şarta bağlanmıştır. Nispi ticari davalarda davanın ticari dava olarak kabul edilebilmesi için uyuşmazlığın bir ticari işletme ile ilgili olması gerekir.⁴⁰

Mutlak ve nispi ticari davayı açıkladıktan sonra, zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemeyi değerlendirecek olursak; “Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir

³⁷ AYHAN & ÇAĞLAR, s.76

³⁸ ÜLGİN Hüseyin & HELVACI Mehmet & KENDİGELEN Abuzer & KAYA Arslan & NOMER ERTAN, N. Fusun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015, s. 49

³⁹ ÜLGİN & HELVACI & KENDİGELEN & KAYA & NOMER ERTAN, s. 118

⁴⁰ AYHAN & ÇAĞLAR, s. 90

miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.” Denerek para ödenmesi konulu ticari davaları zorunlu arabuluculuk kapsamına sokmuştur.

Bu açıklamalardan sonra İİK kaynaklı farklı özellik gösteren davalara ilişkin de açıklama yapmak gerekir.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununda, sadece para veya teminat alacaklarına özgü, ilâmsız icra takibi, düzenlenmiştir. Alacaklı, doğrudan icra dairesine başvurarak borçluya karşı ödeme emri gönderilmesini talep edip takip yapabilir.⁴¹ Genel haciz yoluyla takip (İİK m. 46-144), kambyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip (İİK m. 167-176) ve kiralanmış taşınmazların ilâmsız tahliyesi (İİK m. 269-276) hükümleri uyarınca takip başlatmadan önce, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz; bir başka ifadeyle, arabuluculuğa başvuru bir takip şartı olarak düzenlenmemiştir. Kaldı ki ilâmsız icra yoluyla takip başlı başına geniş anlamda bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.⁴² Ancak, taraflar isterlerse ihtiyari olarak arabuluculuk yoluna başvurabilirler.

Bununla birlikte, genel haciz yoluyla takipte ödeme emrine itiraz itirazın iptali davası (İİK m. 67) açılmadan önce, uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur; bir başka ifadeyle, arabuluculuğa başvurulması dava şartıdır.⁴³

Maddi hukuk bakımından borçlu olunmadığı iddiası ile açabildiği menfi tespit davasında (İİK m. 72/1), cibrî icra tehdidi altında ödemek zorunda kaldığı paranın geri verilmesi için açabildiği istirdat (geri alma) davasında (İİK m. 72/VII) ve borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczinde bildirim (üçüncü haciz ihbarnamesi) üzerine açılacak menfi tespit davasında (İİK m. 89/3), uyuşmazlığın dava şartı olarak

⁴¹ KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, İstanbul 2018, s. 107

⁴² KOÇYİĞİT, İlker & BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019, s. 64

⁴³ KONCA KURT, Nesibe, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, s. 5

arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır.⁴⁴

İflâsta istihkak iddia edilen malın üçüncü kişinin elinde olması durumunda iflâs idaresinin üçüncü kişi aleyhine açacağı istihkak davasında, uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır.⁴⁵

Haciz yolu ile takipte hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden, iflâs yolu ile takipte ise iflâsın açılmasından önce, borçlu-nun üçüncü kişiyle yapmış olduğu ve alacaklısına zarar veren, kanun koyucu tarafından da uygun bulunmayan birtakım işlemlerin iptali amacıyla açılabilen tasarrufun iptali davasının (İİK m. 277 vd.) temelinde alacak hakkı olması nedeniyle, aynî değil; şahsî bir davadır.⁴⁶ İptal davası ile maddi hukuka ilişkin yeni bir sonuç doğmamakta, sadece üçüncü kişiye takibe katlanma yükümlülüğü yüklenmektedir. Bununla birlikte, tasarrufun iptali davası temelinde alacak hakkı olan bir eda davası niteliğindedir ve uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanır.⁴⁷

Uyuşmazlığın taraflarından birisinin tüketici olduğu bankacılık işlemleri, sigorta sözleşmeleri ve taşıma işlerinin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu tür uyuşmazlıklardan doğan davalar, TTK'nin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ilâ (f) bentlerinde düzenlenmiş olup mutlak ticari dava niteliğindedir. Kaldı ki 6502 sayılı TKHK'de tüketici davası diye bir dava tanımlaması da bulunmamaktadır. Bu işlemler, bir ticari işletmeyi ilgilendirmeleri sebebi ile TTK'nin 3 üncü maddesi gereğince ticari iş niteliğindedir. Görevli mahkemeler ise tüketici mahkemeleri olsa da bu hallerde uyuşmazlıkların mutlak ticari dava niteliği ortadan kalkmayacaktır.⁴⁸ Bu durumda uyuşmazlığın dava şartı olarak arabuluculuk kapsamında olması hâlinde dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanacaktır.

⁴⁴ KOÇYİĞİT & BULUR, s. 68

⁴⁵ KOÇYİĞİT & BULUR, s. 67

⁴⁶ KURU, s. 317

⁴⁷ KOÇYİĞİT & BULUR, s. 69

⁴⁸ BAHTİYAR, Mehmet & BİÇER, Levent, Adi İş-Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.416

Son olarak, ticari davalarda zorunlu arabuluculuk düzenlenirken sürelerle ilişkin de düzenleme yapılmış olup, “ Arabulucu, yapılan başvuru görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.” Düzenlemesiyle arabuluculuk sürecinin maksimum 8 hafta sürebileceği hüküm altına alınmıştır.

2. Dava Şartı Olarak Arabuluculuğun İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Hacze Etkisi

İhtiyati tedbir ile ihtiyati haciz birbirinden farklı iki geçici hukuki koruma olmakla birlikte; ihtiyati tedbir, para dışındaki mal, hak ve alacaklar için kabul edilmiş bir geçici hukuki koruma olup HMK m. 389 vd. düzenlenmişken; ihtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin bir geçici hukuki koruma olup kural olarak İİK m. 257 vd. düzenlenmiştir.

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.⁴⁹ Dava açılmadan önce talep edilen ve değişik iş dosyası üzerinden karara bağlanan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz talepleri hakkında, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı açıktır.⁵⁰

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 397. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen iki haftalık, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde ise 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun 264. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen yedi günlük dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez (HUAK m. 18A/16).

SONUÇ

Ticari ilişkilerdeki hızlı değişim ve gelişim, birçok yeni sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu durumun bir sonucu olarak da hukuki uyuşmazlıkların çözümünde yeni arayışlar başlamıştır. Yargının iş yükünün oldukça fazla olduğu ülkemiz bakımından da alternatif uyuşmazlık çö-

⁴⁹ ALTAY, Sümer & POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 2015, s.743

⁵⁰ KOÇYİĞİT & BULUR, s. 65

züm yolları değerlendirilmektedir. Bu noktada en çok başvurulanan yöntem arabuluculuktur. Böylelikle arabuluculuğa uygun olduğu sürece çözüm bulunabilecek uyuşmazlıklar tespit edilir ve bu yöntemler kullanılarak çözüme bulunabilecekse, hem yargının iş yükü azalacak hem de sosyal barış korunmuş olacaktır.

Bu anlayışla, Türk Ticaret Kanununun 5/A. Maddesiyle “Bu Kanunun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri” zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmış ve mahkemeler bu konularda açılmış davalarda öncelikli olarak arabulucuya başvurmuş olma koşulu getirilmiştir. Ancak bunun için arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesi yetmeyecektir; toplumdaki sosyal anlayışın, eğitim sürecinin ve kültürel alt yapının buna uygun hale getirilmesi ve bu doğrultuda çalışmalar yapılması gerekmektedir. Arabuluculuğa başvurulmasının getireceği yararlar, çeşitli propaganda araçları ile topluma anlatılmalı ve toplumda bir uzlaşma bilinci oluşturulmaya çalışılmalıdır.

Arabuluculuk, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargıyı ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve hızlı çözümü amaçlanmaktadır.

KAYNAKÇA

ALTAY, Sümer & POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, B. 24, Ankara 2018

AYHAN, Rıza & ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2018.

BAHTİYAR, Mehmet & BİÇER, Levent, Adi İş-Ticari İş-Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012.

BULUR, Alper: 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. I, Ankara 2015

ÇİÇEK, Mustafa, Terazi Hukuk Dergisi, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, Sayı 139, 2018

ERDOĞAN, Ersin & ERZURUMLU, Nurbanu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Türkiye’nin Arabuluculuk Tecrübesi ve Zorunlu Arabuluculuk Taslağı, İstanbul 2016

KEKEÇ, Elif Kısmet, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Ankara 2014

KILIÇOĞLU, Mustafa, İş Hukuku Esasları Yargıtay Uygulaması & İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018

KIYAK, Emre, Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği, TAAD, Sayı 21, Nisan 2015

KOÇYİĞİT, İlker & BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Ankara 2019

KURT, Resul, TBB Dergisi, İş Yargısında Arabuluculuk, Sayı 135, Ankara 2018

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra Ve İflâs Hukuku, İstanbul 2018

ODAMAN, Serkan & KARAÇÖP, Eda, Sicil İş Hukuku Dergisi, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk Müessesesinin Bugünü ve Geleceğine İlişkin Genel Bir Değerlendirme, Sayı 39

OĞUZ, Özgür, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, İstanbul 2019

ÖZDEMİR, Olgu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, “Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, Sayı 74, İstanbul 2016

ÖZEKES, Muhammet & Pekcanitez Hakan, Medenî Usûl Hukuku, C. 3, İstanbul 2017

PEKCANITEZ, Hakan, Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD 2005, S. 5.

TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, Makalelerim (2006), Ankara 2007

TUĞSAVUL TAŞPOLAT, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.126

ÜLGEN Hüseyin & HELVACI Mehmet & KENDİGELEN Abuzer & KAYA Arslan & NOMER ERTAN, N. Füsun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2015

YEŞİLIRMAK, Ali, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Modül 2-13, Arabuluculuk Nedir?, Ankara 2017

YILDIRIM, Mehmet Kamil: İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında, Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul 2007

- Araştırma Makalesi -

#TOPLU HAK YÖNETİMİ ÜLKEMİZDEKİ VE DÜNYADAKİ UYGULAMALAR*

(COLLECTIVE RIGHTS MANAGEMENT PRACTICES IN OUR COUNTRY AND IN
THE WORLD)

Doç. Dr./Assoc. Prof. Dr. Canan KÜÇÜKALİ¹

ÖZ

Meslek birlikleri 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu yürürlüğe girdiği ilk yıldan itibaren Kanun'da düzenlenmişse de bu birlikler uzun yıllar ihmal edilmiş, yapılan düzenlemeler bu gün için bu kuruluşu açıklamakta yetersiz kalmıştır.. Bu Kanun'a dayanılarak düzenlenen "Eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri ve federasyonu hakkındaki Tüzük" halen eksiklerle dolu ve yenilenmeyi beklemektedir. Ümidimiz TBMM'de beklemekte olan FSEK tasarısının kanunlaşması sonrası yine yoruma gerek bırakmayan ve tüm eksiklerin giderildiği bir Tüzüğün de ortaya konulmasıdır.

Öte yandan uygulamada gözlemlenen toplu hak yönetim kuruluşları olan meslek birlikleri arasındaki ve üyeler arasındaki rekabet savaşı, bu birliklerin dışa karşı güçlü olmasının önünde bir set olmakta ve güven ortamı oluşmasını engellemektedir. Kanun değişiklik taslağı ile getirilmek istenilen Bakanlığın müdahalesi ve denetiminin artırılması bunu engelleyici olumlu bir değişiklik olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Telif, Meslek Birlikleri, Toplu Hak Yönetimi Kuruluşu, Tüzük.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 30.09.2020 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 12.12.2020 tarihinde birinci hakem; 21.12.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ Bakırköy Hakimi, canankali@yahoo.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-0403-4588

Bu makaleye atıf için; KÜÇÜKALİ, Canan, "Toplu Hak Yönetimi Ülkemizdeki ve Dünyadaki Uygulamalar" REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, s. 503-538.

ABSTRACT

Although professional associations have been regulated in the Intellectual and Artistic works Law No. 5846 from the first years, the arrangements that have been neglected for many years are still insufficient to explain this organization today. The Regulation on the occupied associations and the federation of the Authors and associated rights holders is still full of deficiencies and awaits renewal. Our hope is that after the enactment of the FSEK draft pending in the Assembly, a Regulation was put forward that did not require interpretation and that all the deficiencies were eliminated.

On the other hand, the competitive war between Collecting Societies and between members of the professional associations that I observed in practice is a barrier to the strength of these unions against the outside and prevents the atmosphere of trust. Increasing the intervention and supervision of the ministry with the draft law amendment will be a positive change that prevents this.

Keywords: Copyright, Collecting Societies, Collective Right Management Organisation, Regulations.

GİRİŞ

Ülkelerin kültürel, sosyal ve teknik olarak ilerlemeleri, yaratıcı zeka ürünlerine ve bu ürünlerin hak sahiplerine ne derece değer verdikleri ile doğru orantılı olarak gerçekleşir. Fikri hakların korunması ancak ülkelerin doğru Kanunları yürürlüğe koyması ve bu Kanunları titizlikle uygulaması sonucu mümkündür.

Telif hakları ve bağlantılı hakların yönetimi ve uygulanması için uygun kanunî çerçeveyi sağlama yükümlülüğü hükümetlere aittir. Bu düzenlemeler genel olarak dünya çapında büyük ölçüde benzer özellikler taşır². Fikri haklar alanında sektörlerin çeşitliliği ve farklı pazar ortamları

² Tarja Koskinen– Olsson& Nicholas Lowe, Toplu Hak Yönetiminin Genel Özellikleri, Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi Eğitim Materyali.(2012). Modül. 2 15.

rı, farklı lisanslama modellerinin ve teknolojik koruma önlemlerinin kullanılması gerekmektedir³.

Gerçek kişi olan eser sahibinin⁴ eserini yaratması sonrasında, icracılar eserin icrasını sağlayarak, yapımcı ve yayımcılar eserin umuma arzını gerçekleştirerek ve yayıncılar eserleri yayınlayarak bu mekanizmayı işletmek suretiyle telif konusunu yaparlar. Eser sahibinin manevi hakları gibi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 21-25 maddeleri arasında sayılan mali hakların kullanımı yetkisi de kural olarak eser sahibinin tekelindedir. FSEK. m. 18 ve 48 haricinde Kanun'da düzenlenen işleme, çoğaltma, yayma, umuma iletim ve mali haklarının kullanılması idaresi ve bu hakların takibi eser sahibi yahut bağlantılı hak sahibi tarafından yapılabilir⁵. Bağlantılı hak sahipleri gerçek kişi veya bir tüzel kişi olabilir⁶.

Fikri hakkın sahibi bu fikri ürününden ekonomik olarak faydalananma hakkına sahiptir. Ancak bir eser sahibinin, yapımcının veya icracı sanatçının her radyo-tv yayını için bu kurumlarla iletişim kurmak suretiyle hak sahibi olduğu eseri için sözleşme yapması ve kullanımına ilişkin bir bedel alabilmesi imkansızdır. Öte yandan iletişimin ve veri teknolojilerinin gelişmesi, fikir ve sanat eserlerinde hak ihlallerini ve izinsiz kullanımları kolaylaştırmakta ve arttırmaktadır. Teknolojik yenilikler ve medya, telif konusu pazarları şekillendirmede önemli rol oynamaktadır⁷. Kişinin tek başına bu ihlallerle mücadele etmesinin zorluğu eser sahiplerini toplu hak yönetimine yöneltmiştir. Bu bağlamda FSEK m. 41 ve

³ Koskinen and Lowe (n. 2) Modül. 1 68.

⁴ Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, (Sevinç Yayınları,1981) 583.

⁵ FSEK m.18 gereği “aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır. Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.” Ayrıca FSEK m.48 uyarınca eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla sınırlı veya sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler. Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de bir ruhsat ile diğer bir kimseye bırakılabilir.

⁶ WIPO Good Practice Toolkit for CMOs (The Toolkit) (2018) 4. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_cr_cmotoolkit.pdf

⁷ Valeria Falce, “Copyright Societies under Scrutiny: From the EU Approach to the Italian Solution” (2014) 37(1) World Competition, p.121-132, <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/World+Competition/37.1/WOCO2014007>.

devamında düzenlenen meslek birlikleri, fikri ürün sahiplerinin ve bu ürünleri kullananların menfaatlerini dengelemek ve belli bir noktada uzlaştırmak ihtiyacından doğmuştur.

1. Toplu Hak Yönetimi İle İştigal Eden Kuruluşlar

Eser sahibinin umuma iletim hakkının ihlali halinde bu hakkını kendisi kullanabildiği gibi meslek birliklerine yetki vermek suretiyle meslek birlikleri vasıtasıyla bu haklarını takip edebilirler⁸. Meslek birlik-

⁸ “.. Davacı vekili, davalının müvekkili tarafından hakları takip ve tahsil edilen yerli ve yabancı menşeli müzik eserlerini, Vodafone abonesi olan kullanıcılara sunduğunu, davalı şirketin 18.07.2011 tarihinde, müvekkili de dahil sektörde faaliyet gösteren diğer meslek birlikleri ile yerli menşeli müzik eserleri bakımından imzaladığı sözleşme ile yazılı izin aldığı halde koruma altında bulunan yabancı menşeli müzik eserlerini izinsiz kullandığını, bu hususun tespit dosyasına sunulan bilirkişi raporu ile sabit olduğunu ileri sürerek müdahalenin men'ini, FSEK'in 68/1. maddesi uyarınca tecavüzün refi için taraflar arasında izin sözleşmesi imzalanmış olsaydı, müvekkilinin tarifesine göre talep edebileceği bedelin üç katına hükmedilmesini.. talep ve dava etmiştir.Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, FSEK'in 68. maddesi uyarınca belirlenen rayiç bedelin 3 katı olan 307.500,00 TL+KDV'nin dava tarihinden itibaren yürütülecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine dair verilen karar,, Daire tarafından onanmış Karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.Yargıtay 11.HD. 2018/2949 E. 09.03.2020; “davacı uyuşmazlık konusu reklam filminde 5846 Sayılı FSEK'in 80. maddesi uyarınca icracı sanatçı olarak hak sahibi olduğu gibi, aynı madde uyarınca dava dışı reklam filmi yapımıcısı şirketin de tespiti gerçekleşen yapım üzerinde icracı sanatçıdan devraldığı mali haklarla birlikte mutlak ve bağımsız "film yapması" hak sahipliği mevcuttur. O halde, hak sahibinin izni ile reklam fiminin davalı tarafça umuma iletimi eyleminin mali hak tecavüzü olarak nitelendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Ancak, 5846 sayılı FSEK'in 80/2-2 fıkrası uyarınca "Fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne suretle olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanısıra, icracı sanatçılara ve yapımıcılara veya ilgili alan meslek birliklerine de bu kullanımlara dair uygun bir bedeli ödemekle yükümlüdürler" Her ne kadar mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda davaya konu reklam filmi için icracı sanatçı tarafından verilen iznin 1 yıl ile sınırlı olması gerektiği görüşü açıklanmışsa da reklam filminin meydana getirilmesi sonucunda 5846 Sayılı FSEK'in 48 maddesine göre film yapımıcısına mali hak kullanım devri gerçekleşeceğinden, aralarında yazılı sözleşme olmasa dahi icracı sanatçının mali hakları kullanma yetkisini reklam filmi yapımıcısına 1 yıllık süreyle devrettiği hususunu ispat külfeti davacıda olduğundan bilirkişi raporundaki soyut nitelikteki bu görüşe itibar edilemez. O halde, mahkemece reklam filmine yönelik uyuşmazlığın 5846 Sayılı FSEK'in 80/2-2 maddesi çerçevesinde tartışılması gerekirken eylem mali hak tecavüzü oluşturduğundan bahisle FSEK'in 68. maddesi uyarınca tazminat takdiri doğru görülmediğinden kararın davalı

leri, fikri ürün sahiplerinin ve bu ürünleri kullananların menfaatlerini belli bir noktada uzlaştırmak ihtiyacından doğmuştur.

Meslek birlikleri, eser ya da hak sahipleri ile yaptığı sözleşmeler ile bunların sahip olduğu malî hakları üyeleri adına takip eden, hak ihlalleri durumunda dava açan, kanunda düzenlenen hakları kullanmak isteyenlerle sözleşme yaparak üyelerinin ortak çıkarlarını koruyup kollayan ve eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerine ödenecek ücretleri tahsil edip dağıtan, üyeleri arasında sosyal dayanışmayı sağlayan, yapısı ve çalışma şartları kanunla belirlenmiş özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde kuruluşlardır⁹. Bu açıdan meslek birlikleri bir nevi eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin sendikası gibidir¹⁰. Öte yandan yaratıcı sektörlerin, gayrisafı yurtiçi hasılda ortalama %5,4 oranında bir katma değeri temsil ederek milli istihdamın ortalama %5,9'una katkı sağladığı dikkate alındığında bu sektörde, toplu hak yönetimi aracılığıyla korsan kullanımın önlenmesi ile ülke ekonomisine de katkı sağlandığı inkar edilemez¹¹.

Eser ya da hak sahiplerinin eserden doğan mali haklarının toplu yönetimi, takibi ve pazarlanması birlik oluşturulmak suretiyle çok daha güçlü organizasyonlarla sağlıklı bir şekilde yapılabilir. Eser sahibi veya bağlantılı hak sahiplerinin ekonomik yönden daha güçlü durumda olan sektörler karşısında korunabilmeleri ve yapılacak sözleşmelerde tarafların eşit ve adil bir değerlendirme sonucu sözleşme hükümlerinin düzenlenmesi ile haklarının tam olarak korunabilmesi amacıyla toplu hak yönetimi için birliklerin kurulması gereklidir¹². Bu bağlamda işlet-

yararına bozulması gerekmiştir". Yargıtay 11. HD. 2015/8532, 04.05.2016, www.kazanci.com, Erişim Tarihi:14.06.2020.

⁹ Ernst-Joachim Mestmacker, "Collecting Societies"(2005) Max Planck Institut European competition law annual 1.

¹⁰ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012) 293.

¹¹ Koskinen and Lowe, (n. 2) 26.

¹² Akın Beşiroğlu, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar-Fikri Hukuk- Sınai Haklar, (BetaYayınevi, 3. Baskı İstanbul 2004) 315; Fikir Hukuku Dersleri (Arıkan Yayınları, 2006) 312; Savaş Bozbel, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, (On İki Levha Yayınları 2012) 270;N. Şafak Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, (3. Bası Yetkin Yayınları, Ankara, 2009), 127;Mustafa Şahin, "Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılmasına ve/veya İletilmesine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Meslek Birliklerinin Durumu (FSEK M. 41)" 293, 298 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1450>; Hilal Erçal "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Birliklerinin Telif Haklarının Korunmasındaki Konumu", (2014) Gazi

melerin, eser sahiplerine kendi şartlarını dikte ettirmelerinin önlenmesi amacıyla eser sahipleri toplu hak yönetimine yönelmiştir.

Eser sahipleri için bir avantaj olma niteliğindeki bu kuruluşlar eser sahiplerinin her kullanıcı ile ayrı ayrı sözleşme yapmaları yerine, ilgili meslek birlikleri ile sözleşme yapılması kolaylığını getirmektedir¹³.

Toplu hak yönetimi farklı sektörlerde farklı şekilde işler. Bu kuruluşlar, hangi eserlerin ne zaman ve nerede kullanıldıklarını takip ederler. Meslek teşekkülleri olan bu birlikler kullanıcılar ile kullanımlar için uygulanacak tarifeleri ve diğer şartları müzakere ederler. Telif bedellerini toplayarak hak sahiplerine dağıtırlar. Böylece kullanıcıların koruma altındaki eserlere kolay ve kanunen erişimlerini sağlarken hak sahiplerinin de telif bedelini almasını sağlar¹⁴.

Eserlerin üçüncü kişiler tarafından kullanım sıklığı ve kullanıcı sayısının fazla olması bireysel hak takibini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle meslek birlikleri hak sahipleri ile kullanıcıların arasında eserlere erişim ve ücretlendirilmesi konusunda bir köprü oluştururlar¹⁵. Kullanıcılar, eser sahipleri ile ayrı ayrı sözleşme düzenlemek yerine meslek birliklerinin yetki sahibi oldukları eserler için meslek birlikleri ile yaptıkları sözleşmeler ile eserleri kullanabilmektedirler.

Fikri hakların korunması konusunda sadece hukuki mevzuatın iyi düzenlenmiş olması yetmez. Bu hakların pazarda etkili bir şekilde iyi yönetimi, ilgililerin bilinçlendirilmesi ve mevzuatın uygulanarak meydana gelen ihlallerin önlenmesi gerekir¹⁶. Örneğin ilim ve edebiyat eserlerinde meslek birliğine üye olarak hak takibi için yetki veren eser sahiplerinin sözleşme yaparken kullanıcılar ile kendilerinin sözleşme yaptığı, birliğe güvenmeyerek onu devre dışı bıraktığı görülmektedir. Meslek birliklerine ilişkin 5846 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak eksikliklerin giderilmesi ayrıca hak sahiplerinin takibe konu hakları konusunda bilinçlendirilmeleri gerekir¹⁷.

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 8, 9.

¹³ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan, Ankara 2008), 512.

¹⁴ Koskinen and Lowe (n.2) 23.

¹⁵ WIPO (2018) (n.4), 6.

¹⁶ Koskinen and Lowe (n. 2) 16.

¹⁷ Mustafa Bayram Mısır, “Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri” (2002) 2 (4) Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 15, 39.

2. Toplu Hak Yönetimine İlişkin Uluslararası Anlaşmalar, Di- rektifler

Yurt içindeki ihlallerinin yanısıra yurtdışındaki ihlaller için de fikri mülkiyet haklarının tüm dünyada korunması ihtiyacı doğmuştur. Bunun için 1883 tarihli Paris Anlaşması ve 1886 tarihli Bern Anlaşmasından kaynaklanan “*Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü-WIPO ve Dünya Ticaret Örgütü -WTO*” tarafından yürütülen anlaşmalarla bu koruma sağlanmaya çalışılmıştır. 1996 tarihli WIPO Eser Sahibinin Hakları Sözleşmesi (WCT-WIPO Copyright Treaty) ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi (WPPT-WIPO Performances and Phonograms Treaty) sonrası ülkemizde mesleki örgütlenmeler başlamıştır¹⁸. Fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin olarak WTO’nun Anlaşması ve ekleri 1994 yılında Türkiye’de de uygulamaya konulmuştur.

1992 tarihli “*Fikri Mülkiyet Alanında Telif Hakkına Bağlantılı Belirli Haklar ile Ödünç Verme Hakkı ve Kiralama Hakkına Dair 92/100/EC sayılı Konsey Direktifi*” m. 4 (3), kiralama hakkının yönetiminin, hakkaniyete uygun bir maddi karşılık elde etmek için bir meslek birliğine bırakılabileceği açıkça belirtilmiştir¹⁹. AB nin “93/83 EC sayılı *Uydu Yayınlarına ve Kabloyla Yeniden İletime Uygulanabilecek Telif Hakkına ve Telif Hakkına Bağlantılı Haklara İlişkin Belirli Kuralların Uyumlaştırılmasına Dair Konsey Direktifi*”²⁰ m. 9 hükmünde hak sahibi olanlara, diğer bir üye devletteki yayınların kabloyla iletimini yapan teşebbüslere eserden meslek birliği aracılığıyla kullanma mecburiyeti

¹⁸ Derya Çetin, “Türkiye’de sinema eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri tarafından kurulan meslek birlikleri”(2017), Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi 2(3) 24, 37; WIPO Telif Hakları Sözleşmesi m.8 hükmüne göre; “Bern Konvansiyonu ’nun 11-1 (ii), 11 Mük.-1 (i) ve (ii), 11 ikinci mük.1- (ii) ve 14 -1 (ii) ve 14 mük 1 maddeleri hükümleri ihlal edilmeksizin, edebiyat ve sanat eserleri sahipleri, eserlerinin telli ya da telsiz ortamda, toplum üyelerinin kendileri tarafından seçilen bir yer ve zamanda bu eserlerden kişisel olarak yararlanacak biçimde topluma iletilmesine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir”.

¹⁹ Council Directive 92/100 /EEC on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property, OJ., L 346, 27.1 1.1992, 61, 270.<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31992L0100> Erişim Tarihi:22.04.2020

²⁰ Council Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, OJ., L 248, 06.10.1993, 15. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0083> Erişim Tarihi:22.04.2020.

getirmiştir. Diğer bir Direktif ise “2001/29 EC sayılı Bilgi Toplumunda Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Belirli Özelliklerinin Uyumlaştırılmasına dair Direktif” olup dijital ortamdaki kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle üye devletlerin rekabet kuralları ile uyumu gözetilerek meslek birliklerinin şeffaf ve rasyonel düzenlemeler yapmaları gerektiğini belirtmiştir²¹. “2001/84 EC sayılı Orijinal Sanat Çalışmalarının Yaratıcıları Yararına Pay Hakkına Dair Direktif” ise üye devletlerin pay hakkının kullanımı ve hakkın yönetiminde düzenlemelerin yapılması ve meslek birlikleri eliyle yönetimin de mümkün olduğu belirtilmiştir²².

AB’de müzik eserlerinin çevrimiçi lisanslanmasında yeni lisanslama platformları ortaya çıkmıştır. 2005 yılı AB Tavsiye kararlarında da hak sahiplerinin çevrimiçi kullanımlar için tercih ettikleri Toplu hak yönetimi kuruluşunu belirleyebilmesi ve bu kuruluşların kullanıcılara Avrupa Ekonomik alanında geçerli olacak çok ülkeli lisans sunmaları gerektiği belirtilmiş ve 2014/26 AB Direktifi 20 mart 2014 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Direktif²³ “Meslek birlikleri hakkında Toplu hak yönetimi ve müzik eserlerinin online kullanımına ilişkin hakların çok bölgesel lisanslanmasına ilişkin” olup m. 3, “Toplu hak yönetimi kuruluşları toplumun ve toplu hak sahiplerinin yararına sosyal, kültürel eğitim hizmeti sağlayarak ve hem en küçük ve hem daha az popüler olan repertuarların pazara girişinde rol oynar ve rol oynamayı sürdürmelidir.” ifadesini taşır²⁴. Görüldüğü gibi konuyla ilgili tüm AB Direktiflerinde

²¹ Council Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society OJ L 167, 22.6.2001, p. 10–19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0029> Erişim Tarihi:22.04.2020.

²² Council Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art OJ L 272, 13.10.2001, p. 32–36 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:32001L0084> Erişim Tarihi:22.04.2020.

²³ 2014/26 EC f 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market, OJ L 84, 20.3.2014, p. 72–98, n. 3.

²⁴ Council Directive 2014/26 /EC of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0026&rid=7>

meslek birliklerinin kurulması yönünde ve üye olmayı teşvik edici düzenlemeler getirilmektedir.

3. Dünyadaki Meslek Birlikleri

Eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının korunması için bir örgüt bünyesinde bir araya gelmesi güç birliği ile hakların uygulanması ve etkin yöntemi “fikri hakların kollektif yönetimi” olarak adlandırılır²⁵.

Günümüzde ülkelerin birbirine yakınlaştığı, sınırların kalktığı, ülkeler arasında ticari ve kültürel ilişkilerin artması, ülke içindeki meslek birliklerinin, hakları korumada yetersiz kalması ve ortak çalışma gerekliliği sonucu ülkelerin arasında da fikri hakların korunması ihtiyacı doğmuş ve bu nedenle uluslararası alandaki meslek kuruluşları kurulmuştur. Tüm dünyada hak sahipleri, mali haklarını, meslek birlikleri vasıtasıyla kullanmaktadırlar. Küreselleşme sonucu fikri ürünlerin hızlı ve yoğun bir şekilde transferi ve dünya ticaretindeki öneminin artması ile uluslararası birlikler gün geçtikçe önem kazanmaktadır.

Dünyada meslek birlikleri özel şirket olarak, dernek veya kamu kuruluşu şeklinde kurulabilen özel hukuk tüzel kişileridir. Kurulan birlikler kamu hukukuna tabi bürolar olarak hak takibi yapılar²⁶.

Bir müzik yayımcısı veya besteci bir meslek birliğine katıldığında müzik eserinin dünya çapındaki haklarını birliğe verir. Böylece meslek birliği, yurt içinde lisans verebilirken diğer ülkelerdeki toplu hak yönetimi kuruluşları ile karşılıklı sözleşmeler yaparak onların kendi ülkele-
rindeki müzik kullanıcılarını lisanslayabilmeleri için gerekli hakları bu yabancı kuruluşlara verirler²⁷.

Meslek birliklerinin ilk kuruluşuna bakıldığında, Fransa’da Bourget isimli şahsın, müzik icra ettiği cafe’nin idarecisinden, çalınan parça için kendisine telif ücreti ödemesini istediği, yöneticinin bu talebi reddetmesi sonucu kendilerinin de mekanda içtikleri içeceklerin bedelini ödemeyi reddettiği, nihayetinde yapılan yargılama sonucunda 1849 yılında Paris İstinaf Mahkemesinin, Cafe sahibinin Bourget’e telif ücreti ödemesi gerektiğine hükmettiği görülmektedir. Daha sonrasında, 1850

²⁵ William R. Cornish, Intellectual Property: Copyright, Trade Marks, and Allied Rights, Sweet & Maxwell, Londra 1989, s. 261.

²⁶ Erçal H, (n. 12) 10.

²⁷ Koskinen and Lowe (n. 2) Modül 2, 44.

yılında Bourget kendi meslektaşlarıyla birlikte müzik yayıncıları, müzik eseri sahipleri ve bestecilerden oluşan SACEM Meslek Örgütü'nü kurmuştur²⁸.

Meslek Birliklerine ilişkin dünyadaki diğer ülkelerin kanunlarına bakıldığında, Brezilya'da 2013 yılında değiştirilen 1998 tarihli eser ve bağlantılı haklara ilişkin Kanun m. 97 hükmü ile meslek birliklerinin sosyal rolüne uygun olarak kamu yararına faaliyet gösterdiklerini belirtir. Çin Toplu hak Yönetimi Kanunu m. 4 hak sahiplerinin etkin olarak kendilerinin idaresinin zor olduğu, kanunla sağlanan icra temsil, yayın, kiralama ile çoğaltma ve bilgi ağı ile iletişim haklarının toplu olarak toplu hak yönetiminin yapılabileceğini düzenlemektedir²⁹.

Meksika Federal Telif Yasası m. 192 toplu hak yönetimi kuruluşlarını yerli ve yabancı eser ve bağlantılı hak sahiplerinin bu kanun ile korunan telif bedelini toplayarak dağıtan kâr amacı gütmeyen tüzel kişilikler olarak belirtir³⁰. Tüm dünyada meslek birliklerinin ister şirket ister kamu yahut özel hukuk tüzel kişisi olsunlar hakların yönetimi, takibi, idaresi ve telif paylaşımı yapan oluşumlar olduğu görülmektedir.

CELAS GmbH, mekanik haklar ve temsil hakkını Avrupa için lisanslayan bir Alman şirket olup Birleşik Krallık'taki PRS ve Almanya'daki GEMA ortaklığı ile kurulan ve EMI müzik Yayıncılığın Anglo - Amerikan repertuarını lisanslamaktadır. Diğer bir örnek Pan-Avrupa Dijital Lisanslama inisiyatifi olan PEDL Warner /Chappel Müzik Yayıncılık Ortaklığıdır. Bu inisiyatifteki belirli meslek birlikleri bu ortaklığın Anglo Amerikan repertuarını Avrupa çapında lisanslamaktadır³¹.

Pek çok ülkede temsilcilikleri bulunan ve geniş bir ağda hizmet veren uluslararası meslek birlikleri arasında; Uluslararası Yazarlar ve Bestekarlar Topluluğu Konfederasyonu olan CISAC, uluslararası fonogram endüstrisini temsil eden IFPI ve mekanik haklar alanındaki meslek birliklerini temsil eden BIEM sayılabilir³².1851 yılında ilk olarak Fran-

²⁸ Adem Aslan, "Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması ve Bu Alanda Yaşanan Güncel Gelişmeler", HSYK 2013 Fikrî Mülkiyet Semineri Sapanca; Tekinalp (n.10) 303; Erel (n.14) 339; Öztan (n.13) 649; Suluk and Orhan 895.

²⁹ WIPO (2018) (n.4), 6.

³⁰ Ibid, 7.

³¹ Koskinen and Lowe (n. 2) Modül 2, 43.

³² Beşiroğlu (n.12) 315 ve 137.

sa'da kurulan SACEM Meslek Birliğinin ardından Avusturya, Almanya, İsviçre gibi ülkelerde de meslek birlikleri kurulmaya başlanılmıştır. 1882 yılında İtalya'da SIAE ve 1895 yılında Avusturya'da AKM, *Anglo-sakson* hukukunda İngiliz PRS ve 1914 yılında Amerikan meslek birliği ASCAP 1930'lu yıllarda SESAC ve BMI isimli iki Amerikan meslek birliği, 1903 yılında da Almanya'da GEMA, 1924 yılında da İsviçre'de ilk meslek birliği kurulmuştur.³³

1926 yılında kurulan CISAC birçok ülkede yazar, besteci, söz yazarı gibi fikri hak sahiplerinin haklarını koruyan meslek birliklerini temsil etmektedir. **500 civarında müzik yapımcısı ve dağıtıcısının üye olduğu IFPI**, uluslararası fonogram endüstrisini temsil etmekte 46 ülkede yerel grupların da temsilcisidir. Merkezi **Londra'dadır. IFPI; müzik alanında ihlallerle mücadele etmek, fikri hak alanında adil bir pazar oluşturarak geliştirmek, kayıt endüstrisinde dijital alandaki teknolojinin ve fikri hak korumasının geliştirilmesine yardımcı olmak, gelişmekte olan ekonomilerde sosyal ve kültürel hayatta müzik alanını geliştirmeyi ve desteklemeyi amaçlar.**

1929 yılında kurulan Fransa merkezli BIEM, mekanik haklar ile ilgili meslek birliklerini temsil eden uluslararası bir kuruluştur. Çoğaltılmak istenen müzik eserleri için çoğaltmak isteyenlere lisans vererek telif bedeli tahsil etmektir. Üyeleri meslek birlikleri besteciler, yazar ve yayıncılar olup fonogram yapımcısı şirketler, kaydedilmiş müziklerin kullanımında faaliyet gösteren diğer kullanıcılar da üyedir³⁴.

Dünyadaki meslek birlikleri ve uluslararası bu birliklerin gelişmelere ayak uydurmak ve güncellenmek amacıyla diyalogda olmaları önemlidir. Ülkelerin arasında sıklıkla eğitici çalışmalarda bir araya gelmesi görüş alışverişlerinde bulunma, çalışma ve eğitimlerin sıklıkla yapılması, meslek birliklerinin tüm dünyadaki toplu hak yönetim kuruluşları ile görüş alış veriş ve yeniliklere uyumunun sağlanması gerekmektedir³⁵.

³³ Bettina C. Goldmann, Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in USA und Deutschland, (2001) München, 71-72, (naklen Zeynep Erverdi, "Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme" (2011) İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 4).

³⁴ Bozbel, (n.12) 357.

³⁵ Bu tür örnek bir çalışma da 2018 yılında müzik, sinema, ilim ve edebiyat alanında, meslek birliklerinin bir araya gelerek "Telif Haklarına Dayalı Kreatif Endüstrilerin

4. 5846 Sayılı Kanun'da Düzenlenen Meslek Birlikleri

Ülkemizde telif haklarından sorumlu genel müdürlük, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmakta olan “*Telif Hakları ve Sinemalar Genel Müdürlüğü*”dür. Telif hakları ile ilgili yürürlükte olan kanun ise “*5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*”dur.

Meslek birlikleri tüzüğünde³⁶ “*Eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri ve süreli olmayan yayınları çoğaltan ve yayanların, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun bu kişilere tanıdığı hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak amacıyla, Kanunda belirlenmiş alanlarda kurulan birliklerdir.*” şeklindeki tanımlama yer almaktadır. Maddede hak sahiplerinin yetki vermedikleri haklarını bireysel olarak takip edebilecekleri de belirtilmiştir.

Türkiye’de 1952 tarihli 5846 Sayılı FSEK m. 42 hükmü meslek birliklerinin kurulacağından bahsedilmişse de, kuruluşları çok daha sonra gerçekleşmiştir³⁷. 5846 sayılı Kanun’un 2936 sayılı Kanunla değişik m. 42 uyarınca 1983 yılında meslek birlikleri kurulabilmektedir. Kanun’da “*ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri sahipleri*” tarafından 4 alanda meslek birliği kurulması düzenlenmiştir. Aynı alanda bunların dışında başka bir meslek birliği kurulması yasaklanarak daha güçlü bir koruma sağlanmak istenilmiş ise de bu düzenleme tekeli bir yapı oluşturarak rekabeti engellediğinden bahisle eleştirilmiştir³⁸. Kurulan bu birlikler sonrasında 1986 yılında

Teşvik Edilmesi Odaklı Olarak Türkiye Telif Hakları Sisteminin Güçlendirilmesi Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi” kapsamında Telif Hakları ve Genel Müdürlüğü tarafından organize edilmiştir. AB uzmanları ile birlikte Toplu hak yönetimi hususunda destekleyici önlemler, yeni medya dahil radyo-TV alanında lisanslama, tarife belirleme modelleri ve kriterleri, dijital lisanslama dağıtımına ilişkin en iyi uygulamalar, ABAD örnek mahkeme kararları gibi konular değerlendirilmiş karşılıklı görüş alışverişi yapılmıştır.

³⁶ Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük 10.03.1999 Tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, R.G: 01.04.1999 No: 23653.

³⁷ Ünal Tekinalp, Eser Sahibi Meslek Birlikleri, (1979) 10 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 67.

³⁸ ABAD, Roma Anlaşması 85. maddesinin tüketicilerin açığa çıkan yarardan adil olarak faydalanmalarına izin verirken malların üretim ve dağıtımını geliştirmeye katkıda bulunan ya da teknik veya ekonomik gelişmeyi sağlayan girişimciler arasındaki

MESAM, 1999 yılında MSG, 2000 yılında MÜYAP ve MÜYORBİR faaliyete geçmiştir. 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla aynı alanda birden fazla meslek birlikleri kurulabilmesine imkân tanınmış, 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile meslek birliklerinin kurulması zorlaştırılmış, aynı alanda faaliyet gösteren en fazla üyeye sahip meslek birliğinin üye sayısının en az üçte biri oranına üyeye sahip olması şartıyla o alanda yeni bir meslek birliği kurulabileceği ve kurulmuş olan meslek birliklerinin altı ay içinde bu şartı yerine getirmedikleri takdirde fesholunacakları belirtilmiştir. Ayrıca, aynı alanda sadece bir federasyonun kurulabilmesine imkân tanınmıştır. FSEK de 5101 sayılı Kanun ile 2004 yılında m. 42 de yapılan değişiklikle, eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri alanındaki tüzel kişilerin de meslek birliği kurabilmelerine ve bu birliklere üye olabilmelerine imkân tanınmıştır³⁹. Ancak maalesef bu değişiklikler halen Tüzüğe işlenebilmiş değildir. Bu kanun değişikliğinden sonra yukarıda bahsi geçen “*Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonu Hakkında Tüzük*,” “*Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü*” ve “*Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik*” yürürlüğe girmiştir⁴⁰.

Meslek birliklerinin fikri hakların doğası gereği tekel oluşturması gerektiği bu nedenle Kültür Bakanlığının denetim ve izni ile tekel niteliğindeki meslek birlikleri marifetiyle teliflerin toplanarak dağıtılması gerektiği görüşü hakimdir.⁴¹ Aynı alanda birden fazla meslek birliğinin bulunması hakların takibini güçleştirdiği gibi eser sahiplerini de güçsüz duruma sokmaktadır⁴².

Radyo televizyon yayıncılığı alanında, 5846 Sayılı Kanun'dan kaynaklanan hakların takibi ve korunması amacıyla 2001 yılında kurulan Radyo ve Televizyon Yayıncıları Birliği RATEM⁴³ 2008 yılında müzik

anlaşma ve girişimci birliklerince alınan kararların ve girişimcilerce müştereken kararlaştırılan uygulamaların rekabetin ihlali sayılmayacağına hükmetmiştir. Guy Tritton.(2008) Intellectual property in europa, 1 (3th. Edn, Sweet & Maxwell, 2008). London.

³⁹ Bozbel, (n.12) 114.

⁴⁰ ibid 272.

⁴¹ Beşiroğlu (n.12) 141; Erel (n.14) 109.

⁴² Mısır (n 12) 15, 26.

⁴³ RATEM Tüzüğü m. 2, Birliğin amacını “Bağlantılı hak sahiplerinin ortak çıkarlarını korumak, 5846 sayılı Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak üç-

alanında dört meslek birliği ile lisanslama konusunda bir protokol yapmış yine 2009 yılında da sinema alanındaki meslek birlikleri ile protokol imzalanabilmesi için tek örgüt oluşturmaları istenilmiş ve sinema meslek birlikleri 2010 yılında RATEM karşısında tek bir örgüt olabilmek için harekete geçmiştir⁴⁴. Meslek Birlikleri hak takibinde etkin olmakla birlikte yeniden dağıtım, ücretlerin belirlenmesi, birlikte hareket etme konularında kullanıcılar, üyeler ve meslek birlikleri arasında problemler yaşanmaktadır. Meslek birliklerinin ve telif haklarının korunmasına yönelik olarak mevzuatın dışında, birlik üyelerinin ve kullanıcıların eğitilerek bilinçlendirilmesi gerekir.

FSEK hükümlerinin uygulanmasının meslek birliklerinin işleyişleri açısından yetersiz kalması nedeniyle belli kurumlar hakkındaki özel kanun düzenlemeleri gibi meslek birlikleri hakkında da özel bir düzenleme yapılabilir⁴⁵.

4.1. Meslek Birliklerinin Yapısı

Meslek birlikleri “*Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Meslek Birlikleri ve Federasyonu Hakkında Tüzük*” hükümlerine göre düzenlenmiştir⁴⁶. Meslek Birliği Kültür Bakanlığının izni ile kurulur. Tüzel kişilik Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statülere uygun biçimde düzenlenmiş tüzüklerinin eklendiği kuruluş bildirisinin Bakanlığa verilmesiyle kazanılır. Tip statü asgari ve emredici nitelikte olduğundan bu içeriğe aykırı olmayan hükümler statüye konulabilir. Bu

retlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak, radyo televizyon yayıncılığı alanında sektörü geliştirecek faaliyetlerde bulunmak, çalışma grupları oluşturmak, eğitim kurumları kurmak, mesleki yayınlar yapmak, araştırmalar yapmak, standartlar belirlemek, üyelerinin haklarına yönelik ulusal ve uluslararası alanda faaliyetlerde bulunmaktır. “ şeklinde düzenlenmektedir.

⁴⁴ Sinema sektöründe yaşanan takip ve lisanslamaya ilişkin problemleri çözmeye amacıyla bir araya gelen meslek birliklerinin oluşturduğu “Güç Birliği” 5846 sayılı Kanun’da, 2004 yılında 5101 sayılı Kanun yapılan değişiklik 41.maddede müzik alanındaki telif ödemelerinin ancak meslek birlikleri aracılığıyla talep edilebileceğini belirtirken sinema alanına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır Sinema alanında RATEM’in görüşmesi gereken sekiz meslek birliğinin bulunması da işbirliğini geciktiren bir faktördür. Çetin, (n. 21) 24, 39, 40.

⁴⁵ Mısır (n 12) 15-50.

⁴⁶ Bakanlar Kurulu’nun 28.3.1986 tarih ve 86/10534 sayılı Kararı ile 28.4.1986 tarih ve 19091 sayılı RG.

şartları taşıyan başvuruyu bakanlık reddedemez. Bakanlığın red kararına karşı dava açılabilir⁴⁷.

Tüzük Fikir ve Sanat Eseri Meslek Birlikleri Tip Statüsüne⁴⁸ uygun olarak Kültür Bakanlığınca hazırlanarak RG’de yayınlanmıştır. 4630 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikler henüz bu Tüzüğe işlenmemiştir⁴⁹. Tüzükte varolan eksiklikler mahkeme içtihatları ile giderilmeye çalışılmaktadır. Aynı şekilde faaliyet alanı dışında faaliyet gösteren meslek birlikleri hakkında uygulanacak yaptırım da kanun ve tüzükte bulunmamaktadır. Aynı yorumun burada da yapılması ile çözüm bulunabilecektir.

Tüzük m. 49 uyarınca *“aynı alanda faaliyet gösteren en az iki meslek birliği tarafından, Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statüye uygun olarak meslek birlikleri federasyonları kurulabilir”*. Yayıncılık sektöründe *“Türkiye Basım Yayın Meslek Birliği”* (TBYM) ve *“Yayıncılar Telif Hakları ve Lisanslama Meslek Birliği”* (YAYBİR), Yönetim kurullarının aldıkları kararla, yayıncılık sektöründe 2011 yılında Bakanlık onayı ile federasyon kurulmuştur. Dünyada Dernek, limitet şirket, vakıf, ortaklık gibi biçimlerde toplu hak yönetimi kuruluşları bulunmaktadır⁵⁰. Ülkemizde ise meslek birliklerinin dernek, ortaklık veya *sui generis* bir özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olmaları konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. 5846 sayılı Kanunda Dernekler Kanunu’nun belli hükümlerine atıf yapılmıştır⁵¹. Ancak derneklerin

⁴⁷ Tekinalp(n.10) 294, 295.

⁴⁸ RG. 11.08.1986, S. 19192.

⁴⁹ Tekinalp (n.10) 294.

⁵⁰ Koskinen and Lowe (n. 2) Modül 2, 30.

⁵¹ FSEK m. 42/f. 5 hükmüne göre, “Dernekler Kanunu’nun 21/f. 2, 30, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 48, 65, 66, 67, 68, 69, 70 ve 90 ıncı maddeleri, meslek birlikleri ve federasyon için de ceza hükümleriyle birlikte uygulanır.” Fıkranın atıf yaptığı 2908 sayılı Dernekler Kanunu 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunun 38. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2908 sayılı Kanun sonrasında Yürürlükteki 5253 Sayılı Dernekler Kanunu’nun “Cemiyetler ve Dernekler Kanunlarına yapılan atıflar” başlıklı m. 34 hükmü; “Diğer kanunlarda, 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, 1630 sayılı Dernekler Kanunu veya 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine veya belli maddelerine yapılan atıflar, bu Kanuna veya bu Kanunun aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde aynı konuları düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine atıf yapılmış sayılır.” şeklinde yeni Kanun ve Medeni Kanun’a atıf yapmıştır. Bu bakımdan fıkranın, yaptığı atfın Kanunda, 5253 sayılı Kanunun ilgili hükümlerine atıflarla

kazanç paylaşımı yapamaması nedeniyle Dernekler Kanunu hükümleri yanında, adi ortaklık hükümlerinin de uygulanabileceğini belirtmiştir⁵². Özel bir kanuna bağlı olarak faaliyet göstermeleri, tip statünün onların ortaklık şeklinde kurulmasını zorlaştırdığı, derneklerin üyelerinin ortak manevi yararlarını gerçekleştirmek için kurulması, meslek birliklerinin ise hakların takibi, tahsili ve bunların dağıtımını amacıyla kurulması, tüzük ve tip statülere uygun olarak belirli alanda faaliyet göstermeleri bakımından derneklerden ayrılırlar. Meslek birliklerinin üyelerinin, birliğe sermaye koyma, kâr ve zarara, hukuki sorumluluğa katılma yükümlülüğünün bulunmamasına ilişkin FSEK 42. madde hükmü ışığında kâr amacının bulunmaması nedeniyle şirketlerden de ayrılırlar. Bu nedenle meslek birliklerinin yapısına ilişkin sui generis bir özel hukuk tüzel kişiliğe sahip oldukları şeklindeki görüş, en uygun görüştür⁵³.

Birlik faaliyetleri Bakanlık tarafından belirlenmişse de bunlar sınırlandırılmadığından alan dışındaki faaliyetler birliği bağlar, ancak yöneticinin sorumluluğuna sebep olabilir.

Meslek birlikleri ve federasyonlar, özel hukuka tabi tüzelkişilikler olarak FSEK m. 42/ f. 3 hükmüne göre yapılandırılmışlardır⁵⁴.

Tüzük m. 7'ye göre meslek birliği kurulabilecek olan alanlar; Eser sahipleri bakımından; “İlim ve edebiyat eserleri sahipleri, Musiki eserleri sahipleri, Güzel sanat eserleri sahipleri, Sinema eserleri sahipleri ve İşlenme ve derleme eser sahipleri”, Bağlantılı hak sahipleri bakımından ise, “İcracı sanatçılar, Fonogram yapımcıları, Radyo-televizyon kuru-

yeniden düzenlenmesi gereklidir. Nitekim Kanun Değişiklik Tasarısında bu düzenleme yapılmaktadır. Tasarı m.15 FSEK m. 42'den önce gelmek üzere “Hakların toplu yönetimi” şeklinde alt bölüm başlığı eklenmiştir. Maddede, “Bu Kanunda ve ilgili mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun derneklere ilişkin hükümleri ile ceza hükümleri de dâhil olmak üzere 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde meslek birlikleri ve ortak lisanslama birlikleri hakkında da uygulanır.” düzenlemesi yapılmaktadır.

⁵² Tekinalp, (n.37), 74;Öztan (n.13) 518.

⁵³ Erverdi, (n. 33) 21-24.

⁵⁴ “Meslek birliğinin kurulması için eser sahipleri veya icracı sanatçılar bakımından zorunlu organlarının asıl üye sayısının dört katı kadar, yapımcılar, radyo-televizyon kuruluşları ve yayımcılar bakımından bu organların asıl üye sayısının iki katı kadar üye olma niteliklerini taşıyan gerçek veya tüzel kişiler meslek birliği olarak faaliyet gösterebilmek için izin almak üzere Bakanlığa başvurmak zorundadırlar.” (FSEK 42/1).

luşları ile Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcılar”ın faaliyet alanlarıdır.

Meslek Birliklerinin asgari kurucu sayısının faaliyet devamında sağlanamadığı durumda ne olacağı 5846 sayılı Kanun’da ve tüzükte yoktur. Atıf yapılan dernekler kanunu maddelerinde de bulunmamaktadır. Bu durumda Kıyas ve yorum yoluyla her üyenin fesih davası açabileceği düşünülmektedir⁵⁵.

4.2. Meslek Birliklerine Üyelik

Meslek birlikleri yetki belgesi ile üyeleri hesabına hak takibi yaparlar. Üyelerin verdikleri yetki sonucunda elde edilen gelirden bir pay alsalar da zarara katılma veya sorumluluk yüklenme sözkonusu olmadığından üyeler ticari ortaklık bünyesinde kâr elde eden ve sorumluluğa katılan bir ortakdan da farklıdır.

Eser sahipleri veya bağlantılı hak sahiplerinin meslek birliklerine üyeliği zorunlu değildir. Meslek birliklerinde Tüzük m. 11 vd. gereği asıl, yararlanan ve aday üyelik mevcuttur. Tüzüğün 12. maddesine göre asıl üyelik için, “*eser sahibi veya bağlantılı hak sahibi gerçek veya tüzel kişilerin medeni hakları kullanma yetkisine sahip olunması, birliğin ko-yacağı ölçütlere uygun olmak, bağlantılı hak sahibi statüsündeki yapımcı veya yayıncı kuruluşların en az altı aydır ticaret siciline kayıtlı olması*” gerekir. Meslek birliği organlarında ancak asıl üyeler görev alabilirler⁵⁶.

Yararlanan üyelik için Tüzüğün 13. maddesi uyarınca “*eseri meydana getirmemiş ancak, miras, devren iktisap veya doğrudan mali hakları kullanma yetkisine sahip olanlar ile medeni hakları kullanma yetkisine sahip olmayanlar adına velileri veya vasilileri*” aday olabilir. Bunun yanında yurt dışındaki ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişilik, ülkemizde kurulmuş bir birliğe, yararlanan üye olabilir. Bu tür üyeler meslek birliğinin organlarında görev yapamazlar, Genel kurula katılır ancak oy kullanamazlar. Mali hakların kullanımı yetkisi lisans veya devir yoluyla verilen edisyon şirketleri de yararlanan üye olabilirler⁵⁷.

Fikir ve Sanat Eserleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük m. 14’de asıl üyeliğe bir geçiş

⁵⁵ Tekinalp (n.10) 295.

⁵⁶ Erverdi (n.33) 26.

⁵⁷ İbid 27.

süresi belirlemiş ve m. 12/ (d) bendinde sayılan “Yapımcı veya yayın kuruluşları bakımından, en az altı aydan beri ticaret siciline kayıtlı olarak fiilen üretimde bulunmak” şartı gereği bu altı aylık süre zarfında bu kuruluşların aday üye olabilecekleri düzenlenmiştir Aday üyeler bu süre içinde genel kurulda oy kullanamaz ve yönetim organlarında görev alamazlar, yönetim kurulu kararı ile altı aydan sonra asıl üyeliğe geçebilirler.

GEMA Tüzüğü uyarınca, asıl üyelik için 5 yıl aday üyelik gerekmektedir⁵⁸. Ülkemizde ise yedek üyelik süresi 6 aydır. Bu süre asıl üyeliğe geçilmesinde kanaatimizce yeterli bir süredir.

4.3. Meslek Birliklerine Verilen Yetkinin Hukuki Niteliği

Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin mali hakları, ancak kendileri tarafından veya yetki verdikleri meslek birlikleri tarafından takip edilir. Başka bir kurum veya kuruluş tarafından hak takibi mümkün değildir.

Meslek birlikleri, FSEK m. 52. hükmüne uygun olarak hak sahipleri ile yaptıkları sözleşmelerle mali hakları kullanma hak ve yetkilerini devralarak hak takibi yaparlar. Meslek Birlikleri hakların takibi ve idaresi sonucu elde edilen geliri hak sahiplerine dağıtırlar⁵⁹.

FSEK m. 42/A-7. fıkrası, kanunda belirtilen hallerde yetki belgesi marifetiyle hakların takibinin yapılacağını düzenler⁶⁰. Meslek birliği üyeleri alenileşmiş veya yayımlanmış eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları için birliğe verdikleri yetki belgesi ile hak takibi yapılır. Yetki belgesi, hak sahipliğini ispata yarar belgedir.

07.11.2020 tarihli 2021 yılında yürürlüğe girecek yeni Yönetmelik⁶¹ lisanslama faaliyetlerinde meslek birliklerinin temsil kabiliyetlerinin güçlendirilmesini ve AB müktesebatına uyumu amaçlamaktadır. Eser bazlı devir sisteminden hak bazlı devir sistemine geçilmektedir. Yönetmelikte, 5846 Sayılı Kanunda yer alan bağlantılı hakları da kapsayacak şekilde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu Yönetmelik m. 5/1. fık-

⁵⁸ Almanya’da da GEMA’ meslek birliğinin tüzüğü 6. maddesi üyeleri asıl, aday ve bağlantılı üye şeklinde üç tür üyelik olarak saymaktadır http://www.gema.de/fileadmin/inhaltsdateien/verein/GEMA_Satzung_JB_08_09.pdf

⁵⁹ Tekinalp, (n. 10) 296; Öztan (n.13) 520; Bozbel, (n.12) 274.

⁶⁰ Öztan (n.13) 518.

⁶¹ 01.01.2021 Tarihinde yürürlüğe girecek olan “Meslek Birliklerine Verilecek Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik” R.G. Tarih. 07.11.2020, S: 31297.

rası gereğince hak sahipleri, meslek birliğine üye olabilmek için Yönetmelik esaslarına ve meslek birliklerince belirlenen şartlara uygun olarak bir yetki belgesi vermek zorundadır.

2020 tarihli Yönetmelik 7. maddesi uyarınca meslek birliği yetkiye konu hakları kendi adına kullanabileceği gibi üçüncü kişilere kullandırmaya, kullanmaktan men etmeye, telif bedellerini almaya, bu hakların takibi ve tahsili için her türlü kazai, idari ve icrai yollara başvurarak takip etmeye yetkili ve yükümlüdür. Madde gereği meslek birliğinden hakka konu olan konuların kullanım iznini alanlar meslek birliğinin izni olmaksızın bu izni başkalarına veremezler. Hak sahibinin ölümü halinde yetki belgesi kanuni mirasçılarla devam ettirilir.

Eski Yetki Belgesi Yönetmeliği⁶² 4/f bendi uyarınca, “*yetki belgesinde sonradan doğacak hakların takibi hususunda meslek birliğinin yetkili olduğu*” belirtilmiş idi⁶³. 2020 Tarihli Yönetmelik ise yetki veril-

⁶² “Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik”, R.G. 4.9.1986, No: 19211.

⁶³ Tekinalp. (n.10) 253, 282; Madde değişiklik öncesi "maddî ve manevî menfaatlerini korumak maksadıyla" ibaresi nedeniyle manevî hakların kullanımını da meslek birliğine bırakabileceği kabul edilmekteydi. Arslanlı, s. 162; "...asıl dosya davacısı meslek birliğinin faaliyetinin başlangıç tarihinin 27/01/2006 olduğu, davaya konu kitabın ise 25/11/2005 tarihinde basıldığı, bu tarihin davacı...birliğinin faaliyet izni tarihinden önce olduğu, dolayısıyla davacı...birliğinin kitabın basıldığı tarih itibariyle aktif dava ehliyetinin bulunmadığı, birleşen dava yönünden davaya konu uyuşmazlıktaki davacıların murisinin çevirdiği... adlı kitabın intihal yolu ile oluşturulduğu, davalı yanın 2005 yılına ait basısı için değerlendirme yapıldığı ve bu yıla ait bası tarihinden itibaren 10 yıllık zaman aşımı süresinin dolmadığı ancak önceki basılar için zaman aşımının dolmuş olduğu, 2005 yılındaki bası için 2000 adet bandrol aldığı çeviri ücretinin %7 olarak belirlendiği, kitabın satış değerinin ortalama 50 TL olduğu buna göre 6.482,00 TL tazminata hak kazanacağı FSEK'nın 68/1 maddesine göre 3 katı tazminat talebi olduğu gerekçesiyle asıl dava yönünden davacı Çevirmenler Meslek Birliği'nin aktif dava ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından, aslı davanın sıfattan reddine; birleşen dava yönünden davanın kabulüyle FSEK'nın 68/1. maddesi gereği 19.446,00 TL tazminatın, 25/11/2005 tarihinden itibaren işletilecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı yana verilmesine karar verilmiştir" Karar Yargıtayca onanmıştır. Yargıtay 11. HD. T.,2015/102, 15.04.2015.; "...Dava, FSEK'nin 68. ve 70/3. maddelerine dayalı olarak açılan maddi tazminat istemine ilişkindir. Meslek birlikleri, üyelerinden yetki belgesi almakla, bu belgede belirtilen eserlerle ilgili mali hak takibine yetkili olduklarından, şayet eser sahibinin meslek birliğine yetki devri yaptığı tarihten önceki tarihte bir ihlal gerçekleşmiş ise, bu ihlal hakkında hak takibinde bulunmalarına bir engel yoktur. Ne var ki, meslek birlikleri Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan alınacak faaliyet iznine dayalı olarak üyelerinin hak ve menfaatlerini

diği anda olmayan ancak daha sonra doğacak bir hakka yönelik bir düzenleme getirmemiştir.

Yetki belgesinde belirtilen haklar ile ilgili şu anki Yönetmelikte “yetki verilen hakka konu” şeklinde düzenleme yapılırken, 2020 tarihli yeni Yönetmelik m. 5/ 2. fıkrasında meslek birliğinin faaliyet gösterdiği alanda “hak sahibinin yayımlanmış veya alenileşmiş bütün eser ve bağlantılı hak konuları için geçerlidir.” şeklindeki düzenleme ile hak sahibinin yetki vermediği diğer eserler için de yetki verme zorunluluğu bulunduğu şeklinde anlaşılmaya yol açmaktadır.

Yönetmeliğin 3. maddesinde üyelerin istedikleri bir kısım eserinin hak takibini meslek birliğine bırakabileceğine dair düzenleme yerine yeni yürürlüğe girecek olan 2020 tarihli Yönetmelik m. 5/2. fıkrası ile meslek birliğine yetki belgesine konu hakları tam ruhsat şeklinde hak sahibinin tüm eserlerini kullanma yetkisi vermekte ve “birlik bu hakların idaresi ve takibi, telif ücretlerinin tahsili ve dağıtım konularında münhasıran yetkilidir.” denilmektedir. Eser sahibinin seçim hakkını kaldıran eserleri üzerindeki tüm hakkını elinden alan bu uygulama kanaatimizce daha önce tartışmalara konu olduğu şekilde bireysel hak arama hürriyetine aykırılık oluşturmaktadır. Kanaatimizce yürürlükteki Yönetmelikte olduğu gibi hak sahibine meslek birliğine yetki vereceği eserleri seçme imkanı verilmesi daha uygun olurdu.

Yeni Yönetmelik “Hak Sahiplerinin Yetki Belgesi Kapsamında Hak ve Yükümlülükleri” başlığı ile eski yönetmelikte bulunmayan 8. madde eklenmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesi gereğince en geç altı ay öncesinden hak sahibi noter aracılığıyla yetki belgesini feshedebilir. Bu durumda, meslek birliği feshin ancak takvim yılı sonunda yürürlüğe gireceğine karar verebilir. Bunun amacının o takvim yılındaki yapılan takip, tahsilat, vs. gibi birliğin yetkiye dayalı yaptığı işlemlerde karışıklığın oluşmaması düşüncesine dayandığı kanaatindeyiz.

takip yetkisine sahip olacaklarından, yasa ile ancak kendilerine tanınan faaliyet izni sonrasında gerçekleşen ihlaller nedeniyle yetkilidir. Bu durumda, davacı meslek birliğinin faaliyet izninin alındığı tarihin belirlenerek, dava dilekçesinde belirtilen ihlal eylemlerinin bu tarih öncesinde veya sonrasında gerçekleşip gerçekleşmediği hususu belirlendikten sonra, davacı meslek birliğinin aktif dava ehliyetinin bulunup bulunmadığı belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11. HD., 2011/14698, 10.01.2013 www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.08.2020.

Yetki verilmesinde davada, taraf olmayan üçüncü şahsın uyuşmazlık doğmadan önce tarafların belirlemiş olduğu hükümler çerçevesinde düzenlenen yetki belgesi ile davayı “takip” yetkilerini birliğe devretmeleri söz konusudur⁶⁴. Meslek Birlikleri işlemleri kendi adına hak sahibi menfaatine temsilci olarak gerçekleştirdiğinden vekalet sözleşmesi hükümleri meslek birlikleri ile üyeleri arasındaki ilişkiye uygulanır. Meslek birliklerinin vekalet ilişkisi içerisinde yetki aldıkları üyelerinin hak takiplerini yaptıkları hususu yorum yoluyla ulaşılmaktadır. Kanun değişikliği tasarısında meslek birliklerinin kendilerine verdikleri hak takibine ilişkin bu yetkinin ne tür bir temsil şekli olduğunun açıkça düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır⁶⁵.

Meslek Birliği, bu yetki belgesi kapsamında **tarifelere ilişkin sözleşmeleri yaparak eserlerin topluma iletiminde devamlılığı, yayında kullanım sonucu ödenecek bedelin belirlenmesi, rekabet ortamının korunmasını sağlar. Bu bedelin tespitinde yayın kuruluşunun yayın alanı, hitap ettiği kitle, kullanım sıklığı, pazar oranı, ücretin eser başına yahut sabit ücret olarak belirlenmesi, saniye veya dakika bazında birim ücret, gibi kıstasları göz önünde bulundururlar**⁶⁶.

Umuma açık mahaller için lisanslamanın düzenlendiği FSEK 41. maddesine atıf yapılan radyo-TV kurumlarının lisanslanması hakkındaki FSEK m. 43/5 fıkrası meslek birliklerinin sözleşme, tarife belirleme müzakere etme ve diğer hususlarda Kanun’un 41/4 ila 13. fıkralarının uygulanacağı düzenlenmiştir. Meslek birliklerinin, FSEK m. 42 ve Mes-BirTüz’ün 4. ve 40. maddeleri gereği, takip ettikleri haklar yönünden, aktif dava ehliyeti bulunur. Hak sahipleri, haklarını meslek birlikleri aracılığıyla takip etmek zorunda değildir; bizzat kendileri de takip edebilirler. FSEK m. 41/12 fıkrasındaki bireysel hak takibinin önünü kesen “ancak” ibaresi 2010 yılında AYM tarafından iptal edilmiştir⁶⁷. AYM’nin

⁶⁴ Dilek Karakuzu Baytan, Fikir Mülkiyeti Hukuku, (Beta Yayınevi 2005) 291.

⁶⁵ Canan Küçükali, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, (1.Baskı, Seçkin, İstanbul 2017) 245.

⁶⁶ Tüzüğün 48. maddesi gereği, “üyeler, yetki verdikleri eser, icra veya tespitlerin bir örneğini, çoğaltılamayanların maket, resim veya fotoğraflarını ya da diğer fiziki ortamlara yüklenmiş biçimlerini, birliğe hazırlanan bildirimle ilgili olarak tesis edilecek arşiv için birliğe vermek zorundadır”.

⁶⁷ AYM. 2007/33, 24.03. 2010 Tarihli, Merdivan, 1371; Mustafa Ateş, “Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin

iptal kararı öncesinde hak sahiplerinin Kanun'un kendilerine tanıdığı hakları, "ancak" yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edilebileceği düzenlenmekteydi⁶⁸. AYM iptal kararı ışığında hak sahiplerinin de aktif dava ehliyeti devam etmektedir. AYM iptal kararı sonrası hak ihlali nedeniyle hem meslek birlikleri hem de hak sahipleri ayrı ayrı dava açtıklarında derdestlik ve kesin hüküm itirazları söz-konusu olabiliyordu⁶⁹. Mecliste bekleyen 5846 sayılı Kanun Değişiklik Tasarısında⁷⁰ yeniden sadece meslek birlikleri aracılığıyla hak takibinin yapılabilmesi düzenlemesi getirilmek istenilmekte ve aynı gerekçelerle eleştirilmektedir⁷¹.

AYM nin kararında" mahallerde kullanılan veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan ve üyesi olduğu meslek birliğine yetki belgesi veren kişilere, bunların kullanımı ya da iletiminden kaynaklanan ödemeleri talep hakkının tanınmayarak bu yetkinin yalnızca üye olunan meslek birliğine verilmesinin, hak sahiplerin Türk mahkemeleri önünde bizzat dava açamamalarına yol açtığı ve bireysel hak arama hürriyetini kısıtladığı" gerekçesi ile hükmün Anaya-

FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit", (2010) 5 (51) Terazi Hukuk Dergisi. (73-89).

⁶⁸ Değişiklik öncesi FSEK m. 41/12 fıkrası "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir." şeklinde idi. Anayasa Mahkemesi, 22 Haziran 2010 Tarih ve 27619 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 2007/33 Esas ve 2010/48 sayılı Kararı ile maddedeki "ancak" kelimesini iptal etmiştir. Madde Eleştirileri için bkz. Azra Arkan, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, (Vedat Kitapçılık 2005) 92 vd.

⁶⁹ Beşiroğlu (n.12) 315.

⁷⁰ Tasarı 42/A Meslek birlikleriyle ilgili esasları, 42/B hak ve yükümlülükleri, 42/C üyelik ve yetkilendirme, 42/D denetim, 42/C Toplu hak yönetimi zorunluluğu ve genişletilmiş toplu hak yönetimi, 42/F sınıflandırmayı düzenlemektedir. <http://www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index>,

⁷¹ Küçükali,(n.63) 242; FSEK Taslağında (m. 42/I) Ortak Lisanslama Birliklerine toplu hak takibi bakımından inhisari yetki tanınması bireysel hak takibini engellemektedir. Düzenleme AYM'nin bu konuda daha önce vermiş olduğu karara (AYM, 2007/33, RG. 22.6.2010, Sayı: 27619) aykırıdır. (Cahit Suluk, "Telif Yasa Taslağı Işığında Telif Birlikleri ile Kullanıcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Halli ", Terazi Hukuk Dergisi, 2013/78, 24- 27'den naklen).

sa'nın 36. maddesinde belirtilen "hak arama hürriyeti" ile bağdaşmadığı belirtilmiştir⁷².

Kanun ile eserin yaratılması ile esere yüksek düzeyde bir korumanın sağlanması ve eser sahibine de geniş bir yetki sağlandığı düşünüldüğünde, bir haktan doğan bedeli talep haklarının "ancak" meslek birlikleri aracılığıyla talep edilebileceği şeklindeki bir düzenleme, fikri hakların temel yapısı ile bağdaşmaz. Anayasa m. 13'de düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yine ancak Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca mümkündür. Hüküm iptal öncesinde kişilerin hak arama hürriyetlerine daraltıcı bir müdahale niteliğinde idi. Yine Anayasa'nın 36. maddesindeki "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mecileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü ile de çelişmekte idi⁷³. Bu nedenle AYM nin iptal kararı yerinde bir karardır. İptal kararı sonrasında Kanunun 41. maddesi, 5101 Sayılı Kanun ile değiştirilmiş ve böylece hak sahipleri haklarını tek başlarına veya isterlerse meslek birlikleri aracılığı ile de talep edebilmektedir. Tasarı ile yine bu duruma geri dönmek istenilmesi yeni iptallere zemin hazırlayacaktır.

Öte yandan eser sahipleri genellikle sanata, kültüre değer veren hayatlarını bu yola vakfeden kimseler olarak gelir düzeylerinin yüksek olmaması nedeniyle eserlerinden en üst düzeyde ekonomik olarak ve adil bir şekilde yararlanmaları da önem taşır. Eser sahiplerinin haklarının korunmasında hukuki düzenlemenin yanısıra uygulama ve yönetim önemlidir. Eser sahipleri tarafından bireysel olarak hak takibi yapılması mümkün olsa da çoğunlukla bireysel lisans ve izin vermek mümkün değildir. Lisanslama konusunda meslek birliklerinin ortak lisanslama yapmak amacıyla bir çatı altında toplanmasına yönelik yapılacak düzenleme olumlu olacaktır.

Meslek birlikleri ile kullanıcıların arasında uyuşmazlıkların önlenmesi ve sistemin etkin hale getirilmesi için kullanıma bağlı olarak kullanılan eser bazında ödeme yapılması halinde bu uygulama sözleşme bedellerinin ödenmesini teşvik edici hale gelir⁷⁴. Tarafların adil bir telif

⁷² Şahin, (n.12) 297.

⁷³ İbid 299.

⁷⁴ Zeynep Erverdi, "Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme" (2011) İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE. Yüksek Lisans Tezi 94.

ödemesi yapıldığına inancı ise kanaatimizce meslek birliklerine üyeliği arttırıcı bir uygulama olacaktır.

FSEK 66-79, 80 de sayılan dava açabilecekler arasında meslek birlikleri sayılmamıştır. Tip Statü m. 10'daki "*hakların takibi*" ibaresi uygun yorumla "*icra takibi, dava, karşı dava, temyiz, tahkim ve tenfiz davası*" şeklinde geniş yorumlanmaktadır⁷⁵. Yetki belgesinin somut olaya göre mi yoksa tüm eserler için genel olarak mı alınacağı hususu da Kanunda açık değildir. Belgenin hak sahibini koruyucu hükümler içermesi kaydıyla uluslararası uygulamalarda olduğu gibi önceden genel bir yetki alınması uygun olacaktır. mMeslek Birliğinin yetki ile almış olduğu bu dava hakkı temlik edilemez⁷⁶.

Teknolojinin gelişmesiyle eserlerin internet, You Tube, Facebook, Peer to Peer, Spotify, On Demand olarak hızlı kullanımı ve bu kullanım şekillerinin günden güne artması hakların toplu yönetimini zorunlu kılmaktadır. Koruma altındaki eserin geleneksel kullanımlar haricindeki tüm dünyada dijital kullanımı için kitlelere kullanıma açılmasında etkili hak yönetimi dışında koruma yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle toplu hak yönetimi kuruluşlarının bu alanda da hizmet verebilecek şekilde dizayn edilmesi gerekmektedir⁷⁷.

Dijital ortamda eserlerin korumasında da toplu hak yönetimi kuruluşlarının bu alanda hizmet verebilecek şekilde dizaynı gerekmektedir. DRM (Sayısal Haklar Yönetimi -Digital Rights Management) sistemleri, dijital medyada eseri tanımlayan bilgiler marifetiyle onun takibi ve kullanımının ve hakların kullanımlarının kısıtlanması mümkündür. Böylece hak sahipleri bu sistemle eseri izleyerek hakların kullanımını kısıtlaya-

⁷⁵ Tekinalp, (n.10) 296.

⁷⁶ ibid 297.

⁷⁷ Koskinen and Lowe (n.2) Modül 1, 66, 67. Hak sahiplerinin eserlerinin çevrimiçi kullanımına izin vermesi halinde kullanıcıların kullanmak istedikleri eserlerin lisanslarını kimden alabileceğini bilmesi gerektiğinden eserin hangi eser olduğu, hak sahibinin kim olduğu hususunda dijital dosyanın içine dijital numaralandırma şeklinde hak yönetimi bilgisi (RMI) yerleştirilebilir. Böylece kullanımın takibi ve toplanan gelirin hak sahiplerine dağıtımı kolaylaşır. Eserlerin teknolojik olarak korunması onlara erişimin denetimi ve kopya denetimi şeklinde olur. Erişim denetimi, materyali veri tabanına bir erişim anahtarı ile veya şifreleme ile depolamak suretiyle sağlanabilir. Kopya denetiminde de elde edilen dosyadan yapılabilecek izinli kopya sayısı sınırlandırılır.

bilmektedirler⁷⁸. Eserlerin ve hak sahibinin dijital numaralandırma yapılmak suretiyle hak yönetimi bilgisi dijital dosyanın içine yerleştirilebilir. Böylece kullanımın takibi ve toplanan gelirin hak sahiplerine dağıtımını kolaylaştırıcı erişim denetimi ve kopya denetimi yapılabilir. Tek bir DRM sistemi ile tüm alanlardaki haklar yönetilebilmekte, bütün eser türlerine ilişkin istenilen sayıda lisanslama yapılabilir. Gelişmiş ülkelerdekine benzer lisanslama merkezleri kurularak birden fazla kurulabilecek bu lisanslama merkezlerine hem meslek birlikleri hem de bireysel hak sahipleri doğrudan üye olabilmeleri ve bu şekilde üye olan bireysel hak sahipleri lisans şartlarını doğrudan kendileri belirleyebilmeleri mümkün olacaktır. Kurulacak her yeni lisanslama merkezinin DRM sistemi kendinden önce kurulan merkezlerin sistemleri ile birlikte çalışmaya mecbur olacaktır⁷⁹. Bu şekilde güvenli ve denetlenebilir bir hak yönetimi sağlanacaktır.

4.4 Edisyon Şirketlerinin Durumu

Edisyon şirketleri eser sahibinin eserlerini meslek birliklerine bildiren, üçüncü kişiler tarafından eserlerin kullanımına yönelik sözleşmeler yapan, meslek birliklerince eser sahibine yapılacak ödemelerin takibi, eserlerin kullanımına ilişkin lisans sözleşmelerinin yapılması ve bunlara ilişkin bedellerin tahsilatını yapan şirketlerdir⁸⁰.

Edisyon şirketleri de meslek birlikleri gibi hak sahiplerinin haklarının etkin olarak takibini yapmak amacını taşımaktadırlar. Ticari amaçla bu faaliyeti yapan bu şirketler hak sahipleri ile yaptıkları sözleşmeler ile onlardan aldıkları münhasır yetki ile tam ruhsat sahibidirler⁸¹.

Edisyon şirketleri haklarını takip ettikleri eser sahiplerinin meslek birliklerine üyelikleri kapsamında elde ettikleri gelirler üzerinden pay almaktadırlar. Ancak edisyon şirketlerinin meslek birlikleri gibi mahkemelerde dava ehliyeti bulunmamaktadır⁸².

⁷⁸ Sayısal Hakların Yönetimi (DRM), TC Kültür ve Turizm Bakanlığı, 2006, 16, 17.

⁷⁹ Ramazan Acun "Fikir ve Sanat Eserleri Alanında TÜRKİYE'DE TOPLU HAK YÖNETİMİ Bölünerek Zayıflama Süreci, Bütünleşerek Derinleşmeye Nasıl Dönüşür?", (2008) 14 (313-322) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi

⁸⁰ Erverdi, (n.33) 27.

⁸¹ ibid 92.

⁸² "Davacılar vekili; müvekkili şahısların murisine ait "İtirazım Var" adlı eserin dava-
lı... A.Ş.'nin 2007-2008-2009 yıllarında reklamlarında "İhtiyacım Var" şeklinde de-

4.5. Kanun Tasarısındaki Değişiklikler

TBMM Başkanlığına sunulan Kültür ve Turizm Bakanlığı'na FSEK'de yapılması gerekli görülen değişikliklere ilişkin hazırlanan FSEK Tasarısında⁸³ meslek birlikleri ve hakların toplu yönetimi konu-

ğıştırılarak ve senkronize edilerek kullanıldığını, söz konusu eserin söz yazarının Behlül Pektaş'ın müvekkili şahısların murisi olduğunu, diğer müvekkili Median Müzik ile mirasçılar arasında edisyon sözleşmesi imzalandığını, davalıların bu eseri kullanırken eser sahibinden ya da mirasçılarından izin almadığını, bu nedenle eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek şimdilik FSEK. 68 maddesi kapsamında eserin rayiç bedelinin üç katı şeklinde 75.000.- TL maddi ve 10.000.- TL manevi tazminat ödenmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davacı... yönünden davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığından açılan davanın usulden reddine..." dair verilen karar Yargıtayca onanmış ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Yargıtay 11. HD., 2017/3942, 13.06.2019; "Dairemizin 13.03.2017 tarih ve 2015/13493 E. - 2017/1474 K. sayılı ilamında da içtihat olunduğu üzere, bir mali hakkın ihlali halinde, söz konusu ihlale karşı dava açma hakkı 5846 Sayılı FSEK'in 21/02/2001 T. ve 4630 S. Kanun ile değişik 42/ son maddesi uyarınca, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin FSEK'de sayılan haklarını takip yetkisi kendilerinin dışında, sadece ülke içinde bu maddeye göre kurulan meslek birlikleri tekeline verilmiş olup, başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takibi yasaklanmıştır. 6100 S. HMK'nın 114/1- (d) ve (e) maddesi uyarınca, aktif dava ehliyeti ve dava takip yetkisi dava şartları arasında sayılmış olup, mahkemelerce dava şartlarının yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir. Bir müzik eserinin senkronizasyon yoluyla işlenmesi hakkı açıkça eser sahiplerinde bırakıldığına veya yayımcı şirketlere bırakılmış olsa bile bu mali hakkın Türkiye'deki kullanımının davacı şirketlere devredildiği ispatlanamadığına göre, bir başka mali hak kategorisi olan çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarına dayanılarak, işleme suretiyle oluşturulan eserlerin çoğaltılmasına, yayımına veya umuma iletimine izin vermesi, izinsiz olarak bu hakların kullanılması halinde ise bu eylemlere karşı dava açma hak ve yetkisi münhasıran işleme hakkı sahibine aittir. Aksi halde, çoğaltma ve yayma hakkı sahibi, bu haklarına dayanarak, eser sahibinin dahi eserini işleyerek çoğaltılmasına ve yaymasına engel olabilecektir ki, bu kabul mali hakların birbirlerinden bağımsızlığı kuralıyla bağdaşmaz. Mali hakların bağımsızlığını ortadan kaldıracak şekilde yorum yoluyla mali haklar genişletilemez. Davacıların, eserin Türkiye'de işlenmesi hakkını mali hak sahiplerinden usulüne uygun şekilde devir alındığının davacılarca ispatlanamamış olması nedeniyle, Mahkemece, aktif husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmakla, Dairemizin 03.11.2015 tarih 2014/16010 E. 2015/11496 K. sayılı bozma ilamının 2 numaralı bendinde yazılı gerekçelerle bozulmasına ilişkin kararının kaldırılarak mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmiştir". Yargıtay 11. HD. 2017/3201, 27.06.2019, www.kazanci.com, Erişim Tarihi:23.07.2020

⁸³ <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>, Erişim Tarihi: 13.04.2020. Erişim Tarihi:30.08.2020.

sunda yeni düzenlemeler planlanmakta, rekabetin korunmasına dair hükümler tahtında hakların etkin olarak takip ve korunması amacıyla meslek birliklerinin birlikte hareket edebileceği ve diğer meslek birliklerine yetki devrinde bulunabileceği, “*en az iki meslek birliğinin Kültür ve Turizm Bakanlığından izin alarak birlikte tüzel kişiliği haiz ortak lisanslama birliği kurabileceği*”, Kanunda olduğu gibi gerekli şartları sağlayarak aynı alanda yeni bir meslek birliği kurulabileceği düzenlenmektedir⁸⁴. Değişiklik ile meslek kuruluşlarının ortak çatı altında toplanmasına ilişkin yasal zemin oluşturulmaktadır. Tasarı ile yeni bir telif birliğinin kurulma şartları ağırlaştırılmakta idari ve ekonomik yetkinlik şartı getirilmektedir. Birden fazla telif birliğinin faaliyet gösterdiği sektörlerde ortak lisanslama birliği kurulması öngörülmüştür⁸⁵. Tasarıda yetki belgesi verilmesi, ile meslek birliğine sadece hakkın yönetimi yetkisinin verileceği ve yetki verilen bu hakların ticari olmayan kullanımları dışında bireysel olarak yönetilemeyeceği belirtilmiş ve hakların takibinin etkinleştirilmesi, elde edilecek gelirlerin artırılması ve kullanıcıların çok sayıda hak sahibine ulaşabilmesi ve sözleşme yapabilmesi için toplu hak yönetimi uygulamasının getirildiği görülmektedir. Nitekim AB Direktifleri ile ve kanunları ile AB'de uygulanan uygun bedel talebi ile “*güzel sanat eserlerinin yeniden satışından pay alma hakkı*” bireysel olarak takip edilememektedir.

Tasarıda, birden fazla meslek birliğinin faaliyet gösterdiği sektörlerde ortak lisanslama birliğinin oluşturulamaması durumunda bakanlığın ilgili meslek birliklerinden birine bu yetkiyi verebileceği, bu haklar bakımından toplu hak yönetim yetkisinin sadece yetkili meslek birliği veya yetkili ortak lisanslama birliği tarafından kullanılacağı düzenlenmektedir⁸⁶.

Meslek Birliklerinin de FSEK Tasarısı üzerinde yapılan çalışmalara ilişkin olarak 2016 yılında Kültür Bakanlığına sundukları ortak görüşte kişisel kullanım amacıyla yapılan çoğaltmalardan elde edilen gelirin hak sahiplerine dağıtılmasının zorunlu olduğu, meslek birlikle-

⁸⁴ Tasarı Taslağı için bkz. <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>, Erişim Tarihi:30.08.2020.

⁸⁵ Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü 2016 Tarihli 5846 sayılı FSEK Çalışma Sunumu; Küçükali, (63) 243.

⁸⁶ <https://www.haberturk.com/fikir-ve-sanat-eserleri-kanunu-nda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-tasarisi-tbmm-ye-sunuldu-1947732>

rinin bir ortak lisanslama birliği içinde zorunlu olarak bir araya gelerek toplu lisanslama yapmalarının kullanıcılar ve hak sahipleri açısından faydalı olacağı, kullanıcıların birden fazla muhatapla ayrı ayrı lisans sözleşmesi yapma zorunluluğunu ortadan kaldıracağı, tek merkezden izin ve tek merkeze ödeme yapılacağı belirtilmiştir⁸⁷.

Tasarı m.18. Kanun'un 43. maddesini değiştirmekte ve yeni ilave maddeler eklemektedir. Maddeye göre Meslek birlikleri protokole bağlamak suretiyle ortak tarife belirleyebilir ve aynı alanda birden fazla meslek birliğinin bulunması halinde bu meslek birliklerinin ortak tarife belirlemesinin zorunlu olduğu Tarifeler ve ortak tarifeler, meslek birlikleri tarafından ilgili ortak lisanslama birliğine ve Bakanlığa bildirilir ve ortak lisanslama birliği tarafından bunlar birleştirilir.

Tasarı herhangi bir birliğe yetki vermeyen hak sahipleri için elde edilen gelirlerin beş yıl saklanacağı, hak sahiplerinin bu sürede başvur-

⁸⁷ Bakanlığa sunulan ortak raporda, OLB organlarının kanunda açık olarak belirtilmesi; ancak bu organların meslek birliklerinin atayacağı temsilciler tarafından oluşturularak, yetki ve sorumlulukları, lisanslama yapılması ve toplanan telifin meslek birliklerine aktarılması ile sınırlı olması, OLB’de eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri arasında denge ve eşitlik gözetilerek oy farklılaşması yapılması, OLB’lerin tarife yapmamaları, bu hak ve yetkinin yine meslek birliklerinde kalması gerektiği, zorunlu OLB sisteminin özellikle umuma açık mahallerde uygulanması gerektiği, meslek birlikleri olarak toplu hak yönetiminin zorunlu olacağı umuma açık mahallerin lisanslanmasında “Sertifika Sistemi”nin de bağlı olarak uygulanması ve ortaya çıkacak tarife uyumsuzlukları için de “Tarife Uyuşmazlık Kurulu”nun kurulmasını “Yeniden iletim hakkı”nın mevcut FSEK’te açıkça tanımlanmamış olmasının, tüm sektörler açısından ciddi hak kayıplarına neden olduğu “Yeniden İletim Hakkı”, kavram ve yeni bir mali hak olarak Kanun’da ayrı madde olarak FSEK madde 25/A olarak tanımlanması, yeniden iletim hakkının özellikle uydu, karasal, kablolu, sayısal, dijital vb şekillerde umuma iletim yapan yayıncılar, dijital platformlar, kanallar ve mobil operatörler için uygulanacağını açık olarak yazılmasının hak kayıplarını önleyeceği, dijital alanda korsan ile mücadele edilebilmesi konusunda OLB ve meslek birliklerine toplu hak takibi yapılması konusunda Kanun’da açıkça yetki verilmesi, OLB veya meslek birlikleri üyelik ilişkisi çerçevesinde Kanundan aldıkları yetki ile yetki belgesi aranmaksızın yasadışı faaliyet gösteren yerlere gerekli uyarılarda bulunabilmesi, korsan içeriklerin kaldırılmasını talep edebilmesi, hukuki ve cezai süreç başlatıp sürdürebilmesi, bandrollerin, Bakanlık tarafından yetkilendirilen Meslek Birlikleri tarafından bastırılması ile meslek birliklerinin ekonomik olarak da güçlü ve bağımsız olmalarının yolunun açılacağı görüş olarak bildirilmiştir. 13 Aralık 2016 tarihli Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü’ne, Kanun Değişikliğine İlişkin Meslek Birliklerince Sunulan Yayınlanmamış Ortak Görüş, (naklen Küçükali (63) 241, 242).

maması durumunda gelirlerin sosyal ve kültürel faaliyetler ile eğitim faaliyetlerinde kullanılmak üzere ilgili meslek birlikleri arasında orantılı olarak paylaştırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca tasarıda tarifelerin “yaratıcı sektörlerin yapısını tahrip edici, kullanıcıların bunlara ulaşmasını engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici etki yaratamayacağı; rekabeti bozucu, engelleyici ve kısıtlayıcı şartlar oluşturamayacağı, protokol ile ortak tarife belirleyebileceği belirtilmiştir.

FSEK Değişiklik Tasarı Taslağı m. 3 “*Fotokopi ve benzer yöntemlerle çoğaltma*” başlığı ile 38/B maddesinde de ortak lisanslama birliğine bedel ödeme yükümlülüğü getirilmektedir. Nitekim kopyalamalarda her bir kopya besteci, müzik yapım şirketi ya da icracı sanatçı için bir satış kaybı anlamına geldiğinden pek çok ülkede hak sahiplerine eserlerinin ve kayıtlarının kullanımı nedeniyle bir bedel ödenmesi gerekir.

AB nin 2001/29EC sayılı Direktifi 5(2) b- gereği “*Üye ülkeler gerçek kişi tarafından herhangi bir ortamda kendi özel kullanımı için ve doğrudan ya da dolaylı ticari amacı bulunmayan çoğaltmalara ilişkin olarak, hak sahiplerinin adil bedel alması şartına bağlı olarak*” çoğaltım hakkına istisnalar ve sınırlamalar getirebilir. Buna uygulamadan örnek olarak Afrika ülkesi olan Burkina Faso 2000 yılından beri özel kopyalama bedelinin tahsilatı için boş kağıt medyasının %10 u olarak telif bedeli belirleyerek dağıtmaktadır. Avrupa’dan Fransa, Kanun gereği özel kopyalama harcından gelen gelirin %25 ini icracıların istihdamını teşvik eden sanatsal projelere ayırır⁸⁸.

5846 sayılı Kanunda m. 42A hükmündeki tarife tespitine ilişkin hükümler Tasarısı Taslağında m. 43/A olarak daha kapsamlı düzenlenmiştir. Maddede tarifelerin kamuoyuna duyurulmasından itibaren on gün içinde tarifeyi belirleyen birliğe başvurarak, tarifelerin müzakeresini isteyebileceği, tarifelerin kamuoyuna duyurulmasından itibaren bir ay içinde Telif Hakem Kuruluna itiraz edilebileceği belirtilir.

Tasarı m. 43/B, tarife uyuşmazlıklarında her tarife dönemi için; 11. Hukuk Dairesinden bir üye, Kültür Bakanlığından bir üye, Rekabet Kurumundan bir üye, Biri telif hukuku, diğeri ekonomi alanında ihtisas sahibi olan üniversite öğretim üyeleri arasından Bakanlıkça belirlenecek iki üye toplamı beş kişiden oluşan telif hakem kurulunca uyuşmazlığın değerlendirileceği düzenlenmiştir. Madde 15 Aralık tarihine kadar Anka-

⁸⁸ Koskinen and Lowe (n. 2) Modül 2, 74-76.

ra Bölge Adliye Mahkemesinde tarife tespit davası açabileceği, açılan davanın belirlenen tarifelerin yürütülmesini durdurmayacağı ve bu konuda ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi ilk derece mahkemesi olarak basit yargılama usulüne göre dosya üzerinden inceleme yaparak karar vereceği, gerekirse tarafları dinleyebileceği belirtilmektedir⁸⁹. Tasarı ile olumlu olarak alanda birçok eksik olan yorumlar ve içtihatlarla çözüm getirilen problemlere ilişkin AB hukuku ve direktifler doğrultusunda düzenlemeler getirildiği görülmektedir.

SONUÇ

Meslek Birlikleri, kâr amacı gütmeyen ve toplanan telif bedellerinden faaliyetlerini sürdürebilmek için gerekli kesintiyi yaptıktan sonra üyelerine telif bedellerini ödeyen kuruluşlardır. Bu kuruluşlar zaman zaman üyelerin birliğe yetki belgesi vermekten kaçınması veya kanalların yeniden gösterimden doğan telif bedellerini ödemek istememeleri gibi problemlerle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu birliklerce toplanan bedellerin adil dağıtımı meslek birliklerine güveni ve desteği arttıran önemli bir etkidir. Telif ödemelerinde tarife bedellerinin adil olmadığı konusunda yaşanan uyuşmazlıklar sonucu kullanıcıların meslek birlikleri ile sözleşme yapma konusunda isteksiz oldukları gözlemlenmektedir. Bu bağlamda meslek birlikleri ve telif haklarının korunmasına yönelik mevzuat bulunmasına rağmen bir eksiklik olarak gördüğümüz birlik üyelerinin ve kullanıcıların eğitilmesi ve bilinçlendirilmesi uygulamanın tam anlamıyla gerçekleştirilmesine yardımcı olacaktır.

Meslek Birliklerinin kendi içlerindeki yönetsel çatışma ve rekabetin sosyal medyaya yansması meslek birliğinin zayıflamasına, güvensizliğe yol açmakta bu nedenle problemlerin içeride çözülmesi, meslek birliğinin dışa karşı güçlü olması için iç çekişmelere son verilmesi gerekmektedir. Telif bedellerinin dağıtılmasında da adil, şeffaf ve eşit davranılarak haksızlıklara yol açılmaması gerekmektedir.

Meslek birliklerinin bir federasyon altında örgütlenerek ortak lisanslama yapmaları Kanun Tasarısı ile getirilmek istenilmektedir. Kanaatimizce, FSEK 42/f.1 hükmündeki aynı alanda birden fazla meslek birliği kurmanın sakıncaları dikkate alınarak aynı alanda tek bir meslek birliği olmasının düzenlemesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

⁸⁹ Tasarı Taslağı için bkz. <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>, Erişim Tarihi: 30.08.2020.

Meslek birliklerinin aynı çatı altında toplanması durumunda bunun kullanıcılara tarifeler konusunda birtakım baskı yapmalarına neden olabileceği, hakim durumun kötüye kullanılmasına neden olabileceği ihtimalinin ise müzakerelere açık olma ile önlenebileceği, uzlaşma sağlanmadığında uzlaştırma komisyonu marifetiyle meslek birliği ile kullanıcılar arasında çözüm getirilebileceği düşünülmektedir.

Meslek Birliklerine verilen yetkinin hukukî niteliği konusunda tartışmaları sonlandıracak şekilde Kanun tasarısında meslek birliklerinin kendilerine verdikleri hak takibine ilişkin bu yetkinin ne tür bir temsil şekli olduğunun açıkça düzenlenmesi gerekir⁹⁰.

Dijital ortamda eserlerin korumasında da toplu hak yönetimi kuruluşlarının bu alanda hizmet verebilecek şekilde dizaynı gerekmektedir. Ülkemizdeki meslek birlikleri ile yurtdışındaki meslek birliği arasındaki sözleşmeler sonucu doğan uyuşmazlıklarda yabancı meslek birliği üyelelerinin haklarının takibinde aktif dava ehliyeti sağlanamamaktadır. Bu nedenle ortak bir veri tabanı sisteminin etkinleştirilmesi ile yabancı eser sahiplerine ait eserleri Türkiye’de temsil eden meslek birlikleri tespit edilecek ve izinsiz kullanımı halinde Türkiye’deki meslek birliği davayı takip edebilecektir.

Ortak lisanslama ile tek bir sözleşme ile kullanım kolaylaştırılmış ancak kullanıcıların belirlenen tarife bedellerini adil bulmayarak ve fahiş bularak sözleşme yapmaya yanaşmaması, ayrıca ortak lisanslamaya geçenler haricindeki meslek birliklerinin haklarını takip ettikleri eserler bakımından yine ayrı ayrı sözleşmeler yapılması gerekmesi süreci zorlaştırmaktadır.

Birliklerin yetki aldıkları eser sahiplerinin eserlerini kolaylıkla ulaşılabileceği ortak bir veri tabanında toplaması yerinde olur. Hak devri yapan üyelerin hak sahibi olduğu eserlerin güncel şekilde kullanıcılar tarafından her zaman ulaşılabilecek bir sistem altında tutulması uzun bir çalışma gerektirmektedir.

4630 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikler o günden bu yana halen Meslek Birlikleri Tüzüğüne işlenebilmiş değildir. Tüzükte varolan eksiklikler mahkeme içtihatları ile giderilmeye çalışılmaktadır. Kanun değişiklik tasarısının bir an önce kabul edilerek

⁹⁰ Küçükali (63) 245.

yürürlüğe girmesi ve akabinde Tüzük değişikliğinin de bir an önce yapılması gerekmektedir.

Meslek Birliklerinin taraf oldukları lisans bedelleri, telif ödemelerine ilişkin ihtilaflarda olduğu gibi meslek birliklerinin genel kurul kararları, haysiyet kurulu kararları, yönetim kurulu kararlarına ilişkin ihtilaflar da Kanunda açıkça düzenlenmemişse de yerleşik yargıtay uygulamaları sonucu ihtisas mahkemelerinde görülmektedir⁹¹. Meslek birlikleri ile üyeleri arasındaki ilişkiler özel hukuk ilişkisi olup, üyelikle ilgili tüm uyuşmazlıklar adli yargıda ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinde görülür. Bu davalar FSEK’te düzenlenen “hukukî ilişkilerden doğan davalar” dır. Kanunda buna ilişkin de açık hüküm konulabilir.

Öte yandan 6769 sayılı SMK m. 156 hükmü ile fikir ve sanat eserlerine yönelik ihtilafları da etkileyen ihtisas mahkemelerinin görev ve yetkisine yönelik düzenleme ile ihtisas mahkemelerinde davaların görülmesinin sağlanması, Asliye Hukuk mahkemelerinin devreden çıkarılması da yargılamaların daha ehil, uzman mahkemelerde yapılabilmesi yönünde yerinde bir yeniliktir.

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu ile arabuluculuk kurumu huku-kumuza yaygın bir şekilde girmeyi başarmıştır. Fikri mülkiyet ihtilaflarında da meslek birliklerinin lisans bedellerine ilişkin arabuluculuk yöntemiyle ihtilafları çözmesi mahkemeler açısından çok faydalı olmaktadır. Meslek Birliklerinin telif bedellerine ilişkin ihtilafları da arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardır. Ticari nitelikteki alacak ve tazminat talepli davalarda 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk getirilmiştir. Mahkemelerin ve Arabuluculuk Dairesinin de

⁹¹ “Dava, davalı meslek birliğinin zorunlu organı niteliğindeki haysiyet kurulu tarafından verilen üyelikten çıkarma kararının iptali istemine ilişkindir....Davalı Meslek Birliği, özel hukuk hükümlerine tabidir. Bu nitelikteki birliklere üye olmak zorunlu olmayıp, eser sahibinin Birliğe devretmediği haklarını bireysel olarak da takip edebileceği, birlik organlarının üyeler arasından ve serbestçe teşekkül ettirildiği hususları gözetildiğinde, davalı Birliğin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında bulunmadığı, buna bağlı olarak yönetsel yapı içerisinde de yer almadığı, keza bir kamu gücüne dayalı olarak tesis edilme olanağı bulunmayan eylem ve işlemlerinin idari nitelikte kabul edilemeyeceği de açıktır. Mahkemece, davalı Birliğin niteliği yanlış değerlendirilerek, uyuşmazlığın çözümünün idari yargının görev alanına girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 11. HD. 2012/3567, T. 30.3.2012 www.kazanci.com. Erişim Tarihi:20.08.2020.

görüşü tazminat davası ile birlikte açılan tecavüzün tespiti davalarında arabuluculuk dava şartının yerine getirilmesinin gerekli olduğu şeklinde idi. Yargıtay ise yeni kararlarında⁹² bu uygulama ve görüşlerin aksine dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan örneğin bir tespit davası ile zorunlu arabuluculuğa tabi bir alacak davasının birlikte açılması halinde bu davanın arabuluculuk dava şartına tabi olmayacağına hükmetmiştir. Bu durumda dava şartı arabuluculuğa tabi alacak davaları, tespit davaları ile birlikte açıldığında artık dava şartı arabuluculuk şartı aranmayacaktır. Ancak kişilerin arabuluculuğa teşvik edilmesi için getirilen bu zorunlu arabuluculuk kurumunun etkin uygulanabilmesi ve ülkemizde tam olarak uygulanabilmesi zorunlu arabuluculuk ara dönemi ile mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Bu nedenle ilk uygulama şeklinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Acun R, “Fikir ve Sanat Eserleri Alanında TÜRKİYE'DE TOPLU HAK YÖNETİMİ Bölünerek Zayıflama Süreci, Bütünleşerek Derinleşmeye Nasıl Dönüşür?”, (2008) 14 Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi (313-324)

Akbilek M, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Meslek Birlikleri”, (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi)

Aslan A, “Fikrî Mülkiyet Haklarının Korunması ve Bu Alanda Yaşanan Güncel Gelişmeler”, (HSYK Fikrî Mülkiyet Semineri Sapanca 2013)

Arkan A, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar (Vedat Kitapçılık 2005)

Ateş M, “Hak Arama Özgürlüğü ve Meslek Birlikleri Üzerinden Hak Takibi: Anayasa Mahkemesinin FSEK Madde 41/12 Hükmüne İlişkin İptal Kararına Dair Bir Tenkit” (2010) 5 (51) Terazi Hukuk Dergisi (73-89)

Ayiter N, Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri (Sevinç Yayınları 1981)

⁹² Yargıtay 11. HD. 2020/197, 17.02.2020, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.07.2020.

Beşiroğlu A, Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar- Fikri Hukuk-Sınai Haklar (3. Baskı Beta 2004)

Beşiroğlu A, Fikir Hukuku Dersleri (Arıkan Yayınları 2006)

Bozbel S, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (On İki Levha Yayınları 2012)

Cornish W. R. Intellectual Property: Copyright, Trade Marks, and Allied Rights, (Sweet & Maxwell, Londra 1989)

Çetin D, “ Türkiye’de sinema eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri tarafından kurulan meslek birlikleri”(2017), Abant Kültürel Araştırmalar Dergisi 2(3) (24-41)

Erçal H, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Meslek Birliklerinin Telif Haklarının Korunmasındaki Konumu”, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2014)

Erel Ş, Türk Fikir ve Sanat Hukuku (2. Bası Ankara 1998)

Erverdi Z, ”Eser Sahipleri Meslek Birlikleri ile Üyeleri Arasındaki İlişki Müzik Meslek Birlikleri Üzerinden Bir Değerlendirme” (İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 2011)

Falce V, “Copyright Societies under Scrutiny: From the EU Approach to the Italian Solution” (World Competition, (2014) 37(1) 121-132, <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/World+Competition/37.1/WOCO2014007>

Karakuzu Baytan D, Fikir Mülkiyeti Hukuku (Beta Yayınevi, İstanbul 2005)

Koskinen T – O&Lowe N, (2012). Toplu Hak Yönetiminin Genel Özellikleri Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi Eğitim Materyali

Küçükali C, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası (1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017)

Mestmacker E. J, “Collecting Societies” (Max Planc Institut, European competition law annual 2005)

Mısır M. B, “Fikri Hakların Korunmasında Meslek Birliklerinin Yeri” (2002) 4 Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

Öztan F, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Turhan Yayınevi, Ankara 2008)

Suluk C. and Orhan A, Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku C. II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri (Arıkan Basım Yayım 2005)

Suluk C, “Telif Yasa Taslağı Işığında Telif Birlikleri ile Kullanıcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Halli ” (2013) 8 (78) Terazî Hukuk Dergisi (24-27)

Şahin M, “Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılmasına ve/veya İletilmesine İlişkin Hükümler Çerçevesinde Meslek Birliklerinin Durumu (FSEK M. 41)” (2015) 116, (293-304) < <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-116-1450>>

Tekinalp Ü, Fikri Mülkiyet Hukuku (5. Vedat Yayınevi İstanbul 2012)

Tekinalp Ü, Eser Sahibi Meslek Birlikleri (1979) 10 (1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Tritton G, Intellectual property in europa 1 (3th. Edn, Sweet & Maxwell, 2008) London

Yavuz L, Alica T. and Merdivan F, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. I Seçkin 2013)

WIPO (2001) Intellectual property handbook Policy law and use Geneva

WIPO (2018) Good Practice Toolkit for CMOs (The Toolkit), <https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_cr_cmotoolkit.pdf> <https://www.ratem.org/fsek-kanun-taslagi>

SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN ÖZELLİKLERİ, AKDEDİLMESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ*

(FEATURES, CONCLUSION PROCESS AND LEGAL CHARACTERISTICS OF
SYNDICATED LOAN AGREEMENT)

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Ramazan DURGUT**
Arş. Gör./Res. Asst. Erkam Haşim BULUT***

ÖZ

Şirketler, yatırımlarını çeşitli yollarla finanse ederek ekonomik baki-
mından devamlılık sağlamayı amaçlarlar. Şirketlerin mali yapısı genişle-
dikçe finansman kaynaklarının türleri de ayrı bir önem kazanmaktadır.
Zira en uygun finansman kaynağını bulmak, şirketin devamlılığı için
vazgeçilmez bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte sendikasyon
kredileri de bir finansman kaynağı olup finansal açıdan görece olarak
büyük şirketlerin kullanmış olduğu bir enstrümandır. Gerek ihtiyaç du-
yulan kredinin büyüklüğü gerekse bir takım ekonomik gereklilikler, bu
tip görece büyük kuruluşları sendikasyon kredisine başvurmaya itmekte-
dir. Sendikasyon kredisinin çeşitli yönleri itibarıyla genel kredi sözleş-
melerinden farklı ve daha karmaşık yapısı, kredi sürecinin daha uzun ve
çetrefilli olmasına yol açsa da, bu süreçte verilecek olan kararların isa-
betli ve atılacak adımların yerinde olması, kredinin sorunsuz şekilde

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 06.12.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 11.12.2020 tarihinde
birinci hakem; 16.12.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğre-
tim Üyesi, rdurgut@istanbul.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-9037-2005

*** İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma
Görevlisi, erkam.bulut@istanbul.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-8579-509X
Bu makaleye atıf için; DURGUT, Ramazan, BULUT, Erkam Haşim “Sendikasyon
Kredisi Sözleşmesinin Özellikleri, Akdedilmesi ve Hukuki Niteliği” REGESTA,
Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, s. 539-580.

kapatılmasını sağlayacaktır. İşte bu çalışmada sendikasyon kredisi süreci çeşitli yönleriyle incelenecek ve sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukuki niteliği tartışılacaktır. Bu inceleme yapılırken sendikasyon kredisi sözleşmesinin nitelikleri, hususiyetleri itibariyle açıklanacak, sendikasyon kredisinin kredi kullandırma amacı taşıması sebebiyle kredi sözleşmesine ilişkin doktrin görüşleri de değerlendirilecek olup sendikasyon kredisinin sui generis özellikler taşıyan karma sözleşme olduğu hususu sendikasyon kredisinin kendine has nitelikleri göz önünde tutularak ortaya konacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sendikasyon, sözleşme, finansman, kredi, banka

ABSTRACT

Companies aim to provide economically continuity by financing their investments in several ways. With the effect of expanding financial structure of companies, the types of sources of finance gain a significant importance. Because finding the most appropriate source of finance is the essential element for continuity of a company. Hence, syndicating loan is a type of source of finance and this financial instrument is used by relatively massive companies. Because both of the causes which are size of the amount and the several financial necessities lead this kind of massive companies to apply for a syndicating loan. Although more complex and different structure of syndicating loan in comparison with credits brings about longer and more complicated process, the rightness of the decisions to be made and the steps to be taken in the process, will ensure that the syndication will be closed without any problem. In this article, the process of the syndicating loan will be examined from different views and its legal characteristic will be discussed. While conducting this search, the qualifications of the syndicated loan agreement will be explained in terms of their nature, the doctrinal views regarding the loan agreement will also be evaluated due to the purpose of the syndication loan and the fact that the syndication loan is a combined agreement demonstrating sui generis features will be revealed by considering the unique characteristics of the syndication loan.

Keywords: Syndicating, agreement, financing, loan, bank

GİRİŞ

Sendikasyon kredileri, niteliği itibariyle kendine has bazı nitelikleri haiz olup piyasada çeşitli aktörler tarafından tercih edilmektedir. Piyasa aktörleri, sendikasyon kredisi sözleşmesi imzalamak suretiyle sendikasyon kredisi sürecine dahil olmakta ve kredinin kendine has niteliklerinden yararlanmaktadırlar. Göreceli olarak büyük aktörler tarafından tercih edilen bu kredi türü, büyük yatırımlar söz konusu olduğunda tercihten öte bir zorunluluktan dolayı ortaya çıkmaktadır. Zira büyük yatırımların söz konusu olduğu durumlarda çeşitli risklerin azaltılması, özellikle kreditörler tarafından büyük önem arz etmekte olup finansal nedenlerle birden fazla kreditörün bu tip bir sözleşmeye girme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle baraj, enerji santrali, telekomünikasyon hizmetleri gibi büyük ölçekli yatırımların finansmanını sağlamak üzere birden fazla banka, bir lider banka önderliğinde bir araya gelip kredi sağlamaktadır.¹ İşbu makalede, sendikasyon kredisinin hukuki niteliği irdelenmiş olup bu amaçla sendikasyon kredisinin niteliğini etkileyen faktörler ele alınmıştır.

Makalenin ilk bölümünde sendikasyon kredisi açıklanarak sendikasyon kredisinin tanımı, kısa tarihçesi ve nitelikleri ortaya konmuştur.

İkinci bölümde sendikasyon kredisi sözleşmeleri ele alınmış olup sözleşmenin karakteristik özellikleri, türleri ve sözleşmenin imzalanma aşaması ele alınmıştır. Zira sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliğinin açıklanması bakımından bu sözleşmenin karakteristik özellikleri ve sözleşmenin imzalanma aşamasındaki işlemler büyük önem arz etmektedir.

Makalenin üçüncü bölümünde ise sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanmıştır. Bu başlık altında, sendikasyon kredisi ile belirli hususlarda benzeşmesi sebebiyle öncelikle banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğini açıklayan doktrin görüşlerine yer verilmiş olup her bir görüş sendikasyon kredisi bağlamında münferiden değerlendirilmiş ve kanaatimiz açıklanmıştır.

Sonuç bölümünde, makalede yaptığımız hukuki değerlendirmenin özeti ve sonucu açıklanmış olup makalenin doktrin bakımından hangi eksikliği kapattığı ifade edilmiştir.

¹ Başak Şit, Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, c.:27, sa.:2, 2011, s.158.

1. SENDİKASYON KREDİSİNİN TANIMI VE TÜRLERİ

1.1. Tanım

Sendikasyon kredileri birden fazla sayıda banka veya finansal kuruluşun bir araya gelerek tek bir kredi alıcısına kullandığı ve vadeleri çoğunlukla 1-5 yıl arasında değişen kredilerdir. Sendikasyon kredisi marifetiyle kredi riski, kredi veren kuruluşlar arasında dağılır. Bu doğrultuda kredi veren kuruluşlar, fonlarını tek bir krediye ve müşteriye bağlamak yerine portföylerini çeşitlendirirler ve kredi riskini minimize ederken; beklenen getiriyi ise maksimize etme imkanına sahip olurlar.² Bunun yanında sendikasyon kredisi, kredi talep eden bakımından da birçok avantajı haiz olup bu avantajlardan en önemlileri, büyük miktardaki kredinin çok kısa sürede sağlanması ve bu fonun belirli bir süre boyunca sağlanma garantisidir.³

Sendikasyon kredisinin kredi talep eden bakımından bir diğer avantajı ise piyasada oluşacak itibarla ilgilidir. Sendikasyon kredileri, hacimlerinin büyüklüğü ve krediye katılan bankaların çokluğu ve dağılımı nedeniyle borçlunun faaliyetlerini yürütmesini sağlayan fonun önemli bir kısmını oluşturur. Bunun sonucu olarak çoğu borçlu (kredi talep eden), kredinin piyasada bilinmesinden faydalanmak ister. Bir borçlu lehine özellikle iyi tanınan bankalardan oluşan bir konsorsiyum tarafından büyük miktarda bir sendikasyon kredisinin düzenlenmiş olması, o borçlunun itibarını artırır. Sendikasyon kredisinde yer alan aktörler “tombstone”⁴ marifetiyle bu süreçte yer aldıklarını piyasaya duyururlar.

Sendikasyon kredisi; “iki ya da daha fazla kredi veren kuruluşun bir araya gelerek, benzer hüküm ve koşullarla, ortak dokümantasyon kullanılarak ve ortak bir ajan (ajan banka) marifetiyle, olağan kredi miktarının üstünde fon ihtiyacında olan bir kredi alıcısına sağlanan kredi” şeklinde tanımlanabilir. Sendikasyon kredisini banka kredilerinden ayırt

² Hüseyin Kutlu /Savaş Demirci /Mehmet Güner, Risk Yönetim Aracı Ve Finansman Alternatifleri Olarak Sendikasyon Kredileri, International İstanbul Finance Congress (2012), s.1.

³ Özgür Öztürk, Banka ve Sendikasyon Kredilerinin Denizcilik Sektörünün Finansmanında Önemi ve Bankaların Bu Alandaki Yaklaşımları, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s. 112.

⁴ Tombstone: Sendikasyon kredisi kullanıldığı bilgisinin, kredi tamamlandıktan ve kredi anlaşması imzalandıktan sonra istenilen gazete ve dergide yayınlanmasıdır.

eden en önemli unsurların ise; kredi ilişkisinde birden fazla kredi verenin olması, kredide konsorsiyumu birlikte tutan ortak dokümantasyon olması ve krediyi ortak bir ajanın (ajan bankanın) yönetmesi olduğunu söyleyebiliriz.⁵

19. yy ve 20. yy'nın başlarında kredinin sendikasyon yoluyla kullandırılması tekniği, Londra'daki bankalarda görülmektedir. Günümüze daha yakın dönemlerde ise, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde Amerika Birleşik Devletlerindeki bankalar, kurumsal müşterilerine karşı konsorsiyum yoluyla kredi sağlamış ve böylece müşterilerinin savaş sonrası yüklü miktardaki fon ihtiyaçlarını sendikasyon kredisi yoluyla karşılamışlardır.⁶ Hükümetlerin ve kamu bankalarının ödemeler dengesi finansmanı için ticari bankalardan fon sağlaması bakımından İtalyan I.M.I'nin kullandığı 5 yıl vadeli 200 milyon dolarlık kredinin ilk sendikasyon kredisi olduğu kabul edilmektedir.⁷

Mevzuatımızda yeknesak bir şekilde sendikasyon kredisi sözleşmelerini düzenleyen bir kanun yahut yönetmelik bulunmamakta, çeşitli yönetmeliklerde ve tebliğlerde⁸ sendikasyon kredilerine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Fakat söz konusu bu hükümler, daha çok muhasebesel ve vergisel hususlara ilişkin olup sendikasyon kredisine ilişkin nitelikler hakkında bilgi vermekten uzak olduğu gibi; sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliğini de açıklayamamaktadır.

⁵ Şakir Sakarya, Sendikasyon Kredisi Kullanımının Bankaların Hisse Senedi Getirilerine Etkisi: Olay Çalışması Yöntemiyle BIST'de Bir Uygulama, Bankacılar Dergisi, Sayı 92, s.5-24, 2015, s.2.

⁶ Pınar Çalışkan, Sendikasyon Kredileri: Türkiye Örneği 2000-2006, Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s.11.

⁷ Öktem Kalaycıoğlu, Sendikasyon Kredileri. Active Bankacılık ve Finans Makaleleri – V, Alkım Ltd.Şti., İstanbul, 1999, s.1.

⁸ Örn. Bkz. Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ; Katılım Bankalarınca Uygulanacak Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ; Kredi Riski Azaltım Tekniklerine İlişkin Tebliğ; Zorunlu Karşılıklar Hakkında Tebliğ (Sayı: 2013/15); Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34).

1.2. Sendikasyon Kredilerinin Türleri

Sendikasyon kredilerini oluşumuna göre üç farklı tasnife tâbi tutmak mümkündür.⁹

1.2.1. Doğrudan Kredi Sendikasyonu

Doğrudan kredi sendikasyonu, sendikasyon kredisi sözleşmesinin kreditör tarafında birden fazla kreditörün bulunduğu, kredi verenlerin tek bir anlaşma metni üzerinde mutabık kalarak imzaladıkları ve borçluya kredi ödemelerini bu anlaşma doğrultusunda yaptıkları bir kredi sözleşmesidir. Her banka, sözleşmede belirlenen edimler doğrultusunda kredi sağlayacak ve borçlu tarafından vadesinde yapılacak olan geri ödemeleri alacaktır ve en nihayetinde münferiden kendi borcundan sorumlu olacaktır.¹⁰

1.2.2. Katılım Sendikasyonu

Katılım Sendikasyonunda (Participation Syndicate) kredi sözleşmesi borçlu ve ajan banka arasında müzakere edilerek imzalanmakta, ajan banka, kredinin tamamını kendi kaynaklarından karşılamayı taahhüt etmektedir. Ajan banka, genellikle kredi sözleşmesinin imzalanmasından sonra diğer bankalarla katılım anlaşmaları (*participation agreement*) imzalayarak kredinin sendikasyonunu sağlar. Katılım anlaşması ile ajan banka, anlaşmanın diğer tarafını oluşturan bankaya, bankanın sağlayacağı belirli bir sermaye karşılığında kredi sözleşmesindeki haklarının bir kısmını devralanın krediye katkısı oranında devretmektedir.¹¹ Katılım sendikasyonunda her ne kadar katılımcılar, kredinin büyük bir kısmını sağlarlar da, kredi sözleşmesine taraf olmamaları sebebiyle ve tüm kredi dokümanlarının ajan banka tarafından tutulması nedeniyle yönetici banka veya yardımcı banka sıfatını taşımazlar.¹² Tıpkı doğrudan kredi sendikasyonunda olduğu gibi ajan banka sendikasyon kredisi sürecini yönetir. Katılımcılarla ajan banka arasındaki ilişki ise, katılım anlaşma-

⁹ Brian W. Semkow, “Syndicating And Rescheduling International Financial Transactions: A Survey Of The Legal Issues Encountered By Commercial Banks”, Aba., The International Lawyer, Fall, 1984, s.869.

¹⁰ Semkow, s.869.

¹¹ Semkow. s.870.

¹² Nihal Berker, Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002, s.12.

ları marifetiyle düzenlenmektedir.¹³ Fakat ifade edilmelidir ki, bir görüşe göre¹⁴ katılım sendikasyonu, bir sendikasyon kredisi türü olmayıp aslında bir kredi iştirakidir. Söz konusu yazarlara göre, bu kredi sözleşmesinde kredi veren tek bir banka olduğundan bu kredi türüne sendikasyon kredisi demek doğru değildir.

1.2.3. Karma Sendikasyon

Bu sendikasyon türünde sendikasyon, doğrudan kredi sendikasyonunda izlenen yöntemle oluşturulmakta ve sözleşmenin imzalanmasına kadar doğrudan sendikasyonda kullanılan yöntem izlenmektedir. Ancak katılım sendikasyonu ile benzeştiği yön itibarıyla, kredi sözleşmesinin imzalanmasından sonra, kredi sendikasyonunda yer alan bankalardan birisinin kredi sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerini katılımcı bir bankaya devretmesi söz konusu olmaktadır.¹⁵

2. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN ÖZELLİKLERİ

2.1. Genel Olarak

Genel olarak kredi sözleşmelerinde, kredinin kullanılması amacıyla, kreditor ile kredi talep eden kişi arasında uygulamada kredi sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme imzalanmaktadır. Bu sözleşmeye göre, tarafların edimleri şu şekilde karşımıza çıkar: Kredi kuruluşu, sözleşmede taahhüt ettiği kredi tutarını kredi talep eden kişiye kullanıracak; kredi talep eden kişi ise kredi kuruluşunun kendisine kullandırdığı krediyi sözleşme ile belirlenen vadede ödeyecek ve kararlaştırıldığı üzere kredi kuruluşuna faiz veya komisyon ödeyecektir.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri de genel olarak bu sistem üzerine bina edilmekle beraber bazı farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz, en önemli fark -ki bu fark kredinin tutarından kaynaklanır- kredi kullandıran tarafta birden çok kreditorün olmasıdır. Genel olarak sendikasyon kredisi sözleşmelerinin karakteristik özelliklerini irdelersek, şu özellikleri sayılabiliriz:

¹³ Berker, s.13.

¹⁴ Özge Tosun, Sendikasyon Kredisi Sözleşmesi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Yıl:2015, Sayı:13, s. 195 vd.

¹⁵ Semkow, s.870.

2.1.1. Kredinin Özelliği Gereği Sözleşmede Bazı Hususi Hükümlerin Yer Alması

Kredi talep eden tarafın talep ettiği kredi meblağının büyük olması sebebiyle tek bir banka veya kredi kuruluşu borç verme riski altına tek başına girmemekte ve sendikasyon kredisi kullanılmaktadır. Bu durum sözleşmede gerek finansal gerek hukuki sebeplerle sözleşmede bazı hükümlerin yer almasını gerektirmektedir. Örneğin sendikasyon kredileri genellikle orta ve uzun vadeli dirler. Zira sendikasyon kredisinin düzenlenmesinin zorluğu ve sürecin karmaşıklığı, sendikasyon kredisinin kısa vadeli krediler için uygulanması bakımından engel teşkil etmektedir. Kısa vadeli bir kredi için borçlu bu uğraşları karşılayacak maliyeti kabul etmeyebilir.

Talep edilen kredi meblağının görece yüksek olması, kredi sağlama ve kredinin geri ödeme sürecini uzatmakta ve bu durum da sözleşmede kullanılacak faizin türünü etkilemektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde daha çok değişken faiz olarak LIBOR¹⁶ (London Interbank Offered Rate) faiz oranı kullanılır. Bu tür kredilere sabit faiz de uygulanabilir, ancak bankalar orta ve uzun vadede kullandıkları fonun kendilerine maliyetinin artabileceğini göz önünde bulundurarak, sabit faiz riskini üzerlerine almak istemezler.

Ayrıca, krediye katılan kreditorlerin her birinin sorumlulukları diğerlerinden ayrı olup kreditorler, diğer kreditorlerin edimlerinden sendikasyon kredisi sözleşmesi çerçevesinde sorumlu değildir. Bu nedenle sendikasyon kredisinin önemli karakteristik özelliğinden biri olan bu hususun sözleşmeye mutlak bir şekilde derç edilmesi önem arz etmektedir. Esasında bir diğer karakteristik özellik olarak, sendikasyon kredisinin tek bir dokümantasyon üzerinden sağlanması, sorumluluğun ayrı olmasına engel değildir. Ortak kredi dokümantasyonu, kredi verenlerin borçluya verdikleri kredinin bütün hüküm ve koşullarını içermesi nedeniyle sendikasyon kredilerinin esas özelliklerinden biridir.

¹⁶ LIBOR: Bankaların, bankalararası piyasalarda, birbirlerine kısa vadeli borç verirken uyguladıkları referans faiz oranıdır. (<https://www.investopedia.com/terms/l/libor.asp> web adresinden 05.09.2020 tarihinde erişildi.)

2.1.2. Kredi Kullandıran Tarafıta Birden Fazla Kredi Kuruluşu veya Bankanın Olması

Bu özellik, sendikasyon kredisinin en önemli özelliklerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira başta ifade ettiğimiz üzere, kreditor tarafında yalnızca tek bir kişinin olması, söz konusu ilişkiyi sendikasyon kredisi sözleşmesi ilişkisinden çıkaracaktır. Nitekim sendikasyon kredileri, kredi kuruluşlarının veya bankaların kullandırtabilecekleri kredi tutarını aşan kredi tutarına ihtiyaç olması durumunda söz konusu olmakta ve bu kredinin kullandırılması için birden fazla kredi kuruluşu bu ilişki içerisine girmektedir. Fakat ifade edilmelidir ki, sendikasyon kredisi sözleşmesinin kreditor tarafında yer alan bankalar, sözleşmede kararlaştırılan edimlere yahut sağladıkları kredi tutarına göre farklı sıfatlar almaktadırlar. Uygulamada bu sıfatlar “*lead manager*”, “*manager*”, “*co-manager*”, “*ordinary participants*”, “*investors*”, “*mandated arranger*”, “*lead arranger*”, “*arranger*”, “*co-arranger*”, şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.¹⁷

2.1.3. Kredi Kullandıran Tarafı Oluşturan Kişilere Benzer Hükümlerin Uygulanması

Kredi talep eden taraf ile yapılacak sendikasyon kredisi sözleşmesinin hüküm ve koşulları, krediyi kullandıran tarafta yer alan kredi kuruluşu veya bankalar için benzer nitelikte olmalıdır. Bu husus, sendikasyon kredisi sürecinin ortak dokümantasyon üzerinden işleme özelliğinin bir tezahürüdür.

2.1.4. Ortak Belge Üzerinde Çalışılması

Sendikasyon kredi sözleşmelerinde her ne kadar kredi kullandıran tarafta birden fazla kişi olsa da esasında tek bir kredi sözleşmesi ve kredi ilişkisi vardır. Bu nedenle iki taraflı tek bir sözleşme söz konusu olmaktadır. Genel olarak, kredinin kullandırılma şartlarının bütün kreditorler bakımından tamamen aynı olması beklenmese de bütün şartlar aynı bel-

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Al-Kateb M.Ş./Al-Dabbas N.A./ Al-Sharaiyr Q.E., The Role of the Agent Bank and the Specificity of Its Legal Status in the Syndicate Loan (A Comparative Study), Journal of Politics and Law; p.123-138, Vol. 11, No. 4; 2018, s. 126.; Benjamin Esty, Structuring Loan Syndicates: A Case Study Of The Hong Kong Disneyland Project Loan, Journal of Applied Corporate Finance, p.80-95, Vol.14, No.3, Fall 2011, s.82.

ge üzerinde bulunmalı ve tarafları oluşturan kişilerin tamamı aynı sözleşme ile bağlı olmalıdırlar. Sözleşmenin içerisinde nadiren de olsa bankalar bakımından bazı farklılıkların olması farklı bir sözleşme olmasını gerektirmez, farklılık da olsa hükümlerin tamamının tek bir sözleşme içerisinde yer alması gerekmektedir.

2.1.5. Lider Banka (Leading Bank)’nın Varlığı

Lider Banka, esasında sendikasyon kredisi sürecini kredi talep eden taraf ile başlatan hukuk sujesi olup kredi sözleşmesinin imzalanmasına kadar çok önemli görevleri vardır. Lider Banka, sendikasyon kredisi sürecine girecek olan bankalarla iletişime geçerek kreditör tarafın teşekkül etmesini sağlar. Lider banka, süreç içerisinde genellikle ajan banka olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸

2.1.6. Ajan Banka (Agent Bank)’nın Varlığı

Ajan banka, sendikasyon kredisinin olmazsa olmaz unsurlarındandır. Ajan bankanın görevi kredi anlaşmasının imzalanmasından sonra başlar ve kredinin yönetimi ve işleyişini ajan banka olarak tayin edilen banka takip eder.¹⁹ Ajan bankanın görevi, kredi işleyişinin ve sürecin kontrolünü sağlamaktır. Şu husus önemlidir ki, ajan bankanın süreçteki konumu bir nevi elçilik veya sekreteryalık gibidir. Ancak asla ve asla tek başına takdir yetkisi yoktur. Yukarıda açıklandığı üzere ajan banka çoğu zaman lider bankalık görevini de üstlenmektedir.

3. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN AKDE-DİLME SÜRECİ

Sendikasyon kredilerine konu olan miktar, bir hayli büyük olduğundan -ki çoğu zaman tek bir bankanın bu kredinin tamamını tek başına sağlaması da mümkün olmamaktadır- sendikasyon kredisi sözleşmesinin imzalanması ve devamı edimlerin ifa edilmesi süreci de büyük önem arz etmektedir. Süreç kısaca açıklanacak olursa, sırasıyla şu işlemlerin yapılması gerekmektedir:

¹⁸ Ümit Hergüner, Roles and Duties of Lead Manager, Lead and Agent Banks in Syndicated International Loans, U.S. Law Approach, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Y.10, Sa. 1-2, 109-127, 1990, s.122.

¹⁹ Berker, s. 9.

3.1. Hazırlık

Uygulamada öncelikle due diligence (durum tespiti) süreci işletilerek kredi talep edenin asıl ihtiyacı olan finansal çarenin gerçekten de sendikasyon kredisi olup olmadığı anlaşılır. Bu kapsamda, kredi talep edenin mali tabloları, projeleri ve piyasa şartları gibi somut verilere dayanarak kredi verecek olan bankalar tarafından sağlanacak finansmanın kapsamı ve şartları tanımlanır. Kredi talep eden ile edilen müzakereler sonucu sendikasyon kredisinin uygun olduğu sonucuna varılırsa kredi talep edenin ihtiyacına cevap verebilecek sözleşmenin taslak çalışması yapılır. Bu taslak çalışmasında özellikle, talep edilen kredinin miktarı, kredinin kullanım amacı, vade, faiz türü ve oranı, kredinin sağlanma yöntemi vs. maddelere yer verilir.²⁰ Kredi talep eden tarafın kredi ihtiyacına cevap verebilecek olan potansiyel sendikasyon kredisi sözleşmesinin ana hatlarını içeren taslağın hazırlanmasından sonra lider banka arayışına geçilir. Bankalar ile yapılan müzakereler sonucunda sendikasyon kredisi süreci için bir lider banka belirlenir ki lider bankanın esas görevi kredi talep eden taraf ile potansiyel kreditorleri bir araya getirip sendikasyon kredisi taraflarının teşekkül etmesini ve sendikasyon kredisi sözleşmesinin imzalanmasını sağlamaktır. Kredi alacak tarafın lider bankanın önemli müşterisi olması ve taraflar arasındaki güven gibi faktörler, lider bankanın seçilmesi bakımından çok büyük önem arz etmektedir.

3.2. Sürecin Başlaması

Lider banka belirlendikten sonra, kredi talep eden taraf ile lider banka arasında “mandate”(yetkilendirme) süreci gerçekleşir ki, bu yetkilendirmenin türü, sendikasyon kredisi sözleşmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Uygulamada bu yetkilendirme “*best efforts commitment*” ve “*underwritten commitment*” olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır.²¹ İfade edilmelidir ki, yetkilendirmenin türü, krediyi kimin sağlayacağını da belirlemektedir. Şöyle ki, yetkilendirmenin “best ef-

²⁰ Süleyman Bulut, Sendikasyon Kredilerinin Türk Bankacılığında Yeri Ve Önemi, Marmara Üniversitesi Bankacılık Ve Sigortacılık Enstitüsü Bankacılık Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.20 vd.

²¹ Bazı kaynaklar “club deal” olarak başka bir yöntem olduğunu ifade etseler de bizler bu yöntemin “best efforts commitment” altında anılması gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıntılı açıklama için bkz. Europe Economics, Euclid Law: EU Loan Syndication on Competition and its Impact in Credit Markets-Final Report, Luxembourg, 2018, s.21 vd.

forts commitment” şeklinde gerçekleşmesi halinde lider banka, piyasada kreditor arayışına girerek olabildiğince fazla banka arasında krediyi paylaştırır ve krediyi alan bankalar doğrudan sendikasyon kredisinin tarafı olurlar. Yetkilendirmenin “underwritten commitment” şeklinde olması durumunda ise lider banka kredinin tamamının kendisi tarafından sağlanacağı taahhüdü altına girer fakat daha sonra kredi ikincil piyasalarda satılarak kredinin sağlanması amaçlanır.²²

Lider banka belirlendikten ve taahhütlerin belirlendiği sözleşme imzalandıktan sonra ilerde yapılacak finansal araştırmalar için şirketin mali tabloları ve mali sırları lider banka ile paylaşılacağından dolayı lider banka ile kredi talep eden taraf arasında çoğu zaman bir gizlilik sözleşmesi [non-disclosure agreement (NDA)] imzalanır. Gizlilik sözleşmesinin imzalanmasındaki ana sebep, sendikasyon kredisinin alınması sürecinde tarafların işin gereği olarak birbirlerinin mali sırlarını öğrenmelerinden doğacak herhangi bir tehlikeden korunmaktır. Özellikle kreditorler toplantısında kredi talep eden kuruluşun mali tabloları, ilgili bankalarca incelenecek olup mali sırların üçüncü kişilere açıklanması riskinden korunma gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bunun yanında sürecin uzun sürmesi, kredinin büyüklüğü gibi faktörler de taraflar arasında daha yoğun bilgi akışının sağlanmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle uygulamada taraflar arasında bir gizlilik sözleşmesi akdedilerek süreç boyunca edinilen bilgilerin gizliliği teminat altına alınmaktadır. İfade edilmelidir ki, söz konusu sözleşmede özellikle hangi bilgilerin “gizli bilgi” olduğu tanımlanmalıdır ve söz konusu bilgilerin ifşa edilmesi halinde uygulanacak olan cezai şart hükmü düzenlenmelidir.

Söz konusu sözleşmelerin imzalanması ile birlikte artık taraflar karşılıklı olarak taahhüt altına girmiş olup birbirlerine karşı hukuki sorumlulukları olur. Lider banka, sendikasyon kredisinin hazırlanması amacıyla çalışmalara başlayarak bir yol haritası çıkarır.²³ Bu yol haritasında başlıca şu hususlar vurgulanır:

- Kredi alan şirket, şirket yönetimi ile ilgili bilgiler,
- Verilecek olan sendikasyon kredisi ile ilgili bilgiler,

²² Semkow, s. 876.

²³ Eyyüp Yılmaz, Sendikasyon Kredileri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Öneri Dergisi, C.5. Sa.19, ss. 145-154, Ocak 2003, s.148.

- Şirketin faaliyet alanı ve faaliyet gördüğü piyasa ile ilgili özet bilgiler.

3.3. Müzakere ve İmza Aşaması

Sendikasyon kredisi sürecinin en önemli halkasını oluşturan bu süreç, sendikasyon kredisi sözleşmesine hangi bankaların ne oranda katılacağına, en büyük kreditorün hangi banka olacağına ve bankalar arası işleyiş ile kredi veren taraf ile kredi alan taraf arasındaki ilişkinin niteliklerinin belirlendiği süreçtir. Bu aşamada lider banka ile kredi alacak kuruluş müzakerelerde bulunarak hangi bankaların sürece dahil olacağı ve hangi bankanın en büyük krediyi sağlayacağı hususunda bir karara varırlar. Sürece dahil olacak bankalara bir davetiye gönderilerek söz konusu bankaların “kreditörler toplantısı” na katılımı sağlanır.²⁴ Bu kreditorler toplantısında lider banka ile kredi alacak kuruluş arasında imzalanan ön protokol metni sunulur ve kredi projesinin içeriği hakkında bilgi verilerek potansiyel kreditorlere bir teklif yapılır.

Esasında uygulamada yukarıda anlatıldığı üzere lider banka ile kredi talep eden taraf arasındaki yetkilendirme kredinin sağlanma tarzını belirlemektedir. Uygulamada “*general syndication*” yahut “*loan syndication*”²⁵ olarak bilinen yöntemde, sendikasyon sözleşmesinin kreditor tarafında birden fazla banka yer almaktadır. Burada önemli olan husus, her ne kadar her bir bankanın tabi olacağı hükümler birbirlerine çok benzer olsa da bazı farklılıkların olabileceği fakat bütün hükümlerin aynı doküman üzerinde yer alması gerekliliğidir.²⁶ Altı önemle çizilmesi gereken bir diğer husus da her bir bankanın kendi ediminden kendisinin sorumlu olduğu ve bankaların temerrüdünden yahut edimlerini gerektiği gibi yerine getirememesinden diğerlerinin sorumlu olmamasıdır.²⁷

Uygulamadaki bir diğer kredi sağlama türü de “*loan participation*”²⁸ olarak anılmaktadır ki, bu tür sendikasyonda, sendikasyon sözleşmesinin kreditor tarafını yalnızca lider (ajan) banka oluşturmakta fa-

²⁴ Bulut; s. 25 vd.

²⁵ Semkow, s.6.

²⁶ Agasha Mugasha, *The Law Of Multi-Bank Financing, Syndicated Loans and The Secondary Loan Market*, Oxford University Press, 2007, s.5-6.

²⁷ Mark Campbell / Christoph Weaver, *Syndicated Lending: Practice and Documentation Sixth Edition*, Euromoney Books, UK, 2013, s.23.

²⁸ Mugasha, s.5-6.

kat bu banka deyimi yerindeyse kredi yükümlülüğünü ikincil piyasalarda satmaktadır. İkincil piyasalardaki bu işlem uygulamada “participation agreement” olarak anılmaktadır. Burada önemle altının çizilmesi gereken husus, sendikasyon kredisi ile yükümlülük altına giren bankanın kredi yükümlülüğünü üzerine alan ikincil piyasalardaki bankanın varlığından kredi talep edenin haberdar olmasına dahi gerek yoktur. Sendikasyon kredisi sözleşmesindeki edimlerin yerine getirilmemesinden yalnızca sözleşmede yer alan banka sorumludur.²⁹ Bu nedenle “participation” tipindeki sendikasyonda, sendikasyon kredisi sözleşmesinin doğrudan tarafı olmayıp yükümlülüğü ikincil piyasada üzerine alan bankalar, sendikasyon kredisi sözleşmesini devralmadıkları gibi borcun üstlenilmesi, borca katılma, alacağın ve borcun devri gibi hukuki durumlar da söz konusu değildir. Zira hem sözleşmenin taraflarında bir değişiklik yoktur hem de ikincil piyasalardaki bu bankaların kim olduğunun kredi talep eden tarafından bilinmesine gerek yoktur. Bu nedenle esasında sendikasyon kredisi sözleşmesine taraf olan banka ile ikincil piyasada kredi yükümlülüğünü üzerine alan bankalar arasındaki sözleşme de ayrı bir sendikasyon sözleşmesi (ikincil sendikasyon) olarak değerlendirilebilir.³⁰

3.4. Fonun Sağlanması Aşaması

Müzakereler tamamlanıp sendikasyon kredisi sözleşmesi imzalandıktan sonra kredinin kredi talep eden tarafa ödenmesi sağlanır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra ajan banka, sözleşmede öngörülen edimlerin ifa edilmesini sağlamak başta olmak üzere bütün süreci yönetir. Ajan bankanın bu süreçte yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlere örnek verecek olursak şunları sayabiliriz³¹:

- Kredi sözleşmesi hükümlerinin (kredi çekme, rollover, faiz ödemeleri, ödemesiz dönem, ve kredinin geri ödenmesi gibi) uygulanıp uygulanmadığını izlemek,

²⁹ Semkow; s.273.

³⁰ Hüseyin Can Aksoy, Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.40-41.

³¹ Berker, s.22-24; Norman Magarura, The Law Relating To Syndicated Loan Agreements And Its Application In Commercial Practice, Journal Of Financial Regulation And Compliance, p.177-196, Vol.24, No.2, 2016, s.188; Roy C. Smith / Ingo Walter, Global Banking, New York, 1997, s. 36-37.

- Kredi çekme (drawdown) hükümleri uyarınca, borçluya ödeme yapılacak zamanlarda, katılımcılardan gerekli fonları toplamak,
- Değişken faiz oranını düzenli aralıklarla sabitlemek ve faiz oranını taraflara bildirmek,
- Muaccel olmuş anapara ve faiz ödemelerini hesaplamak, borçludan alarak kreditorlere sözleşmede kararlaştırılan oranlara göre dağıtmak
- Kredi temini karşılığında verilen teminat, garanti ve sigorta hükümlerine uyulup uyulmadığını gözlemlemek,
- Borçludan ve bağımsız denetim firmalarından düzenli raporlar ve bilgiler alarak bunları katılımcılara dağıtmak.
- Herhangi bir temerrüt durumunda tarafları bilgilendirmek,
- Sendikasyon kredisi sürecinin sekretaryasını yapmak.

4. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sendikasyon kredileri, ana hatları itibariyle kredi sözleşmeleri ile aynı özellikleri paylaşmaktadırlar. Elbette, kredinin büyüklüğü, tarafların oluşumu, ortak dokümantasyon, lider banka ve ajan bankanın söz konusu olması gibi özellikler, sendikasyon kredilerinin karakteristik özelliklerini oluştursalar da doktrinde genel olarak sendikasyon kredileri, kredi sözleşmelerinin hukuki nitelikleri çerçevesinde incelenmektedir. Bu sebeple ana hatları itibariyle sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken, kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar büyük önem arz etmektedir. Hal böyleyken, kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin özel düzenleme, hukukumuzda mevcut olmadığından, bu hususta farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde ileri sürülen bu görüşlerin genel hatları itibariyle sendikasyon kredisinin niteliğinin açıklanması bakımından önem arz ettiğini düşünmekle beraber, sendikasyon kredisinin salt banka kredi sözleşmesi olarak nitelendirilmeyeceği kanaatindeyiz. Bu bölüm başlığı altında sendikasyon kredisi ile belirli yönleriyle benzeşen banka kredisi sözleşmelerinin hukuki niteliğini açıklayan doktrin görüşleri verilmiş olup sendikasyon kredisinin hukuki niteliğine ilişkin asıl inceleme, kredi görüşlerinin değerlendirildiği başlık altında yapılmıştır.³²

³² Bkz. Bölüm 3.2.

4.1. Banka Kredisi Sözleşmesinin Hukuki Niteliğini Açıklayan Görüşler

4.1.1. Ödünç Sözleşmesi Görüşü

Banka kredi sözleşmelerinin nitelik itibariyle ödünç sözleşmesi olduğu görüşünü savunan yazarlara³³ göre, kredi sözleşmelerinde banka, para verme yükümlülüğü altına girmektedirken, müşteri ise sözleşmede öngörülen şartlara uygun olarak parayı geri ödeme ve faiz ve komisyon ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Tüketim ödünç sözleşmelerinde de ödünç verenin temel edim yükümlülüğü, ödünç konusunun mülkiyetini geçirme ve teslim iken ödünç alanın borçları ise, ödünç konusunu mislen geri verme, sözleşme giderlerini ödeme, -faizli tüketim ödünç sözleşmeleri için ilave olarak- ödünç konusunu teslim alma ve faiz ödemektir.³⁴ Bu bağlamda banka kredi sözleşmesinde yer alan taraf yükümlülükleri, tüketim ödünç sözleşmesi için kanunda öngörülen şartlarla benzeşmektedir.

Ancak banka kredi sözleşmesinin ödünç sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri süren görüş, doktrinde bir takım eleştirilere hedef olmuştur. İlk olarak, yöneltilen temel eleştirilerden birisi, kredi sözleşmelerinde ödünç verenin yerine getirdiği edim her zaman nakdi kredi olmayıp bazen gayrinakdi kredi şeklinde karşımıza çıkabilmektedir ve bu işlemler tüketim ödünç olarak nitelendirilemez³⁵. Bu nedenle doktrinde kredi sözleşmelerinin tam olarak ödünç sözleşmesi ile birebir örtüşmediği hatta içerisinde ödünç sözleşmesinin de bulunduğu karma nitelikli bir sözleşme olduğu hususunda görüşler³⁶ ortaya çıkmıştır. Ayrıca bir diğer

³³ Görüşü savunan yazarlar için bkz. Begründet von Adolf Baumbach./ Klaus J. Hopt /Hanno Merkt, Handelsgesetzbuch, 33. Neubearbeitete und erweiterte Auflage München, Verlag C.H. Beck, 2008. (naklen Ünal Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2009; s. 481.)

³⁴ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014, s.752 vd.

³⁵ Burak Özen, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 72; Davut Gürses, Banka Genel Kredi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 63.

³⁶ Yaşar Alıcı, Banka Kredi Sözleşmelerinin Malî ve Hukukî Yönü, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 2000, s. 65; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri C. 1, B.2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1974, s.254.

eleştiri, ödünç sözleşmesinde edim konusu paranın mülkiyetinin ödünç veren tarafından diğer tarafa geçirildiği, oysa kredi açma sözleşmesinde ise ödünç konusu paranın, kredi alan tarafın emrine hazır bulundurulduğu noktasında toplanmıştır. Örneğin bir banka ile genel kredi sözleşmesi yapıldığında, sözleşme konusu paranın ödünç alanın hesabında hazır bulundurulması gibi hükümler sözleşmeye konu olabilmektedir. Yine yöneltlen bir diğer eleştiri, ödünç sözleşmesinin aksine, ödünç alınan paranın iadesi, kredi açma sözleşmesini sona erdirmez ve kredi limiti dahilinde tekrardan para çekilebilir.³⁷ Bunun yanında kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğinin ödünç sözleşmesi olduğu görüşüne yöneltlen önemli eleştirilerden diğerlerine örnek olarak, kredi açma sözleşmesinde ödünç sözleşmesinde mevcut olmayan yan edimlerin de yükümlenilmesi,³⁸ ödünç sözleşmesinde paranın mülkiyetinin karşı tarafa devri söz konusuyken paranın emre hazır tutulması gibi bir edimin söz konusu olmaması³⁹ verilebilir.

4.1.2. Ön Ödünç Sözleşmesi Görüşü

Kredi sözleşmesinin Roma Hukuku'ndaki *pactum de mutuo dando* anlaşması ile bir benzerliği olduğunu düşünen bu görüşün⁴⁰ sahibi yazarlara göre, ödünç verme borcunu doğurmayan *pactum de mutuo dando* anlaşması gibi kredi sözleşmesi de bir ödünç verme edimi doğurmaz.⁴¹ Bu görüşe göre kredi sözleşmesi ile taraflar, ilerde yapacakları bir ödünç sözleşmesinin ön sözleşmesini akdetmektedirler. Taraflar, esasında kredi sözleşmesi akdederek, kredi verme iradesi göstermekten ziyade ilerde

³⁷ Mehmet D. Yener, Kredi Açma Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.59; Oğuz C.: Banka Kredi Açma Sözleşmesi, Ankara, 2004, s.29; Yalçın Onur, Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.34.

³⁸ Ödünç sözleşmesine yabancı olan yükümlülöklere; kredi konusu paranın emre hazır bulundurulması komisyonu, kredi komisyonu vs. örnek olarak verilebilir. Tekinalp s.362; Serkan Yassioğlu, Kredi Açma Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisan Tezi), İzmir, 1994, s.11;

³⁹ Murat Baykal, Banka Kredi Sözleşmeleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, C. 21, Sa. 3., 49-90, 2002, s. 66; Özen, s.71.

⁴⁰ Fevzi N. Feyzioğlu, "Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)", Fakülteler Matbaası, C. 1, B. 3, İstanbul, 1978, s. 733.

⁴¹ Tekinalp, s.480.

yapacakları ödünç sözleşmesinin şartlarını oluşturmaktadırlar. Yapılacak olan bir ön ödünç sözleşmesi ile kredi verene tek taraflı olarak ödünç sözleşmesi kurma borcu yüklenmekte olup⁴² bu sözleşme yalnızca ileride yapılacak asıl ödünç sözleşmesinin akdedilmesi edimini içerir.⁴³ Fakat bu görüş, kredi alanın her para çekmek istediğinde ayrı bir kredi sözleşmesi akdetmesi gerekliliğini ortaya çıkarmasından,⁴⁴ uygulamada sözleşmenin akdedilmesinden sonra ileride herhangi bir ödünç sözleşmenin yapılmamasından⁴⁵ ve yalnızca para ödücünü göz önüne almasından⁴⁶ dolayı eleştirilmiştir.

4.1.3. Cari Hesap Sözleşmesi Görüşü

TTK'nın 89/1 hükmüne göre; *“İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir.”* Söz konusu tanımdan anlaşılabacağı üzere, bir cari hesap sözleşmesinden bahsedebilmek için çeşitli unsurların var olması gerekmektedir. Bu unsurlar⁴⁷: sözleşmenin iki taraflı olması, taraflar arasında alacak ve borç doğuracak ilişkinin bulunması, karşılıklı alacak (ve borçlar) ın bulunması, karşılıklı alacaklardan sözleşme sonuna kadar vazgeçilmesi, kalemlerin hesaba kaydedilmesi, alacak ve borçların takas edilmesi, bakiyenin tespit edilmesi, hesap devrelerinin tespit edilmesi ve sözleşmenin yazılı olmasıdır.

Banka kredi sözleşmesinin hukuki niteliğinin cari hesap sözleşmesi olup olmadığı incelenirken özellikle taraflar arasında karşılıklı alacak ve borçların olma şartı ve karşılıklı alacaklardan sözleşme sonuna kadar vazgeçme şartı üzerinde durulmuştur. Şöyle ki, cari hesap sözleşmesinin temel şartlarından birisi taraflar arasında karşılıklı alacak ve borç ilişkisi-

⁴² Tekinalp, s. 480.; Kerem Ertan, Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Legal Hukuk Dergisi, s.1665-1684, Temmuz 2003, s.1677.

⁴³ Oğuz; s.28.

⁴⁴ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I B.4, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.332.

⁴⁵ Şener Akyol, Banka Sözleşmeleri-Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001, s. 92; Alıcı, s.64.

⁴⁶ Tekinalp, s.481.

⁴⁷ Ramazan Durgut, Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.37 vd.

sinin bulunmasıdır. Fakat doktrinde karşılıklılık kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışılmış olup hakim görüşte olan yazarlar⁴⁸, bir tarafın her zaman alacaklı diğer tarafın her zaman borçlu olduğu ilişkilerin de bu tip bir karşılıklılık şartını yerine getirdiğini öne sürerken; diğer bir takım yazarlar⁴⁹ ise sözleşmenin her iki tarafının da hem alacaklı hem borçlu sıfatlarını taşıyabilir olması gerekliliğini ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla taraflardan yalnızca birisinin hep alacaklı; diğer tarafın da hep borçlu olduğu hukuki ilişkilerde dahi cari hesap sözleşmesinin varlığının kabul edilmesi durumunda, banka kredi sözleşmeleri de bu yönüyle cari hesap sözleşmesi olarak kabul edilebilecekken; karşılıklılık kavramının her iki tarafın da hem alacaklı hem borçlu olması durumunu ifade ettiği kabul edilirse, bu yönüyle banka kredi sözleşmelerinin hukuki olarak cari hesap sözleşmesinin şartlarını karşılamadığı sonuca varılabilecektir. Esasında doktrinde banka kredi sözleşmelerinde, her iki tarafın da hem alacaklı hem de borçlu olduğu bir ilişkinin söz konusu olduğunu ileri söyleyen yazarlar da vardır. Bu yazarlara⁵⁰ göre; banka müşterisinin, kullandığı her krediyi kısım kısım ödemesi halinde bu ödemeler cari hesapta müşterinin alacağına kaydedilmekte ve müşteri *hesaben* alacaklı olmaktadır. Dolayısıyla müşteri, kredi ilişkisinde her ne kadar borçlu olarak yer alsada, kullandığı krediyi kısmen de olsa ödediği takdirde kredi ilişkisinin hesaben alacaklısı konumunda yer almaktadır ve bunun için kredinin bir defa kullanılmasından sonra tekrar kullanıma gerekliliği de bulunmamaktadır. Fakat karşılıklılık şartının banka kredi sözleşmesinde gerçekleşmediği düşüncesinde olan yazarlar⁵¹ ise banka ile müşteri arasındaki ilişkinin cari hesap şeklinde kurgulanmasının amacı-

⁴⁸ Claus W. Canaris / Wolfgang Schilling / Peter Ulmer, Handelsgesetzbuch Großkommentar, Begründet von Hermann Staub, 4. Neubearbeitete Auflage, Vierter Band, §343-382, Berlin, 2004, §355, Rn.39.

⁴⁹ Ernest Hırş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, 1948, s.681, Reha Poroy / Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2010, s. 291.

⁵⁰ Halil Arslanlı, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, 1960, s.239-240; Tandoğan, Borçlar Özel s. 88, Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş Vakfı), Ankara, 2011, s.356-357.

⁵¹ Poroy/Yasaman; s.293-295, Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya / Füsun Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6 Bası, İstanbul, 2019, s.689.

nın, kredi sözleşmesinin nitelik olarak cari hesap sözleşmesi olduğundan değil; tamamen süreci kolaylaştırma amacından kaynaklandığını ileri sürmektedir. Banka, müşterisine bir hesap açarak, talep edilen krediyi limit dahilinde sürekli veya süreksiz olarak tahsis etmekte ve banka ile müşteri arasındaki ilişki, döngüsel olarak devam etmektedir. Ayrıca süreç içerisinde müşterinin kullandığı krediyi kısmen yahut tamamen geri ödemesi müşteriyi banka karşısında alacaklı konuma da getirmemektedir. Dolayısıyla bu görüşteki yazarlara göre, banka kredi sözleşmesi, niteliği itibariyle cari hesap sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceği gibi, bankaların kredi süreçlerini cari hesap şeklinde kurgulamalarının amacı, hukuki sebeplerden ziyade muhasebesel ve operasyonel sebeplerden kaynaklanmaktadır.

Banka kredi sözleşmesinin cari hesap olup olmadığı tartışmasında irdelenen önemli hususlardan bir diğeri de cari hesap sözleşmesinin bir unsuru olan tarafları karşılıklı alacaklarından hesap dönemi sonuna kadar vazgeçmeyi kabul etmeleridir. Cari hesap görüşüne karşı yöneltilen eleştirilerin temel dayanaklarından birisini oluşturan söz konusu bu unsur, banka kredi sözleşmelerinde bulunmamaktadır. Zira, uygulamada banka kredi sözleşmelerinde, açılacak kredi cari hesaplarının banka tarafından istenildiği zaman kesilebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu hüküm de, alacağın her zaman banka tarafından talep edilebilmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu eleştiriyi yönelten yazarlara⁵² göre; banka kredi sözleşmesinin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen cari hesap sözleşmesi olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

4.1.4. Şarta Bağlı Borçlandırıcı Sözleşme Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüş⁵³ de kredi sözleşmelerinin borçlandırıcı bir sözleşme olmakla birlikte sözleşmenin icra edilebilmesinin müşterinin kredi talebinin yahut kredi ihtiyacının ortaya çıkması şartına bağlanmış olduğunu ileri sürmektedir. Kredi talebi veya ihtiyacının ortaya çıkmasıyla beraber banka, kredi sözleşmesinden doğan borcunu ifa yükümlülüğü altına girecektir. Bu görüşü savunan yazarlardan bir

⁵² Ülgen / Helvacı / Kaya / Ertan, s.689.

⁵³ Bernd Stauder, *Der Bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag*, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bethel bei Bielefeld, 1968, s. 70; Yener, s.70.

kısmı⁵⁴, müşterinin kredi talebinde bulunmasını bir şart olarak kabul etmekteyken; diğer kısım yazarlar⁵⁵ ise müşterinin kredi ihtiyacının ortaya çıkmasını bir şart olarak değerlendirmektedir. Doktrinde çeşitli yönleriyle eleştirilmiş olan bu görüşe yapılan en temel eleştiri, kredi ihtiyacının doğmasının yahut kredi talebinin ileri sürülmesinin şart olarak kabul edilemeyeceği zira kredi sözleşmesinin kurulmasıyla beraber bankanın krediyi kullandırma veya krediyi hazır tutma borçlarının hali hazırda doğmuş olduğu, bunun haricinde tasarruf işlemine geçilebilmesi için herhangi bir şarta gerek olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.⁵⁶

4.1.5. Çerçeve Sözleşme Görüşü

Banka kredi sözleşmelerinin hukuki nitelik itibariyle bir çerçeve sözleşme olduğunu öne süren görüşe⁵⁷ göre; kredi sözleşmesi, banka ile kredi talep eden arasında sonradan yapılacak kredi işlemlerinin kapsamını belirleyen ve hukuki dayanağını oluşturan çerçeve niteliğinde bir sözleşmedir. Esasında banka kredi sözleşmelerinin niteliği itibariyle ön ödünç sözleşmesi olduğunu öne süren görüş ile çok yakın olan çerçeve sözleşme görüşü, yine ön ödünç görüşünde olduğu gibi kredi sözleşmesinin kredi ilişkisinin ilk aşamasını oluşturduğunu, böylece ileride yapılacak olan kredi sözleşmesinin şartlarını teşkil ettiğini öne sürmektedir. Fakat bu görüşü savunanlara göre, ileride yapılacak olan münferit sözleşmeleri kurma borcu, çerçeve sözleşme niteliğindeki kredi sözleşmelerinin içeriğinde mevcut olduğundan dolayı kredi sözleşmesinin kapsamı ön sözleşmeden çok daha geniştir. Şöyle ki, kredi sözleşmesi, kredi talep edenin talebine bağlı olarak kredi sözleşmesi akdetme edimini içerirken; bunun yanında süreklilik gösteren ve münferit sözleşmelerin temel özelliklerini somutlaştıran çerçeve olma niteliğini haizdir.⁵⁸ Fakat bu görüş de, fiili banka uygulamalarından hareketle taraf iradelerinin bir çerçeve sözleşme akdetmekten ziyade doğrudan hak ve borç doğuran tek aşamalı bir sözleşme kurma doğrultusunda olduğu ve bu sebeple bu sözleşme ile

⁵⁴ “İlgili görüşün Falloise tarafından savunulduğu belirtilmektedir.” Detaylı bilgi için bkz. Stauder, s.70. (naklen, Gürses, s.54).

⁵⁵ “İlgili görüşün Dieryk tarafından savunulduğu belirtilmektedir.”; Detaylı bilgi için bkz. Stauder, s.71. (naklen, Gürses, s.54).

⁵⁶ Gürses, s. 55.

⁵⁷ Tekinalp, s. 479; Ertan, s.1679; Ülgen / Helvacı / Kaya / Ertan, s. 689; Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s.170.

⁵⁸ Yener, s. 67; Gürses, s.106.

sözleşme kurma borcu değil doğrudan sözleşme konusu hak ve borcun doğması⁵⁹ sebebiyle eleştirilmiştir.

Ayrıca doktrinde, banka sözleşmelerinin tamamının banka genel işlem şartlarına, standart sözleşmelere ve banka teamüllerine dayanarak yapıldığından hareketle bütün münferit sözleşmelerinin belirli hukuki işlemlere dayandığı ileri sürülmüş; fakat münferit sözleşmeler müşterek özellikler gösterebilirler dahi dayanak işlemleri (sözleşmeleri) çerçeve sözleşme olarak kabul etme yönündeki Alman doktrininde savunulan görüşlerin gerçeklerle bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Zira bu görüşe göre bankacılık uygulamasında her bir farklı ürün, işlem için münferit sözleşmeler akdedilmekte olup ortak özellik göstermesi sebebiyle her bir münferit sözleşmenin genel banka sözleşmesi olarak değerlendirilmesi isabetli değildir.⁶⁰

4.1.6. Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya gelmesi ile vücut bulan sözleşmelerdir.⁶¹ Karma sözleşmelerin oluşumu bakımından, karma sözleşmenin içeriğinde yer alan her bir edimin, kanunda öngörülen sözleşmelerden birisine uyması gerekliliği hususunda doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur. Bir sözleşmenin karma sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için içerdiği her bir edimin kanunda öngörülen bir başka sözleşmeye uygun olması gerektiğini öne süren görüşe⁶² göre; banka kredi sözleşmeleri karma sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir. Zira banka kredi sözleşmelerinin içeriğinde kanunda öngörülen sözleşmelere uymayan istisnai unsurlar da bulunmaktadır. Karma sözleşmenin varlığından bahsedebilmek için sözleşmenin unsurlarından her birinin mutlak surette kanunda düzenlenen bir sözleşmeye uygun olma gerekliliğinin olmadığı fikrini savunan görüşe⁶³ göre ise, kanunda öngörülen sözleşmelerin un-

⁵⁹ Yener, s. 68;

⁶⁰ İbrahim Kaplan, Banka Sözleşmeleri Hukuku Cilt 1, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1996, s.29.

⁶¹ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri C. 1, B.2, Ankara, 1974 s. 32, 33.

⁶² Görüşü savunan yazarlar için bkz. Gürses, s.87; Erden Kuntalp, Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s.38 vd.

⁶³ Görüşü savunan yazarlar için bkz. Kuntalp, s. 38 vd.

surlarının banka kredi sözleşmelerinin bazı unsurlarında bulunması ya da tamamında bulunmaması, banka kredi sözleşmelerinin karma sözleşme olarak nitelendirilmesinde engel teşkil etmeyecektir. Çünkü banka kredi sözleşmelerinin niteliği, içerdiği edimlere bağlı olarak değil, amaca göre belirlenmelidir. Zira banka kredi sözleşmelerinde müşteriye, kanunda “tüketim öduncü” sözleşmesine uygun olarak nakdi kredi sağlandığı gibi kanunda tipik bir sözleşme şeklinde öngörülme- yen garanti ve kefalet vb. şeklinde kredi de sağlanmaktadır. Bu nedenle banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğine kredinin türüne bakarak karar vermek bizleri yanlış sonuca götürecek olup kredinin amaç unsuru ön plana çıkarılmalıdır.⁶⁴

4.1.7. Kendine Özgü Atipik (*Sui Generis*) Sözleşme Görüşü

Doktrinde kabul edilen bir başka görüşe göre⁶⁵ ise yukarıda açıklanan görüşler genel hatlarıyla kredi sözleşmelerinin çerçevesini belirle- seler de tam anlamıyla kredi sözleşmelerinin niteliklerini ortaya koy- makta yetersiz kalmaktadırlar. Kredi sözleşmelerinin kanunun öngördü- ğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan edimleri içermesi se- bebiyle kendine özgü bir yapısı olduğunun kabulü gerekmektedir.⁶⁶ Bu görüşe göre, kredi sözleşmesi, bağımsız ve kendine özgü bir sözleşme olup, kredi vereni, tek bir borç (kredi verme borcu) çerçevesi içinde çe- şitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokar. Buna göre kredi ve- renin çeşitli nitelikteki ifaları tek bir kredi verme borcundan doğmakta- dır. Kredi verenin söz konusu çeşitli nitelikteki ifaları kanunda öngörü- len tipik hiçbir sözleşmeye uymadığından dolayı görüş sahipleri, kredi sözleşmesinin atipik (*sui generis*) sözleşme olduğunu kabul etmişlerdir.

4.2. Doktrin Görüşlerinin Sendikasyon Kredisi Bağlamında Değerlendirilmesi

Sendikasyon kredisinin kendine has belli nitelikleri olmakla bera- ber, en nihayetinde içerdiği edimler itibariyle banka kredi sözleşmesi ile çok derin bir şekilde benzeştiğini söyleyebiliriz. Bu nedenle sendikasyon

⁶⁴ Cengiz Kostakoğlu, Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartları- ndan Doğan Uyuşmazlıklar- Akreditif, Beta Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2010, s. 157; Gürses, s. 87-88.

⁶⁵ Alıcı, s.67.

⁶⁶ Akyol, s.94, Yalçın, s.38.

kredisi sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanırken, banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğini değerlendiren görüşlerin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Fakat, banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğini açıklayan doktrin görüşleri önem arz etmekle beraber, sendikasyon kredisinin sahip olduğu belirli karakteristik özellikleri sebebiyle konumuz açısından önem taşıyan husus, ilgili görüşlerin sendikasyon kredisi bağlamında değerlendirilmesidir. Dolayısıyla bu başlık altında banka kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan görüşler değerlendirilirken sendikasyon kredisinin hususi nitelikleri göz önüne alınacak ve sendikasyon kredisi bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır.

4.2.1. Ödünç Sözleşmesi Görüşünün Değerlendirilmesi

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nın madde 379 vd. hükümleri, “Ödünç Sözleşmeleri” ni Kullanım Öduncü ve Tüketim Öduncü olarak sınıflandırmıştır. TBK 379 hükmü, kullanım öduncü sözleşmesini “*Kullanım öduncü sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlamıştır. Tanımdan anlaşılabacağı üzere kredi sözleşmelerinin konusu olan ödünç para, kullanılmakla tüketilen bir varlık olduğundan, kredi sözleşmelerinin kullanım öduncü sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 386 vd. hükümleri ise tüketim öduncü sözleşmelerini düzenlemektedir. Buna göre; “*Tüketim öduncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Kanunun tanımında yer verildiği üzere, bir miktar paranın ödünç alana verilmesi durumunda tüketim öduncü sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle doktrinde⁶⁷ kredi sözleşmelerini ödünç sözleşmesi olarak değerlendirenlerin asıl maksadı, kredi sözleşmelerinin tüketim öduncü özelliği gösterdiğini ifade etmektir. Bu başlık altında ödünç sözleşmesinin ifade edildiği hususlarda asıl maksat tüketim öduncüdür.

⁶⁷ Erol Ulusoy, Genel Kredi Sözleşmeleri Hükümlerinin Geçerlilikleri: “Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmelerinin Tümü Emredici Kurallara Aykırı ve Geçersizdir” Hayri Domaniç, Manisa Barosu Dergisi Ek Yayını, 2007, s.168 vd.

Yukarıda⁶⁸, banka kredi sözleşmesinin hukuki niteliğinin ödünç sözleşmesi olduğunu savunan görüş ve bu görüşe yöneltilen eleştiriler açıklanmıştır. Sendikasyon kredisinin içeriği itibariyle kredi sözleşmesine benzemesi nedeniyle, ödünç sözleşmesine ilişkin görüş ve eleştirilerin sendikasyon kredisi bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu hususta, özellikle sendikasyon kredisinin karakteristik özellikleri bakımından hususi bir açıklama yapmak yerinde olacaktır. Açıklandığı üzere kredi sözleşmesinin nitelik itibariyle ödünç sözleşmesi olduğu görüşüne yöneltilen eleştirilerden birisi, kredinin geri ödenmesi halinde sözleşmenin sona ermemesi ve limit dahilinde paranın tekrar çekilebilmesi idi. Halbuki, sendikasyon kredisi sözleşmesinde kredi miktarı o kadar büyüktür ki, kredinin ödenmesinden sonra tekrardan limit dahilinde çekilmesi mümkün değildir. Ayrıca sendikasyon kredisi görece olarak karmaşık bir yapıya sahip olduğundan, bir başka miktarda meblağ için kreditör tarafın tekrardan bir araya gelmesi ve kredi sağlaması gerekmektedir. Sendikasyon kredisinde taahhüt edilen edimlerin yerine getirilip sözleşmenin kapatılmasından sonra kredi talep eden tarafın bir kez daha sendikasyon kredisi talep etmesi bakımından elbette hukuki bir engel bulunmamaktadır. Lakin, burada söz konusu olan hem mantıksal hem de finansal bir engeldir. Zira kredi talep eden taraf, sendikasyon kredisi sürecine başlamadan önce ihtiyacı olan finansmanın gerçekten sendikasyon kredisi olup olmadığı hususunda çok kapsamlı bir due diligence çalışması yapmakta ve ihtiyacı olan finansmanın miktarından geri ödeneceği zamana kadar her bir ayrıntısı düşünülmektedir. Bu nedenle yapılan due diligence çalışmasında ihtiyaç duyulan kredi miktarı da belirlenmektedir. Talep edilecek kredi miktarının doğru tespit edilmemesi, söz konusu due diligence çalışmasının başarısız olduğu manasına gelmektedir ki, ikinci bir sendikasyon talebine mahal verecek kadar başarısız bir due diligence çalışması, sendikasyon kredisi talep edebilen profesyonel kurumlar için hemen hemen imkansız gözükmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmesinin kapatılmasından sonra bir daha kredi talep edilmesi finansal bakımdan da engel teşkil etmektedir, zira kreditör bankaların kredinin sağlanması aşamasını tekrar başlatması ve buna mali tabloların el vermesi gerekmektedir. Her nasılsa öne sürülen bu mantıksal ve finansal engellerin göz ardı edildiği varsayılsa bile, sendikasyon kredisi sözleşmesinin kapatılmasından sonra birden fazla kreditörün kre-

⁶⁸ Bkz. Bölüm 3.1.1.

di sağladığı bir başka sözleşmenin söz konusu olması ihtimalinde ise ilkinden bağımsız ikinci bir sendikasyon kredisi sözleşmesinden bahsedilebilecektir.

Sayılan nedenlerle her ne kadar sendikasyon kredisi sözleşmesi, nitelik itibariyle kredi sözleşmesine benzese de, başta kredinin miktarı ve kreditor sayısı bakımından kredi sözleşmelerinden ayrılmakta olup sendikasyon kredisi miktar sebebiyle yalnızca bir defaya mahsus kullanılmaya uygundur. Dolayısıyla kredi sözleşmesine konu olan kredi miktarının kredi sözleşmesi sürecinde birden fazla defa kullanılabilmesi, ödünç sözleşmesi ile uyuşmayan bir yön olsa da sendikasyon kredisi sözleşmelerinde kredi miktarının birden fazla kullanılması söz konusu değildir. Fakat sendikasyon kredisinin bu yönüyle kredi sözleşmelerinden ayrılması, sendikasyon kredisi sözleşmesini nitelik itibariyle tek başına ödünç sözleşmesi kılmaz, bu görüşe yöneltilen diğer eleştiriler, niteliği uygun düştükçe sendikasyon kredisi bakımından da geçerlidir.

Sendikasyon kredisi sözleşmesinin hususi özellikleri incelendiğinde sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukuki niteliğinin neden ödünç sözleşmesi olmadığı daha iyi anlaşılacaktır. Sendikasyon kredisinin en önemli özelliklerinden birisi sözleşmedeki kreditor tarafında birden fazla bankanın yer almasıdır. Bu durum da kreditorler arasında bir başka ilişkinin meydana gelmesine yol açmakta ve sözleşmenin hukuki niteliğini ödünç sözleşmesinin ötesine taşımaktadır. Bunun yanında, sendikasyon kredisi sözleşmesinin konusunu nakdi kredi oluşturabileceği gibi gayri-nakdi krediler de oluşturabilir. Konusunu gayri nakdi kredi sağlama edimi oluşturan bir sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliğinin tüketim ödünçü olmadığı açıktır. Zira tüketim ödünçü sözleşmesini tanımlayan TBK 386 hükmüne göre; ödünç veren “*bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi,*” taahhüt etmektedir. Bu tanım ise, gayri nakdi kredilerin mahiyetine uymamaktadır. Sözgelimi, bankalardan birisinin kredi olarak teminat mektubu vermeyi taahhüt ettiği bir sendikasyon kredisi sözleşmesinde, bankanın bir yönüyle itibarı kredi olarak kullanılmakta ve bu durum da tüketim ödünçü sözleşmesinin niteliğine aykırı olmaktadır. Ayrıca, sendikasyon kredisi sözleşmesine taraf olmanın bir bankanın itibarı açısından ne kadar önemli olduğu ve bu halin “tombstone” marifetiyle piyasaya duyurulma çabasının var

olduğu göz önüne alındığında⁶⁹, sendikasyon kredisi sözleşmesinin konusunun “*para veya tüketilebilen bir eşya*” çerçevesinin dışına çıktığı anlaşılmaktadır.

Sendikasyon kredisi sözleşmesinin bir diğer karakteristik özelliği olan ajan bankanın varlığı da sendikasyon kredisini ödünç sözleşmesi olarak kabul etmeyi zorlaştırmaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin imzalanması ile devreye giren ajan banka –ki çoğu zaman sözleşme öncesinde lider bankalık görevini yapan banka olmaktadır- sözleşmenin yürütücüsü konumunda olup gerek kreditör bankalarla gerekse kredi talep eden taraf ile hukuki ilişki içerisine girmekte ve icra ettiği görev karşılığında belirli bir ücret almaktadır. Ajan bankanın, sözleşmenin yürütülmesi için gördüğü hizmet ve bu hizmet karşılığında aldığı ücret de ödünç sözleşmesine yabancı olup sendikasyon kredisi sözleşmesinin niteliğini ödünç sözleşmesi olarak açıklamayı zorlaştırmaktadır.

Tüm bu sayılanların yanında sendikasyon kredisi sözleşmeleri konuları bakımından büyük meblağlar içerdiklerinden ve sözleşmenin süresinden dolayı, sendikasyon kredisi sözleşmesi çetrefilli bir yapıyı haiz olup sözleşme süresince başta ajan banka olmak üzere kreditör tarafta yer alan bankalar çeşitli bankacılık hizmetleri sunmaktadır. Bu nedenle sendikasyon kredilerinde yalnızca bir miktar meblağın ödünç alana verilmesi ve belli bir süre sonunda verilen paranın belirli faiz ve ücretler eklenerek geri ödenmesi durumu söz konusu değildir. Bunun dışında gerek kreditör tarafın oluşturulması, gerek kredinin sağlanması ve gerekse kredinin geri ödenmesi safhaları başta olmak üzere süreçte yer alan işlemler ve tarafların yan edimleri (sır saklama yükümlülüğü, kredinin kullanım amacına özgülmesi yükümlülüğü, müşterinin bilgi ve belge sağlama yükümlülüğü vs.) sendikasyon kredisini tek başına tüketim ödünç sözleşmesi olarak tanımlamayı imkansız kılmaktadır.

4.2.2. Ön Ödünç Sözleşmesi Görüşünün Değerlendirilmesi

Ön ödünç sözleşmesi görüşünün banka kredi sözleşmesini, ileride kredi talep eden taraf ile kredi veren arasında akdedilecek olan kredi sözleşmesinin şartlarını oluşturan bir sözleşme olarak açıkladığı yukarıda⁷⁰ anlatılmıştı. Fakat sendikasyon kredisini banka kredilerinden ayıran

⁶⁹ Daha fazla bilgi için bkz. Bölüm 1.1.

⁷⁰ Bkz. Bölüm 3.1.2.

önemli bir özellik de sendikasyon kredisinin uygulamada bir defada sağlanmasıdır. Esasında söz konusu kredinin, taksitler halinde bir süreç içerisinde sağlanması mümkünse de en nihayetinde sözleşmede kararlaştırılan toplam miktar, kredi veren tarafından bir defa sağlanır. Dolayısıyla banka kredilerinde olduğu gibi kredi talep edenin her krediye ihtiyacı olduğunda bankaya başvurup kredi talep etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. Kaldı ki, bu duruma kredinin meblağı da finansal açıdan uygun değildir. Zira sağlanan kredi o kadar büyüktür ki, ne kredi veren tarafın büyük meblağdaki kredi riskine kısa süre içerisinde defaatle katlanması mümkündür, ne de kredi talep eden tarafın kredi miktarını kısa süre içerisinde ödeyip aynı krediyi tekrar talep edebilmesi mümkündür. Zaten kredi talep eden tarafın ihtiyacı daha büyük meblağda bir kredi ise, bu husus henüz sendikasyon kredisı imzalanmadan değerlendirilmeli ve kredi miktarı bu ihtiyaca göre belirlenmelidir. Bu nedenle ön ödünç sözleşmesi sendikasyon kredisinin hukuki niteliğini açıklamaktan uzaktır.

4.2.3. Cari Hesap Sözleşmesi Görüşünün Değerlendirilmesi

Banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğini cari hesap sözleşmesi olarak açıklayan görüşte, banka kredilerinin muhasebesel olarak cari hesap şeklinde açılmasının etkili olduğu yukarıda açıklanmış ve banka kredi sözleşmelerinin hukuki olarak cari hesap sözleşmesine uymadığına ilişkin görüşlere kısaca yer verilmişti. Cari hesap sözleşmesinde tarafların hesap dönemi boyunca karşılıklı alacaklarından vazgeçtiği fakat banka kredilerinde bankanın dilediği zaman hesabı kestiğinden dolayı ilgili alacağın talep edilebildiği, bu yönüyle banka kredi sözleşmesinin cari hesap sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği görüşü doktrinde ifade edilen kuvvetli görüşlerden birisiydi.⁷¹ Bunun yanında karşılıklılık unsuru doktrinde tartışılmış ve ilgili argümanlara da yukarıda yer verilmişti. Banka kredi sözleşmelerinin cari hesap sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışması temelinde, sendikasyon kredisı sözleşmelerinin karakteristik özellikleri göz önüne alındığında banka kredi sözleşmelerinin cari hesap sözleşmesine uymayan bazı yönlerinin sendikasyon kredisinde olmadığını kolaylıkla söyleyebiliriz. Şöyle ki, bankanın dilediği zaman hesabı kesmesinden ötürü alacağını talep edebilme imkanının bulunması sebebiyle doktrindeki cari hesap sözleşmesine kar-

⁷¹ Bkz. Bölüm 3.1.4.

şı üretilen en güçlü argümanlardan olan karşılıklı alacaklardan hesap dönemi sonuna kadar vazgeçme durumu banka kredileri için söz konusu olmasa da sendikasyon kredisi bakımından geçerlidir. Zira sendikasyon kredisinde banka tarafından sağlanan kredinin geri ödemesinin yapılacağı tarihler çok kat'ı bir şekilde kararlaştırıldığından ötürü bankanın söz konusu tarihten önce alacağını talep edebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle alacaktan hesap dönemi sonuna kadar vazgeçme unsurunun banka kredisinde olmasa da sendikasyon kredisinde var olduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber, cari hesap sözleşmesinin doğası gereği, karşılıklı alacak ve borçların belirli bir süreye yayıldığı ilişkiler için uygun olduğu gerçeği göz önüne alındığında belirli yönleriyle sendikasyon kredisinin cari hesabın doğasına uygun olduğu söylenebilir. Şöyle ki, sendikasyon kredisinin miktarı meblağ itibarıyla büyük olduğundan çoğu zaman belirli taksitlerle kredi sağlanır ve kredilerin geri ödemesi taksitlerle yapılır. Yukarıda açıklandığı üzere⁷², kredi talep eden tarafın yaptığı geri ödemeleri kredi talep eden taraf bakımından “alacak” şeklinde yorumlayan görüşün kabul edilmesi halinde, kredi veren taraf, krediyi taksitler halinde sağlayıp alacaklı olacak, kredi talep eden taraf ise taksitler halinde ödedikçe kendisi bakımından alacaklı sayılacak ve sendikasyon kredisi süreci boyunca tarafların karşılıklı olarak alacaklı olduğu ve sözleşme devresi sonunda bakiyenin hesaplanıp nihai alacaklının tespit edilebileceği kabul edilebilecektir. Bu yönüyle banka kredi sözleşmesini cari hesap sözleşmesi olarak kabul eden görüşün ileri sürdüğü argümanların kabulü halinde, sendikasyon kredisinin işleyiş bakımından cari hesap sözleşmesine banka kredi sözleşmelerinden çok daha uygun olduğu söylenebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, cari hesap alacak ve borç doğurmaz; yalnız tarafların alacak ve borçlarının tasfiyesi yöntemidir. Dolayısıyla sendikasyon kredisi sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla bir cari hesap sözleşmesi olmayıp olsa olsa sendikasyon kredisinden doğan alacak ve borçlar cari hesap yöntemiyle tasfiye edilebilir. Fakat kanaatimizce, kredi talep eden taraf ile kredi veren arasındaki ilişkide her iki taraf da alacaklı olmayıp kredi talep eden tarafın belirlenen taksitleri belirlenen günlerde ödemesi, kredi talep eden tarafı kredi veren karşısında alacaklı konumuna getirmeyecektir. Cari hesap sözleşmesinin en önemli unsurlarından birisi olan “karşılıklılık unsurunun bu sebeple sendikasyon kredisi için geçerli olmadığını düşündüğümüzden dolayı, sen-

⁷² Bkz. Bölüm 3.1.4.

dikasyon kredisinin tasfiye usulünün dahi cari hesap sözleşmesi şeklinde değerlendirilme imkanı bulunmamaktadır.

4.2.4. Şarta Bağlı Borçlandırııcı Sözleşme Görüşünün Değerlendirilmesi

Banka kredi sözleşmelerinin niteliğini açıklarken daha çok bankanın “kredi açma” işleminin karakteristik özelliğinden etkilenen bu görüş de, tarafların sendikasyon kredisi sözleşmesini akdetmekle doğrudan hak ve borç altına girme iradesinde bulunmaları sebebiyle sendikasyon kredisinin niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde tasarruf aşamasına geçilebilmesi için bir başka sözleşmenin imzalanmasına gerek olmadığı gibi borçlunun kredi ihtiyacının doğmasının beklenmesine yahut kredi talebinde bulunmasına da gerek yoktur. Zira borçlunun hali hazırda kredi ihtiyacı doğmuş, lider bankaya kendisine kredi sağlanması için gerekli görüşmeleri yapması amacıyla yetki verilmiş, ilgili görüşmeler yapılmış, kredinin belirli bir kısmı hazırlanmış ve sendikasyon kredisi imzalanmıştır. Bu nedenle tasarruf aşamasına geçilebilmesi için gerçekleşmesi beklenen başka bir şart da kalmamıştır. Dolayısıyla sendikasyon kredisini hukuken şarta bağlı borçlandırııcı sözleşme olarak değerlendirme olanağı bulunmamaktadır.

4.2.5. Çerçeve Sözleşme Görüşünün Değerlendirilmesi

Banka kredi sözleşmelerini, tarafların ileride yapacakları kredi sözleşmelerinin şartlarını oluşturan çerçeve niteliğinde bir sözleşme olarak değerlendiren bu görüşün, tarafların esasında bir çerçeve sözleşme yapma iradelerinden ziyade doğrudan hak ve borç doğuran tek aşamalı bir sözleşme yapma amaçlarında olduklarından dolayı eleştirildiği ifade edilmişti. Söz konusu sözleşme sendikasyon kredisi olduğunda ise çerçeve sözleşme görüşüne yöneltilen bu eleştiri daha haklı bir hal almaktadır. Zira sendikasyon kredisi sözleşmesinde taraflar yaptıkları tek bir kredi sözleşmesiyle hak ve borç altına girmekte ve ileride hak ve borç doğuran herhangi bir ilave sözleşme yapma iradesinde bulunmamaktadır. Çünkü, sendikasyon kredisinin çetrefilli yapısı, tarafları olabildiğince tek bir kapsamlı sözleşme ile hak ve borç altına girmeye itmektedir. Bu nedenle gerek sendikasyon kredisi sürecinin sözleşme ile belirli olması ve bu nedenle hak ve borçların ne zaman doğacağını net bir biçimde tayin edilmesi gerekse tarafların tek bir sözleşme ile hak ve borç

altına girme iradesini göstermeleri, sendikasyon kredisinin çerçeve sözleşme olarak değerlendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

4.2.6. Karma Sözleşme Görüşünün Değerlendirilmesi

Banka kredi sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan görüşlerden birisi olan karma görüşün, banka kredi sözleşmelerinde, kanunun çeşitli hükümlerinde düzenlenen edimlerin kanunda öngörülmeleyen tarzda bir araya gelme durumunun söz konusu olduğunu ve bu halin ortaya karma bir sözleşme çıkardığını ileri sürdüğü ifade edilmişti.⁷³ Hatırlanacağı üzere karma sözleşmenin içerdiği edimler bakımından doktrinde bir görüş ayrılığının olduğu ifade edilmiş; bir görüş, karma sözleşmenin içerdiği her bir edimin kanunda düzenlenen tipik edimli sözleşmelerden birisine uygun olması gerektiğini öne sürmekteyken; diğer görüş böyle bir gerekliliğinin olmadığını, karma sözleşmelerin içerdiği her bir edimin kanunda tipik bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini öne sürmekteydi. Esasında bizim de katıldığımız görüş, karma sözleşmelerin içerdiği her bir edimin kanunda tipik olarak düzenlenmesi gerektiğini öne süren görüş olduğundan banka kredi sözleşmelerinin karma sözleşme olmadığı kanaatindeyiz. Örnek verecek olursak, banka, müşterisine her zaman kredi olarak nakit para sağlamaz, bankanın müşterisine gayrinakdi kredi sağlaması da mümkündür. Bankanın, müşterisinin üçüncü kişiye karşı yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanan riski üstlenmesi halinde gayrinakdi kredi söz konusu olmaktadır.⁷⁴ Fakat TBK'nın tüketim ödücünü düzenleyen 386 ncı maddesi, “*bir miktar paranın ya da tüketilebilen bir şeyin*” tüketim ödücü sözleşmesine konu olabileceğini düzenlemiştir. Hal böyleyken bankanın müşterisine teminat, kefalet yahut garanti sağlamak suretiyle kredi açması halinde sağlanan bu kredi, tipik bir tüketim ödücü sözleşmesi olarak kabul edilemeyecek ve bu nedenle banka kredi sözleşmesi karma sözleşme olarak nitelendirilemeyecektir.

Fakat daha önce ifade edildiği üzere, sendikasyon kredisi belirli yönleriyle banka kredi sözleşmelerinden ayrılmakta olup banka kredi sözleşmelerinin karma sözleşme olarak nitelendirilmemesi, sendikasyon

⁷³ Bkz. Bölüm 3.1.6.

⁷⁴ Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Sebep Feshi ve Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018, s.6.

kredisinin karma sözleşme olarak nitelendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir. Karma sözleşmelerin kanunda öngörülen tipik edimleri kısmen yahut tamamen içeren sözleşmeler olması, içerdiği her bir tipik edime kanunda öngörülen hükümlerin uygulanabilmesi imkanını vermektedir. Bu husus da birden fazla edim içeren ve edimleri kanunun öngörmediği tarzda bir araya getiren sözleşmelere uygulanacak hükümlerin daha kolay tespit edilmesini sağlamaktadır.

4.2.7. Kendine Özgü Atipik (Sui Generis) Sözleşme Görüşünün Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere, banka kredi sözleşmelerinin sui generis sözleşme olduğunu ileri süren görüşe göre, kredi verenin söz konusu çeşitli nitelikteki ifaları kanunda öngörülen tipik hiçbir sözleşmeye uymadığından, banka kredi sözleşmesini kanunda öngörülen bir sözleşme tipi ile nitelendirme olanağı bulunmamaktadır. Esasında kanaatimizce banka kredi sözleşmesi sui generis bir sözleşme olup içerdiği edimler itibariyle kanunda öngörülen herhangi bir sözleşme tipine uymamaktadır. Bununla beraber, sendikasyon kredisi sözleşmesinin içerik ve unsurları itibariyle banka kredisi sözleşmesinden farklı özellikleri taşıması sebebiyle farklı bir hukuki değerlendirme yapılması gerekmektedir.

4.2.8. Görüşümüz

Kanun koyucu, birtakım sözleşmeleri TBK yahut özel bir kanunda özel olarak düzenleme yoluna gitmiş olup bu sözleşmeler isimli sözleşme olarak adlandırılmaktayken; TBK’da veya başka özel kanunda düzenlenmeyip tarafların edimlerini “sözleşme serbestisi” ilkesi çerçevesinde belirlediği sözleşmeler ise isimsiz sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır. Doktrin ve içtihatlarda isimsiz sözleşmelerin genel olarak üç gruba ayrıldığı kabul edilmekte olup bunlar; karma sözleşme, sui generis sözleşme ve bileşik sözleşmelerdir. Bunun yanında isimsiz sözleşmelerin taşıdığı unsurlar sebebiyle söz konusu sözleşmele tanımları itibariyle farklılaşmakta ve özellikle karma sözleşmeler ve sui generis sözleşmeler bazı noktalarda kesişmektedir. Örneğin bir sözleşme hem kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin unsurlarını taşıyabilirken hem de kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerin unsurlarını taşıyabilmektedir. Görüldüğü

üzere, bu durumda söz konusu sözleşme hem karma sözleşme hem de sui generis sözleşme özelliği gösterir.⁷⁵

Bu nevi isimsiz sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı meselesi de önem arz etmektedir. İfade edilmelidir ki, kanunda yer alan ve her türlü sözleşme için uygulama alanı bulan genel hükümler, isimsiz sözleşmeler bakımından da geçerli olup isimsiz sözleşmeler de genel hükümlere tabidir. Bunun yanında sui generis sözleşmeler, kanundaki herhangi tipteki bir sözleşmeye uymadığı için kanunda yer alan özel hükümler sui generis sözleşmeler için uygulama alanı bulamaz. Karma sözleşmeler söz konusu olduğunda ise, karma sözleşmenin en azından bir unsuru kanunda düzenlenmiş sözleşme tipine uyduğu için, ilgili sözleşme tipine ilişkin düzenlemeler, karma sözleşmedeki ilgili unsurlar için uygulama alanı bulur. Fakat bunun nasıl ve hangi ölçüde olacağıyla ilgili doktrinde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır.⁷⁶ Ancak uygulamada, söz

⁷⁵ Saibe Oktay, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, ss.263.296, İstanbul 1996, s.273.

⁷⁶ Her ne kadar, karma sözleşmelerin yorumlanması ve tamamlanması hususunda doktrinde imtisas, terkip, yaratma olmak üzere üç temel farklı görüş olmakla birlikte, Yargıtay, “kural olarak karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kurallarının doğrudan doğruya uygulanacağı” (Yargıtay HGK, 09.06.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K. legalbank.net websitesinden 19.10.2020 tarihinde erişildi.); “...İlke olarak, çift tipli karma sözleşmeye, her bir edimin alındığı sözleşmelerden her birinin kuralları doğrudan doğruya uygulanır. Şu da var ki, değişik sözleşme tiplerine ilişkin kurallar birbirine ters düşerse, karşılıklı çıkarların tartılmasına göre, hakkaniyet –e uygun bir çözüme ulaşmak gerekir.” görüşünü benimsemiştir. Yargıtay 15. HD, 12.02.1974 T. 1974/26 E., 1974/111 K. legalbank.net websitesinden 19.10.2020 tarihinde erişildi.) Görece daha yeni olan bir kararda ise Yargıtay, karma sözleşme olarak kabul ettiği yap-işlet-devret sözleşmeleri bakımından da her bir edim için ilgili kanuni tipteki sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir: “Yap-işlet-devret sözleşmeleri, kira ve eser sözleşmesinin unsurlarını içeren karma sözleşmelerden olup, bir taraf kendisine ait olmayan taşınmaz üzerinde eser sözleşmesi hükümlerine göre bina, tesis veya başkaca bir eser meydana getirmekte, diğer taraf da taşınmazına yapılan bu eserin ayrıca bedelini ödemediği için diğer tarafın belli süreyle kullanmasına müsaade etmektedir. Bu durumda eserin meydana getirilmesi ve bundan doğan talep hakları eser sözleşmesi hükümlerine tabidir. Oluşturulan eserin ve bulunduğu taşınmazın kullanılması aşaması ve bundan doğan talep hakları kira sözleşmesi hükümlerine tabidir.” (Yargıtay 15. HD. 16.04.2018 T., 2018/2083 E., 2018/1568 K. legalbank.net websitesinden 19.10.2020 tarihinde erişildi.) (Daha fazla açıklama ve karar için bkz. Erdem Erdenk, İş Hukukunda İsimsiz

konusu teorilerin ötesine geçilerek, sözleşmedeki atipik unsurlara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmekte ve doğrudan sözleşme hükümlerinin uygulanması sağlanmaktadır. Gerçekten de tarafların atipik edimler içeren sözleşme akdetmeleri durumunda edimler, sözleşmede hususen düzenlenmekte ve ilgili meseleye ilişkin kapsamlı düzenlemelere sözleşmede yer verilmektedir. Özellikle taraflarını büyük şirketlerin ve bankaların teşkil ettiği sözleşmeler yüzlerce sayfayı bulmakta her bir mesele için sözleşmede kapsamlı, ayrıntılı, özel hükümlere yer verilmektedir.

Sendikasyon kredisinin de bu nev'i karma sözleşme ve sui generis sözleşme unsurlarını barındıran bir sözleşme olduğu kabul edilebilir. Zira yukarıda açıklandığı üzere⁷⁷, gerek kredi veren tarafta birden fazla kreditor aktörün yer alması, gerek kredi olarak hem nakdi hem gayri nakdi kredilere yer verilmesi, gerek kredinin sağlanması aşamasında kreditor taraf arasında adi ortaklık benzeri bir yapı kurulması, gerek ajan banka ile diğer kreditor banka arasındaki ilişki, gerek kredi sağlama aşamasında bankaların verdiği diğer bankacılık hizmetleri, sendikasyon kredisini sui generis sözleşme unsurlarını taşıyan karma sözleşme olduğunu kabul etmemizi zorunlu kılmaktadır. Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekirse, sendikasyonun “general syndication” tarzında gerçekleşmesi durumunda sendikasyon kredisini kredi talep eden ile birden fazla banka arasında gerçekleşecek olup kredi talep eden tarafın lider bankayı görevlendirip kendisi adına kredi görüşmeleri yapması simsarlık sözleşmesine; kredi veren tarafın kendi aralarında oluşturduğu ilişki, adi ortaklık ilişkisine; kredi veren tarafın kredi talep eden tarafa (nakdi) kredi sağlaması tüketim ödünçüne karşılık gelmektedir. Buna karşılık sendikasyonun “loan participation” şeklinde gerçekleşmesi durumunda ise sendikasyon kredisini sözleşmesinin kreditor tarafında tek bir banka olacak olup bu kredi ikincil piyasalarda bankalara dağıtılacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde tek bir banka ile kredi talep eden taraf arasındaki sözleşme tüketim ödünçü sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek iken, ikincil piyasada yükümlülüğü üzerine alan her bir banka ile lider banka arasındaki sözleşmeler ise ikincil sendikasyon olarak değerlendirilebilecektir.

⁷⁸ Ayrıca ikincil piyasada sendikasyon kredisine konu olan meblağın

Sözleşmeler, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s.43 vd.); Söz konusu teoriler için ayrıca bkz. Oktay, s.276 vd.

⁷⁷ Bkz. Bölüm 2.

⁷⁸ Aksoy, s.40-41.

diğer bankalarca üstlenilmesi bankaların bir konsorsiyum oluşturmalarını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu bu ilişkide konsorsiyum tarzında bir adi ortaklık sözleşmesinin varlığı da kabul edilmektedir.⁷⁹ Zira asıl sendikasyon kredisi sözleşmesindeki risk, artık kredinin “underwrite” edilmesi suretiyle ikincil piyasadaki bankalara dağıtılmaktadır. Sendikasyon kredisinin içerdiği bu edimlerin her birisinin kanunda öngörülen tipik bir edime denk gelmesi sebebiyle sendikasyon kredisi bir karma sözleşme özelliği göstermektedir.

Bunun yanında örneğin sendikasyon kredisinde sağlanan kredinin nakdi kredi değil de gayri-nakdi kredi olması durumunda ise, tüketim ödücü sözleşmesinden bahsedilemeyecek ve bu durumda sui generis bir sözleşme ediminden bahsedilebilecektir. Aynı zamanda, tüketim ödücünün ivazsız olabilme imkânı varken; sendikasyon kredisi uygulamasında mutlaka bir ivaz kararlaştırılmakta olup bu ivaz genelde LIBOR olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm bunlarla beraber, bankaların kredi alana verdiği çeşitli bankacılık hizmetleri, ajan bankaya verilen hizmet bedeli, kredinin amacına uygun kullanılmasına ilişkin hükümler hep beraber değerlendirildiğinde, sendikasyon kredisi sözleşmesinin sui generis bir sözleşme özelliği göstermesini sağlamaktadır. Sonuç olarak, sendikasyon kredisi sözleşmesinin belirli unsurlarının kanunda belirlenen sözleşme tiplerine uyması, belirli unsurlarının kanunda belirlenen herhangi bir sözleşme tipine uymaması sebebiyle sui generis unsurlar da taşıyan karma sözleşme olduğu kanaatindeyiz. Ulaştığımız bu sonuç, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin tamamlanması ve yorumlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Sendikasyon kredisi gibi kapsamlı sözleşmelerin sui generis özellik gösteren karma sözleşme olarak kabul edilmesi hukuk güvenliği itibariyle de en isabetli çözüm olarak görünmektedir. Çünkü bu tip kapsamlı sözleşmelerde hangi edime kanundaki hangi hükmün uygulanacağını önceden bilinmesi taraflar için öngörülebilirlik teşkil etmektedir. Zira sözleşmedeki edimler kanunda öngörülmeleyen tarzda bir araya geldiği için her bir edimin hangi usul ve kurala göre değerlendirileceği hukuk güvenliği bakımından önem arz etmektedir. Sendikasyon kredisi içerdiği kredi miktarı itibariyle taraflar bakımından büyük risk taşımakta ve tarafların hukuki güvenilirliğinin sağlanması bakımından her bir edim tipine hangi hükümlerin uygulanacağını bilmesi gerekmektedir. Esa-

⁷⁹ Şit, s.160; Aksoy, s.19-20.

sında taraflar, çok kapsamlı sözleşmeler yapıp her bir edime ilişkin ayrıntılı hükümler öngörerek hukuk güvenliğini sağlamaktadır. Fakat, her bir edimin dayandığı kanuni dayanağın belirli olması taraflar açısından da önem arz etmektedir. Gerçekten de taşıdığı risk itibarıyla zaten her bir ayrıntının kaleme alındığı bu tip sözleşmelerde bulunan edimlerin kanuni olarak hangi hükümlere dayandığının sözleşme öncesinde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle sendikasyon kredisinin bir karma sözleşme olduğu görüşü, hali hazırda ulaşılmak istenen amaca hizmet etmektedir. Bunun yanında, sözleşme taraflarının bu nev'i büyük meblağlı sözleşmelere genel hükümlere aykırı olmamak kaydıyla özel hükümler koyması da çok tabii ve uygulamada sık sık karşılaşılan bir durum olup bu durumda sözleşme sui generis olma özelliği göstermekte ve ilgili edimlere sözleşmesel düzenlemelerin uygulanmasını gerektirmektedir.

SONUÇ

İşbu makalede sendikasyon kredisi sözleşmesinin özellikleri, akdedilme süreci ve hukuki niteliği değerlendirilmiş olup kanaatimizce sendikasyon kredisi sözleşmesinin hukuki niteliği itibarıyla, sui generis özellik gösteren karma sözleşme olduğu ifade edilmiştir. Zira sendikasyon kredisi bünyesinde hem kanunda tipik olarak düzenlenen edimleri hem de kanunda düzenlenmemiş olan edimleri içermektedir. Söz konusu tespit, isimsiz sözleşme olarak adlandırılan karma sözleşme ile sui generis sözleşmelerin çoğu zaman ortak özellikler gösterdiğini ifade eden görüşle⁸⁰ de uyumludur.

Yapılan tespitin önem arz eden bir diğer yönü de büyük meblağlar içeren ve ifası uzun zaman alabilen ve dolayısıyla uyuşmazlığa açık bu sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı noktasında temerküz etmektedir. Her ne kadar kurumsal yönetime sahip şirket ve bankaların taraf olduğu bu sözleşmelerde, sözleşme görüşmeleri günler, hatta haftalar sürse ve her bir sözleşme hükmü taraflarca ayrıntılı bir şekilde düzenlense bile sözleşmede yer alan edimlerin dayanağı olan özel hükümlerin bilinmesi ve bu sözleşmeye uygulanacak olan özel hükümlerin önceden tespit edilebilmesi de taraflar bakımından önem arz etmektedir. Bunun yanında tarafların sözleşmede özel kanunlarda öngörülmeyen edimlere

⁸⁰ Bkz. Bölüm 4.2.8.

yer vermesi de bu edimlere sözleşmesel düzenlemelerin ve her halükarda genel hükümlerin uygulanmasını sağlamaktadır.

Sendikasyon kredisinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimiz yapılırken banka kredisi sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklayan doktrin görüşleri irdelenmiş, sendikasyon kredisi sözleşmesinin imzalanma süreci ve içerdiği karakteristik edimler itibariyle banka kredisi sözleşmelerinden farklılıkları ortaya konmuştur. Elbette, hem banka kredisi sözleşmesinin hem de sendikasyon kredisi sözleşmesinin içerdikleri edimler itibariyle birçok benzer yönleri bulunmaktadır. Fakat söz konusu bu benzerlikler, sendikasyon kredisi ile banka kredisi sözleşmelerinin aynı hukuki niteliğe sahip olmalarını gerektirmemektedir. Zira sendikasyon kredisi, uygulama itibariyle banka kredi sözleşmelerinden çok önemli noktalarda farklılaşmakta ve bu farklılıklar sendikasyon kredisi sözleşmesi için hususi değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, doktrinde çok kapsamlı bir şekilde tartışılan banka kredi sözleşmelerinin hukuki niteliğine dair değerlendirmeler ayrıca açıklanmış ve sendikasyon kredisinin karakteristik özellikleri göz önüne alınmak suretiyle sendikasyon kredisinin hukuki niteliği bu karakteristik özellikler göz önüne alınarak irdelenmiştir. Sonuç olarak sendikasyon kredisi sözleşmesinin, gerek kanunda tipik olarak düzenlenmiş sözleşmesel edimleri gerekse atipik edimleri içermesi sebebiyle hukuki niteliği itibariyle sui generis unsurlar içeren karma sözleşme olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Aksoy, H.C.; Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Akyol, Ş.: Banka Sözleşmeleri-Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsan'e Armağan, İstanbul 2001.

Alica, T.: "Türk Hukukunda Banka Genel Kredi Açma Sözleşmesi", İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul, 1990.

Alıcı, Y.: Banka Kredi Sözleşmelerinin Malî ve Hukukî Yönü, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 2000.

Al-Kateb M.Ş./Al-Dabbas N.A./ Al-Sharaiyr Q.E.: The Role of the Agent Bank and the Specificity of Its Legal Status in the Syndicate Loan

(A Comparative Study), Journal of Politics and Law; p.123-138, Vol. 11, No. 4; 2018.

Antalya, O.G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2013.

Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T.İş Bankası A.Ş Vakfı), Ankara, 2011.

Arsılanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 1960.

Berker, H. Nihal: Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.

Bulut S.; Sendikasyon Kredilerinin Türk Bankacılığında Yeri Ve Önemi, Marmara Üniversitesi Bankacılık Ve Sigortacılık Enstitüsü Bankacılık Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

Campbell M. / Weaver C.: Syndicated Lending: Practice and Documentation Sixth Edition, Euromoney Books, UK, 2013.

Canaris, C./Schilling/W. /Ulmer, P.: Handelsgesetzbuch Großkommentar, Begründet von Hermann Staub, 4. Neubearbeitete Auflage, Vierter Band, §343-382, Berlin, 2004.

Çalışkan, P.: Sendikasyon Kredileri: Türkiye Örneği 2000-2006, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

Durgut, R.: Cari Hesap Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Erdenk, E.: İş Hukukunda İsimli Sözleşmeler, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Erden, K.: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

Ertan, K.: Banka Kredi Açma Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Legal Hukuk Dergisi, s.1665-1684, Temmuz 2003.

Esty B.: Structuring Loan Syndicates: A Case Study Of The Hong Kong Disneyland Project Loan, Journal of Applied Corporate Finance, p.80-95, Vol.14, No.3, Fall 2011.

Europe Economics, Euclid Law: EU Loan Syndication on Competition And its Impact in Credit Markets-Final Report, Luxembourg, 2018.

Feyzioğlu, F.N.: “Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)”, Fakülteler Matbaası, C. 1, B. 3, İstanbul 1978.

Gürses, D.: Banka Genel Kredi Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2016.

Hergüner Ü.: Roles and Duties of Lead Manager, Lead and Agent Banks in Syndicated International Loans, U.S. Law Approach, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Y.10, Sa. 1-2, 109-127, 1990.

Hırş, E.: Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İstanbul, 1948.

Hurn, S.: Syndicated Loans: A Handbook for Banker and Borrower, England, 1990.

Kalaycıoğlu, Ö.: Sendikasyon Kredileri. Active Bankacılık ve Finans Makaleleri – V, Alkım Ltd.Şti., İstanbul, 1999.

Karaahmetoğlu Ş.D.: Nakdi Kredi Sözleşmesinin Banka Tarafından Haklı Sebep Feshi ve Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2018.

Kostakoğlu C.: Banka Kredileri Tüketici ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar- Akreditif, Beta Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2010.

Kutlu H.A., Demirci N.S., Güner M.: Risk Yönetim Aracı Ve Finansman Alternatifi Olarak Sendikasyon Kredileri, International Istanbul Finance Congress, 2012.

Magarura, N.: The Law Relating To Syndicated Loan Agreements And Its Application In Commercial Practice, Journal Of Financial Regulation And Compliance, p.177-196, Vol.24, No.2, 2016.

Mugasha, A.: The Law Of Multi-Bank Financing, Syndicated Loans and The Secondary Loan Market, Oxford University Press, 2007.

Oğuz, C.: Banka Kredi Açma Sözleşmesi, Ankara, 2004.

Oktay, S.: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, ss.263-296, İstanbul 1996.

Özen, B.: Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017.

Öztürk, Ö.: Banka ve Sendikasyon Kredilerinin Denizcilik Sektörünün Finansmanında Önemi ve Bankaların Bu Alandaki Yaklaşımları, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006.

Sakarya, S.: Sendikasyon Kredisi Kullanımının Bankaların Hisse Senedi Getirilerine Etkisi: Olay Çalışması Yöntemiyle BIST’de Bir Uygulama, Bankacılar Dergisi, Sayı 92, s.5-24, 2015.

Semkow B., W.: “Syndicating and Rescheduling International Financial Transactions: A survey of the Legal Issues Encountered by Commercial Banks”, ABA., The International Lawyer, Fall, 1984.

Smith, R.C. / Walter I.: Global Banking, New York 1997.

Stauder, B.: Der Bankgeschäftliche Krediteröffnungsvertrag, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bethel bei Bielefeld, 1968.

Şanlı C./Ekşi N.: “Uluslararası Ticaret Hukuku”, Arıkan Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul, 2007.

Şit B.: Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Dergisi, c.:27, sa.:2, 2011.

Parasız, M. İlker: Para, Banka ve Finansal Piyasalar, Ezgi Kitabevi, 5. Baskı, Bursa, 2009.

Poroy, R./Yasaman H.: Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, İstanbul, 2010.

Tekinalp, Ü.: Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2009.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri C. 1, B.2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1974.

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I B.4, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008. (Borçlar Özel)

Tosun, Ö.: Sendikasyon Kredisi Sözleşmesi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Sa.13, s.191- 233, 2015.

Ülgen H./ Helvacı M./ Kaya A./ Nomer Ertan F.: Ticari İşletme Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış 6 Bası, İstanbul, 2019.

Yalçın, O.: Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2014.

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2018.

Yener, M. D.: Kredi Açma Sözleşmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008.

Yılmaz E.; Sendikasyon Kredileri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Öneri Dergisi, C.5. Sa.19, ss. 145-154, Ocak 2003.

İnternet Kaynakları

<https://www.investopedia.com/terms/l/libor.asp> web adresinden 05.09.2020 tarihinde erişildi.

Ulusoy, E.: Genel Kredi Sözleşmeleri Hükümlerinin Geçerlilikleri, “Birbirinin Aynı Olan Tüm Banka Kredi Sözleşmelerinin Tümü Emredici Kurallara Aykırı ve Geçersizdir” Hayri Domaniç, Manisa Barosu Dergisi Ek Yayını, 2007, s.168vd. makalesinden alıntılanmıştır. (http://www.turkhukusitesi.com/makale_650.htm) 10.09.2020 tarihinde erişildi.

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULLARININ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN SORUNLU ALANLAR*

(PROBLEM AREAS RELATED TO THE RESPONSIBILITY OF THE BOARDS OF
DIRECTORS IN JOINT STOCK COMPANIES)

Dr. Ufuk ÜNLÜ**

ÖZ

Anonim şirketler yönetim kurulları tarafından idare ve temsil edilir. Bu anlamda yönetim kurulu üyeliği şirket açısından oldukça önemli bir görevdir. Yönetim kurulu üyeliğinin gerekleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve ikincil mevzuat kapsamında belirlenmiş olup, bu gereklerin bizzat yerine getirilmesi gerekir. Yönetim kurulu üyelerinin ilk ve esas görevleri yönetim kurulu toplantılarına katılmak ve gerektiğinde muhalif kaldığı kararlara ilişkin muhalefet şerhini kullanmaktır. Yönetim kurulunca alınan kararlardan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bu şekilde belirlenir. Ancak kimi durumlarda yönetim kurulu üyelerinin toplantılara katılması mümkün olmamakta ve fakat söz konusu toplantılarda birtakım kararlar alınmaktadır. Ayrıca yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun karar ve eylemlerinden sorumluluğu tartışmalı bir konu olmakla birlikte, yönetim kurullarının sorumluluğunun belirlenmesinde ispat yükünü hangi tarafta olacağı meselesi de önemli ihtilaflara neden olmaktadır. Bu çalışmanın amacı, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bahsedilen özellikli durumlar ile bu sorumlulukta ispat yükü meselesinin mevzuatsal gelişim sürecini açıklamaktır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 27.11.2020 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 07.12.2020 tarihinde birinci hakem; 08.12.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Cumhurbaşkanlığı Denetçisi, ufuk1984@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0003-2547-7609

Bu makaleye atıf için; ÜNLÜ, Ufuk, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Sorumluluğuna İlişkin Sorunlu Alanlar” REGESTA, Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, s. 581-598.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Sorumluluk, İspat Yükü.

ABSTRACT

Joint stock companies are managed and represented by the boards of directors. In this sense, board membership is a very important task for the company. The requirements for membership in the board of directors are determined in accordance with the Turkish Commercial Code and secondary legislation No. 6102, and these requirements must be met in person. The first and main duties of board members are to attend board meetings and, if necessary, to use opposition commentary on decisions in which they remain in opposition. In this way, the responsibility of the board member for the decisions taken by the board of Directors is determined. However, in some cases, it is not possible for members of the board of directors to attend meetings, but some decisions are taken at these meetings. In addition, responsibility for the decisions and actions of the old board the new board is a controversial topic, although the burden of proof in determining the responsibility of the board of directors on what will matter are the cause of the conflict. The aim of this study is to explain the mentioned specific situations related to the responsibility of the members of the board of directors and the legislative development process of the burden of proof issue in this responsibility.

Keywords: Joint Stock Company, Board of Directors, Responsibility, Burden of Proof.

I. Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 359 ila 396 maddeleri arasında anonim şirket yönetim kuruluna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 359'uncu madde uyarınca anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Yönetim kurulu şirketin zorunlu organı olduğu gibi, aynı zamanda kanuni temsilcisidir. Gerçek veya tüzel kişilerden oluşan yönetim kurulları, şirket işlerini idare etmekle görevlidir. Yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından seçilmektedir ve genel kurul tarafından şahsen seçildiği için, görevlerini de şahsen yerine ge-

tirmeleri gerekir. Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Yönetim kurulunun şirketin dışında temsil, şirket içinde ise idareye yönelik her türlü kararı almaya ve uygulamaya yetkisi bulunmaktadır. Karar alan ve uygulayan mekanizmaların genel olarak bu kararlardan ötürü sorumlulukları bulunmaktadır.

Anonim şirket yönetim kurulunun sorumluluğu birçok ticari davanın konusunu oluşturmaktadır. Zira asli görevi şirket yönetimi olan bir kurulun buna ilişkin faaliyetlerinden doğan sorumlulukları hukuki ihtilafların çözümü açısından oldukça önemlidir. İspat yükümlülüğü ise iddiaların doğruluğunun delillerle ortaya konulması faaliyetidir. Sorumlu kişi, yapmak zorunda bulunduğu ya da yaptığı bir iş için gerektiğinde hesap verme durumuyla karşı karşıyadır. Sorumlulukta ispat yükünün hangi tarafta (davalı-davacı) olacağı, davaların seyrini etkilemektedir.

Yönetim kuruluna seçilen üyelere 6102 sayılı Kanun, ilgili diğer mevzuat ve esas sözleşmelerle birtakım görevler verilmiştir. Bu görevlerin yerine getirilmesi sürecinde sorumluluklar meydana gelmekte ve bu sorumluluklar en nihayetinde şirket ve yönetim kurulu üyeleri açısından bağlayıcı olmaktadır. Görevlerin hiç ya da gereği gibi yapılmaması halinde doğan sorumluluklar olabileceği gibi görevlerin yerine getirilmesi ve alınan kararlara iştirak edilmemesi halinde de bazı yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Yönetim kurullarında görev değişikliği olağan bir süreçtir. Bu organda eski ve yeni yönetim olarak görev alanların faaliyetleri incelenirken, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun karar ve eylemlerinden sorumlu olup olmayacağı hususu karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim şirketlerde yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin ispat yükünü düzenlemiş ancak 6335 sayılı Kanununla yapılan değişiklik sonucunda keskin bir dönüş yapılmıştır. Bu durum tartışmaları da beraberinde getirmiş ve düzenleme ile hakkaniyetin sağlanıp sağlanmadığı, zayıf ve güçlü durumda bulunanların korunup korunmadığı tartışmaları yaşanmıştır.

II. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumlulukları

Anonim şirketlerde yönetim kurulları şirketin dışı karşı temsilini sağlamaktadır. Soykan'a için, "... yönetim, bir anlamda şirketin üretim ve pazarlama organizasyonu ile finansman planlamasını, muhasebenin

yapılandırılıp tutulmasını, personel yönetimini ve araştırma ve geliştirmeyi kapsarken, diğer anlamda da müdürler, şefler ve diğer görevlilerin bütününe ifade etmektedir. Yani yönetim kavramı iki anlamdadır. Bir anlamıyla yönetim, yapılan yönetsel işlemler bütününe ifade ederken, diğer anlamıyla da anonim şirket yönetsel organizasyonunu (ve bu bağlamda personelini) ifade etmektedir.”¹

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, ortaklık tüzel kişiliğinin kanuni temsilcileridir ve ortaklıkla aralarındaki hukuki ilişki vekalet sözleşmesine dayanır. Yönetim kurulunun bu temsil yetkisini kullanarak üçüncü kişilerle ortaklık adına yaptığı tüm iş ve işlemlerinden doğan hak ve borçlar, ortaklık tüzel kişiliğine ait olur ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişilere karşı şahsen sorumlu olmaları söz konusu olmaz. Zira Borçlar Kanunu uyarınca yetkili bir temsilci tarafından temsil edilen adına üçüncü kişilerle yapılan işlem ve sözleşmelerden doğan hak ve borçlar temsil edilene aittir. Hatta yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından dolayı idare ve temsil görevini yaptıkları sırada üçüncü kişilere karşı işlemiş oldukları haksız fiilden dahi anonim ortaklık sorumludur.²

Yönetim kurulunun görev ve yetkileri 6102 sayılı Kanunun 374’üncü maddesinde, “Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir” düzenlemesiyle hüküm altına alınmıştır. Anılan madde yönetim kurulunun görevlerini genel anlamda ifade etmekte ve yetki alanının sınırlarını çizmektedir. Şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için yapılması gerekli bütün iş ve işlemler yönetim kurulunun veya -devir halinde - yönetimin yetkisindedir.

¹ Soykan, İ. C. (2010), Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Anonim Şirketin Yönetimi ve Temsili, LHD, C. 8, S. 91, s. 2377.

² Uysal, L. (2009), 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu –II, TBB Dergisi, Sayı:81, s.1.

Devam eden maddeler kapsamında yönetim kurulu aşağıda gösterilen görev ve yetkilere sahiptir:³

- i. Kanun ve ana sözleşme uyarınca verilen yetkileri kullanmak,
- ii. İşletme konusunun gerçekleşmesi için gerekli olan kararları almak,
- iii. Şirketi üst düzeyde yönetmek,
- iv. Şirket örgütünü belirlemek,
- v. Finansal planlama için gerekli düzeni kurmak,
- vi. Müdürleri atamak ve görevden almak,
- vii. Yönetimle görevli kişilerin üst gözetimini yapmak,
- viii. Kanunda belirtilen defterleri tutmak,
- ix. Genel kurul toplantılarını hazırlamak,
- x. Genel kurul kararlarını yönetmek,
- xi. Yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasını düzenlemek,
- xii. Borca batıklık durumunda bu durumun varlığını mahkemeye bildirmek.

Belirtilen görevlerin yerine getirilmesi/getirilmemesi durumlarında yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları doğmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumlulukları 553'üncü madde kapsamında düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında göre, *“Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.”* Söz konusu fıkra da, genel kurul kararlarına uymama haline yer verilmemiştir. Bu durum genel anlamda bir eksiklik olarak görülmektedir. Yönetim kurulunun üstlenmiş olduğu görev anlayışı gereğince genel kurul kararlarına uyması beklenir. Zira şirketin idaresine yönelik kararların temeli genel kurul kararlarına dayanmış olabilir.⁴

³ Dinç, S. (2016), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Hâlleri, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s.148-149.

⁴ Dedeoğlu, E. ve Sapan, O. (2013), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Yayını, s.68.

553'üncü maddenin ikinci fıkrasında, Kanun veya esas sözleşmeden kaynaklanan bir görev veya yetkinin devredilmesine ilişkin makul derecede özen gösterme sınırı getirilmiştir. Buna göre, *“Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.”* Yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermeme durumu hariç yetki devri halinde, yetki devredeninin aleyhine sorumluluk aranmayacaktır.

Üçüncü fıkra ise sorumluluğun doğabilmesi için sorumluluğu oluşturan eylemin o kişinin kontrolü içinde olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Anılan fıkraya göre eğer sorumluluk doğuran olay o kimsenin kontrolü dışında kalıyorsa kişinin gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilmek kayıt ve şartıyla olsa dahi kişi sorumlu tutulamaz. Bu hüküm nedeniyle gözetim ve özen yükümüne bir sınırlama getirilmiştir. Zaten gerekçede de, yönetim kurulu üyelerinin soyut bir gözetim görevi anlayışına dayanarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla yasada yer aldığı belirtilmiştir.⁵

Yönetim kurulu şirketin yönetimine dair kararlarını kural olarak kurul halinde alır. Bu nedenle, her üye, kendisine kanunda tanınan (yapılacak toplantılara katılmak, toplantıda görüş beyan etmek, oy kullanmak vs.) hak ve yetkileri kullanmaya ehildir. Ayrıca toplantılara katılmanın, bir görevi yerine getirmek olduğunu belirtmek gerekir. Yönetim kurulu toplantılarına geçerli bir mazeret bildirmeden katılmamak üyelerin sorumluluğuna sebep olabilir. Diğer yandan, yönetimle ilgili her konuda kesinlikle toplantı yapılacağını belirten bir kaide yoktur. Yönetim tarafından toplantı yapılmadan da olağan veya günlük işlerde karar verilebilir.⁶

Yönetim kurulunun görev ve yetkilerinin kaynağı kanun ve şirket esas sözleşmesidir. Yönetim kurulu, kanun ve esas sözleşme hükümleri doğrultusunda genel kurulun devredilemez nitelikteki yetkilerinin dışında kalan her çeşit iş ve işlem hakkında karar almaya ve uygulamaya yetkilidir. 6102 sayılı Kanunun 370'inci maddesi uyarınca, şirket esas sözleşmesinde aksi yönde hüküm bulunmadığı veya yönetim kurulu tek

⁵ Dedeoğlu ve Sapan, a.g.e., s.69.

⁶ Hürkan, M. C. (2019), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Maltepe Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.4.

kişiden oluşmadığı sürece şirketin temsiline ilişkin yetki çift imza ile kullanılabilir. ⁷

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu esas itibarı ile tazminat alacağı doğurmaktadır. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu için, zarar, kanuna aykırılık, kusur ve illiyet koşullarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. 6102 sayılı Kanunun “kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu” başlığını taşıyan 553’üncü maddesine⁸ 6335 sayılı Kanunun 28’inci maddesi ile “kusurlarıyla” ibaresi eklenmiştir. Böylece yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Moroğlu’na göre; kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının hukuki sorumluluğu kusur sorumluluğu olduğuna göre Borçlar Kanunu madde 112’ye göre, sorumluluktan kurtulmak için kusurlarının bulunmadığını ispat etmek durumundadırlar. Bu durumda da 6335 sayılı Kanunun 1’inci fıkrada “kusurlarıyla” ibaresini eklemesi ve “kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça” ibaresinin çıkarılması gereksiz olarak değerlendirilmiştir.⁹

A. Yeni Yönetim Kurulunun Eski Yönetim Kurulunun Karar ve Eylemlerinden Sorumluluğu

Anonim ortaklıkların; kuruluş, idare, denetleme ve tasfiyesinden doğan sorumluluk halleri ile çeşitli sorumlu kişiler, Türk Ticaret Kanu-

⁷ Güney A. N. (2012), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 1. Bası, İstanbul, s. 119.

⁸ V - Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu

MADDE 553- (1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz

⁹ Şahinkuşu, G. (2013), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Kuruludan Doğan Sorumluluk, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.22.

nu'nda toplu bir biçimde düzenlenmemiş olup sorumluların sıfatları ve bunların yaptıkları işlerin türüne göre dağılan bir sistem uygulanmıştır. Yine de esas itibariyle; yönetim kurulu üyelerinin, şirket ile birlikte pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmaları esastır.

Yönetim kurulu üyelerinin belirlenmesi yetkisi Kanun gereği genel kuruldadır. Genel kurul, pay sahipleri tarafından teklif edilen listeden istediği kişileri yönetim kurulu üyeliğine seçebilir. Genel kurul seçim yapacağı toplantıda var olan yönetim kurulu üyelerini tekrar atayabilir, tümüyle veya birkaçını değiştirebilir. Yönetim kurulu değiştiği takdirde, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun karar ve eylemlerinden sorumlu olup olmayacağı şüphesi doğmaktadır.

Bu husus mülga 6762 sayılı Ticaret Kanununun 309'uncu maddesinde işlenmiş olup, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun sorumluluğunu doğuran eylemlerini ihbar etmemesinden ötürü sorumlu olduğuna ilişkin hüküm bulunmaktadır. 6102 sayılı meri mevzuatta ise bu hükmü birebir karşılayan bir hükme bulunmamakta olup, ancak tedbirli bir yöneticinin kontrol edebileceği bir husustan kaynaklanan bir ihmal sonucu eski yöneticilerin fiilleri tazminata konu edilmemişse yani sorumluluk davası açılmamışsa yeni yöneticinin bu davranışından ötürü sorumlu tutulması gerektiği değerlendirilmektedir.¹⁰

6762 sayılı Ticaret Kanununun 309'uncu maddesi uyarınca;

“Şirketin 305, 306, 307 ve 308 inci maddelerde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde, bundan, dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakları vardır. Ancak, hükmolunacak tazminat şirkete verilir.

Şirketin iflası halinde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının haiz oldukları haklar iflas idaresine ait olur. Bu hususta İcra ve İflas Kanununun 245 inci maddesi hükmü caridir.

Mesul olan kimselerin cümlesi aleyhinde şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilir.

Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruru-zamana uğrar. Şu kadar ki; bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanunu-

¹⁰ Dedeağaç ve Sapan, a.g.e., s.89-90.

na göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da o müruruzaman tatbik olunur.”

Bu madde kapsamında, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun sorumluluğunu doğuran eylemlerini ihbar etmemesinden ötürü sorumluluk atfedilmiştir. Sorumlu olan kişiler aleyhine dava açılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Mülga 309’uncu maddenin 6102 sayılı Kanundaki karşılığı olarak bazı kaynaklarda 553, 555, 556, 560, 561’inci maddeler gösterilmiştir. Söz konusu maddeler sırasıyla kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu, şirket zararını, iflası, zamanaşımını ve yetkili mahkemeleri belirlemektedir. Yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun karar ve eylemlerinden sorumlu olup olmayacağı konusu ise esasen “özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369’uncu madde karşılamaktadır. Anılan madde uyarınca yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Bu madde ile özen, tedbirli bir yönetici ölçüsü ile tanımlanmış ve aynı zamanda şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapılmıştır. Hüküm bunun ölçütü olarak dürüstlük kuralını kabul etmiştir. Özenli ve tedbirli bir yöneticinin kontrol edebileceği bir husustan kaynaklanan bir ihmal sonucu eski yöneticilerin fiilleri tazminata konu edilmemişse yani sorumluluk davası açılmamışsa yeni yöneticinin bu davranışından ötürü sorumlu tutulması gerekir.

B. Yönetim Kurulu Toplantısına Katılmayan Üyenin Alınan Karardan Ötürü Sorumluluğu

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevleri aşağıdaki şekilde 375’inci maddede düzenlenmiştir;

- a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.
- b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi.
- c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması.
- d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.

e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.

g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.

Bu haklardan vazgeçmek ve/veya bir başka organa veya kişiye devretmek mümkün değildir. Devir, murahhas yönetim kurulu üyeliği ve de dışarıdan atanacak olan murahhas müdürler için söz konusu olacaktır.¹¹ Elbette böylesi bir yetki devri söz konusu ise 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında yer alan her üyenin kontrol edebileceği eylem ve kararlardan sorumlu olması ilkesinin de yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunda dikkate alınması gerekir. Bu nedenle kanun koyucu, murahhas yönetim kurulu üyelerinin ve müdürlerin atanmasında 553'üncü maddenin ikinci fıkrası doğrultusunda atamadaki özeni dikkate almıştır. Yönetim kurulu üyesi genel anlamıyla sevk ve idare sorumluluğunu taşımanın yanı sıra, bundan kaynaklanan denetim yetkisi yönetim kurulu üyesinde kalacağı için yeterli özeni göstermiş olmasına rağmen sorumluluğu devam edecektir. Ancak bunun dışında yönetim kurulu sorumluluğu olmayacaktır.¹² Bir başka deyişle, yönetim kurulu üyesi yetki ve görev devrinde bulunmuş olsa bile 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen *“her üyenin kontrol edebileceği eylem ve kararlardan sorumlu olması ilkesi”* uyarınca iştirak etmediği toplantının tutanağını görmeye

¹¹ Yönetimin devri

MADDE 367- (1) Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir. (2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.

¹² Dedeğaç ve Sapan, a.g.e., s.89.

ve incelemeye yetkili olacağı için mezkur toplantılarda alınan kararlar-
dan da sorumlu tutulacaktır.

Konuyla alakalı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 02.07.2014 tarih
ve E.2014/6772, K.2014/12693 sayılı kararında aynen;

“Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketlerde pay sahibi, yönetim kurulu üyesi ve aynı zamanda genel müdür olduğunu, her iki şirketin yönetim kurulu toplantılarının ana sözleşmenin 11. Maddesine uygun olarak yapılmadığını, son olarak 21.09.2012 tarihinde T....T....A.Ş., 22.09.2012 tarihinde ise Y.... İnşaat A.Ş. ’nin yönetim kurullarının usul ve yasaya aykırı olarak müvekkiline haber verilmeden, şirket merkezinden farklı bir yerde toplandığını, yönetim kurulu toplantılarının bütün üyelerin toplantıya çağırılması, toplantı bildiriminin bütün üyelerin rahatlıkla toplantıda hazır bulunabileceği ve hazırlık yapabileceği kadar bir süre öncesinde yapılmış olmasının gerektiğini, ancak bu şekil şartlarının hiçbirinin yerine getirilmediğini, müvekkilinin, yokluğunda ve genel müdürlük görevini sınırlayıcı nitelikte alınan yönetim kurulu kararları nedeniyle her iki şirketteki genel müdürlük görevinden istifa ettiğini, müvekkilinin ileride meslek hayatını olumsuz etkileyecek, ticari ikametgahları, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri aynı olan davalı şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan müvekkiline herhangi bir çağrıda bulunmaksızın yokluğunda alınmış bulunan 21-22.09.2012 tarihli yönetim kurulu kararlarının hükümsüzlüklerinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili, müvekkili şirketlerin aile şirketi olduğunu, davacının kardeşi ve hissedarlardan biri olan dava dışı F...G...M....’ın müdürü olduğu M....Elektronik Spor Ltd. Şti’nin müvekkili T... T.... A.Ş. adına kayıtlı taşınmazı kiracı sıfatı ile işlettiğini, davacının kiracı şirketin işlettiği spor salonuna giderek kardeşine, çalışanlarına, işletmeye müdahalelerde bulunmak iste[di]ğini, kardeşinin çalışanlarının davacı hakkında tehdit ve hakaret suçlamasıyla şikayetçi olduklarını, bunun üzerine hissedar aile bireylerinin iki kardeş arasında telefisi mümkün olamayacak olayların engellenmesi amacıyla dava konusu yönetim kurulu kararlarını aldıklarını, kararların yasal çoğunlukla alındığını ve hukuken geçerli olduğunu, kaldı ki bir yönetim kurulu üyesinin kendisi ile ilgili konuda yapılan müzakereye katılmasının ve bu konuda oy kullanmasının hukuken mümkün olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve

yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 02.07.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Davaya esas tarihlerde yapılan yönetim kurulu toplantılarına, davacı çağrılmamış, bu toplantılarda, davacının genel müdürlük yetkileri sınırlandırılmıştır. Bu sebeple alınan kararların batıl olduğunu ileri sürmüştür. Hukuki süreç sonucunda davacının itirazları yerinde bulunmamış ve toplantı kararları geçerli sayılarak, toplantıya katılmayan davacının yetkileri sınırlandırılmıştır.

III. Yönetim Kurullarının Sorumluluğunda İspat Yükü Meselesi

İspat etmek, hâkimi bir vakıanın varlığına ikna etmeyi başarmak demektir. Tarafların uyuşmazlığa konu iddialarının doğruluğu hususunda mahkeme nezdindeki iddia veya savunmaları doğrultusunda kanaat oluşturmaya yönelik olarak delil, karine ve hukuki dayanaklarını sunmaları şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk davalarında ispat faaliyetindeki amaç, dava konusu durumla ilgili hâkimin bilgisi dışında oluşan ve davadan önce gerçekleşen maddi hallerin doğruluğu konusunda hâkimde kanaat oluşturmaktır.¹³ İspat hakkı Anayasanın 36’ncı maddesinde bir temel hak olarak hüküm altına alınmıştır.

Maddi olgulardan hangisinin kim tarafından ispat edileceği hususuna ispat yükü denir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 190’ıncı maddesi “ispat yükü” başlığını taşımaktadır; “İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.” Buradan hareketle ispat yükü hakkındaki genel kural, ispat yükünün mevcut duruma bağlanan hukuki

¹³ Roxin, C. (2005), İspat Hukukunun Esasları, (Çeviren: Yener ÜNVER), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, s.265.

sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf üzerinde olması gerektiği ve doğrudan tarafın sıfatıyla ilgisi olmadığı şeklinde ifade edilmektedir.¹⁴

6102 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin ikinci fıkrasında; *“Ticari davalarda da deliller ile bunların sunulması 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tabidir”* denilmek suretiyle ticari davalarda ispat 6100 sayılı Kanuna tabi tutulmuştur. Ayrıca ticari davalarda farklı ya da ek bazı ispat araçlarından yararlanma olanakları vardır. Bunlardan bazıları şu şekildedir;

- Yazılı delillerle kanıtlanması gereken hususlarda ticari defterle ispat olanağı bulunmaktadır.

- 6102 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca, fatura ve teyit mektubu ticari davalarda isnat amacı ile kullanabilmekte ve ispat yükü taraflardan biri lehine adi karine oluşturabilmektedir.

- 6100 sayılı Kanunun 203'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ticari davalarda bazı hususları tanıkla ispatlama olanağı adi davalara oranla daha geniş olabilir. Bu hüküm, tarafların durumuna ve işin niteliğine göre senede bağlanması teamülden olmayan bazı işlemlerin tanıkla kanıtlanmasına olanak tanımaktadır.

- Tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmek, sözleşmeyi feshetmek ya da sözleşmeden dönmek için yapılacak ihtar ve ihbarların nasıl olacağını düzenleyen 6102 sayılı Kanunun 18'nci maddesinin üçüncü fıkrası da anılan hususların ispatı için gözetilebilir.

İspat yükünün hangi tarafta olacağı konusu, 6102 sayılı Kanunun bazı maddelerinde özel olarak belirtilmiştir. Bunlar; sebepsiz zenginleşme, taşıma eşyasına gelen zarar, güvertede taşıma anlaşmasının varlığı, sigorta kapsamı ve taşıyanın sorumluluğudur.

Anonim şirketlerde yönetim kurullarının genel sorumluluğuna ilişkin hüküm 6102 sayılı Kanunun 553'üncü maddesidir;

“(1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar.”

¹⁴ Tanrıver, S. (2016), Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, s.780.

(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.

(3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.”

Maddenin bu son hali, 26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasına aittir. Anılan düzenlemeye ilişkin madde gerekçesi incelendiğinde kanunun yönetim sorumluluğunu da kusur sorumluluğu olarak kabul ettiğini ancak bunun saptanabilmesi için mahkemenin yerindelik denetimini yapmış olmasının şart koşulduğu görülmektedir. 6012 sayılı Kanunun ilk halinde, 553’üncü maddenin birinci fıkrasında açıkça bu sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğunu belirtmiş ve de kusursuzluğun ispatını kuruculara, yönetim kurulu üyelerine, yöneticilere, tasfiye memurlarına yüklemişti. 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle buradaki sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmiş, ancak ispat yükü yöneticilerden alınarak davacıya yüklenmiştir.¹⁵ Nitekim Yargıtay 21’inci Hukuk Dairesinin 03.07.2014 tarih ve E.2013/13402 ve K. 2014/16034 sayılı kararında ispat yükünün davacıda olduğu belirtilmiştir;

“Somut olayda, davacı 30/06/2003’te yönetim kurulu üyesi seçilmiştir. Davacının 01/07/2008 tarihinden önceki döneme ait borçlarda temsil ve imza yetkisine sahip üye veya şirketin yönetiminde parasal konularda yetkili genel müdür, finansman veya muhasebe müdürü gibi üst düzeyde sorumluluk taşıyan temsil ve ilzama yetkili bir kişi olup olmadığı araştırılmalıdır. 01.07.2008’den sonraki döneme ait borçlarda ise davacının Anonim Şirketin yönetim kurulu üyesi olması borçlardan sorumluluğu gerektirdiğinden üst düzey yöneticiler ancak haklı bir sebebin ispatı halinde sorumluluktan kurtulabilir. Bu konuda ise ispat yükü davacıdadır.”

6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu döneminde, yöneticiler için kusur karinesi söz konusu olup, kusursuzluklarını ispat külfeti yönetim

¹⁵ Dedeğaç ve Sapan, a.g.e., s.80-81.

kurulu üyelerine yüklenmiştir. İspat yüküne ilişkin Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesinin 27.2.1990 tarih ve E.1989/9543, K.1990/1576 sayılı kararında “*Yasada yönetim kurulu üyeleri için kusur karinesi kabul edilmiştir. Bu durumda, kusursuzluğu ispat külfeti yönetim kurulu üyesine aittir*” ifadesine yer verilmiştir.

İspat yükünün yer değiştirmesi, ispat yükü kurallarının niteliği dolayısıyla mümkün değildir. Zira ispat yükünün yer değiştirmesi, kanunlar ile belirlenmiş dağılımın değişmesi olarak anlaşılır ki bu da kanun hükmünün değiştirilmesi manasına gelir. Dolayısıyla ispat yükünün yer değiştirmesi ancak kanun değişikliği ile mümkündür.¹⁶

Yönetim kuruluna ilişkin sorumluluklarda ispat yükünün hangi tarafta olacağına ilişkin görüşler farklılık arz etmektedir. Kim yazarlara göre, 6335 sayılı kanun ile yer değiştiren ispat yükünün davacıda kalmış olması kusurun ve zararın kanıtlanmasından yararlanacak olanın davacı olduğu düşünülürse yerinde olmuştur. Nitekim 4721 sayılı Medeni Kanun'un "İspat yükü" başlıklı 6'ncı maddesi "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" hükmünde olup ispat yükünün davacıda olması gerekliliğini tevsik etmektedir. Bununla birlikte 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Zararın ve kusurun ispatı" başlıklı 50'nci maddesi "Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. 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" hükmündedir.¹⁷

Öte yandan bazı yazarlar açısından anılan maddede yer alan ispatın davalıya yani kurucu, yönetici ve tasfiye memuruna ilişkin olması yerine kusurun kanıtlanmasının davacıya, yani şirkete, pay sahibine ve alacaklıya yüklenmesini anlamak mümkün değildir. Şirketle, yönetici arasındaki hukuki ilişki ise, vekâlet akdine dayanan bir ilişkidir. Yani sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Halef olan alacaklı da, şirketten alacağını kanıtladıktan sonra, kanıtladığı alacağının talep aşamasında bu alacağı

¹⁶ Atalay, O. (2001), Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.15.

¹⁷ Birol, N. (2016), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Vergi Gündem, çevrimiçi yayın, https://www.vergidegundem.com/tr_TR/publication/Paper?categoryName=Vergide&publicationNumber=8&publicationYear=2016&publicationId=4141744, Erişim: 24.06.2020.

şirketin halefi sıfatı ile yöneticiden talep ettiği ve de şirketin hesabına kaydettirdiği için, bu ilişkiden yola çıkmak yani davanın ikinci aşamasında sözleşme ilişkisine dayanmak zorundadır. Davanın ikinci boyutu, yöneticinin şahsi kusurundan kaynaklanmıştır. Elbette, yönetici şahsi kusurundan kaynaklanan bir davada, sorumlu tutulacaktır. Yöneticinin bu sorumluluğu, yöneticinin şirketle yapmış olduğu anlaşmaya dayanmaktadır. Yani sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Üstelik bu düşünce tarzı hayatın olağan akışı ile de bağdaşmaktadır. Yönetici, bir görev için talip olmuş ve pay sahiplerinin uygun görmesi ile yani taraflar arasında oluşan bir sözleşme ile bu görevi üstlenmiştir. Yönetici, kanunlara, esas sözleşmeye ve de genel kurul kararlarına uygun davranmak zorundadır.¹⁸

IV. Sonuç

Anonim şirketlerde yönetim kurulu, zorunlu bir organ olmasının yanı sıra, şirketi dışarıya karşı temsil eden, içeride de şirket faaliyetlerinin idaresiyle yükümlü olan bir organdır. 6102 sayılı Kanunda kaynaklanan bu görevler, yönetim kurulu üyelerine önemli sorumluluklar yüklemektedir. Yönetim kurulu üyelerinin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri bulunmaktadır. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin sona ermesi ve yeni yönetim kurulunun seçilmesi halinde, yeni yönetim kurulunun eski yönetim kurulunun karar ve eylemlerinden sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durum mülga Ticaret Kanunu döneminde kesin olarak hükme bağlanmış iken yürürlükteki 6102 sayılı Kanunda bu durumu karşılayan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülükleri gereğince, eski yönetim kurulunun kararlarına yönelik sorumluluk ve tazminat işlemlerini yerine getirmeleri gerekir. Zira tedbirli bir yöneticinin bu şekilde hareket etmesi gerekir. Zaman içerisinde bu ve benzeri durumların mahkeme süreçlerine konu edilmesi, kanaatimizi güçlendirecektir.

Toplantılarda alınan tüm kararlar açısından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmektedir. 6102 sayılı Kanunun 367'nci maddesi istisna tutulmak şartıyla, bu haklardan vazgeçmek ve/veya bir başka organa veya kişiye devretmek mümkün değildir. Ancak kimi durumlarda yönetim kurulu üyelerinin toplantılara katılması mümkün olmamakta ve fakat söz konusu toplantılarda sorumluluk doğuracak birta-

¹⁸ Dedeğaç ve Sapan, a.g.e., s.82-83.

kım kararlar alınmaktadır. Nihayetinde, yönetim kurulu üyesi yetki ve görev devrinde bulunmuş olsa bile 553'üncü maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen her üyenin kontrol edebileceği eylem ve kararlardan sorumlu olması ilkesi uyarınca iştirak etmediği toplantının tutanağını görmeye ve incelemeye yetkili olacağı için mezkûr toplantılarda alınan kararlardan da sorumlu tutulacaktır.

Öte yandan, Anonim şirketlerde yönetim kurullarının sorumluluğunun belirlenmesinde ispat yükünü hangi tarafta olacağı meselesi uzun süredir tartışılan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan son değişiklikle anılan durumda ispat yükü yöneticilerden alınarak davacıya yüklenmiştir. Bu düzenleme, Medeni Kanunun 6'ncı maddesinde olduğu gibi ispat yükünün kusurun ve zararın kanıtlanmasından yararlanacak olan kişiye yüklenmesi kuralına uygun gibi gözükse de, kanımızca, hukukun genel hakkaniyet anlayışına uygun olan ispat yükünün yöneticilerde olmasıdır. Zira yıl içerisinde çok fazla karar alan ve uygulayan yöneticilerin yaptıkları hataları kanıtlama yükünün alacaklı da olması, alacaklının bu denli fazla karar içerisinde hatayı bulup ispatlamasını zorlaştırmaktadır. Öte yandan, tedbirli olarak hareket etmesi gereken yöneticilerin, basiretli bir tüccar olarak davrandıklarını her daim ortaya koymaları gerekmektedir. Nitekim profesyonel yöneticiliğin gereği budur. Yönetime talip olacak kişilerin bu sorumluluğu hissetmeleri gerekir. Bu gibi hususlarda yöneticilerin sorumluluğu hayatın olağan akışına daha uygundur. Tüm bu nedenler kapsamında, anonim şirketlerde yönetim kurullarının sorumluluğunun belirlenmesinde ispat yükünün, yürürlükteki mevzuattan farklı olarak, yöneticilerde olması gerektiği değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Atalay, O. (2001), Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını.

Birol, N. (2016), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, Vergi Gündem, çevrimiçi yayın, https://www.vergidegundem.com/tr_TR/publicationPaper?categoryName=Vergide&publicationNumber=8&publicationYear=2016&publicationId=4141744, Erişim: 24.06.2020.

Dedeoğlu, E. ve Sapan, O. (2013), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Yayını.

Dinç, S. (2016), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluk Hâlleri, Ankara Barosu Dergisi, S. 2016/4.

Güney A. N. (2012), Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 1. Bası, İstanbul.

Hürcan, M. C. (2019), Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, Maltepe Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Roxin, C. (2005), İspat Hukukunun Esasları, (Çeviren: Yener ÜNVER), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8.

Soykan, İ. C. (2010), Türk Ticaret Kanunu'nda ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Anonim Şirketin Yönetimi ve Temsili, LHD, C. 8, S. 91.

Şahinkuşu, G. (2013), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Kuruludan Doğan Sorumluluk, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Tanrıver, S. (2016), Medeni Usul Hukuku, C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları.

Uysal, L. (2009), 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu –II, TBB Dergisi, Sayı:81

“TÜRKİYE AZERBAIJAN ARASINDA İMZALANAN İKİ TARAFIL YATIRIM ANLAŞMASI ÇERÇEVESİNDE AZERBAIJAN’DA YATIRIM”

*(INVESTMENT IN AZERBAIJAN WITHIN THE FRAMEWORK OF BILATERAL
INVESTMENT AGREEMENT SIGNED BETWEEN AZERBAIJAN AND TURKEY)*

Rashad AKHMEDOVİ¹

ÖZ

Zengin hammadde kaynakları, coğrafi yerleşim açısından avantajları olan Azerbaycan, bağımsızlığını ilan ettikten sonra ekonomisinde ve hukuk sisteminde de elde ettiği başarılar, dünya piyasasında yerini kuvvetlendirdi ve böylece yabancı yatırımcıların da tercihi olan bir ülke haline gelmiştir. Bu çalışma, yabancı yatırımların Türk ve Azerbaycan hukuk mevzuatındaki yasal çerçevesini belirlemek ve yabancı yatırımlara ilişkin mevzuat hükümlerini karşılaştırmak amacıyla yapılmıştır. Çalışmamızda ilk olarak yabancı yatırım ve doğrudan yabancı yatırım kavramları ile doktrinde ve ilgili mevzuatta yer alan tanımlardan bahsedilmiştir. Daha sonra Türkiye ve Azerbaycan arasındaki yapılan anlaşmalara değinilmiştir. Çalışmada esas olarak Türkiye Azerbaycan ikili ilişkileri, iki ülke arasındaki yatırımların durumu ve değerlendirilmesine değinilmiştir.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 09.11.2020 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 29.11.2020 tarihinde birinci hakem; 03.12.2020 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

¹ İstanbul Ticaret Üniversitesi Uluslararası Ticaret Hukuku ve Avrupa Birliği Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, rashad_ahm@yahoo.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-6498-6732.

Bu makaleye atf için AKHMEDOVİ, Rashad “Türkiye Azerbaycan Arasında İmzalanan İki Tarafıl Yatırım Anlaşması Çerçevesinde Azerbaycan’da Yatırım” REGES-TA, Cilt: 5, Sayı: 3, 2020, s. 599-626.

Anahtar Kelimeler: Doğrudan yabancı yatırımlar, Türkiye ve Azerbaycan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, Azerbaycan'da Yabancı Yatırımlar

ABSTRACT

Turkey and Azerbaijan, two countries with the same culture and language, have a tight trade and economic connection, as well as a connection in heritage and history.

Having rich raw material resources and advantages in terms of geographical location, Azerbaijan, after declaring its independence, has strengthened its place in the world market with its success in its economy and legal system, thus it has become a country preferred by foreign investors.

This study has been carried out in order to determine the legal framework of foreign investments in Turkey and Azerbaijan's legislation and to compare legal arrangements on foreign investments. First, the study mentions the definitions about foreign investment and foreign direct investment concepts that exist in the doctrine and legal documents. It was then referred to the agreement signed between Turkey and Azerbaijan.

The study mainly mentions Turkey Azerbaijan bilateral relations, the state of investments between the two countries.

Keywords: *Foreign direct investments, the Agreement on Mutual Promotion and Protection of Investment between Turkey and Azerbaijan, foreign investments in Azerbaijan*

GİRİŞ

Günümüzde yabancı yatırımlar hem zengin ve sanayileşmiş ülkeler, hem de gelişmekte olan ülkeler açısından ekonomik hayatta önemli bir yere sahiptir². Bir ülkede yabancı yatırımların varlığı ve büyüklüğü, o ülkenin piyasalarının güvenilirliğini gösterdiği gibi, ülke ekonomisine de

² Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, (Dayındarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003) 1

katkıda bulunmaktadır³. Hem gelişmiş hem de gelişmekte olan ülkelerin yabancı yatırımları kendi ekonomilerine kazandırmak için yarıştığı bu yoğun rekabet ortamında birçok farklı uygulamalara başvurmakta, teşvikler belirlemekte, kendi hukuk mevzuatlarında yabancı yatırımlar için uygun koşulların oluşturulması yönünde düzenlemeler yapılmaktadır.

Hâlihazırda Azerbaycan'da ekonomik reformların sürdürülmesi, istihdam gücünün ve bütçe gelirlerinin artırılması, iş ortamının daha da iyileştirilmesi, güçlü bir ekonomiye sahip olmakla bölgede belli stratejik güce sahip olan devlet konumuna gelinmesi, petrol sektörü ile beraber, petrol dışı sektörün de gelişimine dair yabancı yatırımların ülke ekonomisine kazandırılması yönünde programlar gerçekleştiriliyor. Şimdiye kadar ülkede yatırımcıların kar ve haklarının korunması, yerli ve yabancı iş adamlarına aynı derecede imkânların verilmesi, mülkiyetin dokunulmazlığı temin edilmiş, kardan engelsiz faydalanmak şansları yasalastırılarak hukuki temel oluşturulmuştur.

Azerbaycan bağımsızlık kazandıktan sonra, serbest piyasa sistemine ne geçiş sürecinde Türkiye ile olan ticari ilişkileri de hız kazanmıştır. Azerbaycan ekonomisine en çok yatırım yapan ve Azerbaycan'ın ekonomik kalkınmasının hızlı bir şekilde gerçekleşmesine destek veren devletlerden birisi de Türkiye Cumhuriyeti'dir. Türkiye, Azerbaycan'da sadece petrol-gaz değil pek çok sektöre yatırım yaparak ekonomide söz sahibi olmayı başarmıştır. Petrol ve petrol ürünleri ile ilgili alanlar haricinde Azerbaycan'a yapılan doğrudan yabancı sermayeli yatırımlarda Türkiye sayılı devletlerdendir. Sağlıktan eğitime, bankacılıktan inşaata kadar geniş yelpazede Azerbaycan'da sosyal hayatın her alanında Türkiye'den doğrudan yatırımlar yapılmıştır. Azerbaycan, bugüne kadar Türkiye'ye 17 milyar dolardan fazla, Türkiye ise Azerbaycan'a 12 milyar dolardan fazla sermaye yatırımı yapmıştır. TANAP⁴ projesinin gerçekleşmesiyle ve SOCAR⁵'in yeni yatırım projelerinin hayata geçmesiyle Türkiye'ye yapılan yatırımların 20 milyar dolara ulaşması beklenmektedir.

³Ayhan Algüner, Kurumsal Yatırımcılar, Finansal Piyasalara Etkileri ve Türkiye Örneği, (Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 2006, Yayın No: 199) 35

⁴ TANAP- Trans Anadolu Doğal Gaz Boru Hattı Projesi. Azerbaycan doğalgazını Türkiye üzerinden Avrupa'ya taşıyacak bir projedir.

⁵ SOCAR- State Oil Company of Azerbaijan Republic. Azerbaycan devletine ait petrol ve doğal gaz şirkettir.

Çalışmamızda öncelikle; yabancı yatırım, yabancı yatırımın bir türü olan doğrudan yabancı yatırım kavramı ve yabancı yatırımcı kavramları genel olarak ele alınacak, doktrinde doğrudan yabancı yatırımın tanımına ilişkin kabul edilen yaklaşımlar açıklanacak, doğrudan ve dolaylı yabancı yatırım kavramları karşılaştırılacaktır. Ardından Türk ve Azerbaycan hukuklarında ilgili mevzuat ve Türkiye ile Azerbaycan Arasında Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması hükümleri bazında doğrudan yabancı yatırım kavramının kapsamı belirlenecektir. Daha sonra, Türkiye ile Azerbaycan Arasında İki Taraflı Yatırım Anlaşması'ndan bahsedilecektir. Bu kapsamda, Türkiye Azerbaycan ikili ilişkileri, iki ülke arasında yatırımların durumu incelenecektir. Ayrıca Azerbaycan'da yabancı yatırımlar, yatırım potansiyeli ve ortamı da incelenecektir.

I. DOĞRUDAN YABANCI YATIRIM VE KAVRAMLAR

A. Yabancı Yatırım ve Doğrudan Yabancı Yatırım Kavramları

Genel olarak yatırım kavramı, bir ekonomide belirli bir zaman diliminde üretim araçlarını yükseltmek için yapılan harcamalar olarak tanımlanabilir. Bir harcamanın yatırım niteliğinde olmasının en esas kriteri kar edinmeye yönelik olmasıdır. Diğer bir deyişle, yatırım ticari faaliyetlerde gelir elde etmek maksadı ile kullanılan birikim ve tasarruflardır⁶.

Yabancı yatırımdan söz edebilmek için üç faktörün varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki hukuki kişiliği ne olursa olsun yatırımcıdır. Yatırımcı ister kendi ülkesinde, ister yabancı bir ülkede faaliyet göster-sin, asıl maksadı daima kâr elde etmektir. Diğer iki faktör ise, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının, kendisini hukukî ilişki içinde bulduğu ev sahibi devlet ve kaynak devlettir. Ev sahibi devlet (*host state*), yatırımın yapılacağı devlettir; kaynak devlet ise (*home state*) yatırımcının tâbi olduğu devlettir⁷.

Yabancı yatırım kavramının uluslararası hukuk kapsamında ittifakla kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır. Bunun nedeni modern za-

⁶ Mehmet Baykal, Hukuksal ve Kuramsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırımlar. (1st edn, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014) 12; Deniz Arıkan, Türkiye'de Doğrudan Sermaye Yatırımlar, (Arıkan Basım Yayım, İstanbul, 2006) 6

⁷ Tiryakioğlu (n 3) 9

manın değişen ekonomik durumlarına ayak uydurma gayretidir. Çünkü son günlerde, geleneksel olmayan değişik yatırım türleri yatırım anlaşmalarına konu olmaktadır. Bu aşamada, yabancı yatırımın umumi bir tanımının verilmesinin yatırım sözleşmelerinin kapsamını kısıtlayabileceği dikkate alınarak, uluslararası hukukta yabancı yatırım kavramının tanımlanmaması tercih edilmiřtir⁸.

İkili ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına gelince, yatırıma kapsamlı bir tanım verilmekte ya da nelerin söz konusu anlaşma içinde yatırım olarak değerlendirildiği sınırlı olarak sayılmaktadır. Doktrinde verilen tanımlara uygun olarak bir yatırım türünün yabancı yatırım olarak kabul edilebilmesi için ilk olarak bazı faktörlerin varlığı aranmaktadır. Bu faktörlerden birincisi, yatırımcıya bağlıdır. Yatırımcı, gelir elde etmek amacıyla yatırım faaliyetlerinde bulunan gerçek veya tüzel kişidir. Bir yatırım şeklinin yabancı yatırım olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının, yatırımın yapıldığı devlete bağlı olan gerçek kişi yahut tüzel kişi olmaması gerekli olmaktadır. Diğer faktör ise ev sahibi devlet ve kaynak devlettir. Ev sahibi devlet sınırları içerisinde yatırım yapılan devlettir. Kaynak devlet ise yatırımcının bağlı olduğu devlettir. Son faktör ise, yatırımcı ile yabancı bir ÷lkede yerleşen işletme ya da yatırımın yapılacağı faaliyeti yerine getiren kuruluş arasındaki hukuki ilişkinin sermaye akışına dayalı olması ve sürekliliğini sağlamasıdır.

Sermayenin doktrinde yabancı yatırım olarak nitelendirilmesi için bir ÷lkenin içinde fiziksel olarak var olup olmayacağı mevzusu dikkate alınmalıdır. Görüşümüze göre, yatırımın yabancı bir ÷lkede fiziksel olarak mutlaka bulunmasının zorunlu olmadığı, yabancı ÷lke ekonomisine katkı sağlamasının, onun ekonomisinin yükselmesini desteklemesi bu manada yeterlidir. Son günlerde mevcut malvarlığının yatırım olarak nitelendirilmesi için “Salini Testi” uygulanmaktadır. Bu nedenle ICSID tahkimi belirli kriterlerin geğerliği olduğu takdirde bir malvarlığının yatırım olması sonucuna gelmektedir. Yatırımın temel kriterleri şu şekildedir: Belirli bir süre sürmüş olması, devamlı bir kâr ve getiri sağlaması, genel olarak her iki tarafın da risk üstlenmesi, bundan başka taahhütte

⁸ Rıfat Erten, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005) 21.

bulunması ve son olarak ev sahibi ülkenin ekonomik yükselmesine katkı sağlamasıdır.⁹

Bazı uluslararası örgütler tarafından yabancı yatırıma tanımlar getirilmiştir. Örneğin, Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Teşkilatı- OECD¹⁰ - yaptığı tanıma göre değerleri: Dağıtılmayan ve yatırıma tekrar iletilen kazançlarda yabancı şirketin hissesi, yabancı yatırımcının ana şirketten aynı sermaye ve nakit vasıtasıyla hisse senetleri ve borç senetlerinin alımı, yabancı yatırımcının şirkete temin ettiği krediler, bundan başka yabancı yatırımcının şirketten nakit olmayan makine alımı ve üretim hakları, son olarak yabancı yatırımcı tarafından sağlanan ticari ve başka kredileri içermektedir¹¹.

1. Doğrudan Yabancı Yatırım ve Dolaylı Yatırım Ayrımı

Doğrudan ve dolaylı yatırım şekilleri birbirinden aşağıda bahsedilen birtakım mühim kriterlerle ayrılmaktadır:

- Bunlardan birincisi riskle bağlıdır. Dolaylı yatırımcı risk faktörünün kendi yatırımı için tehlike yaratacak bir dereceye ulaştığını fark ettiğinde yatırımını anında geri çekme imkânına maliktir. Finansal krizler ve mümkün zarar riski halinde dolaylı yatırımlara ülkeyi terk etme fırsatı verilmesi, bu yatırımların doğrudan yabancı yatırımlardan farklı olarak kısa vadede kazanç edinmeye hedefli bir maksadının olmasının doğal neticesidir. Doğrudan yatırımcı bakımından ise bu imkân geçerli değildir.

- Dolaylı yatırımlar genellikle değişik özelliğe sahip ve kısa vadeli yatırım şeklinde olup, ülke ekonomisi açısından yalnız nakit akışı karşılanmaktadır. Doğrudan yabancı yatırımlar ise yabancı sermaye dışında marka, Ar-Ge teknoloji ve başka yatırım faaliyetine yönelik değerleri de sağlamaktadır¹².

- Doğrudan ve dolaylı yatırımları birbirinden ayıran başka bir kriter ise yatırımcının yatırım üzerinde denetim- kontrol hakkına sahip olup

⁹ Alper Çağrı Yılmaz, Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, (On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013) 10;

¹⁰ OECD- Organization for Economic Cooperation and Development.

¹¹ Fulya Bayraktar, Dünyada ve Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, (Ankara, 2003) 4 vd.

¹² Bayraktar (n 9) 13

olmamasıdır. Doğrudan yatırımda yatırımcı, kurumun idaresi üzerinde denetim yetkisine maliktir. Dolaylı yatırım da ise yatırımcı, kurum üzerinde herhangi bir tesiri olmaksızın yalnızca o kurumun paylarına sahiptir¹³. Aslında, bu farklılığın ilk kriterden yarandığını söylemek mümkündür. Spesifik olmak gerekirse dolaylı yatırımda yatırımcı istediği zaman yatırımı geri çekme olanağına sahip olduğu için kurumun yönetim ve denetimi ile bağlı konularda söz sahibi olmasına da ihtiyacı olmamaktadır. Doğrudan yatırımcılar açısından ise kurumun işleyişi, yönetimle bağlı alınan kararlar yatırımın geleceği için çok mühimdir.

- Meydana gelen herhangi bir risk olduğu takdirde dolaylı yatırımlarla ev sahibi devletin mesuliyeti arasında bağlantı kurulmaması da dolaylı yatırımları doğrudan yatırımlardan ayıran bir diğer farklılıktır¹⁴.

- Doğrudan yabancı yatırımları dolaylı yatırımlardan ayıran bir diğer kriter ise, yabancı doğrudan yatırımların büyük ölçüde çok uluslu şirketler tarafından yapılmasıdır¹⁵. Çok uluslu şirketler yatırım yaparken küresel bir strateji izledikleri için¹⁶ bu tür yatırımlarda denetim kriteri giderek daha önemli olmaya başlamıştır. Kendi yatırımını güvence altına almak için çok uluslu şirketin kullanabildiği güç dikkat çekicidir ve böyle bir gücün varlığı, uluslararası düzeyde bu şirketlerin denetimine ilişkin talepleri gündeme getirmektedir. Bu durum dolaylı yatırım bakımından söz konusu değildir¹⁷.

2. Yabancı Yatırımcı Kavramı

Yabancı yatırımcı, bir ülkeden tâbiyetinde bulunmadığı başka bir ülkeye sermaye ihraç eden gerçek ve tüzel kişidir¹⁸. Gerçek kişi yatırım-

¹³ Tiryakioğlu (n 3) 10; Bayraktar (n 9) 5

¹⁴ Deniz Arıkan (n 5) 7; Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (3rd edn. Cambridge University Press 2010) 9

¹⁵ Sezer, H. and Kilmister, A.: "Foreign Direct Investment", *International Business Economics: A European Perspective* (eds. Piggott, J./Cook, M.), (London-New York 1993) 326

¹⁶ Tiryakioğlu (n 3) 11; Thomas Anderson, *Multinational Investment in Developing Countries, A Study of Taxation and Nationalization* (London-New York 1991) s. 29.

¹⁷ Tiryakioğlu (n 3) 11; Doğrudan yatırım ile dolaylı yatırımının ekonomik açıdan etkileri için bkz. Reuber, S. 17-21.

¹⁸ Sabir Allahverdiyev, *Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi (Mülki) Hüquq Kursu*, (Diggesta Nəşriyyat, Bakı, 2007) 153

cılar, taraf devletlerden birinin hukuk kurallarına göre vatandaşı sayılan kişileri ifade eder. Anlaşmalarda bilinçli olarak, daha dar bir kapsama sahip olan “*citizen*” kavramı yerine, içeriği daha geniş olan “*national*” ifadesi kullanılmaktadır. Türk hukuku açısından bu ayırım mühim olmamakla beraber, örneğin ABD hukukuna göre, Amerikan Samoa yerlileri “*citizen*” sayılmamakla birlikte “*national*” kavramı içinde kabul edilmektedirler.¹⁹

Türk hukukunda 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun²⁰ 2. maddesinde yabancı yatırımcı kavramı tanımlanmıştır. Yabancı yatırımcı kavramına göre Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan, yabancı devlet vatandaşlığına sahip gerçek kişiler, yabancı ülkelerin kanunlarına uygun olarak kurulmuş tüzel kişiler, uluslararası kuruluşlar ve yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı olarak sayılmaktadır.

Yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı sayılabilmeleri için yurtdışında ikamet etmeleri gerekir. Türk vatandaşlarının yurtdışında ikamet sahibi olup olmadıkları Türk Medeni Kanunu’na göre belirlenmeyecektir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Uygulama Yönetmeliği’nde, ikametgahın yurtdışında olduğunun tespiti açısından farklı bir kriterden hareket edilmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinde yurtdışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşlarının, yabancı yatırımcı statüsünü kazanması için, yurtdışında yerleşme niyetiyle oturması değil, çalışma izni veya ikamet izni almış olması yeterli sayılmıştır²¹.

Azerbaycan Cumhuriyeti Yabancı Yatırımların Korunması Hakkında Kanun’un 2.maddesinde²² bir yatırımcının yabancı yatırımcı statü-

¹⁹ "Citizen" ve "National" kavramları arasındaki önemli farklılıklar: "National" sayılanlar yurtdışındayken (seyahat ederken) ABD'nin konsolosluk tarafından korunma hakkına sahipler. Bundan başka üç aylık ikametinden ardından vatandaşlığa da başvurabilirler. "Citizens" sayılanlar ise ABD seçimlerinde oy kullanma hakkına sahipler.

²⁰ (RG 17/06/2003 – 25141)

²¹ Nuray Ekşi, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, (4 edn., Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul, 2012) 181

²² Azerbaycan'da yabancı yatırımları düzenleyen kanun 15 Ocak 1992 tarihli "Azerbaycan Cumhuriyeti Yabancı Sermaye Kanunu"dur. Kanunun Azerbaycan dilindeki orijinal adı "Xarici İnvestisiyanın Qorunması Haqqında Azərbaycan Respublikası Qanunu"dur.

süne sahip olabilmesi için aşağıdaki kategorilerden birine dâhil olması gerekmektedir.

- Yabancı tüzel kişiler,
- Başka ülkenin vatandaşları, vatandaşlığı olmayan kişiler, başka devlette daimî ikamet hakları olan Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşları- bu gruba katılan kişiler vatandaşı olduğu ya da daimî ikamet ettikleri ülkede ekonomik faaliyeti gerçekleştirmek için kaydolmaları gerekmektedir.

- Yabancı devletler,
- Uluslararası kuruluşlar

İki taraflı ve çok taraflı yatırım anlaşmalarına uygun olarak yatırımcı, gerçek kişi ya da tüzel kişi olabilir. Bir yatırımcıyı "yabancı olarak" nitelendirmek için belirlenen kriterler, yatırımcının gerçek ya da tüzel kişiliğe sahip olması açısından farklılık göstermektedir. Gerçek kişi yabancıysa ya da daimî ikametgahı yabancı bir devlette ise, bu kez "yabancı yatırımcı" olarak kabul edilir²³.

3. Türk Hukukunda Doğrudan Yabancı Yatırım Kavramı

Doğrudan yabancı yatırımlar konusunda Türk hukukunda yer alan düzenlemeler iki kategoride toplanmaktadır. Bunlardan birincisi iç hukuka ait düzenlemeler, diğeri ise Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanan ve kabul edilen uluslararası sözleşmelerdir.

Doğrudan yabancı yatırım kavramı kapsamında, incelenecek ilk düzenleme 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunudur. Kanun yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muamele görmesini sağlamak ve diğer temel ilkeler belirlemekle yabancı yatırımcıların Türkiye’de yatırım yapmaya teşvik etmek ve yabancı yatırımcıları Türkiye’deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kar, satış, tasfiye, tazminat ve lisans bedellerini yurt dışına özgürce transfer edebilmelerini teminat altına almak maksadı ile 17.06.2003 tarihinde onaylanmıştır²⁴.

²³ Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (4 edn. Savaş Yayınevi, Ankara, 2017) 171,176; İlgili dava örnekleri için bkz: Yılmaz (n 8) 177-179.

²⁴ Lerzan Yılmaz, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler” (2006) Y. 5 Sayı:10, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 173-190; Çal (n 8) 145

Kanun, bir yatırımı doğrudan yabancı yatırım gibi nitellemek için üç değişik kriter öngörmektedir. Bunlar: yatırımcının görüş noktasından belirlenen kriterler, yatırım yöntemi ve yatırıma konu değerler açısından tespit edilen kriterlerdir.

Yatırımcı açısından kriterler, yabancı yatırımcı kavramının incelendiği alt başlıkta bahsedilmiştir.

Yatırım yöntemi açısından tanımlanan kriterler:

Yeni bir şirket kurulması: Türk mevzuatına uygun olarak kurulup, tescil edilen ve idare merkezi Türkiye'de olan şirketler Türk şirkettir. Yabancı yatırımcı Türkiye'de TTK'da sayılan şirket türlerinden herhangi birini seçerek ya da BK çerçevesinde adi şirket kurarak yatırım faaliyetinin gerçekleşmesini sağlayabilir. Bu kanaate varmamıza sebep ne TTK'da ne de yabancı yatırımlarla ilgili mevzuat hükümlerinde yabancıların şirket kurmasını engelleyen bir ifadenin bulunmamasıdır.

Büyük sermaye istenen yatırımlarda, ise genel olarak birden fazla kurum birleşerek *joint venture* ya da *konsorsiyum* tipli girişim kurmaktadır. Bu tür ortaklıklar da BK çerçevesinde yeni şirket kurma şeklinde olan yatırım metodlarından biridir²⁵.

5174 sayılı TOBB Kanun'unun 9. maddesinde, şube şu şekilde tanımlanmıştır: Bir merkeze birleşik olmasına rağmen, ister merkezin bulunduğu odanın, ister ayrı odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulmasına ve müstakil sermayesi bulunmasına rağmen tek başına sınai faaliyet ve ticari muamele yapan yerler ve mağazalar olarak belirlenmiştir. DYYK ile beraber yurt dışındaki ortaklıkların Türkiye'de şube açmak amacıyla ön izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır. Yalnızca Sanayi ve Ticaret Bakanlığından alınacak izin ile şube açılmasına izin verilmiştir.

- Yatırımcıların menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi ya da menkul kıymet borsalarından minimum %10 hisse oranı veya aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olması. Bu yolla bir askeri sınır getirilmesinin nedeni hisse senedi alınan şirkette kontrol yetkisinin edinilmesidir. Belirtelim ki son hüküm eski düzenlemelerde dahil edilmeyen, onlara nazaran yenilik getiren hüküm niteliğindedir. Bundan başka önceki düzenlemede Türk şirketinin ser-

²⁵ Erten (n 7) 85-87

mayesinde Türk ve yabancı yatırımcının pay oranı değişirse yabancı ortağın izin alması gerekmektedir. Yeni düzenlemeyle bunun gibi bir yükümlülük ortadan kalkmıştır²⁶.

Yatırıma konu olan değerler açısından tanımlanan kriterler:

Para yabancı yatırım şeklinde en fazla kullanılan değer olmakla birlikte yabancı yatırım dahilinde değerlendirilen tek maddi varlık değildir. Para dışında değerler de DYYK çerçevesinde yabancı yatırım olarak nitelendirilmektedir. Kanunda bu değerler, yurtdışından getirilen ve yurtiçinden karşılanan değerler olarak iki bölüme ayırmaktadır. Yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri dışında), makine ve teçhizat, sınai ve fikri mülkiyet hakları şeklinde karara varılmaktadır.

Kanunun 2. Maddesi f. 2 kısmında ise yurtiçinde sağlanan hangi değerlerin doğrudan yabancı yatırım olarak kabul edileceği şu şekildedir: Yabancı yatırımcı kimliğine haiz kimseler, yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar ile diğer kaynakların aranması ve çıkarılmasına dair haklar ve elde ettikleri kıymetleri yeni şirket kurmak ya da şube açmak amacıyla kullanması.

Görülebileceği gibi, Kanun koyucu doğrudan yabancı yatırım kavramını tanımlamaktan kaçınmış, bunun yerine kanunda yabancı sermaye olarak değerlendirilen yatırımları belirtmiştir. Bu değerler bir önceki DYYK nazaran daha sınırlı olmakla birlikte, Kanunda "gibi" tabirinin kullanımı yabancı yatırımının belirtilen bu değerlerle sınırlı olmaması, bu değerlerin örnek niteliği taşıdığını ifade etmektedir²⁷.

4. Azerbaycan Hukukunda Yabancı Yatırım Kavramı

Azerbaycan hukukunda yatırım kavramı “investisiya” kelimesiyle ifade edilmektedir. Yatırım kavramının yasal tanımı İnvestisiya (Yatırım) Faaliyeti Hakkında Kanunla²⁸ sabitleştirilmektedir. Kanunun 1.

²⁶ İbid 90; Hasan Mushtaha, “Türk Hukukuna Göre Yabancı Yatırımların Tabi Olduğu Mevzuatın İncelenmesi ve Değerlendirilmesi” (2017) (İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku ve AB Anabilim Dalı Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul) 27

²⁷ Erten (n 7) 100

²⁸ Xarici İnvestisiyanın Qorunması Haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu, 15 yanvar 1992, <https://www.taxes.gov.az/az/post/44>, erişim tarihi: 19 Haziran 2020

maddesinde yatırım kavramının tanımı aşağıdaki şekilde belirlenmiştir: Yatırım gelir elde etmek ve sosyal fayda sağlamak maksadı ile girişimcilik ve diğer faaliyet türleri şirketlerine yapılan sermaye aynı anda, maddi ve fikri mülkiyet kazanımlarından oluşmaktadır. Bu kazanımlar aşağıda belirtilenleri kapsamaktadır:

- Para, banka mevduatı, krediler, yatırım değerleri, paylar, hisseler ve değerli kağıtlar,
- Menkul ve gayrimenkul değerler (binalar, yapılar, araçlar ve diğer maddi varlıklar),
- Belirlenmiş şekilde kayıt altına alınan akademik ve diğer fikri mülkiyet eserleri, know how' dan ileri gelen bilgiler,
- Toprak, su ve diğer doğal kaynakları, binaları, yapıları ve araçları kullanma hakkı ve diğer eşya hakları, diğer bütün maddi servetler.

“Yabancı Yatırımların Korunması Hakkında” 15 Ocak 1992 tarihli Kanunun 3. maddesinde yabancı yatırımın tanımı aşağıdaki gibi belirlenmektedir:

Kanunun lafzından anlaşıldığı üzere, yabancı yatırımcılar kanunla yasaklanmayan her alanda yatırım faaliyeti gerçekleştirebilirler. Bazı faaliyet türlerinde yatırımlar ise özel izin belgesi alınarak yapılabilir (m.6). Yabancı yatırımcıların faaliyeti yalnız savunma, ulusal güvenlik, çevrenin ve halkın korunması maksadı ile bazı bölgelerde kısıtlanabilir ya da tam olarak yasaklanabilir (m.7).

Kanunun 2. maddesinde; yabancı tüzel kişilerin, başka ülke vatan-daşı veya vatandaşlığı olmayan gerçek kişilerin, başka devlette daimî ikamet hakları olan Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşlarının, yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların yabancı yatırımcı kavramı kapsamında değerlendirildiği ifade edilmektedir.

Yatırım faaliyetinin yabancı yatırım olarak nitelendirilmesi için, yabancı yatırımcı olarak kabul elden kişiler tarafından hangi yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerektiği 3. maddenin devam eden kısmında aşağıdaki şekilde belirlenmektedir:

- Azerbaycan tüzel ve gerçek kişileri tarafından kurulmuş mevcut şirketlere ortak olma yoluyla,
- Tamamen yabancı yatırımcılara ait olan şirketlerin kurulması yoluyla,
- Toprakları ve doğal kaynakları kullanma ve onlar üzerinde mülkiyet hakkının sağlanması yoluyla,

– Azərbaycan Cumhuriyeti yasal düzenlemelerine göre yabancı yatırımcıların mülkiyetinde olmasına imkân verilen diğer tür malvarlığının elde edilmesi yoluyla,

– Azərbaycan vatandaşları ve tüzel kişileri ile yabancı yatırıma dair yapılan sözleşmelerde belirlenen diğer yöntemlerle faaliyet gösterebilirler.

Azerbaycan Cumhuriyeti mevzuatına uygun olarak, yabancı yatırımları olan şirketler “Tüzel Kişilerin Devlet Kaydı ve Devlet Sicili Hakkında” kanunda belirlenmiş şekilde ve belirlenmiş yetkili devlet kurumlarınca kayıt altına alınmalı, kanunla belirlenmiş sağlık, hijyen ve ekoloji taleplerin gerçekleştirildiğine hakkında bilirkişi raporu almalıdır.

Yabancı yatırım şirketlerinin devlet kurumları yoluyla kayıt altına alınması için gereken belgeler aşağıdaki gibidir.

- Yabancı yatırım şirketinin devlet kaydına alınmasına dair dilekçe,
- Kurucu üyelere ilişkin bilgi-gerçek kişiler ise yabancı ve vatandaşlığı olmayan kişilerin pasaportlarının noter onaylı sureti. Kurucu üyeler tüzel kişiler ise onların yasal olarak kayıt altına alındığı hakkında belge. Bu belge Noter onaylı ya da ilgili ülkede Azerbaycan Cumhuriyeti Büyükelçiliği'nde onaylı olmalıdır,
- Yabancı yatırımlı Şirketin kurucu üyeler yoluyla onaylanmış sözleşmesi,
- Şirketin kurulması ve sözleşmenin kabul edilmesine dair kurucu üyeler ya da onlar tarafından vekalet verilen kişiler tarafından kabul edilen karar,
- Sözleşme ile belirtilen sermayenin ve devlet harcının ödenmesini onaylayan belge,
- Yukarıda sayılan belgeler kurucu üyeleri tarafından değil onların yasal temsilcileri tarafından teslim edilmiş ise vekaletname²⁹.

5. Türkiye ve Azerbaycan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmasında Doğrudan Yabancı Yatırım ve Yabancı Yatırımcı Kavramı

15 Ekim 2011 tarihinde İzmir’de imzalanan ve 30 Ekim 2011 tarihinde Azerbaycan Cumhuriyeti tarafından, 16 Ocak 2013 tarihinde ise Türkiye Cumhuriyeti tarafından tasdik edilen “Türkiye ve Azerbaycan

²⁹ <https://asan.gov.az> erişim tarihi: 20 Haziran 2020

Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması”³⁰ iki ülke arasındaki ekonomik iş birliğini ve ortaklığını arttırmak, yatırımlar için farklı teşvik uygulamaları ve koruma teknikleri tanımak ve ticari ilişkilerin daha da sıkılaştırılması maksadı ile akdedilmiştir. Bu Anlaşmanın “Tanımlar” başlıklı 1. maddesinde hem yatırım hem de yatırımcı kavramlarının hukuki özelliği belirlenmektedir. “Yatırım uzun süreli ekonomik ilişkiler kurma amaçlı faaliyetlerle bağlantılı olarak bir Akit tarafın yatırımcısına diğer Akit tarafın ülkesinde bu Akit tarafın ulusal mevzuatına uygun olarak doğrudan kurulan veya edinilen her türlü malvarlığını” anlatmaktadır. Bundan başka maddenin devam eden kısmında bu malvarlığına dâhil olanlar örnek olarak sayılmıştır ve yatırım kavramının bunlarla sınırlı olmadığı, Anlaşmada belirtilenlerden başka diğer değer ya da hakların da yatırım olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir. Anlaşmada yatırım olarak sayılan hak ve değerler şunlardır:

- Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ile ipotek, rehin, kiralama, intifa hakkı, kefalet gibi diğer haklar ve malvarlığının bulunduğu Akit Tarafın kanun ve düzenlemelerine göre tanımlanan diğer benzeyen eşit haklar;
- Yeniden yatırımda kullanılan gelirler, para alacakları ya da bir yatırıma dair mali değeri olan diğer haklar;
- Hisseler, hisse senetleri veya şirketlere iştirakin diğer her türlü şekli,
- Telif hakları, patentler, sınai tasarımlar, teknik bilgi, ticari itibar gibi fikri mülkiyet hakları ve birlikte Akit Tarafların ulusal mevzuatına münasip diğer benzeyen haklar,
- Doğal kaynakların aranması, geliştirilmesi, çıkarılması veya işletilmesine yönelik imtiyazlar da dâhil olmak üzere, yetkili bir makam tarafından kanun ya da bir sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları.

Bir kurumun yüzde onundan daha az hissesine veya oy hakkına tekabül eden ve borsa yoluyla edinilmiş yatırımlar bu Anlaşma kapsamında değerlendirilmemektedir.

Malvarlıklarının yatırım veya yeniden yatırımda kullanılması şeklindeki herhangi bir değişiklik bunun yatırım olarak nitelendirilmesini etkilemeyeceği de Anlaşma ile hükme bağlanmaktadır.

³⁰ (RG 26/05/1997 – 23000)

Anlaşma dahilinde yatırımcı kavramı ise, Akit tarafın ülkesinde bu Akit tarafın mevzuatına göre yatırım yapmış gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Gerçek kişiler bir Akit tarafın kanunlarına uygun olarak vatandaşlığı haiz olan kişilerdir. Anlaşma kapsamında tüzel kişiler ise Akit Taraflardan birinin yürürlükteki hukuku çerçevesinde kurulmuş ve Akit tarafın ülkesinde kayıtlı idare merkezleri ile beraber yeterli seviyede faaliyeti bulunan ve diğer Akit Tarafın ülkesinde, o ülkenin mevzuatı ile uygun olarak yatırım yapan şirketleri, firmaları ya da iş ortaklıklarını anlatmaktadır. Eğer yatırımcı yatırımın yapıldığı ülke ile diplomatik ilişkisi bulunmayan üçüncü bir ülkenin vatandaşlığı haiz kişilere bağlı ise ya da bu kişilerce kontrol edilmekte ise bu yatırımcının Anlaşmanın hükümlerinden faydalanamayacağı da vurgulanmaktadır (m.1/2).

B. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları

İki taraflı yatırım anlaşmaları yabancı yatırım hakkında hükümler belirleyen hukuki yollardan en yaygın olanı ve en mühimidir. Ülkeler ticari yararlarını ve kazançlarını korumak için geçmişten beri iki taraflı karşılıklı anlaşmalar akdedilmiş, böylece kendi vatandaşlarını koruma hedefli düzenlemeler geliştirmişlerdir. Bu anlaşmalar “Dostluk, Ticaret ve Denizcilik Anlaşması” olarak anılmaktaydı. İki taraflı yatırım anlaşmaları yatırımcıların karşılaşabileceği riskleri azaltarak istikrarlı kararlı ve güvenli bir yatırım ikliminin oluşturulmasına olanak sağlamaktaydı³¹. Temeli bu anlaşmalara dayalı yabancı yatırımların korunması ve teşviki hakkında anlaşmalar ise, 20. yüzyılda imzalanmaya başlamıştır. Toplam, 173 ülke 2000 yılının başına kadar 1857 iki taraflı yatırım anlaşması yapmıştır³².

Hem Türkiye Cumhuriyetinin hem de Azerbaycan Cumhuriyetinin farklı devletlerle imzalamış olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması anlaşmaları incelendiğinde, genel olarak, bu anlaşmalarda yatırımların korunması, iki taraflı teminat verilmesi ve güvenliğin sağlanması, uyuşmazlıkların çözümü, yatırımcıların milli kimliğinin tespit edilmesi kriterleri, gelirin serbest, açık bir şekilde transferi, kamulaştır-

³¹ Esen Akıntürk and, Pınar Baklacı, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Prof. Dr. Reha Poroy’ un Anısına Armağan, C. 25, S.4, 2009) 485

³² Bilateral Investment Treaties 1959-1999, (United Nations, New York-Geneva 2000) 4: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf> (28 Şubat 2003)

ma şartları, kamulaştırma karşılığında ödenecek tazminat ve analojik uygulamalar hakkında hükümlerin tespit edildiği görülmektedir. Bundan başka uyuşmazlıkların çözümü zamanında, anlaşmazlık yaşanmaması için, sözleşmenin uygulama alanının tespitine yarayan, “yabancı yatırım”, “şirket”, “yabancı yatırımcı”, “gelir”, “menfaat” gibi kavramların tanımına da İTYA³³-da yer verilmiştir³⁴.

1. Türkiye ve Azerbaycan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması

Türkiye ve Azerbaycan arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması 15 Ekim 2011 tarihinde İzmir’de imzalanmış, 30 Ekim 2011 tarihinde Azerbaycan Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan Kanunla Anayasanın 95.1. maddesi gereğince tasdik edilmiştir. Anlaşma yürürlüğe girdiği tarihten beri 9 Şubat 1994 tarihli Yatırımların Korunması ve Karşılıklı Teşviki Anlaşması iptal edilmiştir.

Giriş bölümünde akit taraflarının birbiriyle olan ekonomik iş birliğini arttırmak maksadı ile, anlaşmanın sermaye ve teknoloji akımı ile tarafların ekonomik kalkınmasına teşvikini kabul ederek yatırımlara adil ve eşit muamele edilmesinin yatırımlar için istikrarlı bir ortamın oluşturulmasına payı olacağına, sağlık, çevre, güvenliğe dair önlemlerin uluslararası kabul görmüş işçi haklarını zayıflatmadan ulaşılabileceğine ikna olarak bu anlaşmayı imzalamaya karar verdikleri belirtilmektedir.

Anlaşmanın umumi yapısı: 1. madde “yatırım”, “yatırımcı”, “gelirler” ve “ülke” kavramlarının açıklandığı tanımlar, 2. madde yatırımların teşviki ve korunması, 3. madde yatırımlara uygulanacak muamele, 6. madde kamulaştırma, 7. madde zarar için tazminat, 8. madde serbest transfer, 11 ve 12. maddeler ise uyuşmazlıkların çözümü hakkında hükümler içermektedir.

Anlaşmanın 4. maddesi taraf devletin diğer akit tarafının yatırımcısı ile ilgili iş bilgilerine erişim hakkı tanınmış ve bu bilgileri elde ettikten sonra gizliliği korumak için gereken önlemlerin alınması yükümlülüğü belirlenmiştir.

³³ İTYA – İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları

³⁴ Samira Eyvazova, Avrupa İttifaqı və Azərbaycan Respublikası Əməkdaşlığının Hüquqi Əsasları, (Bakı Universiteti Nəşriyyatı 2018) 203; Akıntürk ve Baklacı (n 24) 489

Umumi istisnaların tespit edildiği 5. madde kapsamında ise, Anlaşmanın belirlenmiş temel bilgilere dayanarak yanlış bir şekilde yorumlanmaması öngörülmektedir. Bu maddeye uygun olarak,

Anlaşma,

- İnsan, hayvan, bitki hayatının korunması- genellikle çevrenin korunması ve tüketilebilir doğal kaynakların korunması hakkında tespit edilmiş yasal düzenlemelerin uygulanmasına mâni olacak bir şekilde yorumlanamaz.

- Bir Akit tarafı temel güvenlik çıkarlarına tutarsız olarak değerlendirdiği herhangi bilgiyi açıklamaya ya da bu bilgiye ulaşılmasına imkân vermesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz.

- Güvenlik kuruluşlarına tedarik maksadı ile herhangi bir değer- mal, teçhizat, hizmetin- temin etmesine dair işlemlerde, savaş ve uluslararası ilişkilere dayalı acil durumlarda, nükleer silahlara ilişkin anlaşmaların uygulanmasına dair işlemlerde- kendi güvenlik menfaatlerinin korunması için gereken tedbirlerin alınmasına mâni olacak şekilde yorumlanamaz.

- Son olarak maddenin son hükmünden dolayı herhangi Akit Devletini Birleşmiş Milletlerinin barış ve güvenliği temin etmek için gereken yükümlülüklerin icra edilmesini sınırlandıracak şekilde yorumlanamaz.

Halefiyete dair düzenleme kapsayan 9. madde çerçevesinde ise, “Anlaşmaya taraf olan her bir devlet kendi yatırımcısını ticari olmayan risklerden korumak adına madde ile belirlenen sigortaya sahipse sigortalayanın yatırımcı ile sigortalayan arasındaki sigorta sözleşmesinin şartlarından ileri gelen her türlü halefiyetinin diğer devlete tanınacağı” kabul edilmektedir.

Müzakereler başlıklı 10. madde kapsamında, Anlaşma tarafları arasında herhangi bir uyuşmazlığı, Anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir konuyu ya da Anlaşmanın uygulanması esnasında ortaya çıkacak herhangi sorunu incelemek maksadıyla taraflardan birinin talebi ile yetkili makamlar arasında müzakerede bulunulacağı hükme bağlanmaktadır.

Uygulama kapsamı adlı 13. madde de bu Anlaşmanın yürürlüğe girmesinden önceki ve sonraki yatırımlara uygulanacağı ancak Anlaşmadan evvelki uyuşmazlıklara ve çözümlenmemiş taleplere uygulanmayacağı yerine getirmeyeceği ifade edilmektedir.

Anlaşma çerçevesinde ek ve değişiklikler tarafların müşterek onayı ile ayrı protokoller şeklinde yapılacaktır. (m.14)

Anlaşmanın taraflarının akdin icrası ile ilgili iç yasal işlemleri tamamladıkları hakkında yazılı ve diplomatik bildirimlerden en son verilen tarihinin göre yürürlüğe gireceği, 10 yıllık bir zamanla yürürlükte

kalacağı 15. madde ile hükme bağlanmıştır. Bundan başka, bu madde çerçevesinde, on yıl sonra, Anlaşma taraflarından herhangi biri tarafından, anlaşma feshedilmedikçe, anlaşmanın yürürlükte olmaya devam edeceği belirtilmektedir.

2. Türkiye ile Azerbaycan Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması

9 Şubat 1994 tarihinde imzalanan "Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması"³⁵. 1 Eylül 1997'de yürürlüğe girmiştir. Anlaşma 29 maddeden oluşmaktadır. Anlaşma iki ülke arasındaki ekonomik iş birliğini desteklemek için Anlaşma taraflarından birinin ya da her ikisinin mevzuatı uyarınca ev, ikametgâh, iş merkezi, kanuni merkez yahut benzer yapıda diğer herhangi bir kriterden dolayı vergi yükümlülüğü altına giren kişilere uygulanmaktadır.

Anlaşma kapsamına giren kişiler, anlaşmanın uygulama alanına giren vergiler, genel tanımlar, mukim kavramının tanımı, işyeri, gayrimenkul değerlerden kazanılan gelir, ticari kazançlar, gemicilik, hava ve kara taşımacılığı, bağımlı teşebbüsler, gayri maddi hak bedelleri, sermaye değer artış kazançları, serbest meslek faaliyetleri, bağımlı faaliyetlerden, hizmetlerden kazanılan gelir, müdürlere yapılan ödemeler, sanatçılar ve sporcular, emekli maaşları, kamu görevlileri, öğretmen ve öğrenciler, diğer gelirler, çifte vergilendirmenin önlenmesi, ayırım yapılmaması, karşılıklı anlaşma usulü, bilgi değişimi, diplomat hüviyetindeki memurlar ve konsolosluk memurları, idari yardımlaşma, yürürlüğe girme ve yürürlükten kalkma ile ilişkin mevzular madde başlıkları şeklinde düzenleme alanı bulmaktadır.

Anlaşma dahilinde, her Anlaşma tarafının çifte vergilendirmeyi nasıl önleyeceği belirlenmektedir. Bu konunun, hükme bağlandığı 22. madde gereğince Türkiye mukimleri, yani Akit Devletin mevzuatına göre ev, ikametgâh, iş merkezi, kanuni merkez ya da benzeyen yapıda diğer herhangi bir kriterden dolayı vergi mükellefiyeti altına giren kişiler için çifte vergilendirmenin belirtildiği şekilde önüne geçilecektir şöyle ki;

³⁵ (RG 27/6/1997 – 23032). Anlaşma metni için bkz: http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/uluslararası_mevzuat/AZERBAYCAN.htm erişim tarihi: 15 Temmuz 2020

Anlaşma ile belirtilmiş gelirler haricinde mukim, Azerbaycan'da vergilendirilebilen bir gelir sağladığında, Türkiye, bu geliri vergiden muaf tutulacaktır.

Azerbaycan'da mukimler için çifte vergilendirmeyi engellenecektir. Şöyle ki, bir Azerbaycan mukimi, bu Anlaşma hükümlerine göre Türkiye'de bir gelir elde ettiğinde, bu gelir Türkiye'de vergilendirilebilir. Türkiye'de bu gelir üzerinden ödenen vergiler, Azerbaycan'da gelir üzerinden alınan vergilerden düşülecektir. Söz konusu tutar Azerbaycan'da vergi mevzuatı gereğince hesaplanan vergi tutarını aşamayacaktır.

II. TÜRKİYE AZERBAYCAN İLİŞKİLERİ

A. Türkiye ile Azerbaycan Arasında Yatırımların Durumu ve Değerlendirilmesi

Türkiye'nin Azerbaycan'a ihracatı 2013 yılında 2,9 milyar dolar, ithalatı ise 1,7 milyar dolar olarak gerçekleşmiştir. Bu sürede toplam 4,6 milyar dolar seviyesine ulaşan dış ticaret hacmi bir önceki yıla göre %11'lik artış göstermiştir. Türkiye'nin verdiği dış ticaret fazlası ise bir önceki yıl ile karşılaştırdığımızda %30'luk bir artışla 1,2 milyar doları bulmuştur. 2013 yılı Azerbaycan'a ihracatın ilk üç kalemini demir-çelik, mobilya ürünleri ve kıymetli metaller oluşturmaktadır. Azerbaycan'dan ithalatın ilk üç kalemini ise doğal gaz, işlenmemiş alüminyum ve ham petrol teşkil etmektedir. İkili ticaret hacminin 2023 yılına kadar 15 milyar dolara çıkarılması hedeflenmektedir³⁶.

Türk firmalarının Azerbaycan'daki doğrudan yatırımları 5,3 milyar dolara ulaşmıştır. Ülkede 25 bini aşkın kişiye iş imkânı sunan 700'den fazla Türk şirketinin yatırımları özellikle, telekomünikasyon, bankacılık/sigorta, ulaştırma, gıda ticareti, tekstil, eğitim, mobilya ve inşaat malzemeleri sektörlerine yönelmiştir.

Türk müteahhitlik firmaları Azerbaycan'da şimdiye kadar toplam 9 milyar dolar değerinde 328 proje üstlenmişlerdir. Sadece 2013 yılında Türk müteahhitlerince 2,8 milyar dolar değerinde 22 proje üstlenilmiştir³⁷.

2014 yılında ise Azerbaycan iş adamları Türkiye'de 135 firma kurmuştur. Bu firmaların büyük bölümü hizmet sektöründe faaliyet gös-

³⁶ Van Ticaret ve Sanayi Odası Azerbaycan Ülke Raporu 2018, s.15. http://www.vantso.org.tr/u/files/AZERBAYCAN_ULKE_RAPORU2018-W353O5_3423.pdf, erişim tarihi: 23 Temmuz 2020

³⁷ Manisa İdeal Kent Sayı: 20 s.15 <http://www.renklikalem.com.tr/old/manisa/idealkent20/files/assets/basic-html/page15.html>, erişim tarihi: 22 Temmuz 2020

termektedir. Bu firmaların toplam sermayesi 5 milyon ABD doları olarak değerlendirilmektedir. Azerbaycan, Türkiye sermayesi olan BDT³⁸(Bağımsız Devletler Topluluğu) ülkeleri arasında Rusya'dan sonra ikinci sırada gelmektedir³⁹.

Azerbaycan'ın işgal altındaki topraklarını kurtarması ile beraber Nahçıvan koridorunun açılması, Azerbaycan'ın karadan bölgeye bağlantı kurması Türkiye'yi de stratejik anlamda kazanan ülke kategorisine yükseltti. Türkiye'ye, Nahçıvan üzerinden Orta Asya ve Pasifik'e uzanan stratejik bir koridor kazandırdı. Bu koridorla birlikte enerji ve ticaret denklemi kökten değişecek, ekonomik kalkınmaya ve ekonomik istikrarın devamına önemli katkı sağlayacaktır.

B.Azerbaycan'da Yabancı Yatırımlar ve Yatırım Potansiyeli

Dünya Bankası ve İngiltere'nin "Oxford Analytical" şirketi tarafından yapılan hesaplamalara göre, geçiş sürecinin on yılı içerisinde Azerbaycan, Orta ve Doğu Avrupa'nın, Orta Asya'nın eski sosyalist 26 ülkesi arasında, yabancı yatırım hacmi itibarıyla beşinci sırada yer almıştır. Azerbaycan'a yapılan toplam yabancı yatırım hacmi, Polonya, Rusya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti gibi devletlerden daha yüksek olmuştur⁴⁰.

Bilhassa enerji sektörü ve petrokimya alanında yatırımlar artarak sürmektedir. Ancak diğer sahalarda özellikle de gıda ve tekstil sektöründe yatırım iklimi istenilen seviyeye çıkarılamamıştır. Bu husus bazı açılardan yatırımcılar için bir dezavantaj olarak görülse de özellikle de piyasa payı ve piyasaya ilk girme gibi nedenler kapsamında bu durum birçok açıdan avantaj olarak da algılanabilir. Yabancı yatırımcılar ülkeye davet edilmekte ve onlara her türlü kolaylığın sağlanacağına söz verilmektedir. Genel olarak Azerbaycan'da yabancı sermaye olumlu karşılanmaktadır.

Azerbaycan'ın yabancı yatırımcılar için avantajları şunlardır⁴¹: Ekonomik açıdan elverişli stratejik konumu, doğal kaynaklar açısından

³⁸ BDT- Sovyetler Birliği'nden ayrılan devletler tarafından kurulan Bağımsız Devletler Topluluğu

³⁹ Azerbaycan Ekonomi Bakanlığı, www.economy.gov.az, erişim tarihi: 25 Temmuz 2020

⁴⁰ Yadulla Heslenli, Neft Gelirlerinin Azerbaycanın İqtisadiyyatına Tesirinin Semerelik Problemleri- Valyuta Böhranı: "Dağıdıcı Artım", "Holland Xesteliği", ve Asiya Maliye Virusunu", Globallaşma Prosesinde Qafqaz ve Orta Asiya Mövzusunda Beynelxalq Konfrans Materialları, (Bakı, 2003) 217- 219.

⁴¹ İmran Cəfərzadə, "Əsaslı İnkişaf illəri", (İqtisadiyyat, 18 Oktyabr-1 Noyabr, 2004) 3.

zengin bir bölgede yerleşmesi, yabancı yatırımlar için sosyal, iktisadi ve yasal açıdan münasip bir yatırım ikliminin olması, aynı zamanda ucuz ve nitelikli iş gücü, bundan başka hızlı bir şekilde yol alan, rekabete dayalı, açık pazar ekonomisi ve petrol sektöründe geniş yatırım imkânlarının olması⁴².

C. Azerbaycan'da Yabancı Yatırım Ortamı

Azerbaycan'da yabancı yatırımın tam hukuki garantisi, Yabancı Yatırıma Devlet Garantisi Kanunu Azerbaycan Cumhuriyetinin imzaladığı uluslararası anlaşmalarla garanti edilir.

Azerbaycan'da yabancı sermaye ile ilişkili münasebetler "Yabancı Sermayenin Korunması" yasası ile düzenlenmektedir. Bu kanun Azerbaycan Cumhuriyeti sınırları içinde yabancı yatırımın hukuki ve iktisadi ilkelerini içerir. Bu yasa ile yabancı yatırımcılara yasal zemin hazırlanmıştır. Yasa ile yabancı vatandaşların, yabancı tüzel kişilerin, vatandaş olmayan şahısların ve yabancı ülkelerde daimî yaşayan Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşlarının, yabancı devletlerin, uluslararası örgütlerin Azerbaycan'a yabancı yatırımcı olarak yatırım yapmasına yetki verilmiştir. Yabancı yatırımcılar için öngörülen hukuki korumalar şu şekildedir:

- Azerbaycan Cumhuriyetinin özel ve tüzel kişilikleri tarafından oluşturulan kurumlarda katılımcılık ve ortaklık hisseleri ile;
- Tam olarak yabancı yatırımcıya ait bir girişimin oluşturulması ile
- Azerbaycan Cumhuriyeti kanunlarına uygun olarak müesseselerin, emlak komplekslerinin, binaların ortaklık payının, hisse senetlerinin ve başka kıymetli kağıtların hepsinin yabancı yatırımcıdan elde edilmesi ile;
- Yer altı kaynaklarını ve toprağı kullanma hakkının ve diğer mülk haklarının elde etmesi ile;
- Azerbaycan Cumhuriyeti özel ve tüzel kişileri ile yabancı yatırımcıların diğer konuları dikkate alan anlaşmalar yapması ile.

Mevcut mevzuat uyarınca yerli ve yabancı sermaye genellikle eşit muameleye bağlıdır.

Askeri teknoloji yatırımları; nükleer tesisler, Azerbaycan Milli Meclisi tarafından kabul edilen ve ülkenin milli çıkarlarına ve bağımsızlığına zarar verecek yatırımlar dışında, bütün sektörlerde yabancı sermaye yatırımı tamamen serbesttir⁴³.

⁴² Sabina Hasanova, "Türkiye ve Azerbaycan Arasındaki Yatırımların Hukuki ve İktisadi Açıdan İncelenmesi" (2015) Yüksek Lisans Tezi: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 34

⁴³ Rasim Hesenov, "Azerbaycanın İktisadi İnkişaf Paradigması ve İktisadi Tehlükesizlik Konsepsiyasının Seçimi", (Meşveret Büllteni, No:7(43), Bakı, Ekim, 2001) 6-8

Azerbaycan Cumhuriyeti halkına ve devletine zarar veren durumlar dışında yabancı yatırımlar kamulaştırılmaz ve el konulamaz. Şimdiye dek Azerbaycan'da herhangi bir yabancı sermaye yatırımına dair herhangi bir kamulaştırma prosedürü olmamıştır ve devletin bu konudaki yaklaşımı da şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekildedir. Azerbaycan'da çalışan yabancı yatırımcılar, aynen bu ülkenin vatandaşları gibi kendi ya da bu ülkenin kuruluşlarıyla ticari bir anlaşmazlık çıktığı durumunda tahkime başvurabilirler. Hükümetin, Azerbaycan'da yapılacak yatırımlar için nakit ya da kredi olarak temin edilen herhangi bir teşviki bulunmamaktadır. Sağlanan teşvikler genellikle vergi muafiyeti şeklindedir. Bu bağlamda, %30'un üzerinde yabancı sermaye oranına sahip yabancı sermaye yatırımlarına şu olanakları sağlanmaktadır: İhracat lisansından muafiyet ihraç edilen mallar için, yeni ekipman maliyetini vergiden düşme, yatırıma dair makine ve teçhizat ithalatında gümrük muafiyeti ve istihdam edilecek yabancı personelin kendi kullanımı için getirilen eşyanın ithalatında gümrük vergisi muafiyeti.

Azerbaycan'da kayıtlı yabancı tüm işletmeler vergiye tabidir. Bütün yasal işletmeler Azerbaycan'da ticari faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar üzerinden vergi ödemeleri gerekmektedir. Azerbaycan'da kurumlar vergisi 1996 yılında %32, 1999 yılında %27, 2003 yılında %25, 2006 yılında %22 vergi derecesi olarak hesaplanmaktaydı. Son olarak ise 2010 yılından kurumlar vergisinin oranı %20 olarak kabul edilmiş ve bu oran hala geçerliliğini korumaktadır⁴⁴.

D. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi

Yabancı sermaye yatırımlarında korunma altına alması gereken en mühim etken, yatırımların ev sahibi ülkelerce kamulaştırma ve tazminat gibi uluslararası geçerli olan kurallar adı altında ihlal edilmemesi ve yatırımcıların mağdur edilmemesidir. Yatırımcılar elbette ki yatırım dolaşısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklarda ulusal mahkemelere başvurarak ihtilafların çözüm için çaba sarfedebilir. Ancak ulusal mahkemelerin ev sahibi ülkeler ile aynı tarafta bulunması, ihtilafların çözümü bakımından yatırımcı için inandırıcı ve tatmin edici neticeyi almasını zorlaştırmakta-

⁴⁴ Azerbaycan Respublikasının Vergi Məcəlləsi, <https://www.taxes.gov.az/az>, erişim tarihi: 26 Temmuz 2020

dır⁴⁵. Yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı güvensizliği ve tereddüdü Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (ICSID) tahkimi ile giderilmiş ve yatırımcı ile ev sahibi ülkeye aynı dereceden bir konum sağlamıştır⁴⁶.

Dünya Bankası, yatırımcıların olası şikayetlerini ortadan kaldırmak veya yatırımın yol açtığı zararları telafi etmek amacıyla ev sahibi ülkeler ile yabancı sermaye yatırımcısı arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için hazırlanan bu antlaşma, Dünya Bankasına üye ülkelerin imzalanmasına takdim edilmiş ve zamanla 140 ülke bu anlaşmaya katılmıştır⁴⁷.

Antlaşmanın maksadı ev sahibi devlet ile yatırımcı arasındaki ihtilafı uzlaşma ya da tahkim yolu ile çözmektir. Fakat buradaki uzlaşma ve tahkimi ICSID kendisi yapmaz. Bu görevi ICSID antlaşması ile yetkilendirilmiş uzlaştırmacılar ya da hakem mahkemesi, yine anlaşmaya uygun olarak çıkarılmış düzenlemelere göre yerine getirir⁴⁸. ICSID tahkimi için üç şart gereklidir. Bunlar tarafların izini, tarafların kimliği ve ihtilafın konusudur⁴⁹.

ICSID tahkim yargılamalarında, devletin kamulaştırma ve benzer tasarrufları, tazminat miktarı ve hesaplanması, yatırımcının yatırım yaptığı ülke ile olan uyuşmazlıkları ve yatırımcının uyruğunun belirlenmesi, uyuşmazlığın ulusal hukukla kısıtlamaya çalışılması, anapara, kar ya da personel ücretlerinin transferi, yabancı kontrolündeki ulusal yatırımcının ev sahibi devlet ile olan uyuşmazlıkları, ICSID'in yargı yetkisi ve uyuşmazlık için sağlanacak hukuk konularında, anlaşmazlıklar çözümlenmektedir⁵⁰.

ICSID tahkimi, akit devletler arasında üye devletlerden birinin vatandaşları ile yatırımı yaptığı diğer devlet arasında çıkan ihtilaflara çözüm amacıyla başvurulacak tahkim olduğu gibi konvansiyona üye olmayan

⁴⁵ Tiryakioğlu (n 3) 148; Erten (n 7) 199; Nuray Ekşi, Milletlerarası Ticaret Hukuku, (2 edn, İstanbul, Beta Yayınevi. 2015) 159

⁴⁶ İlhan Yılmaz, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID. (Beta, İstanbul, 2004) 41; Ekşi (n 34) 159

⁴⁷ Erten (n 7) 199

⁴⁸ Erten (n 7) 200–201

⁴⁹ Ekşi (n 34) 159

⁵⁰ Salih Tuygun, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi (İzmir, 2007) 79

devletler arasındaki ikili anlaşmalarda da ortaya çıkacak ihtilafların ICSID tahkiminde çözülmesi kararlaştırılabilir⁵¹.

Türkiye’de 1989 yılında yürürlüğe giren bu antlaşma ilk yıllarda fiilen uygulama bulamamıştı. Bu antlaşmanın uygulanmasını önleyen anayasal engellerle birlikte Türkiye’nin antlaşmaya üç çekince koyması da uygulamayı engelleyen etkenlerdi. Türkiye’de bulunan taşınmaz malların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ile, yabancı sermaye ile ilgili yürürlükteki mevzuat çerçevesinde izin verilmiş ve fiilen yatırım faaliyeti başlamış olan yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların ve Türkiye Cumhuriyeti’nin diğer ülkelerle imzalayacağı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması hakkında antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının Lahey Adalet Divanına götürülmesine bağlı olarak ICSID Antlaşmasının 64. maddesine çekince konulmuştur⁵².

ICSID nezdinde Azerbaycan aleyhine açılmış davalardan biri Barmek Holding’a aittir. Barmek Holding ile Azerbaycan arasındaki elektrik imtiyazı ile ilgili 16 Ekim 2006 tarihinde açılan uyuşmazlıkta taraflar aralarında anlaştıkları için dava sona ermiş ve tarafların talebi üzerine 28 Eylül 2009 tarihinde mahkeme tarafından karar olarak düzenlenmiş ve uzlaşma ile neticelenmiştir.⁵³

SONUÇ

Dünya genelinde küreselleşme sürecinin hızlanması, yabancı sermayenin ekonomik kalkınmaya olan katkısı, gelişmiş ve gelişmekte olan tüm ülkelerin dikkat merkezine çevirmiştir. Küreselleşmeyle beraber, ekonomi ve ticarete liberalleşme eğilimlerinin hızlanması, sermayenin serbest dolaşımını kolaylaştırmış, ticaret serbestleşmiş ve tüketici alışkanlıklarında benzerliklerin arttığı görülmüştür.

Yabancı sermaye yatırımlarının gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerinde rolünün büyük olması, bu ülkelerin bu tür yatırımlara ihtiyaç duyması, onları kanunlarında yapacakları düzenlemeler ile yabancı yatırımcılar açısından ülkelerini cazip hale getirmeye teşvik etmektedir. Dünyanın birçok ülkesinde yabancı sermaye yatırımlarını teşvik etmek

⁵¹ Tiryakioğlu (n 3) 149 dn. 555.

⁵² Erten (n 7) 200

⁵³ Barmek Holding A.S. v. Republic of Azerbaijan (ICSID Case No. ARB/06/16), Award embodying the parties' settlement agreement rendered on September 28, 2009, pursuant to ICSID Arbitration Rule 43/2 (yayınlanmamış).

maksadıyla çok sayıda kanun hazırlanmış, yabancı yatırımların korunması yönünde ikili ve çok taraflı anlaşmalar yapılmıştır.

Ülkelerin ekonomik kalkınmasına katkı sağlayan ve yatırımcıların birikimlerini verimli bir şekilde kullanarak kâr elde etmelerini sağlayan yabancı yatırımlar konusu, çalışmamızda Türk ve Azerbaycan hukuk mevzuatları çerçevesinde incelenmiştir.

Azerbaycan'ın Türkiye ile dostluk ilişkileri çok uzun zamanlara dayanmaktadır. “Tek Millet İki Devlet” anlayışıyla devam eden bu ilişkiler her bakımından kendisini göstermektedir. İki ülke arasındaki dil, tarih, din ve soydaşlık birliği ticari ilişkilerin geliştirilmesinde önemli bir rekabet avantajı yaratmaktadır. Azerbaycan bağımsızlığını kazandığından beri iki devlet arasındaki sosyo-politik, ekonomik-ticari ilişkiler her zaman üst düzeyde gelişmiştir. Yabancı yatırımlar doğrultusunda iki ülke arasındaki ilişkiler için de aynı tanımlamayı yapmak mümkündür. Ekonomik ilişkiler birkaç yıl önceye kadar sadece Azerbaycan'dan Türkiye'ye hammadde ve bazı yarı mamul ihracı, Türkiye'den Azerbaycan'a ise genellikle petrol olmayan çeşitli alanlara belirli yatırımlar yapılması şeklindeydi. Şimdi Azerbaycan'dan Türkiye'ye büyük yatırımların gerçekleştirilmesi ve nispeten çok çeşitli ihracat, Türkiye'den ise Azerbaycan'da ekonomik hatta sosyal projelerde geniş yatırımlar gözlemlenmektedir.

Türkiye, Azerbaycan'daki yabancı yatırım ve ticaret hacmi olarak en büyük paya sahip ülkelerden biri olmayı başarmıştır. Türk firmalarının pazarı yakından tanıyor olması, ülkenin coğrafi olarak yakınlığı, iki ülke arasında ticaretin altyapısını oluşturan gerekli anlaşmaların imzalanmış olması, Azerbaycan'ın ithalatında önemli paya sahip olunması, ülkede faaliyette bulunan çok sayıda Türk firmasının bulunması, Türk ürünlerinin pazarda diğer ülkelerin mallarına kıyasla tercih edilmesi bu pazarlarda Türkiye'nin sahip olduğu başlıca üstünlüklerdir.

Her iki ülkenin yabancı yatırımlara dair yasal düzenlemelerine baktığımızda, yabancı yatırımlara ilişkin temel çok taraflı anlaşmalara taraf olmakla beraber kendi aralarında da Yabancı Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Anlaşması, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması imzaladıkları görülmektedir.

Türkiye-Azerbaycan arasındaki yatırımları geliştirilmesine katkı sunmak için çalışmamızda Türkiye ile sosyal- siyasi ve ekonomik işbirliği içinde olan Azerbaycan'da yabancı yatırımlar ve yatırım potansiyeli, yatırım ortamına yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Allahverdiyev, S. Azərbaycan Respublikasının Beynəlxalq Xüsusi (Mülki) Hüquq Kursu, (Bakı: Diggesta Nəşriyyat 2007)

Akıntürk E. and Baklacı P. İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi: Prof. Dr. Reha Poroy' un Anısına Armağan, C. 25, S.4, 2009) 485

Algüner A. Kurumsal Yatırımcılar, Finansal Piyasalara Etkileri ve Türkiye Örneği, (Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara, 2006, Yayın No: 199) 35

Anderson, T. Multinational Investment in Developing Countries, A Study of Taxation and Nationalization, (London-New York, 1991) 29.

Arıkan, D. Türkiye'de Doğrudan Sermaye Yatırımlar, (İstanbul: Arıkan Basım Yayım 2006)

Baklacı, P. Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi. (İstanbul: Beta Yayınları 2009)

Baykal, M. Hukuksal ve Kuramsal Bağlamda Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de Doğrudan Yabancı Yatırımlar. (1.Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2014)

Bayraktar, F. Dünyada ve Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları, (Ankara: Türkiye Kalkınma Bankası A.Ş.2003)

Cəfərzadə, İmran “Əsaslı İnkişaf illəri”, (İqtisadiyyat, 18 Oktyabr-1 Noyabr 2004) 3

Çal, S. Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Kamu Hukuku İlişkisi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık 2009)

Doğan, V. Milletlerarası Özel Hukuk, (4. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi 2017)

Ekşi N. Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, (4. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul, 2012) 181.

Ekşi, N. Milletlerarası Ticaret Hukuku, (4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi 2020)

Erten, R. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, (Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005)

Eyvazova, S. Avropa İttifaqı və Azərbaycan Respublikası Əməkdaşlığının Hüquqi Əsasları, (Bakı: Bakı Universiteti Nəşriyyatı 2018)

Giray, F. K. Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler, (İstanbul: Beta, 2013)

Hesenov, R. “Azerbaycanın İqtisadi İnkişaf Paradigması ve İqtisadi Təhlükəsizlik Konsepsiyasının Seçimi”, (Məşvərət Büllteni, No:7(43), Bakı 2001)6-8.

Sezer, H./Kilmister, A. "Foreign Direct Investment", International Business Economics: A European Perspective (eds. Piggott, J./Cook, M.), (London-New York,1993) 326

Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment, (3rd.edn.Cambridge University Press. 2010)

Tiryakioğlu, B. Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, (Ankara: Sözkese Matbaası 2003)

Tuygun, S. ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, (İzmir 2007)

Yılmaz, A. Ç. Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, (On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013)

Yılmaz, İ. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, (Beta, İstanbul. 2004) S.41

Tezler

Hasanova, S. “Türkiye ve Azerbaycan Arasındaki Yatırımların Hukuki ve İktisadi Açidan İncelenmesi” (2015) Yüksek Lisans Tezi: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Mushtaha H. “Türk Hukukuna Göre Yabancı Yatırımların Tabi Olduğu Mevzuatın İncelenmesi ve Değerlendirilmesi” (2017) (İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku ve AB Anabilim Dalı Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul)

Dergiler

Yılmaz L. “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler” (2006) Y. 5 Sayı:10, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 173-190

Konferanslar

Həsənli, Y. Neft Gəlirlərinin Azərbaycanın İqtisadiyyatına Təsirinin Səmərəlilik Problemləri. Globallaşma Prosesində Qafqaz və Orta Asiya Mövzusunda Beynəlxalq Konfrans Materialları, (Bakı,2003) 217- 219

Raporlar

UNCTAD, Tax Incentives and Foreign Direct Investment, Geneva: A Global Survey. 2000

İnternet

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/uluslararası_mevzuat/AZERBAYCAN.htm Erişim tarihi: 15 Temmuz 2020

<https://www.taxes.gov.az/az/post/44>, erişim tarihi: 19 Haziran 2020

http://www.vantso.org.tr/u/files/AZERBAYCAN_ULKE_RAPOR_U2018-W353O5_3423.pdf, erişim tarihi: 23 Temmuz 2020

<http://www.renklikalem.com.tr/old/manisa/idealkent20/files/assets/basic-html/page15.html>, erişim tarihi: 22 Temmuz 2020

<https://www.asan.gov.az> Erişim Tarihi: 20 Haziran 2020

<https://www.economy.gov.az/> Erişim Tarihi: 25 Temmuz 2020

UZMAN GÖRÜŞÜ

EXPERT OPINION

* Limited Şirkette Aynî Sermaye ve İşletme Devirlerine İlişkin Yolsuzluklardan Doğan Sorumluluklar

Liabilities Arising from the Corruptions Related to the Capital in Kind and Business Take Over in a Limited Company

Dr. Soner ALTAŞ

LİMİTED ŞİRKETTE AYNÎ SERMAYE VE İŞLETME DEVİRLERİNE İLİŞKİN YOLSUZLUKLARDAN DOĞAN SORUMLULUKLAR*

(LIABILITIES ARISING FROM THE CORRUPTIONS RELATED TO THE CAPITAL
IN KIND AND BUSINESS TAKE OVER IN A LIMITED COMPANY)

Dr. Soner ALTAŞ¹

ÖZ

Limited şirkete üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları ayni sermaye olarak konulabilir; hizmet edimleri, kişisel emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olarak konulamaz. Türk Ticaret Kanunu'nda, sermayenin korunması ilkesinin gereği olarak, ayni sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınlara değerlemesinde yolsuzluk yapılması yasaklanmış ve buna aykırılık halleri için hem hukukî hem de cezaî sorumluluk öngörülmüştür. Bu çalışmada, hem hukukî sorumluluk hem de cezaî sorumluluk doğuran limited şirkette aynî sermayenin ve işletme devirlerinin değerlerinin biçilmesinde yolsuzluk yapılması hususu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: limited şirket, aynî sermaye, işletme devri, değerlendirme, yolsuzluk, tazminat davası, zamanaşımı, adlî para cezası.

ABSTRACT

The assets, including intellectual property rights and virtual environments, which can be assessed and transferred in cash but not subject to a limited in-kind right, foreclosure and measure are allowed to be the capital of a limited liability company. However, service performances,

* Bu çalışmada belirtilen görüşler yazarına ait olup, çalıştığı Kurumunu bağlamaz.

¹ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Başmüfettişi, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4600-0466

personal labor, commercial reputation and undue receivables cannot be accepted as capital. As a requirement of the principle of the protection of capital, Turkish Commercial Code restrains the corruption related to the the valuation of the capital in kind or the business to be taken over and stipulates both legal and criminal liability for inconsistencies. In this study, we aim to explain and discuss the the issue of corruption in the valuation of the capital in kind and business take over in a limited liability company, which gives rise to both legal and criminal liability.

Keywords: *limited liability company, capital in kind, business take over, valuation, corruption, case of compensation, statute of limitations, judicial fine.*

1. GİRİŞ

Limited şirket, sermayesi belirli olan bir ticaret şirkettir. Limited şirkette sermaye kavramının önceden belirlenmiş ve muayyen olması, şirketle işlem yapan üçüncü kişiler bakımından güvence oluşturmaktadır². Bu nedenle, limited şirkete hakim olan ilkelerden birisi sermayenin korunmasıdır. Sermayenin korunması ilkesi dar anlamda şirkete getirilen sermaye tutarının iadesine, eksilmesine engel olurken, geniş anlamda şirketin malvarlığının korunması olarak anlaşılmaktadır³. Limited şirkete sermaye olarak nakdî değerler yanında aynî sermaye unsurları da konulabilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴ (TTK⁵)’nın 127’nci maddesinin birinci fıkrasında para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait payların; fikrî mülkiyet haklarının; taşınır ve her çeşit taşınmazın; taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma haklarının; kişisel eme-

² Dal, Seniha, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M.342’ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s.396

³ Karaman Coşgun, Özlem, Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, 2012, s.341

⁴ 14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁵ Çalışmamızda, 13 Ocak 2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu için “TTK” kısaltması kullanılmıştır.

ğın; ticari itibarın; ticari işletmelerin; haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin; maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer hakların; devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değerın ticaret şirketlerine⁶ sermaye olarak konulabileceğı belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise 581'inci maddenin birinci fıkra hükmünün saklı olduğı hükme bağlanmıştır.

TTK'nın 581'inci maddesinin birinci fıkrasında ise, limited şirkete *üzerlerinde sınırlı aynî bir hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fıkri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar da dâhil, malvarlığı unsurlarının* aynî sermaye olarak konulabileceğı, *hizmet edimleri, kişisel emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacakların* sermaye olarak konulamayacağı belirtilmiştir. TTK'da limited şirketin esas sermayesinin eksiksiz teşekkül etmesini ve korunmasını sağlayıcı çok sayıda hüküm öngörülmüş ve sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen genel kurul kararlarının butlanla sakat olduğı hükme bağlanmıştır⁷. Ayrıca, sermayenin korunması ilkesinin bir yansıması olarak, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde yolsuzluk yapılması yasaklanmış ve buna aykırılık halleri için hem hukukî hem de cezaî sorumluluk öngörülmüştür. İşte bu çalışmada, özel hukukî sorumluluk hallerinden biri olan ve aynı zamanda cezaî sorumluluk doğuran limited şirkette aynî sermayenin ve işletme devirlerinin değerlerinin biçilmesinde yolsuzluk yapılması hususu üzerinde durulacaktır.

2. LİMİTED ŞİRKETTE AYIN VE İŞLETMELERE DEĞER BİÇİLMESİNDE YOLSUZLUK YAPILMASINDAN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

TTK'nın limited şirkete ilişkin TTK'nın 644'üncü maddesinin (a) bendinde anonim şirkete dair *“belgelerin ve beyanların kanuna aykırılığına ilişkin 549 uncu; sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi hakkında 550 nci; değer biçilmesinde yolsuzluğa*

⁶ TTK'nın 124'üncü maddesi uyarınca, ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibarettir.

⁷ Karasu, Raif, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İle İlgili Getirilen Yenilikler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, 2013, s.51

dair 551 inci; kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen 553 üncü; denetçilerin sorumluluğuna ilişkin 554 ilâ 561 inci maddeler”in limited şirketlere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır⁸.

TTK’nın 644’üncü maddesi, sorumluluğa ilişkin on birinci bölüm hükümlerine, sadece halktan para toplamaya ilişkin 552’nci madde hariç olmak üzere, bir bütün olarak yollamada bulunmuştur. Böylece, TTK’nın 555 ilâ 561’nci maddelerinde düzenlenen ve ortak hüküm niteliği taşıyan, şirketin zararına, müteselsil sorumluluğa, ibraya, zamanaşımına ve yetkili maddeye ilişkin hükümlerin de limited şirkette uygulanmasına imkan verilmiştir⁹. Anonim şirkette hukukî sorumluluk hükümlerine TTK’nın 549 ilâ 554’üncü maddelerinde, genel olarak cezaî sorumluluk hükümlerine ise 562’nci maddede yer verilmiştir. Kanunun 549 ilâ 552’nci maddelerinde özel hukukî sorumluluk halleri, 553’üncü maddesinde ise hukukî sorumluluğa ilişkin genel hüküm düzenlenmiştir¹⁰.

TTK’nın 644’üncü maddesi ile yapılan yollama gereği limited şirkete de uygulanacak olan özel hukukî sorumluluk hallerinden birisi olan 551’nci maddeye göre, aynî sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur. Sorumluluk, tazminat ödemek şeklinde vücut bulur¹¹. Bu sorumluluğun sebebi limited şirket için oldukça önemli olan “sermayenin korunması” ilkesidir. Çünkü, gerek şirketin gerek ortaklar ve alacaklıların açtığı sorumluluk davalarında tazminatın şirkete verilmesinin altında yatan amaç, şirketin sermayesinin korunmasıdır¹².

⁸ Altaş, Soner, Limited Şirketlerde Kurucuların, Müdürlerin ve Tasfiye Memurlarının Hukukî Sorumlulukları, Terazi Hukuk Dergisi, S.107, 2015, s.41

⁹ Altaş, Soner, Limited Şirket Müdürlerinin Şirket Zararına İlişkin Sorumlulukları ve Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Vergi Dünyası Dergisi, S.405, 2015, s.73-74; Yıldız, Şükrü, Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.24, 2013, s.62

¹⁰ Altaş, Soner, Anonim ile Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir mi? Mali Çözüm Dergisi, S.141, 2017, s.154.

¹¹ Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku-I (13.bs.), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.388

¹² Akdağ Güney, Necla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.168-169.

Anılan madde, küçük birtakım değişikliklerle mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (ETK¹³)’nın 307’nci maddesinin tekrarıdır. Zira, ETK’nın 307’nci maddesinde “*Konan ayın nevinden bir sermaye veya devralınması kararlaştırılan bir işletmeye veya bazı ayınlara değer biçilmesinde hile kullanan kurucularla, bu fiilde kendilerine iştirak edenler, şirketin bu yüzden uğradığı zararı müteselsilen tazmin ile mükelleftirler ve haklarında Türk Ceza Kanununun 343’üncü maddesi tatbik olunur.*” hükmü yer almakta idi.

Ancak, TTK hükmü eski hükümden bazı noktalarda ayrılmaktadır. TTK’nın 551’nci maddesi hükmünün uygulanabilmesi için hile yapılmasına gerek yoktur. Aynî sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme veya aynın niteliğinin –örneğin; arsa iken bina, sosyal amaçlı yapı iken üretim birimi, mesken iken turistik tesis gösterilmesi gibi- veya durumunun –örneğin; imar durumu yokken varmış gibi gösterme ya da imar durumunu olduğundan iyi gösterme veyahut imar durumu hakkında belirtme yapmama gibi- farklı gösterilmesi veya başka bir tarzda yolsuzluk yapılması –örneğin; kurucular kabul etmemişken etmiş gösterme, mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor alma gibi- yeterlidir. Madde hükmü kusur esasına dayalıdır. Bu, özellikle “emsaline oranla yüksek” ibaresi yönünden önem taşır. Düzenlemenin gerekçesinde, ayrıca “Madde kaleme alınırken “yükseklik”, “açık”, “önemli derecede yüksek”, “aşırı” gibi sıfatlara bilinçli olarak yer verilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır: Bir taraftan bu sıfatların yorum güçlükleri doğuracağı, diğer taraftan da ölçümü altındaki farkların yasal kabul edileceğinden endişe edilmiştir. Oysa mahkeme konuyu hem kusur araştırması hem de takdir hakkı bağlamında karara bağlar. Kusursuz sorumluluk, değerlendirme, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açardı.” denilmiştir¹⁴.

Öğretiye göre, TTK’nın 551’inci maddesinde düzenlenen değerlendirme yolsuzluğu esasında üç şekilde görülmekle birlikte, bu üç hale, ETK’dan farklı olarak, “başka şekilde yapılan” yolsuzluklar grubu da eklenmiştir¹⁵. Bu dört grup yolsuzluk kısaca aşağıda açıklanmıştır.

¹³ Çalışmamızda, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu için “ETK” kısaltması kullanılmıştır.

¹⁴ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

¹⁵ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.372.

2.1. Aynî Sermayenin veya Devralınacak İşletme ile Ayınların Değerlemesinde Emsaline Oranla Yüksek Fiyat Biçilmesi

Aynî sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemede, emsalin doğru seçilmesi, karşılaştırmanın tarafsız ve objektif uzmanlarca yapılması şarttır. Hoş görülebilir farklılıklar sorumluluğa sebep olmaz. Emsal, aynı konumda, aynı kalitede, aynı şartları haiz aynı malvarlığı unsurları anlamına gelir. Emsal, çoğul bir kelime olduğu için, uzmanların birden çok örneği ele alıp karşılaştırarak değer biçmeleri ve emsallerini göstererek, değerlemelerinin gerekçelerini açıklamaları zorunludur¹⁶.

2.2. İşletme ve Aynın Niteliğinin Farklı Gösterilmesi

Bu halde değerlendirme konusu işletme ile ayınların nitelikleri bilinçli olarak farklı gösterilmiş, buna dayanılarak değerlendirme konusu işletme ve ayınlara yüksek fiyat biçilmiştir. Örneğin, binasız arsa binalı; sosyal amaca tahsis edilmiş veya depo olarak kullanılan bina üretim tesisi; kalitesiz eski ve artık yün yeni ve birinci sınıf yün olarak gösterilmiş; elle çalışan makineler otomatik; dijital olmayan göstergeler dijital taksim edilmişse, değerlendirme konusu ayınların niteliklerinde yolsuzluk yapılmış demektir¹⁷.

2.3. İşletme ve Aynın Durumunun Farklı Gösterilmesi

Söz konusu halde yolsuzluk, değerlendirme konusunun durumunun (yani, konumunun ve fiziki şartlarının) değişik takdim edilmesinde, bu suretle o nesneye yüksek fiyat biçilmesinde ve yüksekliğin bu yolla haklı gösterilmesindedir. Örneğin, bir arsa imar planına göre yeşil alan iken bu durum saklanmışsa; bir arsanın iki kata kadar inşaat izni varken kat sayısı fazlaymış gibi değerlendirme yoluna gidilmişse veya üzerine iş merkezi ya da turistik tesis yapılması imkanı yokken bu mümkünmüş gibi arsaya değer biçilmişse değerlendirme konusunun durumunda yolsuzluk yapılmış demektir¹⁸.

¹⁶ Tekinalp, 2015, s.373.

¹⁷ Tekinalp, 2015, s.373.

¹⁸ Tekinalp, 2015, s.373.

2.4. Başka Bir Şekilde Yolsuzluk Yapılması

Başka bir şekilde yapılan yolsuzluklar, ilk olarak kuruluş ve şirket sözleşmesi ile ilgili hükümlerin, esas sermayenin değerini etkileyecek şekilde ihlal edilmesi suretiyle gerçekleştirilir. İkinci olarak, kuruculara, TTK'nın 348'inci maddesine aykırı bir şekilde menfaat tanınması, örtülü bir şekilde bedelsiz pay senedi verilmesi, kurucuların elindeki pay senetlerinin sermayede karşılıklarının bulunmaması da bu kategoriye giren bir yolsuzluktur. Örneğin, sermaye 5.000 adet 100 TL itibari değerinde paya bölünmüşken, kurucuların elinde fazladan bedeli ödenmemiş 100 adet pay senedi bulunuyorsa, gerçekte pay adedi 5.100 olduğu halde 5.000 adet pay varmış gibi beyanda bulunulmuşsa, yine başka bir şekilde yapılan yolsuzluk söz konusudur. Üçüncü bir yolsuzluk hali, kuruluş giderlerinin veya kuruluş sırasında şirket adına yapılan işlemlerin ve taahhütlerin gerçeğinden daha yüksek değerlerle şirkete intikal ettirilmesidir. Dördüncü bir örnek, primli payların primlerinin fazla gösterilen giderler sebebiyle (TTK, m.519/f.1-a) şirketin kanuni yedek akçe hesabına düşük tutarlarla geçirilmiş olmasıdır. Değerlemenin uzman bilirkişilerce yapılmaması da bu hale giren bir diğer örnektir¹⁹.

3. HUKUKİ SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

TTK'nın 551'inci maddesinde öngörülen özel sorumluluğun şartları; zarar, hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağıdır.

Sorumluluk davasının ilk şartı, şirketin, ortakların ya da alacaklıların doğrudan veya dolaylı zarara uğratılmış olmalarıdır²⁰. Eğer zarar yok ise, sorumluluk da söz konusu olmaz²¹. Zarar, şirketin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır. Zarar verici fiil olmasaydı zarar görenin malvarlığının içinde bulunacağı durum ile bu fiil sonucu o kimşenin malvarlığının içinde bulunduğu durum arasındaki fark, zararı oluşturur. Haksız fiil sonucunda, şirketin malvarlığındaki aktifler azalabileceği gibi (malın zarar görmesi vs.), pasifler de artabilir. Buna fiilî zarar denir. Fiili zarardan başka, malvarlığında artış meydana gelme imkânı-

¹⁹ Tekinalp, 2015, s.374.

²⁰ Pulaşlı, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2011, s.1869

²¹ Eriş, Gönen: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C.II (2. bs.), Ankara 2010, s.2327

nın kaybedilmesi de zarar teşkil eder. Bu da kâr (kazanç) yoksunluğu olarak adlandırılır²². TTK'nın 551'inci maddesindeki değerlendirme yolsuzluğu sorumluluğunda zarar borçlar hukuku anlamında malvarlığı zararıdır. Kısaca, aktif varlıklarda arzu edilmeyen azalma, pasiflerde arzu edilmeyen çoğalma, yani gerçeğine uygun değer ile yolsuz değer arasındaki fark talep edilecek tazminatın miktarını belirler²³.

Hukukî sorumluluk için, ayrıca bir fiil bulunmalı ve bu fiil hukuka aykırı olmalıdır. Fiil, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin, yapma (olumlu davranış) veya yapmama (olumsuz davranış) şeklinde gerçekleşen iradi davranışlarıdır. Davranışın iradi olması, üyenin fiili iradesinin yönetimi ve denetimi altında yapmasını ifade eder. Buna göre üyenin fiili, yapma tarzında olabileceği gibi, yapmama (hareketsiz kalma, bir şeyi yapmama) şeklinde de olabilir. Fiilin hukuka aykırı olması, zarar gören değeri korumak için hukuk düzenince yasaklanmış bir davranışta bulunmaktır. Hukuka aykırı bir fiil sonucu zarara uğrayan bir kimsenin tazminat talep edebilmesi için, meydana gelen zarar ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır²⁴. 551'inci madde yönünden hukuka aykırılık, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınlara değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçilerek, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı göstererek ya da başka bir şekilde yolsuzluk yaparak, aynı sermaye ve işletmenin gerçek değerinden farklı bir şekilde şirket hesaplarına intikal ettirilmesidir.

551'inci madde hükmünde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, kusur haksız fiilde sorumluluğun doğal şartıdır²⁵. Kusur, failin davranışının hukukten kınanabilir nitelikte olmasını ifade eder. Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kast, kusurun en ağır derecesidir; failin hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesini ifade eder. Kastta fail, hem davranışını hem de bunun sonuçlarını istemekte, kabul etmekte veya göze almaktadır. Kast, doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan kastta, fail meydana gelen sonucu istemekte, arzu etmektedir. Dolaylı kastta ise fail meydana gelen sonucu

²² Ögüz, Tufan, Ergüne, Mehmet Serkan, Erişgin, Nuri: Borçlar Hukuku, Eskişehir 2013, s.58.

²³ Tekinalp, 2015, s.375.

²⁴ Ögüz, Ergüne, Erişgin, 2013, s.58-60.

²⁵ Tekinalp, 2015, s.375.

istememekle birlikte, onu göze almaktadır. Failin hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, bu sonucun gerçekleşmemesi için gerekli özeni göstermemesine ise ihmal denir. İhmalde, fail davranışını istemekte, fakat bunun sonuçlarını arzu etmediği hâlde gerekli tedbirleri almamaktadır. Bu itibarla ihmal kısaca “özen eksikliği” olarak tanımlanabilir. İhmal ağırlık derecesine göre, ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan ortaya seviyedeki her insanın göstereceği özenin gösterilmemiş olmasıdır. Hafif ihmal ise somut olayda ancak dikkatli ve tedbirli birisinin göstereceği özenin gösterilmemiş olmasıdır. Fakat, kast ve ihmal ayrımının hukukî sorumluluğun doğumu bakımından kural olarak büyük bir önemi yoktur²⁶

İllyet bağı da, hukuki sorumluluğun temel şartlarından biridir. İl-gililerin sorumluluğuna gidilebilmesi için, kanuna aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. İllyet bağı en temel ifadesiyle, o olaydaki zarar ile kusur arasındaki nedensellik bağına ifade eder. Yani ortaya çıkan zarar sorumluluğu gerektiren kusurun neticesinde oluşmuş olmalıdır, o eylem olmadan zararın meydana gelemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması gerekir²⁷. Hukuka aykırı bir fiil işleyen kişi, ancak bu fiilin meydana getirdiği zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Kişiden, fiilinin yol açmadığı zararları da tazmin etmesi beklenemez²⁸. TTK’nın 551’nci maddesi yönünden sorumlulukta uygun illiyet (nedensellik) bağı için genel kabul gören tanım geçerli olur: Normal hayat deneyimlerine göre, somut olaydaki sebep, somut olaydaki sonucu veya sonuçları doğurmaya elverişliyse ve sonuç doğurucu olay başka bir sebeple kesilmemişse, somut olayda uygun illiyet bağı vardır²⁹.

Bununla beraber, TTK’nın 557’nci maddesi ile getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, müdürlerden her biri ancak ve ancak zarar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde, bir diğer ifade ile zarar ile müdürün eylemi arasında illiyet bağı kurulabildiği ölçüde sorumlu

²⁶ Ögüz, Ergüne, Erişgin, 2013, s.58-65.

²⁷ Kırkan, Merve, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2013, s.111.

²⁸ Ögüz, Ergüne, Erişgin, 2013, s.65.

²⁹ Tekinalp, 2015, s.375.

olur³⁰. Bu yönüyle, farklılaştırılmış teselsül, müdürler arasındaki rücu ilişkisini değil, davacı tarafa karşı sorumlu olacağı miktarı belirlemesi açısından önem arz etmektedir³¹.

4. HUKUKİ SORUMLULUKTA DAVACI

TTK'nın 551'inci maddesinde düzenlenen değerleme yolsuzluğunun davacıları, m.555/f.1 uyarınca, şirket, dolayısıyla zarar gören olarak şirket ortakları ve 556'ncı maddenin şartlarına bağlı olarak şirket alacaklılarıdır³². Bir diğer ifadeyle, aktif dava ehliyeti şirkete, ortaklara ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti somut olaya göre belirlenir³³. Şartları varsa şirket ortakları ile alacaklılar m.553/f.1 hükmüne dayanarak doğrudan zararlarını da talep edebilirler. Bu davalar sermaye artırımlarında da açılabilir³⁴.

Dolayısıyla zarar; bir kişiye yöneltilen bir fiil dolayısıyla, o kişinin malvarlığında meydana gelen zararın başka kişi veya kişilerin malvarlığına yansması sonucunda oluşan zararlardır. Bu nedenle açılacak dava sonunda hükmolunacak tazminat şirkete verilir. Doğrudan zarara uğrayanın malvarlığındaki zarar ortadan kalktığında dolayısıyla zarara uğrayanın da zararı ortadan kalkar. Dolayısıyla zarar gören sıfatıyla dava açan ortakların ve alacaklıların bu sıfatları, gerek zararın doğumu ve gerekse dava açıldığı sırada bulunmalıdır. Ortak veya alacaklı sıfatı dava süresince de devam etmelidir. Davanın devamı sırasında ortak veya alacaklı sıfatı kaybedilirse dava düşer³⁵.

5. HUKUKİ SORUMLULUKTA DAVALI

TTK'nın 551'inci maddesinde düzenlenen tazminat davasının davalıları; yolsuz değerlemeyi gerçekleştiren, yönlendiren, etkileyen kişilerdir. Ayrıca, bu eylemde etkili olan kurucular, sermaye artırımında

³⁰ Doğan, Beşir Fatih: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s.254.

³¹ Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014, s.364.

³² Tekinalp, 2015, s.375.

³³ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu.

³⁴ Tekinalp, 2015, s.375.

³⁵ Kırkan, 2013, s.106.

müdürler ve diğer yöneticiler, değerlemeyi yapan bilirkişiler, onlarla yolsuzluk konusunda işbirliği yapan avukatlar, resmi yetkililer (örneğin, belediye ve imar dairesi memurları) ve diğer ilgililer de davalı olabilir³⁶.

6. SORUMLULUK DAVASININ AÇILACAĞI MAHKEME

TTK'nın 561'inci maddesine göre, sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir. Maddenin gerekçesine göre, bu konuda tahkim ve yetki sözleşmesi yapmak yolu da açıktır.

7. SORUMLULUK DAVASI AÇMAK İÇİN GENEL KURUL KARARININ GEREKİP GEREKMEDİĞİ HUSUSU

Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 556'ncı maddesinde şirket yöneticilerinin sorumlulukları hakkında anonim şirketin bu hususlara ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş, bu yollama ile uyumsuzluğa aynı Yasa'nın 341'inci maddesi uygulanmıştır. ETK'nın 341'inci maddesi ise şirket adına sorumluluk davası açılmasına karar verme yetkisini genel kurula vermiştir. Böylece, şirket tarafından müdürler hakkında sorumluluk davasının açılabilmesi için, bu yönde alınmış bir ortaklar kurulu kararı bulunması gerekmektedir. Ancak, ETK'nın konuya ilişkin bu 341'inci maddesi TTK'ya alınmamıştır.

Buna karşılık, Yargıtay, TTK'nın 618'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi hükmünden yola çıkarak “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun uygulamasının da ETK ile aynı yönde olduğuna” hükmetmiştir³⁷. Bu karar bağlamında, şirket tarafından **müdürler aleyhine sorumluluk davası açılabilmesi için de öncelikle genel kurulda bu yönde bir karar alınması gerekir**.

Bahsi geçen kararda da ifade edildiği üzere, bu konuda TTK'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, limited şirket müdürleri ile ilgili kararını verirken, oy hakkının esas sermaye paylarının sayısına göre belirlenmesine ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün “sorumluluk davası açılması hakkında karar verilmesi”nde uygulanmayacağına dair m.618/f.3-c bendi hükmünden yola çıkmıştır.

³⁶ Tekinalp, 2015, s.375.

³⁷ Yargıtay 11.HD'nin 26/02/2015 tarihli, E.2015/1754, K.2015/2626 sayılı; 24/11/2015 tarihli, E.2015/5757, K.2015/12454 sayılı kararları.

Yargıtay 11. HD'nin anılan kararı karşısında, genel kurul kararı alınmadan, limited şirket müdürleri hakkında sorumluluk davası açılması halinde, yerel mahkemelerin dava şartı tam olarak yerine getirilmediği için davaları reddedebileceği yahut mahkemece kabul edilip karar verilse dahi anılan eksikliğin temyiz aşamasında bölge istinaf mahkemeleri yahut Yargıtay engeline takılacağı anlaşılmaktadır.

Fakat, genel kurul kararı alınmadan sorumluluk davasının açılmış olması, davanın hemen reddi sonucunu doğurmamaktadır. Böyle bir kararın varlığı dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Bu durum karşısında mahkemece, genel kurulda davalı hakkında dava açılması yönünde alınmış bir karar var ise ibrazının sağlanması, yoksa anılan eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa uygun süre verilmesi gerekir. Diğer bir deyişle, sorumluluk davası açılması için alınmış bir genel kurul kararı bulunmaması halinde dava açma koşulu oluşmamış sayılsa da, bu husus yargılama sırasında tamamlanabilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin görüşü bu yöndedir.

8. SORUMLULUK DAVASINDA ZAMANAŞIMI

TTK'nın 560'ıncı maddesinde, sorumluluk davası için üç tür zamanaşımı süresi tayin edilmiştir.

a) 2 Yıllık Zamanaşımı Süresi: Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İki yıllık zamanaşımı, zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren başlar. Zararın öğrenilmesi ise zarar verici eylemin bilinmesi değil, zararın niteliğinin, unsurlarının ve kapsamının öğrenilmesi demektir. Sorumluların sadece bir kısmının öğrenilmesi durumunda, zamanaşımı sadece öğrenilen sorumlular için başlar. Sürenin başlaması için bütün sorumluların öğrenilmesi şart değildir. Zarardan sorumlu bulunup da, sorumluluğu öğrenilmeyen kişiler içinse bu süre yürümez. Davacı şirket olduğunda, şirket adına dava açmaya karar verme yetkisi de genel kurulda bulunduğu göre, şirketin zararı

ve sorumlu olan kişiyi öğrenebilmesi, ancak genel kurulun söz konusu zararı ve sorumlu kişileri öğrenmesi ile mümkün olur³⁸.

b) 5 Yıllık Zamanaşımı Süre: Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasında, davacılar tarafından zararın ve sorumluların öğrenilmemiş olması önemli değildir³⁹ Zamanaşımının başlangıcı “zararı doğuran fiilin meydana geldiği gün”dür. Beş yıllık süre geçtikten sonra, artık sorumlulara karşı bu dava açılmaz, açılrsa da zamanaşımı def’i ileri sürülür. Birden fazla zarar verici eylemin bulunduğu durumlarda son zarar verici eylemden itibaren süre işlemeye başlar⁴⁰.

Sorumluların veya zararın öğrenilmemesi ve bu sebeple iki yıllık zamanaşımının söz konusu olmaması halinde özellikle yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin daha uzun bir süre sorumluluk tehdidi altında kalmalarını uygun bulmayan kanun koyucu beş yıllık azamî bir süre koymuştur. Bu müddet zarar verici fiilin meydana geldiği tarihten itibaren yürür. Dava her halde bu beş yıllık sınır içinde açılmalıdır. Fiilin vukuundan dört yıl geçtikten sonra durum öğrenilmiş olsa dahi bu tarihten itibaren iki yıllık süre söz konusu olmaz; dava beşinci yılın sonuna kadar açılmış olmalıdır. Beş yıllık zamanaşımı süresi kanun koyucunun sorumluluk davası açılması için öngördüğü tavandır; bu sürenin yorum yolu ile uzatılması olanağı yoktur. Zira, yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere karşı açılacak sorumluluk davalarında genel eğilim kısa zamanaşımı süreleri koymak yönündedir. Amaç bir yandan alacaklılara dava açmak için yeterli süreyi sağlamak diğer yandan özgürce karar vermelelerine engel olan baskıyı ortadan kaldırarak yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilerin görevlerini huzur ve güven içinde yapmalarına olanak sağlamaktır⁴¹.

³⁸ Giray, R.Eda, Aktepe, Sezin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri, İTÜSBD, S.14, 2008, s.143-144.

³⁹ Eda ve Sezin, 2008, s.147

⁴⁰ Kırkan, 2013, s.121.

⁴¹ Çamoğlu, Ersin: Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı, (Yaklaşım, 233, s.225-233), s.229.

c) Ceza Zamanaşımı Süresi: Hukukî sorumluluğu gerektiren fiil aynı zamanda cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamaanaşımına tâbi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamaanaşımı uygulanır. Bu düzenleme gereğince hukukî sorumluluğa yol açan fiil aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve bu suç için belirlenen zamaanaşımı süresi, 560'ıncı maddede düzenlenen zamaanaşımı süresinden uzun ise, suç için tayin edilen zamaanaşımı hukuk davasında da uygulanacak, 560'ıncı maddede belirtilen zamaanaşımı bu süre kadar uzamış olacaktır. Suç teşkil eden fiilin zamaanaşımı süresi kanunda düzenlenen süreden daha kısa ise uygulanmayacaktır. Ayrıca, uzun ceza zamaanaşımı, sadece davalılardan eylemi suç teşkil eden kişi ya da kişiler için uygulanır, yoksa faille birlikte hukuki sorumluluğa tâbi olan diğer kişiler hakkında uygulanması söz konusu değildir⁴².

Ancak, bir sonraki bölümde ele alınacağı üzere, anılan fiil için TTK'da cezaî sorumluluk öngörölmüş, TCK'da anılan fiille birebir örtüşen bir suça yer verilmemiştir. Bu bağlamda, 549'uncu maddede belirtilen hukuki sorumluluk davasının azami zamaanaşımı süresi beş yıl olarak uygulanacaktır.

9. AYIN VE İŞLETMELERE DEĞER BİÇİLMESİNDE YOLSUZLUK YAPILMASINDAN DOĞAN CEZAÎ SORUMLULUK

TTK'nın 551'inci maddesinde düzenlenen fiiller, hukukî sorumluluk yanında cezaî sorumluluk da doğurmaktadır. TTK'nın m.562/f.10 hükmü uyarınca 551'inci maddeye aykırı hareket edenler, daha açık ifadeyle, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar doksan günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52'nci maddesinin birinci fıkrasında adlî para cezasının "beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde **yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere** belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesi"nden ibaret olduğu belirtilmiştir. TCK'nın bahsi

⁴² Eda ve Sezin, 2008, s.149.

geçen 52'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise bir gün karşılığı adlî para cezasının miktarının **en az yirmi, en fazla yüz Türk Lirası** olması hükme bağlanmış ve miktarın -bu alt ve üst sınırlar arasında- kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği ifade edilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde, TTK'nın 551'nci maddesine aykırı hareket edenlere verilecek adlî para cezasının alt sınırı 1.800 (90x20=1.800) TL, üst sınırı ise 73.000 (730x100=73.000) TL olarak uygulanır.

Diğer yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi" kenar başlıklı 164'üncü maddesi gereği, limited şirketin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri, tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirecek olurlarsa altı aydan üç yıla kadar hapis veya bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

10. ÖZET VE SONUÇ

Limited şirkete üzerlerinde sınırlı ayni bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikrî mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları ayni sermaye olarak konulabilir; hizmet edimleri, kişisel emek, ticarî itibar ve vadesi gelmemiş alacaklar ise sermaye olarak konulamaz. Limited şirkette ayni sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur. Tazminat davasını şirket, ortaklar ve alacaklılar açabilir. Tazminat davasının davalıları ise, yolsuz değerlemeyi gerçekleştiren, yönlendiren, etkileyen kişiler, bu eylemde etkili olan kurucular, sermaye artırımında müdürler ve diğer yöneticiler, değerlemeyi yapan bilirkişiler, onlarla yolsuzluk konusunda işbirliği yapan resmi yetkililer olabilir.

Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki yıl geçmekle ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zaman aşımına uğrar. Ayrıca, ayni sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka

bir şekilde yolsuzluk yapanlar, ayrıca, 1.800 TL'den 73.000 TL'ye kadar adli para cezasıyla cezalandırılır. Bunun yanı sıra, Türk Ceza Kanunu uyarınca, limited şirketin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri ile tasfiye memuru sıfatını taşıyanların, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler vermelerinin veya verdirtmelerinin de suç teşkil ettiğini bilmeleri gerekir. Bu nedenle, limited şirkette aynî sermaye ve işletme devri işlemlerinin gerçeğe uygun şekilde ifa edilmesine özen gösterilmelidir.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla (2012). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu. İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Altaş, Soner (2015). Limited Şirketlerde Kurucuların, Müdürlerin ve Tasfiye Memurlarının Hukukî Sorumlulukları. Terazi Hukuk Dergisi, S.107, s.41-47.

Altaş, Soner (2015). Limited Şirket Müdürlerinin Şirket Zararına İlişkin Sorumlulukları ve Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi. Vergi Dünyası Dergisi, S.405, s.73-81.

Altaş, Soner (2017). Anonim ile Limited Şirket Yöneticileri Hakkında Sorumluluk Davası Açabilmek İçin Genel Kurul Onayı Gerekir mi? Mali Çözüm Dergisi, S.141, s.153-160

Bahtiyar, Mehmet (2014). Ortaklıklar Hukuku. İstanbul:Beta Yayınları.

Çamoğlu, Ersin (2012). Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı. Yaklaşım Dergisi, S.233, s.225-233.

Dal, Seniha (2012). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) M.342'ye Göre Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirkete Ayni Sermaye Olarak Konulması. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, s.371-398.

Doğan, Beşir Fatih (2011). Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri. İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Giray, R.EDA, Aktepe, Sezin (2008). Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı

Süreleri. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.14, s.137-156.

Karaman Coşgun, Özlem (2012). Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Ayni Sermaye Değerinin Belirlenmesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.2, s.333-347.

Karasu, Raif (2013). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim İle İlgili Getirilen Yenilikler. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, s.33-60.

Kırkan, Merve (2013). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul:Kadir Has Üniversitesi.

Öğüz, Tufan, Ergüne, Mehmet Serkan, Erişgin, Nuri (2013). Borçlar Hukuku. Eskişehir:Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin (2014). Ortaklıklar Hukuku I (13.Bası). İstanbul:Vedat Kitapçılık.

Tekinalp, Ünal (2015). Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Yıldız, Şükrü (2013). Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.24, s.61-79.

Komisyon Raporu: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Esas No:1/324, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:23, Yasama Yılı:2, S.Sayısı:96, Nr.112

Yargıtay 11.HD'nin (26/02/2015) E.2015/1754, K.2015/2626 sayılı kararı.

Yargıtay 11.HD'nin (24/11/2015) E.2015/5757, K.2015/12454 sayılı kararı.



**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

ISSN 2146 - 6203

