

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)



TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veri Tabanında ve Asos Index'te taranan uluslararası hakemli bir dergidir.



AYBÜ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

ANKARA YILDIRIM BEYAZIT UNIVERSITY FACULTY OF LAW

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi

Journal of Commercial and Intellectual Property Law

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet
hukukuna dair herhangi bir konuda,

- Makale,
- Çeviri,
- Karar Tahlili,
- Kitap Değerlendirmeleri ve
- Diğer Akademik Çalışmalarınızı

bekliyoruz.

We invite you to submit your

- Articles,
- Translations,
- Case Reviews,
- Book Reviews and
- Other Academic Works

related to commercial and intellectual
property law.

Web Sitesi/Website : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>

ULAKBİM Dergipark : <http://www.tfmdergisi.com>

İletişim/Contact : tfm@ybu.edu.tr

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi(TFM) yılda iki defa yayımlanan, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veri Tabanında ve Asos Index taranan uluslararası hakemli bir dergidir.

Journal of Commercial and Intellectual Property Law(TFM) is an internationally peer-re- viewed journal published twice a year and cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS Index.

TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
Journal of Commercial and Intellectual Property Law



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)
Journal of Commercial and Intellectual Property Law

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Editörler/Editors

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU

Yayın Kurulu/Editorial Board

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Süleyman KIRAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

Uzm. Furkan Batuhan İPEK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

ISSN: 2149-4576

TİCARET VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU DERGİSİ (TFM) yılda iki defa yayımlanan, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veri Tabanında ve Asos Index'te taranan uluslararası hakemli bir dergidir.

JOURNAL OF COMMERCIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW(TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year and cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS Index.

Amaç: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku alanlarına katkı sağlamayı ve bu alanlarda bilimsel çalışmayı teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Mission: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at contributing to the fields of commercial and intellectual property law and promoting academic works in these fields.*

Kapsam: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili bilimsel nitelikteki her türlü makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalara yer vermektedir.

Scope: *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) presents articles, translations, case reviews and other academic works directly or indirectly related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

Basım Yeri/Printed in: Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312.397.00.31 - **Belgegeçer/Fax:** 0312.397.86.12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Design: Safure Arslan

Basım Tarihi/Date of Publication: Aralık/December 2017

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik-Keçiören/ANKARA

Tel : +90 312 906 21 84

Belge Geçer/Fax : +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>

E-posta/E-mail: tfm@ybu.edu.tr

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Christoph ANN	Technische Universitt München, Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht und Geistiges Eigentum, München/Deutschland <i>Technical University of Munich, Department Economy and Intellectual Property Law, Munich/Germany</i>
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara Sosyal Bilimler University Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. Mertol CAN	TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>TOBB University of Economics and Technology Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	Tilburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İŞletme Hukuku Bölümü, Tilburg/Hollanda <i>Department of Business Law, Tilburg University Law School, Tilburg/Netherlands</i>
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	Universitt zu Köln, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht, Köln/Deutschland <i>Cologne University, Faculty of Law, Departments of Civil Law and Economy Law, Cologne /Germany</i>
Prof. Dr. SeldaĐ GNEŐ PESCHKE	Ankara Yıldırım Beyazıt niversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara Türkiye <i>Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. Jan LIEDER	In haber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Direktor der Abteilung Wirtschaftsrecht des Instituts fr Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Albert- Ludwigs-Universität Freiburg, Freiburg/Deutschland <i>Professor of civil law, commercial law and business law at Albert Ludwigs University of Freiburg, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg, Freiburg/Germany</i>
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. Enrique Moreno SERRANO	Universidad Rey Juan Carlos, Madrid/Spain <i>Rey Juan Carlos University, Madrid/Spain</i>

Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Regensburg/Deutschland <i>Regensburg University, Department of Civil Law and Commercial Law, Regensburg/Germany</i>
Prof. Dr. Sreenivasulu Neeruganti SHANMUKA	Hukuk Bilimleri Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kolkata/Hindistan <i>National Law School, National University of Juridical Sciences (NUJS), Kolkata/India</i>
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara/Türkiye <i>Ankara University, Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Rektör Yardımcısı – Hukuk Fakültesi Dekanı, Ankara/Türkiye <i>Ankara Yıldırım Beyazıt University Vice-Rector – Dean of Faculty of Law, Ankara/Turkey</i>
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir/Türkiye <i>Yaşar University, Faculty of Law, İzmir/Turkey</i>
Assc. Prof. Dr. Stavroula KARAPAPA	Reading Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Reading, Londra/Birleşik Krallık <i>School of Law, University of Reading, London/United Kingdom</i>

EDİTÖRDEN

Kıymetli Bilim İnsanları, Değerli Araştırmacılar,

Hakemli bir dergi olan Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergimiz (TFM), uzun bir süredir devam eden gözlem süreci neticesinde, bütün geçmiş sayılarını kapsayacak şekilde ULAKBİM TR dizininde, Hukuk dergileri kategorisinde taranma statüsü kazanmıştır. Bu bilgiyi saygıdeğer yazarlarımız ve okuyucularımızla paylaşmaktan mutluluk duyarız.

Dergimiz ayrıca 2018 yılından itibaren HeinOnline veri tabanında bütün sayılarıyla taranmaya başlayacaktır. Böylelikle gerek Türkiye'den gerekse yurtdışından daha fazla ilgiye ulaşma olanağına kavuşuyoruz. Bu konudaki özverili çalışmalarından dolayı AYBÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı akademik personeline ve en başından beri TFM'nin dizgi çalışmalarını yürüten Safure Arslan Hanıma teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Bu sayımızda yine sermaye piyasasından finansa, fikri mülkiyetten şirketlere, ticari işletmeden rekabete kadar ticaret hukuku ile bağlantılı birçok alandan dünyanın farklı ülkelerinden çok kıymetli yazarlarımızın çalışmalarını sizlerle buluşturuyoruz. Her zaman olduğu gibi, bu sayımızın da bilime ve bilim insanına katkı sunmasını temenni ediyoruz.

TFM Yayın Kurulu

FROM EDITOR

Dear Academics and Researchers,

All previous and present issues of Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM), a peer-reviewed journal, have been entitled to be included in Law Journals Category at ULAKBİM TR index after a long-lasting supervision. We are happy to share this good news with our authors and readers.

Our Journal is moreover going to be included in HeinOnline database with all its issues as from 2018. Thereby we obtain the opportunity to reach more interested people both in Turkey and abroad. We express our sincere thanks to members of the Department of Commercial Law at AYBU Faculty of Law and also Mrs. Safure Arslan who did the typesetting of TFM from the very beginning.

In this issue, we again present you very valuable scientific studies of academics from different countries, from various commercial-law-related fields ranging from capital markets to finance, from intellectual property to companies, from business enterprises to competition law. As always, we wish this issue to contribute to Science and Academics.

TFM Editorial Board

TFM YAZIM, YAYIM VE ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi(TFM) yılda iki defa yayımlanan, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veri Tabanında ve Asos Index taranan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe başta olmak üzere her dilde makaleler yayımlanır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının araştırma ve yayın etiğine uygun olması gerekir. Yazarların bu kapsamda yazılarının denetimini yapmış oldukları bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır.
4. Yazılara dair ilk değerlendirme Yayın Kurulu tarafından yapılır. Bilimsel kriterlere uymayan ve normalin üzerinde yazım yanlışı içeren yazılar, Kurul tarafından geri çevrilir.
5. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adı/adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazarlar sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar düzeltmeyi talep eden hakemin denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan yazılar yayımlanır. Yayımlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına/yazarlarına e-posta yoluyla iletilir.
6. Her yazıda 250 kelimeyi geçmeyecek şekilde özet ve 3 kelimeyi geçmeyecek şekilde anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce dilinde de gönderilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olmalıdır.
8. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden doğabilecek tüm sorumluluk Yazarlarına aittir.
9. Yazılar, tfm@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
10. Yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve Yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayımlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır. Üniversite bu hakkını kendi bünyesindeki herhangi bir fakülte, enstitü, merkez vb. adına kullanabilir.
12. Yazara, yayımlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayımlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında; *kitap, karar veya mevzuat tahlili veya bilgilendirici notlara* da yer verilir.

14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, 12 punto Times New Roman yazı tipinde, iki yana yaslı olmalıdır.
16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÛMÛ BÛYÛK HARF

A. KALIN ve TÛMÛ BÛYÛK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
18. Yayınlarımızın resmi web adresi <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm> adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde aşağıdaki atıf kuralları uyarınca tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin adının kısaltılmış hali belirtilerek (Yazarın Soyadı, Eserin Adının Kısaltılmış Hali, atıf yapılacak sayfa) ve kısaltmanın hangi şekilde yapıldığı kaynakçada gösterilerek atıf yapılmalıdır.
6. Kaynakçada ise aşağıdaki atıf kurallarına uygun olarak ancak son kısımdaki atıf yapılacak sayfa numarası çıkarılarak kaynaklar yazarın soy isimlerine göre sıralanmalıdır.
7. "∧" işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. "s.e.t." ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 29.

Çoklu yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı & **2. Yazarın Soyadı**, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Acer**, Yücel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 46.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Dülger**, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya, Sayram, s. 31.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı, 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi, Sayfa Numarası.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi' : Aydın, Ufuk & Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 19.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap Adı, Baskı, Şehir, Yayınevi), Sayfa Numarası.

Örnek: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Baskı, Ankara, Dost), s. 43.

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Kaya**, Emir (2015) 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice': Erçetin, Şefika Şule & Banerjee, Santo (Editörler) (2013) Chaos, Complexity and Leadership <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl), 'Makale adı' Dergi adı, Sayı: ^Cilt:, Sayfa Numarası (Kaynakçada ise: İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı).

Örnek: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s. 27.

Kaynakçada: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, S:1, C:10, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi', ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: Uşan, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı, 'Tebliğin Başlığı': Editörün Soyadı, Adı (Editör), Konferans İsmi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, 4-7 Mayıs 2014, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Tez Başlığı' (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü, Sayfa Numarası.

Örnek: **Kılınç**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 158.

Mahkeme Kararı

Merci İlgili Daire, Tarih, Esas, Karar (Kaynak).

Örnek: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası).

Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, s. 3)

İnternet Adresi

Yazarın Soyadı, Adı, Mecra, Başlık <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

Raporlar

Yazarın Soyadı, Adı, Kurum (Yıl), Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Oğuz**, Fuat & **Kent**, Bülent, İstanbul Ticaret Odası (2011), Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

PUBLICATION AND CITIATION GUIDE

OF THE JOURNAL OF COMMERCIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW

1. The Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is an internationally peer-reviewed journal published twice a year and cited in TÜBİTAK ULAKBİM TR Index Legal Database and ASOS Index.
2. Writings primarily in Turkish, yet in any language can be published in the TFM.
3. The Writings submitted by the authors to the TFM must be in compliance with the research and publication ethics. It is also assumed that authors have reviewed their writings and therefore accepted them to be published as they are.
4. The first review of the writings is conducted by the Editorial Board. Writings, nonconforming with scientific criteria and including misspelling above average, are refused by the Editorial Board.
5. After the Editorial Board's first review, writings are reviewed by two referees by removing the author name/s according to blind peer-review system. Upon the request of correction in the referee reports, the author/s can make amendments only within the scope of this reports. The writing can be resent to the same referees for review depending on the report. If the report of one referee results in a positive and the other one results in a negative assessment, the writing will be send to the editor or a third referee for review. The writing can be published only if found appropriate by the editor or referees. The referee reports for writings that have not been qualified for publication, are sent to the author/s by e-mail.
6. The title of the writings should consists of no more than 15 words. Each writing should include an abstract of 250 words at most and 3 keywords at least. The title, abstract and keywords should also be written in English.
7. The writings which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The authors are considered solely liable for any opinions in their writings published in the journal.
9. All writings should be emailed to tfm@ybu.edu.tr. Authors should also send their title, institution, contact address, phone number and e-mail address.
10. Whether the writing is going to be published is determined in accordance with the peer-reviewing as a result of the assessment of the Editorial Board. The authors are notified by e-mail.
11. All rights of publication for the writings accepted to be published, including the right to publish full text electronically, belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are assumed to have accepted to transfer copyrights such as processing, dissemination and replication rights to the University. The University may use these rights on behalf of any of its faculties, institutions, centres, etc.
12. The authors will not be made any royalty payments for any rights that the author has allowed the University to use for publication. The authors who sent his writing to the journal are assumed to have accepted this.
13. Apart from articles peer-reviewed, the TFM may include book reviews, legislative assessments and informative remarks.

14. The writings, which have not been peer-reviewed in time by the referee, are assessed for the next issue of the journal unless stated otherwise by the author.
15. The writings should be written in Times New Roman as the font type and in 12-font size, in the "Microsoft Word" program.
16. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD
 1. Only First Letters Capital and Bold
 - a. Only First Letters Capital and Bold
 - i. Only First Letters Capital and Bold
17. Bibliography should be provided at the end of the writings based on the references in an alphabetical order by the surname of the authors. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Citation Rules.
18. Official website of our publications is: <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/tfm>.

CITATION RULES

1. The articles to be published in the TFM should be written according to the Citation Rules detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. In case that there is no rule in this citation system, the OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) system should be referred.
4. If necessary to refer to a unique work (like archive documents, etc.), once-preferred method should be used in a consistent way throughout the article.
5. Once referring to a resource for the first time, all details about this resource should be indicated in the citation; while all the following references for this resource should be made with the abbreviation such as "author`s surname, the page to be cited". If reference is made to more than one work by the same author, citation should be made thereby also indicating the shortening phrase for this resource as "author`s surname, the short phrase of the resource, the page to be cited" in order to distinguish the work provided that the shortening phrase for this work is indicated in the bibliography.
6. In bibliography, resources which should be written without page numbers in accordance with the citation rules below, should be in order by the authors' surnames.
7. If there is any more information about the resource, the sign "^" refers to the requirement to indicate the relevant information.

Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukununun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p. 29.

In case of Multiple Authors:

Author's Surname, Name & **2. Author's Surname**, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Acer**, Yücel & **Kaya**, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin, p. 46.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher, Page Number.

Example: **Dülger**, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram, p. 31.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article Title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book Title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk & Kocabas, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications, p. 19.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year) Book's Title, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Title, Edition, City, Publisher), Page Number.

Example: **Dworkin**, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbag, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost), p. 43.

Electronic Books

Author's Surname, Name (^Year) Book's Title, <INTERNET ADDRESS> Date of Last Acces.

Example: **Demircioğlu**, A. Murat (2010) Labor Law in Turkey <earch.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813"652813> 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name (Year) 'Article's Title': Editor's Surname, Name (^Year) Book's Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Kaya**, Emir (2015) 'Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice': Erçetin, Şefika Şule & Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> 10.08.2015.

Article

Author's Surname, Name (Year), 'Article's Title' Journal's Title, Issue: ^Volume:, Page Number. (In Bibliography: The first and last page).

Example: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p. 27.

In Bibliography: **Uşan**, M. Fatih (2008), 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, l:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Author's Surname, Name (^Year), 'Article's Title', ^Journal's Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, 'Title of the Communiqué': Editor's Surname, Name (Editor), Conference Title, Date, Place.

Example: **Uşan**, M. Fatih, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, 4-7 May 2014, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Title' (Type: Masters-PhD), University, Institute, Page Number.

Example: **Kılınc**, Ahmet (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University, Institute of Social Sciences, p. 158.

Court Decision

Court's Name Relevant Circuit, ^Case Name, ^Application No, Date:, E:, K: (Citation).

Example: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, T: 13.03.2012, E: 2011/2-395, K: 2012/89 (Kazancı İçtihat Bankası). Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi, 23.2.2015, 45/89 (Yargıtay Kararları Dergisi, p. 3).

Web Address

Author's Surname, Name, Authority, Title <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Uşan**, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> 07/27/2015.

Reports

Author's Surname, Name, Institution (Year), Report's Title, ^Report No;, <INTERNET ADDRESS> Date of Last Access.

Example: **Oğuz**, Fuat & **Kent**, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011), Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> 07/27/2015.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

MAKALELER/ARTICLES

PAREKENDE ELEKTRİK SATIMIYLA İLGİLİ MEVZUATA GENEL BİR BAKIŞ VE BORCUNU ÖDEMEYEN ABONENİN ELEKTRİĞİNİN KESİLMESİNE İLİŞKİN BAZI YARGITAY KARARLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER

AN OVERVIEW OF THE LEGISLATION RELATED TO ELECTRICITY RETAILING AND ASSESMENT ABOUT SOME DECISIONS OF SUPREME COURT ON NOT LUTTING OFF THE ELECTRICITY OF DEFAULTING

DOÇ. DR. HALİT AKER..... 1

SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMİ DÜZENLEMELERİNİN 6102 SAYILI TTK'NIN ORTAKLIK-LAR TOPLULUĞU HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATING CAPITAL MARKET LAW PROVISIONS FOR RELATED PARTY TRANSACTIONS WITH REGARD TO CORPORATE GROUP REGULATION OF TCC (NO 6102)

DR. MEHMET ALİ AKSOY 23

SERBIAN CAPITAL MARKET: QUO VADIS

SIRBİSTAN SERMAYE PİYASASI: QUO VADIS

ASSOC. PROF. DR. PREDRAG DEDEIC..... 41

INTERNET OF THINGS AND PATENTS: TOWARDS THE IOT PATENT WARS?

NESNELERİN İNTERNETİ VE PATENTLER : NESNELERİN İNTERNETİ PATENT SAVAŞLARINA DOĞRU

DR. GUIDO NOTO LA DIEGA..... 47

DISRUPTING THE TRADITIONAL PATENT SYSTEM: THE EMERGENCE OF NEW MODELS

GELENEKSEL PATENT SİSTEMİNİN BOZULMASI: YENİ MODELLERİN ORTAYA ÇIKIŞI

NATACHA ESTÈVES 67

MARKALARIN BİRLİKTE VAR OLMA SÖZLEŞMESİ

TRADEMARK COEXISTENCE AGREEMENT

AHMET HASAN KILIÇ 77

ROLES OF UNFAIR COMPETITION AND PROTECTION OF COMPETITION RULES IN THE ATTAINMENT OF SOCIAL MARKET ECONOMY IN TURKEY

TÜRKİYE'DE SOSYAL PİYASA EKONOMİSİNİN SAĞLANMASINDA HAKSIZ REKABET İLE REKABETİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ROLÜ

YRD. DOÇ. DR. HAMDİ PINAR & DR. ELİF CEMRE HAZIROĞLU..... 97

IF YOU DON'T TRUST JUDGES, LET THE SCHOLARS DECIDE: THE PRIMACY OF THE MALAYSIAN SHARIAH ADVISORY COUNCIL ON ISLAMIC FINANCE

HAKİMLERE GÜVENMİYORSANIZ AKADEMİSYENLER KARAR VERSİN: MALEZYA İSLAM HUKUKU DANIŞMA KONSEYİNİN İSLAM FİNANSINDAKİ ÜSTÜNLÜĞÜ

PROF. DR. FARID SUFIAN SHUAIB 112

Makaleler

Articles

**PERAKENDE ELEKTRİK SATIMIYLA İLGİLİ MEVZUATA GENEL BİR BAKIŞ VE
BORCUNU ÖDEMEYEN ABONENİN ELEKTRİĞİNİN KESİLMEMESİNE İLİŞKİN
BAZI YARGITAY KARARLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER**

**AN OVERVIEW OF THE LEGISLATION RELATED TO ELECTRICITY RETAILING AND
ASSESSMENT ABOUT SOME DECISIONS OF SUPREME COURT ON NOT LUTTING
OFF THE ELECTRICITY OF DEFAULTING**

Doç. Dr. Halit AKER*

ÖZET

Ülkemizde elektrik piyasası faaliyetleri özelleştirilerek rekabete açılmıştır. Diğer enerji piyasaları yanında elektrik piyasası da EPDK tarafından düzenlenip yönetilmektedir. EPDK elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve satımı faaliyetleri ile ilgili olarak yönetmelikler çıkarmaktadır. Bu yönetmelikler esasen özel hukuk ilişkilerini kapsamaktadır. Ancak idari düzenlemelerin 6098 s. TBK'de yer alan sözleşmeler hukukuna ilişkin genel esaslarla uyumsuz olduğu birçok nokta görülmektedir. Bu uyumsuzluklar ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünü de olumsuz etkilemektedir. Sorun alanlarından birisi de, tüketim bedeli ödenmemiş olmasına rağmen tüketicinin elektriğinin tedarik şirketince kesilmesi ve kullanmaya devam etmesine izin verilmiş olmasıdır. Yargıtay içtihatlarına göre elektriğin kesilmemesi müterafik kusurdur ve alacaklı şirketin taleplerinde indirim yapılmaz. Çalışmada ilk olarak elektrik satımı ile ilgili EPDK düzenlemeleri sözleşmeler hukuku perspektifinden kısaca değerlendirilmekte, akabinde de bazı Yargıtay kararları tartışılarak yeni öneriler getirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Elektrik satımı, abonelik sözleşmesi, müterafik kusur.

ABSTRACT

In Turkey electricity market activities have been privatized and created a competition area. Besides the other energy markets, the electricity market activities are regulated and controlled by Energy Market Regulatory Authority (EMRA). EMRA issues regulations on electric power production, electrical conduction, distribution and sale of electricity. These regulations mainly cover private law relations. However it has been determined that the administrative regulations are incompatible with the general principles of contract law in Turkish Code of Obligations No 6098. These incompatibilities also negatively affect the resolution of the legal disputes. The one of the problematic area is related to the regulation which is determined that the supplier company should continue to provide electricity and the consumer keeps going to benefit from the services despite not having paid for consumption. According to Supreme Court decisions not cutting off the electricity constitute contributory negligence and should be discounted on the claim of the company. In this study firstly the regulations of EMRA concerning electricity sales are briefly evaluated from the law of contracts perspective and subsequently some decisions of Supreme Court are discussed and brought forward new proposals.

Keywords: Sale of electricity, subscription agreement, contributory negligence

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (hakerler@gmail.com).
(Geliş Tarihi: 13.02.2017 / Kabul Tarihi: 27.11.2017)

I. GİRİŞ

Elektrik enerjisi, su, rüzgâr, kömür, gaz, doğal gaz, petrol, nükleer reaksiyon veya güneş gibi birincil enerji kaynaklarının üretim tesislerinde belli sürelerden geçirilerek fizikî değişime uğratılması ile elde edilen bir üründür¹. Elektrik dışında hiçbir güç kaynağı hem ışık, hem ısı ve hem de güç üretiminde kullanılamamaktadır². Keza depolanamaması ile üretimi, iletimi ve dağıtımının çok geniş alanlara ihtiyaç göstermesi elektrik enerjisini diğer ticari ürünlerden ayırmaktadır³.

Elektrik enerjisi, ülkemizde uzun yıllar boyunca kamu teşebbüslerince üretilmiş, iletilmiş, dağıtılmış ve satılmıştır (*dikeş bütünüleşmiş yapılanma*)⁴. Ne var ki, seksenli yıllarda başlayan özelleştirme hareketleri sonucunda⁵, özel sermaye ile kurulan şirketler de elektrik enerjisinin üretiminden tüketimine kadar ki değişik safhalarında yer almaya başlamışlardır. Elektrik enerjisi ile ilgili olarak kamu-özel sektör işbirliği politikalarından vazgeçileceği yönünde herhangi bir beklenti bulunmamaktadır⁶.

Elektrik üretim, dağıtım ve satım süreçlerinde gerçekleşen sistem değişikliği, yeni hukuksal düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Ancak bahsedilen yeni mevzuatın Türk özel hukuk rejimi ile uyumu hususunda önemli soru işaretlerine de işaret etmek gerekir. Bu durum yargı kararlarını da etkilemektedir.

Çalışmada ilk olarak perakende elektrik satımı rejimini düzenleyen mevzuata kısaca göz atıldıktan sonra, Yargıtay 3. ve 19. Hukuk Daireleri'nin elektrik aboneliği, abone olmadan elektrik tüketimi, abonenin tüketimden sorumluluğu bağlamında verdiği "*müterafik kusur*" içtihatları, borçlar hukuku ilkeleri çerçevesinde tartışılmaya çalışılacaktır. Kararlarda ilk olarak özel düzenlemelerden hareket edilmesine rağmen, sonuca varılması aşamasında çoğu kere borçlar hukuku ile ilgili temel esaslara da başvurma ihtiyacı duyulduğunu daha şimdiden belirtmek mümkündür.

II. TMK, TBK VE TKHK HÜKÜMLERİ ETRAFINDA PERAKENDE ELEKTRİK SATIMI-NA GENEL BİR BAKIŞ

Elektrik sektöründeki yeniden yapılanma ve serbestleşme faaliyetlerinin, elektriğin dağıtımı ile perakende satışı sözleşmelerinin, taraflarını, konusunu, hüküm ve sonuçlarını değiştirdiği, farklı içerik ve görünüm kazandırdığı ifade edilmiştir. Bu çerçevede özellikle, sisteme bağlantı yapılması ve elektriğin ağda taşınması edimlerinin, elektrik satımından ayrılması en temel değişiklik olarak görülmektedir⁷.

Geçmiş dönemde elektriğin satımına (arzına) ilişkin olarak "üretim", "iletim", "dağıtım" ile "nihai tüketiciye satımı", "sayaç okuma", "faturalandırma" ve "müşteri ilişkilerinden" oluşan aşamalardan söz edilmişken⁸, 6446 s. Kanun m. 4'te ise "üretim"⁹, "iletim"¹⁰, "dağıtım"¹¹, "piyasa işletim", "ithalat ve ihracat faaliyeti", "toptan satış", "perakende satış" şeklinde toplam sekiz farklı faaliyet alanı yaratılmıştır. Görüldüğü üzere elektriğin perakende satışı bu sürecin son safhasını oluşturmaktadır.

TMK m. 762'de yer alan "*taşınır mülkiyetinin konusu, [...] edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir*" hükmü gereği elektrik enerjisi, taşınır kabul edilmiştir¹².

1 Yavuz, Mustafa (2011), 'Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri', (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>s.e.t. 10.12.2016, s. 16.

2 Yavuz, s. 12.

3 Yavuz, s. 18, üretildiği anda tüketilmesi gereken bir mal oluşu, tüketim alışkanlıklarının ise önceden kestirilememesi, ancak arz miktarı ile tüketim miktarının anlık olarak daima denkleştirilmesi gerekliliği, nakline ilişkin piyasa şartlarından bağımsız teknik zorunluluklar bulunuşu ve fiyat ve gelir esnekliğinin düşük oluşu gibi hususlar elektriği diğer ticari ürünlerden ayırmaktadır, s. 19, 21, 97; ayrıca bkz. Ayrancı, Hasan (2010), Enerji Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, 2010, Yetkin, s. 45 vd.; Döğerioloğlu Işıksungur, Özlem (2011), 'Elektriğin Hukuki Niteliği', Erzincan ÜHFD, C: XV, S: 3-4, s. 250. Bkz. Elektrik Piyasası Talep Tahminleri Yönetmeliği (RG. T. 07.05.2016, S. 29705); Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliği (RG. T. 14.04.2009, S. 27200, en son RG. T. 30.10.2016, S. 29873'de yayınlanan Yönetmelik ile değişik).

4 Yavuz, s. 27; Özel, Çağlar & Özcan Büyüktanır Burcu G. & Özel Fatma (2013), 'Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler', E-Journal of Yaşar University (JoY), S: 8 (Özel), <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96ZEL-B% C3%9CY%C3%9CKTANIR-%C3%96ZEL.pdf>s.e.t. 19.11.2016, s. 2076.

5 Elektrik piyasasının özelleştirilmesi ve etkileri ile ilgili olarak bkz. Ayrancı, s. 51 vd., 76 vd., 86 vd.

6 T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı 2014-2018 (2014), 'Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu', Ankara, <http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zet%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/221/Kamu%20Özel%20İşbirliği%20ÖİK%20Raporu.pdf>s.e.t. 31.09.2016, s. xv.

7 Yavuz, s. 96.

8 Yavuz, s. 22; ayrıca bkz. Döğerioloğlu Işıksungur, s. 249-250.

9 6446 s. Kanun m. 4/1-ö'de üretim, "enerji kaynaklarının, elektrik üretim tesislerinde elektrik enerjisine dönüştürülmesini" ifade eder.

10 İletim elektriğin yüksek gerilimde taşınmasını ifade eder, Yavuz, s. 23; ayrıca bkz. 6446 s. Kanun m. 4/1-k.

11 Dağıtım, elektriğin orta ya da alçak gerilim seviyesinde nihai tüketiciye iletilmesidir, Yavuz, s. 25; ayrıca bkz. 6446 s. Kanun m. 4/1-ç.

12 Oğuzman, M. Kemal & Seliçi, Özer & Oktay Özdemir, Saibe (2009), Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 587-588; Döğerioloğlu Işıksungur, s. 252-253, 259, Yazar elektriğin iletimi ve dağıtımını göz önünde tutarak "tüketiciye hizmet yoluyla sağlanan bir mal söz konusu" olduğunu ifade etmiştir.

TBK m. 209/İ'de ise "TMK uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışının" taşınır satışı olarak kabul edildiği açıklanmıştır. Anılan hükümler karşısında elektrik enerjisinin toptan ya da perakende satışının da taşınır satımı niteliğini taşıdığı açıktır¹³.

Satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümü satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretmektir (TBK m. 207/İ). Taşınır satışında da "satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür" (TBK m. 210). Ancak elektrik, alıcı tarafından "stoklanamadığından" yani hemen tüketildiğinden elektrik satımı bakımından gerçek anlamda bir zilyetlik ve mülkiyet devrinden söz etmek mümkün değildir. Burada TBK sistemi gereği olsa olsa bir "hukuksal andan" (*juristische Sekunde*) bahsedilebilir. Hatta alıcının Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'ndan (EPDK) lisans almaksızın, satın aldığı elektriği bir başkasına satması da hukuken mümkün değildir¹⁴. Bu son durum da elektrik satımını, elektriğin fiziksel özelliklerinden dolayı oluşan bir taşınır satışından ayırmaktadır.

Satıcının enerji tedarikinde süreklilik sağlanması bir zorunluluktur. Bu durum alıcı açısından da geçerlidir. Alıcı da aynı şekilde kural olarak belli bir miktar ya da süreli olarak elektrik satın alma talebinde bulunamaz¹⁵. Bu sebeple elektrik satımında satıcının edim borcu "ani edim" niteliğinde değildir¹⁶. Taraflar arasındaki ilişki, bilhassa satıcının "tüketime hazır bulundurma" şeklinde anlaşılması gereken "teslim" borcu karşısında sürekli edim karakterini haizdir. Satıcı elektrik enerjisini 365 gün 24 saat kullanıma/tüketime hazır bulundurma yükümlüdür (*sürekli ifayı gerektiren sözleşme*)¹⁷. Sü-

rekli hazır bulundurma yükümlülüğü satıcının asli edim yükümünü oluşturmaktadır (*emre amadelik*)¹⁸. Bu durum ise elektrik satımını konu edinen sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşmeler olarak nitelendirilmesine ve pratik olarak abonelik sözleşmesi şeklinde akdedilmesine neden olmaktadır¹⁹. *Yavuz* da klâsik elektrik tedarik sözleşmesinde tedarikçinin asli edim yükümünün müşterinin (abonenin) elektrik tüketimini, ihtiyaç duyduğu anda ve yoğunlukta karşılamak; abonenin asli edim yükümünün ise tükettiği elektriğin bedelini ödemek olduğunu yerinde olarak ifade etmiştir²⁰.

Abonelik sözleşmeleri, konuları bakımından hiç şüphesiz ekonomik farklılıklar taşıyabilirler. Örneğin bir gazete, dergi, kablo veya dijital platform TV'nin abonelik kaydı²¹ içeren bir satış sözleşmesi ile tedariki halinde, satıcı ön ödeme sebebiyle alıcıya bedelde indirim şeklinde bir takım ekonomik menfaatler sağlayabilirken²², elektrik, su, doğal gaz aboneliklerinde bu söz konusu olmamaktadır. Zira bahsi geçen durumlarda satımın abonelik yöntemi dışında gerçekleştirilmesi mümkün değildir²³.

Yavuz, abonelik sözleşmesi ile elektrik kullanılabileceği kadar sadece tedarikçiye gönderme yükümü yükleyen bir gönderme ilişkisinin kurulduğu, elektriğin kullanılmadığı dönemde ise tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin var olduğu, alınmasından sonra ise iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu yönünde doktrin görüşlerinin bulunduğunu ifade etmiştir²⁴. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira abonelik sözleşmelerinin genel özelliği satıcının/sağlayıcının kesintisiz ya da belli periyodik aralıklarla malı ya da hizmeti kullanıma/tüketime hazır bulundurma borcunu üstlenmesidir. Satış sözleşmesinden doğan borçların ifa tarzının bir

13 Yavuz, Cevdet & Acar, Faruk & Özen, Burak (2013), Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul, Beta, s. 43; Yavuz, s. 10, 98; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2110-2111, ancak Yazarlar "elektrik piyasasında kullanılan ikili anlaşmaların satım sözleşmesinden uzaklaştığı noktaların da azımsanmayacak kadar çok" olduğunu da işaret etmişlerdir, s. 2121.

14 Karş. Tüketici Hizmetleri Y. m. 20/5, 32/1-a; Perakende Satış Sözleşmesi m. 15/3-4 (RG. T. 25.08.2015, S. 29456).

15 Tüketici Hizmetleri Y. m. 8/1: "Geçici kullanım amaçlı bağlantılar için yapılan perakende satış sözleşmeleri hariç olmak üzere, perakende satış sözleşmesinde süre sınırı bulunmaz".

16 Ayrancı, s. 153.

17 Karş. Tüketici Hizmetleri Y. m. 2/1-a; ayrıca bkz. Yavuz, s. 107 vd.; Koca, Güneş (2004), "Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri", (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>>.s.e.t. 24.10.2016, s. 34. Satıcının edimi sürekli edim niteliğindedir, alıcı ise satım konusunun fiziksel özelliklerinin ve sözleşmenin bir abonelik sözleşmesi olmasının bir sonucu olarak bedeli ödeme borcunu, tüketim miktarının satıcı tarafından kararlaştırılan aralıklarla belirlenmesi, bedelin hesaplanıp kendisine bir fatura ya da diğer bir tür ödeme talebi ile bildirilmesi sonucunda ifa edebilecektir.

18 Ayrancı, s. 173 vd.

19 Ayrancı, s. 209, enerji sağlanmasını konu edinen abonelik sözleşmelerinin türü hakkındaki tartışmalar için bkz. s. 231 vd.; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2111; Koca, s. 34-35, elektriğe ilişkin perakende satış sözleşmelerinin olağan satış sözleşmelerinden farklılığı ve başka hüküm ve sonuçlar doğurduğu yönünde ise bkz. s. 11. Ayrancı, abonelik sözleşmelerinin satım, hizmet ve taşıma sözleşmelerinin unsurlarını taşıdığını, ancak enerji sağlama söz konusu olduğunda *sui generis* bir sözleşmenin varlığından söz edilebileceğini ifade etmektedir, s. 213, 229 vd.

20 Yavuz, s. 107, 224 vd.; Ayrancı, s. 172 vd.; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2111.

21 Koca, s. 35.

22 Karş. Ayrancı, s. 209, dn. 516.

23 Doğalgaz ve su tedarikinde bazı şehirlerde görülen "ön ödeme" uygulaması ise, yine abonelik sistemi içinde gerçekleşmektedir. Değişen tek şey, ödemenin tüketim sonrasında değil, tüketim öncesinde yapılmakta olmalıdır. Ödeme modalitesi abonelik sözleşmesinin karakterini değiştirmemektedir.

24 Yavuz, s. 106.

yansımaları olan abonelik sistemi ve elektriğin teknik özellikleri dolayısıyla sözleşmenin bazen tek tarafa borç yükleyen bazen de iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilmesi yerinde olmayacaktır. Kaldı ki, bugün için evlerde ve işyerlerinde bulunan birçok cihazın yirmidört saat elektrik enerjisine ihtiyaç duyduğu ve belirtilen türden hukuksal kesikliklerin pratikte çok yaşanmadığı da bir gerçektir²⁵.

Tüketici hukuku da elektrik satım sözleşmelerinin, düzenlenmesinde ve yorumlanmasında hiç şüphesiz oldukça önemlidir. Bu noktada ilk olarak abonelik sözleşmesinin, TKHK m. 52/1'de "tüketicinin, belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla²⁶ edinmesini sağlayan sözleşmeler" şeklinde tanımlandığına ve "elektrik enerjisinin" TKHK m. 3/1-h anlamında "mal" kabul edileceğine işaret edilebilir²⁷.

İkinci nokta ise TKHK'da çizilen sınırların perakende elektrik satımında da etkisini gösterecek olmasıdır²⁸. Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği²⁹ m. 2/2'den anlaşıldığı üzere elektrik aboneliği sözleşmelerine bir istisna hariç (örn. bkz. m. 6/3) tüm kapsamıyla uygulanacaktır³⁰. Genel olarak bakıldığında Tüketici Hizmetleri Y. düzenlemeleri ile Abonelik Sözleşmeleri Y. m. 8-13 ile 19-21 arasında uyum olduğu görülmektedir.

"Perakende Satım Sözleşmesi" ile "Bağlantı Anlaşmasının" içerikleri hem 6446 s. Kanun'da hem de ikincil düzenlemelerde (Tüketici Hizmetleri Y. m. 7-10)³¹ önceden belirlenmiş olup genel işlem koşulu niteliğindedirler (TBK m. 20/IV)³². Yukarıda da değinildiği üzere 25.08.2015 t. ve 29456 s. RG'de standart sözleşme örneği olarak "Perakende Satış

Sözleşmesi" yayınlanmıştır. Bu sözleşmenin ilk maddesinde EPDK kararı ile "standart sözleşme" olarak düzenlendiği açıklanmıştır. Sonuç olarak sözleşme TBK m. 20/IV uyarınca genel işlem şartlarına ilişkin kısıtlamalar yanında bir tüketici işlemi niteliği taşıdığı ölçüde TKHK m. 4-5, 13 vd. ile 52'deki sınırlamalara da tabi olacaktır. Diğer yandan Tüketici Hizmetleri Y. m. 19/6'da "bu Yönetmelik hükümleri uyarınca elektrik enerjisi hizmeti alan tüketicilerin hakları ve zararlarının tazmini konusunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır" denilmek suretiyle tüketicinin korunmasıyla ilgili düzenlemelere açıkça bir atıf da yapılmış bulunmaktadır³³.

Perakende Satış Sözleşmesinin 23/2. maddesinde "sözleşme kapsamında Mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir" yönünde bir hükmün bulunduğu görülmektedir. Ancak HMK m. 17 ile tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan gerçek ve tüzel kişilere yetki sözleşmesi yapılması yasaklanmış olduğundan, belirtilen sözleşme hükmünün -hem mahkeme hem de icra daireleri bakımından- tacir olmayan gerçek ve tüzel kişi tüketiciler bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Tüketici Hizmetleri Y. m. 5/2'de, Perakende Satış Sözleşmesi başvurularının "internet üzerinden ya da kayda alınmak suretiyle telefonla da" yapılabileceği, m. 6/1'de de sözleşmenin, "ıslak imza veya elektronik imza" ile imzalanabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Perakende Satış Sözleşmesi "mesafeli sözleşme" olarak da akdedilebilir. Bu durumda Perakende Satış Sözleşmesinin tüketici işlemi olduğu hallerde sözleşmenin akdi ve sona ermesini ilgilendiren hususlarda TKHK m. 48 ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin³⁴de uygulanabileceğini belirtmek gerekir³⁵.

III. ELEKTRİK PİYASASI TÜKETİCİ HİZMETLERİ YÖNETMELİĞİ BAĞLAMINDA PERAKENDE ELEKTRİK SATIMINA GENEL BİR BAKIŞ

Tüketici Hizmetleri Y.'nin amacı, "perakende satış sözleşmesi kapsamında hizmet alan veya veren taraflara uygulanacak standart, usul ve esasların

25 Bkz. ayrıca, Yavuz, s. 106-107, 220.

26 Metinde "sürekli veya düzenli aralıklarla" ifadesi yerine "düzenli aralıklarla veya kesintisiz biçimde" ya da "düzenli aralıklarla veya fasılsız biçimde" ifadelerinin kullanılması Türkçe'ye daha uygun olurdu.

27 Döğlerlioğlu Işıksungur, s. 259; Zevkililer, Aydın & Aydoğdu, Murat (2004), Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 93. Elektriğin TKHK anlamında "mal" mı yoksa "hizmet" mi olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Ayrancı, s. 142 vd.

28 Elektrik piyasasındaki her türlü abonelik sözleşmesinde abonenin TKHK anlamında "tüketici" sıfatını taşıması halinde TKHK'nın da uygulanacağı yönünde bkz. Ayrancı, s. 211.

29 RG. T. 24.01.2015, S. 29246.

30 Ayrıca bkz. Yavuz, s. 225.

31 Tüketici Hizmetleri Y. m. 7/1'de "perakende satış sözleşmesi, görevli tedarik şirketlerinin görüşleri alınmak suretiyle [...] standart sözleşme olarak Kurul tarafından belirlenir ve Kurul onayı alınmaksızın bu sözleşmede değişiklik yapılamaz" "Perakende Satış Sözleşmesi" m. 24'de "taraf[ın], ilgili mevzuata aykırı olmamak koşuluyla aboneye kolaylık sağlayacak özel hususlara sözleşme ekinde yer verebileceği" belirtilmiştir.

32 Ayrancı, s. 224 vd., enerji sözleşmelerinde genel işlem şartları hakkında ise bkz. s. 271 vd.; Yavuz, s. 120 vd., 221, "ikili anlaşmalarda" ise satıcı ile alıcının şartları müzakere etme imkânı vardır, s. 221.

33 Serbest tüketicilere ilişkin özel bir bölüm getiren Tüketici Hizmetleri Y. m. 20 vd.'da tüketici mevzuatına açık bir atıf olmasa da, m. 19/6'da "bu Yönetmelik hükümleri uyarınca elektrik enerjisi hizmeti alan tüketiciler" denilmiş olduğuna dikkat çekmek gerekir.

34 RG. T. 27.11.2014, S. 29188.

35 Karş. "Perakende Satış Sözleşmesi" m. 18. Perakende satış sözleşmesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayrancı, s. 161 vd.

belirlemektir” (m. 1). Söz konusu Yönetmelik, perakende elektrik satımı sözleşmelerinin özel hukuk ilkeleri karşısındaki durumunu açıklayacak önemli düzenlemeler içermektedir³⁶. Aşağıda bunlardan önemli görülenlerine işaret edilmeye çalışılmıştır³⁷.

A. SÖZLEŞMENİN “ALICI” TARAFINI NİTELEMEK ÜZERE KULLANILAN TERİMLER

“Abone” perakende satış sözleşmesi ile elektrik enerjisi ve/veya kapasite alan gerçek veya tüzel kişi olarak (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-a); “tüketici” ise elektriği kendi kullanımı için alan kişi olarak³⁸ (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-hh) tanımlanmıştır. Sözü edilen, “abone” ve “tüketici” ayrımının gerçek bir hukuksal işleve sahip olduğu kanaatimizce şüphelidir. Elektrik mevzuatındaki “tüketici” teriminin kapsamının, TKHK’nun “tüketici” kavramından daha geniş olduğu da belirtilmelidir. Bu durumda abonelik sözleşmesi ya da ikili anlaşma akdeden bir tacir, TKHK ve ikincil mevzuatındaki özel korumadan yararlanamayacak olsa da, elektrik mevzuatında tüketiciye/aboneye tanınan haklardan yararlanabilecektir.

B. SÖZLEŞMENİN “SATICI” TARAFINI NİTELEMEK ÜZERE KULLANILAN TERİMLER

“Tedarikçi” elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlayan üretim şirketleri ile tedarik lisansına sahip şirketler olarak (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-ee); “görevli tedarik şirketi” ise dağıtım ve perakende satış faaliyetlerinin hukuki ayrıştırması kapsamında kurulan veya son kaynak tedariki yükümlüsü olarak Kurul tarafından yetkilendirilen tedarik şirketi (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-j); “tedarik şirketi” elektrik enerjisinin ve/veya kapasitenin toptan ve/veya perakende satılması, ithalatı, ihracatı ve ticareti faaliyetleri ile iştigal edebilen tüzel kişi (Tüketici

Hizmetleri Y. m. 4/1-ff)³⁹ olarak tanımlanmışlardır. “Dağıtım şirketleri”⁴⁰ elektrik satmamakta, kullarılarına tahsis edilen hatlar üzerinden bunun nihai tüketiciye ulaşmasını sağlamaktadırlar.

Görüldüğü üzere elektrik satımının “satıcı” tarafında farklı işlevleri gerçekleştirdikleri için farklı isimlerle anılan kişiler bulunmaktadır. Yerine getirdikleri işlevlerin farklı olması EPDK’dan farklı türde lisanslar alınmasını gerektirmektedir.

C. TARAFLAR ARASINDA AKDEDİLEN SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN BAZI TERİMLER

- Perakende satış⁴¹ sözleşmesi: Bağlantı anlaşması mevcut olan kullanım yeri için, görevli tedarik şirketi ile tüketiciler arasında ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, perakende satış tarifesi veya son kaynak tarifesinden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temini ile hizmet alımına yönelik yapılan faaliyetlere ilişkin koşul ve hükümleri kapsayan sözleşme olarak (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-ü);

- İkili anlaşma⁴² ise gerçek veya tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar olarak (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-l);

- Bağlantı anlaşması: Bir üretim şirketi, dağıtım şirketi ya da tüketicinin iletim sistemine ya da dağıtım sistemine bağlantı yapması için yapılan genel ve özel hükümleri içeren anlaşma olarak (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-ç)⁴³ tanımlanmıştır.

36 6446 s. Kanun ve ikincil mevzuatta elektrik satımı için kurulan sistem hakkında bkz. Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2085-2086.

37 Yavuz, çalışmasında elektriğin nihai tüketiciye ulaştırılması amaçlı sözleşmeler (perakende satış sözleşmeleri) ile ikili anlaşmaların dar anlamda elektrik tedarik sözleşmesi kapsamında değerlendirmiştir, s. 9-10.

38 “Tüketici” kullandığı enerjinin miktarına göre “serbest tüketici” ve “serbest olmayan tüketici” şeklinde ikiye ayrılmıştır ki (Tüketici Hizmetleri Y. m. 4/1-aa, bb), bu ayrım alıcının tedarik şirketi seçebilmesi ve tarifeler ile ilgilidir. Ayrancı, elektrik enerjisinin kendi yolunu kendisinin bulduğuna işaret ederek, fiziksel enerji teslimatı ile sözleşmesel enerji teslimatının aynı durumu ifade etmediğine vurgu yapmaktadır, s. 39.

39 6446 s. Elektrik Piyasası Kanunu m. 10/4: “Dağıtım şirketi tarafından yürütülmekte olan perakende satış faaliyeti, görevli tedarik şirketi tarafından yerine getirilir. Görevli tedarik şirketi, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketicilere Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapar”.

40 Elektrik Piyasası Bağlantı ve Sistem Kullanım Yönetmeliği m. 3/1-d (RG. T. 28.01.2014, S. 28896).

41 6446 s. Kanun m. 3/1-aa’da “perakende satış: elektriğin tüketicilere satışı” tanımı yer almıştır.

42 İkili anlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Yavuz, s. 135 vd.; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2097. “İkili anlaşma” ifadesinin TBK terminolojisi ile örtüşmediği açıktır. Terim tercihi ile ilgili olarak Yavuz şu bilgileri vermektedir: “İkili anlaşma, elektrik enerjisi ve/veya kapasitesinin alım ve satımını ifade etmek üzere 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun Anglo-Sakson Hukukuna ait düzenlemelerden esinlenerek terçümesi sebebiyle hukuk sistemimize girmiş bir kavramdır. İkili anlaşmanın “sözleşme” niteliğinde olduğuna dair hiçbir şüphe söz konusu değildir”, s. 137. Ayrıca bkz. Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2097.

43 Bağlantı ve Sistem Kullanım Y. m. 12/3-a: “Dağıtım sisteminin mevcut durumunun bağlantı talebinin karşılanması için uygun olması halinde, dağıtım şirketi ile başvuru sahibi arasında bağlantı anlaşması imzalanır”. Yavuz bu sözleşmeyi “elektriğin ağda taşınmasına dair sözleşme” olarak nitelendirmektedir, s. 11. Dağıtım şirketinin bağlantı anlaşması yapmak zorunda olduğu yönünde bkz. Ayrancı, s. 43, 85. Bağlantı ve sistem kullanım anlaşmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, s. 244 vd.; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 208 vd.

D. DEĞERLENDİRME

Yukarıda ifade edilen hususlarla ilgili olarak şu kısa değerlendirmeler yapılabilir:

- Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi incelendiğinde tedarik şirketi ile Perakende Satış Sözleşmesi akdedilebilmesinin ön şartının tüketicinin öncelikle dağıtım şirketi ile “bağlantı anlaşması” yapması olduğu görülmektedir. Perakende Satış Sözleşmesinin 25. maddesinde sözleşmenin bağlantı anlaşması ile bir bütün teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir. Bağlantı anlaşmasının tarafları, tüketici ile o bölgedeki dağıtım lisansına sahip şirkettir. Bu anlaşmanın tedarik şirketinin personeli tarafından yapıldığı durumlarda tedarik şirketinin dağıtım şirketinin temsilcisi olarak hareket ettiği kabul edilebilir⁴⁴.

- Bağlantı anlaşmasının müstakil biçimde akdedilmesi zorunluluğu, elektrik piyasasındaki üretim, iletim, dağıtım ve tedarik safhalarının teknik ve hukuki olarak farklı tüzel kişiliklerce yürütülmekte olması ile açıklanabilir. Her ne kadar elektrik enerjisi sadece onu taşıyan teller vasıtasıyla tedarik edilebilir nitelikte olsa da, enerji ile onun taşındığı hat, ekonomik ve hukuksal olarak birbirinden ayrılmıştır⁴⁵. Bu durumda tedarikçi dağıtıcı, dağıtıcı ise tedarikçi olamamaktadır.

Bağlantı anlaşmasının hukuksal niteliğini tayin bakımından EPDK'nun resmi web sitesinde yer alan örnek bağlantı anlaşması metninin yeterli bir fikir verdiğini söylemek zordur. Anlaşma m. 5/B/1'de “*dağıtım şirketinin Kurul tarafından onaylı tarifesindeki yönteme göre hesaplanan bağlantı bedeli kullanıcı tarafından Dağıtım Şirketine ödenir*” denildiği görülmektedir. Teknik işlemlerden de hareketle bağlantı anlaşmasının *eser sözleşmesi* niteliğinde olduğu ifade edilmiştir⁴⁶.

Bağlantı anlaşmasının hukuken ilginç yönlerinden birisi de anlaşmanın sona ermesiyle ilgilidir. Buna göre bağlantı anlaşmasının sona ermesi “*kullanıcının dağıtım sistemine bağlı tesis ve teçhizatını sistemden ayırma ve dağıtım sistemini kullanımını sona erdirmesine*” münhasır kılınmıştır (Bağlantı ve

Sistem Kullanım Y. m. 16/1). Bunun için de ilk durumda dört ay öncesinden, ikinci durumda ise iki ay öncesinden dağıtım şirketine bildirimde bulunulması gerekmektedir. Öte yandan bağlantı anlaşmasında yer alan adresteki dağıtım sistemine bağlı tesis ve teçhizat var olduğu sürece, bağlantı anlaşması yürürlükte kalır ve “*bu tesisteki kullanıcı değişikliği halinde yeni bir bağlantı anlaşması yapılması talep edilmez*”. Bağlantı anlaşması m. 18'de de “*bu anlaşma, Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği çerçevesinde, kullanım yeri mevcut olduğu sürece yürürlükte kalır*” hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere bağlantı anlaşması elektrik tüketilen bir konut ya da işyerinde buranın kullanıcısı tarafından bir kez akdedildiğinde, sonraki malik/kiracı değişikliklerinde sona erdirilememekte, abone olarak ya da olmaksızın yeni tüketici tarafından yenilenmesine ihtiyaç duyulmamaktadır. Hatta yeni tüketicinin bu yönde bir talep hakkı olmadığı da anlaşılmaktadır. Günlük hayatta eski malik/kiracı ile yenisi arasında bağlantı anlaşmasından doğan hakların açıkça temlik de söz konusu olmamaktadır⁴⁷. Oysa bu durum borç ilişkilerinin nispliliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Burada TBK m. 129 anlamında bir üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilemeyeceği açıktır⁴⁸. Keza bağlantı anlaşmasını ilk akdedenin kendisinden sonra gelenlerin temsilcisi ya da vekili olduğunu söyleme imkânı da yoktur. Anlaşmayı ilk yapanın kendi adına hareket etmiş olması ve üstelik belli bir süre de bundan bizzat yararlanmış olması, ilişkinin TBK m. 40/2 c. 2 (*Geschäft für den, den es angeht*) kapsamı içinde değerlendirilmesini de güçleştirmektedir. Anılan sebeplerle adeta “*eşyaya bağlı bir sözleşme ilişkisi*” ihdas edilmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁹. Böyle bir düzenleme bazı pratik düşüncelere dayanmakta ise de, görüldüğü üzere sözleşme hukukunun temel ilkelerinden olan nisplilik ilkesi ile uyum içerisinde değildir. Bu şekilde düzenleyici bir işlemle belki de birbirlerini hayatta hiç görmeyecek kişiler arasında hukuksal ilişki kurulmuş olmaktadır.

- 6446 s. Kanun ve Tüketici Hizmetleri Y'de dağıtım ve tedarik şirketi tarafından bir tüketici ile Perakende Satış Sözleşmesi yapılmasının zorunlu olduğuna ilişkin çok açık bir hükme yer verilmediği

44 Karş. Yavuz, s. 247.

45 Bkz. Yavuz, s. 5 vd.

46 Yavuz, s. 255; Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2122. Ayrıca bkz. Ayrancı, s. 103 vd. Ancak sistem kullanım anlaşmasının ise kira sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı ifade edilebilir. Aynı yönde Özel & Özcan Büyüktanır & Özel, s. 2122. Bu anlaşmanın *sui generis* bir sözleşme olduğu ancak kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin de kıyasen uygulanabileceği yönünde Yavuz, s. 257, 262 vd.

47 Bağlantı Anlaşması m. 11: “*Kullanıcı, bu anlaşma kapsamındaki haklarını veya yükümlülüklerini önceden Dağıtım Şirketinden yazılı onay almaksızın başkalarına devir, temlik ve rehne konu edemez*”.

48 Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 1141 vd.

49 “Bağlantı anlaşmasında yer alan adresteki kullanım yeri var olduğu sürece, bağlantı anlaşması yürürlükte kalır”, Ayrancı, s. 105.

görülmektedir. Diğer yandan 6446 s. Kanun m. 10/4 c. 2'deki "görevli tedarik şirketi, ilgili dağıtım bölgesinde bulunan serbest tüketici olmayan tüketicilere Kurul tarafından onaylanan perakende satış tarifeleri üzerinden elektrik enerjisi satışı yapar" ifadesi ile Tüketici Hizmetleri Y. m. 6/1'de "görevli tedarik şirketi, usulüne uygun olarak yapılan başvuruları, başvuru tarihini izleyen en geç üç iş günü içerisinde sonuçlandırır. Perakende satış sözleşmesi görevli tedarik şirketi ile başvuru sahibi tüketici arasında imzalanır [...]" ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, dolaylı da olsa sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiği görülmektedir.

Tüketici Hizmetleri Y'nin "son kaynak tedariki kapsamında Perakende Satış Sözleşmesinin imzalanması" kenar başlığını taşıyan 10. maddesinin ilk fıkrasında ise, bu bağlamda çok daha açık bir hükme yer verilmiştir. Buna göre "ikili anlaşma ile elektrik enerjisi ve/veya kapasite satın almakta olan bir serbest tüketicinin ikili anlaşmasının herhangi bir nedenle sonlandırılması halinde, ilgili görevli tedarik şirketi söz konusu tüketiciye son kaynak tedariki kapsamında elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlamakla yükümlüdür"⁵⁰. Ancak son kaynak tedariki konusunda organize sanayi bölgelerinde faaliyet gösteren işletmeler yönünden bir boşluk bulunduğu dikkat çekmek gerekir. Zira EPDK düzenlemelerine göre son kaynak tedariki de lisansla yürütülebilecek bir faaliyettir. Oysa organize sanayi bölgelerinde (OSB) perakende elektrik satımı konusunda tek yetkili OSB tüzel kişiliğidir (4562 s. OSB Kanunu m. 20; OSB Uygulama Yönetmeliği s. 4, 35). Hal böyle olunca OSB içinde yer alan işletmelerin son kaynak tedariki ihtiyaçları bakımından özel lisansı olmasa dahi OSB yönetimlerine son kaynak tedarik yetkisi ve görevi verilerek boşluğun doldurulmasında fayda vardır. Bir başka ifade ile bir şehirde son kaynak tedariki lisansına sahip bir şirket olsa dahi bu şirketin OSB'lerin özel durumundan dolayı bu bölgede son kaynak tedariki kapsamında faaliyet göstermesi mümkün olmayacaktır. Zira anılan OSB mevzuatı,

enerji tedarikinin türü yönünden herhangi bir ayırım yapmamıştır.

• Tüketici Hizmetleri Y. m. 5/5 ve 6'da ise bazı hallerde tedarikçiye perakende satış sözleşmesi yapmaktan kaçınma hakkı verildiği görülmektedir. Görevli tedarik şirketi, mevcut tedarikçisini değiştirmek suretiyle elektrik enerjisi ve/veya kapasite almak isteyen bir kişiden, bir önceki tedarikçisini ve bu tedarikçiye olan yükümlülüklerini yerine getirdiğini yazılı olarak beyan etmesini isteyebilir⁵¹. Keza görevli tedarik şirketinin, tedarikçisi ve abone grubu aynı kalmak kaydıyla, kullanım yerini değiştiren tüketici ile bir önceki kullanım yerine ait elektrik enerjisi tüketiminden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiğini ispatlamadığı sürece yeni bir perakende satış sözleşmesi imzalaması açıkça engellenmiştir⁵². Ancak ödeme kayıtlarının abone bazında tedarik şirketinde tutulması karşısında tüketiciden borcu olmadığının kanıtlanmasının istenmesinin yerindeliğitartışılabilir.

• Tüketici Hizmetleri Y. m. 9/1'de "tüketici, perakende satış sözleşmesi kapsamındaki haklarını veya yükümlülüklerini önceden görevli tedarik şirketinin yazılı onayını almaksızın başkalarına devir, temlik ve rehin edemez" denilmek suretiyle hakların ve borçların üçüncü kişilere devri ve teminat olarak değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Aynı açıklamada Perakende Satış Sözleşmesinin 13. maddesinde de yer almaktadır. Bu husus özellikle birçok yargı kararına da konu olan ve taşınmazını satan ya da kiralanın/alt kiraya verenin kendi aboneliğini son erdirmeden yeni malikin/kiracının elektriği kullanmasına açıkça ya da örtülü olarak rıza göstermesi ve bu sonucunun elektrik borcunu ödememesi ve/veya kaçak elektrik kullanması durumunda bundan kimin sorumlu olduğu konusu ile yakından ilgilidir⁵³.

• Yukarıda somut normlar bağlamında yapılanlar dışında, aşağıdaki genel değerlendirmelere yer vermekte de yarar vardır:

Girişte de ifade edildiği üzere, elektrik ile ilgili politika değişikliğinin bir diğer sonucu da bu alanda yeni özel hukuksal düzenlemelerin yapılması olmuştur. İdare tarafından konulan "düzenleyici işlemlerde" sorunların öncelikle teknik ve ekonomik boyutlarıyla ele alınmış oldukları, buna karşın ko-

50 Tüketici Hizmetleri Y. m. 10/1 c. 2'de "birinci fıkrada, söz konusu serbest tüketici görevli tedarik şirketi tarafından konuyla ilgili olarak kendisine yapılan bildirim tarihinden itibaren onbeş iş günü içerisinde perakende satış sözleşmesinin imzalanması için ilgili görevli tedarik şirketine başvuruda bulunmak zorundadır" denilerek tüketiciye öneride bulunması için bir tayin edilmiştir. Bu süreye uyulmamasının usulsüz elektrik kullanımı olarak kabul edildiği önemle vurgulanmalıdır (Tüketici Hizmetleri Y. m. 32/1-ğ). "Evrensel hizmet yükümlülüğü" hakkında bkz. Yavuz, s. 71-72, 226 vd.; Ayranç, s. 47-48; Döğerioloğlu Işıkşungur, s. 258 vd. Enerji sözleşmeleri bağlamında rekabet sınırlamaları hukukundan kaynaklanan sözleşme kurma zorunluluğu hakkında bkz. Ayranç, s. 266 vd.

51 Ayrıca bkz. Tüketici Hizmetleri Y. m. 8/5.

52 Ayrıca bkz. Tüketici Hizmetleri Y. m. 22/5.

53 Bkz. örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T: 14.04.2015, E: 2014/13322, K: 2015/6247 (www.kararara.com).

nunun özel hukuku ilgilendiren boyutlarının ihmal edildiği belirtilmek gerekir. Ancak neticede elektrik de yukarıda ifade edildiği üzere bir “maldır” ve üretiminden tüketimine hukuksal bir çerçevesi olmak zorundadır. Elektrik enerjisinin doğal tekel karakteri taşıması⁵⁴ ve regülasyona konu olması onun hukuksal çerçevesinin, ilgili özel hukuk normlarıyla, özellikle de TBK ile bağları kopartılmış şekilde bir adacık haline getirilmesini haklı kılmaz.

Ne var ki, elektrik aboneliği sözleşmesine ilişkin ikincil mevzuat incelendiğinde, bunların hazırlanmasında Borçlar Kanunu'nun yeterince dikkate alınmadığı ve Borçlar Kanunu'nun elektrik dağıtım ve satımı işlemlerinin Borçlar Kanunu kapsamı dışındaymışçasına hareket edildiği izlenimini elde etmek mümkün değildir. Hal böyle olunca elektrik aboneliği sözleşmeleri için bütün özel hukuk sistemi içinde “özel” bir hukuk (*Sonderrecht*) adacağı oluşturulduğu söylenebilir. Ayrıca benzer konuları ihtiva etmelerine rağmen bilhassa terimsel açıdan yönetmelikler arasında uyumsuzluklar olduğu da görülmektedir. Bu bağlamda birçok hususta sorunun hukuksal özelliklerinin teknik ayrıntılar içinde kaybolduğunu ifade etmek gerekir. Bu durum ise istemeden de olsa tüketici aleyhine keyfi uygulamalara kapı aralamaktadır. Elektrik piyasasında faaliyet gösteren işletmelerin fiilî gücü hukuk kuralları ile daha da kuvvetlendirilmektedir. Elektrik mühendisliğinin, işletmeciliğinin ve piyasasının kendisine özgü bir terminolojisi olsa da, konu hukuksal düzenlemeler yazmak olduğunda mevcut sözleşmeler hukuku sistem ve terminolojisinden kopulmamalıdır⁵⁵. Bunun kuru bir “*kavram hukukçuluğu*” olduğu düşünülmemelidir. Zira eski ve yeni Borçlar Kanunları ile ilişkili diğer kanunlar etrafında oluşmuş bilimsel ve yargısal içtihatların değeri göz ardı edilemez. Keza düzenlemelerde anlam ve kapsamı belirgin hale gelmiş mevcut müesseselerden yararlanılması, yargılama sürecinde doğru karara ulaşılmasına önemli bir katkı sağlayacak ve öngörülebilirliği artıracaktır. Anılan nedenlerle elektrik satımına ilişkin olarak gelecekte yapılacak düzenlemelerde özellikle TBK ve TKHK'da yer alan temel esaslara bağlı kalınmalıdır.

IV. TÜKETİM BEDELİNİN ÖDENMEMESİNİN ÖZEL BİR SONUCU OLARAK TEDARİKÇİNİN “ELEKTRİĞİ KESMESİ”

Uygulamada elektrik aboneleri birçok konuda yargıya başvurmak zorunda kalmaktadırlar. Mahkemeler ise daha çok mühendislik ve özelleştirme bakış açısı ile yazılmış olan, ancak borçlar hukuku ile bağı iyi kurulmayan mevzuatı elektrik mühendisi bilirkişiler yardımıyla somut uyuşmazlığa tatbik etmeye çalışmaktadırlar. Fakat elektrik piyasası mevzuatında tedarikçi-tüketici ilişkileri bakımından menfaatler dengesi kabul edilebilir şekilde kurulmamış olduğundan, özel hükümler, borçlar hukukunun temel ilkeleri ile beraber uygulanmaktadır.

Uyuşmazlık konusu alanlardan birisi de kaçak ya da usulsüz elektrik kullanımınıdır. Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi, elektrik enerjisi tüketimine ilişkin ödemelerin son ödeme tarihine kadar yapılmaması ihtimali bakımından, belli usullere riayet edilmek kaydıyla abonenin elektriğinin kesilmesini öngörmüştür. Bazı Yargıtay kararlarında da aşağıda açıklanacak mevzuat hükümlerinden hareketle elektriğin *kesilmemesi*, tedarikçi bakımından *müterafik kusur* kabul edilerek, anapara dışındaki fer'i borçlarda abone lehine indirim yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Aşağıda öncelikle ilgili düzenlemeler kısaca aktarılmaya çalışılacak, akabinde “*kesme*” işleminin borçlar hukukundaki niteliği tartışılacak ve en son da Yargıtay'ın kararları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. TÜKETİCİ HİZMETLERİ YÖNETMELİĞİ, PERAKENDE SATIŞ SÖZLEŞMESİ VE BAĞLANTI ANLAŞMASINA GÖRE ELEKTRİĞİN KESİLMESİ

1. Tüketici Hizmetleri Y'ne Göre Elektriğin Kesilmesi

Elektriğin teslimi onun tüketilmesi anlamına gelmektedir. Kısacası elektrik tüketildikten sonra iadesi mümkün bir mal olmadığından, belli hallerde ifanın durdurulması, gerek hukuksal gerekse ekonomik olarak özel bir öneme sahiptir.

Tüketici Hizmetleri Y. m. 15/2'de, ödemelerini son ödeme tarihine kadar yapmayan⁵⁶ tüketiciye

54 Kulalı, İhsan (1997), 'Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması', (DPT Uzmanlık Tezi), Ankara, DPT Yayınları, s. 6 vd.

55 *Yavuz*, [4628 s. eski] Elektrik Piyasası Kanunu için, bunun İngiliz elektrik piyasaları düzenlemelerini esas alınarak hazırlanan çeviri bir Kanun olduğunu, bu hukuk sisteminin ise Türk-İsviçre özel hukuk sistemine yabancı müesseseler içerdiğini ifade etmiştir, s. 53-54.

56 Elektriğin kesilmesi bakımından ödememenin gerekçesi önemli değildir. Keza anılan düzenlemenin lafzından hareket edilecek olursa kesme işlemi için borcun kısmen dahi ödenmemiş olmasının yeterli olduğu görülmektedir. Ancak bkz. Perakende Satış

tedarikçi tarafından yazılı olarak en az beş iş günü süreyi içeren ikinci bir bildirimde bulunulacağı, bu bildirimde, ödeme yükümlülüğünün belirtilen sürede yerine getirilmemesi halinde elektrik enerjisinin kesileceğinin belirtileceği açıklanmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, tüketicinin borcunu ikinci bildirimde belirtilen sürede de ifa etmemesi halinde, görevli tedarik şirketinin bildirim üzerine, bildirim tarihinden itibaren en geç beş iş günü içerisinde TEİAŞ veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişi tarafından kesme bildirimini düzenlenmek suretiyle elektriğin kesileceği ifade edilmiştir⁵⁷. Kesme işlemi gerçekleştirildiğinde TEİAŞ ya da dağıtım şirketi durumu tedarik şirketine bildirecektir.

2. Perakende Satış Sözleşmesine Göre Elektriğin Kesilmesi

Sözleşmenin 9/3. maddesinde “abonenin⁵⁸, fatura bedelini son ödeme tarihine kadar ödememesi halinde Şirket tarafından aboneye yazılı olarak ikinci bildirimde bulunulur. İkinci bildirimde aboneye bildirim yapıldığı tarihten itibaren en az beş günü ödeme süresi tanınır. Geçmiş dönem borçları için beş iş günü ödeme süresine uymak ve elektriğin kesileceğine ilişkin bilgilendirmeyi sağlamak şartıyla ikinci bildirim bir sonraki dönem ödeme bildiriyle de yapılabilir. Söz konusu bildirimde abonenin ödeme yükümlülüğünü belirtilen sürede yerine getirmemesi halinde elektrik enerjisinin kesileceği ihtar edilir. Şirket, yazılı surette yapacağı ikinci bildirim ek olarak, gerekli görmesi halinde, diğer haberleşme kanallarını kullanarak da bildirimde bulunabilir. Abone, ikinci bildirimde belirlenen süre içerisinde ödeme yapmazsa, Şirket abonenin elektriğinin kesilmesi amacıyla TEİAŞ ve/veya ilgili dağıtım şirketine⁵⁹ bildirimde bulunur. Şirket’in bildirimde bulunabilmesi için bildirim tarihinde, abonenin ödemeleri yapmamış olması

Sözleşmesi m. 18/4: “Abonenin iflasına karar verilmesi veya tasfiye memuru atanması hallerinde işbu sözleşme, mali sonuçları saklı kalmak kaydıyla sırasıyla iflas veya tasfiye memuru atandığı tarihte sona erer”, karş. TBK m. 98.

- 57 25.09.2002 t. ve 24887 s. RG’de yayınlanmış olan mülga Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Y. m. 24/2: “Müşterinin perakende satış sözleşmesi veya ikili anlaşmalar kapsamında öngörülen ödemeleri zamanında yapmaması halinde dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından elektriği kesilebilir”.
- Tedarikçi şirket dağıtım ağına fiilen ve hukuken hâkim olmadığından, kesme işlemi bizaatihi gerçekleştirilememektedir. Bu sebeple “tedarikçinin elektriği kesmesi” yerine “elektriğin kesilmesini sağlamak” ifadesi durumu daha iyi açıklamaktadır.
- 58 Tüketici Hizmetleri Y. m. 15/2’de “tüketici” terimi kullanılmıştır.
- 59 Tedarikçi tarafından yapılacak kesme bildiriminin muhatabı (TEİAŞ, dağıtım şirketi) konusunda Tüketici Hizmetleri Y. m. 15/2 ile Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/3 arasında en azından ifade biçimi bakımından uyumsuzluk olduğu görülmektedir.

gerekir. Şirketin TEİAŞ veya ilgili dağıtım şirketine elektriğin kesilmesi bildiriminde bulunmasından sonra, abonenin yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde bu durum Şirket tarafından TEİAŞ veya ilgili dağıtım şirketine derhal bildirilir” hükmünün yer aldığı görülmektedir. M. 9/4’de ise “Şirket’in bildirim üzerine TEİAŞ veya ilgili dağıtım şirketi tarafından kesme bildirimini düzenlemek suretiyle elektrik kesilir” denilmiştir.

Bu düzenlemelerin TBK m. 123 hükmüne kısım benzediği söylenebilir de, tedarikçinin TBK m. 124’deki haklardan yararlanması engellenmiştir. Perakende Satış Sözleşmesi m. 18/7 incelendiğinde ise, tüketicinin ödemesi ve ödeme taahhüdünde bulunması için öngörülen süreler boşa geçirildiğinde tedarikçiye TBK m. 126’daki düzenlemeye paralel biçimde sözleşmeyi fesih hakkı tanınmış olduğu belirtilmelidir⁶⁰. Görüldüğü gibi Perakende Satış Sözleşmesinde esasen iki tür elektrik kesiminden bahsetmek mümkündür. Bunlardan biri tazyik amaçlı⁶¹ iken, diğeri ise feshi takip eden kesmedir.

3. Bağlantı Anlaşmasına Göre Elektriğin Kesilmesi

Bağlantı anlaşmasında da dağıtıcı şirketin hangi hallerde elektriği kesebileceğine ilişkin kısa bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Anlaşmanın 8/a maddesinde dağıtım şirketinin “bu anlaşma ve ilgili mevzuat hükümleri gereğince enerji kesilmesini gerektiren durumlarda en az 5 (beş) gün önceden bildirimde bulunmak suretiyle [...] kullanıcının tesis ve/veya teçhizatının bağlantısını kesebileceği” öngörülmüştür.

Yukarıda yer alan düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere belli durumlarda elektriğin kesilmesi ve diğer birçok konuda tüketici (abone), tedarik şirketi ve dağıtım şirketi arasında bir hukuksal bağ kurulmuştur. Bu ilişkilerin ayrıntıları karşılıklı imzalanan sözleşmelerde değil yönetmeliklerde düzenlenmeye çalışılmıştır.

- 60 Belirtilebilir ki, Perakende Satış Sözleşmesi ile Tüketici Hizmetleri Y’de tüketicinin iradesi ya da ortaya çıkan bazı özel haller nedeniyle akdi ilişkinin sona ermesi için “sona erdirme/erme” ifadesi kullanılmışken, tedarikçinin iradesi ile gerçekleşen son bulmalar için ise “fesih” kavramı kullanılmıştır.
- 61 Karş. Eren(2014), s. 986. EPDK web sayfasında, dağıtım şirketlerinin “dijaliz destek ünitesi, solunum cihazı gibi insan sağlığı açısından hayati önemi taşıyan cihazları kullanan tüketicilerin mağdur edilmemesi” konusunda uyarıldıkları bilgisi yer almaktadır, (http://www.epdk.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=1969).

B. YARGITAY KARARLARI

1. 3. Hukuk Dairesi'nin T: 15.01.2014, E: 2013/16514 K: 2014/278 Karar Sayılı Kararı⁶²:

“Uyuşmazlık; aboneliği iptal ettirmedikçe fiili kullanıcının kullandığı elektrik bedelinden abonenin de kullanıcıyla birlikte müteselsilen ve zamanında ödenmeyen elektrik faturalarından dolayı tarife ve yönetmelik hükümleri gereğince davalının elektriği kesmesi gerekirken kesmemesi nedeniyle davacının ana tüketim bedeli ile faiz ve gecikme zammından sorumlu olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır. [...] Aboneliğin bulunduğu yerde, kaçak elektrik kullanıldığı yerin kayden satılmasına rağmen aboneliğini iptal ettirmeyen kişinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı, abonelik kaçak kullanıcıya haksız fiil hükümleri uyarınca, abonenin de sözleşmeden doğan sorumluluğunun bulunduğu, bu durumda kaçak kullanımdan dolayı her ikisinin de müteselsilen sorumlu oldukları belirgin olmasına göre davacının alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi, somut olayda davacı alacağını sözleşme nedeniyle sorumluluğu bulunan davalı aboneden talep edebileceğine karar verilmiştir. (HGK. 27.04.2011 tarih, 2011/19-104 Esas, 239 Karar sayılı kararı) 09.11.1995 tarih, 22458 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği’nin 26. maddesine göre; aboneliğinin başlangıç tarihinin sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih olduğu, başka bir yere taşınacak abonenin taşınma tarihinden en az bir hafta önce şirkete yazılı olarak başvurarak sayaç değerinin okunmasını istemek zorunda olduğu, bir hafta içinde sayaç değeri belirlenmediği takdirde abonenin bildirimini esas kabul edileceği, 38. maddeye göre idarenin faturalama dönemlerinde abone sayacının kaydettiği değeri mahallinde ve zamanında okuyarak faturalamaya esas olacak şekilde kayda geçirilmesinin esas olduğu, 50. maddeye göre fatura bedeli son ödeme tarihine kadar ödenmediği takdirde 20 gün içerisinde Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılacağı, “bu tebligattan sonra fatura bedeli 10 gün içinde ödenmediği takdirde abonenin elektriği kesilir” hükmü getirilmiştir.

25.09.2002 tarihli ve 24887 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin 24. maddesine göre; zamanında ödenmeyen borçlar başlığı altında “müşterinin perakende satış sözleşmesi veya ikili anlaşmalar kapsa-

mında öngörülen ödemeleri zamanında yapmaması hâlinde dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından elektriği kesilebilir” şeklindedir.

01.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesine göre, “müşterinin perakende satış sözleşmesi veya ikili anlaşmalar kapsamında öngörülen ödemeleri zamanında yapmaması hâlinde nihai tüketicilere enerji tedarik eden lisans sahibi şirketlerin bildirim üzerine en az 5 iş günü içerisinde dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından elektriği kesilir” söz konusu durum 2 gün içerisinde dağıtım şirketi tarafından ilgili tedarikçiye bildirilir.

09.11.1995 tarihli Elektrik Tarifeleri Yönetmeliği ve 01.03.2003 tarihli Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinin ilgili hükümleri gereğince zamanında ödenmeyen faturalardan dolayı elektriğin kesilmesinin amir hüküm olduğu anlaşılmaktadır. [...] ⁶³

Somut olayda; davacı, davalının elektrik abonelikidir. Davacı aboneliği iptal ettirmedikçe abonelik üzerinden tüketilen normal veya kaçak enerji bedelinden fiili kullanıcı ile birlikte davalıya karşı müteselsilen sorumludur. **Davalının 4 yıl gibi uzun bir süre elektrik tüketim bedeline esas faturaların ödenmemesine rağmen yönetmelik gereği elektriği kesmemesi davalı açısından müterafik kusur teşkil etse debu kusur tüketilen enerji bedelinin aslından davacının beraatını gerektirmeyeceği gibi tüketim bedeli olan ana borçtan hukukî sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz. Olsa olsa davacının (normal tüketim bedeli dışında) gecikme zammı ve işleyecek yasal faizden sorumluluğunu ortadan kaldırır.** Aksine düşünce davacının sebpsiz zenginleşmesine yol açar ki buda yukarıda bahsedilen usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil eder. Mahkemeler bir davadan başka bir dava üreten kurumlar olmadığı gibi hukuki uyuşmazlıkları nihai olarak sona erdiren yargı mercileridir.

Hal böyle olunca; mahkemece yapılacak iş, dosyanın yeniden bilirkişiye tevdi ile dava konusu alacak döneminde yürürlükte bulunan Elektrik Tarifelerinin ilgili maddeleri uyarınca; davalının normal tüketim bedelinin aslından (ana borçtan) her halükarda sorumlu olduğu, Yönetmelik gere-

⁶³ Kararlara dayanak teşkil eden mevzuat eski tarihli ve bugün için yürürlükten kaldırılmış olsa da bunların yerini alan ve çalışmada kullanılan yeni mevzuat inceleme konusu itibarıyla eskileri ile büyük oranda aynı ya da benzer olduğundan alıntılanmasında bir sakınca görülmemiştir.

ğince elektriğin kesilmesi gereken tarihin belirlenmesi bu tarihe kadar olan borcun tamamının hesap edilmesi, bu tarihten sonraki dönem için ise davalının elektriği kesmemesinin *müterafik kusur teşkil edeceği* ve bununla ancak davacı için gecikme zammı ve faizden muafiyetini sağlayacağı nazara alınarak bilirkişiden rapor alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir”.

2. 3. Hukuk Dairesi'nin T: 17.04.2014, E: 2014/2950, K: 2014/6245 Karar Sayılı Kararı⁶⁴: “Davacının, 9 yılı aşkın bir süre elektrik tüketim bedeline esas faturaların ödenmemesine rağmen yönetmelik gereği elektriği kesmemesi davacı açısından müterafik kusur teşkil etse de bu kusur tüketilen enerji bedelinin aslından davalının beraatını gerektirmeyeceği gibi tüketim bedeli olan ana borçtan hukukî sorumluluğunu da ortadan kaldırmaz. Olsa olsa davalının (normal tüketim bedeli dışında) gecikme zammı ve işleyecek yasal faizden kusur oranında indirim gerektirir. Aksine düşünce davalının sebepsiz zenginleşmesine yol açar [...] Hal böyle olunca; mahkemece öncelikle dosyanın önceki bilirkişiler dışında oluşturulacak üç kişilik uzman bilirkişi kuruluna tevdi ile dava konusu alacak döneminde yürürlükte bulunan tarifelerinin ilgili maddeleri uyarınca; davalının normal tüketim bedelinin aslından (ana borçtan) her halükarda sorumlu olduğu, yönetmelik gereğince elektriğin kesilmesi gereken tarihin belirlenmesi bu tarihe kadar olan borcun tamamının hesap edilmesi, bu tarihten sonraki dönem için ise davacının elektriği kesmemesinin müterafik kusur teşkil edeceği ve bununla ancak davacı için gecikme zammı ve faizden indirim sağlayacağı nazara alınarak rapor alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir”⁶⁵.

3. 3. Hukuk Dairesi'nin T: 14.04.2015, E: 2014/13322, K: 2015/6247 Karar Sayılı Kararı: Bu kararda, bozmaya uyan ilk derece mahkemesine sunulan ve kabul edilen bilirkişi raporundaki “elektrik borçlarının ödenmemesine rağmen, tarifeler yönetmeliği gereği, elektriği kesmeyerek, kendisinden beklenen yükümlülüğü yerine getirmediği, [...] davacının bu borcu tahsil etmek için uzun süre bekleyerek 2008 yılında icra takibi yaptığı, davalı abonenin başkasına ait borcu ödeme yükümlülüğünün bulunmadığı” yönündeki kanaati dikkate almadığı itirazın iptalinin reddi kararını yeniden bozduğu görülmektedir.

4. 19. Hukuk Dairesi'nin T: 20.10.2009, E: 2009/355, K: 2009/9671 Karar Sayılı Kararı: Yargıtay'ın bu kararda, kendisinden elektrik tüketim bedeli talep edilen davalının⁶⁶ vekilinin, “elektriği kesmeyen davacının da sorumluluğunun bulunduğu” yönündeki savunmasını hiç irdelemediği görülmektedir⁶⁷.

5. 19. Hukuk Dairesi'nin T: 03.10.2011, E: 2011/381, K: 2011/11825 Karar Sayılı Kararı: Elektrik tedarikçisi tarafından açılmış olan itirazın iptali davasına ilişkin temyiz incelemesinde yerel mahkemenin “borcun ödenmediğinin bilinmesine rağmen kurum tarafından elektrik kesilmeyip kullanımına izin verildiği ve bu şekildeki kullanım sonucu doğan borçtan davalının sorumlu tutulmasının hakaniyetle bağdaşmadığı” gerekçelerine de dayanan red kararını bozmuştur⁶⁸.

64 www.hukukturk.com.

65 Su aboneliğine ilişkin benzer bir karar ise şöyledir: “Somut olayda; davalıların mirisi davacı kurumun su abonesidir. Abonelik iptal edilmedikçe abonelik üzerinden tüketilen normal veya kaçak enerji bedelinden davacıya karşı miris aynı zamanda miras reddedilmediğine göre Türk Medenî Kanununu zikredilen hükümleri gereğince davalılar davacıya karşı (mirasçı sıfatıyla) müteselsilen sorumludurlar. Davacının [...] yaklaşık (6) yıl gibi uzun bir süre su tüketim bedeline esas faturaların ödenmemesine rağmen yönetmelik gereği suyu kesmesi gerekirken kesmemesinin davacı kurum açısından müterafik kusur teşkil etse de bu kusur tüketilen su bedelinin aslından davalıların beraatlarını gerektirmeyeceği gibi (tüketim bedeli olan ana borçtan) hukukî sorumluluklarını da ortadan kaldırmaz ve müterafik kusur nedeniyle ana tüketim bedeli üzerinden indirimi gerektirmez. Olsa olsa davacının suyu kesmesi dolayısıyla yani davacının müterafik kusuru nedeniyle davalılar açısından normal tüketim bedeli dışında gecikme zammı veya işleyecek yasal faizden indirim sağlar. Davacının müterafik kusuru nedeniyle ana tüketim bedeli üzerinden indirim sebepsiz zenginleşmeye yol açar ki buda yukarıda bahsedilen usul ekonomisi

ilkesine aykırılık teşkil eder. Mahkemeler bir davadan başka bir dava üreten kurumlar olmadığı gibi hukukî uyumsuzlukları nihai olarak sona erdiren yargı mercileridir. Hal böyle olunca; mahkemece yapılacak iş; dosyanın yeniden bilirkişiyeye tevdi ile davalıların dava konusu ana borçtan (ana tüketim bedelinden) her halükarda sorumlu oldukları, davacının yönetmelik gereği suyu uzun süre kesmemesinin (somut olayda yaklaşık 6 yıl) dairemiz uygulamasına göre davacı açısından müterafik kusur oluşturacağı ancak bu kusurunda gecikme zammı veya faizden indirim sağlayacağı fakat davalıların bu ve diğer yönlerde bir temyiz inceleme istekleri bulunmadığı da dikkate alınarak, bilirkişiden rapor alınmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir” Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T: 13.03.2014, E: 2013/19173, K: 2014/3942 (www.hukukturk.com).

66 Davalı vekilinin ayrıca müvekkilinin işyerinden ayrılmış olduğu, söz konusu dönemde elektriğin müvekkilince tüketilmediği savunmasını yapmış olduğu de eklenmelidir.

67 www.kazanci.com.

68 www.kazanci.com.

C) BORCUN ÖDENMEMESİ NEDENİYLE ELEKTRİĞİN KESİLMESİNİN BORÇLAR HUKUKU İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Abonenin Borcunu Ödememesine Rağmen Elektriğin Kesilmemesinin Müterafik Kusur Olarak Nitelendirilmesi Hakkında Değerlendirmeler

Çok kez ifade edildiği üzere Yargıtay'a göre tüketim borcunun ödenmemesihaleinde elektriğin kesilmemesi tedarikçi bakımından bir müterafik kusur olup, borçlu aboneye yönelen talep kalemlerinde bu sebeple indirimde gidilmelidir.

Tüketici Hizmetleri Y. m. 12/3-g uyarınca aboneye gönderilen ödeme bildiriminde "son ödeme tarihi, ödeme şekilleri ve merkezlerinin" yazılı olması zorunludur. M. 12/2'ye göre ise ödeme bildiriminin son ödeme tarihinden en az on gün önce aboneye tebliğ edilmesi gerekir (Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/1). Perakende Satış Sözleşmesi'nin 18/9. maddesi hükmüne göre "sözleşme kapsamında ortaya çıkan borçlar, aksi belirtilmedikçe, vadesinde muaccel hale gelir". Bu düzenlemeler TBK m. 117 ile uyumludur. Dolayısıyla abonenin kullanmaksızın geçirdiği en az on günlük süreyi takip eden ilk gün temerrüde düşeceği kabul edilmek gerekir⁶⁹. Aynı Yönetmelik'in 15. maddesinin 2. fıkrasına göre ise belirtilen ilk ödeme süresi içinde borcun ödenmemesi halinde ikinci bir bildirimde bulunularak bunun tebliği tarihten itibaren en az beş işgünü ek süre verilmesi gerekir (Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/3). Görüldüğü üzere kesme işlemi için temerrüdün gerçekleşmesi tek başına yeterli görülmemiş, adeta TBK m. 123'e benzer bir şekilde ek süre tayini zorunluluğu getirilmiştir. Bu durumda "kesme" işleminin, perakende elektrik satımı bakımından borçlunun temerrüdünün TBK m. 125'te öngörülenlerin dışında özel bir sonucu olarak düzenlendiği söylenebilir.

"Müterafik kusur" (zarar görenin kusuru) esas itibariyle kusur sorumluluğunun geçerli olduğu haksız fiil hukukuna ait bir kavramdır. Nitekim müessesese TBK m. 52/1'de düzenlenmiş ve "zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir" hükmü getirilmiştir⁷⁰. TBK m. 114/II'de ise bunun

akdî borç ilişkilerine de uygulanması öngörülmüştür⁷¹.

Haksız fiil hukukunda zarar görenin varlığını bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen kendi iradesi ile bir tehlike yarattığı veya tehlikeli bir fiile sebep olduğu durumlarda müterafik kusurdan, "zarar görenin kusurundan" bahsedilir⁷². Keza Tandoğan, zarar görenin kendi kusurunun, makul bir insanın zarara uğramamak için kendi menfaati gereği kaçınacağı veya kaçınması lazım gelen bir hareket tarzının ifadesi olduğunu belirtmektedir⁷³.

Zararın doğmasında ya da artmasında katkısı bulunan kişinin zarar verenden tam tazminat talebinde bulunamaması, dürüstlük kuralından çıkarılan, "kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı" ve "çelişkili davranış yasağı" esasları ile açıklanmaktadır⁷⁴. "Zarar görenin kusuru" ifadesindeki "kusur" kavramı dar ve teknik anlamda kusur değildir⁷⁵. Gerçekten de zarar görenin "kusur" olarak nitelenen davranışı aslında tamamen kendisine yönelmiştir. Bir kişi kendi menfaatlerini koruyup korumamakta kural olarak (karş. TMK m. 23)⁷⁶ serbesttir. Ancak kişinin bundan fayda sağlaması da hakkaniyet düşüncesi ile bağdaştırılmaz.

Zarar görenin olumlu ya da olumsuz bir davranışının müterafik kusur olarak nitelendirilebil-

şına sebep olması (tam kusur) halinde ise herhangi bir tazminata hükmedilemeyeceği açıktır, Eren, Fikret (1975), Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 187, 193; Tandoğan, Haluk (2010), Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 318; Tiftik, Mustafa (1994), Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, Yetkin, s. 107.

71 Eren(2014), s. 764, 1119; Tandoğan, s. 431; Oğuzman & Öz, C: I, s. 440; Yazarlar ayrıca sözleşmede yüksek bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu ve bunun süreye bağlı olarak hesaplandığı hallerde alacaklının ceza miktarının iyice artması amacıyla uzun süre bekledikten sonra mütemerrit borçlusuna başvurması (TBK m. 125'teki seçimlik haklarını kullanması) durumunda borçlunun cezadan indirim talep edebileceğinin öğreti ve uygulamada benimsendiğini, ancak bunun "dürüstlük kuralına" mı yoksa "alacaklının müterafik kusuruna" mı dayandığının tartışmalı olduğunu belirtmişlerdir, s. 525 ve dn. 641. Bu son örnek bakımından ceza koşulunun talebi, alacaklının ve özellikle de borçlunun kusurundan bağımsız olduğundan (Eren(2014), s. 1186-1187; aksi görüş, Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: II, 10. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 532-533) dürüstlük kuralından hareket edilmesi daha yerinde gözükmemektedir.

72 Tandoğan, s. 320; Oğuzman & Öz, C: II, s. 120-121; Tekinay, S. Sulhi & Akman, Sermet & Burcuoğlu, Haluk & Altop, Atilla (1993), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 594-595;

73 Tandoğan, s. 319; aynı yönde Eren (1975), s. 190; Tiftik, s. 109.

74 Tandoğan, s. 318-319; Eren (1975), s. 190; Eren(2014), s. 766, 769; Aydın Özdemir, s. 104; Tiftik, s. 108.

75 Tandoğan, s. 318-319; Eren (1975), s. 189; Tiftik, s. 107, 109; Aydın Özdemir, s. 105; Oğuzman & Öz, C: II, s. 120.

76 Karş Tiftik, s. 107; *Erende külfet (Obliegenheit)* kavramını açıklarken, TBK m. 52/II'de zarar görenin zararın doğmasını veya artmasını engellemesinin bir külfet olarak düzenlendiğini ifade etmektedir, (2014), s. 45.

69 Karş. Oğuzman, M. Kemal & Öz, M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: I, 11. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 476.

70 Zarar görenin davranışının illiyet bağıni kesmesi ve zarara tek ba-

mesi için bunun aynı zamanda kanundan ya da sözleşmeden doğan bir borcun ya da külfetin ihlali niteliğinde olması zorunlu değildir. Bir diğer deyimle zarar görenin sadece zararın doğmasının ve/veya artmasının önüne geçmemiş olması yeterlidir. Ancak bunun akdî ilişkilere her zaman birebir uymayabileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Zira bir sözleşmede taraflardan birisinin sözleşmeden, kanundan ya da dürüstlük kuralından kaynaklanan ve zararın doğmasını ya da artmasını engelleyebilecek öyle bir borcu ya da bir külfeti söz konusu olabilir ki, bunun ihlali müterafik kusur olarak değil, başlı başına borca aykırılık olarak değerlendirilir⁷⁷. Öte yandan kanaatimizce özel bir düzenleme olmadıkça, müterafik kusurun zarar görene etkilerine ilişkin değerlendirmelerde, zarar verici olayı gerçekleştirenin fail olduğu, zarar görenin belki de tamamen tesadüfler sonucunda zarar verici olaya maruz kalmış olabileceği de hesaba katılmalı ve mağdura “külfet” adı altında deyim yerindeyse “durumdan vazife çıkarma borcu” yüklenmemelidir. Aksi halde zarar görenler bakımından adeta bir “sebeplilik” ihdas edilmiş olacak ve zarar verenler daha baştan “indirim” hakkı elde edeceklerdir. Bu ise adalet duygusunu zedeleyeceği gibi, ülkemizde maalesef sıradanlaşan ihmalkârlık ve tedbirsizlik eğilimlerine hukuksal destek vermek anlamına gelecektir. Sonuç olarak “zarar verme!” emri, “kendini koru!” emrine göre önceliğini daima muhafaza etmelidir⁷⁸.

Müterafik kusur kabul edilen davranış yapma ya da yapmama biçiminde ortaya çıkabilir⁷⁹. Zarar görenin kusurlu davranışının zarar verenin eylemlerinden önce mi, sonra mı, yoksa elektriğin kesilmesinde olduğu gibi abonenin fiilleri (tüketimi) sürerken mi gerçekleştiğinin bir önemi yoktur⁸⁰. Keza söz konusu kusurlu davranış bizzat zarar görene gerçekleştirilmiş olabileceği gibi, zarar görenin yardımcı kişilerinin kusurları da zarar görene

izafe edilir⁸¹.

TBK m. 52/I metninden de anlaşıldığı üzere müterafik kusur kendisini değişik şekillerde gösterir⁸². Kaçak ya da usulsüz elektrik kullanımında zarar gördüğünü iddia eden tedarikçinin davranışının zararının artmasına yol açtığı aşikârdır. Bu açıklamalar ışığında tedarikçinin, gerek Tüketici Hizmetleri Y., gerek Perakende Satış Sözleşmesinin emredici hükümlerine uymayarak elektriği kesmemesinin zarar görenin kusuru olarak nitelendirilmesi ve buna TBK m. 52/I bağlamında sonuçlar bağlanması TBK m. 114/II uyarınca kabul edilebilir bir değerlendirmedir ve Yargıtay’ın geçmişten beri süregelen uygulamaları ile de uyumludur⁸³.

Görüldüğü kadarıyla Yargıtay kararlarının gerekçelerinde temas edilmeyen hususlardan birisi de tedarikçilerin esasen tacir olarak basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü altında olduklarıdır (T-TK m. 16/1, 18/2)⁸⁴. Basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü ile bağdaşmayan hallerde tacirin kusurlu hareket etmiş olduğu kabul edilir⁸⁵. Bu sebeple Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi’ne göre kesme işlemlerinin yapılmaması, basiretli iş adamı gibi davranma yükümlüne aykırılık olarak da değerlendirilebilir. Yukarıda da belirttiği gibi kesme işlemi dağıtım şirketi tarafından icra edilmektedir. Dağıtım şirketleri Yönetmelik ve sözleşme gereği tedarikçilerin ifa yardımcısı kabul edilerek (TBK m. 116) bunların kusurları tedarikçiye izafe edilebilir⁸⁶. Bu sebeple tedarik şirketi, dağıtım şirketine gerekli bildirimleri yapmış olmasına rağmen dağıtım şirketinin elektriği kesmemesi halinde de tedarik şirketinin müterafik kusuru varsayılır. Bu son durumda indirim yapılan kalemler bakımından dağıtım şirketine rücu edilmesi mümkündür.

Yargıtay’ın bu yaklaşımını, elektriği fiilen tüketen kişi ile abonenin aynı kimseler olmadığı hallere (özellikle kaçak ya da usulsüz elektrik kullanımı) ⁸⁷ inhisar ettirmediği, abonenin bizzat kendisi

77 Örneğin bkz. TTK m. 1148/1-2, 1471/1; Çeker, Mustafa (2011), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Sigorta Hukuku, Adana, Karahan, s. 88-89; Şenocak, Kemal (1995), ‘Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)’, Ankara ÜHFD, C: 44, S: 1-4, s. 366 vd., s. 371. Yazar yerinde olarak sigorta hukukunda özel hükümler varken BK m. 44’ün (TBK m. 52) uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir, s. 375 ve dn. 25.

78 Nitekim bkz. Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 595 dn. 11c’de yer alan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin T: 18.09.1979, E: 1979/5480 ve K: 1979/9818 karar sayılı kararı (YKD, Y. 1979, S. 11, s. 1573, 1576).

79 Oğuzman & Öz, C: II, s. 120.

80 Eren (2014), s. 769; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 595; Tiftik, s. 113; Aydın Özdemir, s. 106-107.

81 Birçoğu yerine bkz. Eren (2014), s. 766.

82 Karş. Tandoğan, s. 321-322; Tiftik, s. 112 vd.

83 Bkz. Oğuzman & Öz, C: I, s. 525 ve dn. 641’de anılan Yargıtay kararları; ayrıca bkz. Tiftik, s. 115 dn. 185-186’da anılan Yargıtay kararları.

84 Arkan, Sabih (2016), Ticari İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara, BTA-HE Yayınları, s. 142 vd.

85 Bkz. Arkan, s. 143.

86 Gürsoy, K. Tahir (1973), ‘Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu’, Ankara ÜHFD, C: 30, S: 1-4, s. 63.

87 Tüketici Hizmetleri Y. m. 26 vd., 32 vd. Diğer yandan ciddi sağlık problemleri nedeniyle elektrik kesilmesine tahammülü olmayan aboneler bakımından tedarikçinin bu yetkisini kullanırken özel düzenlemelere ve yine dürüstlük kuralına uygun hareket etme-

tarafından gerçekleştirilen tüketimlerde de sürdürüldüğü vurgulanmalıdır. Keza kararlara konu diğer bazı olaylarda, elektriğin kesilmemesine, sayaçların da uzun bir süre okunmamasının eşlik ettiği görülmektedir. Bu son durum ise Yargıtay'ın içtihadını biraz daha ilginç kılmaktadır. Zira sayaç okuma görevi Tüketici Hizmetleri Y. (m. 8/3, 11/1-c) ile Perakende Satış Sözleşmesinde tedarikçiye değil, dağıtıcı şirkete yüklenen bir görevdir (m. 8/1). Tüketici Hizmetleri Y.'nde kurulan iş modelinde dağıtım şirketi hesap ettiği tüketim miktarlarını tedarikçiye bildirmekte, tedarikçi de tüketim bedelini hesaplayarak bizzat ya da dağıtım şirketi aracılığıyla aboneye bildirmektedir. Yukarıda da görüldüğü üzere ödeme ve kesme ihtarları tedarik şirketi tarafından yapılmakta ancak kesme işlemi dağıtım şirketi tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla sayacın okunmaması sebebiyle faturanın düzenlenmediği ve dolayısıyla bildirim ve ödemenin gerçekleşmediği hallerde esasen dağıtım şirketine ait olan kusurun tek başına tedarik şirketine izafe edilmesi yanlış olacaktır. Elektriğin dağıtımı ile perakende satımının aynı kamu kuruluşu ya da özel sermayeli şirketler tarafından gerçekleştirildiği dönemlerde cereyan etmiş olan bu türden olaylara dağıtım ve tedarik fonksiyonlarının ayrılmasından sonra daha nadiren rastlanılması beklenir.

2- YARGITAY İÇTİHADININ MUHTEMEL DAYANAKLARI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda alıntılanan kararlarda, elektrik ya da su aboneliği sözleşmeleri söz konusudur. Satış sözleşmesinde asli edim yükümleri satıcının mal ya da hizmeti teslimi ve mülkiyetini nakli, alıcının ise kararlaştırılan semeni ödemesidir (TBK m. 207/1). Taraflar, kimin öncelikle ifa ile yükümlü olduğunu sözleşme serbestisi çerçevesinde kararlaştırabilirler (karş. TBK m. 234/1). Nitekim genel olarak enerjinin önce teslim edildiği, faturalanan dönemsel tüketim bedelinin ise daha sonra ödendiği görülürken, tüketicinin kullanacağı enerji bedelini peşin ödediği uygulamalar da mevcuttur. Alıcının (abonenin) tüketim bedelini ödemediği durumlar için TBK m. 235

ve 236'da satıcıya dönme ve uğradığı zararların tazmini talep hakkı verilmişse de, bunlardan ilki olan dönme hakkının (ancak bkz. TBK m. 126)⁸⁸ derhal kullanılmasına, konusu enerji satımı olan sözleşmelerin taşıdığı özellikler nedeniyle özel mevzuatında izin verilmemiştir⁸⁹. Nitekim Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/7 ve 18/7'de öncelikle ödeme ve kesme ihtarı, elektriğin kesilmesi, yine de ödememe veya ödeme taahhüdünde bulunmama durumunda sözleşmenin feshedilebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere tedarikçiye müteakip enerji tedarikini durdurma yetkisi ve görevi verilmiştir. Yargıtay'ın da içtihadını bu pozitif temel üzerinde inşa ettiği görülmektedir.

Yargıtay yukarıda özetlenen kararlarında kaçak/usulsüz elektrik kullanımına rağmen enerjinin kesilmemesini müterafik kusur olarak nitelendirmiş ve buna bazı hukuksal sonuçlar bağlamış olmakla birlikte bu yaklaşımını dogmatik olarak temellendirmemiş, hatta herhangi bir kanun hükmüne ya da bilimsel literatüre atıf da yapmamıştır. Bu sebeple Yargıtay içtihadının dayanaklarının neler olabileceği üzerine durulmasında fayda vardır.

a. Elektriğin Kesilmesi Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesi Olarak Nitelendirilebilir Mi?

Kanaatimizce borçlunun temerrüdü nedeniyle elektriğin kesilmesini borçlar hukuku açısından izah edebilecek müesseselerden ilki "ödemezlik def'idir" (*Einrede des nicht erfüllten Vertrags*). Ödemezlik def'i TBK m. 97'de yer alan "karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir" hükmünden istihraç edilmektedir⁹⁰. Görüldüğü üzere ödemezlik def'i, borçluya karşı edim ifa edilinceye, en azından ifası teklif edilinceye kadar ifa fiillerine başlamama; ard arda teslimli ya da sürekli edimlerde ise ifayı durdurma yetkisi veren bir haktır⁹¹. Bu def'i, örneğin zamanaşımı def'inin aksine borçluya edimin ifasından sürekli değil, ancak geçici olarak kaçınma imkânı tanır⁹². İşte elektriğin kesilmesi ve

88 Karş. Perakende Satış Sözleşmesi m. 18/4-5.

89 Karş. Tüketici Hizmetleri Y. m. 8/4-a, 15/2-3, 5, 34/6-7.

90 Eren (2014), s. 82, 986; Oğuzman & Öz, C: I, s. 346; TBK m. 97 hükmünün "dava temelinin yetersizliği savunması" niteliğinde mi olduğu yoksa gerçek anlamda bir "def'i" mi olduğu yönündeki tarihsel tartışmalara ilişkin olarak bkz. Oğuzman & Öz, C: I, s. 346-347.

91 Birçoğu yerine bkz. Oğuzman & Öz, C: I, s. 347.

92 Schaller, Jean-Marc, (2010), 'Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?', Jusletter, s. 1-10, <http://www.hol-law.ch/fileadmin/

si gerektiği açıktır. Hastanın bu nedenle zarar görmesi halinde tedarikçi ve dağıtıcı şirket yöneticilerinin hiç şüphesiz hukuksal ve cezai sorumlulukları söz konusu olabilir. Ancak bu noktada Yargıtay'ın abone ile fiili tüketiciyi tüketim bedellerinden müteselsil sorumlu tutan içtihadı karşısında (Y. HGK, T. 27.04.2011, E. 2011/19-104, K. 239, www.legalbank.net) abone ile tüketicinin ayrı kimseler olduğu hallerde hukuksal ve sosyal açıdan çözümün hiç de kolay olmayacak sorunların ortaya çıkması muhtemeldir.

akabinde yeniden bağlama yükümlülüğü de (Tüketici Hizmetleri Y. m. 16/3) ödemelik def'inin tipik bir görünümü olan ifadan kaçınmaya⁹³ birebir uymaktadır. Bir başka ifade ile dönemsel ya da sürekli edimleri içeren sözleşmelerde de ödemelik def'inden yararlanılabildiğinden⁹⁴, perakende elektrik satış sözleşmesinde de satıcının bu haktan yararlanması mümkündür⁹⁵.

Yargıtay açıkça ifade etmemiş olsa da, özel mevzuatta, temerrüt halinde enerjinin kesilmesi emredilmiş olduğundan, bu zorunluluğa riayet edilmemesini, alacaklı-borçlu ilişkisinde alacaklıya bir *kusur* olarak yüklenebileceğini kabul etmiş gözükmektedir. Bir başka ifade ile Yargıtay kendisini, özel mevzuatından doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesini özel hukuk kurumları ile izah etmeye mecbur hissetmiştir. Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/1'deki "aboneye tüketim dönemi sonunda ödeme bildirimini (fatura) tebliğ edilir" hükmü göz önünde tutulduğunda, öncelikli ifa yükümlüsünün tedarikçi olduğu anlaşılmaktadır. Ancak tedarikçi, gerek "kesme" şeklinde ortaya çıkan ödemelik def'i ve gerek tüketicinin borcunu ilk (olağan) ödeme süresi ve nihayetinde kendisine tanınan ek ödeme süresi içinde de ifa etmemesi halinde sözleşmeyi fesih hakkı sayesinde sözleşmeden kurtulabilmektedir.

Ödemelik def'inin kullanılabilmesi için bazı şartların bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre her şeyden önce karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olmalıdır. Bu çerçevede *i*) edimlerin karşılıklı olması ve değişim ilişkisi içinde bulunması, *ii*) karşılıklı edimlerin mevcut ve muaccel olması ile son olarak *iii*) tarafların edimlerini aynı anda ifa yükümlülüğünün bulunması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶.

Perakende elektrik satış sözleşmelerinde ilk iki şart açısından herhangi bir tartışma olmasa da üçüncü şartın üzerinde durulmasında fayda vardır.

user_upload/Publications/Jean_Marc_Schaller/10_Darf_ein_Schuldner_die_Leistung_verweigern.pdf>s.e.t. 27.08.2016, s. 8 N. 28.

93 Eren (2014), s. 994.

94 Eren (2014), s. 990; Oğuzman & Öz, C: I, s. 354. Ödemelik def'inin kullanılabilmesi bakımından ifa fiillerinin bizzat ifa yükümlüsü tarafından durdurulması zorunlu değildir. Bu açıdan yukarıda da açıklandığı üzere mevzuatta elektriğin bizzat tedarikçi tarafından değil, onun bildirim (talebi) üzerine dağıtıcı şirket tarafından kesilmesinin öngörülmesi hatalı bir düzenleme olarak görülmemelidir.

95 Borçlunun kısmi ifası halinde ödemelik def'inin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 831.

96 Eren (2014), s. 987 vd.; Oğuzman & Öz, C: I, s. 348 vd.; Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 828 vd.

Zira yukarıda da açıklandığı üzere taraflar burada aynı anda ifa ile yükümlü kılınmamışlardır ve öncelikle ifa yükümlüsü olan taraf kural olarak ödemelik def'i hakkına sahip değildir⁹⁷. Ancak sürekli borç ilişkilerinde taraflardan birine tanınan, edimini daha sonra ifa etme hakkının, karşılaştırılan süre içinde yerine getirilmemiş olmasının "tarafların edimlerini aynı anda ifa yükümlülüğü şartını" maddi anlamda karşıladığı kabul edilmelidir⁹⁸. Zira ödemelik def'inin dayandığı temel düşünce, taraflardan birisinin karşı taraftan olan alacağıdır⁹⁹. Elektrik satımı satıcı bakımından ani edimli değil sürekli edimli bir sözleşmedir. Doktrinde de sürekli ve dönemsel edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde önce ifa yükümlüsü olan tarafın yerine getirdiği bölümün karşılığını alamadığı hallerde edimini ifaya devamdan kaçınabileceği İsviçre Hukuku'na atıfla ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Yukarıdaki görüş kabul edilmese dahi ödemelik def'inin kullanılması şartlarının emredici olmadığı¹⁰¹, kullanımı şartlarının da sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflarca belirlenebileceği belirtilmelidir¹⁰². Bu çerçevede Yönetmelik'te satıcıyı korumak bakımından belli şartlarla ifayı durdurmasına izin verilmiştir. Bunun gibi Tüketici Hizmetleri Y'nin ilgili düzenlemeleri incelendiğinde kesme işleminden önce borçlu tüketicinin iki kez uyarılması zorunluluğu getirildiği görülmektedir ki, bunun ödemelik def'ine başvurma şartlarından birisi olarak yorumlanması mümkündür¹⁰³.

Ne var ki, Yargıtay kararlarında varılan sonuçun, ödemelik def'inin "borçluya"¹⁰⁴ tanınan bir

97 Oğuzman & Öz, C: I, s. 353.

98 Vekalet sözleşmesinde ödemelik def'inin kullanılabilirliği hakkında bkz. Eren (2014), s. 988; *Ayrancı*, sağlayıcının enerjisi zaten ifa yerinde, müşterinin kapısında hazır tuttuğundan ifaya hazır olduğunu ve ödemelik def'inin şartlarının genelde oluştuğunu ifade etmektedir, s. 182. Yazar'ın ayrıca tüketicinin asli borcu olan tüketim bedelini ödemesi halinde enerjisinin kesilmesini öngören düzenlemelerin ödemelik def'inin elektrik temini sözleşmesi bakımından uygulanması hali teşkil ettiği yönündeki görüşüne de işaret edilmektedir, s. 199, toptan satışlar bakımından da aynı yönde s. 198.

99 Eren (2014), s. 991.

100 Oğuzman & Öz, C: I, s. 354; ayrıca bkz. Schaller, s. 3, N. 8-9.

101 Eren (2014), s. 986.

102 Ancak bkz. TBK m. 25, TKHK m. 5/1.

103 Ödemelik def'inin kullanılması usulü hakkında bkz. Oğuzman & Öz, C: I, s. 355.

104 Ödemelik def'i her ne kadar borçluya tanınmış bir hak olarak gözükmekte ise de ilişkinin tam iki tarafa borç yükleyen karakterinden dolayı aynı zamanda alacaklı sıfatıyla kullanıldığına da dikkat çekmekte fayda vardır. Bir başka ifade ile burada ifadan kaçınarak bir nevi malvarlığını koruma menfaati ile hareket edildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu husus ödemelik def'inin bilhassa sürekli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdüne dayanması halinde dikkat çekmektedir.

yetki olması ile bağdaştırılmasının ve bir yetkinin/ hakkın kullanılmamış olmasının hak sahibine “kusur” olarak yüklenmesinin izahı kolay değildir. Def’i esas itibarıyla bir hak olduğundan ödemelik def’inin ileri sürülüp sürülmemesi de tamamen borçlunun (alacaklının) takdirinde olan bir husustur¹⁰⁵. Bundan dolayıdır ki, hâkim dahi davalının ödemelik def’ini ileri sürme hakkına sahip olduğunu re’sen nazara alamazken, bunun hiç kullanılmamış olmasının bir kusur olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁶. Nitekim herhangi bir taşının satıldığı durumlarda satıcının alelade gecikmesine ya da temerrüdüne rağmen, alıcının ödemelik def’ini kullanmayıp ifaya devam etmiş olması halinde, TBK m. 125’te yer alan seçimlik haklardan birisine dayanarak açılan davada tazminattan sırf bu nedenle indirim yapılması (TBK m. 52/I) özel durumlar hariç kabul edilemez. Uygulamada bilhassa uzun süredir devam eden ticari ilişkilerde tarafların belli sınırlarda esnek davranmalarının pratik bir zorunluluk olduğu hatta teamülden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak gerek özel mevzuatı ve gerek buna dayanan Yargıtay içtihadı ile bu durum ticari amaçlı akdedilip akdedilmediğine bakılmaksızın elektrik (ve su) aboneliklerinde değiştirilmiş¹⁰⁷ ve ödemelik def’inin kullanılmasının herhalde aynı zamanda abone lehine olduğu düşünülerek bunun gereğinin yapılmamış olmasından satıcı sorumlu tutulmuştur.

Sonuç olarak tüketicinin temerrüdü nedeniyle elektriğin kesilmesi, ödemelik def’inin kullanılması olarak nitelense dahi, Yargıtay tarafından def’inin kullanılmamasının müterafik kusur olarak kabul edilmesi ve buna tedarikçi şirket aleyhine hukuksal sonuçlar bağlanması ödemelik def’ine özgü unsurlar ile tereddütsüz biçimde izah edilebilir değildir.

b. Elektriğin Kesilmesi İşlemi Bir Yan Yükümlülük Olarak Nitelendirilebilir Mi?

Kanaatimizce tüketim bedellerinin ödenmesi halinde elektriğin kesilmesinin gerek ilgili mevzuat ve Perakende Satış Sözleşmesi ile satıcıya

bir “yan yükümlülük” (diğer davranış yükümlülüğü=özen yükümlülüğü)¹⁰⁸olarak yüklenip yüklenmediği üzerinde de kısaca durulmak gerekir¹⁰⁹. Zira kanaatimizce bu ihtimalde elektriğin kesilmemesinin müterafik kusur olarak nitelendirilmesi,sözleşme-hukukunun kendi sistemi içinde nispeten daha izah edilebilir hale gelmektedir.

Yan yükümlülükler, genel olarak dürüstlük kuralından (TMK m. 2), bir başka ifade ile taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğar¹¹⁰. Yan yükümlülükler bağımsız bir karaktere sahip olmayıp, asli edim yükümüne bağımlıdır. Bunun sonucu ise, yan yükümlülüklerin tek başına talep konusu yapılamaması, ancak ihlal edildiklerinde, bir zarar da doğmuş ise, zarar görene tazminat talebi hakkı vermesidir¹¹¹. Yan yükümlülükler dürüstlük kuralına dayanmakla birlikte, tarafların sözleşmede asli ya da yan edim yükümleri haricinde birbirleri lehine yan yükümlülükler ihdas etmeleri de pekâlâ mümkündür.

Yan yükümlülükler ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yan yükümlülükler şeklinde iki alt gruba ayrılmaktadır¹¹². Bunlardan koruyucu yan yükümlülükler ise sözleşmenin kurulmasından önce ve özellikle sözleşme görüşmeleri esnasında, edimlerin ifası sırasında hatta sözleşme sona erdikten sonra da söz konusu olabilirler¹¹³.

Elektrik satımında özel idari düzenlemeler ve perakende satış sözleşmesi ile abone üzerinde tazyik yaratmak suretiyle, hizmeti sunan kamu idaresini korumak amacıyla müteakip ifanın durdurulması açıkça düzenlenmiş,hatta idareler bu işlemi yapmakla yükümlü kılınmışlardır¹¹⁴. Görüldüğü üzere benzer uygulama özelleştirmeye rağmen elektrik piyasasında aynen devam ettirilmektedir.

Esasen bir yan yükümlülüğün, sözleşmenin karşı tarafının edimden mahrum bırakılması so-

108 Eren (2014), s. 37.

109 Ancak yukarıda da söz edildiği üzere EPDK web sayfasında dağıtım şirketlerinin sosyal ve tıbbi açıdan gerekli görülen hallerde kesme işlemini yapmama konusunda uyarılmış olmaları karşısında kesmenin bir yan yükümlülük değil, “kulfet” olduğu da iddia edilebilir.

110 Eren (2014), s. 39; Brox, Hans (1996), Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl., München, C. H. Beck, s. 9-10 N. 13.

111 Eren (2014), s. 37, 41.

112 Eren (2014), s. 37 vd.; Brox, s. 9-10 N. 13.

113 Eren (2014), s. 40-41.

114 Yargıtay’ın bu yaklaşımının elektrik dağıtım ve satımının -artık özelleştirilmiş olsa da- özünde bir kamu hizmeti olduğu ve özel mevzuatındaki emirlere uyulmamasının “hizmet kusuru” teşkil ettiği düşüncesine dayanması ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

105 Schaller, s. 8 N. 32; ödemelik def’i bağlamında “geçici eksik borç” tartışması için bkz. Hatemi, Hüseyin & Gökyayla, K. Emre (2011), Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 1. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 232-233.

106 Eren (2014), s. 995; Oğuzman & Öz, C. I, s. 355-356.

107 Yargıtay kararlarından elektrik kesme olgusunun davalı tarafta ileri sürüldüğü için mi değerlendirme konusu yapıldığı çoğu zaman anlaşılabilir. Ancak borçlu abonelerin bu yönde savunma yapmış olmaları da ihtimal dâhilindedir. Diğer yandan ilgili mevzuat ve Perakende Satış Sözleşmesi hükümleri emredici olarak yorumlanacak olursa mahkemenin bu durumu re’sen nazara alması gerektiği de söylenebilir.

nucunu doğuracağını kabul etmek ilk bakışta kolay değildir. Keza bir sözleşme ilişkisinde alacaklının belli hallerde edimden mahrum kalmayı daha baştan kabul etmesinin pratiğe uygun olduğu da söylenemez¹¹⁵. Bu bakımdan elektriğin kesilmesinin koruma yükümlülüklerinin alışılmış tipolojisi ile (şablonuyla) örtüşmediği açıktır. Ne var ki, ifanın devamının alacaklının (abonenin) menfaatlerine zarar vereceğinin belirgin olduğu hallerde, TMK m. 2'den ifanın durdurulması yükümlülüğünün çıkartılması duruma uygun düşen bir çözüm olarak görülebilir. Zira bu gibi hallerde menfaatler dengesi alacaklının korunmasını gerekli kılmaktadır. Muaccel borcunu öde(ye)meyen bir aboneye/tüketiciye elektrik tedarikinin durdurulması da kanaatimizce bu bağlamda değerlendirilebilir. İşte Tüketici Hizmetleri Y. m. 16 ile Perakende Satış Sözleşmesi m. 9'un öncelikli amacı tedarikçinin korunması olmakla birlikte, aynı zamanda alacaklının korunmasını da gözettiği söylenebilir¹¹⁶.

Koruma yükümünün amaç ve kapsamı kadar bunun yerine getirilme zamanı da hiç şüphesiz önemlidir. Bu noktada sorulması gereken diğer bir soru da, borçlunun ifayı hangi andan itibaren durdurması gerektiği ile ilgilidir. Belli bir zaman dilimi mi, yoksa borç miktarı mı esas alınmalıdır? TMK m. 2'den tereddütsüz bir cevaba ulaşmak mümkün değildir. Ancak Tüketici Hizmetleri Y. m. 15-16 ile Perakende Satış Sözleşmesi m. 9/3 birlikte incelendiğinde, elektriğin en erken ilk, en geç ise ikinci ödeme döneminin sonunda borçluya gerekli ihtarların yapılarak kesilmesi gerektiği görülmektedir. Düzenlemelerin açıklığı karşısında borcun yüksekliği kesme işleminde etkili değildir.

D. TEDARİKÇİNİN ALACAKLARINDAN YAPILACAK İNDİRİMLER SORUNU

TBK m. 52/I'de hâkimin zarar görenin kusurlu olması halinde tazminattan indirim yapabileceği gibi bunu tamamen kaldırabileceği de ifade edilmiş-

tir¹¹⁷. Müterafik kusur, tazminat hesabında re'sen nazara alınır¹¹⁸.

Tedarikçinin alacaklarından yapılacak indirimler, müterafik kusurun derecesi ile de yakından ilgilidir. Zira müterafik kusur, tazminatın indirilerek zararın, fail ile zarar gören arasında paylaştırılmasına hizmet eder¹¹⁹. Müterafik kusurda da, ağır, orta ve hafif kusur ayrımı yapılmaktadır¹²⁰. Söz konusu kusur oranlarının birliktelik tarafından hesaplanması gerekecektir¹²¹. TBK m. 52/II kıyasen uygulanmak suretiyle zarar görenin hafif, zarar verenin ise ağır veya orta derecede kusurlu olduğu ya da kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olduğu hallerde indirimden sarfı nazar edilebilmelidir¹²². Gerçekten de kabul edilebilir bir ekonomik yoksunluk ve/veya zaruret halinin söz konusu olmadığı, olağan bireysel tüketim sınırlarının fazlasıyla aşıldığı, kaçak elektriğin ticari amaçlarla kullanıldığı, keza sayacın okunmasının ve elektriğin kesilmesinin "korkutma/tehdit" (TBK m. 37; TCK m. 106-108) sayılacak yollarla sürekli olarak engellendiği hallerde kanaatimizce artık müterafik kusurdan bahsedilmemelidir.

Yukarıdaki kararlara yakından bakıldığında ise Yargıtay'ın, kusur oranı tespitine yer olup olmadığı konusunda çelişkili davrandığı görülmektedir. Zira 15.01.2014 t. kararda "[kesmeme] davacının (normal tüketim bedeli dışında) gecikme zammı ve işleyecek yasal faizden¹²³ sorumluluğunu ortadan kaldırır" denilmişken; yaklaşık üç ay sonraki 17.04.2014 t. kararda ise "[kesmeme] davalının (normal tüketim bedeli dışında) gecikme zammı ve işleyecek yasal faizden *kusur oranında indirim gerektirir*" ifadesine yer verilmiştir¹²⁴. İlk kararda indirim kalemler-

115 Bilindiği üzere Perakende Satış Sözleşmesi 6502 s. TKHK m. 5/1, 3, 5 ve TBK m. 20/I ve IV anlamında "genel işlem koşulu" niteliğindedir ve bu haliyle 6502 s. TKHK m. 5/1-3, 6-7 ve TBK m. 25 uyarınca içerik denetimine tabidir. Kanaatimizce sadece bir aylık fatura bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülmesi sebebiyle kesme sürecinin derhal başlatılması ilk bakışta dürüstlük kuralına aykırı gibi gözükse de, aboneye yapılması gereken ihtarlar ve tanınan ek ödeme süreleri göz önünde tutulduğunda dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sonucuna varmak gerekir.

116 Karş. Arkan, s. 144. Yazar basiretli iş adamı gibi davranma mecburiyetinin bazen yan yükümlülükler de doğurabileceğini ifade etmiştir.

117 Tazminatın tamamen kaldırılmasının istisnai hallerde mümkün olabileceği yönünde bkz. Tiftik, s. 132-133.

118 Tandoğan, s. 323 dn. 30; Oğuzman & Öz, C. II, s. 121; Eren (2014), s. 767; Tiftik, s. 134. Buradan TBK m. 112'da borçlu için öngörülmüş esasın müterafik kusurun iddia ve ispatı bakımından geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır.

119 Tandoğan, s. 322-323; Tiftik, s. 131, 134.

120 Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 596; Eren (1975), s. 192; Tiftik, s. 110.

121 Tiftik, s. 134.

122 Tekinay & Akman & Burcuoğlu & Altop, s. 596.

123 Kararda geçen "yasal faiz" ifadesinden "temerrüt faizi" anlaşılmalıdır.

124 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, T: 08.04.2002, E: 2002/1498, K: 2002/3727: "Şu halde anılan maddelerde borcunu zamanında ödemeyen aboneler hakkında, ne gibi işlemler yapılacağı açıklanmıştır. Kural olarak davacının kendisini de bağlayıcı nitelik taşıyan yönetmeliğin bu maddeleri uyarınca, gerekli bildirim yapması gerekirken, bu bildirim yapmadığı için gecikme zammının artmasına kendi kusuruyla sebebiyet verdiğinin, B.K.nun 96. maddesi delaletiyle aynı kanunun 44. maddesi gereğince, sadece gecikme cezasından bir miktarının tenzili gerekir. Mahkemece bu yön gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" (www.kazanci.com).

lerinin açıkça belirtilmiş olması, müterafik kusurun oranının tespitini “gereksiz” kılmaktadır. Ancak kusur kavramının özelliği ve TBK m. 52/I’in açıklığı-karşısında, yeni tarihli kararın Kanun’a daha uygun olduğu açıktır.

Gerek haksız fiil sorumluluğunda gerek akdî sorumlulukta zarar görenin kusuru sebebiyle yapılacak indirimin hangi zarar kalemlerine uygulanacağı hiç şüphesiz büyük önem arz eder. Görülebildiği kadarıyla öğretide, belirtilen hususta açık bir ayrıma gidilmemekte, yalnızca indirimden söz edilmektedir. Yargıtay ise az önce işaret olunduğu üzere kararlarında borcun aslını oluşturan tüketim bedelinden indirim yapılamayacağını, ancak bunun fer’ilerinde kusur oranında indirim yapılması gerektiğini içtihat etmiştir. Ancak elektriğin kesilmesi şartlarının oluşmasından sonraki dönemde alacağın aslından neden indirim yapılmayacağı ve neden sadece fer’i borçlarda indirimle gidileceği izaha muhtaçtır. Zira aslında “asıl alacak” (tüketime göre hesaplanan bedel) tedarikçinin müterafik kusurundan kaynaklanmaktadır. Elektrik eğer zamanında kesilmiş olsaydı, sonraki dönemde tüketim mümkün olmayacak ve asıl alacak da “artmamış” olacaktı. Buna dayalı olarak fer’i borçlar da, sadece elektriğin kesildiği tarihten önceki döneme ilişkin olarak ortaya çıkacaktı. Sonuç olarak müterafik kusur sebebiyle yapılması gereken, kesme şartlarının oluştuğu tarihten sonraki döneme ait tüketim miktarına göre hesaplanacak asıl alaktan kusur oranında indirim yapılmasıdır. TBK m. 52/I’e uygun olan budur. Aksi halde tedarikçi şirketin nasıl olsa tüketim bedelini her halükarda tahsil edeceği düşüncesiyle, elektriği kesmeyerek, borçlunun borcunun artmasına bilerek sebep olması görmezden gelinmiş olmaktadır ki, bu kabul edilemez bir hukuksal çelişkidir.

Temerrüt faizi ise bilindiği üzere borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın kanundan doğan bir talep hakkıdır. Daha açık bir ifadeyle, temerrüd tamamen borçluya isnad edilebilen fiillerden kaynaklanmakta olup, temerrüd faizi bakımından da adeta bir “*sebep sorumluluğu*” söz konusudur. Herkesçe kabul edilebileceği üzere tüketicinin temerrüde düşmesinde, tedarik şirketine herhangi bir kusur atfedilmesi mümkün değildir. Elektriğin zamanında kesilmemesi de “*temerrüdün*” sebebi olamaz. Kesmeme, tek başına borçluyu bor-

cunu zamanında ifa etmemeye sevk etmemektedir. Borçlunun borcunu zamanında ifa etmesi gerektiğini bilmemesi düşünülemez. Buna rağmen alacaklının müterafik kusurundan dolayı temerrüd faizinden de indirim yapılması kanaatimizce çelişkilidir ve müterafik kusurun mahiyeti ile bağdaşmamaktadır¹²⁵.

E. ZAMANINDA ÖDENMEYEN ELEKTRİK TÜKETİM BEDELLERİNE UYGULANAN “GECİKME ZAMMININ” HUKUKSAL NİTELİĞİ

Yukarıda özetlenen Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere, elektrik borcunun zamanında ödenmemesi halinde ortaya çıkan fer’i borç kalemleri “*gecikme zammı*” ile “*temerrüt faizidir*”¹²⁶. Perakende Satış Sözleşmesi’nin 18/9. maddesi hükmüne göre “sözleşme kapsamında ortaya çıkan borçlar, aksi belirtilmedikçe, vadesinde muaccel hale gelir”. Sözleşme m. 9/6’da ise “*fatura bedeli, fatura veya ödeme bildirimlerinde belirtilen son ödeme tarihine kadar ödenmediği takdirde, aboneye son ödeme tarihinden itibaren, 6183 sayılı Kanununun 51. maddesine göre belirlenen oranları aşmamak koşuluyla gecikme zammı günlük olarak tahakkuk*”ettireceği ifade edilmiştir¹²⁷.

Elektrik tüketiminden doğan alacak bir özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmış olmakla birlikte Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi’nde, 6183 s. AATUHK m. 51’de düzenlenen bir kurumdan yararlanılmak istenmiştir¹²⁸.

Kamu alacakları takip ve tahsil hukuku bakımından gecikme zammı, kamu alacağının süresinde ödenmeyen kısmına vade tarihinden fiili ödeme tarihine kadar geçen her ay ve kesirleri için eklenen bir bedel olarak tanımlanmakta ve doğumu, devamı ve sona ermesi asıl alacağına bağlı olan, buna eklenen fer’i bir kamu alacağı olarak nitelendirilmektedir¹²⁹.

125 Kanaatimizce, müterafik kusurun, kusursuz sorumluluk hallerinde dahi dikkate alınması yönündeki görüş, haksız fiil hukukuna münhasır kabul edilmeli, akdî sorumluluk hallerinde ise uygulanmamalıdır.

126 Alacaklı, temerrüt faizi dışında aşkın zarar (TBK m. 122) talebinde bulunursa, müterafik kusur burada da dikkate alınacaktır. Esasen “kesmeme” fiilinin, kesme şartlarının oluştuğu tarihten itibaren “illiyet bağının sona ermesi” nedeniyle alacaklı tedarik şirketinin aşkın zarar talebini kaçak kullanım hariç olayların birçoğunda öleyeceği söylenebilir.

127 Ayrıca bkz. Tüketici Hizmetleri Y. m. 15/4.

128 Abonelik Sözleşmeleri Y. m. 12/1’de de “abonelik sözleşmelerinde faturanın zamanında ödenmemesi durumunda uygulanacak gecikme zammı oranı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranını aşamaz” hükmü yer almaktadır.

129 Gerçek, Adnan (2011), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin, s. 70. Gecikme zammı oranı 6183 s. Ka-

Özel hukuk bakımından ise gecikme zammının, kanun¹³⁰ ile öngörülen, borçlunun borcunu zamanında ödememesi halinde söz konusu olan ve herhangi bir şekilde zaman faktörüne bağlanmadan doğan bir tür ceza ve cezai şart olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Bunun yanında borcun geç ödenmesini önlemeye yönelik bir tedbir niteliğinde olduğu, tahakkuk bakımından belli bir zamanın geçmiş olmasının ve talep edilebilirliği bakımından da temerrüdün gerçekleşmesinin aranmayacağı belirtilmiştir¹³².

Elektrik satımında söz konusu olan gecikme zammının hukuksal niteliğinin bilhassa da temerrüd faizi ile ilişkisinin ise Yargıtay kararlarında halledilememiş bir mesele olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹³³. Kanaatimizce yukarıda belirtilen “gecikme zammı”, doğumu borcun salt vadesinde ödenmemesine bağlı olan bir tür “vade farkı” olup, borcun aslının artması sonucunu doğurmaktadır¹³⁴. “Vade farkının” doğumuna ve miktarına ilişkin şartlar ise abonelik sözleşmesinde daha baştan belirlenmiş bulunmaktadır. Gecikme zammı tahakkuk ettiğinde asıl borç ile gecikme zammı miktarı sadece matematik olarak ayrılabilir. Ancak bir kere gecikme zammı işledikten sonra asıl borç hukuken yeni bir miktara kavuşmuş olacaktır.

Bu açıklamalardan Tüketici Hizmetleri Y. ile

Perakende Satış Sözleşmesi’nde sözü edilen gecikme zammının temerrüt faizi niteliğinde *olmadığı* ortaya çıkmaktadır¹³⁵. Ayrıca ilgili mevzuatın gelişim süreci de bu görüşü desteklemektedir: Nitekim 2002 tarihli Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Y’nin 24/III. maddesi hükmü, “perakende satış sözleşmesinde belirlenen *gecikme faizi*, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenen *gecikme zammını aşamaz*” şeklinde iken, 08.09.2010 t. ve 27696 s. RG’de yapılan değişiklikle “perakende satış sözleşmesinde belirlenen gecikme zammı fatura son ödeme tarihinden itibaren uygulanır. Uygulanacak gecikme zammı, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranını aşamaz” olarak değiştirilmiştir¹³⁶.

Keza örneğin 3093 s. TRT Kurumu Gelirleri Kanunu m. 5-c/III c. 1’de yer alan “ödemelerin geciktirilmesi halinde, her geçen ay ve kesri için, nihai tüketicieye elektrik enerjisi satışı yapan lisans sahibi tüzel kişilere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda öngörülen *gecikme zammı oranında gecikme faizi uygulanır*” hükmünde de anlaşılacağı üzere kanun koyucu gecikme zammının gecikme faizi niteliği kazanmasını sağlayabilmektedir. Eğer gecikme zammı bir gecikme faizi olsaydı hiç şüphesiz yeniden “...*oranında gecikme faizi uygulanır*” denilmesine gerek kalmazdı.

Sonuç olarak gecikme zammı hesabı sonucunda ortaya çıkan toplam tutar üzerinden fiili ödeme tarihindek geçecek süre için temerrüd faizi hesaplanmasının önünde pozitif hukuktan kaynaklanan bir engel yoktur^{137,138}. Yargıtay’ın aksi yöndeki içti-

nun m. 51/IV’de verilen yetki uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından 12.10.2010 t. ve 2010/965 s. lı karar ile “her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere % 1,4”(günlük: 0,00046) olarak belirlenmiştir.

130 Mevzuat.gov.tr adresinde yapılan bir taramada seksenden fazla kanunda ve yüzden fazla yönetmelikte “gecikme zammı” ile ilgili düzenlemeler olduğu görülmektedir.

131 Helvacı, Mehmet (2000), Borçlar ve Ticaret Kanununun Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 91.

132 Kaya, Arslan (1994), “Adi ve Ticari İşlerde Faiz”, İstanbul ÜHFD, C: LIV, S: 1-4, s. 347-348.

133 Bkz. Yargıtay19. Hukuk Dairesi, T: 08.07.2010, E:2009/10977, K: 2010/8694; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:09.05.1990, E: 1989/3446, K: 1990/3732; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, T: 19.11.1993, E: 1991/6, K: 1993/1 ve T: 19.11.1993, E: 1991/12-6, K: 1993/1; Y. 3. Hukuk Dairesi, T:19.02.2015, E: 2014/10621, K: 2015/2627; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T:05.03.2014, E:2014/1741, K:2014/2543; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 18.02.2004, E: 2004/10-104, K: 2004/94; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T: 16.09.2014, E: 2014/6878, K: 2014/9841; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T: 29.04.2013, E:2012/14610, K:2013/7435; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T:19.02.2004, E:2003/14308, K:2004/1461; Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, T:19.11.2012, E: 2012/4999, K:2012/6768,(www.kazancı.com).Diğer bazı kararlar için bkz. Aydoğdu, Murat & Ayan Serkan (2013), Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 7 dn. 17 vd.

134 Vade farkı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aydoğdu & Ayan, s. 7 vd. Vade farkı uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Elektrik tüketim bedellerinin faturada belirtilen ödeme süresi içinde ödenmemesi durumunda, uygulamada görülen “fatura bedelinin faturanın tebliği tarihinden itibaren gün içinde ya da kararlaştırılan ödeme süresi içinde ödenmemesi halinde % ... vade farkı uygulanır” kayıtları ile kıyaslanması mümkündür.

135 Elektrik faturalarında tüketicieye ödeme için belli bir tarih aralığı tanınmaktadır. Ödemenin bu süre içinde gerçekleşmemesi halinde, TBK m. 117/II 1. yarım cümle uyarınca temerrüd gerçekleşmiş olacaktır, Oğuzman & Öz, C: I, s. 476-477; Kaya, s. 363-364. Ancak Perakende Satış S. m. 9/3’de tüketicieye kesme işleminden önce ikinci bir ödeme bildiriminde bulunulmasının zorunlu kılınmış olduğuna işaret edilmektedir (karş. TBK m. 123).Öte yandan elektrikliğin kaçak ya da usulsüz kullanımından dolayı hiç faturalandırılmadığı ya da eksik ölçüm nedeniyle kısmen faturalandırılmadığı durumlarda temerrüd ancak ihtar ile gerçekleşir (TBK m. 117/II).

136 Eski döneme ilişkin olarak bkz. Ayrancı, s. 200.

137 Tüketicieye gecikme zammı tutarları için ancak ihtar, dava veya takip tarihinde temerrüde düşecektir.

138 Alıcı elektrikliği çoktan tüketmiş ve bundan bireysel ve/veya ticari faydalar elde etmiştir, ancak tedarikçi henüz alacağına kavuşmamıştır. Gecikme zammının öngörülme nedeni olarak “alıcının] maldan ürün ya da diğer verimler elde etme imkânına sahip olması” gösterilebilir. Bu yönüyle elektrik satımı hususunda gecikme zammı ile TBK m. 234/II’deki “faiz” arasında ekonomik anlamda belli bir benzerlik olduğu da gözmezdten gelinmez. TBK m. 234/II’de sözü geçen faizin “temerrüd faizi” olduğu yönünde bkz. Gümüş, M. Alper (2013), Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C: I, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 121.

hatları tüketicinin korunmasına yönelik olsa da, hukuksal açıdan kanaatimizce yerinde değildir.

V. SONUÇ

1. Elektrik sektöründeki yeniden yapılanma ve serbestleşme faaliyetleri, elektriğin dağıtımı ile perakende satımı sözleşmelerinin, taraflarını, konusunu, hüküm ve sonuçlarını değiştirmiş, farklı içerik ve görünüm kazandırmıştır. Bu düzenlemelerden üretim, iletim ve elektrik piyasası ile ilgili olanlar sadece kamu tüzel kişileri ile EPDK'dan aldıkları lisanslarla bu sektörde faaliyet gösteren ticaret şirketleri arasında uygulanırken, dağıtım ve perakende safhalarına ilişkin kurallar ise lisanslı sektör şirketleri ile "tüketiciler" arasında uygulanmaktadır. Ne var ki, yönetmelik ve tebliğlerin, TBK yanında, yargısal ve bilimsel içtihatlarla yerleşmiş esaslarla uyumlu olduklarını söylemek kolay değildir. Düzenlemelerde teknik ve işletmesel gerekliliklerin yerine getirilmesi amacının daha hâkim olduğu görülmektedir. Bu sebeple ileride yapılacak değişikliklerde özel mevzuatın Türk özel hukuku ile daha uyumlu olmasına özen gösterilmelidir.

2. Elektrik enerjisi, üretim, nakil, dağıtım konularında taşıdığı özellikler nedeniyle birçok açıdan diğer mallardan ayrılmaktadır. Elektrik aynı zamanda sosyal niteliği de olan bir üründür. Anılan hususlar ilgili özel kuralların konulmasını ve uygulanmasını etkilemektedir. En geniş anlamda elektrikle ilgili uyumsuzlukların çözümünde, uyumsuzluğun öncelikle üretim-iletim-dağıtım-toptan/perakende satış safhalarından hangisi ile ilgili olduğunu tespit etmenin ve ilgili düzenlemeleri buna göre yorumlamanın önemine ayrıca işaret etmek gerekir.

3. Elektrik, hem TMK hem de TKHK bakımından "mal"dır. Elektriğin perakende satımı, abonelik sözleşmeleri ile gerçekleştirilmektedir. Bu sözleşmelere öncelikle EPDK tarafından konulan özel kurallar uygulanacaktır. Ancak elektrik mevzuatındaki "tüketici" terimi ile TKHK ve ikincil düzenlemelerindeki "tüketici" terimlerinin kapsamı farklı olduğundan tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin perakende elektrik satımında kişi bakımından uygulanması sınırlı kalmaktadır.

4. İlgili Yargıtay kararlarının çokluğundan da anlaşıldığı üzere ülkemizde elektriği fiilen tüketen ile kayıtlı abonenin aynı kişiler olmamasından ve kaçak ve usulsüz elektrik kullanımından dolayı geçmişte elektrik idareleri, günümüzde ise yetkili tedarik şirketleri ile "aboneler" arasında hukuksal uyumsuzluklar sıkça yaşanmaktadır. Tüketim bedellerinin ödenmemesi halinde Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi'nde belli usullere uyularak elektriğin kesilmesi öngörülmüştür. Özellikle elektriği fiilen kullanan ile kayıtlı abonenin farklı kişiler olduğu durumlarda Yargıtay, elektriğin ödememeye rağmen kesilmemesini tedarikçi şirketin (alacaklının) müterafik kusuru olarak nitelendirmekte ve alacak kalemlerinden olan gecikme zammı ile temerrüd faizinden kusur oranında indirim yapılmasını istemektedir.

5. Yargı kararlarında hukuksal herhangi bir gerekçe sunmaksızın, elektriğin kesilmemesini müterafik kusur olarak nitelendirmektedir. Tüketim bedelinin ödenmemesi halinde elektriğin kesilmesi ödemezlik def'inin kullanılması ya da sözleşmesel bir yan yükümlülüğten doğan borcun ihlali görüşleri ile açıklanabilir.

6. Elektrik verilmesinin durdurulması hangi görüşle açıklanırsa açıklansın, Yargıtay'ın müterafik kusur esasından hareketle fer'i alacaklarda (gecikme zammı ve temerrüd faizi) indirime gidilmesi görüşü kanaatimizce doğru değildir. Zira elektriğin kesilmemesi, asıl alacağın artmasına neden olmaktadır. Fer'i kalemler ise asıl alacağın miktarına göre hesaplanmaktadır. Bu sebeple indirim tedarikçinin kusuru oranında kesme şartlarının oluştuğu tarihten itibaren hesaplanacak tüketim tutarı üzerinde yapılmalıdır.

7. Tüketici Hizmetleri Y. ile Perakende Satış Sözleşmesi uyarınca, zamanında ödenmeyen tüketim bedelleri için uygulanması gereken gecikme zammı, temerrüd faizi olmayıp asıl alacağı Yönetmelik ve abonelik sözleşmesi uyarınca eklenen ve bu haliyle vade farkına benzeyen bir tutardır.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih (2016), Ticarî İşletme Hukuku, 22. Baskı, Ankara, BTAHE Yayınları.

Aydoğdu, Murat & **Ayan** Serkan (2013), Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemeler, 1. Baskı, Ankara, Adalet.

Aydın Özdemir, Elif (2013), Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini, 1. Baskı, Ankara, Adalet.

Ayrancı, Hasan (2010), Enerji Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, 2010, Yetkin.

Brox, Hans (1996), Allgemeines Schuldrecht, 23. Aufl., München, C. H. Beck.

Çeker, Mustafa (2011), 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Adana, Karahan.

Dögerlioğlu Işıksungur, Özlem (2011), 'Elektriğin Hukuki Niteliği', Erzincan ÜHFD, C: XV, S: 3-4, s. 249-266.

Eren, Fikret (2014), Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Yetkin.

Eren, Fikret (1975), Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara, Ankara ÜHF Yayınları.

Gerçek, Adnan (2011), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin.

Gümüş, M. Alper (2013), Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C: I, 3. Bası, İstanbul, Vedat.

Gürsoy, K. Tahir (1973), 'Birden Fazla Kimse-lerin Aynı Zarardan Sorumluluğu', Ankara ÜHFD, C: 30, S: 1-4, s. 57-83.

Hatemi, Hüseyin & **Gökayla**, K. Emre (2011), Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 1. Baskı, İstanbul, Vedat.

Helvacı, Mehmet (2000), Borçlar ve Ticaret Kanununun Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, 1. Baskı, İstanbul, Beta.

Kaya, Arslan (1994), 'Adi ve Ticari İşlerde Faiz', İstanbul ÜHFD, C: LIV, S: 1-4, s. 347-366.

Koca, Güneş (2004), 'Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri', (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>>s.e.t. 24.10.2016.

Kulalı, İhsan (1997), 'Elektrik Sektöründe Özelleştirme ve Türkiye Uygulaması', (DPT Uzmanlık Tezi), Ankara, DPT Yayınları.

Oğuzman, M. Kemal & **Seliçi**, Özer & **Oktay Özdemir**, Saibe (2009), Eşya Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Filiz.

Oğuzman, M. Kemal & **Öz**, M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: I, 11. Baskı, İstanbul, Vedat.

Oğuzman, M. Kemal & **Öz**, M. Turgut (2013), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C: II, 10. Baskı, İstanbul, Vedat.

Özel, Çağlar & **Özcan**, Büyüktanır Burcu G. & **Özel**, Fatma (2013), 'Elektrik Piyasalarında Elektrik Sağlama Amaçlı Sözleşmeler', E-Journal of Yaşar University (JoY), S: 8 (Özel), s. 2075-2125, <<http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/27-%C3%96ZEL-B%C3%99CY%C3%99CKTANIR-%C3%96ZEL.pdf>>s.e.t. 19.11.2016.

Schaller, Jean-Marc, (2010), 'Darf ein Schuldner die Leistung verweigern?', Jusletter, s. 1-10, <http://www.hol-law.ch/fileadmin/user_upload/Publications/Jean_Marc_Schaller/10_Darf_ein_Schuldner_die_Leistung_verweigern.pdf>s.e.t. 27.08.2016.

Şenocak, Kemal (1995), 'Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi (TTK m. 1293)', Ankara ÜHFD, C: 44, S: 1-4, s. 365-424.

Tandoğan, Haluk (2010), Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.

Tekinay, S. Sulhi & **Akman**, Sermet & **Burcuoğlu**, Haluk & **Altop**, Atilla (1993), Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.

Tiftik, Mustafa (1994), Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, Yetkin.

Yavuz, Cevdet & **Acar** Faruk & **Özen**, Burak (2013), Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, İstanbul, Beta.

Zevkliler, Aydın & **Aydoğdu**, Murat (2004), Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

Yavuz, Mustafa (2011), 'Elektrik Enerjisi Tedarik Sözleşmeleri', (Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi>>s.e.t. 10.12.2016.

T.C. Kalkınma Bakanlığı Onuncu Kalkınma Planı 2014-2018 (2014), 'Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu', Ankara, <<http://www.kalkinma.gov.tr/Lists/zel%20htisas%20Komisyonu%20Raporlar/Attachments/221/Kamu%20Özel%20İşbirliği%20ÖİK%20Raporu.pdf>>s.e.t. 31.09.2016.

**SERMAYE PİYASASI KANUNU'NUN İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMİ DÜZENLEMELERİNİN
6102 SAYILI TTK'NİN ORTAKLIKLAR TOPLULUĞU HÜKÜMLERİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ**

**EVALUATING CAPITAL MARKET LAW PROVISIONS FOR RELATED PARTY
TRANSACTIONS WITH REGARD TO CORPORATE GROUP REGULATION OF TCC
(NO 6102)**

Dr. Mehmet Ali AKSOY*

ÖZET

Halka açık anonim ortaklıklarda ilişkili taraflarca gerçekleştirilecek Sermaye Piyasası Kurulu'nun belirlediği işlemler belirli bir prosedüre tabi tutulmuştur. Buna göre ortaklıklar ilişkili taraf işlemine başlamadan önce yönetim kurulu kararı almak zorundadır. Bu işlemlerde alınan yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı gerekmektedir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı alınmazsa işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekir. Söz konusu genel kurul toplantılarında ilişkili taraflar oy kullanamayacaktır. Ortaklıklar topluluğunda ise belirtilen işlemlere, kaybın faaliyet yılı içinde kapatılması veya kapatılmasının taahhüt edilmesi koşuluyla izin verilmektedir (TTK m. 202). Böylece her iki kanunda ilişkili taraf işlemlerine farklı sonuçlar bağlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İlişkili taraf, ilişkili taraf işlemi, ortaklıklar topluluğu, kaybın kapatılması, kaybın kapatılmasının taahhüt edilmesi

ABSTRACT

The transactions determined by the Capital Markets Board to be carried out by related parties have been subjected to a specific procedure in public companies. Accordingly, companies should take board decisions before they start the related party transaction. In this transactions, approval of the majority of independent board members is required for the implementation of the decisions of the board of directors. If the approval of majority of the independent board members cannot be obtained, the transaction should be submitted for approval of the general assembly. Related parties will not be able to vote in such general assembly meetings. In the corporate group allow on the condition that undertaking to close or close the loss within the activity year (TCC a. 202). Thus, in both law, different results are connected to the related party transactions.

Keywords: related party, related party transaction, corporate group, close the loss, undertaking to close the loss.

* Bu Makale, 26 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen "III. Ticaret Hukuku Uluslararası Sempozyumun"da tebliğ olarak sunulmuştur. Gazi Üniversitesi TKYO Ticaret Hukuku Bilim Dalı Öğretim Görevlisi.
(e-mail : aliaxsoy@gazi.edu.tr)
(Geliş Tarihi: 17.05.2017 / Kabul Tarihi: 16.11.2017)

I. GİRİŞ

Ticaret ortaklıkları, iktisadi amaçlarla topluluk oluşturur ve faaliyetlerinin bir kısmını topluluk ortaklıkları üzerinden sürdürür. İlişkili taraf olarak nitelendirilebilen söz konusu ortaklıklar birbirlerinin kâr veya zararı ile finansal durumu üzerinde etkili olabilir veya ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemler, üçüncü kişilerle yapılan işlemlerle aynı tutarlarda gerçekleşmeyebilir (Türkiye Muhasebe Standardı (TMS) 24, paragraf (p.) 6). Bir bağlı ortaklığa araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunmaması konusunda ana ortaklık tarafından talimat verilmesinde olduğu gibi işletmenin kâr veya zararı ile finansal durumu, taraflar arasında işlem gerçekleşmemesine rağmen, topluluk ilişkisinden etkilenebilir. Yani ilişkili tarafların iktisadi olarak birbirlerini etkilemesi aralarında işlem gerçekleştirmelerine de bağlı değildir¹.

İlişkili taraf ilişkilerinin iş ve ticaret hayatının normal bir parçası olduğu ve ilgili işletmenin birbirinin finansal politikalarını ve faaliyet politikalarını etkileyeceği kabul edilir (TMS 24 p 5). Ancak hukuk sistemlerinde söz konusu ilişkiye sınırsız olarak izin verilmemiş, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak çeşitli koruma mekanizmaları geliştirilmiştir.

TTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerinde, belirtilen işlemlere; kaybin söz konusu faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi veya kaybin nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle, en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı ortaklığa denk değerde bir istem hakkı tanınması durumunda izin verilmektedir (TTK m. 202). Halka açık ortaklıkların ilişkili taraflarla gerçekleştireceği işlemlere ilişkin olarak SerPK m 17/3'te ise özel bir düzenleme yer almaktadır. İlgili düzenleme halka açık anonim ortaklıklara ilişkili taraflarca gerçekleştirilecek kurulca belirlenen işlemlere başlanmadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınma yükümlülüğü yüklemektedir.

Bir topluluğa dahil ortaklıklar arasındaki işlemlerin, ilişkili taraf işlemi oluşturacağı TMS24'te, açıkça düzenlenmiştir (TMS 24 p. 9). Ancak SerPK m. 17/3 düzenlemesi TTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin temel düzenlemelerinden farklılık arz

etmektedir. Bu nedenle işlemlerin bir topluluğa dahil ortaklıklar arasında gerçekleştirilmesi durumunda SerPK m. 17/3 hükmünün uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığına değinmek gerekir. Zira TTK m. 202'de, SerPK'dan farklı olarak, ortaklıkların birbirine kaynak aktarımı yapabileceği düzenlenmektedir. Bu durumda ilgili düzenlemelerin nasıl bağdaştırılacağına belirtilmesi gerekir. İlgili çalışmada söz konusu düzenlemelerden hangisine öncelik verilmesi gerektiği; topluluğa dahil ortaklıkla topluluk arasındaki ilişkilerde Sermaye Piyasası Kurulu'nun ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenlemelerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı; bu bağlamda sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıkların ortaklıklar topluluğu oluşturup oluşturamayacağı konusuna yer verilmektedir.

II. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Türk Hukukunda, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel düzenleme SerPK m. 17/3'te yer almakta ayrıca ilişkili taraf işlemleri TMS 24'de muhasebe standardı² olarak düzenlenmektedir. İlişkili taraf işlemlerinin Türk sermaye piyasası mevzuatında tanımlanmaması; bu konuda yalnızca ilgili standartlara atıf yapılması TMS24'ün önemini ayrıca artırmaktadır.

Çalışmanın ana unsurunu oluşturan SerPK m. 17/3 düzenlemesi haricinde TTK hükümleri çerçevesinde de ilişkili taraf olmaya bazı sonuçlar bağlanmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerden birisi de TMS uygulaması zorunlu³ ortaklıkların, ilişkili taraf işlemlerinin TMS 24⁴ kapsamında açıklanmasıdır⁵.

- 2 TMS 24; İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin Muhasebe Standardı –“İlişkili Taraf Açıklamaları”.
- 3 Sermaye ortaklıklarının bir kısmı bağımsız denetime tabi tutulmuştur. Bağımsız denetime tabi ortaklıklardan bir kısmı için TMS uygulanması zorunlu tutulmuş iken bir kısmı için TMS uygulanması ortaklığın ihtiyarına bırakılmıştır. TMS uygulamak zorunluluğu bulunmayan ortaklıklar isterse TMS uygulayabilecek isterse tek düzen muhasebe sistemi uygulamaya devam edebilecekler.
- 4 Söz konusu standardın amacı; işletmenin finansal durumu ile kâr veya zararının, ilişkili tarafların mevcudiyetinden, söz konusu taraflarla gerçekleştirilen işlemlerden ve işletme ile ilişkili tarafları arasındaki taahhütler dahil olmak üzere, mevcut bakiyelerden etkilenebileceğine dikkat çekmek amacıyla gerekli açıklamaların, işletmenin finansal tablolarında yer almasını sağlamaktır (TMS 24 p. 1).
- 5 İlişkili taraf işlemlerinin, piyasa şartlarında ve muvazaasız işlem koşullarında gerçekleştirildiğine ilişkin açıklamalar, yalnızca söz konusu koşulların doğrulanabilir olması halinde yapılır (TMS 24 p. 23). Benzer nitelikli kalemler, ilişkili taraf işlemlerinin işletmenin finansal tabloları üzerindeki etkisinin anlaşılması amacıyla ayrı ayrı açıklanmalarının gerekmesi hariç, toplu olarak açıklanabilir (TMS 24 p. 24).

1 Yalnızca ilişkinin varlığı dahi bir işletmenin, diğer taraflarla olan işlemlerini etkilemeye yeterli olabilir. Örneğin bir bağlı ortaklık, ticari ilişkide bulunduğu bir işletmeyle aynı alanda faaliyet gösteren bir başka bağlı ortaklığın ana ortaklığı tarafından satın alınması üzerine, söz konusu işletme ile olan ilişkisine son verebilir ya da bir taraf diğer bir tarafın önemli etkisinden dolayı bir faaliyeti gerçekleştirmekten kaçınabilir (TMS 24 p. 7).

Bu kapsamda en yakın ikincil ana ortaklık⁶ ve bağlı ortaklıkları arasındaki ilişkilerin⁷ ve kontrolün varlığı durumunda ilişkili taraf ilişkilerinin (TMS 24 p. 14)⁸, taraflar arasında işlem olup olmadığına bakılmaksızın, açıklanması gerekir. İlişkili taraf işlemleri yanında finansal tabloların kapsadığı dönem zarfında gerçekleştirilen ilişkili taraf ilişkisinin niteliği⁹ de açıklanır¹⁰.

Söz konusu düzenlemeler haricinde hukukumuzda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Ancak doğrudan bir düzenleme yer almaması ilişkili taraf işlemlerine ilişkin koruma sağlanmadığı anlamına gelmemekte, hukukumuzda çeşitli enstrümanlarla sağlanan ko-

ruma mekanizmaları bulunmaktadır. Söz konusu mekanizmalar; güvenli kuruluş ilkesi (TTK m. 343) yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı (TTK m. 393), ortaklıkla işlem yapma ve ortaklığa borçlanma yasağı (TTK m. 395)¹¹, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü (TTK m 369)¹² ve ortaklıklar topluluğu hukuku(TTK m. 195-209)şeklinde belirtilebilir¹³.

A. HALKA AÇIK ORTAKLIKLARDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ

Halka açık ortaklıkların ilişkili taraflarla gerçekleştireceği işlemlere ilişkin SerPK m. 17/3 düzenlemesine göre; halka açık anonim ortaklıkların ilişkili taraflarla gerçekleştirecekleri, kurulca belirlenen işlemlere başlanmadan önce,yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması zorunludur. İlişkili taraf işlemleri kurul tarafından “Kurumsal Yönetim Tebliği¹⁴” (KYT) ile düzenlenmiştir. KYT’de sadece pay sahiplerinin değil, pay sahiplerinin bağlı ortaklıklarının da ilişkili taraf ile gerçekleştirecekleri işlemlerde söz konusu yükümlülüğe tabi olduğu hükmüne bağlanmaktadır.

1. Düzenlemenin Kaynağı

Almanya’da, Fransa ve ABD’nin aksine organ üyeleri ile girişilen ilişkili taraf işlemlerine ilişkin genel bir yasak yoktur¹⁵. AB’nin Kurumsal yönetim kapsamında hazırlanan, 2007/36/AT Sayılı Direktifi’nde değişiklik yapılmasına ilişkin 2014/213 Sayılı Direktif Taslağı’na eklenmesi önerilen 9/c maddesindeise ilişkili taraflar arasındaki belirli sı-

- 6 En yakın ikincil ana ortaklık, gruptaki birincil ana ortaklığın üzerinde olan ve kamuya açıklanmak üzere konsolide finansal tablo hazırlayan ilk ana ortaklıktır (TMS 24 p. 16).
- 7 İşletme, ana ortaklığının ve eğer farklıysa nihai kontrol gücüne sahip tarafın adını açıklar. İşletmenin ana ortaklığının ve nihai kontrol gücüne sahip tarafın kamuya açıklanmak üzere konsolide finansal tablo hazırlanması durumunda, kamuya açıklanmak üzere konsolide finansal tablo hazırlayan en yakın ikincil ana ortaklığın adı açıklanır (TMS 24 p. 13).
- 8 Bir ana ortaklık ve onun bağlı ortaklıkları arasındaki ilişkili taraf ilişkisinin açıklanmasına yönelik hüküm, TMS 27 ve TFRS 12 “Diğer İşletmelerdeki Paylara İlişkin Açıklamalar”Standardında yer alan açıklama hükümlerine ek niteliğindedir (TMS 24 p. 15).
- 9 Finansal tabloların kapsadığı dönem zarfında işletmenin ilişkili taraf işlemlerinde bulunması durumunda, söz konusu işlemler hakkındaki bilgilere ve taahhütler dâhil olmak üzere mevcut bakıyelere ek olarak, finansal tablo kullanıcılarının ilişkin finansal tablolar üzerindeki potansiyel etkisini anlamaları açısından gerekli olan ilişkili taraf ilişkisinin niteliği açıklanır. Açıklamaların asgari olarak söz konusu işlemlerin tutarını; taahhütler dâhil olmak üzere, mevcut bakıyeleri, söz konusu bakıyelerin koşullarını, teminat altına alınmış olup olmadıklarını, ödeme için belirlenen karşılığın niteliğini, verilen veya alınan garantilerin ayrıntılarını; mevcut bakıyelerle ilgili şüpheli alacak karşılıklarını ve dönem içinde ilişkili taraflardan değersiz veya şüpheli alacaklarla ilgili olarak muhasebeleştirilen giderlerini içermesi gerekir (TMS 24 p. 18). Aynı bir yönetim işletmesi tarafından sağlanan kilit yönetici personel hizmeti için işletme tarafından karşılanan tutarlar açıklanır (TMS 24, p 18/a). Söz konusu açıklamalar ana ortaklık, işletme üzerinde müşterek kontrol gücüne ya da önemli etkiye sahip bulunan işletmeler, bağlı ortaklıklar, iştirakler, işletmenin katılımcı konumunda olduğu iş ortaklıkları, işletmenin ya da ana ortaklığının kilit yönetici personeli ve diğer ilişkili taraflar için ayrı ayrı yapılır (TMS 24 p 19). İlişkili taraflara borçların ve ilişkili taraflardan alacakların 19 uncu paragrafın gerektirdiği gibi farklı kategorilerde sınıflandırılması, “TMS 1 finansal tabloların sunuluşu” standardında yer alan finansal durum tablosunda (bilançoda) ya da dipnotlarda sunulacak bilgilere ilişkin açıklama hükümlerinin bir uzantısı niteliğindedir. Kategoriler, ilişkili taraf bakıyeleri ile ilgili daha kapsamlı analiz yapılmasını sağlamak üzere genişletilen ve ilişkili taraflarla olan işlemlere uygulanan işlemidir (TMS 24 p. 20).
- 10 Düzenlemede kilit yöneticilere ödenen ücret’de açıklanması gereken hususlar arasında belirtilmiştir. Ücret kategoriler bazında açıklanmıştır. Söz konusu kategoriler ise çalışanlara sağlanan kısa vadeli faydalar, işten ayrılma sonrası sağlanan faydalar, diğer uzun vadeli faydalar, işten çıkarma nedeniyle sağlanan faydalar ve hisse tabanlı ödemeler şeklinde belirtilmiştir (TMS 24 p. 17). Söz konusu ücretler dipnotlarda toplam olarak ve her kategori için ayrı ayrı açıklar. Ancak, işletmenin diğer bir işletmeden (yönetim işletmesi) kilit yönetici personel hizmetleri alması durumunda işletmenin, yönetim işletmesi tarafından kendi çalışanlarına veya yöneticilerine ödenmiş veya ödenecek olan tazminata söz konusu hükümleri uygulaması gerekli değildir (TMS 24 p. 17/A).

- 11 Alman Hukukunda söz konusu durumda olası çıkar çatışmalarını önlemek amacıyla ortaklık, denetim kurulu tarafından temsil edilmektedir (AktG 112). FLEISCHER Holger (2014), “Related Party Transactions bei börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien (konzern) recht und Europäische Reformvorschläge”, **Betriebs – Berater**, 2014 (2691-2700),<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BB-B-2014-S-2691-N-1.07.04.2017>. s. 2691.
- 12 Ortaklık menfaatinin yabancı menfaatlere üstün tutulması, yöneticilerin ortaklığa Özen ve bağlılık yükümlülüğünün bir sonucudur. TEKİNALP, Ünal (2015) **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku** 4. Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.609. Ancak düzenlemede ortaklıklar topluluğu ile ilgili hükümler istisna tutulmak suretiyle topluluk menfaatinin gözetilebileceği açıkça belirtilmiştir (TTK m. 369 aynı yönde Bkz. TTK m. 626).
- 13 Alman Hukukunda ilişkili taraf işlemlerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta, sermaye koruma kanunu, temsil hakkı, Konzern hukuku gibi çeşitli enstrümanlar vasıtasıyla koruma sağlanmaktadır. **FLEISCHER**, s. 2692.
- 14 Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1),RG T. 03.01.2014, S. 28871.
- 15 Çıkar çatışmalarının diğer yönetim kurulu üyelerine ve gözetim kuruluna açıklanması şeklinde kendisini gösterir **FLEISCHER**, s. 2696.

nırnı aşan işlemlerde, sözleşmenin genel kurul veya gözetim kurulunun onayı ile kurulacağı belirtilmiş ve sözleşmenin genel kurul veya bağımsız yönetim kurulunun onayına sunulması konusunda üye ülkelere seçim hakkı tanınmıştır¹⁶. Genel kurul sürekli toplanan ve söz konusu fonksiyona uygun bir organ olmadığı¹⁷ ve ayrıca genel kurul kararı gecikme ve masrafa neden olacağı için¹⁸ genel kurul kararı alınması pek tavsiye edilmemektedir. 2014/213 sayılı Direktif taslağında ise Fransa, İngiltere, ABD ve İtalyada olduğu gibi ilişkili taraf işlemlerinde bağımsız yönetim kurulu üyelerine kritik rol verilmiştir¹⁹. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17/3'ün kaynağını sözü edilen direktif taslağı oluşturmaktadır.

2. Sermaye Piyasası Hukukunda İlişkili Taraf Kavramı

“İlişkili taraf” kavramı SerPK’de tanımlanmamıştır. KYT’nin yayımlanmasından önce tarafların ilişkili olup olmadığının tespitinde, “İlişkili Taraf Açıklamaları” başlıklı TMS24 hükmünden faydalanılacağı kabul edilmekte idi²⁰. Bu konuda kıyas yapılması, ortaklıklar topluluğu düzenlemelerinin, özel hüküm oluşturması nedeniyle, ön planda tutulmasına olanak sağlamakta idi. KYT’de ise AB Mevzuatına paralel şekilde²¹ TMS 24’e doğrudan gönderme yapılmaktadır (KYT m. 3/1/g). TMS 24’de ise topluluk ortaklıklarının ilişkili taraf olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu ise TTK’nin ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerinin SerPK m 17/3’e göre özel bir düzenleme olduğu yorumuna olanak vermemektedir.

TMS 24’e göre; bazı kişiler²² veya yakın aile üyeleri²³ ve işletmeler ilişkili taraf olarak kabul edilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre işletmelerin aynı grubun üyesi olması, diğer işletmenin (veya diğer işletmenin de üyesi olduğu bir grubun üyesinin) iştiraki²⁴ ya da iş ortaklığı olması²⁵ veya işletmenin ilişkili taraf sayılan bir kişi tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi²⁶ durumunda ilgili işletmeler ilişkili taraf sayılır (TMS 24 p. 9). Ayrıca düzenlemede ilişkili taraf sayılmayan kişilere ve işletmelere de yer verilmiştir²⁷. Söz konusu düzenlemede dikkat çeken husus ise kamu hizmeti ortaklıkları ve devlet makamlarının ilişkili taraf olarak kabulü için işletme üzerinde kontrol ya da müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olmasının bir unsur olarak aranmasıdır²⁸.

16 FLEISCHER, s. 2700; VEIL, Rüdiger, (2017) “Transaktionen mit Related Parties im deutschen Aktien- und Konzernrecht Grundsatzfragen der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie”, (521-530), **NZG 2017** <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NZG-B-2017-S-521-N-1>, 13.05.2017, s. 521.

17 VEIL, s. 526.

18 BAYER Walter / SELENTIN Philipp (2015), “Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts”, **NZG 2015**, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NZG-B-2015-S-7-N-1>, 13.05.2017, s. 8.

19 BAYER/ SELENTIN, s.8.

20 AKSOY, Mehmet Ali, (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, s 45-76, s. 62.

21 Direktifte belirtilen ilişkili taraf kavramının Uluslararası Muhasebe Standartlarında yer alan ilişkili taraf kavramını ifade ettiği konusunda bakınız, MULT H. C/ LUTTER Marcus (2014) “Die geplante europäische Gesetzgebung zu „related party transactions“ Ergänzung zu Schneider, **EuZW 2014**, (s. 678-688), <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-EUZW-B-2014-S-687-N-1>, 13.05.2017, s. 687.

22 TMS 24’de finansal tablolarını hazırlayan işletmeyle ilişkili kişi veya işletmeler ilişkili taraf olarak tanımlanmaktadır. Bir kişi veya ailesinin yakın bir üyesinin, raporlayan işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olması; raporlayan işletmenin veya raporlayan işletmenin ana ortaklığının kilit yöneticisi olması durumunda söz konusu kişi, raporlayan işletmeyle ilişkili sayılır (TMS 24 p. 9).

23 MULT H. C/ LUTTER, s. 688

24 TMS 28 iştiraklerdeki ve iş ortaklıklarındaki yatırımlar standardında düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZERHAN Yıldız (Akbulut)/ YANIK Serap, (2010). **Açıklamalı ve Örnek Uygulamalı Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları**. Açıklamalı ve Örnek Uygulamalı Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları Türkiye, Ankara, TÜRMOB Yayınları. – 475, s. 669 vd.

25 Ayrıca düzenlemede her iki işletmenin de aynı üçüncü tarafın iş ortaklığı olması, işletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması; işletmenin, raporlayan işletmenin ya da raporlayan işletmeyle ilişkili bir işletmenin çalışanlarına ilişkin işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması durumunda da işletmelerin ilişkili taraf sayılacağı belirtilmektedir. Raporlayan işletmenin kendisinin böyle bir plânının olması halinde, sponsor olan işverenler de raporlayan işletme ile ilişkilidir (TMS 24 p. 9).

26 raporlayan işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması, işletmenin veya onun bir parçası olduğu grubun başka bir üyesinin, raporlayan işletmeye veya raporlayan işletmenin ana ortaklığına kilit yönetici personel hizmetleri sunması da bu kapsamda değerlendirilir.

27 TMS 24 p. 11’e göre; ortak bir yöneticiye ya da ortak bir kilit yönetici personele sahip işletmeler veya birinin kilit yönetici personelinin diğer işletme üzerinde önemli etkiye sahip işletmeler, iki iş ortaklığı katılımcısının bir iş ortaklığı üzerinde müşterek kontrolü paylaşmaları durumunda söz konusu girişimler, ilişkili taraf olarak kabul edilmez. İlişkili taraf tanımında, bir iştirak söz konusu iştirakin bağlı ortaklıklarını ve bir iş ortaklığı söz konusu iş ortaklığının bağlı ortaklıklarını kapsar. Bu nedenle örneğin bir iştirakin bağlı ortaklığı ile söz konusu iştirak üzerinde önemli etkiye sahip yatırımcı birbirleri ile ilişkilidir (TMS 24 p. 12).

28 İşletmenin serbest hareket etmesini etkileyebilecek ya da karar alma sürecine dâhil olabilecek olsa da finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti ortaklıkları ve devlet makamları ve mercilerinden, raporlayan işletme üzerinde kontrol ya da müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olmayıp, işletme ile sadece oluşan iş ilişkisi içerisinde olanlar ve bir işletmenin sadece ortaya çıkan ekonomik bağımlılık nedeniyle önemli hacimde işlem yaptığı bir müşteri, tedarikçi, acente, dağıtımçı ya da genel mümessil ilişkili taraf olarak kabul edilmez (TMS 24 p. 11).

İlişkili taraf işlemleri konusunda, finansal raporlama amacı taşıyan muhasebe standartlarına atıf yapılması, söz konusu standartların finansal raporlamaya uygun olmakla birlikte işlemi fiziksel olarak sınırlandırmaya uygun bir kıstas olmadığı eleştirisine maruz kalmaktadır²⁹. İlişkili taraf işlemleri konusunda TMS standartlarına atıf yapılması, normatiflikten uzak standartların hukuk kuralı olarak uygulanmasına neden olacaktır. Ayrıca ilgili standartlar TTK ve Türk sermaye piyasası mevzuatıyla da bağdaşmamaktadır. Zira TMS 24'e atıf yapılmasıyla; yönetim ve kontrol olgusunun belirlenmesinde, TTK m.195 ve sermaye piyasası mevzuatının "yönetim kontrolü kavramından"³⁰ tamamen farklı ilkeler getirmek suretiyle, ilişkili taraf kavramına özel bir anlam yüklemektedir.

3. İlişkili Taraf İşlemi

KYT ile ilişkili taraf işlemi hususunda da TMS 24'e atıf yapılmakta ve ilişkili taraf işlemlerinin Türkiye Muhasebe Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf işlemlerini ifade ettiği belirtilmektedir (KYT m 3/1/ğ)

TMS standartlarına göre ilişkili taraf işlemi, ilişkili taraflar arasında yapılan mal alım veya satımı, araştırma ve geliştirme transferleri, lisans anlaşmaları kapsamında yapılan transferler, finansman anlaşmaları kapsamında yapılan transferler gibi işlemlerdir³¹. Ancak TMS 24'e göre taraflar arasında işlem bulunmasa dahi, **kontrolün varlığı ve ana ortaklık ve bağlı ortaklıklar arasındaki ilişkiler ilişkili taraf işlemi kapsamında değerlendirilecektir** (TMS 24 p. 13,14)³². Bu kapsamda SerPK hükümlerinin

TTK'nin kontrol ve hakimiyete dayalı ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümleriyle örtüştüğünde kuşku bulunmamaktadır³³. Ancak SerPK m. 17/3'te halka açık anonim ortaklıklarda ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek her türlü işlemin değil "kurulca belirlenen işlemlerin" söz konusu düzenlemeye tabi olacağı belirtilmiştir. Buna göre ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili taraflarlagereçleştirecekleri, varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler; yükümlülük transferi işlemleri ile varlık ve hizmet satışı benzeri işlemler, bazı şartları taşıması durumunda, düzenleme kapsamında değerlendirilecektir. SerPK m. 17/3 kapsamında yükümlülük transferinin kabulü için bağlı ortaklık yönetim kurulunun hâkim ortaklığın telkiniyle karar alması yeterli sayılmakta ayrıca hukuki işlemin varlığı aranmamaktadır³⁴.

4. İlişkili Taraf İşlemlerine İlişkin Usul ve Esaslar

SerPK m. 17/3 ile ilişkili taraf işleminin, temsil kapsamında yerine getirilmesi yerine belirli bir prosedürün işletilmesi öngörülmüş; söz konusu prosedür haricinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak söz konusu düzenleme, anonim ortaklığın temsiline ilişkin bir kural ortaya koymaz. İşlem yine temsile yetkili olanlar tarafından yerine getirilecektir. Belirtilen şekilde bir yönetim kurulu kararı alınması ise işleme dayanak teşkil edecektir³⁵.

İlişkili taraf işlemleri için "dereceli koruma sistemi"³⁶ olarak isimlendirilen bir sistem benimsenmiştir. Bu sistemde, topluluğa dahil ortaklıklar arasında gerçekleştirilen ilişkili taraflar işlemleri, eşğin aşılması durumunda belirli bir prosedüre

29 **MULT H. C/ LUTTER**, s. 688.

30 Seri:IV, No:44 "Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği" (Seri:IV, No:44 Tebliği) RG, T. 02.09.2009, S. 27337.

31 Düzenlemede söz konusu örnekler ilave olarak mamul ya da yarı mamul mal alım satımı, maddi duran varlık ve diğer varlıkların alım veya satımı, hizmet sunumu veya alımı, kiralamalar, nakdi ya da gayri nakdi krediler ve özkaynak katkıları dâhil olmak üzere finansal anlaşmalar kapsamında yapılan transferler, teminat veya kefalet karşılıkları belirli koşullar altında yürürlüğe girecek sözleşmeler (muhasebeleştirilmiş ve muhasebeleştirilmemiş) dâhil olmak üzere, gelecekte belirli bir olayın meydana gelmesi ya da gelmemesi durumunda bir şeyin yapılmasına ilişkin taahhütler ve işletme adına veya işletme tarafından söz konusu ilişkili taraf adına borçların ödenmesi gibi işlemler ilişkili taraf ile yapılması durumunda açıklanması gereken işlemlere örnek olarak verilmiştir (TMS 24p 21). Aynı şekilde ana ortaklık ya da bağlı ortaklığın, grup işletmeleri ile birlikte riskin paylaşıldığı bir tanımlanmış fayda planına katılması, ilişkili taraflar arasında yapılmış bir işlemidir (TMS 24 p. 22) (Bkz. TMS 19 p. 42).

32 İlişkili tarafla yapılan işlem; raporlayan işletme ile ilişkili bir taraf arasında kaynakların, hizmetlerin ya da yükümlülüklerin, bir bedel karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın transferidir.

33 TFRS10'a göre bir yatırımcı işletmenin, yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalması veya bu getirilerde hak sahibi olması ve söz konusu getirileri yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücüyle etkileme imkânına sahip olması durumunda yatırım yaptığı işletmeyi kontrol ettiği kabul edilmektedir (TFRS10 p. 6). Bunun için yatırım yaptığı işletme üzerinde güce sahip olması, yatırım yaptığı işletmeyle olan ilişkisinden dolayı değişken getirilere maruz kalması veya bu getirilerde hak sahibi olması ve elde edeceği getirilerin miktarını etkilemek amacıyla yatırım yaptığı işletme üzerindeki gücünü kullanma imkânına sahip olması göstergelerinin tümünün birden sağlanması gerekir (FRS10 p. 7). Düzenlemede yer alan güç ise işletme üzerindeki haklardan doğmaktadır ve hisse senetleri gibi finansal araçlar veya bir veya daha fazla sözleşmeden kaynaklanabilecektir. Söz konusu düzenlemede belirli bir oran belirtilmemiş ve kontrol ölçütü bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Ancak söz konusu düzenleme TTK m. 195 düzenlemesi ile örtüştüğü kanısındayız.

34 MANAVGAT, Çağlar (2016), **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. s. 285.

35 **MANAVGAT**, s. 283.

36 **VEİL**, s. 525.

tabi tutulmaktadır³⁷. Böylece yönetim kurulu kararı, ilişkili tarafla yapılacak işlemin ortaklık içindeki dayanağını teşkil etmektedir. İlişkili taraf işlemleri özel bir karar alma sürecine bağlanmakla birlikte, “işlemin piyasa şartlarında yapılması” yasal bir zorunluluk veya bir unsur olarak aranmamaktadır. Bu kapsamda işlemin sınırını örtülü kazanç aktarım ya- sağı çezecektir (SerPK m. 21/1,2).

a. Yönetim Kurulu Kararı Alınması

İlişkili taraflar arasında gerçekleştirilecek Sermaye Piyasası Kurulu’na belirlenen işlemlerde değerlendirme yapılması ve önceden yönetim kurulunun karar alması zorunludur. Ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri; varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler, yükümlülük transferi işlemleri³⁸ ile varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerinin ortaklık değerine oranının³⁹ %5’ten fazla olarak gerçekleşeceğinin öngörülmesi durumunda, işleme ilişkin Sermaye Piyasası Kurulu’na belirlenen bir kuruluşa değerlendirme yaptırılması⁴⁰ ve söz konusu işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması zorunludur (KYT m. 9). Söz konusu usule aykırı alınan yönetim kurulu kararlarının geçerli sayılamayacağı ilgili düzenlemede belirtilmiştir

(SerPK m. 17/3). Düzenlemenin bir önceki cümlesinde yönetim kurulu kararının uygulanabilmesi için söz konusu usulde karar alınması gerektiği belirtilmekte iken bir sonraki cümlede yaptırımın geçersizlik (butlan) olarak belirtilmesi eleştiriyeye açıktır. Düzenleme, uluslararası eğilimin ilgili kişilere yaptırım uygulanması yönünde iken düzenleme ile işlemin geçersiz sayılması ve hangi işlemlerin geçersiz olduğunun açıklanmaması yönünden de eleştiriyeye açıktır⁴¹.

Kurumsal Yönetim İlkeleri ile halka açık ortaklıkların yönetim kurullarının icrai yetkisi olan-olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşturulması zorunlu hale getirilmiştir. (KYİ m. 4.3.3). Ancak burada icrai yetkiye sahip üyelerin oluşturduğu yürütme kurulu ve icrai yetkiye sahip olmayan üyelerin oluşturduğu gözetim kurulu şeklinde görevleri birbirinden ayrılmış iki farklı organ bulunmamaktadır⁴². Yönetim kurulu olarak tek bir organ mevcuttur. Yalnızca yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerinden bazılarına devredilmektedir⁴³. Bu nedenle yönetim kurulu kararlarının icrai yetkiye sahip üyeler tarafından değil icrai yetkisi olsun olmasın tüm üyeler tarafından alınması gerekecektir⁴⁴.

SerPK m. 17/3 açısından ise konunun görüşüleceği yönetim kurulu toplantılarında, ilişkili taraf niteliğinde olan yönetim kurulu üyeleri oy kullanamayacaktır (KYT m. 9/3). Bu kapsamda ayrıca ilişkili tarafın aday göstermesini takiben seçilen üyelerin de oy kullanamaması gerekir⁴⁵. Düzenlemede her ne kadar oy kullanılmamasından bahsedilmişse de; ilgili üyenin müzakerelere de katılmaması dürüstlük kuralı gereğidir (TTK m. 393)⁴⁶. Düzenlemede yönetim kurulunun toplantı nisabına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. İlişkili taraf niteliğindeki yönetim kurulu üyelerinin oy kullanamaması

37 **BAYER/ SELENTİN**, s. 8.

38 İşlem tutarının, kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması temel alınarak hesaplanacak ortaklık değerine olan oranının (KYT m. 9/2/a) %5’ten fazla olarak gerçekleşeceğinin öngörülmesi gerekir.

39 İşlem tutarının (varlığın net defter değerinin yüksek olması durumunda net defter değerinin), kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına (varlığın devri, kira-ya verilmesi veya üzerinde aynı hak tesis edilmesi durumunda, son yıllık finansal tablolara göre söz konusu varlıktan elde edilen kârın ortaklığın sürdürülen faaliyetler vergi öncesi kârına) ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanacak ortaklık değerine olan oranının (KYT m. 9/2/b) %5’ten fazla olarak gerçekleşeceğinin öngörülmesi gerekir.

40 İşleme konu varlığın pay olması ve söz konusu payların devrinin borsada gerçekleştirilmesi durumunda; ayrıca değerlendirme raporu aranmaz. Kiralama işlemlerinde ve/veya nakit akışlarının kesin olarak ayrıştırılabildiği diğer işlemlerde işlem tutarı olarak, toplam kira gelir/giderlerinin ve/veya diğer gelir/giderlerin indirgenmiş nakit akışı yöntemine göre hesaplanan net bugünkü değeri dikkate alınır. Bu fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde hesaplanan oranların negatif çıkması veya anlamlı olmayacak şekilde yüksek çıkması gibi sebeplerle uygulanabilirliğinin bulunmaması durumunda, söz konusu oran değerlendirme sırasında dikkate alınmaz ve bu durum yeterli açıklamayı içerecek şekilde KAP’ta açıklanır (KYT m. 9/2/b). Hasılatın %5 oranındaki kısmına isabet eden tutarın, toplam öz kaynakların binde biri oranındaki kısmına tekabül eden tutardan düşük olması halinde; hasılatla dayalı oran uygulanabilir olarak kabul edilmez (KYT m. 9/2/c). Bankalar açısından hasılat, ana faaliyetlerinden elde edilen faiz geliridir (KYT m. 9/2/c).

41 Alman Hukuku açısından bkz. **FLEISCHER**, s. 2700.

42 Türk Ticaret Kanunu’nda yönetim yetkisinin kural olarak yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu belirtilerek teklî sistem kabul edilmektedir (m. 367/II). Ancak yönetim yetkisinin esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenlenen bir iç yönergeye göre, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilmesine olanak sağlanmaktadır (m. 367/II).

43 **AKSOY**, s. 62, 63.

44 Bu durumda yönetim kurulunun sorumluluğu da TTK m. 553/1 hükümlerine göre belirlenecektir, **MANAVGAT**, s. 119.

45 **MANAVGAT**, s. 282.

46 TMS24’de ilişkili taraflar kişinin yakın aile üyeleri şeklinde muğlak ve eleştiriyeye açık tarzda düzenlenmiştir. (UMS24 açısından bkz **MULT H. C/LUTTER**, s. 688). Yönetim kurulu üyesinin nişanlısı TTK m.393’de belirtilen yakınlarından birisi değildir. Nişanlı TMS24’e göre ilişkili taraf olarak kabul edilebilecektir. Bu durumda yönetim kurulu üyesi, eşinin menfaati ile ilgili müzakerelere katılmadığı gibi nişanlısının menfaati ile ilgili toplantılarda müzakerelere katılmaması gerekir.

nedeniyle yönetim kurulunun toplantı nisabının sağlanamaması durumunda işlemin doğrudan genel kurulun onayına sunulması bir çözüm yolu olarak düşünülebilir.

Hukukumuzda ortaklıklar topluluğu sözleşmeye dayanarak da oluşturulabilmektedir (TTK m.195/1/b). Sözleşmeye dayanan hakimiyetinvarlığı halinde deilşkili taraf işlemleri söz konusu olacağı için⁴⁷işlemin yönetim kurulu kararına tabi kılınması gerekecektir.

b. Özel Karar Alma Sürecine Tabi İşlemler

Belirli bir eşiği aşan ilişkili taraf işlemleri bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumlu oy kullanması şeklinde gerçekleşen özel karar alma sürecine bağlanmıştır. Söz konusu işlemlerde %10'dan fazla bir orana ulaşılabileceğinin öngörülmesi durumunda, değerlendirme yaptırılması yükümlülüğüne ek olarak işleme ilişkin yönetim kurulu kararlarının uygulanabilmesi için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayı aranır (SerPK m. 17/3). Bu durumda icrai yetkiye sahip olmayan üyelerin olumsuz oy kullanarak işlemin genel kurulun onayına tabi kılınmaları mümkündür.

c. İşlemin Genel Kurulun Onayına Tabi Tutulması

İlişkili taraf işleminin dayanağını yönetim kurulu kararı teşkil etmektedir. Belirtilen işlemlerde, işleme ilişkin yönetim kurulu kararı "bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı" şeklinde gerçekleşecek özel karar alma sürecine bağlanmıştır. Söz konusu özel karar alma sürecinin sağlanamaması halinde durum, işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde, KAP'ta açıklanır ve işlem genel kurulun onayına sunulur. Düzenlemede yer alan esaslara uygun olarak alınmayan genel kurul kararları geçerli sayılmaz (SerPK m. 17/3). Genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullanmaları, TTK'dakararın iptal sebebi olarak belirtilmişken (TTK m. 446/1); SerPK m. 17/3 düzenlemesi ile özel bir butlan sebebi (TTK m. 447) düzenlenmiştir.

47 TMS 24 p. 13, 14'te kontrolün varlığı halinde ana ortaklık ve bağlı ortaklık arasında ilişkili taraf işlemi bulunduğu düzenlenmektedir. Hukuken teknik bir terim olarak kontrolün iştirake dayandığı ve matematiksel bir durum olduğu, sözleşmesel toplulukları kapsamayacağı düşünülebilirse dekontrol kelimesinin kontrol ve hakimiyeti içerir şekilde kullanıldığı ve ortaklığın pay oranının kontrol veya önemli etki ölçütü bakımından önem arz etmediği TFRS10 ve TMS 28 kapsamında anlaşılmaktadır. Söz konusu nedenle sözleşmesel topluluk üyeleri arasındaki işlemlerin de ilişkili taraf işlemi olarak kabulü gerekir.

Genel kurul toplantılarında toplantı nisabı aranmaz. Oy hakkı bulunanların basit çoğunluğu ile karar alınır. Ancak genel kurul toplantılarında, işlemin tarafları ve bunlarla ilişkili kişiler oy kullanmaz. Kurulca belirlenen ve yönetim kurulu kararına tabi kılınan ilişkili taraf işlemleri ortaklığın temsiline ilişkin işlemlerdir⁴⁸. Ancak ilgili düzenleme ile işlemin genel kurul kararına tabi kılınması anonim ortaklık organları arasındaki fonksiyon ayrılığı bulunması ilkesine aykırılık teşkil etmesi açısından eleştiriye açıktır⁴⁹.

d. Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler

i. Yönetim Kurulu Kararı Alınması

Belirli eşiği aşan işlemlerde olduğu gibi yaygın ve süreklilik gösteren işlemlerde yönetim kurulu kararıyla yapılır. Ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin kapsamı ve bu işlemlere ilişkin şartlar yönetim kurulu tarafından karara bağlanır. Söz konusu işlemlerin kapsamında ve şartlarında önemli bir değişiklik olması durumunda, konu hakkında yeniden yönetim kurulu kararı alınır (KYT m. 10/1). Burada bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumlu oy kullanması şeklinde gerçekleşen özel karar alma sürecine aranmadığı için yönetim kurulu kararı alınması yeterlidir.

ii. Rapor Hazırlanması ve KAP'ta Açıklanması

Yaygın ve süreklilik arz eden ilişkili taraf işlemlerinin bir hesap dönemi içerisinde belirli bir orana ulaşması durumunda yönetim kurulu kararına ilave olarak bir rapor hazırlanması ve KAP'ta açıklanması gerekir. Ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içerisindeki tutarının, alış işlemlerinde kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan satışların maliyetinin; satış işlemlerinde kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarının, %10'undan

48 Bkz II .A. 3. İlişkili Taraf İşlemi.

49 TTK m. 374'ten anlaşıldığı üzere hukukumuzda genel kurulla yönetim kurulu arasında işlev ayrılığına dayalı eşitlikçi model benimsenmiştir. Organlar, kanunla veya özel kanunla veya kanunun izin verdiği ölçüde esas sözleşmeyle kendine bırakılan alanlarda münhasır yetkili olacak birbirlerinin alanına müdahale etmeyecektir. KIRCA, İsmail / SEHRİALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar (2013), **Anonim Şirketler Hukuku**, C. 1, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 395. Söz konusu düzenlemeyle yönetim kurulu kararında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayının alınmaması durumunda genel kurul hakim ortaklık menfaati konusunda hakem rolü yüklenmekte ve genel kurula yönetim kurulunun görev alanına girecek bir konuda müdahale yetkisi verilmektedir.

fazla bir orana ulaşacağıının öngörülmesi durumunda, ayrıca ortaklık yönetim kurulu tarafından işlemlerin şartlarına ve piyasa koşulları ile karşılaştırılmasına ilişkin bir rapor hazırlanması ve söz konusu raporun tamamı veya sonucunun KAP'ta açıklanması gerekir (KYT m. 10).

III. İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİNİN ORTAKLIKLAR TOPLULUĞU HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ortaklıklar topluluğu, iki⁵⁰ veya daha fazla hukukten birbirinden bağımsız işletmenin⁵¹ (AktG m. 18/2) hâkim ortaklığa yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözlenmeye uygun olarak⁵² doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunması durumunda ana ortaklık ve yavru ortaklıkların oluşturduğu yapı olarak tanımlanabilir (TTK m. 195/4). Bağlı bulunmak veya bağımlılıkla ifade edilen, ortaklıklar arasındaki herhangi bir irtibat değil, yapısal özelliklerinden kaynaklanan ve ortaklıklar hukuku çerçevesinde aktarılan⁵³ bağlantının bulunmasıdır⁵⁴.

A) DÜZENLEMELERİN KONU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

SerPK m. 17/3 kapsamında ilişkili taraf işlemleri, bazı kişiler veya yakın aile üyeleri ve işletmeler arasındaki ilişkiler olmak üzere çok geniş bir kitle ile HAAO arasındaki ilişkileri konu almaktadır⁵⁵. Ortaklıklar arasındaki ilişkiler bakımından ise ortaklıklar topluluğu yanında iştirakleri ve iş ortaklığı bulunan ortaklıkları da konu aldığından⁵⁶ ortaklıklar topluluğuna göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Ancak ilişkili taraf işlemleri ile yalnızca HAAO'ların Sermaye Piyasası Kurulu'na belirlenen

işlemleri, SerPK m.17/3'te yer alan prosedüre bağlanmıştır. Bu işlemler ise ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen, varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemleridir. TMS 24 p. 13, 14 düzenlemesi kapsamında, ilişkili taraflar arasındaki her türlü ilişki, ilişkili taraf işlemi olarak görülür. Bunun için, araştırma geliştirme transferleri yapılmasında olduğu gibi, taraflar arasında bir hukuki işlem bulunmasına dahi gerek yoktur. Söz konusu işlemlerin ortak özelliği ise ortaklığın, ortaklık dışı menfaatlerine yönelik olmasıdır.

TTK m. 202'de hâkim ortaklığın, hâkimiyeti bağlı ortaklığı kayba uğratacak şekilde kullanamayacağı ana ilke olarak düzenlenmektedir. Hakimiyet ise yönetim ve temsili içine alan tüm ortaklık işlerinde diğer ortaklığı kontrol altında tutmayı ifade eder. Bu kapsamda ortaklığın faaliyet politikaları, finansman politikaları, istihdam politikası ve önemli yatırım kararları gibi temel unsurları içeren kapsamlı yönetim üzerinde⁵⁷ egemen olmayı gerektirir. Yavru ortaklığa yaptırılan iş, varlık, fon alacak ve borç devri gibi bazı hukuki işlemler; bu kapsamda kefalet, garanti gibi sorumluluklar ve tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak gibi maddi fiiller ile birleşme bölünme tür değiştirme gibi temel kararlar bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁸. Ancak hâkimiyetin uygulanması suretiyle temel kararların alınabilmesi için bağlı ortaklık açısından açıkça anlaşılabilir haklı bir sebebin bulunması gerekir (TTK m. 202/2). Görüldüğü üzere topluluk hukuku ana ortaklığın, bağlı ortaklıkların ortaklık içi menfaatleri yönelik müdahalelerini de kapsamına almaktadır. Örneğin birleşme bölünme gibi ortaklığın iç işleyişine yönelik kararlar topluluk hükümleri kapsamında değerlendirilirken (TTK m. 202/2) ortaklığın iç işleyişine yönelik olduğu için ilişkili taraf işlemi kapsamında görülmeyecektir.

Konu açısından düzenlemelerin belirtilen farklılıkları içermesine rağmen kontrolün varlığı ve ana ortaklık bağlı ortaklık ilişkilerinin ilişkili taraf kapsamında kabul edileceği; hatta bazı şartlar altında topluluk ilişkisi kapsamında değerlendirilmeyen olağan iş ilişkilerinin ilişkili taraf da sayılmayacağı TMS 24 standartlarında açıkça düzenlenmiştir⁵⁹. Bu

50 TST m.105'te ortaklıklar topluluğu oluşturulabilmesi için en az iki bağlı ortaklık olması gerektiği belirtilmektedir. Aynı yönde bkz **TEKİNALP**, s. 613.

51 İşletme ile ifade edilen iktisadi işletme kavramıdır. Söz konusu kavrama tüzelkişiliği bulunmayan işletmeler girdiği gibi ticaret ortaklıkları da girmektedir. Aker Halit, (2003), "Hakim İşletme İle Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, C. XXII S. 2, s. 153-204, s. 154.

52 PULAŞLI, Hasan (2007), "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu" **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sa.1-2, s. 259-277, s. 262.

53 GÖKTÜRK, Kürşat (2015) Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 26.

54 GÖKTÜRK, s. 8.

55 Bkz. II. A. 2 Sermaye Piyasası Hukukunda İlişkili Taraf Kavramı

56 Bkz C. ÖZEL KANUN GENEL KANUN İLİŞKİLİ VE DÜZENLEMELERİN KAPSAMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

57 NILSSON, Gül Okutan (2009) **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, XII Levha Yayınları. S. 97, 98; ŞENER, Oruç Hami, (2012) **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, Balçova, Seçkin. s. 171.

58 PULAŞLI, Hasan, (2014) **Şirketler Hukuku Şerhi**, 2. Bası Ankara, Adalet yayınevi, s. 332.

59 Ortaklıklar topluluğu kural olarak topluluk üyesi ticaret ortaklıkla-

nedenle ilişkili taraf işlemleri ile topluluk düzenlemelerinin örtüştüğü bir alan bulunmakta ve söz konusu alan ilişkili taraf işlemi olarak kabulü edilmektedir.

B. DÜZENLEMELERİN AMACI YÖNÜN-DEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anonim ortaklık hukukunda hakim olan “eşit işlem”, “tek borç” ve “sınırlı sorumluluk” ilkesi karşısında kontrol gücü olan ortağa özel bir sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği tartışma konusu olmuş⁶⁰ ve ortaklıklar topluluğu düzenlemeleri ile hakim ortaklığa kontrol gücü sahibi olması nedeniyle alacaklılara ve azınlık pay sahiplerine karşı özel bir sorumluluk yüklenmiştir. Yani topluluk hukuku, bir organizasyon ve koruma hukukudur ve tabiri caizse oyunun kurallarını düzenler⁶¹.

Ortaklıklar topluluğuna ilişkin TTK hükümleri ile, topluluğa dahil ortaklıkların ayrı tüzel kişiliklerinin bulunması ve hukuken birbirinden bağımsız olmasından hareketle, ekonomik yönden bağımsız oldukları varsayımı reddedilerek, somut olay gerçeğine uygun çözümler ortaya konulmuştur⁶². Topluluk hukukunun amacı, ana ortaklık ile bağlı ortaklıklar arasındaki menfaatlerin bağdaştırılması, ilişkilerin düzenlenmesi ve hâkim ortaklık müdahalesinin meşru zemine oturtulması; pay sahipleri ve alacaklıların özel dava haklarıyla korunması, ve şeffaflığın sağlanmasıdır⁶³. Bu kapsamda topluluk menfaatinin tüm ortaklıkların ortak menfaatlerini kapsadığı ve belirli bir çerçevede ön planda değerlendirilebileceği kabul edilir⁶⁴. Bu nedenle hâkim ortaklığın bir mali yılda kapatmak şartıyla, bağlı şir-

keti olumsuz etkileyecek müdahalelerde bulunması- na izin verilmektedir⁶⁵.

SerPK m. 17/3 düzenlemesiyle ise belirli bir prosedürün takip edilerek ilişkili tarafların karar alma sürecine katılmaları engellenmiş ancak ilişkili taraflara özel bir sorumluluk yüklenmemiştir. Düzenlemenin amacı ise şeffaflığın sağlanması yanında ortaklık ve özellikle azınlık pay sahiplerinin hâkim pay sahibi ve yönetim kurulu üyelerinden korunması şeklinde belirtilebilir⁶⁶. Daha geniş bir amaç olarak ise düzenlemenin alacaklıların ve pay sahiplerinin ilişkili taraf işlemlerinin ortaklık değerine etkileri konusunda bilgilendirilmesi amacını taşıdığı belirtilmektedir⁶⁷. Ayrıca ilişkili tarafların kararın alınış aşamasına katılmaması nedeniyle yasal bir unsur olmamakla birlikte, düzenlemeyle, tam hâkimiyet mevcut olmadığı sürece işlemin piyasa koşullarında gerçekleşmesinin arzu edildiği de belirtilmektedir⁶⁸.

Görüldüğü üzere, topluluk düzenlemeleri ile ilişkili taraf işlemleri ticari hayatın bir gerçeği olarak görülmekte ve üçüncü kişilerle gerçekleştirilen işlemlerle aynı oranda gerçekleşmeyeceği, topluluk menfaatlerinin ön planda tutulabileceği kabul edilirken; halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim düzenlemeleriyle, ilişkili taraf işlemlerinin, kanuni bir unsur olmamakla birlikte, piyasa koşullarında gerçekleşmesi beklenmektedir. Bu nedenle düzenlemelerin amaçlarının zıtlık içerdiği kabul edilmelidir.

C. ÖZEL KANUN GENEL KANUN İLİŞKİ-Sİ VE DÜZENLEMELERİN KAPSAMI AÇISIN-DAN DEĞERLENDİRİLMESİ

TTK, 01.07.2012 tarihinde (TTK m. 1534), SerPK ise 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle SerPK sonraki kanundur. SerPK ayrıca sonraki tarihli özel kanun olarak nitelendirilmesi düşünülse dahi, düzenlemelerin kapsamı bakımından özel kanun genel kanun ilişkisinin bulunmadığının kabulü gerekir.

Ortaklıklar topluluğuna ilişkin düzenlemeler, TTK'nin anonim ortaklıklara ilişkin hükümlerinde değil, ticaret ortaklıklarına ilişkin genel hükümlerinde yer almaktadır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin TTK hükümlerinin, özel kanunlara tabi anonim ortaklıklara TTK m. 330 kapsamında uygulanacak hükümler niteliği taşıdığı da söylenemez.

ından oluşur. Ancak bir ortaklıklar topluluğunun hakiminin ticaret ortaklığı niteliği taşımayan herhangi bir teşebbüs (özel veya kamu tüzel kişisi veya gerçek kişi) olması mümkündür (TTK m. 195/5). Bu durumda işletmenin serbest hareket etmesini etkileyecek ya da karar alma sürecine dahil olabilecek olsa da finansman sağlayanlar, sendikalar, kamu hizmeti ortaklıkları ve devlet makamları ve mercilerinden, raporlayan işletme üzerinde kontrol ya da müşterek kontrol gücüne veya önemli etkiye sahip olmayıp, işletme ile sadece olağan iş ilişkisi içerisinde olanların ilişkili taraf olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir (TMS 24, p. 11).

60 PASLI, Ali (2008) “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Konumu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası*, C. 66, s. 345-358, s. 348.

61 THEUSINGER, Igno (2015), “Alman Şirketler Topluluğu Hukuku İlkeler ve Güncel Pratik Sorunlar” ŞENÖCAK Kemal Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları, 15 - 16 Mayıs 2014, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2015, (s. 273-286), s. 275.

62 TEKİNALP, s. 604.

63 TEKİNALP, s. 604.

64 TEKİNALP, s. 606.

65 2014/213/AT Direktif Taslağı açısından bkz. THEUSINGER, s. 278.

66 2014/213/AT Direktif Taslağı açısından bkz. VEIL, s. 522.

67 2014/213/AT Direktif Taslağı açısından bkz. VEIL, s. 522.

68 2014/213/AT Direktif Taslağı açısından bkz. FLEISCHER, s.2700.

Bu nedenle SerPK m. 17/3 bu konuda özel hüküm olarak kabul edilemeyecek ve söz konusu hükümler HAAO'lara da doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

İlişkili taraf işlemleri bazı kişileri ve aynı grubun üyesi (ortaklıklar topluluğu), iştiraki ve iş ortaklığı bulunan ortaklıkları kapsamına almaktadır (TMS 24 p.9). Topluluk hükümleri ise söz konusu taraflardan yalnızca aynı grubun üyesi olan ortaklıklara ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Bu açıdan topluluk düzenlemeleri daha özel bir düzenleme niteliği arz etmektedir. TTK hükümlerinde, topluluk üyelerince alınan temel kararlarda ret oyu verip tutanağa geçirten veya yazılı olarak itiraz eden pay sahiplerine zararlarının tazminini talep hakkı yanında paylarının borsa değeri üzerinden satın alınmasını talep etme hakkı verilmesine yönelik TTK m. 202/2 hükmünün; aynı şekilde SerPK'da hâkim ortaklığın satınalma hakkını düzenleyen TTK m. 208 hükmünün halka açık anonim ortaklıklarda uygulanmayacağı açıkça belirtilmektedir (SerPK m.27/3). Düzenlemede topluluk düzenlemelerine ilişkin bir istisna belirtilmemesi, topluluk hükümlerinin halka açık anonim ortaklıklara doğrudan uygulama kabiliyeti bulunduğunu göstermektedir.

D. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA MÜDAHALE OLANAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ortaklıklar topluluğunda topluluk politikasının ortak menfaatleri kapsadığı için topluluk menfaati belirli bir çerçevede ön planda değerlendirilmektedir⁶⁹. Bu nedenle ortaklıklar topluluğunda hakim ortaklığın ana politikaları belirleyip makro planları yapması ve talimat vermesi topluluk politikası nedeniyle verilen kayıpların denkleştirilmesi şartıyla meşru görülmekte ve korunmaktadır⁷⁰. Topluluk oluşturmak için hâkimiyet ve kontrol haricince mutlaka ortak bir ekonomik amaç veya ortak bir işletme politikasının bulunması bir unsur olarak aranmaz⁷¹. Ekonomik bütünlüğü gerçekleştiren ortak politikaların bulunmaması halinde dahi hâkimiyet öğelerinin bulunması durumunda hâkimiyetin varlığı kabul edilmektedir⁷². Böylece topluluk kurallarıyla hukuk sitemine yabancı bir yapılan-

manın meşruiyeti sağlanır. Ancak topluluğa kişilik ifade edilmez⁷³. Ortaklıklar topluluğundaki menfaat çatışması ise azınlıktaki pay sahipleri ile alacaklılar bakımından kendini göstermektedir. Topluluk işlemleri yarar sağlarken pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları için risk içerir.

Ortaklıklar topluluğu açısından kontrol ve hâkimiyeti sağlayacak bağlantı, fiili olabileceği gibi sözleşmeden de kaynaklanabilir. Hâkimiyet, ortaklık işlerinin yönetilmesine ilişkin kararların alınmasında belirleyici olabilmeyi bir taraftan fiilen hâkim olmayı diğer taraftan kontrol araçlarını elinde bulundurmaya ifade eder⁷⁴. İlişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak belirtilen prosedürün hâkimiyet ve kontrol unsurlarına etkisi açısından değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir.

1. Müdahalenin Yapılması Açısından Değerlendirilmesi

Ana ortaklık fiilen hâkimiyetini oy gücü ile sağladığı için fiili hâkimiyette hâkim ortaklığın en önemli silahı oy gücüdür⁷⁵. Zira tam hâkimiyet bulunmadığı sürece müdahale, topluluk hâkiminin bağlı ortaklığı yerleştirilen yöneticiler, genel kurul ve yönetim kurulundaki gücü ve çeşitli şekilde yürütülen telkinler, vaatler ve baskılar vasıtasıyla belirli bir şekilde davranmaya veya kaçınmaya "yönelmesi" (TTK m. 1) şeklinde gerçekleştirilecektir (TTK m. 295/1)⁷⁶.

Yönelme ise bağlı ortaklık açısından hukuken bağlayıcı etkiye sahip değildir⁷⁷. Zira bağlı ortaklık organları etkinliğini yitirmemekte ve topluluk hâkimi ortaklık yerine geçerek karar vermemektedir. Bağlı ortaklığın söz konusu yönelmeye riayet edip etmeme konusunda da kesin bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁷⁸. Ancak halka açık ortaklıklar açısından hâkim ortaklığın oy gücü elinden alınmaktadır. TTK hükümleri ile topluluk politikası bulunması meşru görülürken ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme ile hakim ortaklığın karar mekanizmasında yer alması engellenmektedir. Bu durumda azınlık ortaklığın yönetim davranışını belirleyecektir.

69 **TEKİNALP**, s. 605.

70 **TEKİNALP**, s. 605.

71 Oysa tam hakimiyet halinde talimatın topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları gereği olması yönetim kurulunun talimat yetkisinin sınırını oluşturmaktadır (TTK m. 203).

72 **TEKİNALP**, s. 608.

73 **GÖKTÜRK**, s. 35.

74 **ŞENER**, s.171, 174; **NILSSON** (2009), s. 97.

75 **TEKİNALP**, s. 609.

76 **TEKİNALP**, s. 609, 642.

77 **GÖKTÜRK**, s. 64.

78 **GÖKTÜRK**, s. 53.

2. Ortaklıklar Topluğunda Fiili Hâkimiyet Bulunması Durumunda

Yönetim, iç ve dış ilişkiye yönelik karar alınmasını ve uygulanmasını ifade eder. Kontrol ise yönetimi yönlendirme gücüdür. “Kontrol”, eldeki özel güce dayalı olarak anonim ortaklık işlerinin belli bir yönde yürütülmesinin sağlanmasıdır. Kural olarak pay sahiplerindedir ve genel kuruldaki oy çoğunluğunun elde bulundurulması veya başka bir surette yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üye seçiminin sağlanabilmesi ile gerçekleştirilir⁷⁹. Kontrol unsurundan hareketle bir ticaret ortaklığının diğer bir ticaret ortaklığının, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olması⁸⁰, yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üye seçimini sağlayabilmesi⁸¹ şartlarından birinin bulunması veya bir sözleşmeyle sağlanan oy hakkı çoğunluğunun bulunması⁸² durumunda ortaklıklar topluluğunun varlığı kabul edilir (TTK m. 195/1/a). Söz konusu topluluk fiili ortaklıklar topluluğudur ve hukukumuzda kontrole (iştirake) dayanır. Yönetim kurulunda karar alacak sayıda üyeye sahip olmak suretiyle gerçekleştirilir⁸³. Burada ayrıca bir sözleşme olmadığı sürece, Alman Hukukundaki basit fiili konzernde⁸⁴ olduğu gibi, bağlayıcı talimat verme yetkisi bulunmaz.

Belirtilen olgulardan birinin bulunması durumunda ortaklıklar topluluğunun varlığı kabul edilir (faraziye) ve bunun aksi kanıtlanamaz⁸⁵. Yani kontrol matematiksel bir olgudur⁸⁶ ve hakimiyetin fiilen uygulanabilme olanağı yeterli sayılır⁸⁷. Ana ortaklığın hakimiyetini kullanıp kullanılmadığına

bakılmaz; hatta yöneltmenin bulunmadığının ispatına (yani hakimiyetin kullanılmamasına) bir sonuç bağlanmaz⁸⁸.

İlişkili taraf işlemlerine yönelik SerPK m. 17/3 düzenlemesi ikincil mevzuatla birlikte değerlendirildiğinde hâkim ortaklığın topluluk üyesi bir ortaklığın yönetim kurulu ve genel kurulda karar sürecine katılmalarının engellendiği görülecektir. Yani ilişkili taraflar yönetim kurulunda karar alabilecek çoğunlukta üye seçimi sağlayacak ancak söz konusu üyeler ilişkili taraf işlemlerinde karar alma sürecine katılmayacak veya hâkim ortaklık genel kurulda oyların çoğunluğuna sahip olacak ancak söz konusu oy haklarını ilişkili taraf işlemlerinde kullanamayacaktır⁸⁹. Ayrıca ilişkili taraf işlemlerine dayanak oluşturmak üzere bir yönetim kurulu kararı alınması gerekecek ve hakim ortaklık tarafından seçilen yönetim kurulu üyeleri söz konusu kurulda oy kullanamayacaktır. Bu nedenle ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak hakimiyet şartlarının matematiksel olarak sağlanamayacağının yani hâkim ortaklığın oy haklarının çoğunluğuna sahip olamayacağının veya yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üye seçimini sağlama şartını yerine getirmeyeceğinin kabulü gerekir⁹⁰. Sonuç olarak ise ilişkili taraf işlemlerine ilişkin sermaye piyasası mevzuatı ile fiili hâkimiyet kurulmasının hukukken engellendiği; bu nedenle TTK m. 195/1/a'daki faraziyenin uygulanamayacağı söylenebilir. Ancak hâkimiyetin tek aracı yönetim kurulu üyelerinin gücü ve oy değildir. Yönlendirme çeşitli şekillerde yürütülen telkinler, baskılar vaatler suretiyle de gerçekleştirilebilir⁹¹. Bu nedenle sırf ana ortaklığın karar alma prosedürüne katılamaması nedeniyle ortaklıklar topluluğu hükümlerinden muaf

79 **PASLI**, s. 345,346.

80 Söz konusu düzenlemede payların çoğunluğuna sahip bulunmak değil oy hakkının çoğunluğuna sahip olmak bir hâkimiyet aracı olarak kabul edilmektedir. TTK 195. Madde Gereğesi. Bu açıdan oyda imtiyaz da hakimiyet tesisi açısından bir mekanizma olarak kabul edilebilir. UYGUN, İbrahim Doğuhan (2015) Şirketler Topluğuna Hukukunda **Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 58, 59.

81 Ortaklık sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üye seçimini sağlayabilme hakkını haiz olması (TTK m. 195/1/a/2).

82 Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleriyle birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturması (TTK m. 195/1/a/3).

83 **TEKİNALP**, s. 619.

84 **NILSSON** (2009), s. 49; EMİNOĞLU, Cafer (2013) **Konzern/Gesellschaftengruppe**, Österreich-Türkei-EU Einrechtsvergleich, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık. S. 11; BOYACIOĞLU, Cumhur (2006), **Konzern Kavramı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, s. 117.

85 TTK 195. Madde Gereğesi.

86 **PULAŞLI**, (2014), s. 306; **NILSSON** (2009), s. 81.

87 Alman Hukukunda, konzern'in kabulü için hakimiyetin fiilen kullanılması gerekirken; hakimiyetin kabulü (Bkz. **BOYACIOĞLU**, s. 118, 165); bu kapsamda topluluk oluşturulması için potansiyel yeterli sayılmaktadır.

88 **PULAŞLI**, (2012), s. 265.

89 Ticaret ortaklığının başka bir ticaret ortaklığının paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, hakimiyetin varlığına karine olarak kabul edilmektedir (TTK m. 195/2). Söz konusu hususlar belirtilen durum için de geçerlidir. Ayrıca bu durumda mevcut oyların fiili duruma etkisine bakılmamalıdır. **NILSSON** (2009), s. 423, 425.

90 TTK m. 195/1/a düzenlemesinin lafzi olarak yorumlanması durumunda hâkim ortaklığın SerPK m. 17/3'te yer alan prosedürü yerine getirerek hâkimiyet kullanmadığını kanıtlayamaması veya söz konusu duruma bir sonuç bağlanmaması gerekir. Ancak hukukumuzda sözleşme değişiklerinde paydaki imtiyaz haklarının etkisizleşmesi (TTK m. 479) veya temel kararlara ilişkin olarak farklı nisaplar aranması nedeniyle hakim ortaklığın TTK m. 195/1/a'daki kontrol şartlarını matematiksel olarak gerçekleştirilememesi mümkündür. Bu durumda nasıl kontrolün varlığından bahsedilemezse ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak da SerPKm. 17/3 kapsamında genel kurul ve yönetim kurulunda oy kullanılmaması nedeniyle kontrolün varlığından bahsedilememesi gerekir. TTK m. 195'da pay yerine oy kavramından bahsedilmesi ve TTK m. 196'da "kullanılabilir oy haklarının toplamı"ndan bahsedilmesi fiili oy sayısının hesaba katılmasını haklı kılar niteliktedir.

91 **TEKİNALP**, s. 642.

tutulması yönündeki saptamanın menfaatler dengesine uygun düşmeyeceği savunulabilir. Ancak vaat ve telkinin kontrol manasına gelmeyeceği de açıktır. Bu durumda vaat ve telkinler TTK m. 195/1/b “başka bir yolla hâkimiyeti altında tutma” kapsamında değerlendirilebilir. Ayrıca topluluk hükümlerinin birleşme, bölünme, tür değiştirme kararlarının alınmasında olduğu gibi iç ilişkiye yönelik ve ilişkili taraf işlemi kapsamında görülmemen bir kapsamı da bulunmaktadır. Kontrolle dayalı topluluk hükümlerinin halka açık anonim ortaklıklara söz konusu kapsamda da uygulama alını bulacaktır.

3. Sözleşmesel Ortaklıklar Topluluğunun Bulunması Durumunda

TTK m 195/1/b hükmüne göre ana ortaklığın iştiraki olan ortaklıkları borçlar hukuku anlamında bir sözleşme ile veya başka yollarla⁹² hâkimiyeti altında tutması durumunda⁹³da ortaklıklar topluluğunun varlığı kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere ortaklıklar topluluğu sözleşmeyle de oluşturulabilir⁹⁴. Bu durumda hâkim ortaklık hâkimiyetini sözleşmenin kendisine verdiği yetkiye dayanarak sözleşmenin diğer tarafına verdiği talimatlarla kullanır⁹⁵. Hakimiyet sözleşmesi hâkim tarafa muhakkak bağlayıcı ve bağlı tarafın uymakla yükümlü olduğu talimat verme yetkisini sağlamalıdır⁹⁶. Sözleşme her iki tarafın genel kurulu tarafından onaylanır⁹⁷. Sözleşmenin geçerli olması için yazılı yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir (TTK m. 198/3). Burada ana ortaklığın sorumluluk sebebi de farklılaşacaktır. Denkleştirme yapılmaması durumunda fiili ortaklıklar topluluğunda haksız fiil sorumluluğu söz konusu iken sözleşmesel ortaklıklar topluluğu bulunması durumunda ana ortaklığın sorumluluğun kaynağını sözleşmeye aykırılık oluştu-

racaktır⁹⁸. Burada ayrıca bağlı ortaklık yönetim kurulunun TTK m. 553 anlamında sorumluluğu söz konusu olur ve bağlı ortaklık yöneticilerine sözleşmenin ihlali dolayısıyla genel hükümlere göre tazminat davası açılabilir⁹⁹.

Sözleşmesel ortaklıklar topluluğunun ilişkili taraf işlemi olarak kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira ilişkili taraf işlemleri açısından bağlılık unsuru TTK m. 195 kapsamında değil TMS 24 açısından belirlenir. Kontrol unsuru TMS 24 göndermesi ile TFRS 10'a göre belirlenmektedir. Burada ise belirli bir oy çokluğu aranmamakta; belirli göstergeler yeterli sayılmaktadır (TFRS 10 p. 7). Sözleşmesel topluluğun belirtilen şartları sağladığı ise kuşkusuzdur¹⁰⁰. Bu nedenle SerPK m. 17/3'de yer alan prosedür, sözleşmesel topluluklara da uygulama alanı bulacaktır. Zorunluluk bulunmakla birlikte ana ortaklığın bağlı ortaklık yönetim kurulunda temsilcisi bulunması durumunda, söz konusu kişi ilişkili taraf işlemlerinde oy kullanamayacak; aynı şekilde genel kuruldaki oylamalarda ana ortaklık oylaklarını kullanamayacaktır. Ancak burada sözleşmesel bir ilişki söz konusu olduğu için yönetim kurulunun hâkimiyet sözleşmesine uymaması, bağlı ortaklığın ve bu kapsamda yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açacağı gibi kararın genel kurula bırakılması da bağlı ortaklığın ve yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmayacaktır.

E. ARA SONUÇ

SerPK'da ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak tarafların sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak kararın alınışına ilişkin bir prosedüre yer verilmiştir. Topluluk hükümleri ise geniş çaplı koruma hükümleridir. Bu açıdan TTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulama alanının tespiti ve bağdaştırılması gerekmektedir.

İlişkili taraf işlemleri bazı kişileri ve aynı grubun üyesi (ortaklıklar topluluğu), iştiraki ve iş ortaklığı bulunan ortaklıkları kapsamına almaktadır. Bu kapsamda ilişkili taraf işlemleri ortaklıkla işlem yapma ve ortaklığa borçlanma yasağı veya yönetim kurulunun özen yükümlülüğü kapsamında olduğu gibi ortaklığın üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde

92 Hâkimiyet sağlama yollarının sınırlandırılmadığı; hâkimiyetin başka yollarla da sağlanabileceği TTK m. 195/1/b'de düzenlenmiştir.

93 **PULAŞLI** (2014), 314; NILSSON, Gül Okutan (2015), “**Türk Ticaret Kanununda Şirketler Topluluğunun Ana Hatları**” ŞENOCAK Kemal Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları, 15 - 16 Mayıs 2014, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2015, (s. 239-256). S. 244.

94 GÖKTÜRK, söz konusu sözleşmenin taraflarının, topluluk birimleri olması gerektiğini belirtmektedir. **GÖKTÜRK**, s. 28. Aynı yönde **TEKİNALP**, s. 625. TTK gerekçesinde ise topluluk birimleri arasında yapılması zorunlu olmayan pay sahipleri sözleşmesi ve diğer hâkimiyet yöntemlerinin madde kapsamına girdiği belirtilmektedir TTK 195. Madde Gereçesi.

95 **TEKİNALP**, s. 620.

96 **TEKİNALP**, s.621.

97 **THEUSINGER**, s. 281.

98 AKIN, İrfan(2014) **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Seçkin. S. 181.

99 **TEKİNALP**, s. 612.

100 Bkz. yukarıda 33 nolu dipnot.

ortaklık menfaatinin yabancı menfaatlere üstün tutulması yönünde bir düzenlemedir. Ortaklıklar topluluğu hükümleri ise ilişkili taraflardan yalnızca aynı grubun üyesi işletmeleri düzenlemekte; ancak söz konusu ortaklıkların hem üçüncü şahıs sıfatıyla ortaklıkla yaptığı işlemleri hem de bağlı ortaklığa ilişkin karar alma sürecini ve hatta temel kararı kapsamına almaktadır. Topluluk düzenlemeleri, topluluk menfaatinin aynı zamanda ortaklık menfaati anlamına geleceği ve topluluğu oluşturan ortaklıkların bireysel menfaatinden üstün tutulabileceği yönünde özel bir düzenlemedir.

Fiili ortaklıklar topluluğu, TTK'nın ortaklıklar topluluğu hükümlerinin temelini oluşturmaktadır. Sözleşmesel ortaklıklar topluluğu veya taraflar arasında ayrıca sözleşme bulunmadığı sürece ortaklıklar topluluğunda ortaklığın en önemli müdahale aracını, hakim ortaklığın yönetim kurulu ve genel kuruldaki oy gücü oluşturmaktadır. Ancak ilişkili taraf işlemlerinin SerPK m. 17/3'te yer alan prosedüre bağlanmasıyla, topluluk ortaklıklarından birinin halka açık bir anonim ortaklık olması durumunda, hâkim ortaklığın söz konusu müdahale olanağı elinden alınmaktadır. Bu nedenle taraflar açısından özellik arz eden belirli işlem guruplarının topluluk işlemi olarak görülmesi ve kontrole dayalı topluluk hükümlerinin uygulanması fiilen engellenmektedir. Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; A Ortaklığı, B ve C Ortaklıklarının çatı ortaklığıdır. B Ortaklığında %60 paya; halka açık C Ortaklığında ise % 70 paya sahiptir. Şirketlerin genel kurullarındaki oy hakları da belirtilen oranlardadır. A, her iki şirketin yönetim kurulunda da çoğunluk üyeye seçimini sağlamıştır. C şirketinin halka açıklık oranı %5'tir; %25 hissesi ise X'e aittir. A'nın lisans transferi yapmak istemesi veya tesislerini yenilemek istemesi (TTK m. 202/1) durumunda, B Ortaklığında, kararın alım aşamasına katılabilecektir. C Ortaklığı açısından ise yönetim kurulunda ilişkili taraf niteliğindeki yönetim kurulu üyeleri oy kullanamayacak; genel kurul kararı alınmasında ise %25 oyla X, belirleyici rol oynayacaktır. Oysa bağlı ortaklık yanında, hakim ortaklık ve pay sahipleri de modern topluluk hukukunun koruma sükreleri içerisinde değerlendirilmektedir¹⁰¹. Ayrıca örnekte görüldüğü üzere, bağlı şirketin topluluk müdahalelerinden uzak tutulması, her zaman yatırımcının korunduğu anlamına gelmemektedir. Söz konusu düzenleme ile koruma mekanizmalarının işlevsiz kalması yanında; topluluk

menfaatine yönelik politikaların geliştirilmesi de engellenmektedir¹⁰².

İlişkili taraf işlemleri ne SerPK m. 17/3'de ne KYT'de de tanımlanmıştır. KYT'de yalnızca tamamen farklı bir amaç taşıyan TMS 24'e atıf yapılmakla yetinilmiştir (KYT m. 3/1/g)¹⁰³. Kanunla düzenlenen ve geniş koruma hükümleri içeren bir kurum, yönetmeliğin bir standarda yaptığı atıf nedeniyle, yürürlükten kaldırılmasının normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve yasama faaliyetini gerektireceği açıktır. Halka açık ortaklıklarda işlemlerin piyasa şartlarında gerçekleştirilmesi ve pay sahipleri topluluğu hükümlerinin uygulanmaması tercih edilecekse, söz konusu hususun SerPK m.27/3 düzenlemesinde olduğu gibi açıkça belirtilmesi gerekir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemleri açısından TMS 24'ün ortaklıklar topluluğunu ilişkili taraf olarak kabul eden hükmünün uygulama kabiliyetinin bulunmadığı ve TTK'nın ortaklıklar topluluğu hükümlerine öncelik verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması gerekir. Söz konusu husus mevcut sistemin eleştirisinden ziyade kanunla düzenlenen bir hususun yönetmelikle yürürlükten kaldırılamayacağı yani bir yasama faaliyeti gerektirdiği yönünde bir tespitten ibarettir. Ancak mevcut düzenlemenin SerPK'nın amacı ile bağdaşmadığı da belirtilebilir. Zira ikili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17/3 düzenlemesinin uygulanması neticesinde ortaklık azlığın yönetimine terk edilecektir ve düzenlemenin amacının bu olmayacağı ise aşikârdır (SerPK m. 1).

F. SORUMLULUK AÇISINDAN YAPILAN DEĞERLENDİRME

TTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümleri açısından hâkimiyetin bizzatıhi kullanılması değil kayıp verecek şekilde kullanılması hukuka aykırı olarak kabul edilir¹⁰⁴. Belirtilen işlemlere kaybın söz konusu faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilmesi

101 EMİNOĞLU (2013), s. 191, 288.

102 Topluluk düzenlemeleri ile yalnızca koruma mekanizmaları geliştirilmemiş; topluluk menfaatine yönelik politikaların geliştirilmesi de meşru görülmüştür. EMİNOĞLU, Cafer (2014), **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 205.

103 TMS 24 ile ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemlerin ticaret hayatının normal bir parçası olduğu ve piyasa koşullarında gerçekleşmeyeceği peşinen kabul edilmiştir (TMS 24 p. 5, 6). Söz konusu düzenlemenin amacı ise ortaklıklarını yalnızca konsolide finansal tablo hazırlamakla ve sunmakla yükümlü tutmaktır. Bu nedenle standartta ortaklıklar topluluğunun ilişkili taraf olarak görülmesi hatta kamu hizmeti ortaklıkları ve devlet makamlarının ilişkili taraf olarak kabulü için ortaklıklar topluluğunun bulunmasını (TMS 24 p. 11) bir unsur olarak araması doğaldır.

104 NILSSON (2015), s. 246.

veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı ortaklığa denk değerde bir istem hakkı¹⁰⁵ tanınması durumunda izin verilmektedir (TTK m. 202/1/b). Kaybın meydana gelmesinde hâkim ortaklığın kusurlu olması da gerekmez. Ancak hâkim ortaklık yönetim kurulunun sorumlu tutulabilmesi için kusur şartı aranır¹⁰⁶. Kayba sebebiyet veren işlemin, aynı veya benzer koşullar altında, ortaklık menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetilen ve tedbirli bir yöneticinin özenıyla hareket eden, bağımsız bir ortaklığın yönetim kurulu üyeleri tarafından da yapılabileceği veya yapılmasından kaçınılabileceğinin ispatı hâlinde tazminata hükmedilemez (TTK m. 202/1/d). Dava hakkı, bağlı ortaklığın pay sahiplerine ve alacaklılarına verilmiştir. Bağlı ortaklığa ise dava hakkı tanınmamıştır. Ancak bağlı ortaklığın haksız fiil hükümlerine göre dava açmasına engel bulunmamaktadır¹⁰⁷. Ortaklıklar topluluğuna ilişkin TTK düzenlemeleri fiili ortaklıklar topluluğu temel alınarak oluşturulmuştur¹⁰⁸.

Ortaklıklar topluluğunda bağlı ortaklığın halka açık bir anonim ortaklık olması ve kararların hâkimiyet gücü kullanılmak suretiyle aldırılması durumunda, örtülü kazanç aktarım yasağına ve ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerin birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁰⁹. Bu kapsamda ilişkili taraflar arasındaki ticari ilişkilerde sadece piyasa koşullarının belirleyici olması bir unsur olarak aranmamakla birlikte¹¹⁰ söz konusu amacın varlığından bahsedilmektedir¹¹¹. Bu ise düzenlemeler arasında amaç zıtlığının bulunduğu ve düzenlemelerden birisine öncelik verilmesi gerektiğini göstermektedir. Ayrıca ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzen-

lemelerde söz konusu prosedür dışında sorumluluk hükümlerine ve koruma mekanizmalarına yer verilmemiştir. Ortaklıklar topluluğunda çıkar çatışmaları; hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılmasından doğan sorumluluk, tam hâkimiyet halinde sorumluluk ve güvenden doğan sorumluluk¹¹² hükümleri gibi çeşitli kişilerin sorumluluğuna yer verilmek suretiyle engellenmeye çalışılmıştır¹¹³. Benzer olmasına rağmen azınlık ve alacaklılar için risk oluşturan işlemler farkı kurallara tabi tutulmuştur¹¹⁴. Topluluk hukukunda ortaklıkla işleme giren tarafın kontrol ortaklığı olması durumunda ortaklıklar topluluğu hukuku ile söz konusu zarara karşı koruma sağlanır¹¹⁵. Ayrıca bildirim, bilgi alma ve özel denetim talep etme ve bağımlılık raporları gibi raporlarla oluşan geniş bir koruma mekanizması gerçekleştirilmiştir¹¹⁶. SerPK m. 17/3 düzenlemesi ile halka açık ortaklıkların topluluk müdahaleden uzak tutulması amaçlanmaktadır. Ancak söz konusu düzenleme, pay sahipleri ve alacaklıların, belirli işlemler açısından, ortaklıklar topluluğunun koruma hükümlerinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından da hukuk sistemimize yabancı ve sistemi bozan bir düzenlemenin kabulü yerine ortaklıklar topluluğu hükümlerine öncelik verilmesi yerinde olacaktır.

A. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER

Hâkim ortaklığın azlığın paylarını satın alma hakkına ilişkin TTK m. 208 hükmü halka açık anonim ortaklıklar açısından uygulanmaz (SerPK m. 27/3). Söz konusu hüküm haricindeki TTK hükümleri topluluk ortaklıklarından birinin halka açık anonim ortaklık niteliği taşıması durumunda da uy-

105 Denkleştire tutarı, hâkim ortaklığın elde edeceği menfaat miktarı değil; bağlı ortaklığın uğrayacağı kayıp miktarıdır. Bu nedenle denkleştirme miktarı, bağlı ortaklığın kayıp miktarını aşamayacağı gibi kaybın bulunmaması durumunda denkleştirmeye de gerek kalmayacaktır. Bkz. **EMİNOĞLU (2014)**, s. 173.

106 **TEKİNALP**, s. 643; **THEUSINGER**, s. 279, 280.

107 **POROY Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, (2014) Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 434, 435.

108 **TEKİNALP**, s. 612.

109 **MANAVGAT**, s. 427.

110 **MANAVGAT**, s. 388.

111 Bağlı ortaklığının halka açık bir ortaklık olması durumunda kaybın denkleştirilmesi şartıyla transferler veya işlemler örtülü kazanç aktarım yasağı kapsamında da kabul edilmez (SerPK m.21/1,2). Doktrinde söz konusu hususta görüş birliği bulunmamaktadır. Denkleştirme zamanına ilişkin görüş ayrılıkları bulunmaktadır. **GÖKTÜRK**, TTK'nin topluluk hükümlerine öncelik verilmesi gerektiği görüşündedir. **GÖKTÜRK**, s. 361. Manavgat ise TTK m. 202/1/a hükmü ile SerPK m. 21 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği; söz konusu hükmün sermaye piyasasının özelliklerine uygun yorumlandığında kaybın yıllık finansal tabloya yansımaya değil kamuya açıklanmadan önce fiilen denkleştirilmesi veya giderilmesinin gerekeceği görüşündedir **MANAVGAT**, s. 427, 429.

112 Söz konusu düzenlemenin hareket noktası; topluluk adı, markası, logo ve sloganı gibi ortaklık topluluğunun itibarını oluşturan unsurların, hakim ortaklığın açık veya örtülü izniyle topluluk dahilinde bir ortaklıkça; topluluk itibarından yararlanacak şekilde kullanılması sonucu, üçüncü kişilerde bir güven oluşmasıdır. **AKER, Halit, (2008) "Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: "Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu" (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 4, s. 1-98.**

113 **GÖKTÜRK**, s. 46.

114 **BAYER/ SELENTİN**, s. 7.

115 **FLEISCHER**, s. 2700.

116 Alman Hukuku açısından bkz. **FLEISCHER**, s. 2697.

gulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda bağlı ve hâkimortaklık raporları ve bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemeler, hâkim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı (TTK m. 199/4), bağlı ortaklığın bilgi vermekten kaçınma hakkı (TTK m.199/4), hâkimortaklığın pay sahiplerinin bağlı ortaklıklar hakkında bilgi alma hakkı (TTK m.200/1) gibi düzenlemeler, bağlı ortaklığın her pay sahibinin özel denetçi talep hakkı (TTK m. 207) bağlı ortaklıklardan birinin halka açık bir ortaklık olduğu durumlarda da uygulama alanı bulacaktır. Hâkim ortaklığın hâkimiyetin kötüye kullanılmasının bir türü olarak hâkim ortaklık organlarının verdiği talimatlardan kaynaklanan sorumluluk davası, özel olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde karşılıklı iştirak (TTK m. 201), bildirim, tescil ve ilan yükümlülüğü ve hakların donması (TTK m.198/2), hükümleri de ilişkili taraf işlemlerine uygulama alanı bulacaktır.

SONUÇ

Ticaret ortaklıkları iktisadi amaçlarla topluluk oluşturur ve faaliyetlerinin bir kısmını topluluk ortaklıkları üzerinden sürdürür. İlişkili taraf olarak nitelendirilebilen söz konusu işletmeler birbirlerinin kâr veya zararı ile finansal durumu üzerinde etkili olabilir veya ilişkili taraflar arasında gerçekleştirilen işlemler üçüncü kişilerle yapılan işlemlerle aynı tutarlarda gerçekleşmeyebilir. Bir işlemin ilişkili işlem olarak kabulü için taraflar arasında bir hukuki işlem bulunmasına da gerek yoktur.

TTK'nın ortaklıklar topluluğuna ilişkin hükümlerinde belirtilen işlemlere; kaybın söz konusu faaliyet yılı içinde, fiilen denkleştirilmesi veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceğinin belirtilmesi suretiyle; en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı ortaklığa denk değerde bir istem hakkı tanınması durumunda izin verilmektedir (TTK m. 202).

Hukukumuzda ilişkili taraf işlemleri TMS24 -ilişkili taraf açıklamaları şeklinde muhasebe standardı olarak yer almaktadır. Bunun haricinde güvenli kuruluş ilkesi (TTK m. 343), yönetim kurulu üyelerinin müzakerelere katılma yasağı (TTK m. 393), ortaklıkla işlem yapma ve ortaklığa borçlanma yasağı (TTK m. 395), yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü (TTK m. 369) gibi, ilişkili taraf işlemlerine ilişkin olarak dolaylı da olsa koruma sağlayan, hükümler bulunmaktadır.

İlişkili taraf işlemleri, SerPK m. 17/3'te halka açık anonim ortaklıklarda kurumsal yönetim kapsamında özel bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye anglosakson hukukuna yakın görülen ve kurumsal yönetim kapsamında hazırlanan 2007/36/AT sayılı direktifinde değişiklik yapılmasına ilişkin 2014/213 Sayılı Direktif Taslağı'na eklenmesi önerilen 9/c maddesi kaynaklık oluşturmaktadır. İlgili düzenlemede, halka açık anonim ortaklıklara; ilişkili taraflarca gerçekleştirilecek, kurulca belirlenen işlemlere başlanmadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alınması yükümlülüğü yüklenmektedir.

İlişkili taraf işlemi, ne SerPK'da ne KYT'de tanımlanmıştır. Yalnızca KYT'de TMS 24'e gönderme yapmakla yetinilmiştir. TMS 24'e göre; bazı kişiler veya yakın aile üyeleri ve işletmeler ilişkili taraf olarak kabul edilmektedir. İlişkili taraf işlemleri konusunda finansal raporlama amacı taşıyan muhasebe standartlarına atıf yapılması söz konusu standartların finansal raporlamaya uygun olmakla birlikte işlemi fiziksel olarak sınırlandırmaya uygun bir kriter olmadığı gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmaktadır. Ayrıca TMS 24 hükümleri yönetim ve kontrol olgusunun belirlenmesinde, TTK m. 195 ve sermaye piyasası mevzuatının "yönetim kontrolü kavramından" tamamen farklı ilkeler getirmek suretiyle, ilişkili taraf kavramına özel bir anlam yüklemektedir. Bu nedenle normatiflikten uzak söz konusu düzenleme, TTK sistemiyle bağdaşmadığı gibi sermaye piyasası mevzuatımızla da bağdaşmamaktadır.

SerPK m.17/3'e göre eşiklerin aşılması olarak adlandırılan ilke gereğince Sermaye Piyasası Kurulu'nca belirlenen ilişkili taraf işlemleriyapılmadan önce değerlendirilmesi ve bir yönetim kurulu kararı alınması gerekecektir. Konunun görüşüleceği yönetim kurulunda ilişkili taraf niteliğindeki yönetim kurulu üyeleri oy kullanamayacaktır. Belirli bir eşiği aşan ilişkili taraf işlemleri ise bağımsız yönetim kurulu üyelerinin olumlu oy kullanması şeklinde gerçekleşen özel karar alma sürecine bağlanmıştır. Belirtilen sürecin sağlanamaması halinde, söz konusu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde KAP'ta açıklanır ve işlem genel kurul onayına sunulur. Söz konusu düzenleme temsile ilişkin bir düzenleme değildir. İşlem yine temsile yetkili olanlar tarafından yerine getirilecek, yalnızca yönetim kurulu kararı söz konusu işleme dayanak teşkil edecektir. Yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin de yönetim kurulu kararına dayanması ve bir hesap döne-

mi içerisinde belirli bir orana ulaşması durumunda rapor hazırlanması ve KAP'ta açıklanması gerekir.

Ortaklıklar topluluğu, iki veya daha fazla hukukten birbirinden bağımsız işletmenin (AktG m. 18/2) hâkim ortaklığa yasa da öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözlenmeye uygun olarak doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunması durumunda, ana ortaklık ve yavru ortaklıkların oluşturduğu yapı olarak tanımlanabilir (TTK m. 195/4). Bağlı bulunmak veya bağımlılıkla ifade edilen, ortaklıklar arasındaki herhangi bir irtibat değil; yapısal özelliklerinden kaynaklanan ve ortaklıklar hukuku çerçevesinde aktarılan bağımlılık ilişkisi olarak nitelendirilebilecek bağlantının bulunmasıdır¹¹⁷. Görüldüğü üzere topluluk düzenlemesi, ilişkili taraf işlemlerini ticari hayatın bir gerçeği olarak görür ve üçüncü kişilerle gerçekleştirilen işlemlerle aynı oranda gerçekleşmeyeceğini; topluluk menfaatlerinin ön planda tutulabileceğini kabul ederken halka açık ortaklıklarda ilişkili taraf işlemlerinin kanuni bir unsur olmamakla birlikte piyasa koşullarında gerçekleşmesi beklenmektedir. Bu nedenle düzenlemelerin amaçlarının zıtlık içerdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu hükümlerin nasıl bağdaştırılacağına belirlenmesi gerekecektir.

TTK, 01.07.2012 tarihinde (TTK m. 1534), SerPK ise 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle SerPK sonraki kanundur. SerPK ayrıca sonraki tarihli özel kanun olarak nitelendirilmesi düşünülse dahi düzenlemelerin kapsamı bakımından özel kanun genel kanun ilişkisinin bulunmadığının kabulü gerekir. Zira ilişkili taraf düzenlemeleri ile ortaklıklar topluluğu hükümlerinin örtüşmesi söz konusu olmakla birlikte kapsam bakımından farklılık arz etmektedir.

Ortaklıklar topluluğu düzenlemelerinde kontrol unsuru temel alınmaktadır. Fiili hâkimiyette müdahale, topluluk hâkiminin bağlı ortaklığı yerleştirilen yöneticiler, genel kurul ve yönetim kurulundaki gücü ve çeşitli şekilde yürütülen telkinler, vaatler ve baskılar vasıtasıyla belirli bir şekilde davranmaya veya kaçınmaya yönelmesi şeklinde gerçekleştirilen bağlayıcı olmayan yönlendirmelerle yerine getirecektir. Ancak halka açık ortaklıklar açısından hâkim ortaklığın oy gücü elinden alınmaktadır. TTK hükümleri ile topluluk politikası bulunması meşru

görülürken ilişkili taraf işlemlerine ilişkin düzenleme ile hakim ortaklığın karar mekanizmasında yer alması engellenmektedir. Bu durumda azınlık, ortaklığın yönetim davranışını belirleyecektir.

Kanunla düzenlenen ve geniş koruma hükümleri içeren bir kurumun, yönetmeliğin bir standarda yaptığı atıf nedeniyle, yürürlükten kaldırılmasının normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve yasama faaliyetini gerektireceği açıktır. Halka açık ortaklıklarda işlemlerin piyasa şartlarında gerçekleştirilmesi ve ortaklıklar topluluğu hükümlerinin uygulanmaması tercih edilecekse, söz konusu hususun SerPK m. 27/3 düzenlemesinde olduğu gibi açıkça belirtilmesi gerekir. Bu nedenle ilişkili taraf işlemleri açısından TMS 24'ün ortaklıklar topluluğunu ilişkili taraf olarak kabul eden hükmünün uygulama kabiliyetinin bulunmadığı ve TTK'nın ortaklıklar topluluğu hükümlerine öncelik verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılması gerekir. Söz konusu husus mevcut sistemin eleştirisinden ziyade kanunla düzenlenen bir hususun yönetmelikle yürürlükten kaldırılamayacağı yani bir yasama faaliyeti gerektirdiği yönünde bir tespitten ibarettir. Ancak mevcut düzenlemenin SerPK'nın amacı ile bağdaşmadığı da belirtilebilir. Zira ikili taraf işlemlerine ilişkin SerPK m. 17/3 düzenlemesinin uygulanması neticesinde ortaklık azlığın yönetimine terk edilecektir ve düzenlemenin amacının bu olmayacağı ise aşikârdır (SerPK m 1).

Ortaklıklar Topluluğu hukuku bir organizasyon hukukudur ve hâkim ortaklığın müdahale yetkisi yanında alacaklılar ve pay sahipleri için bildirim, bilgi alma ve özel denetim talep etme ve bağımlılık raporları gibi raporlarla oluşan geniş bir koruma mekanizması içermektedir. SerPK m. 17/3 düzenlemesi ile halka açık ortaklıklar, topluluk müdahaleden uzak tutulmakla birlikte pay sahiplerinin ve alacaklıların belirli işlemler açısından ortaklıklar topluluğunun koruma hükümlerinden yararlanma olanağı ellerinden alınmış olacaktır. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından da hukuk sistemimize yabancı ve sistemi bozan bir düzenlemenin kabulü yerine ortaklıklar topluluğu hükümlerine öncelik verilmesi yerinde olacaktır.

117 Bu nedenle arızı olarak gerçekleşen veya tesadüfi nitelik taşıyan hakimiyet ilişkisi, bağımlılık ilişkisi olarak nitelendirilmez. Bkz. **BOYACIOĞLU**, s. 117.

KAYNAKÇA

AKER, Halit, (2003), “Hakim İşletme İle Bağlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hâkim İşletmenin Sadakat Borcu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER)**, C. XXII S. 2, s. 153-204.

AKER, Halit, (2008) “Türk Şirketler Hukukunda Yeni Bir Kurum: “Hâkim Şirketin Güvenden Doğan Sorumluluğu” (TTK Tasarısı m. 209): İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, s. 1-98.

AKSOY, Mehmet Ali, (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Sa. 1-2, s 45-76.

AKIN İrfan,(2014) **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Şeçkin.

BAYER Walter / SELENTINPhilipp (2015), “Related Party Transactions: Der neueste EU-Vorschlag im Kontext des deutschen Aktien- und Konzernrechts”, **NZG 2015** <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NZG-B-2015-S-7-N-1>, 13.05.2017 (s 7-14).

BOYACIOĞLU, Cumhuri (2006), **Konzern-Kavramı**, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım.

EMİNOĞLU, Cafer (2013), **Konzern/Gesellschaftengruppe,Österreich-Türkei-EU Einrechtsvergleich**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

EMİNOĞLU, Cafer (2014), **Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

FLEISCHER, Holger (2014), ”Related Party Transactions bei börsennotierten Gesellschaften: Deutsches Aktien(konzern)recht und Europäische Reformvorschläge”, **Betriebs – Berater, 2014** (2691-2700),<https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BB-B-2014-S-2691-N-1> 07.04.2017

GÖKTÜRK, Kürşat (2015) **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, Ankara, Adalet Yayınevi.

KIRCA, İsmail / SEHRİALİ ÇELİK, Feyzan Hayal / MANAVGAT, Çağlar (2013), **Anonim Şirketler Hukuku**, C I, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

MANAVGAT, Çağlar (2016), **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

MULT H. C/ LUTTER, Marcus (2014), “Die geplante europäische Gesetzgebung zu, related party transactions“ Ergänzung zu Schneider, **EuZW 2014**, (s. 678-688), <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-EUZW-B-2014-S-687-N-1>, 13.05.2017.

NILSSON, Gül Okutan (2009), **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku**, İstanbul, XII Levha Yayınları.

NILSSON, Gül Okutan (2015), “**Türk Ticaret Kanununda Şirketler Topluluğunun Ana Hatları**” ŞENOCAK Kemal Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları, 15 - 16 Mayıs 2014, İstanbul : Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2015, (s. 239-256).

ÖZERHAN, Yıldız (Akbulut)/ YANIK, Serap, (2010), **Açıklamalı ve Örnek Uygulamalı Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları**. Açıklamalı ve Örnek Uygulamalı Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları Türkiye, Ankara, TÜRMÖB Yayınları. –.

PASLI, Ali (2008) “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Konumu” İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Mecmuası, C 66 s 345-358.

POROY Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU Ersin (2014), **Ortaklıklar Hukuku I**, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

PULAŞLI, Hasan (2007),” Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, Sa.1-2, s. 259-277.

PULAŞLI, Hasan (2014), **Şirketler Hukuku Şerhi**, 2. Bası Ankara, Adalet yayınevi.

ŞENER, Oruç Hami (2012), **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, İzmir, Seçkin.

TEKİNALP, Ünal (2015), **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku** 4. Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık.

THEUSINGER, İgno (2015), “Alman Şirketler Topluluğu Hukuku İlkeler ve Güncel Pratik Sorunlar”, ŞENOCAK, Kemal, **Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Hukuku Uluslararası Sempozyumları**, 15 - 16 Mayıs 2014, İstanbul, Türkiye Tekstil Sanayii İşverenleri Sendikası, 2015, (s. 273-286).

UYGUN, İbrahim Doğuhan (2015), **Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

VEIL, Rüdiger (2017), “Transaktionen mit Related Parties im deutschen Aktien- und Konzernrecht Grundsatzfragen der Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie” (521-530), **NZG 2017**, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-NZG-B-2017-S-521-N-1>, 13.05.2017.

SERBIAN CAPITAL MARKET: QUO VADIS**SIRBİSTAN SERMAYE PİYASASI: QUO VADIS****Assoc. Prof. Dr. Predrag DEDEIC*****ABSTRACT**

This article is dealing with present negative trends on Serbian capital market. Those trends are seen in a way that the current bad situation can be anticipated as an opportunity . The process of revitalization must encompass a lot of different subjects and make the balance of their interests. The need for changes is obvious but how to make it is a challenge that is discussed in the paper. The particular measures, that have to be incorporated to make the market deeper and wider, are analyzed thoroughly. How to change the situation where the public companies are rushing to become closed and IPOs of new ones do not exist?

What is our capital market policy and how the harmonization, of our legislation and practice, with EU rules is affecting market participants? How to build the capacity and independency of Serbian Securities Commission and its relationship with Ministry of finance make more efficient? How to open the door for new participants and new instruments such as municipal bonds, green and social bonds and other debt instruments? Do we need IPO of state enterprises? Dilemmas and answers linked to those questions and some other, make the substance of this article.

Keywords: *investments, capital market, strategy of capital market development, initial public offering, financial instruments.*

**“Fast means going slowly without interruption”
Japanese Proverb**

* This paper was presented at the “III. International Symposium on Commercial Law” held on 26 th May 2017. Republic number of Serbia, Securities Commission, Chairman, (predrag.dedeic@sec.gov.rs). (Geliş Tarihi : 15.05.2017 / Kabul Tarihi : 29.10.2017)

I. INTRODUCTION

The Serbian capital market is shallow, illiquid and with inadequate investor base.¹ It suffers from structural issues. Its depth, once achieved in the privatization period, dramatically shrank in size.² Strong companies keep leaving the market, while the new ones are not taking their place. A significant number of investment companies is experiencing difficulties. There are no new financial instruments. The process of harmonization with the European Union (the EU) *acquis* is intensive, the regulations are changing. However, the state of the capital market remains run-down. The trend must be reversed, and the development chance seized. The market needs to prepare in time for admission to the *Capital Markets Union*.

The revival of the capital market should commence with the adoption of a strategy, involving all relevant stakeholders in its formulation, in the analysis of development preconditions and models from comparative practice. The government must understand the importance of the capital market development, it needs to initiate and monitor the process. In cooperation with the line ministry, Securities Commission, stock exchange, market participants, national and foreign experts and other stakeholders, the development of the market should be well thought, jump-started and sustained. It is not possible to directly apply other countries' successful models, but the successful practices should be used for creating a national model. Significant effort, time and adequate human and material resources are required in order to heal the structural disruptions and create the preconditions for growth. The technical assistance provided by international organizations in order to identify and quantify systemic problems and finding solutions proves to be useful.³

The prospects of economic development of Serbia are linked to foreign investments,⁴ privatization of public companies,⁵ the need for adequate development and investment of assets pooled by pension and investment funds, support to entrepreneurs and reliance on small and medium companies' growth, entailing alternative options for their financing on the capital market. These are all requisite components for the development of the capital market, which should be built in the strategy.

Continuous educational and promotional efforts will be required to resolve the consequences from the past and to restore the confidence in the capital market. The attempt at hurried capital market development via mass privatization was short lived in our country, as was the case in most of the transition countries.⁶ The new attempt must be essentially different and based on market regularities/principles.

The implementation of the strategy should result in the increase in the number of participants and their entire capacities (a number of market participants will not be able to survive the strain of the new conditions), in the introduction of new instruments directed at sustainable development and a widened investor base.⁷ The formula for the market attractiveness is simple: a protected and equal investor, and efficient, transparent, fair and stable operations. The main guardian of the principles is the Securities Commission. Therefore, the financial and human resources of the regulator must be adequate to maintain the required level of expertise and autonomy (from the state and the market participants).

capital markets. The example of Zambia, please see: IFC Invests in Bayport Zambia's First Bond, Supporting Access to Finance and Domestic Capital Markets, <<http://ifcext.ifc.org/IFCExt/Pressroom/IFCPressRoom.nsf/0/0161A4B20E84BA5A85257CD-D00678C88?opendocument>>9. 03. 2017.

1 The relevant international lists (FTSE list, Standard and Poor's, MSCI list, Dow Jones list etc.) place the Serbian capital market in the second to the last category (the so called frontier markets). These markets are perceived as unstable, high-risk, volatile in prices, illiquid and less accessible. On deficiencies in classification, please see **Guerrero**, Tomas (March 2013), 'Frontier Markets: A World of Opportunities', <<http://ssrn.com/abstract=2245075>> 02.03.2017, s. 3.

2 The turnover on the Belgrade Stock Exchange is dwindling (in 2016 it amounted to RSD 44.6 billion, in 2007 it was three times as much). The Stock Exchange has kept recording losses, while the number of companies comprising Belex 15 is decreasing.

3 For example, the EBRD technical cooperation project in the region (Local Currency & Capital Markets Development—Cross-regional dormant account resolution study). More about this, <<http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors-and-topics/local-currency-and-capital-markets.html>>, 01.03.2017. Also, the International Finance Corporation (IFC) assists in development of domestic

4 There is the ever present danger of temporary investments the so called *hot money*. Please see ACCA (March 2012), 'The Rise of Capital Markets in Emerging and Frontier Economies', <<http://www.acca.ie/zm/en/technical-activities/technical-resources-search/2012/march/capital-markets-in-emerging-economies.html>>, 1.03.2017, s. 16.

5 The previous failures are the reason more for the companies to achieve the standards in line with the needs of prospective investors. ACCA (March 2012). 'The Rise of Capital Markets in Emerging and Frontier Economies', <<http://www.acca.ie/zm/en/technical-activities/technical-resources-search/2012/march/capital-markets-in-emerging-economies.html>>, 1.03.2017, s. 17.

6 **Black**, Bernard (2001), 'Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets', 48 UCLA Law Review, s.781-782.

7 It has been estimated that a significant proportion of capital is kept in a large number of inactive, low-value accounts. If a method for their activation was found, it would contribute to the liquidity of the market and potential increase in the investor base (instead of their current status of mere beneficiaries).

II. DEVELOPMENT PRECONDITIONS

Ratio of investment in revival of the Serbian capital market is based on the expected welfare; it is to bring: introduction of alternative forms of financing, alternative forms of investing, positive effect on the fiscal deficit and wider business environment (for example, providing the healthy competition to bank loans). The assorted publications state an array of positive effects: benefits on the fiscal, monetary and exchange rate policy.⁸ Anyhow, the capital market development strategy must be based on a technical analysis of met requirements⁹ after which it will be possible to set the direction and the dynamics of development. After its initialization, the process must be monitored and fine-tuned to respond to the changes (especially bearing in mind the new technologies and market internationalization).

There are many preconditions relevant to development. In accordance with the International Monetary Fund (the IMF) analyses, a stable macroeconomic policy is important, solid legal and institutional framework¹⁰ entailing good protection of creditors and investors, effective detection, prosecution and adequate sanctions for unlawful behavior.¹¹ Good financial reporting, professionalism and culture of compliance, incentives to companies and investors, absence of obstacles to movement of capital and innovation, incentives to introduction of new instruments, and continuous education and promotion etc., all comprise the integral part of such legal and business environment. There are authors calling special attention to adequacy of financial infrastructure, size of the market (appraisal of the critical mass of investors) and complementation (for example, the link between the presence and quality of state bonds and corporate bonds).¹² The additional critical cap-

ital market development factor is the existence of a sufficient number of professional and experienced staff, both in government agencies and employed by market participants. Absence or deficiency in any of the listed preconditions demands adequate resolution of the problem in the strategy.

Such strategic approach must take into account the fact that the process of harmonization of the domestic legal systems with the EU *acquis* is underway.¹³ The time frame for implementation of new regulations and its effect on market participants should be carefully considered, as well as the arbitrariness of regulations in the region. In fact, the good investment conditions are foundations for development of the capital market (adequate removal of obstacles).¹⁴

The highly expressed bank-centric character of our system is essential to bear in mind in devising the strategy. Certainly, this is not the only hindrance to the development of the Serbian capital market. The classic division of the two sectors is a relic of an earlier period. Nowadays, their intertwining is a trend, as they become more closely connected. In addition to the fact that the banks are in a competitive position in relation to the capital market, at the same time they make the foundations of the capital market. Their shares are admitted to trading, they are issuers of bonds, authorized banks are knowledgeable and safe investment firms, cash deposits generate returns and contribute to the liquidity of the market, the securitization potential rests on them etc.¹⁵

The preconditions for the development of the Serbian capital market also exceed our state borders. The world in which the power centers shift and form new investment paradigms followed by technology innovations brings new challenges and new chances to be seized. Therefore, the development strategy

8 **Laeven**, Luc (2014), 'IMF The Development of Local Capital Markets: Rationale and Challenges', Working Paper WP/14/234, s. 4.

9 It is important to consider all the elements which could affect successful outcome, and which pertain to the previous assumptions, costs involved, positive effects and potential adverse consequences. For example, the presence of a low or high interest rate and the fluctuation trend, monetary policy dealing with inflation, the relation between real economy and financial sector etc.

10 The legal framework beneficial to interests of investors (investor-friendly) entails high quality statutory reporting, good corporate governance and removal of obstacles to takeover mechanisms, for the purpose of building a deeper market. **Laeven**, Luc (2014), 'IMF The Development of Local Capital Markets: Rationale and Challenges', Working Paper WP/14/234, s. 9.

11 The effective actions by the regulator, prosecution and courts are crucial.

12 **Laeven**, Luc (2014), 'IMF The Development of Local Capital Markets: Rationale and Challenges', Working Paper WP/14/234, s. 7-17.

13 The latest amendments to the Law on the Capital Market (which were adopted in 2017) aligned its provisions to the Market Abuse Regulation or MAR (EU) No 596/2014. Further changes to the Law are expected by the end of the year. The work on amendments to the Law on Investment Funds is about to commence.

14 The removal of the regulatory obstacles is a complex strategic issue and requires an appraisal of the right timing. For example, in order to make membership of foreign clearing companies possible in the Central Securities Depository and Clearing House and allowing foreign currency investments in investment units of open-end investment funds, relaxation of tax requirements are called for.

15 **Warden**, Staci (2014), 'Framing the Issues: Strengthening Capital Markets in Developing Countries', <<http://www.milkeninstitute.org/publications/view/669>> 01.03.2017, s. 3-4.

must take into account the impact of a wider scope of effects: geopolitics, economic dynamics, financial innovation etc.¹⁶ The link between Serbia and the EU is firm, proven by the example of the effect the surrounding had on Serbia in 2008, when the economic growth started drastically to fall.

The political risk (in Serbia and in the region) is one of the ever-present factors. A research has shown a positive trend of a declining political risk in Serbia as of 2009.¹⁷ The powerful political support to the development of the capital market at this point is of crucial importance to success. The Serbian capital market development strategy must have the mission and the concept: In 2030 Serbia commodities and financial market the leader in the region, and a sound component of the *Capital Markets Union*.

III. SOLUTION FINDING

Adoption of a strategy entails efforts and strong initial and relentless political support (involving wide political consensus) and professional (domestic and foreign) support, including adequate content and a plan with clear goals, based on knowledge and existing practice.¹⁸ As the best practice models are not directly applicable, and as there are not many states which have succeeded in establishing a deep and liquid capital market,¹⁹ a systemic approach is required in devising the strategy and in its application. The process of implementation should be managed by a special body comprised of experts and stakeholders.

The content of the strategy should offer solutions for numerous questions. Some of the issues are self-evident as essential parts of the strategy. Firstly, it is important to solve the problem of companies which were forced to be on the capital market in the

privatization process. The companies would like to exit the market, but do not have sufficient financial resources to pay out the dissenting shareholders and to transform into closed joint stock companies or change their status of a public company. Secondly, considering that the capital market rests on information, the problem of asymmetry of information ought to be adequately resolved.²⁰ Companies and their representatives should be efficiently sanctioned for false reporting. Transparency must be ensured and market manipulation prevented. The compliance behavior develops in markets where any form of manipulation in security prices is strictly sanctioned. Here, the role of a securities commission is of crucial importance. Thirdly, it is necessary to take into account the potential of privatization of public and other companies owned by the state through the stock exchange. This is one of the methods often mentioned as a way to strengthen the capital market and to make way for private entities.²¹ It is important to make the strategic decision as soon as possible, not to lose the position in the region and not to allow for destructive behavior.²² The example of experience of Cambodia is noteworthy.²³ One of the concerns present in public offerings of shares of public companies is that the offer would exceed demand, leading to a fall in prices. In this regard, the possibility of introducing a balancing mechanism between demand and supply should be considered (such as central bank which rectifies/adjusts disbalances in exchange rates, i.e. a market maker).²⁴

16 The workshop organized by the World Bank under the title The Financial System in Serbia - From 2025 Scenarios to Action Today, was held in Belgrade on 31 January 2017.

17 More on the effect of the political risk on the capital market in Serbia please see: **Minović, Jelena/ Erić, Dejan**, (2016), 'Impact of Political Risk on Frontier Capital Market, Inzinerine Ekonomika-Engineering Economics', 27(2), s. 156-162.

18 The World Bank, OECD, IMF and other international organizations have set the standards. The other experiences are valuable too, for example the experience of South Korea. Their capital market in 1995 resembled a casino. In the meanwhile it has developed into a sizable and respectable market. The highly active role of their government and incentive and requirement measures are exemplary. More about this: **Kim, Woo Chan** (2015), 'Korea's Capital Market Promotion Policies: IPOs and Other Supplementary Policy Experiences, KDI Journal of Economic Policy', 37(2), s. 64-96.

19 The good examples are those of Chile and Poland.

20 The problem can be solved by a combination of mechanisms of substantive and criminal liability and a mechanism of market participant reputation risk. The problem of financial-instrument-related frauds is expressed even in developed markets such as the USA. Please see **Black, Bernard** (2001), 'Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets', 48 UCLA Law Review, s. 786-787.

21 This constitutes one of the recommendations for the development of the capital market contained in the White Book of the Foreign Investors Council. Please see: White Book of the Foreign Investors Council, 2016, s. 77.

22 There is no room on the market for hesitation. Take the example of shares of Telekom, which are being transferred via gift agreements (serving as sale agreements) as a consequence of the fact that the company is not a publicly traded company.

23 The turning point in the development of the capital market in Cambodia, was its decision to open the Water Utility Company (Phnom Penh Water Supply Authority - PPWSA) by issuing its shares to the public. The plan also encompassed the telecommunication company and the state-owned electricity supplier ACCA (June 2012). Making Capital Markets Work in Emerging and Frontier Economies: Case Studies, <<http://www.acca.ie/content/dam/acca/global/PDF-technical/global-economy/pol-afb-mcmw.pdf>> 01.03.2017, s. 17.

24 South Korea experiences are valuable. **Kim, Woo Chan** (2015), 'Korea's Capital Market Promotion Policies: IPOs and Other Supplementary Policy Experiences, KDI Journal of Economic Policy', 37(2), s. 86.

Fourthly, initial public offerings of small and medium companies should be encouraged. The potential primarily lies in medium-sized companies with the high growth perspective (mostly in the sector of information technologies and expert services)²⁵ and they need support in using this alternative approach to external financing. This would decrease their dependency on banks and could improve their *debt equity ratio*.²⁶ As opposed to the previous period in which the companies were forced by the privatization law to enter the capital market, this would mean a voluntary opening. Moreover, this is in fact the actual form of development of financing as proposed by the OECD.²⁷ Good selection, incentives, determination to pioneer the process, and education and promotion are of immense importance. Such opening of good companies must be supported by different inducements, for example as tax incentives. The research conducted by the World Federation of Exchanges proved that the desideratum of a company to go public exceeds the mere need for external financing. There are more benefits to reap such as positioning of the company for growth, investor diversification, cheaper financing and less exposure, exit option for founders etc.²⁸

The fifth important issue is to remove regulatory barriers hindering the development of the capital market, which are not present in the region (for example in Croatia) as this allows for better positioning of the market. As sixth, it is necessary to understand the relation between the commodity market and the capital market, to adequately regulate the stock exchange market of agricultural products in the first place²⁹ resulting in a positive effect on the capital market (derivatives). Seventhly, new government debt securities should be introduced stra-

telegically (e.g. green bonds,³⁰ social bonds, different types of municipal bonds etc.) and to promote corporate bonds, mortgage bonds etc. Eighthly, a firm framework is required to strengthen the reputation of participants in the market – audit firms, investment firms, law firms, stock exchange, journalists specialized for the area and securities analysts. A special potential capacity lies with independent directors, in the work of compliance officers and director board committees such as audit etc. It is of special importance to have a range of instruments against *self-dealing* activities of directors, as this type of activity affects companies and the capital market much more than inside information misuses.³¹

Ninthly, an independent institution serving as both a regulatory authority and a watchdog on the market, such as the Securities Commission should be given a central position. It must be capable to preserve its independence and to adeptly respond to challenges. This entails retaining and attracting professional expert staff and having significant financial resources at disposal. The problem of inadequate human and financial resources of this type of autonomous authorities and the problem of prosecution of criminal actions, due to a lack of specialized knowledge in the judicial system, is found in developed countries as well. On the other hand, those who commit fraud and other illicit activities, as if by a rule are ready to employ significant financial resources to cover up their activities or for their own defense. One of the ways to tackle the expertise problem in Serbia could be the cooperation of judges, prosecution and the Securities Commission, participating in the Judicial Academy training programs. Also, excellent cooperation between the Securities Commission and the Ministry of Finance is imperative. The provision of funds required for the work and development of the Commission in conditions of a decrepit capital market and weakened market participants, remains an open, unresolved issue.

25 In the period 1977-1980, the company Apple Computer sold 121,000 computers, followed by millions in demand. By means of capital market financing, shares were sold in the amount of USD 65 million. **Kim, Kenneth/ Nofsinger, John**, (2007), Corporate Governance, New Jersey, Pearson Education.

26 Best practice example - the case of Jamaica. ACCA (June 2012). Making Capital Markets Work in Emerging and Frontier Economies: Case Studies, <<http://www.acca.ie/content/dam/acca/global/PDF-technical/global-economy/pol-afb-mcmw.pdf>> 01.03.2017, s. 14.

27 The OECD report for G-20 talks about the widely spread need to use the capital market for such purposes, World Federation of Exchanges (WFE) SME Financing and Equity Markets, <<https://www.world-exchanges.org/home/index.php/news/world-exchange-news/world-federation-of-exchanges-publishes-report-into-sme-financing-equity-markets>> 09.03.2017, s. 5

28 World Federation of Exchanges (WFE), SME Financing and Equity Markets <<https://www.world-exchanges.org/home/index.php/news/world-exchange-news/world-federation-of-exchanges-publishes-report-into-sme-financing-equity-markets>> 09.03.2017, s. 22

29 It is necessary to put in place a legal framework for the functioning of a commodity exchange. Our commodity exchange operates in destructive conditions created by the gray market, the existence of which, inter alia, damages the state budget.

30 Please see ICMA (International Capital Market Association), The green Bond Principles <https://www.google.rs/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1EODB_enRS721RS721&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=icma+green+bond+principles&*>> 01.03.2017.

31 The capital market can be strong even without the norms preventing insider trading, but of course, they will make it stronger. It has been estimated that firm supervision of this type increases share prices by 5%. More of this in **Bhattacharya, Utpal/ Hazem, Daouk** 'The World Price of Insider Trading', <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1540-6261.00416/full>> 14.03.2017. Efficient detection and combat against insider trading, in addition to expertise demands significant financial resources. In 2001, the New York Stock Exchange spent USD 95 million for curbs on insider trading.

Tenthly, it is required to analyze the possibility of establishing a state-owned investment fund (*Sovereign Wealth Fund SWF*). A state investment fund where assets are foreign exchange reserves, gold, natural resources, pensions, industry, oil reserves aim to generate long-term profit. They bring about many positive effects such as generating long-term profit, restructuring national economy by investing in cutting-edge technology and highly technical services etc.³²

IV. CONCLUSION

The Serbian capital market is classified in the category of *frontier markets*. It has been decreasing constantly as a consequence of withdrawal from the market by strong companies, while the new fast-growing companies which could utilize this alternative form of financing, are not entering the market. The trend must be reversed urgently, and the development chance seized.

The renewal of the market is a complex task entailing the existence of a strategy. The Government, in cooperation with the line ministry, Securities Commission, stock exchange, market participants and other stakeholders must formulate, jump-start and support its development. It is not possible to directly copy or apply a development model proven as successful in other countries. It can only serve as a road map for development of one's own. The process will last and will require continuous monitoring and fine-tuning. The formulation of a strategy must take into account a number of preconditions and to produce and offer solutions. Some of the relevant facts certainly include: macroeconomic policy stability, legal and institutional framework securing and stimulating investments, sound financial reporting, advanced culture of compliance, support to initial public offerings of private and state-owned companies, widening of the investor base, removal of obstacles to movement of capital and to innovation, incentives for introduction of new instruments and market participants, development of commodity exchanges, education and promotion etc.

32 **Guerrero**, Tomas, (March 2013), 'Frontier Markets: A World of Opportunities', <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2245075>, 10.03.2017, s. 4.

INTERNET OF THINGS AND PATENTS: TOWARDS THE IOT PATENT WARS?***NESNELERİN İNTERNETİ VE PATENTLER : NESNELERİN İNTERNETİ PATENT SAVAŞLARINA DOĞRU?****Dr. Guido NOTO LA DIEGA******ABSTRACT**

Intellectual property is a key, albeit overlooked, issue when it comes to the Internet of Things (IoT). It is still unclear, for instance, to what extent trade secrets can be used to prevent the user from controlling their own device (the so-called right to hack) and to hinder interoperability. Likewise, it is still to be fully explored to what extent intellectual property (database rights) can be used to prevent data portability. This paper focuses on patent law and, namely, on computer-implemented inventions by giving account of the approaches followed in Europe, United States, and India. With the IoT patenting activity being over eight times larger than the general worldwide increase in patenting, research on this field appears critical. The occasion of this study is the adoption in 2016 of the final version of the Indian guidelines on the examination of computer-related inventions, which have been surprisingly overlooked in the legal literature. The main idea is that the Internet of Things will lead to a dramatic increase of applications for software patents and if examiners, courts, and legislators will not be careful, there is the concrete risk of a surreptitious generalised grant of patents for computer programs as such (in Europe) and for abstract ideas (in the United States). The clarity provided by the Indian guidelines, following a lively public debate, can constitute good practices that Europe, the United States, as well as the Republic of Turkey, should take into account. With the increase of IoT patents, it is foreseeable the shift from the smartphone wars to the IoT wars, as evidenced by some recent litigation between Fitbit and Jawbone. The (perhaps cold) war seems impending, due to a number of reasons, such as the complexity of the supply chain, the several domains in which the IoT is divided and the composite nature of the IoT devices.

Keywords: *Internet of Things, IoT, software patents, computer-implemented inventions, computer-related inventions, software inventions, patenting, patent law, computer programs, patentable subject matter, patentability, exclusion.*

* This paper was presented at the "III. International Symposium on Intellectual Property Law" held on 25th May 2017.

** Lecturer in Law, Northumbria University; President, 'Ital-IoT' Centre of Multidisciplinary Research On the Internet of Things; Fellow, Nexa Centre for Internet and Society; Convenor, NINSO Northumbria Internet & Society Research Interest Group. The author is grateful to the Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi for the invitation to the III. International Symposium on Intellectual Property Law. He is thankful to Dr Cahit Suluk and Mr Canan Öztürker for insight in the Turkish patent system. The responsibility for opinions and mistakes, however, rests with the author. Please, e-mail comments to guido.notaladiega@northumbria.ac.uk or tweet them to @guidonld. This paper builds on an article published on the European Intellectual Property Review.
(Geliş Tarihi : 03.05.2017 / Kabul Tarihi : 02.07.2017)

I. INTRODUCTION

The Internet of Things (IoT) entails any physical entity capable of connectivity that directly interfaces the physical world, such as embedded devices, sensors and actuators (Noto La Diega and Walden 2016). It will be the largest device market in the world by 2019 and will result in \$1.7 trillion in value added to the global economy (Greenough 2014). Such an opportunity could not be overlooked by innovators, as shown by the almost 22.000 IoT patents and patent applications published between 2004 and 2013 (Intellectual Property Office 2014). Moreover, between 2010 and 2013 the annual increase in the IoT patenting activity has been over eight times larger than the general worldwide increase in patenting (ibid.).

Even though it is recognised that “[l]egal and regulatory concerns of intellectual property issues [...] are emerging challenges” (Rose, Eldridge, and Chapin 2015, 39) for the IoT, little research explored them (Noto La Diega 2017; Trappey et al. 2016; Horbal 2015). This paper deals with patent law, given that, according to the European Patent Office (EPO), the IoT is likely to increase patent density in relation to “all industrial sectors” (CEN and CELENEC 2016, 12). Moreover, IoT patents are seen as the key enabler for the Industry 4.0 and software patents are the second most granted patents after patents on controllers (Trappey et al. 2016). Besides, it has been observed that the so-called IoT patent thicket “has grown immensely over the last 10 years” (Ho 2016b), because the relevant players are getting patents at every level of the IoT ecosystem. The focus will be on one of the most relevant IoT-related patent law topics, that is computer-implemented inventions (CII, or computer-related invention, CRI).

A CII involves the use of a computer, computer network or other programmable apparatus, where one or more features are realised wholly or partly by means of a computer program. CIIs are a critical topic in patent law, since a too relaxed approach in awarding grants for this kind of inventions may risk

to allow a double protection for computer programs: copyright and patents. Thus, a too much broad monopoly would be legitimised, with a subsequent increased propertisation of intangibles. A similar problem can occur in the United States, notwithstanding the patentability of computer programs *per se*. There the risk is the widespread eligibility for protection of mere abstract ideas. This would only partly offset by the difficulty to enforce IoT patents, mainly related to the issues of divided infringement and territoriality (Ho and Huang 2016).

Many countries continue to clearly exclude software patents, and this is the case of the Republic of the Philippines. However, the trend seems to go in the opposite direction of recognising patents on CII and sometimes on computer programs *per se*.

This article sheds light on a much pressing issue by giving account of the approaches followed in Europe, United States, and India. The main idea is that the IoT will lead to a dramatic increase of applications for software patents (and of the relevant litigation). If examiners, courts, and legislators will not be careful, there is the concrete risk of a surreptitious generalised grant of patents for computer programs as such (in Europe) and for abstract ideas (in the United States). The clarity provided by the Indian guidelines, following a lively public debate, can constitute a good practice that Europe, the United States, and the Republic of Turkey should take into account.

II. COMPUTER-IMPLEMENTED INVENTIONS IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN PATENT OFFICE

The protection of computer programs has always been a much debated topic. Whether to protect them, how to protect them: copyright, patents, or both.

There are three models. The first model, exemplified by the US, offers a double protection to

computer programs, with an overlap of patent rights and copyright. The second, most common, model is the hybrid one. As in all the countries party to the European Patent Convention (EPC) and the Berne Convention, computer programs are protected as literary works by copyright (with a number of exclusions e.g. functionality, programming language and file formats), while their patentability is excluded, but only ‘as such’. An example of this is the Turkish system. Under *Madde 6* of the *551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname* (art. 6 of the Decree-Law No. 551 of June 24, 1995 on the Protection of Patent Rights), computer programs fall outside the scope of patent law, being *Patent Verilemeyecek Konular* (non-patentable subject matter), only as such. A computer-implemented invention shall be regarded as patentable within the meaning of *Madde 6* provided that the claimed invention defines technical features which solve a technical problem. The new Turkish Code of Industrial Property (22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa) entered into force on 10 January 2017 and it confirmed the adherence to the hybrid model. Finally, the third model is single binary, with copyright protection of computer programs, but absolute exclusion from patentability. This is the case with the Intellectual Property Code of the Philippines Act No. 8293 (s. 172(1)(n) and (s. 22(2)).

The EPC – effective in Turkey as of 1 November 2000 – excludes the patentability of computer programs claimed “as such” (art. 52(2)(c) and (3) EPC). Patents are not granted merely for program listings, which are protected by copyright. If a technical problem is solved in a novel and non-obvious manner, a CII patent may be granted.

For quite a long time, it was well established that the exclusion under art. 52(2)(c) and (3) EPC applied to all computer programs, independently of their contents, independently of what the program could do or perform when loaded into an appropriate computer (e.g. *Röntgeneinrichtung* and *Editable document form*). This is no longer the case. The turn-

ing point has been *Computer program product/IBM*. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) played a critical role in the reasoning of the Boards of Appeal. Indeed, it was observed that under art. 27(1) TRIPS “patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology”. Therefore, allegedly, it would have been the clear intention of the TRIPS not to exclude from patentability any inventions, and, consequently, to include computer programs, provided that they have technical character. It is still not entirely clear what this technical character is, it would seem that it is everything that goes beyond the physical modifications of the hardware consisting in causing electrical currents, since this is common to all the computer programs. It is interesting that the latter are deemed to possess a technical character even if they do not produce a direct technical effect: the potential to produce a technical effect will do.

In my humble opinion, this interpretation collides with art. 10(1) TRIPS, whereby “[c]omputer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention”. *Ubi lex dixit voluit, ubi noluit tacuit*.

The second turning point has been the opinion of the Enlarged Boards of Appeal in G 3/08. The President of the EPO referred the following point of law: “must a claimed feature cause a technical effect on a physical entity in the real world in order to contribute to the technical character of the claim?” The President noted that according to decisions *Colour television signal* and T 190/94, a technical effect on a physical entity in the real world was required. This was, however, not the case in *Gerätsteuerung/HENZE* and *Clipboard formats I/MICROSOFT*. In these decisions the technical effects were essentially confined to the respective computer programs. According to the Enlarged Boards, *Colour television signal* and T 190/94 merely accepted the effect on a physical entity “as something sufficient for avoiding exclusion from patentability; they did not state that it was necessary”. Since *Gerätsteuerung/HEN-*

ZE and *Clipboard formats I/MICROSOFT* considered that there were technical effects, “whether the boards concerned considered that these technical effects were on a physical entity in the real world was irrelevant”.

Nowadays, the CII do not receive a stricter assessment in comparison to other inventions. Indeed, in *DNS determination of telephone number/HEWLETT-PACKARD*, the appellant argued that, since the patent concerned a CII, the triviality test should have been stricter. According to the Board, there is no basis for doing so and “[t]he only ‘special’ treatment for computer-implemented inventions relates to aspects or features of a non-technical nature; in fact, this treatment is only special in the sense that the presence of non-technical features is a problem which does not arise in many fields”.

‘Computer program/computer program product’ is one of the trickiest categories. The European Patent Office (EPO), indeed, stresses the (unclear) difference between the said category and the computer programs as a list of instructions: the subject matter is patentable “if the computer program resulting from implementation of the corresponding method is capable of bringing about, when running on a computer or loaded into a computer, a ‘further technical effect’ going beyond the ‘normal’ physical interactions between the computer program and the computer hardware on which it is run” (European Patent Office, 2013).

The EPO distinguishes between two situations. On the one hand, inventions in which all the method steps can be carried out by generic data processing means. On the other hand, inventions in which at least one method step requires the use of specific data processing means or other technical devices as essential features (European Patent Office, 2016, 3.9).

Let us have a look at the first sub-category, which presents a higher risk of surreptitious software patenting. The EPO provides a non-exhaustive list which comprises examples of acceptable claim

formulations (European Patent Office, 2016, 3.9.1). In particular, the model of acceptable set of claims is as follows: i. Method claim; ii. Apparatus/device/system claim; iii. Computer program (product) claim; iv. Computer-readable (storage) medium/data carrier claim.

If this pattern is followed, when assessing the novelty and inventive step of a set of claims, the examiner will start with the method claim. If the subject-matter of the method claim is considered novel and inventive, the subject-matter of the other claims will normally be novel and inventive as well. Conversely, claims that do not follow the pattern are assessed on a case-by-case basis in view of the requirements of clarity, novelty and inventive step. It is noteworthy that, as an example of the latter, the EPO provides the scenario “when the invention is realised in a distributed computing environment or involves interrelated products” (ibid.), that is, to some extent, the IoT. In this event, “it may be necessary to refer to the specific features of the different entities and to define how they interact to ensure the presence of all essential features” (ibid.), instead of making a mere reference to another claim as in the model set of claims.

It would seem that it could be harder to file an application for an IoT patent, in comparison with an average CII. This seems confirmed by the fact that the user interaction is increasingly important in a technological (and societal) development that claims to put the user at the centre. Indeed, if user interaction is required, an objection under art. 84 EPC (clear and concise definition of the matter of the claim) may arise “if it is not possible to be determine from the claim which steps are carried out by the user” (European Patent Office, 2016, 3.9.1).

Final confirmation of the fact that IoT applications are less likely to be successful is the separate (and less favourable) regime afforded to inventions in which at least one method step requires the use of specific data processing means or other technical devices as essential features. The example pro-

vided is “If the invention involves an interaction between data processing steps and other technical means such as a sensor, an actuator etc.” European Patent Office, 2016, 3.9.2). Devices with sensing and actuating capabilities, on the one hand, and data processing on the other hand are the main ingredients of the IoT. Now, sensors and actuators must be comprised in the independent claims if they are essential for carrying out the invention. If the claims do not define which steps are carried out by the data processor or by the additional devices involved, as well as their interactions, objections of unclear and unconcise definition (art. 84 EPC) may arise.

The risk of software patents exists, but the EPO stresses that “it must be clear from the program that it is to be executed on the specific device” (European Patent Office, 2016, 3.9.2). Therefore, either a clear link between the software and the hardware is shown, or the patent would hardly be granted.

The guidelines on methods fully implemented by generic data processing means conclude in an obscure way. It refers to the guidance on claims comprising technical and nontechnical features, “[f]or the assessment of inventive step for claims comprising features related to exclusions under art. 52(2), as is often the case with CII”. It is not clear what is often the case. On the one hand, it cannot mean that CIIs often comprise features related to computer programs or methods (and other excluded subject matter), because they always do. On the other hand, it does not seem to mean that CIIs usually fall under the excluded subject matter, because the reference is to the inventiveness test. It is important to keep patentability and inventiveness separate, because even the highest degree of inventiveness must not offset the lack of patentability of computer programs as such.

A common characteristic of CIIs is that non-technical features play a crucial role and they may prevail on the technical features (European Patent Office, 2016, 5.4). This has some effect on the assessment of the inventive step, which requires a

non-obvious technical solution to a technical problem (*Two identities/COMVIK*; *Classification method/COMPTEL*). An example may be a method to reduce the network traffic of a game played on the cloud by reducing the maximum number of players. This cannot form the basis for the formulation of an objective technical problem. It is rather a direct consequence of changing the rules of the game, which is inherent in the non-technical scheme.

The EPO considers that some features may be non-technical *per se*, but, in the context of the invention, they could “contribute to producing a technical effect serving a technical purpose, thereby contributing to the technical character of the invention” (European Patent Office, 2016, 5.4). It remains unaffected that “features making no [...] contribution[—to the technical character of the invention] cannot support the presence of inventive step” (*Two identities/COMVIK*). An example may be a feature which contributes only to the solution of a problem in a field excluded from patentability, such as computer programs.

This passage is critical because, even though the interrelation between software and hardware does not seem critical in the assessment of the patentability of CIIs (G 3/08), it becomes important in the assessment of the inventive step, because if the claimed CII resolves a problem which regards only the software, this problem will not be regarded as technical and the patent will not be granted for lack of inventiveness. Therefore, for instance, the programmer must have had technical considerations beyond “merely” finding a computer algorithm to carry out some procedure (G 3/08). Nonetheless, features of the computer program itself (*Computer program product/IBM*) as well as the presence of a device defined in the claim (*Clipboard formats I/MICROSOFT*; *Auction method/HITACHI*) may potentially lend technical character to the claimed subject-matter (European Patent Office, 2016, 3.6).

From an IoT perspective, it is worth mentioning the patentability of simulations, given the growing

importance of virtual reality, holographic technologies, and augment reality. In *Checkpoint simulation/ACCENTURE*, the Boards of Appeal pointed out that the definition of technical processes seemed not to cover simulations, whose purpose is to replace physical entities with virtual ones. In T 208/84, the board had held that a technical process is different from a mathematical method in that the technical process is carried out on a physical entity and provides, as its result, a certain change in that entity. *Schaltkreissimulation I/Infineon Technologies* reversed it and held that the simulation of an adequately defined class of technical items could be a functional technical feature. In *Call center/IEX*, finally, the board left open the question whether it is a sufficient condition for a simulation to be patentable that the simulated items be technical. It observed that the simulated system was not technical; therefore, the condition did not hold.

The situation in Europe is still very much uncertain. In 2002, the European Commission drafted a Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions (COM(2002) 92), which was ultimately rejected in 2005. The main reasons for the failure were the fear of extension of the patentable subject matter. It is what it is, but it is clear that harmonised and clear rules would benefit both businesses and consumers.

III. BRIEF NOTES ON SOFTWARE PATENTS AND THE INTERNET OF THINGS.

The most analysed legal aspect of the IoT is privacy (Yeoh 2017; Beardwood and Bowman 2016; Weber 2015; Linkomies 2015), but scholars are starting to look into intellectual property (Lundqvist 2016; Zingales 2015) and patents seem to play the main role (Noto La Diega 2017; Trappey et al. 2016; Intellectual Property Magazine 2016; Ho and Huang 2016; Ho and Stein 2016; Ho 2016a; Ho and Johns 2016; Amundson 2016; Robinson 2015). As reported by Trappey et al. (2015), the top assignees (and therefore top IoT players) are Intel, IBM, Sam-

sung, Huawei, ZTE, Qualcomm, Ericsson, Fujitsu, Siemens, and Nokia. In 2015, Samsung was the IoT leader in R&D expenditure. The top countries by assignees are the US, China, Japan, and Korea (with the WIPO, not technically a country, having more assignees than Korea). The IoT leaders the IoT leaders are bidding on sensors, wireless communication, as well as embedded systems. Finally, Trappey et al. (2016) found that, under the International Patent Classification the H04L class (transmission of digital information) dominates the industry, particularly in relation to multiplexing methods, baseband processing, and protocols. If one divides the IoT's layers in perception, transmission, computation, and application, the second one appears to be the most densely patented. Finally, as to the technologies, most patents refer to software, circuits, hardware, sensors, and encryption. These data enable the authors to conclude that "the IoT market will produce a wide array of new sensors, actuators, controllers, and circuits, as well as their transmission techniques in compliance with standards and forming IP ecosystems for adaptation and commercialization" (Trappey et al. 2016, 15).

Future research will need to address other fundamental intellectual property issues, for instance if and to what extent trade secrets can be used to prevent the user from controlling their own device (the so-called right to hack one's own device, for instance to repair it). Likewise, it is still to be fully explored to what extent intellectual property (database rights) can be used for datafication purposes, e.g. by preventing data portability, whose importance will increasingly grow with smart devices becoming commonplace and with the fading of the online/offline distinction. As noted by Lundqvist, "data, originating from users, from devices, sent through the 4G and 5G networks to the client servers and the Cloud are heavily boxed in by intellectual property rights" (2016, 10). Furthermore, for a copyright case, one could refer to the recent *Cisco Systems, Inc. v. Arista Networks, Inc.*, The court found that Arista was not liable for using hundreds of command-line interfaces in its networking switches that Cisco Systems developed, due to the doctrine of *scènes à faire*. It was commented that many IoT players "were closely

watching this case to see what parts of the IoT ecosystem could be protected by copyrights” (Mar and Liaw 2016). One could question, finally, whether the way devices interact (e.g. in a smart home environment) may be trademarked.

When it comes to patent law, which is the focus of this paper, CIIs are the only topic to be explored. Given technology convergence, industry fragmentation, and the need for interoperability, licensing is becoming as fundamental as complicated. It has been suggested that patent license packages for joint licensing and super packages (packages of patent licence packages) might constitute an answer (Ho 2016b). Reportedly, “[t]he patent licensing landscape for this market is on the verge of explosive growth” (Elvidge, Morrison, and Bijman 2016). If interoperability is key to the IoT, then standard essential patents and licences on FRAND terms will play a fundamental role (CEN and CENELEC 2016). Without full interoperability, we will have the Internet of Silos, as opposed to the IoT. Competition law and data protection may help opening up the silos, thus counterbalancing the abuse of proprietary systems. It has been noted that embedded software systems are often legacy, closed-box systems that prevent machines from communicating with each other over the IoT protocols (Lee 2006). Patents are, indeed, not the only hindrance to interoperability (let us think of trade secrets and copyright), therefore some authors call “for the EU to produce soft law encouraging best practices and addressing the tensions between standardization and intellectual property other than patents” (Zingales 2015, 5). A coordinated and holistic strategy is to be recommended.

More generally, given the growth of the IoT market, it is foreseeable that companies will use patents to secure their share in the relevant benefits. As recognised by Robinson (2015), IoT technology raises issues concerning patentability, joint infringement and patent quality. The first two issues are seen as surmountable. As to the latter, it is predicted that US Patent and Trademark Office’s quality initiatives may lead to IoT patents of a reasonable scope.

Moving on to the focus of the paper, which also other authors see as the main patent law issue

(Zingales 2015, 9), mischievous commentators may argue that the CIIs are a surreptitious way to obtain a double binary for software protection. This may become true with the IoT. Indeed, with the gradual substitution of old products with smart devices, we will face an unprecedented growth of CIIs; therefore, asserting that computer programs are not patentable in Europe may sound hypocritical. In other terms, I foresee that most of the computer programs will be embedded in smart devices, with the consequential patentability of most computer programs under the label of CII.

The impact of the IoT on patents can be observed also from another point of view. I believe that the IoT provokes a redefinition of the inventive concept for purposes of assessing patentability, essentially because of two characteristics: (a) network structure: patentability may increasingly derive from the way smart devices interact; (b) composite nature of the said devices: novelty might stem from the way the components of a single device interact.

As to the first aspect, the customers are more and more interested to the novel interaction between their devices, rather than to the device in isolation (let us think a hub in a domotics context). Interoperability and open standards are the way forward, even though security plays often the role of excuse to build closed sub-systems, thus giving rise to the “Internet of Silos”.

When it comes to the composite nature of devices, it means that usually devices incorporate several other devices. A smartphone contains a large number of sensors and a damage may occur because of a defect or inaccuracy of any of the said components of the device. It is not always clear if the liability should fall on the main actor responsible for the composite device or if its component’s actors should be liable. Generally speaking, and unless a contrary evidence is provided, I am in favour of the first hypothesis, for at least two reasons.

Firstly, the final manufacturer has a duty to double-check the security and safety of the composite device both when placing it on the market and during the provision of the services. Secondly,

it could prove impossible for the customer to track the supply chain and find the responsible for the single sub-thing. The conclusion may be different depending on the openness or closure of the system (e.g. Apple can control third-parties' apps through its store, whereas Android stores are open, thus not allowing the same control). Courts may also give some relevance to the number of sub-things present in the composite thing (an airplane is not the same as a light bulb) and the kind of activity for which the device is used (a defibrillator can save a life and therefore higher standards of security and a stricter scrutiny are required) (Noto La Diega, 2016).

IV. SOME RECENT PATENT LITIGATION IN THE US: ALICE THROUGH THE LOOKING GLASS?

My prediction that CII cases will become more and more common has been confirmed, for instance, by the fact that Davis (2016) opens his list of top patent cases of 2016 with the "Alice reversals". As is common knowledge, *Alice Corp. v. CLS Bank International* held that a computer-implemented, electronic escrow service for facilitating financial transactions was not patentable, in that it covered only abstract ideas.

The petitioner argued that a computer "necessarily exist[s] in the physical, rather than purely conceptual, realm" (Brief for Petitioner 39). According to the US Supreme Court, however, the fact is beside the point. Indeed,

"There is no dispute that a computer is a tangible system (in §101 terms, a "machine"), or that many computer-implemented claims are formally addressed to patent-eligible subject matter. But if that were the end of the §101 inquiry, an applicant could claim any principle of the physical or social sciences by reciting a computer system configured to implement the relevant concept".

If that was the case, the determination of patent eligibility would "depend simply on the draftsman's art," (*Parker v Flook*, at 593), thussterilizing the rule

whereby "[l]aws of nature, natural phenomena, and abstract ideas are not patentable." (*Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics*). Alice at 2355 refers to *Mayo v Prometheus*. In *Mayo*, the Supreme Court set forth a two-step analytical framework to identify patents that, in essence, claim nothing more than abstract ideas. The court must first "determine whether the claims at issue are directed to a patent-ineligible concept." If so, the court must then "consider the elements of each claim both individually and 'as an ordered combination' to determine whether the additional elements 'transform the nature of the claim' into a patent-eligible application." (*Mayo*, 132 S. Ct. at 1298, 1297). The Supreme Court described this as a "search for an 'inventive concept'—i.e., an element or combination of elements that is 'sufficient to ensure that the patent in practice amounts to significantly more than a patent upon the [ineligible concept] itself.'" (Id.).

As to pre-emption, finally, *Fitbit, Inc. v Aliph-com, et al* reaffirmed that the "concern that undergirds [the] § 101 jurisprudence" is pre-emption (*Alice* at 2358). If a claim is so abstract so as to "pre-empt use of [the claimed] approach in all fields, and would effectively grant a monopoly over an abstract idea" is not patent-eligible (*Bilski v. Kappos* at 612). Relatedly, "claims that are 'so result-focused, so functional, as to effectively cover any solution to an identified problem' are frequently held ineligible under section 101." (*Affinity Labs of Texas, LLC v. DIRECTV, LLC* at 1265). More importantly, they reiterated that "[w]hile preemption may signal patent ineligible subject matter, the absence of complete pre-emption does not demonstrate patent eligibility." (*Fairwarning IP* at 1098).

It has been observed that "subject matter eligibility might stand in the way of IoT patents because many IoT inventions are computer related" (Ho and Stein 2016), but it would seem that the wind is blowing in a new direction.

As reported by Sachs (2015), in October 2015 about 73 percent of motions arguing that patents were invalid under Alice have been granted by fed-

eral courts. Applicants had to focus patents on very narrow areas of protection in order to aspire to get an IoT (or, more generally, a CRI) patent. This could be done, for instance, by specifying the use of particular hardware or by providing specific operations, such as detailed algorithms (Ho and Johns 2016). The first root seems to be particularly suitable for the IoT, because if the applicant clearly links the operation of the software to a particular device, this would significantly strengthen the application. This said, after *Alice* and *Mayo*, it seemed that patenting software was a chimera. In recent times, however, there seems to be a change of policy and IoT patenting is likely to become easier.

The first example is provided by *ENFISH, LLC v. Microsoft Corp.*, which reversed a district court's decision and concluded that all five claims on appeal were patent-eligible. The Court of Appeals observed at 1335 that

“some improvements in computer-related technology when appropriately claimed are undoubtedly not abstract, such as a chip architecture, an LED display, and the like. Nor do we think that claims directed to software, as opposed to hardware, are inherently abstract”

Applying the *Mayo* two step test, firstly, one has to assess if the claim is on a specific asserted improvement in computer capabilities or on a process that qualifies as an “abstract idea” for which computers are invoked merely as a tool. The second step asks if, nevertheless, there is some inventive concept in the application of the abstract idea. Therefore, according to *Enfish*, *Alice* should not be read as broadly holding that all improvements in computer-related technology are inherently abstract, thus having to be considered at step two. In *Enfish*, consequently, *Alice* has been interpreted narrowly, thus considering patentable “a specific improvement to the way computers operate, embodied in the self-referential table” (ibid at 1336).

Other evidence of the change of policy in the sense of a more liberal approach in recognising

software patents comes from *Bascom Global Internet Services, Inc. v. AT&T Mobility LLC*. The US Court of Appeals for the Federal Circuit reversed a decision of the US District Court for the Northern District of Texas (No. 3:14-cv-03942-M, Judge Barbara M.G. Lynn) by holding that Bascom Global Internet Services' patent on filtering internet content improved computer functioning and, therefore, was not an abstract idea. The broad approach builds on *DDR Holdings, LLC v. Hotels.com* (Judge Raymond Chen filed both the majority opinions), whereby what matters is that an invention “is not merely the routine or conventional use of the Internet” (ibid. at 1259). One has to notice that the *Enfish* claims, understood in light of their specific limitations, were unambiguously directed to an improvement in computer capabilities. Unlike *Enfish*, here the claims and their specific limitations “do not readily lend themselves to a step-one finding that they are directed to a nonabstract idea” (*Bascom* at 13). Therefore, the Court defers its consideration of the specific claim limitations' narrowing effect for step two, which means assessing the inventive concept. Allegedly, the District Court has ignored that “[t]he inventive concept inquiry requires more than recognizing that each claim element, by itself, was known in the art. As is the case here, an inventive concept can be found in the non-conventional and non-generic arrangement of known, conventional pieces” (ibid. at 15). Finally, it is interesting that the concurring opinion tends towards an even more relaxed approach to software patents. Indeed, Judge Newman urges “a more flexible approach to the determination of patent eligibility, for the two-step protocol for ascertaining whether a patent is for an ‘abstract idea’ is not always necessary to resolve patent disputes”.

If the stream inaugurated with *DDR* and confirmed by *Enfish* and *Bascom* will lead the development of the future case law, there is the concrete risk that patents will be granted for every software and method, with the sole exclusion of “longstanding, well-known method[s] of organizing human behavior” (*Bascom* at 12). If one analyses the aftermath,

this does not provide evidence for a clear prediction. Indeed, on the one hand, *Fairwarning IP, LLC v. Iatric Sys, Inc.*, *Affinity Labs, LLC v. Amazon.Com Inc. et al.*, and *Intellectual Ventures I LLC v. Symantec Corp.* conclude with patent-ineligible subject matter.

On the other hand, leveraging the above analysed recent case law, *Micro, Inc. v. Bandai Namco Games Am., Inc.* concluded that “the ordered combination of claimed steps, using unconventional rules that relate sub-sequences of phonemes, timings, and morph weight sets, is not directed to an abstract idea is patent-eligible”.

A similar trend was confirmed by in *Amdocs (Israel) Ltd v Openet Telecom Inc.*, the Federal Circuit found that the claims at issue could be patentable in light of their written descriptions. Thus, it reversed the District Court’s decision whereby the claims were directed to the abstract ideas of correlating two network accounting records to enhance the first record and using a database to compile and report on network usage information. In this case, the Court of Appeals held that even if they were to agree that the claims were directed to ineligible abstract ideas under step one of the *Mayo* test, nonetheless they would be eligible under step two because they allegedly contain a sufficient “inventive concept” (this does not mean, however, that they are valid). It is noteworthy that Circuit Judge Reyna dissented and criticised the majority for “avoid[ing] determining whether the asserted claims are directed to an abstract idea, or even identifying what the underlying abstract idea is”. I join the dissenting opinion also, inasmuch as, even though it accepts that the written description discloses a patentable network-monitoring system, it stressed that “the inquiry is not whether the specifications disclose a patent-eligible system, but whether the claims are directed to a patent-ineligible concept”. There would seem to be a contrast with the case law that clarifies that the “§ 101 inquiry must focus on the language of the Asserted Claims themselves [...] complex details from the specification cannot save a claim directed to an abstract idea that recites generic computer parts” (*Synopsys v Mentor Graphics Corp* at 20–21, citing *Accenture Global Servs GmbH v Guidewire Software Inc* at 1345).

Likewise, a motion tracking system was found patentable in *Thales Visionix Inc. v. United States*. The Claims Court had found the claims ineligible, because they were directed to the abstract idea of using laws of nature governing motion to track two objects, and they provided no inventive concept beyond the abstract idea. The Federal Circuit reversed the decision. Leaning on *Diamond v. Diehr*, the Court concluded that “the claims are directed to systems and methods that use inertial sensors in a non-conventional manner to reduce errors in measuring the relative position and orientation of a moving object on a moving reference frame.” The court held that the invention applied laws of physics to solve this problem, and the mere presence of a mathematical equation in the solution “does not doom the claims to abstraction.”

There is the risk of a gradual departure from *Alice* and *Mayo*, up to the point of patenting abstract ideas with no proper inventive concept. Soon, we might leave Wonderland and we would see *Alice* only through the looking glass. I join the concurring opinion of Judge Mayer in *Intellectual Ventures* (considered the “big event” of the case by Crouch, 2016), whereby claims directed to software implemented on a generic computer are categorically not eligible for patent. In particular,

“the claims at issue in *BASCOM*, *Enfish*, and *DDR*, like those found patent ineligible in *Alice*, do ‘no more than require a generic computer to perform generic computer functions’ *Alice*, 134 S. Ct. at 2539. *Eliminating generally-implemented software patents would clear the patent thicket, ensuring that patent protection promotes, rather than impedes, ‘the onward march of science’* (*O’Reilly v Morse*, 56 U.S. (15 How.) 62, 113 (1853), and allowing technological innovation to proceed apace”.

Roberts (2016) has commented that now, given this concurring opinion, “software patents are in peril”. It is not causal that the other point of Judge Mayer’s opinion was that “patents constricting the essential channels of online communication run

afoul of the First Amendment”. Indeed, a holistic approach to patents should take into account a number of trade-offs and endeavour to strike a balance between the conflicting interests, such as the right of the applicant to government-sanctioned monopolies, on the one hand, and, on the other hand, the “right to receive information and ideas [which] regardless of their social worth, is fundamental to our free society.” (Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557, 564 (1969)). A similar approach, unprecedented in US law according to Crouch (2016), is already part of the European tradition, as one can see, for instance, in *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and others*, even though sometimes the result of the balance favours private interests, as pointed out by Nivarra (2011). Indeed, on 8 September 2016, the Court of Justice, in proposing a liberal approach to hyperlinking, has stressed that

“the harmonisation effected by it is to maintain, in particular in the electronic environment, a fair balance between, on one hand, the interests of copyright holders and related rights in protecting their intellectual property rights, safeguarded by Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’) and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected objects, in particular their freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and of the general interest” (GS Media at 31).

Finally, news from the world of quantified self and activity tracking confirm that CII litigation is increasing in relation to the growth of the IoT. In a forest of IoT patents (the so-called patent thicket), every step ahead may lead to an infringement.

An example is provided by the Aliphcom (Jawbone) / Fitbit lawsuits. The companies involved are giants in the market of quantified self and wearables. On 28 April 2016, two of the Jawbone’ patents that were disputed at the U.S. International Trade Commission (ITC) were invalidated. Since Jawbone was trying to leverage those patents to prevent Fitbit’s

imports in the US, now this result appears hardly achievable. However, a Jawbone representative has pointed out that the patent ruling will be appealed and that “the two patents that are the subject of the ITC ruling represent only a portion of Jawbone’s case against Fitbit and a small subset of Jawbone’s overall patent portfolio” (Goode, 2016). Nonetheless, on 23 August 2016, Judge Dee Lord of the ITC struck-down Jawbone’s request for an import ban against Fitbit products “the competitors’ cross-filings for patent infringements had all been invalidated” (Trade Secrets Institute, 2016).

What is interesting from our perspective, is the official court filing states that the claims on the relevant patents “seek a monopoly on the abstract ideas of collecting and monitoring sleep and other health-related data.” Consequently, they are not eligible for the grant of a patent, also because “no innovating concept is claimed in either patent. With particular regard to systems for organizing human activity, the courts have determined that a patent is not eligible when it claims the use of computer technology to accomplish tasks that were in the past performed by human beings.” the filing states.

This ruling takes a strict approach to CIIs, which is commendable, since we foresee that an increasing number of applications for patents on IoT-software will be filed. The ruling has also an impact on the world of artificial intelligence and artificial enhancement. These technologies are progressively substituting human beings in their everyday tasks. Inventors and developers shall be aware that, generally speaking, there will be a tendency not to award patents for inventions enabling machines to accomplish tasks once performed by human beings.

The road to a possible IoT patents war, that will overshadow the smartphone wars, is then evidenced by another lawsuit between the same parties, with Fitbit this time as a plaintiff (*Fitbit, Inc. v Aliphcom, et al.*). The court denied Jawbone’s motion for judgment on the pleadings that three of Fitbit’s patents on devices pairing methods are invalid for failure to claim patent-eligible subject matter. Given the

importance of communications between devices for the growth (and for the existence itself) of the IoT and given the subsequent relevance of pairing technologies, this case may have an impact that goes well beyond the quantified-self domain. The court recognises that there are both reasons in favour and against the qualification as abstract idea (step one of the *Alice/Mayo* test), therefore they move on to step two, which courts must approach cautiously, “scrutiniz[ing] the claim elements more microscopically” than in step one (*Electric Power Group, LLC v Alstom S.A.* at 1354).

Fitbit claimed that the use of a server to identify eligible devices and the use of tapping, detected by a motion sensor, to validate a pairing were unconventional elements which supply an inventive concept. However, the Court agreed with Jawbone that none of the claim elements, assessed *individually*, provide an inventive concept. Indeed, “server,” “client,” and “portable monitoring device” are, in broad terms, generic, conventional components, none of which are inventive. The various steps of transmitting or receiving information and how they are accomplished are also generic—the claims recite these steps only functionally and require no inventive algorithm or data structure for performing them. Moreover, the Court also agreed with Jawbone that the claims’ relation to wearable activity tracker technology, in and of itself, does not make them patent-eligible (*Alice* at 2358: limiting the use of an abstract idea “to a particular technological environment” is not enough for patent eligibility).

Nonetheless, the Court agreed with Fitbit that both the use of tapping and the use of a server, when considered along with the rest of the claims as an *ordered combination*, supplied an inventive concept that transformed the asserted claims into patent eligible subject matter under step two. Indeed, a difference between the smartphone and many IoT devices is that the latter are smaller. Therefore, their design does not allow keyboards and/or buttons. This is a problem on many respects, including the pairing of the devices. Therefore, the Court saw the addition of tapping as the form of validation as an inventive concept. Moreover, Jawbone seemed to conflate inventive concept and novelty inasmuch as

they argued that tapping could not supply an inventive concept since it was known in the art. Therefore, tapping transformed the asserted claims into something more than an abstract device pairing process: it “improve[d] an existing technological process” (*Alice* at 2358) by expanding the scope of devices that can be paired. Furthermore, the injection of a server to regulate and facilitate the pairing process was deemed to supply an inventive concept. Thus, the asserted claims shift the traditional paradigm so that all of the information needed for pairing does not have to be provided through the two devices.

It seems clear that these lawsuits “presage wider patent disputes over IoT technologies as they mature and more products become available to consumers” (Amundson 2016). The described trend, which seems quite favourable to the patent eligibility of IoT inventions, may contribute to increase the propertisation of IoT devices and the relevant shift from the IoT to the Internet of Silos. It is hoped that issues of divided infringement and territorial scope will somehow slow down the process, in consideration of the possible difficulties in enforcing IoT patents.

V. THE GUIDELINES ON THE EXAMINATION OF COMPUTER-RELATED INVENTIONS. HISTORICAL BACKGROUND, BASIC CONCEPTS AND THE (NOT ALWAYS SAVVY) PROTESTS OF THE CIVIL SOCIETY

It is not sufficiently known that India has a pioneering role in the development of new technologies and new approaches to the concept itself of innovation.

A notable example is Ministry of Electronics & Information Technology (2015), which builds on the ‘Digital India Programme.’ In issuing it, the Department of Electronics and Information Technology (‘DeitY’) pursued four goals. Firstly, to create an IoT industry in India of USD 15 billion by 2020 (with a share of 5-6% of global IoT industry.) Secondly, to undertake capacity development for IoT specific skill-sets for domestic and international markets. Thirdly, to undertake R&D for all the assisting technologies. Lastly, to develop smart devices specific to Indian needs in all possible domains. The policy

has been seen by Aggarwal (2015) as the realisation of the “Zero Defect Zero Effect” slogan, which was coined by Prime Minister of India, Narendra Modi. Part of the Make in India strategy, it denotes manufacturing mechanisms whereby the possibility of error and the environmental impact are, or should be, eliminated. Malevolent commentators may judge it as a ‘green washing’ policy in order to convince transnational corporations to manufacture their products in India and to increase the exportations. In fact, in the Independence Day speech, Modi had said that the ‘zero defect, zero effect’ policy was critical so that “our exported goods are never returned to us.” (Modi, 2014) However, the reasons for the policy will prove to be of secondary importance, as long as the implementation activities will be carried out with the bottom-up inclusive approach that we are seeing in the deployment of the Indian smart cities plan, as in Ministry of Urban Development (2015).

Future research shall focus on the risks of such a fast growth. For instance, in 2010, the Government of India (better said, the Unique Identification Authority of India, ‘UIDAI’) has started collecting biometric data (mainly fingerprints and iris signatures) as a condition to issue the so-called Aadhaar number and card. Without the number, one cannot apply for subsidies. The UIDAI has already collected the biometric data of nearly a billion people (Miglani & Kumar, 2016). On 25 March 2016, the Aadhaar (Targeted Delivery of Financial and Other Subsidies, Benefits and Services) Act, 2016 has received the assent of the President. The Act provides federal agencies with the right to access the said database in the interest of national security. There is the actual risk of using the largest biometric database in the world for surveillance purposes.

India, unlike the US, is following the double-binary European approach. Indeed, s. 3(k) of the Patents Act 1970 states that a “computer programme *per se*” is not patentable, but until recently it was not clear whether CRIs were excluded from the subject matter or not. The silence kept on CRIs will not surprise who knows that the Patents Act, notwithstanding its amendments, remains an old act, as shown *inter alia* by the several provisions on floppy disks.

The path towards the introduction of software patents had been gradual and Brownian. In 2002, the Patents (Amendments) Act, 2002 introduced the words ‘*per se*’ in s. 3(k) of the Patents Act. This was explained by the Joint Parliamentary Committee by saying that “sometimes the computer program may include certain other things, ancillary thereto or developed thereon. The intention here is not to reject them for grant of patent if they are inventions. However, the computer programs as such are not intended to be granted patent.” (Comments and recommendations on the Guidelines, 2015). The first guidance explained ‘ancillary’ by referring to “things which are essential to give effect to the computer program.”

The second step was the Patents (Amendment) Ordinance, 2004. At that time, an amendment to provide for the patentability of computer programs insofar as they enhanced technology was rejected by the Lok Sabha and the Rajya Sabha (the houses of the Parliament of India), “as they feared that this would be beneficial only to multinational companies.” (Chathurvedula, 2015).

A similar failed attempt was made by the Patents (Amendment) Bill, 2005 that sought to extend patentability to computer programs with “technical application to industry”. The ‘transnational corporations’ exception was successfully raised again.

In 2011, then, the Controller General of Patents, Designs and Trade marks (hereinafter the ‘Controller’, the Indian homologous of the Intellectual Property Office) clarified that “claims directed at ‘computer program products’ are computer programs *per se* stored in a computer readable medium and as such are not allowable.” (Office of Controller General of Patents, Designs & Trademarks 2011, 08.03.05.10.) Moreover, when a claim *inter alia* contains a subject matter that is not limited to a computer program, “it is examined whether such subject matter is sufficiently disclosed in the specification and forms an essential part of the invention.” (*ibid*).

It is notable that the draft CRI guidelines published in 2013 were clear as to the exclusion of any computer program that may work on any general-purpose computer or “related device” (mainly smart devices) did not meet the requirements of law.

In August 2015, the Controller issued the first CRI guidance; it allowed the patenting of programs, which demonstrated technical advancement. Unsurprisingly, the guidance gave rise to protests of the civil society. Many organisations and citizens, indeed, complained about the contrast with s. 3(k) of the Patents Act and because software patentability was seen as a break to innovation (Concerns over the “Guidelines, 2015). To be precise, the guidance reaffirmed that computer programs per se were excluded from patentability and, therefore, “[c]laims which are directed towards computer programs per se are excluded from patentability”; consequently, the citizens’ claims that computer programs were excluded “unconditionally” and that the one at issues was a ‘blanket exclusion’ were not entirely correct. Moreover, for being considered patentable, the subject matter should involve either “- a novel hardware, or - a novel hardware with a novel computer program, or - a *novel computer program with a known hardware* which goes beyond the normal interaction with such hardware and affects a change in the functionality and/or performance of the existing hardware.” The ‘physical’ element looked critical, but the third category presented some ambiguity. In addition, the attached clarification was not helpful (also, it was not clear if it was a clarification or a fourth category): a computer program, “when running on or loaded into a computer, going beyond the ‘normal’ physical interactions between the software and the hardware on which it is run, and is *capable of bringing further technical effect may not be considered as exclusion under these provisions.*” (Office of Controller General of Patents, Designs and Trade-marks (2013), para 5.1).

The letter of the civil society complained that the patentability of software was maintained dependent on the industrial applicability. This is not precise. Whereas the cited patentability as a result of technical effect could be tricky, the guidance limited itself to state that “[t]he examination procedure of patent applications relating to CRIs is the same as that for other inventions to the extent of consideration of novelty, inventive step, industrial applicability, sufficiency of disclosure and other requirements under the Patents Act and the rules made thereunder.”

After the said protests, with order No. 70 of 2015, the Controller announced that the criticised guidance was to be “kept in abeyance till discussions with stakeholders are completed and contentious issues are resolved.” The discussions have been completed and the contentious issues resolved on 19 February 2016, when the Controller published the new guidelines on the examination of CRIs (Office of the Controller General of Patents, Designs and Trade Marks, 2016).

CRIs now comprise “inventions which involve the use of computers, computer networks or other programmable apparatus and include such inventions having one or more features of which are realized wholly or partially by means of a computer program or programs.” Incidentally, one may note that ‘other programmable apparatus’ is a flexible concept indeed capable to encompass smart devices. The pendant of this notion is the ‘computer system’, which, under the Information Technology Act, 2000 is “a device or collection of devices, including input and output support devices and excluding calculators which are not programmable and capable of being used in conjunction with external files, which contain computer programs, electronic instructions, input data and output data, that performs logic, arithmetic, data storage and retrieval, communication control and other functions.” A very ‘IoT’ dictionary. Even before that, the definition of ‘computer’ is sufficiently flexible to accommodate the IoT specific characteristics. The term ‘computer’ is defined in The Information Technology Act, 2000 as “any electronic, magnetic, optical or other high-speed data processing device or system which performs logical, arithmetic, and memory functions by manipulations of electronic, magnetic or optical impulses, and includes all input, output, processing, storage, computer software, or communication facilities which are connected or related to the computer in a computer system or computer network.”

The new guidelines reaffirm the exclusion of the software patents and introduces a three-step test to determine the applicability of s. 3(k) of the Patents Act to CRIs. Indeed, “[e]xaminers may rely on the following three stage test in examining CRI applications: (1) Properly construe the claim and iden-

tify the actual contribution; (2) If the contribution lies only in mathematical method, business method or algorithm, deny the claim; (3) *If the contribution lies in the field of computer program, check whether it is claimed in conjunction with a novel hardware and proceed to other steps to determine patentability with respect to the invention.*” (Guidelines 2016, s.5) Therefore, if the hardware is not novel (e.g. some innovative smart device), then no patent will be granted. It would seem, consequently, that computer programs running on traditional computers should be excluded by the subject matter of patents. This is particularly clear if one reads the previous version of the guidelines, which included the eligibility of “a novel computer programme with a known hardware which goes beyond the normal interaction with such hardware and affects a change in the functionality and/or performance of the existing hardware”.

Moreover, even though the phases of the examination procedure of CRIs are the same as the other inventions as to novelty, inventive step, industrial applicability and sufficiency of disclosure, “[t]he determination that the subject matter relates to one of the excluded categories requires greater skill on the part of the examiner.” While explaining that these concepts apply equally to ordinary inventions and to CRIs, the Controller specifies that the “determination of industrial applicability in case of CRIs is very crucial since applications relating to CRIs may contain only abstract theories, lacking in industrial application.” Furthermore, it explains how the sufficiency of disclosure applies to CRIs. The said requirement means that the invention has to be described “fully and particularly” (‘what’) and the specification has to explain the best method of operation. Under para. 4.4.2 of the new guidance, “[t]he best mode of operation and/or use of the invention shall be described with suitable illustrations. The specification should not limit the description of the invention only to its functionality rather it should specifically and clearly describe the implementation of the invention.

Even though the use of ‘may’ might suggest a certain scope for the examiners’ discretion and one would have expected that the excluded subject matter should have to be interpreted in a stricter way (as opposed to require “greater skill”), the wording

is adamant in linking the patentability of CRIs to inventions which constitute an inextricable mixture of software and (novel) hardware; that is to say, to smart devices. From this point of view, the new CRI guidance may be a formidable input to the developments of IoT inventions, now supported by legal clarity and certainty. Moreover, as a policy recommendation and in consideration of the foreseen growth of CIIs due to the IoT, the European Patent Office may want to be inspired by the Indian guidelines to update and deepen its out-of-date and insufficiently thorough guidance. A first commendable step has been the publication of the 8th edition of *Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office* in July 2016, but some ad-hoc guidelines would be more appropriate.

VI. CONCLUSIONS

With the advent of the IoT, applications for software patents disguised as CIIs will increase substantially in Europe. A similar phenomenon will take place in the United States, where there is the risk of a departure from *Alice*, with subsequent patentability of IoT inventions directed to an “abstract idea” and that do not add “significantly more” to that abstract idea. Besides these trends, it is not deniable that linking a claim to a specific device (as opposed to a generic computer) would make grant of a patent more likely (even though it may not be sufficient in itself). A larger number of IoT patents, currently increasing eight times faster than patents in other domains, will also lead to an increase in litigation. It is foreseeable a shift from the smartphone wars to the IoT wars (a taste of it coming from the Jawbone / Fitbit lawsuits). Indeed, the underlying forces of the smartphone wars were huge economic impact, multiple converging technologies, fragmented industry, competing standards, as well as significant patent stockpiles. These apply all the more the IoT market, which makes a war likely. In particular, the complexity of the supply chain, the several domains in which the IoT is divided and the composite nature of the IoT devices are among the main reasons of the impending wars. These could also take the form of “a cold competition with grudging exchanges of cross-licenses and agreements not to sue” (Ho

2016a). This would seem the case with the Adidas / Under Armour settlement in May 2016, when the former granted the latter a license to some patents in exchange for a licensing fee paid by Under Armour and MapMyFitness.

The traditional view is that the United States Patent and Trademark Office undertakes less rigorous patent examination than the EPO (Nightingale, 2016). I do not know if the contrary has become true, like a recent study claims (Christie et al., 2016). However, in the field of CIIs it seems to me that both the systems are prone to recognizing a wide protection with subsequent increased proprietisation of knowledge. It may be not useless to remember that intellectual property is about striking a balance between a number of (sometimes conflicting) private and public interests. A too strong patent regime for computer programs, in a moment when software is being embedded in most traditional devices, risks not to take into account the trade-off between remuneration of the investments and public good. Moreover, the prevalence of proprietary models can jeopardise interoperability, which is at the very heart of the IoT. Furthermore, there are issues of competition law. It has been noted that since IoT manufacturers will run to get patents “[n]ational regulators must [...] apply utmost prudence to ensure that grants do not act as barriers to new entrants in existing and emerging markets” (Consumers International, 2016, 78). It is noteworthy, *inter alia*, that the “[t]op patent filer in the field hold[s] around 5% of the total patents” (LexInnova 2016). From a consumer law perspective, there is the “risk that intellectual property arguments and digital rights management will extend to products and services containing software, and risk superseding consumer protection law” (*ibid.*, 5). But regimes such as product liability, unfair terms, unfair commercial practices, and data protection can prevail on contracts and licences, thus preventing intellectual property abuses.

There are some good practices to be followed. For instance, on 28 October 2016 a new exemption to the Digital Millennium Copyright Act has come into force allowing the circumvention of DRM and the reverse engineering of consumer devices for security purposes. Being eventually legal to hack one’s own devices, it would seem that consumers may

be (relatively) back in control of their devices, notwithstanding the intellectual property protections (Greenberg, 2016).

Another approach that should be followed is the Indian one. After the civil society has (maybe too) harshly criticised the first version of the guidelines on the CRIs, the Government has revised them in order to make clear that in no way CRIs will be a surreptitious way of granting software patents.

With some exceptions, such as the Republic of Philippines, there is evidence that the world is going towards a wider patentability. One could mention, for instance, China. On 28 October 2016, indeed, the State Intellectual Property Office of the People’s Republic of China (中华人民共和国国家知识产权局) has launched a public consultation on the revised Guidelines for Patent Examination. As to the examination criteria concerning computer programs, it is proposed to replace “computer programs” with “computer programs *per se*”¹.

It is not entirely clear if the United States and Europe are going towards the patentability of abstract ideas and computer programs *per se*, respectively. The above analysis has sent mixed signals. The legal systems seem to become more favourable to the IoT patenting and the characters themselves of the IoT market and of its devices may favour the patentability. However, on the one hand, there is evidence of an impending IoT war; on the other hand, even though once patented the enforceability could be difficult due to divided infringement and territorial scope issues.

It has been observed that “[m]ost of the innovation on the so-called Internet of Things is locked up in patents held by the companies that make the innards of sensors, routers, and other devices” (Wong 2016). If the justification of the monopolies stemming from patents is innovation, then something is going wrong. One should only wish that legislators and regulators were aware of the indeed negative consequences of software patents becoming commonplace in an IoT world.

¹ Part II, Chapter 9, Section 2 of the Guidelines. See Li (2016).

REFERENCE LIST

- Aggarwal, V.** (2015). India's first Internet of Things policy to focus on Zero Defect, Zero Effect. *The Economic Times India*. Retrieved from articles.economictimes.indiatimes.com/2015-04-10/news/61017670_1_iiot-m-sips-draft-policy.
- Amundson, S.** (2016). United States: Patent Disputes Over Wearables May Herald Broader-Patent Litigation Regarding The Internet Of Things. *Mondaq Business Briefing* (4 April).
- Beardwood, J. & Bowman, M.** (2016). The internet of things and privacy: when do privacy laws apply? *Comps. & Law*, 26(Jun/Jul), 37-40.
- CEN and CENELEC (2016). *Standard Essential Patents and Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Commitments* (CEN-CENELEC).
- Chathurvedula, S.** (2015). Revised guidelines for software patents put on hold. *Live Mint*. Retrieved at www.livemint.com/Industry/XGBbgNllmvuEUhJW52cWgK/Revised-guidelines-for-software-patents-put-on-hold.html.
- Christie, A.F., Dent, C. & Liddicoat, J.** (2016). The Examination Effect: A Comparison of the Outcome of Patent Examination in the US, Europe and Australia. *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.*, 16, 21.
- Comments and recommendations on the Guidelines for Examination of Computer-Related Inventions (CRIs) (2015). Retrieved at www.knowledgecommons.in/wp-content/uploads/2015/11/Comments-Recommendations-on-CRI-Guidelines-2015.pdf.
- Concerns over the "Guidelines for Examination of Computer Related Inventions (CRIs)" (2015). Retrieved at sflc.in/wp-content/uploads/2015/09/Letter_CRIGuidelines2015-Prime-Minister.pdf.
- Consumers International (2016). Connection and Protection in the Digital Age. The Internet of Things and challenges for consumer protection. April 2016. Retrieved at http://www.consumersinternational.org/media/1657273/connection-and-protection-the-internet-of-things-and-challenges-for-consumer-protection.pdf
- Crouch, D.** (2016). First Amendment Finally Reaches Patent Law. Retrieved at http://patentlyo.com/patent/2016/10/amendment-finally-reaches.html.
- Davis, R.** (2016). The Top Patent Cases of 2016: Midyear Report. Retrieved at http://www.law360.com/articles/812729/the-top-patent-cases-of-2016-midyear-report.
- Elvidge, J., Morrison, J. & Bijman, M.** (2016). The IoT: A Look at the IP Landscape of Fitness Wearables. *IP Watchdog* (24 August).
- European Patent Office. (2016). Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2016. Retrieved from http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/index.htm.
- European Patent Office. (2013). *Patents for software? European law and practice*. Retrieved from documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/a0be115260b5ff71c125746d004c51a5/\$FILE/patents_for_software_en.pdf.
- Goode, L.** (2016). Fitbit wins big in trade ruling vs. Jawbone. *The Verge*. Retrieved at http://www.theverge.com/2016/4/29/11538454/fitbit-wins-trade-patent-ruling-vs-jawbone-ineligible.
- Greenberg, A.** (2016). It's Finally Legal to Hack Your Own Devices (Even Your Car). *The Wired*. Retrieved at https://www.wired.com/2016/10/hacking-car-pacemaker-toaster-just-became-legal/?mbid=nl_11116_p3&CNDID=32599349.
- Greenough, J.** (2014). The 'Internet of Things' will be the world's most massive device market and save companies billions of dollars. *Business Insider UK* (18 November).
- Ho, K.** (2016a). United States: Internet Of Things: Another Industry Patent War? *Mondaq Business Briefing* (5 January).
- Ho, K.** (2016b). United States: 4 Things You Need To Know About The Impending Internet-Of-Things Patent Wars. *Corporate Counsel* (16 May)
- Ho, K. & Huang, H.-Y. (C.)** (2016). Internet Of Things Patents: Tough To Enforce? *IoT Central* (7 November).
- Ho, K. & Johns, C.C.** (2016). Patent the Internet Of Things, or Not? *TechBeacon* (18 January).

- Ho, K. & Stein, J.D.** (2016). 3 Challenges for Internet-Of-Things Patents. *Law360* (10 June).
- Horbal, P.** (2015). Patents and the Internet of Things. *Mondaq Business Briefing* (29 July).
- Intellectual Property Magazine, Things just got interesting, *I.P.M.*, Feb, 7-8.
- Intellectual Property Office (2014). *Eight great technologies: The internet of things* (UK Intellectual Property Office).
- Lee, E.A.** (2006). Cyber-physical systems – Are computing foundations adequate? *Position Paper for NSF Workshop on Cyber-Physical Systems: Research Motivation, Techniques and Roadmap*.
- LexInnova (2016). Internet of Things. Patent Landscape Analysis (WIPO).
- Li, Y.** (2016). Chinese Patent Office proposed revisions to its Examination Guidelines, 16 November 2016. Retrieved at <http://trustinip.com/chinese-patent-office-proposed-revisions-to-its-examination-guidelines/>.
- Linkomies, L.** (2015). Internet of Things market develops fast but there are privacy concerns. *P.L. & B.U.K.N.*, 79(May), 1,5-7.
- Lundqvist, B.** (2016). Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World. Faculty of Law, *University of Stockholm Research Paper No. 1*.
- Mar, E.Y & Liaw, W.** (2016). IP Law December Developments: What to Expect in the Future. *FBM* (28 December).
- Miglani S. & Kumar, M.** (2016). India's billion-member biometric database raises privacy fears. Retrieved at www.reuters.com/article/us-india-biometrics-idUSKCN0WI14E.
- Ministry of Electronics & Information Technology (2015). Draft Policy on Internet of Things. Retrieved at https://mygov.in/sites/default/files/master_image/Revised-Draft-IoT-Policy-2.pdf.
- Ministry of Urban Development (2015), Smart cities. Statement and Guidelines.
- Modi, N.**, Prime Minister Narendra Modi's speech on 68th Independence Day. Retrieved at <http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/pm-narendra-modis-speech-on-independence-day-2016-here-is-the-full-text/>.
- Mohan, V.** (2014). Ecologists cheer Modi's 'zero defect, zero effect' slogan. *The Times of India*. Retrieved at timesofindia.indiatimes.com/home/environment/developmental-issues/Ecologists-cheer-Modis-zero-defect-zero-effect-slogan/articleshow/40312809.cms.
- Nightingale, A.** (2016). More Rigorous Patent Examination in US Than Europe and Australia? *Intellectual Property Watch*, 2 November 2016.
- Nivarra, L.** (2011). La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva". *Europa e diritto privato*, 13(3), 575-624.
- Noto La Diega, G.** (2017). Software patents and the Internet of Things in Europe, the United States, and India. *European Intellectual Property Review*, 39(3), 173-184.
- Noto La Diega, G.** (2016). Clouds of Things: Data Protection and Consumer Law at the Intersection of Cloud Computing and the Internet of Things in the United Kingdom. *Journal of Law & Economic Regulation*, 9(1), 69-93.
- Noto La Diega, G. & Walden, I.** (2016). Contracting for the 'Internet of Things': Looking into the Nest. *European Journal of Law & Technology*, II, 1-38.
- Office of the Controller General of Patents, Designs and Trade marks (2016). Guidelines for Examination of Computer Related Inventions (CRIs).
- Office of Controller General of Patents, Designs and Trademarks (2013). Draft Guidelines for Examination of Computer Related Inventions, June 2013.
- Office of Controller General of Patents, Designs & Trademarks (2011). Manual of Patent Office Practice and Procedure, v. 1.11.
- Roberts, J.J.** (2016). Here's Why Software Patents Are in Peril After the Intellectual Ventures Ruling. Retrieved at <http://fortune.com/2016/10/03/software-patents/>.
- Robinson, W.K.** (2015). Patent Law Challenges for the Internet of Things. *Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L.*, 15(4) 655.
- Rose, K., Eldridge, S. & Chapin, L.** (2015). *An Overview Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World* (Internet Society).

Sachs, R.R. (2015). Alice Haunted Federal Courts and USPTO in October. Retrieved at <http://www.law360.com/articles/724855>.

Trade Secrets Institute (2016). In the Matter of Certain Activity Tracking Devices, 337-963, U.S. International Trade Commission (Washington). Retrieved at <http://tsi.brooklaw.edu/cases/matter-certain-activity-tracking-devices-337-963-us-international-trade-commission-washington>.

Trappey, A.J.C., **Trappey**, C.V., **Govindarajan**, U.H., **Chuang**, A.C. & **Sun**, J.J. (2016). A review of essential standards and patent landscapes for the Internet of Things: A key enabler for Industry 4.0. *Advanced Engineering Informatics*.

Weber, R.H. (2015). Internet of Things: privacy issues revisited. *C.L.S. Rev.*, 31(5), 618-627.

Wong, J.I. (2016). One company has a big edge in the fight to dominate the Internet of Things. *QZ* (23 May).

Yeoh, P. (2017). The fourth industrial revolution: technological impact and privacy and data security issues. *Bus. L.R.*, 38(1), 9-13.

Zingales, N. (2015). Of Coffee Pods, Videogames, and Missed Interoperability: Reflections for EU Governance of the Internet of Things. *TILEC Discussion Paper No. 2015-026*.

Cases law

Europe

Judgment of the Court (Second Chamber) of 8 September 2016. *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*, C-160/15. EU:C:2016:644.

EPO Boards of Appeal, T 1784/06 *Classification method/COMPTEL* of 21 September 2012, EP:BA:2012:T178406.20120921.

EPO Boards of Appeal T 0531/09 *Checkpoint simulation/ACCENTURE* of 3 May 2012, EP:BA:2012:T053109.20120503.

EPO Boards of Appeal, T 1265/09 *Callcenter/IEX* of 24 January 2012, EP:BA:2012:T126509.20120124.

EPO Enlarged Boards of Appeal, G 3/08 Programs for computer of 12 May 2010, EP:BA:2010:G000308.20100512.

EPO Boards of Appeal, T 1606/06 *DNS determination of telephone number/HEWLETT-PACKARD* of 17 July 2007, EP:BA:2007:T160606.20070717.

EPO Boards of Appeal, T 1227/05 *Schaltkreis-simulation I/Infineon Technologies* of 13 December 2006, EP:BA:2006:T122705.20061213.

EPO Boards of Appeal, T 0424/03 *Clipboard formats I/MICROSOFT* of 23 February 2006, EP:BA:2006:T042403.20060223.

EPO Boards of Appeal, T 0258/03 *Auction method/HITACHI* of 21 April 2004, EP:BA:2004:T025803.20040421.

EPO Boards of Appeal, T 0125/01 *Geräteteuerung/HENZE* of 11 December 2002, EP:BA:2002:T012501.20021211.

EPO Boards of Appeal, T 0641/00 *Two identities/COMVIK* of 26 September 2002, EP:BA:2002:T064100.20020926.

EPO Boards of Appeal, T 1173/97 *Computer program product/IBM* of 1 July 1998, EP:BA:1998:T117397.19980701.

EPO Boards of Appeal, T 0190/94 of 26 October 1995, EP:BA:1995:T019094.19951026.

EPO Boards of Appeal, T 0110/90 *Editable document form* of 15 April 1993, EP:BA:1993:T011090.19930415.

EPO Boards of Appeal, T 0208/84 *Computer-related invention* of 15 July 1986, EP:BA:1986:T020884.19860715.

EPO Boards of Appeal, T 0163/85 *Colour television signal* of 14 March 1989, EP:BA:1989:T016385.19890314.

EPO Boards of Appeal, T 0026/86 *Röntgeneinrichtung* of 21 May 1987, EP:BA:1987:T002686.19870521.

United States

Thales Visionix, Inc. v. United States, No. 2015-5150 (Fed. Circ. 2017).

Fitbit, Inc. v. Aliphcom, et al., No. 15-cv-04073-EJD (N.D. Cal. 2017).

Amdocs (Israel) Ltd v Openet Telecom Inc, No. 2015-1180 (Fed. Circ. 2016).

Cisco Systems, Inc. v. Arista Networks, Inc., No. 5:14-cv-05344-BLF (NC) (N.D. Cal. 2016).

Fairwarning IP, LLC v. Iatric Sys, Inc., No. 15-1985 (Fed. Cir. 2016).

Synopsys v Mentor Graphics Corp, No. 2015-1599 (Fed. Cir. 2016).

Affinity Labs, LLC v. Amazon.Com Inc. et al, No. 6:2015cv00029 - Document 75 (W.D. Tex. 2016).

Intellectual Ventures I LLC v. Symantec Corp., No. 15-1769 (Fed. Cir. 2016).

Micro, Inc. v. Bandai Namco Games Am., Inc., No. 15-1080 (Fed. Cir. 2016).

Bascom Global Internet Services, Inc. v. AT&T Mobility LLC, No. 15-1763 (Fed. Cir. June 27, 2016).

ENFISH, LLC v. Microsoft Corp., 822 F. 3d 1327 - Court of Appeals, Federal Circuit 2016.

Jawbone v Fitbit (2016) unpublished.

Electric Power Group, LLC v. Alstom S.A., 830 F.3d 1350 (Fed. Cir. 2016).

Affinity Labs of Texas, LLC v. DIRECTV, LLC, 838 F.3d 1253 (Fed. Cir. 2016).

DDR Holdings, LLC v. Hotels.com, L.P., 773 F.3d 1245 (Fed. Cir. 2014).

Alice Corp. v. CLS Bank International, 573 U.S. ___, 134 S. Ct. 2347 (2014).

Association for Molecular Pathology v Myriad Genetics, No. 12-398 (569 U.S. ___ June 13, 2013).

Accenture Global Servs. GmbH v Guidewire Software Inc 728 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2013).

Mayo v Prometheus, 132 S. Ct. 1289 (2012).

Bilski v. Kappos, 561 U.S. 593 (2010).

Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175 (1981).

Parker v Flook, 437 U. S. 584 (1978).

O'Reilly v Morse, 56 U.S. (15 How.) (1853).

DISRUPTING THE TRADITIONAL PATENT SYSTEM: THE EMERGENCE OF NEW MODELS***GELENEKSEL PATENT SİSTEMİNİN BOZULMASI: YENİ MODELLERİN ORTAYA ÇIKIŞI****Natacha ESTÈVES******ABSTRACT**

The Open Source and Free Software movements in copyright have, in their own way, challenged the traditional exclusive rights — based system. However, when it comes to patents, it would appear that the traditional model — underpinned by the assumption that for an innovation to be economically viable, an inventor must be able to exclude others from making, using, or selling his innovation — still prevails.

The common understanding of the encouragement of innovation providing the necessity for strong exclusive patent rights is nevertheless nuanced by the recent development of atypical models. The models that will be discussed in this paper do not challenge patents per se (i.e., a right to prevent anyone from making and using the patented invention), but rather the way patents are being used.

Relying on a growing literature on so-called “open patents” and on selected examples (i.e., patent pledges), this proposed paper will investigate recent “openings”, so to speak, of exclusive intellectual property rights (IPRs) and how they affect our understanding of patents as well as the legal instruments currently available to apprehend such new models.

Keywords: *Open Patenting, Patent Pledges, Patent Licenses.*

* This paper was presented at the “III. International Symposium on Intellectual Property Law” held on 25th May 2017.

** Sciences Po, Law School, Paris, (natacha.esteves@sciencespo.fr).
(Geliş Tarihi : 30.04.2017/ Kabul Tarihi : 17.10.2017)

I. INTRODUCTION

Conforming to the traditional incentive theory, patents are apprehended as the most viable option to foster innovation. A patent is a property right on an invention,¹ giving its holder an exclusive right that allows him or her to exclude others from making, using, offering for sale, or selling his or her patented invention. This exclusive right is a way to ensure the promotion of innovation. Hence, a patent acts as an incentive to invent and the infringement action against free-riders allows the patentee to have her right complied with. Commonly, patents are considered to be strong tools for encouraging innovation.² Consequently, over the past two decades, patent regimes have gone through changes aimed at reinforcing the exclusive rights granted to the patentees.³

Reinforcing and unifying patent regimes are verified both at the substantial and procedural levels.⁴ Patents have expanded geographically and

been extended to new fields (computer programs, biotechnology and business methods in some countries).⁵ This trend of reinforcing and expanding patents is supported by the idea that exclusive rights are the sole way to protect and encourage innovation; excluding free-riders is essential for engaging in innovation.

Consistently, one would then pursue to expanding their rights in order to secure their innovation. Yet, one can now observe the development of unconventional models, along the side of the traditional patents, challenging the strong exclusive right-based approach. Indeed, patents would not only be exclusionary tools but inclusionary tools as well. The models we will describe below however propose more inclusive mechanisms: indeed patents would not only be exclusionary tools but inclusionary tools as well.⁶

We determine that there are two categories of these new inclusive models. The first use patents as inclusionary tools by resorting to licenses; although these often utilise atypical licenses the resulting form is similar to a patent pool or club. The second, patent pledges, do not resort to licenses, instead they take the form of promises that questions the common available legal instruments and most importantly the enforceability of such promises.

1 **Vivant**, Michel (2005), *Droit des Brevets*, Edition Dalloz, p.2.

2 European Commission: "Patents are key tools to encourage investment in innovation and encourage its dissemination". <http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/patents/index_en.htm>. See also European Commission Trade Policy: "Protection and enforcement of intellectual property are crucial for the EU's ability to stimulate innovation and to compete in the global economy". <http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/intellectual-property/index_en.htm>. The EU has also launched the Innovation Union Initiative and praise the merits of strong IP protection: "In our increasingly knowledge-based economies, the protection of intellectual property is important for promoting innovation and creativity, developing employment, and improving competitiveness". <http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/index_en.htm>. The same discourse is found at the WTO level: "Ideas and knowledge are an increasingly important part of trade. Most of the value of new medicines and other high technology products lies in the amount of invention, innovation, research, design and testing involved [...] Creators can be given the right to prevent others from using their inventions, designs or other creations and to use that right to negotiate payment in return for others using them. These are intellectual property rights. Governments and parliaments have given creators these rights as an incentive to produce ideas that will benefit society as a whole". <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm> (accessed 14 April 2017).

3 **Remiche**, Bernard (2002), *Révolution Technologique, Mondialisation et Droit des Brevets*, Revue Internationale de Droit Economique (t. XVI, 1), pp. 83-124 p.95. See also **Martinez**, Catalina/**Guellec**, Dominique (2004), Overview of Recent Changes and Comparisons of Patent Regimes in the United States, Japan and Europe, Chapter 7: OCDE (editor) Conference on Patent, Innovation and Economic Performance, 28-29 August 2003, Paris. p.128. See also **Geiger**, Christophe (2013), *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence the Shape and Use of IP Law*: Elgar, Edward/ Dinwoodie, Graeme B. (eds.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-06, p. 153-176.

4 Since patents are tools to encourage innovation and its dissemination, the EU decided to create uniform patent protection, cost saving procedure and measures to enhance patent exploitation. EU Commission (2016) "In 2012, EU countries and the European Parliament agreed on the patent package, a legislative initiative consisting of two regulations and an international agreement that

lay the ground for the creation of unitary patent protection in the EU. [...] Unitary patent protection will make the existing European system simpler and less expensive for inventors. It will end complex validation requirements and drastically limit expensive translation requirements in participating countries. Consequently, it is expected to stimulate research, development and investment in innovation, helping to boost growth in the EU". <http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/patents/unitary-patent/index_en.htm>. (accessed 14 April 2017).

5 "A patent that applies to all objects". **Vivant**, Michel (2006), 'Le système des brevets en question: Brevet Innovation et Interêt Général', Larcier (editor) Conference Le Brevet: pourquoi et pourquoi faire? Louvain la Neuve, Belgium. p.24. **Cornish**, William (2004), *Intellectual Property, Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Clarendon Law Lectures, p. 1. "IPRs appear to be spreading like a rash, particularly across new technologies and threatening to leave few patches of unblemished skin".

6 **Van Overwalle**, Geertrui (2015), *Inventing Inclusive Patent: From Old to New Open Innovation*: Drahos, Peter/ Ghidini, Gustavo/ Ullrich, Hans (eds.), *Essays on Intellectual Property*, V. 1, Edward Elgar. Van Overwalle proposes an "inclusive patent" regime that will co-exist with the traditional patent system (different from the models that we will be describing in this paper). The "inclusive patent" will offer a right to include, instead of a right to exclude, enabling the owner to include others. The latter will be able to control licensing condition and ensure the compliance with open source requirements. This regime would be developed as a semi-codified regime (in this case the patent entitlement is provided by law) and as the open source copyleft type license (built by private parties). See also **Dussolier**, Séverine (2013), *The Commons as Reverse Intellectual Property or the Model of Inclusivity*: Howe, Helena/ Griffiths, Jonathan (eds), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge Intellectual Property and Information Law (No. 21), Cambridge University Press, pp. 258-281.

II. THE PHENOMENON OF “OPEN PATENTS”: UNCONVENTIONAL PATENT POOLS

Similarly to Open Source and Free Software, the models described in this part leverage exclusive rights to include others (although to various degrees) instead of excluding them.⁷ These models are very diverse and feature different characteristics and purposes. Yet, these models have all in common to all work around the idea of inclusivity providing innovators freedom to operate. These models would qualify as “open patenting” practises. According to Maggiolino and Montagnani open patenting is a legal phenomenon of standardised contractual terms and conditions; open patenting necessitates two elements, a patented invention and the will of the patentee to license it outside of a traditional license schemes.⁸

A. THE DEFENSIVE PATENT LICENSE (DPL)

The Defensive Patent License⁹ (DPL) is considered as a « patent-non-aggression-pact », intending to create a set of viral,¹⁰ bilateral obligations preventing offensive patent litigation¹¹ and promoting freedom to operate and innovate. The DPL is “a standardised open patent license designed to encourage the creation of a broad, decentralised network of open innovation communities that both patent their innovation with a commitment to defensive purposes and license them on a royalty free basis to any others who will do the same”.¹² The DPL grants

every DPL user a perpetual, worldwide, royalty-free license to every other DPL user’s entire current and future patent portfolio.¹³ If a DPL user wants to cease offering his patent to the other users, he has to provide a six-month notice to other DPL users and future parties. The DPL user cannot revoke any licenses before the end of the notice period. At the end of the notice period, the remaining DPL users may revoke their licenses toward the users who have left.

B. THE OPEN INNOVATION NETWORK (OIN)

The OIN is also designed around the idea of using patents for defensive purposes. The OIN defines itself as a defensive patent pool¹⁴ with the specific goal of protecting open source developers.¹⁵ The OIN is a shared defensive patent pool that acquires

7 **Dussolier**, Séverine (2007), ‘Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering’, Chi.-Kent. L. Rev. V. 82, p. 1391. See also **Xifaras**, Mikhail (2010), ‘Copyleft and the Theory of Property’, *Multitudes* 2, No. 41, pp 50-64.

8 **Maggiolino**, Mariateresa/ **Montagnani**, M. Lilla (2011), ‘Standardized Terms and Conditions for Open Patenting’, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, V. 14, pp. 785-816. See also from the same authors (2009), ‘From Open Source Software to Open Patenting: What’s New in the Realm of Openness?’, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, V. 42, pp. 804-832.

9 <<https://defensivepatentlicense.org>> (accessed 14 April 2017).

10 The term “viral” is used for Free Software and Open Source licenses. A viral clause guarantees that any derivative work will be licensed under the same conditions. The user has to grant the same freedom he initially received to any subsequent users.

11 Offensive patent litigations are launched by what is termed Patent Assertion Entities also known as Patent Troll. PAE are types of Non Practising Entity (NPE). An NPE is an entity that own patents for a product or a process but has no intention of developing or making anything with it. A PAE or Patent Troll will acquire a large amount of patents in order to launch infringement suits against practising companies or individuals whom they affirm have infringed on their patents. They do not use their patent to make anything and only acquire patent to file lawsuits and drive revenues from litigation.

12 **Schultz**, Jason/**Urban**, Jennifer (2012), ‘Protecting Open Innovation. The Defensive Patent license as a New Approach to Patent

Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament’, *Harvard Journal of Law and Technology*, V. 26(1), p.38.

13 Defensive Patent License: Article 2 DPL 1.0 Grant: “Licensor hereby grants and agrees to grant to such DPL User a worldwide, royalty-free, no-charge, non-exclusive, irrevocable [...] license, perpetual for the term of the relevant Licensed Patents, to make, have made, use, sell, offer for sale, import, and distribute Licensed Products and Services that would otherwise infringe any claim of Licensed Patents. A Licensees sale of Licensed Products and Services pursuant to this agreement exhausts the Licensors ability to assert infringement by a downstream purchaser or user of the Licensed Products or Services”; Article 1.16 DPL 1.0 [...] “the Licensors commitment to offer a license to its Patents under the DPL, or, if such Licensor has no Patents, the commitment to offer a license to any Patents it may obtain in the future under the DPL. DPL users, licensees and licensors refrain from any offensive patent infringement action against one another. In case of an offensive claim by a DPL user against its licensor or any other DPL user, the licensor can revoke its license and other DPL users may suspend their license as well to the DPL user asserting its patents offensively”; Article 3 DPL 1.0 [...] “Licensor reserves the right to revoke and/or terminate this License with respect to a particular Licensee if: Licensee makes any Infringement Claim, not including Defensive Patent Claims, against a DPL User; or Licensee grants an exclusive license, with the right to sue, or assigns or transfers a Patent to an entity or individual other than a DPL User without conditioning the transfer on the transferee continuing to abide by the terms of this License”. <<https://defensivepatentlicense.org>> (accessed 14 April 2017).

14 The OIN counts as members Google, Red Hat, NEC, IBM, Philips, Sony, Suse/Novell. <http://www.openinventionnetwork.com/> (accessed 14 April 2017).

15 The Open Innovation Network, “The Open Invention Network is a shared defensive patent pool with the mission to protect Linux” [...] “Any company, project or developer that is working on Linux, GNU, Android or any other Linux-related software is welcome to join OIN, free of charge or royalties. Open Invention Network was created to ensure a level playing field for Linux, safeguarding developers, distributors and users from organizations that would leverage intellectual property to hinder its growth and innovation. We do this by acquiring and sharing intellectual property to promote a collaborative Linux ecosystem. We do this by providing a royalty-free license to OINs strategic intellectual property portfolio and cross licensing Linux System patents between OIN community members”. <<http://www.openinventionnetwork.com/>> (accessed 14 April 2017).

patents and licenses them royalty-free to entities that in exchange agree not to assert their own patents against Linux and Linux-related systems and applications. The beneficiaries (licensees) are any company or organisation that agrees to refrain from using its patent portfolio against the Linux System. The OIN provides participants with licenses to all patents owned by other OIN licensees related to the Linux system. The purpose of the OIN is to protect the GNU/Linux ecosystem, acting like a shield, by limiting negative effects on patent challenges brought by companies who are not involved in open source. Thus in order to protect the GNU/Linux ecosystem, the OIN acquires patents.¹⁶ By acquiring valuable patents (Linux-related or not), the OIN aims at incentivising companies to join OIN (since the companies will receive the patents under a royalty-free license)¹⁷ and also to deter companies from threatening either OIN members and licensees or the Linux community at large.

C. THE LICENSE-ON-TRANSFER AGREEMENT (LOT AGREEMENT)

Correspondingly, a License-On-Transfer Agreement (LOT Agreement) offers a protection mechanism against non-practising entities otherwise known as patent trolls. A LOT Agreement is a standardised, networked, royalty-free patent license-On-Transfer (LOT) patent license agreement.¹⁸ The license is perpetual and will last until the patent subject to the license expires. Under a LOT Agreement, participants agree that when a patent is transferred (to a non-participant) it is automatically licensed to the other participants in the LOT network.¹⁹ The DPL, LOT Agreements and the OIN

mainly aim at creating a safe environment for innovators relying on defensive mechanisms in a similar way as patent pools do.

D. CAMBIA - BIOS LICENSES

The BiOS licenses created by CAMBIA create a “safe environment” but insist less on defensive aspects.²⁰ The BiOS licenses create a pool of technology, however it would not be a traditional patent pool. Indeed, as opposed to a traditional patent pool open to only certain participants who already own technologies, the BiOS license creates a more inclusionary mechanism. This pool or “common” as termed by CAMBIA, is not reserved for a particular technology and thanks to the licenses, the pool is expected to increase in size with a variety of technologies. Also, contrary to traditional patent licenses, BiOS licenses do not require any royalties or fees from the licensee. CAMBIAs technologies²¹ are available royalty-free for use in research or in creating products, by anyone in any country, based on a legally binding agreement. All the agreements are non-exclusive. The licensees are obliged to share any improvements they might make on the licensed technologies and agree not to prevent other licensees from using the technologies and improvements for developing different products.

Although these models are unconventional in the way they make use of patents as inclusionary tools they still use a traditional legal tool: a license. Using a license as a form of collaboration between licensors and licensee is not new and licenses are the usual tools for organising collaboration between

16 These acquired patents are not necessarily Linux related. OIN has acquired various U.S. Patents. For a list of the OIN patents. <<https://www.openinventionnetwork.com/about-us/us-patents-owned-by-oin/>> (accessed 14 April 2017).

17 OIN license Article 1.1: “OIN, grants to You and Your Subsidiaries a royalty-free, worldwide, nonexclusive, non-transferable license under OIN Patents to make, have made, use, import, and Distribute any products or services. In addition to the foregoing and without limitation thereof, with respect only to the Linux System, the license granted herein includes the right to engage in activities that in the absence of this Agreement would constitute inducement to infringe or contributory infringement (or infringement under any other analogous legal doctrine in the applicable jurisdiction)”.

18 Hayes, David L./ Schulman, Eric C. (2014), An Updated Proposal for a License on Transfer (LOT) Agreement, <<http://ssrn.com/abstract=2463660>> (accessed 14 April 2017).

19 The transfer of the patent to another entity than a LOT user is called “triggering event”. The triggering event causes the license to be effective. Hence, participants in the LOT network are protected from potential future attacks if the patent is later trans-

ferred to a Patent Assertion Entity (PAE) or Troll. The license will become effective only when patents are transferred to a non-participant in LOT. According to his authors, LOT is aimed at reducing the availability of patents to PAE. PAE cannot extract patent rent from LOT users, since they also have a license. Also, the LOT system would increase the freedom to operate. Indeed, members of the LOT network obtain a royalty-free license to the transferred patents.

20 CAMBIA is a non-profit research Institute based in Canberra, Australia. It was established in 1991 by Richard Jefferson. <<http://www.cambia.org/daisy/cambia/home.html>> (accessed 9 May 2016). CAMBIA aims at creating “new technologies, tools and paradigms to promote change and enable innovation”. The BiOS aim at «ensuring common access to the tools of innovation, to promote the development and improvement of these tools, and to make such developments and improvements freely accessible to both academic and commercial parties under substantially similar conditions». see recitals of the CAMBIA ‘Biological Open Source’ (BiOS) License for Plant Enabling Technologies Version 1.5, <<http://www.bios.net/daisy/bios/mta/agreement-patented.html>> (accessed 14 April 2017).

21 Specifically Plant Enabling Technologies. <<http://www.cambia.org/daisy/cambia/73.html>>

the actors of innovation.²² As we explained above, open patenting consists in licensing patents outside of the traditional scheme. In this instance, “outside of the” traditional scheme is to be understood as the uncommon conditions to be found in open patent licenses such as royalty free, non-exclusive, for both research and commercial purposes, etc.

Ultimately these models, however, create atypical patent pools. Commonly patent pools can take different forms²³ and these models are just ones of the many shapes used.²⁴ Similarly to patent pools these models are agreements between patent owners to license one or more patents to one another. Notwithstanding that these models are untested in court²⁵ and present some originality, they still use known legal instruments — licenses — that are tools patent lawyers are familiar with even if in the case of open patents they display somewhat conditions. However, there exist other models that do not only question the use of patents as exclusionary tools but also question the kind of legal tools that are available to delineate new models.

III. THE PARTICULARITY OF PATENT PLEDGES

A. PATENT PLEDGES

The models we described above can be considered as coordinated models. Indeed, patents are shared between a defined group (DPL users, OIN, participants, CAMBIA, licensees) with predetermined forms (standard licenses). Patent pledges differ from those models because they display a more

unilateral character.²⁶ Patent pledges are promises made by patent holders not to assert their rights, a promise to limit the enforcement of their rights. Contreras describes patent pledges as instruments creating “a little-understood middle ground between the public domain and exclusive property rights”.²⁷ Commonly, these types of promises are made in the context of FRAND commitments²⁸ and standard setting organisations. However, one now sees these pledges being made outside of any standard setting organisation and outside any FRAND framework.²⁹

1. The Tesla Pledge

Tesla Motors announced that it “will not initiate patent lawsuits against anyone who... wants to use... [its] technology”.³⁰ The purpose of the pledge is to “clear the path to the creation of compelling electric vehicles”.³¹ Tesla conditioned the use of its patented invention on “good faith”³² which made the promise

22 **Pénin**, Julien (2011), *Le brevet d'invention comme l'instrument de coordination de l'innovation ouverte*: Corbel, Pascal/ Le Bas, Christian (eds.), *Les nouvelles fonctions du brevet, approches économiques et managériales*, *Economica* p. 63.

23 Patent pools can take different forms such as joint licensing, licensing administrator, or patent platforms. Verbeure, Birgit, *Patent pooling for gene-based diagnostic testing*: **Van Overwalle**, Geertrui (ed) (2009), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models, Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge University Press. Patent pools can take different forms such as joint licensing, licensing administrator, or patent platforms. p. 3-32.

24 They can be compared to “clubs of patentees”. Some are more favorable to the patentees, some or more oriented toward users’ rights: **Maggiolino**, Mariateresa/ **Montagnani**, Maria Lilla (2015), *Pledges and Covenants: The Keys to Unlock Patents*, *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2615061*. <<https://ssrn.com/abstract=2615061>> (accessed 14 April 2017).

25 Their impact is yet to be measured: what about the incentives? What about economic viability? What about anti-competitive aspects? **Van Overwalle**, Geertrui (2015), *Inventing Inclusive Patent: From Old to New Open Innovation*: Drahos, Peter/ Ghidini, Gustavo/ Ullrich, Hans (eds.), *Essays on Intellectual Property*, V. 1, Edward Elgar., p.41-46.

26 **Contreras**, Jorge L.(2015); *Patent Pledges*, *Arizona State Law Journal*, V. 47(3), 543; University of Utah College of Law Research Paper No. 93. pp. 564-565. <<https://ssrn.com/abstract=2525947>>. Contreras classifies pledges into unilateral and coordinated pledges: “I divide patent pledges into two principal categories: coordinated pledges and unilateral pledges. Generally speaking, coordinated pledges are made by members of a defined group, according to some predetermined form or formula, with respect to a defined technology or set of patents. Unilateral pledges, on the other hand, are one-off commitments made independently and voluntarily by patent holders”. It is to be specified that we do not consider here the OIN as a patent pledge as Contreras does. We have decided to put the OIN with open patenting practices because the latter uses licenses similar to CAMBIA and the DPL.

27 **Contreras**, *Patent Pledges*. For a list of pledges see <<http://www.pijip.org/non-sdo-patent-commitments/>> (accessed 14 April 2017).

28 FRAND (Fair, reasonable and non-discriminatory) are commitments by which patent holders promise to license their patents to manufacturers/implementers of standardized products on particular terms: fair, reasonable and non-discriminatory terms. **Contreras**, *Patent Pledges*, p. 546.

29 **Contreras**, *Patent Pledges*; and **Contreras**, Jorge L. (2015); *A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges*, *Utah L.Rev. V. 2*, American University, WCL Research Paper No. 2014-26, <<https://ssrn.com/abstract=2309023>>

30 The Tesla Pledge (2014) on Tesla’s Blog, at <<https://www.teslamotors.com/blog/all-our-patent-are-belong-you>> (accessed 14 April 2017).

31 Idem. Musk (Tesla CEO) explains that electric car represent only 1% of the sales of manufacturers. Tesla found itself unable to answer the demand of electric vehicles due to the carbon crisis. Renouncing to assert patent right will enable a rapidly-evolving technology platform and the production of electric vehicles. In this case patents are considered as “land mines » inhibiting others. Patent might have been a good thing in the past but they now impede innovation only profiting big corporations and lawyers and amount to « lottery tickets to a lawsuit”.

32 The good faith condition has since then been specified: “A party is “acting in good faith” for so long as such party and its related or affiliated companies have not: asserted, helped others assert or had a financial stake in any assertion of (i) any patent or other intellectual property right against Tesla or (ii) any patent right against a third party for its use of technologies relating to electric

somehow unclear, and adding to this fact was that the pledge was published on a blog. The promise's very informal character and its lack of legal certainty raised concern with regards to its enforceability.

2. Google Open Patent Non-Assertion Pledge

Like Tesla, Google made a similar pledge,³³ by which Google commits to the promotion of innovation and the advancement of information technology. Google considers that Free and Open Source Software is a crucial tool for fostering innovation. Google decided that it would allow the free use of certain of its patents in connection with Free or Open Source Software. It encompasses patents related to encryption technology, middleware, distributive storage management, etc.³⁴ The promise is addressed to each person or entity developing, distributing or using Free or Open Source Software (pledge recipients): Google commits not to bring any lawsuit or legal proceedings against them.³⁵ Google, contrary to Tesla, indicated the legal nature of its commitment: the pledge is legally binding, irrevocable and enforceable against Google and entities controlled by Google. In case the pledged patents are transferred, the transferor agrees in writing to comply with the pledge and has the obligation to impose analogous requirement on subsequent transferees.³⁶

3. IBM Statement of Non-Assertion of Named Patents Against Open Source Software (OSS)

The IBM pledge is also addressed to the Open Source Community.³⁷ Like Google's IBM wants to promote innovation and advancement of information technology. Hence, IBM pledged the free use of 500 of its U.S. patents as well as all foreign counterparts. As with Google, the pledge recipients are the developers, users and distributors of Open Source Software (OSS).³⁸ As opposed to the models we described in the first part of this paper, the relation between the "pledgers" and the beneficiaries is more diffuse. Indeed, there are no licensor-licensee relations (not in the traditional sense at least), these pledges are addressed to the public at large.

These types of pledges have confounded lawyers, particularly regarding their enforcement and most importantly regarding the legal category or categories they fit in. The Tesla pledge is a good example of uncertainty surrounding enforcement: What would if Tesla decided to break the promise and sue another company because the use of the patented invention was not according to the "good faith" condition as understood by Tesla? Can companies legitimately rely on the pledge?³⁹ As to the legal nature of these pledges, lawyers have resorted to legal mechanisms they are familiar with. However, the different legal instruments they analogise these pledges with do not appear to be convincing.

vehicles or related equipment; challenged, helped others challenge, or had a financial stake in any challenge to any Tesla patent; or marketed or sold any knock-off product (e.g., a product created by imitating or copying the design or appearance of a Tesla product or which suggests an association with or endorsement by Tesla) or provided any material assistance to another party doing so". <https://www.teslamotors.com/en_GB/about/legal#patent-pledge>. (accessed 14 April 2017).

33 The Google patent pledge is available at <<http://www.google.com/patents/opnpledge/pledge/>> (accessed 14 April 2017).

34 For a list of pledged patents, see <<http://www.google.com/patents/opnpledge/patents/>>(accessed 14 April 2017).

35 "Google promises to each person or entity that develops, distributes or uses Free or Open Source Software that Google will not bring a lawsuit or other legal proceeding against a Pledge Recipient for patent infringement under any Pledged Patents based on the Pledge Recipient's (i) development, manufacture, use, sale, offer for sale, lease, license, exportation, importation or distribution of any Free or Open Source Software, or (ii) internal-only use of Free or Open Source Software, either as obtained by Pledge Recipient or as modified by Pledge Recipient, in standalone form or combined with hardware or with any other software ('Internal-Only Use)'). The Google patent pledge is available at <<http://www.google.com/patents/opnpledge/pledge/>>. (accessed 14 April 2017).

36 Google Pledge: "However, the pledge is made under a condition: the pledge recipients and its affiliates must not assert or profit from the assertion of patents against Google, its affiliates, or its products or services. Google reserves itself the right to terminate the pledge if it deems necessary to protect itself (Defensive Termination).

This will concern any Pledge Recipient (or affiliate) who files a lawsuit or other legal proceeding for patent infringement or who has a direct financial interest in such lawsuit or other legal proceeding against Google's". <<http://www.google.com/patents/opnpledge/pledge/>>. (accessed 14 April 2017).

37 "IBM hereby commits not to assert any of the 500 U.S. patents listed above, as well as all counterparts of these patents issued in other countries against the development, use or distribution of Open Source Software". (2005) IBM Pledge is available at <<http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/pledgedpatents.pdf>> (accessed 14 April 2017).

38 IBM defines Open Source Software as "any computer software program whose source code is published and available for inspection and use by anyone, and is made available under a license agreement that permits recipients to copy, modify and distribute the program's source code without payment of fees or royalties. All licenses certified by opensource.org and listed on their website as of 01/11/2005 are Open Source Software licenses for the purpose of this pledge".

39 In an interview in February 2015, Musk insisted on the informal aspect of the pledge. Musk: "We actually don't require any formal discussions. So they can just go ahead and use them". Reporter: "Is there a licensing process?". Musk: "No. You just use them. Which I think is better because then we don't need to get into any kind of discussions or whatever. So we don't know. I think you'll see it in the cars that come out, should they choose to use them". Interview at <<https://www.techdirt.com/articles/20150217/06182930052/elon-musk-clarifies-that-teslas-patents-really-are-free-investor-absolutely-freaks-out.shtml>> (accessed 14 April 2017).

B. ENFORCING PATENT PLEDGES

Patent pledges have first been compared to FRAND commitments,⁴⁰ yet applying the FRAND framework to patent pledges is appropriate. Indeed, FRAND commitments are mainly concerned with standard essential patents unlike patent pledges they may or may not cover standard essential patents or not. Thus, looking at patent pledges through the lens of the FRAND commitments might not be pertinent. Accordingly, some commentators have tried to use other known legal tools to apprehend patent pledges.

1. Patent Pledges under U.S. Law

Under U.S. Law, various legal mechanisms have been invoked, namely promissory estoppel, implied licenses, laches, and covenants not to sue.

a. Promissory Estoppel

The doctrine of promissory estoppel prevents the promisor from breaking his promise under certain conditions, applying the legal doctrine of estoppel to such pledges, such that they would be enforceable on the promisor. Thus, anyone who uses Tesla's technologies could rely on Tesla's pledges. The same would apply to Google or IBM. The Restatement (Second) of Contracts states that: "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise."⁴¹ The pledger makes a promise on which users can rely on; the pledger cannot in this case assert its rights against the user for using the patent license.⁴²

b. Implied Licenses

The implied license doctrine can be used as a defence against a patent infringement claim.⁴³ In *De*

Forest Radio Telephone and Telegraph Co. v. United States, the Supreme Court considered that "any language used by the owner of the patent or any conduct on his part exhibited to another, from which that other may properly infer that the owner consents to his use of the patent in making or using it, or selling it, upon which the other acts, constitutes a license, and a defence to an action for a tort".⁴⁴ In the *Wang Laboratories, Inc. v. Mitsubishi Electronics*, the Court considered that "Although judicially implied licenses are rare under any doctrine, Mitsubishi proved that the "entire course of conduct" between the parties over a six-year period led Mitsubishi to infer consent to manufacture and sell the patented products".⁴⁵

The pledges described above may be considered as an implied license. Indeed, the pledges of the patented inventions by the different companies should be considered as licenses given that the pledger indicated and behaved in a way that inferred consent of the pledger to the use of the patented invention. Therefore, in the event of a patent infringement claim against a beneficiary of the pledge, the latter could use the implied license doctrine as a defence.

c. Covenant Not To Sue

If a patent pledges could be considered as a contract,⁴⁶ they may be qualified as covenant not to sue. A covenant not to sue is a promise not to sue for an infringing act.⁴⁷ Covenants not to sue are equivalent to a license. As the Court stated in *Transcore v. Elec. Trans. Consults*,⁴⁸ "the difference [between a license and a covenant not to sue] is only one of form,

type=cite&docid=14+Alb.+L.J.+Sci.+%26+Tech.+53&key=4d-2c0e515d864775efb949d2d357c633>

40 **Contreras**, Patent Pledges, p. 546.

41 American Law Institute (1981), *The Restatement (Second) of Contracts*, § 2: Promise; Promisor; Promisee; Beneficiary.

42 **Contreras**, Patent Pledges; and **Contreras**, Jorge L. (2015); *A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges*, Utah L.Rev. V. 2, American University, WCL Research Paper No. 2014-26. <<https://ssrn.com/abstract=2309023>>. Following the doctrine of promissory estoppel, the reliance aspect might become an issue. Indeed, reliance might be difficult to prove for the beneficiaries of the pledge.

43 **Clark Hughey**, Rachel (2003); *Implied Licenses by Legal Estoppel*, Albany Law Journal of Science & Technology, p. 55. <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doc>

44 U.S. Supreme Court, *De Forest Radio Tel. Co. v. United States*, 273 U.S. 236, 241 (1927).

45 U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, *Wang Laboratories, Inc., Plaintiff-appellant, v. Mitsubishi Electronics America, Inc.* 103 F.3d 1571 (Fed. Cir. 1997).

46 American Law Institute (1981), *The Restatement (Second) of Contracts*, §17 if they meet the requirement under U.S law namely: Consideration, offer, acceptance, mutual assent.

47 American Law Institute (1981), *The Restatement (Second) of Contracts*, § 285: Contract Not to Sue (1) A contract not to sue is a contract under which the obligee of a duty promises never to sue the obligor or a third person to enforce the duty or not to do so for a limited time. (2) Except as stated in Subsection (3), a contract never to sue discharges the duty and a contract not to sue for a limited time bars an action to enforce the duty during that time. (3) A contract not to sue one co-obligor bars levy of execution on the property of the promisee during the agreed time but does not bar an action or the recovery of judgment against any co-obligor.

48 United States Court of Appeals, Federal Circuit, *Transcore v. Elec. Trans. Consults.*, 563 F.3d 1271 (Fed. Cir. 2009): "The inquiry focuses on what the agreement authorizes, not whether the language is couched in terms of a license or a covenant not to sue; effectively the two are equivalent".

not substance - both are properly viewed as authorizations". When looking at the terminology used in pledges like "non-assertion",⁴⁹ a patent pledge could be interpreted as a covenant not to sue. Thus, a user of the pledged patented inventions could benefit from this type of covenant, and the pledger would be barred from suing for infringement.

d. Laches

Finally the doctrine of laches could be used as a defence in case the pledger sued the beneficiaries of the pledge for infringement.⁵⁰ In this case, the patent holder is too late in defending its right. As the Court stated in *A.C. Aukerman Co. v. R.L. Chaides Constr. Co.*,⁵¹ "In a legal context, laches may be defined as the neglect or delay in bringing suit to remedy an alleged wrong, which taken together with a lapse of time and other circumstances, causes prejudice to the adverse party and operates as an equitable bar". This particular doctrine, although put forward, might not be the most appropriate, since it appears to be more about timing and procedure than the actual substance of the pledge itself.

2. Patent Pledges under French Law

In French law pledges are known as convention de non-opposition (a "non-opposition agreement"). Non-opposition agreements are defined as agreements by which the patent holder commits to not hinder the exploitation of the patented invention.⁵² Under French law, pledges are not considered as licenses because pledges only contain a negative obligation⁵³ (not to oppose to the exploitation of the patented invention - equivalent to a covenant not to sue in U.S) and no positive obligations such as an obligation to exploit the patented invention,⁵⁴

therefore the mere pledge not to impede exploitation does not suffice to be considered as a license. French case law is not of much help in the case of patent pledges. Indeed, the only case where we can find this type of mechanism was a case between only two companies, and not a pledge to the general public. In the *Albrycht v. U.C. (Eurotungstene)* case, Albrycht had obtained a dominant patent. U.C. had patented the improvement on the initial invention and both companies had agreed that Albrycht would not impede the exploitation of the U.C. patent and would provide intellectual cooperation for their use of the patent. U.C. finally decided not to exploit Albrycht's patent. Albrycht sued U.C. for breach of contract considering that U.C. had an obligation to use the patent. U.C. argued that the agreement with Albrycht was not a license and therefore they had no obligation to exploit the patent. The question asked to the Court was to know whether the agreement between Albrycht and U.C. was a license. If the Court had considered the agreement between Albrycht and U.C. to be a license, U.C. would have been in breach of contract (non-exploitation of the licensed patent by the licensee). The Court concluded that the agreement between the two companies was not a license and therefore U.C. had no obligation to exploit Albrycht's patented invention and concluded that the agreement between Albrycht and U.C. was a non-opposition agreement.

In this case the pledge was not addressed to the public at large or to a specific market, but was only between two companies. Although this type of pledge is known in French law, enforceability might take a different shape if the pledge is addressed to the public in general such as the pledges we have described above. The criteria of absence of positive obligations as observed by the French Court in this case would be problematic as well. Indeed, if French law defines a non-opposition convention as only involving negative obligations, one has to remember that the pledges we described above do condition the use of the patented invention that is being pledged. Be it good faith or reciprocal non-assertion commitments, pledge recipients do have obligations. For instance, IBM⁵⁵ reserves the right to

49 "Non-assert" is a term found in the OIN, GOOGLE and in the IBM pledges.

50 Patent Commons Project, Understanding Patent Pledges: An Overview of Legal Considerations. <http://www.patentcommons.org/publications/OSDL_Whitepaper_Final_final_4-12-06.pdf> (accessed April 2017).

51 U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, *A.C. Aukerman Co. v. R.L. Chaides Constr. Co.*, 960 F.2d 1020 (Fed. Cir. 1992). The delay is of six years and it is to be noted that this doctrine does not prevent the plaintiff from recovering damages for infringement that took place after he sued the defendant.

52 Foyer, Jean/Vivant, Michel (1991), *Le droit des brevets*, Presse Universitaire de France (PUF), p 451.

53 Cour de Cassation, (Cass. Com) *Albrycht v. Ugine Carbone (Eurotungstene)* 5 January 1983.

54 Under French law the licensee has an obligation to exploit the patented invention that was granted under the license. This has been consistently held by French courts. Cour de Cassation, (Cass. Com),

4 November 1974. Only insurmountable difficulties could justify the non exploitation of the licensed patent. Cour d'appel de Paris, (CA) 13 février 1981.

55 See IBM pledge: "IBM reserves the right to terminate this patent pledge and commitment only with regard to any party who files a lawsuit asserting patents or other intellectual property rights against Open Source Software".

terminate its commitment if any party files a patent infringement lawsuit against open source software. The same condition is found in the Google Pledge.⁵⁶ The obligation imposed on users is similar to the obligation the pledgor commits itself to. Hence, the non-opposition convention as understood by French law does not correspond to the patent pledges we have described here.

IV. CONCLUSION

Having recourse to different legal doctrines and tools to apprehend patent pledges shows the originality of these new legal mechanisms since they do not seem to fit perfectly into any of the described tools and doctrines above, unless one operate some legal twist to make them fit into a particular category. Some have advocated for using (under certain conditions) legal tools of contract law and equity,⁵⁷ but we argue that there might be a need for a complete new legal tool, a proper patent pledge category standing on its own which would not be just a practise, or an interpretation of a known doctrine, but an actual legal instrument.

Indeed, moving beyond technical consideration such as enforceability of those pledges, one must look at the signal a new legal instrument would send. “Opening up” patents means that patents are used in an unconventional way calling for unconventional legal tools that can shape this “opening up”. Referring to known instruments in the case of patent pledges might not fully embrace this particular phenomenon.

All the models presented here have shown the flexibility of patents - they can be used as exclusionary tools or inclusionary tools - and this new

understanding of patents as inclusive mechanism might call for new legal tools. This is particularly the case for patent pledges as opposed to the models described in the first part of the paper. Indeed, as we explained these models are similar to patent pools, even if they display particular characteristics, they still operate with formal patent licenses (although “opened”), which are known legal instruments. Although it remains to be seen how such licenses would be enforced, they are instruments lawyers know how to deal with. Open patent licensees form patent pools - groups of licensors and licensees admittedly with licenses with unconventional terms.

However, patent pledges not only question the use of patents as exclusionary tools but also the current legal instruments since they target a bigger crowd than the “patent pools” models and do not make use of traditional licenses. The relation established between the pledgers and the pledge recipients - whomever they may be - need its new legal tool to translate this quite original relation. The models described in this paper do not only disrupt the way we traditionally use patents, but also our apprehension of available legal tools.

56 See Google pledge. “Google conditions its pledge on a defensive termination clause: Accordingly, Google reserves the right to terminate the Pledge, to the extent Google deems necessary to protect itself, its affiliates, or its products and services (“Defensive Termination”) with respect to any Pledge Recipient (or affiliate) who files a lawsuit or other legal proceeding for patent infringement or who has a direct financial interest in such lawsuit or other legal proceeding”.

57 **Maracke**, Catharina/ **Metzger**, Axel (2016), ‘Playing Nice with Patents: Do Voluntary Non-Aggression Pledges Provide a Sound Basis for Innovation?’ North Carolina Journal of Law & Technology, V 7(3). Art.3. p. 512. <<http://ncjolt.org/3978-2/>>. (accessed 14 April 2017). In this article the authors advocate for not discarding available legal tools when dealing with patent pledges. if a pledge is a “disguised license” then it should be interpreted as such. In other cases they propose to look at the goals of the pledge and operate a fair balance between the pledgor and the recipient. They also advise to look at parties’ motivations.

BIBLIOGRAPHY

- Clark Hughey**, Rachel (2003), 'Implied Licenses by Legal Estoppel', *Albany Law Journal of Science & Technology*.
- Contreras**, Jorge L. (2015), 'Patent Pledges', *Arizona State Law Journal*, V. 47(3) 543; University of Utah College of Law Research Paper No. 93.
- Contreras**, Jorge L. (2015), 'A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges', *Utah L.Rev.* V. 2.
- Cornish**, William (2004), *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?*, Clarendon Law Lectures.
- Dussolier**, Séverine (2013), *The Commons as Reverse Intellectual Property or the Model of Inclusivity: Howe, Helena/ Griffiths, Jonathan (eds.), Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge Intellectual Property and Information Law (No. 21), Cambridge University Press.
- Dussolier**, Séverine (2007), 'Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering', *Chicago-Kent Law Review*.
- Geiger**, Christophe (2013), *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence the Shape and Use of IP Law*: Elgar, Edward/ Dinwoodie, Graeme B. (eds.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 13-06.
- Hayes**, David. L./**Schulman**, Eric. C. (2014), *An Updated Proposal for a License on Transfer (LOT) Agreement*.
- Hayes**, David. L./ **Schulman**, Eric. C. (2013), *A Response to a Proposal for a Defensive Patent License (DPL)*.
- Maggiolino**, Mariateresa/ **Montagnani**, M.Lilla (2013), 'Standardized Terms and Conditions for Open Patenting', *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, V. 14, pp. 785-816.
- Maggiolino**, Mariateresa/**Montagnani**, M.Lilla (2011), 'From Open Source Software to Open Patenting: What's New in the Realm of Openness?', *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, V. 42, pp. 804-832.
- Maracke**, Catharina/ **Metzger**, Axel (2016), 'Playing Nice with Patents: Do Voluntary Non-Aggression Pledges Provide a Sound Basis for Innovation?', *North Carolina Journal of Law & Technology*, V. 7(3). Art.3.
- Pénin**, Julien (2011), *Le brevet d'invention comme l'instrument de coordination de l'innovation ouverte: Corbel, Pascal/ Le Bas, Christian (eds.), Les nouvelles fonctions du brevet, approches économiques et managériales*, *Economica*
- Remiche**, Bernard (2002), 'Révolution Technologique, Mondialisation et Droit des Brevets', *Revue Internationale de Droit Economique* (t. XVI, 1).
- Schultz**, Jason/ **Urban**, Jennifer (2012), 'Protecting Open Innovation: The Defensive Patent license as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament', *Harvard Journal of Law and Technology*, V. 26(1).
- Van Overwalle**, Geertrui (2015), *Inventing Inclusive Patent: From Old to New Open Innovation: Drahos, Peter/ Ghidini, Gustavo/ Ullrich, Hans (eds.), Essays on Intellectual Property*, V. 1, Edward Elgar.
- Van Overwalle**, Geertrui (ed.) (2009), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models, Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge University Press.
- Vivant**, Michel (2006), 'Le système des brevets en question: Brevet Innovation et Interêt Général', *Larcier (editor) Conference Le Brevet: pourquoi et pourquoi faire?* Louvain la Neuve, Belgium.
- Vivant**, Michel (2005), *Droit des Brevets*, Edition Dalloz.
- Vivant**, Michel/ **Foyer**, Jean (1991), *Le droit des brevets*, Presse Universitaire de France.
- Xifaras**, Mikhail (2010), 'Copyleft and the Theory of Property', *Multitudes* 2, No. 41.

MARKALARIN BİRLİKTE VAR OLMA SÖZLEŞMESİ**TRADEMARK COEXISTENCE AGREEMENT****Ahmet Hasan KILIÇ*****ÖZET**

Fikri mülkiyet hakları günümüzde ekonomik ve hukuki açıdan önem kazanmıştır. Ekonomik değeri olan fikri mülkiyet haklarının üzerindeki hak sahipliğinin tanınması ve bu hakların özel kanunlarla korunması, bu hakların başka biri tarafından tescilli veya tescilsiz olarak kullanılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler ticari hayatta markaların birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi sözleşmelerin görülmesine neden olmuştur. Markaların kullanımının yaygınlaşmasına bağlı olarak, aynı veya benzer markaların aynı veya farklı piyasalarda, aynı ya da farklı türdeki mal veya hizmetlerde herhangi bir hukuksal sorun yaşamadan birlikte kullanılmasının önemi artmaktadır. Türk hukukunda markaların birlikte var olma sözleşmesi ilk kez Sınai Mülkiyet Kanununda, marka başvurusunun tesciline muvafakat etme şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu durum, markaların birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve unsurlarının belirlenmesini gerekli kılmıştır.

Anahtar sözcükler: *Fikri mülkiyet, marka, birlikte var olma sözleşmesi*

ABSTRACT

Intellectual property rights are now gaining in importance from an economic and legal point of view. Recognition of the rights of ownership over intellectual property rights, which are economic values, and protection of these rights by special laws reveals the need for the use of these rights by registered or unregistered persons. These developments have led to the appearance of contracts in the commercial life, such as coexistence agreement, license agreements. Due to the widespread use of trademarks, the importance of using the same or similar trademarks in the same or different markets in the same or different types of goods or services without any legal problems is increasing. Trademark coexistence agreement is regulated for the first time in Turkish law to consent to the registration of a trademark application under the Industrial Property Law. This necessitated the determination of the legal nature and elements of the trademark coexistence agreement.

Keywords: *Intellectual property, trademark, coexistence agreement*

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, (ahkilic@hotmail.com)
(Geliş Tarihi : 18.10.2017 / Kabul Tarihi : 01.11.2017)

I. GİRİŞ

İnsanlığın varolduğu ilk günden beri kişiler arasındaki sosyal ve ekonomik ilişkiler, beraberinde ticareti de geliştirmiştir. Sanayi toplumundan bilgi teknolojileri toplumuna geçişle birlikte ticari hayat, modern yaşamın ve ileri teknolojilerin bir yansıması olarak ülkelerarası, diğer bir deyişle küresel bir boyuta kavuşmuş, bunun bir sonucu olarak sosyal ve ekonomik yaşam, hızlı bir değişimin ve düşümün içine girmiştir. Sosyal, siyasi ve iktisadi hayattaki değişimin ortaya çıkardığı yeni ilişkiler ağının tabii bir sonucu olarak hukuk kuralları da buna uyum sağlamak zorunda kalmıştır. Günümüz hukuk terminolojisinde klasik mülkiyet kavramına dâhil olmayan, fikri ve sınai haklar gibi yeni hak türleri de ticari ve ekonomik hayattaki değişimin bir ürünüdür. Oluşan yeni sınai hak konusu türlerin kullanılması veya kullanılabilmesi, ekonomik açıdan büyük bir önemi olmakla birlikte, hukuki açıdan ise pek çok sorunu beraberinde getirmiştir.

Sınai mülkiyet hukukunun bir alt dalı olan marka hukuku, ticari işaretlerin tescili ve korumasına ilişkin usul ve esasları konu edinmiştir. Ticari işletmenin gayri maddi unsurları arasında yer alan marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme amacını taşımaktadır. Marka, ayırt etme amacı ile sınırlı kalmamış zamanla kullanıldığı mal ve hizmetlerden ayrı bir ekonomik değer haline gelmiştir. 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda düzenlenen ve birbirine benzeyen veya karıştırılma ihtimali bulunan markaların ticari hayatta aynı anda farklı kişilerce birlikte kullanılabilmesine imkan veren markaların birlikte var olma sözleşmesi (coexistence agreement), ticari ve ekonomik hayattaki gelişmelerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan sözleşmelerden birisidir. Birlikte var olma sözleşmesi, Avrupa Topluluğu mevzuatında düzenlenmemiş, fakat bu tür sözleşmeler ticari hayatta sıkça görülmeye başlanmış ve bir kısım yargı kararlarına da konu olmuştur. Türk hukukunda ise birlikte var olma sözleşmesi, mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde marka başvurusunun tesciline muvafakat etme şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu durum, birlikte var olma sözleşmesinin taraflarını ve unsurlarını, tarafların hak ve borçlarını, sözleşmenin sona ermesi ile bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesini gerekli kılmıştır. Çalışmamızda, markaların birlikte var olma sözleşmesinin SMK ve TBK açısından

genel özelliklerini ele alarak konuyu yürürlükteki mevzuat, bilimsel çalışmalar ve mahkeme kararları ışığında açıklamaya çalışacağız.

II. SÖZLEŞMENİN GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sözleşmenin Gelişimi

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede, markaların birlikte var olma sözleşmesiyle ilgili herhangi bir hükme yer verilmemle birlikte bu konuda yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Ancak 556 sayılı KHK döneminde, markaların birlikte kullanılması iki farklı şekilde olabilmekteydi. Bunlardan birincisi, karıştırma ihtimali bulunan iki farklı markanın piyasada uzun yıllar boyunca iki farklı kişi tarafından kullanılması ve iki marka arasında herhangi bir hukuki çatışma çıkmaması nedeniyle iki markanın piyasada bir arada kullanımı mümkün hale gelmesidir¹. Bu ihtimalde tüketiciler, markalardan birini diğeri ile karıştırmadıklarından her iki marka piyasada birlikte var olma hakkını elde etmektedir².

İkincisi ise markaların birlikte var olma sözleşmesiyle markaların kullanılabilmesidir. Sözleşmeyle taraflar, marka hakkına tecavüz iddiasıyla bir dava tehdidinde maruz kalmadan, markalarını, kendi belirleyecekleri şartlarda kullanma hakkı elde etmekteydi³. Bu ihtimalde taraflar sözleşmede, markalarını hangi şekilde, hangi bölgede nasıl kullanacakları,

1 **Çolak**, Uğur (2014) Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 264. Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, benzer markaların uzun yıllar boyunca aynı veya farklı piyasada iki farklı firma tarafından kullanılması ve aralarında herhangi bir hukuki çatışma çıkmaması halinde, iki markanın piyasada birlikte kullanımının artık mümkün hale geldiği tespitlerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11.HD. T: 19/06/2013 E:2012/1588, K:2013/12846; Yargıtay 11. HD. T: 02.03.2011, E:2009/8708, K:2011/2089.

2 **Horton Headington**, Lucy/Fan, Susan (2013) Business LawBuletins: IntellectualProperty, s. 1, Shanghai Yüksek Mahkemesinde 2010 yılında görülen Crocodile&Lacoste davasında, ihlal açısından bir karışıklığın bulunması gerektiğini vurguladı. Fransız firması Lacoste giyim markasını sola yönelen bir timsah logosu altında pazarlıyor. Singapur merkezli Crocodile markası ise giyim markasını sağdaki bir timsah logosu altında pazarlıyor. Timsah logoları, görsel benzerlikleri paylaşırken kavramsal olarak ayrıdır. Mahkeme, ticari marka ihlalinin bulunmadığına hükmetti. Mahkeme, marka ihlali anlamında benzerlik, kafa karıştırıcı şekilde, yani piyasada tüketicilerin kafasının karıştırmak için yeterli olan benzerliği ifade eder dedi. Dolayısıyla, markalar sadece benzer olmaktan çok daha fazla olmalı, yani karışıklık olasılığı bulunmalıdır. Örneğin tüketiciler, markanın ticari başarısını nedeniyle markanın menşei belirleyebiliyorsa, karışıklık olasılığı düşüktür ve karışıklık olmayacaktır. Bu karar neticesinde her iki marka birlikte var olma alanı elde ettiler. **Moss**, Marianna (2005) "TrademarkCoexistenceAgreements: LegitimateContractor Tools Of Consumer Deception?" s. 11.

3 **Çolak**, s. 264.

olası karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmak için markalarını ne şekilde ayırt edici hale getirebilecekleri gibi konuları kendi aralarında kararlaştırabilirler.

Türk hukukunda markaların birlikte var olması sözleşmeleri ilk olarak marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde yer verilmiştir⁴. SMK'nın genel gerekçesinde, “başvuru sahiplerinin piyasada birlikte varolma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amacıyla, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı *muvafakatnamenin Enstitüye sunulması halinde başvurunun reddedilemeyeceği*” belirtilmiştir. Sınai mülkiyet hukukunda birlikte var olma sözleşmesinin yasal dayanağı olan bu düzenleme, marka hakkıyla ilgili getirilen önemli yeniliklerden birisidir.

Birlikte var olma sözleşmesi birçok batı ülkesinde kabul gören bir sözleşmedir⁵. Avrupa topluluğu hukukunda bu sözleşmelerin olumlu etkileri kabul edilmekte ve şu anda sözleşmelere yönelik olarak daha olumlu bir tutum sergilenmektedir⁶.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak hukuk hayatında ortaya çıkan ve potansiyel hak ihlallerini önleyici bir işlevi bulunan birlikte var olma sözleşmesi, tescilli bir marka ile aynı veya benzer tescilli ya da tescilsiz bir markanın, tüketicilerin gözünde karışıklığa neden olmadan, piyasada barış içinde birlikte var olmasına izin verir⁷. Akademik çevrelerce çok fazla ilgi görmemiş olsa da bu tür sözleşmeler uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır.

B.Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Markaların birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti için sözleşmenin tarafları, ta-

rafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin türü ve sözleşmenin sona erme hallerinin belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle marka hakkının, birlikte var olma hakkının ve birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği ile bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekir.

2. Markanın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Marka kavramı, en temel haliyle SMK m. 5/1 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre marka; bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret olarak nitelendirilebilir⁸. Yasal tanımda iki unsur ön plana çıkmaktadır; birincisi “*işaret*”, ikincisi ise “*ayırt edici*” niteliklidir⁹. Tanıtılan bu işaret üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkilerini ve başkaları tarafından kullanılmasının sınırlandırılması, hukuk düzeni hak olarak nitelendirmiştir.

Sanayiyle ilgili anlamına gelen “*sınai*”¹⁰ sözcüğü fikri hakların sanayileşmiş olduğunu ortaya koyar¹¹. Fikri haklar her türlü fikri ve zihni buluşlar üzerindeki hakları ifade eder. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu malları taşınır ve taşınmazlar olmak üzere ikiye ayırmıştır. TMK m. 704 hükmünde, taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşacağı düzenlenmiştir. TMK m. 762 hükmünde, taşınır mülkiyetinin konusu ise nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler olduğu belirtilmiştir. Bu tasniften anlaşılacağı üzere, TMK maddi varlığı olmayan mal kavramına ve maddi varlığı olmayan mülkiyet kavramına yer vermemiştir. Bu kapsamda fikri ürün eşya olmadığı için bu ürünler üzerindeki haklar da aynı hak değil-

4 SMK m. 5/3 hükmünün gerekçesi şöyledir: “*Maddenin üçüncü fıkrasında ise bir marka tescil başvurusunun, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Enstitüye sunulması halinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemeyeceği ve muvafakatnameye ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler birbirleriyle ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olanlar başta olmak üzere, başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amaçlanmıştır.*”

5 Horton/Fan, s. 1.

6 Thomsen, Carin (2012) “Trademark Co-Existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law”, Master’s Thesis, University of Gothenburg, s. 54.

7 Lawsen, Marie Martens (2009) Trademark Coexistence Agreements in the EU from an Interdisciplinary Perspective, Master Thesis, Aarhus School of Business, s. 1; Thomsen, s. 26.

8 Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 360; Ishida, Masayasu (2011) “Technology Transfer and Licensing” Japan Patent Office Asia-Pacific Industrial Property Center, s. 15.

9 Tekinalp, s. 360.

10 www.tdk.gov.tr

11 Tekinalp, s. 2.

dir¹². Marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model üzerindeki hakkı konu edinen sınai mülkiyet hakkı maddi varlığı olan, yani klasik mülkiyet kavramına dahil olan haklardan değildir. Ancak klasik mülkiyet sınıflandırması dışında sanayiye ait olan hakları konu edinen sınai mülkiyet hakkı kavramı, sanayiye ait mülkiyet üzerindeki hakları ifade etmesi bakımından yerinde bir tercihtir.

Bu açıklamalar kapsamında ticari işletmeden tümüyle bağımsız olan ve sınai mülkiyet haklarının bir türü olan marka hakkını¹³, sahibine markayı kullanmada, markadan yararlanmada ve marka üzerinde tasarrufta bulunmada inhisari yetkiler veren mutlak bir hak olarak tanımlayabiliriz¹⁴.

3. Birlikte Var Olma Kavramının Hukuki Niteliği

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/1-ç hükmünde, “*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*”in tescil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin son fıkrasında marka başvurusu, önceki marka sahibinin “*başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini*” gösteren noter onaylı belgenin sunulması hâlinde (ç) bendine aykırılık nedeniyle Türk Patent ve Marka Kurumunca reddedilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bir hukuki işlem mahiyetinde olan ve marka hakkının bir nevi devredilmesini konu edinen muvafakatname, bir hakkın başka bir kimseye devredilmesine veya kullanılmasına yönelik tek taraflı irade açıklaması olarak tarif edilebilir¹⁵.

Tescilli markayla aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretlerin tescil başvurusu Kurum tarafından reddedilecektir. Ancak tescilli marka sahibi tescil sürecinde, markasının başka biri tarafından kullanılmasına rıza göstermesi halinde bu marka tescil edilebilecektir. SMK ile sağlanan mar-

ka koruması tescil yoluyla elde edilmektedir. Tescile muvafakat etme neticesinde ikinci marka, tescilli bir marka olarak SMK'nın sağladığı korumadan mutlak şekilde yararlanacaktır. Dolayısıyla ilk marka sahibi tescile izin verdikten sonra rızasını geri alamayacaktır.

Tescilli marka sahibi, başvurusu yapılan markanın tesciline izin vermekle, her iki markanın birlikte korunması ve kullanılması söz konusu olacaktır. Markanın tesciline izin verme işlemi neticesinde ikinci marka sahibi marka hakkını ve buna bağlı olarak birlikte var olma hakkını da elde edecektir. Dolayısıyla her iki markanın aynı anda ve aynı veya farklı piyasada birlikte var olması gerçekleşmiş olacaktır.

Birlikte var olma kavramının hukuki niteliğinin belirlenmesi, birlikte var olma sözleşmesinin en önemli meselelerinden biridir. Sorun sadece teorik açıdan değil hakkı devreden devralanla ve bunların üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerin niteliğinin belirlenmesi açısından da önemlidir.

Birlikte var olma (*coexistence*) kavramını; tescilli veya tescilsiz markanın tescil başvurusu yapılmış başka bir markanın tesciline muvafakat etmesi ya da tescilsiz markanın piyasada kendi mal ve hizmetleri üzerinde başka bir marka tarafından kullanılmasına rıza göstermesi neticesinde ortaya çıkan ve her iki markanın piyasada hukuken varlık göstermesini (birlikte yaşamasını) sağlayan bir hak olarak tanımlayabiliriz. Dolayısıyla birlikte var olma hakkı; “*markaların birlikte var olma sözleşmesi*”ni de kapsayan, tescilli veya tescilsiz marka üzerindeki mutlak hakkın sağladığı kullanma ve koruma yetkisinin aynı veya benzer bir markaya devredilmesi veya kullanılması anlamlarına gelen ve birlikte var olma hakkını devreden ile devralanın sahip olduğu hak ve yetkilerin tamamını ifade eder¹⁶.

Şahsi hak veya nispi hak, yalnız hukuki bir ilişkinin diğer tarafına veya bu hakla ilişkili kişilere

12 **Tekinalp**, s. 7; **Özsoy**, Hande Saadet (2011), Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 5-6.
13 **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C.1, Ankara, Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, C. 1, s. 2.
14 **Tekinalp**, s. 381; **Arkan**, Sabih (1998) “*Marka Hakkının Tüketilmesi*” Ali Bozer’e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 197; **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s. 347.
15 Hukuki işlem ve irade açıklaması hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız; **Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları s. 119, 127.

16 **Thomsen**, s. 26; **Lawsen**, s. 15: Uluslararası Ticari Markalar Birliği (INTA) tarafından yapılan tanım ise şöyledir; birlikte var olma sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin, benzer işaretlerin herhangi bir karışıklık ihtimali olmadan bir arada bulunabileceği konusunda anlaşmasıdır. Lisans hakkı kavramıyla ilgili benzer açıklamalara bakınız; **Özel**, Çağlar (2015) Marka Lisans Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 42; **Özsoy**, s. 21; **Ongan**, Burak (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 17; **Abrek**, Ömer (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 52; **Calbolis**, Irene (2007) “The Sunset Of Quality Control In Modern Trademark Licensing”, Marquette University Law School Legal Studies Research Paper No. 07-09, s. 348.

karşı ileri sürülebilir bir haktır. Belli bir kişinin hak sahibine karşı belirli bir davranışta bulunmak, bir şeyi yapmak ya da bir şeyden sakınmakla yükümlü olunması durumunda nispi haktan söz edilir¹⁷. Bu bakımında nispi hak, ancak hak sahibine karşı borç altına girebilen belli şahıs veya şahıslara ileri sürülebilir. Marka hakkının aynı veya benzer bir marka tarafından tesciline veya kullanılmasına rıza gösterilmesi tek taraflı bir hukuki işlemle (muvafakatnameyle) veya sözleşmeyle ortaya çıkması nedeniyle birlikte var olma hakkı, bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana gelir. Dolayısıyla birlikte var olma hakkının, sadece marka hakkını devredene karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle nispi bir hak olarak kabul edilmesi gerekir.

SMK'da tescilli markayla aynı veya benzer bir markanın tesciline rıza gösterme işleminin tek taraflı bir hukuki işlemle yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda birlikte var olma sözleşmesinin yapılmış olması, tek başına birlikte var olma hakkının devrini sağlamayacak, sözleşme ile birlikte ayrıca noter onaylı belgenin de tescil başvurusunda Kuruma sunulması gerekecektir.

4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Birlikte var olma sözleşmesiyle ilgili olarak SMK ve diğer mevzuatta açık bir hükme yer verilmemiş, ancak tescilli bir markanın sağladığı hakkın aynı veya benzer bir markanın tescili için muvafakat verilmesi SMK m. 5/3 hükmünde düzenlenmiştir. Bu tür muvafakatler ile ticari hayatta karşılaşılmaktadır. Birlikte var olma sözleşmeleri, tescil ve/veya kullanma amacıyla olmak üzere iki farklı şekilde yapılabilmektedir.

Borcun kaynaklarından biri olan sözleşme, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bir hukuki işlem türüdür¹⁸. Uygulamada görülmeye başlayan birlikte var olma sözleşmesi, tescilli veya tescilsiz marka ile aynı veya benzer tescilli veya tescilsiz markanın kullanılmasını veya aynı veya benzer markanın tescilini sağlama imkânı veren ve kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında şahsi nitelikte hak ve borç doğuran sözleşmesel bir ilişkidir. Bu sözleşmenin her iki türünde,

marka hakkının tamamen devri söz konusu değildir ve marka hakkı marka sahibinde kalmaya devam eder.

Kullanma amaçlı birlikte var olma sözleşmelerinde ise, tescile dayanmayan bir markasal kullanımın, mevcut bir tescil karşısında ihlal oluşturmayacağı, tescilli marka sahibinin bu kullanıma karşı herhangi bir hak ileri sürmeyeceği taraflarca kararlaştırılmış olmaktadır. Böylece taraflara ait, tescilli markaya dayanan marka hakkı mevcut iken, diğeri de kullanıma dayanan ve birlikte var olma sözleşmesi kapsamında karşılıklı rızalar ile desteklenen bir tescilsiz markanın kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu tür sözleşmelerle tescilli markanın üçüncü kişiye kullandırılması (lisans tanınması) söz konusu değildir. Zira lisans sözleşmesinde marka sahibi kendisine ait ve kendi marka hakkı kapsamında yer alan bir hakkı üçüncü kişiye kullandırmakta iken, birlikte var olma sözleşmesinde tescilli marka sahibi, üçüncü kişiye ait kullanımın kendi marka hakkı kapsamında kalmadığını kabul etmiş olmaktadır. Buna karşın birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması neticesinde, tescilli markanın adeta ikizi olan aynı veya benzer marka hukuken varlık kazanmış olmaktadır.

Lisans, kira, satış veya franchising sözleşmeleriyle benzer özellikleri bulunsun da birlikte var olma sözleşmesi bağımsız nitelik taşıyan bir sözleşmedir.

Tescil veya kullanım amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi, satış sözleşmesinden de ayrılmaktadır. Zira satış sözleşmesi maddi ve gayri maddi malları konu edinirken birlikte var olma sözleşmesi maddi olmayan malları konu edinmektedir. Satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşme iken tescile muvafakati içermeyen birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Ancak birlikte var olma sözleşmesi, tescile muvafakati içeriyorsa marka hakkının sağladığı imkânlar muvafakatle devredilmektedir. Dolayısıyla birlikte var olma sözleşmesi ani edimli bir sözleşme haline gelir ve satış sözleşmesiyle benzerlik gösterir. Ancak tescile muvafakat yoluyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinde, marka hakkı devredilmesine rağmen birlikte var olma hakkını veren markasını tescilli olarak kullanmaya devam etmesi nedeniyle bu sözleşme, satış sözleşmesinden ayrılır.

Birlikte var olma sözleşmesi kira sözleşmesinden de konu yönünden farklıdır. Kira sözleşmesi

17 **Eren**, Genel Hükümler, s. 18, 19, 52, 59; **Oğuzman**, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 27.

18 **Oğuzman**, Genel Hükümler, 42-43; 166; **Nomer**, Haluk. N. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 31.

maddi malların kullanılmasını konu edinirken, birlikte var olma sözleşmesi maddi olmayan mal üzerindeki hakkın kullanılmasını veya devrini konu edinmektedir.

Franchising sözleşmesi, satım, vekâlet, ortaklık, lisans ve know-how unsurlarını barındıran karma bir sözleşme olması nedeniyle birlikte var olma sözleşmesinden kapsam itibariyle farklıdır. Franchising sözleşmesinin içerdiği unsurlar arasında birlikte var olma sözleşmesinin unsurları da bulunabilir. Franchise alan, franchise verenin satış konsepti ve organizasyon fikri ile bütünleştiği için bu sözleşme, birlikte var olma sözleşmesinin kapsam ve sınırları itibariyle de farklıdır.

Birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinden konu bakımından farklıdır. Marka lisans sözleşmesi esas itibariyle SMK m. 24'te düzenlenmiştir. Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Lisans, inhisari lisans veya basit lisans (inhisari olmayan) şeklinde verilebilir. Basit lisans sözleşmesini, lisans sözleşmesine konu markanın kullanım hakkının sağlanması olarak tanımlayabiliriz¹⁹. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, basittir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere başka lisanslar verebilir²⁰.

Lisans sözleşmesinde, lisans verenin edimi marka kullanım hakkının süreli veya süresiz olarak devredilmesidir. Birlikte var olma sözleşmesi tescile muvafakati içermiyorsa, bu sözleşmeyle marka hakkının aynı veya benzer tescilli bir marka tarafından kullanılmasına izin verilmektedir²¹. Buna karşılık, sözleşme, tescile muvafakat amacıyla yapılmışsa, marka hakkı tescilli markada kalmakla birlikte bu hak tescil edilecek başka bir markaya zımnen de olsa devredilmektedir. Bu nedenle birlikte var olma sözleşmesi tescile muvafakati içermiyorsa yani sadece markanın kullanılmasını konu ediniyorsa lisans sözleşmesiyle benzer özellikler gösterir²². Ancak, tescilli marka hakkının lisansta olduğu gibi bizzat

kullanımı söz konusu değildir. Bu durumda tescilli markayla benzer olan ancak marka sahibinin sözleşme kapsamında buna karşı herhangi bir hak ileri sürmemeyi üstlendiği, tarafların karşılıklı olarak, sözleşmeye konu kullanımın tescilli marka hakkını ihlal etmediği yönünde anlaşmışları bir markanın kullanımı söz konusudur.

Tescile muvafakati içermeyen birlikte var olma sözleşmesi, iki farklı bağımsız markanın aynı anda piyasada birlikte kullanılması amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmeyle, her iki marka birbirinden bağımsız olarak var olmaya devam ettirecek, buna bağlı olarak her iki marka hakkı, lisans sözleşmesiyle üçüncü kişilere kullanılabilir.

Tescilli marka ile aynı veya benzer olan başka bir marka bir şekilde tescil edilmişse, taraflar böyle bir sözleşme ile sonraki markanın da hayatta kalmasını sağlayabilir. Bu halde sözleşme, marka sahibinin "haksız" tescile muvafakati, ona karşı kanuni haklarını kullanmaktan vazgeçmesi, sonraki tescile karşı ihlal veya hükümsüzlük davası açmasını engeller. Birlikte var olma sözleşmesi, birlikte var olma hakkının devredilmesinin tanınmasının tabi bir sonucu olarak esas itibariyle aynı veya benzer markaların aynı veya benzer mal ve hizmetler ile ilişkili ve birbirinden bağımsız olarak kullanılmasını sağlamakla lisans sözleşmesinden ayrılır²³.

Birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi amacıyla sözleşme tipinin borçlar hukuku açısından değerlendirilmesi gerekir. Bunun için öncelikle sözleşmede kararlaştırılmış edimin türüne ve özelliklerine bakılmalıdır. Sözleşmenin asli unsurları sözleşmenin tipini belirler. Bu unsurlar ise anlamlarını her sözleşme tipinin tanımında bulur²⁴.

Geniş anlamıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin²⁵ düzenlediği TBK m. 26 hükmüne göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında kişiler özel borç ilişkilerini, diledikleri kişilerle yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleme yetkisine sahiptirler²⁶. Bu kapsamda

19 **Özel**, s. 50; **Kıratlı**, Metin (2015) "Marka Lisans Sözleşmeleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5.23, s. 212.

20 **Tekinalp**, s. 468; **Özel**, s. 50; **Ünal**, Mücahit (2007) Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 166; **Özdemir Oktay**, Saibe (2002) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 13.

21 **Çolak**, s. 265, yazar, markaların birlikte var olma sözleşmesinin "karşılıklı lisans sözleşmesi" olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

22 **Thomsen**, s. 27.

23 **Thomsen**, s. 27.

24 **Kuntalp**, Erden (2013), Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, Baktider Yayınları, s. 52.

25 Sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ilgili ayrıntılı açıklamalara bkz. **Eren**, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 19 vd.; **İşıktaç**, Yasemin (2014) Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 311 vd.

26 **Nomer**, s. 69; **Eren**, Özel Hükümler, s. 18; AuleytnerAleksandra, ZwierzynskaAgnieszkaandKubalskiJakub (2011) "Nature of Licensing Agreements", International Licensing, Center for International Legal Studies, Rel. 28, s. 15.

sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin konusunu ve hükümlerini belirleme, karşı tarafı seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir²⁷.

Birlikte var olma sözleşmesi, en temel şekliyle SMK'da sadece tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markanın tesciline muvafakat edilmesi amacıyla yer almıştır (m. 5/3). Ancak burada sözleşmenin esaslı unsurları, tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmemiştir. Sözleşme yapma özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak, taraflar, birlikte var olma sözleşmesinin hükümlerini serbestçe belirleyebilirler. Nitekim SMK m. 5/3 hükmünün gerekçesinde, "*başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması*" amacı açıkça vurgulanmıştır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen TBK m. 27 hükmünde, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin yapılamayacağı belirtilmiştir.

2007 tarihli Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın rekabete ilişkin kuralların düzenlendiği m. 101/1-2 hükmünde, üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasına neden olan sözleşmelerin yasak olduğu belirtilmiştir²⁸. Bu kapsamda anılan hükme aykırı olarak yapılan birlikte var olma sözleşmesinin hükümsüzlüğü gündeme gelebilecektir.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak, taraflar, birlikte var olma sözleşmesini istedikleri marka hakkında yapabilirler, ancak sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Marka korumasının önemli nedenlerinden birisi de

tüketici açısından karışıklığın önlenmesidir²⁹. Örneğin tüketiciler nezdinde ayırt edici özelliği ve bilinirliği olan tescilli bir ilaç markasının aynı veya benzer marka tarafından kullanılmasına veya tesciline izin verilerek markanın tescilli marka ile aynı veya benzer konuda ilaç üretmesi, tüketiciler tarafından her iki markanın karıştırılmasına neden olabilir³⁰. Bu durum halk (kamu) sağlığı açısından telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelmesine neden olabileceğinden kamu düzenine aykırı bu tür sözleşmeler genel hükümler gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olabilecektir³¹.

Birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tayini için bu sözleşmenin, sözleşme türleri açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Borcun kaynaklarından biri olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre, "*isimli*" ve "*isimsiz*" sözleşme olarak ikiye ayrılmaktadır. İsimli sözleşmeler, unsurları ve bunların bir araya geliş tarzları kanunda açık olarak düzenlenmiş bulunan sözleşmelerdir (satım, kira, bağışlama gibi). İsimsiz sözleşmeler ise, unsurları veya bunların bir araya geliş tarzı ne TBK'da ne de diğer kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir (franchising, faktoring, sulh sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi)³². Tipik sözleşmeler, kanun ve uygulama tarafından tipleştirilen sözleşmelerdir. Atipik sözleşmeler ise, tipleşmemiş sözleşmelerdir³³. İsimli-isimsiz sözleşme ayrımı, sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre yapılmaktadır. Bu bakımdan kanunda düzenlenmeyen bir isimsiz sözleşme, tekrarlanan bir uygulama sonucu, ilk önce bir teamüle (yerleşmiş yargı kararlarıyla), daha sonra örf ve adet hukukuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır³⁴.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak ortaya çıkan isimsiz sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurların birleştirilmesiyle oluşabileceği gibi, kanunda öngörülen sözleşmelerin unsurlarından tümüyle farklı, kendine

27 **Nomer**, s. 69 vd.; **İşıktaç**, s. 313.

28 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın rekabete ilişkin kurallarının düzenlendiği m. 101/1-2 hükmü şöyledir: Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) Doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) Üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, c) Piyasaları veya arz kaynaklarını paylaşan, d) Ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) Sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

29 **Moss**, s. 3.

30 **Odabaşı**, s. 74-75: "*Karıştırma, başkasının hak sahibi olduğu bir değer, alıcıların karıştırmalarına sebep olacak şekilde benzerlerinin kullanılmasıdır. Karıştırma iki şey arasındaki benzerlikten ziyade yalıtma, kandırma ve yanlış algılatırma yöntemidir.*"

31 Thomsen, s. 54.

32 **Kuntalp**, s. 3; Eren, *Özel Hükümler*, s. 864; **Özdemir**, *İsimsiz Sözleşmeler*, s. 263; **Hermida**, Julian (2004) "Convergence Of Civil-LawAndCommonLawContractsInThe Space Field", *Hong Kong LawJournal*, Vol. 34, Issue 2, s. 7.

33 **Kuntalp**, s. 7; Eren, *Özel Hükümler*, s. 867.

34 **Kuntalp**, s. 7-8; Eren, *Özel Hükümler*, s. 867.

özgü unsurlarla da oluşabilir³⁵.İsimsiz sözleşmeler; genel olarak karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Karma sözleşmeler, birbirinden farklı kanunlarda düzenlenmiş sözleşme tiplerini kanunda öngörülmemiş tarzda bir arada içeren sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır³⁶. Bileşik sözleşmeler, iki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların vardıkları bir anlaşma çerçevesinde bu niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde varlık ve geçerliliklerini birbirine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmelerdir³⁷. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurların tamamen veya kısmen bulunmadığı, kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmelerdir³⁸. Bu anlamda, birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinde olduğu üzere³⁹, tümüyle kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ait unsurları içermediği gibi birçok isimli sözleşmenin esaslı unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan karma sözleşmelerden ya da birbirinden tamamen bağımsız iki farklı sözleşmenin unsurlarına dokunulmaksızın işlevselliği açısından birleştiği, bileşik sözleşmelerden de ayrılmaktadır.

İsmi kanunda geçse dahi esaslı unsurları kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler de isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilir⁴⁰. Bu kapsamda; SMK'da sadece tescilsiz bir markanın tesciline muvafakat etme şeklinde düzenlenmesi, sözleşmesinin esaslı unsurlarına yer verilmemesi ve bir bütün olarak Türk hukukunda düzenlenmemiş olması nazara alındığında, birlikte var olma sözleşmesi isimli bir sözleşme olarak nitelendirilmez.

Birlikte var olma sözleşmesinin tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup olmadığının tespiti için sözleşmede bedel ödenmesinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının belirlenmesi gerekir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı, hem de borçlusu olup⁴¹ her iki taraf da

birbirine karşı birer asli bir edim yüklenmektedir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, tarafların yüklendikleri edimlerin birbiriyle değiştirilmesi söz konusudur⁴².Birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması halinde, bedelli veya bedelsiz olarak marka hakkının sağladığı imkânlar aynı veya benzer bir marka için devredilmektedir. Marka hakkını devreden borcu tescile muvafakat etmek, marka hakkını devralanın borcu ise taraflar kararlaştırmışsa bedel ödemektir. Bu ihtimalde birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilebilir.Birlikte var olma sözleşmesinin bir markanın kullanımını konu edinmesi halinde, tescilli marka sahibininborcu,markasının aynı veya benzerinin tescilsiz kullanımına rıza göstermek(*tescilsiz kullanmak isteyen birlikte var olma hakkıtanınmak*); karşı tarafın borcu ise kararlaştırmışsa bunun bedelini ödemektir. Bu ihtimalde birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edebilir.

Sonuç olarakbirlikte var olma sözleşmesi, kanunda esaslı unsurları düzenlenmeyen, kendine özgü yapısı olan, uygulamada tipik olarak karşılaşılmayan, bedelin belirlenmesi yöntemine göre tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen isimsiz sözleşmelerdendir⁴³.

5. Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

Birlikte var olma sözleşmesi, kendine özgü özellikleri olan isimsiz bir sözleşme olması nedeniyle, bu sözleşmeye hangi hükümlerin ve hangi sözleşme tipinin uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Birlikte var olma sözleşmesine, TBK'nın özel hükümlerinde düzenlenen sözleşme tiplerine ilişkin hükümler doğrudan uygulanmaz. Zira bu sözleşme, kanunlarda düzenlenen lisans, kira, satım, franchising gibi sözleşme tiplerinden birine tam olarak uymamaktadır.

Sözleşmede uyuşmazlığı çözmeye elverişli hüküm bulunmaması halinde, hâkim taraflar arasındaki bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için, üç yöntem izleyecektir; "nitelendirme", "yorumlama" ve "tamamlama"⁴⁴.

35 Eren, Özel Hükümler, s. 868; Özdemir Oktay, Saibe (1995) "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması", İÜHF, C. LV, S.1-2, s. 267.

36 Eren, Özel Hükümler, s. 871; Kuntalp, s. 15-16; Özdemir, İsimsiz Sözleşmeler, s. 273.

37 Eren, Özel Hükümler, s. 883.

38 Eren, Özel Hükümler, s. 881; Kuntalp, s. 14. Özdemir, İsimsiz Sözleşmeler, s. 275.

39 Eren, Özel Hükümler, s. 883; Özel, s. 110 vd.; Özsoy, s. 91.

40 Özdemir, İsimsiz Sözleşmeler, s. 264; aksi yönde bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 881-882.

41 Eren, Genel Hükümler, s. 273.

42 Eren, Genel Hükümler, s. 274.

43 Lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğiyle ilgili ayrıntılı bilgilere bakınız; Başlar, Yusuf (2012) "Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri", Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68-45, s. 90-92; Özdemir, İsimsiz Sözleşmeler, s. 52-53; Özel, s. 113-127.

44 Kuntalp, s. 187.

“Nitlendirme” ile, sözleşmenin tabi olduğu kuralların bütünü belirlenmektedir⁴⁵. Bu esnada belirleyici unsur, hakim görüşüne göre, tarafların yüklemiş oldukları asli edim yükümlülükleridir⁴⁶. Yani sözleşmeye hukuki özelliğini kazandıran, tipini veren yükümlülüklerdir. Sözleşmeyi kuran taraf iradeleri her zaman açık ve anlaşılır olmayabilir. Bu kapsamda, irade beyanlarının gerçek veya farazi anlamlarının hâkim tarafından araştırılarak saptanması yani yorumlanması gerekir⁴⁷. TMK m. 2 hükmünde düzenlenen iyiniyet ve dürüstlük kuralı, sözleşmenin yorumunda hâkime yol gösteren temel bir ilkelerdir.

Sözleşmenin yorumlanmasında, yorumun konusu tarafların irade beyanlarıdır. İrade beyanlarının yorumlanmasında hâkimin müracaat edeceği temel ilke, TMK m.2 hükmünde düzenlenen güven ilkesidir. Bu kapsamda sözleşmenin “yorumlanması”nda güven ilkesi esastır⁴⁸. Dürüstlük kuralına dayanan bu ilke gereğince irade beyanlarının yorumunda objektif bir kişinin yorumu esas alınmaktadır⁴⁹. Sözleşmenin “tamamlanması” ise, tarafların açıklamayı ihmal ettikleri hususlarda yeni hüküm konulmasıdır⁵⁰. Bir sözleşmenin tamamlanması ihtiyacı, ancak yorumlanması sonucu bir eksikliğin, teknik bir ifadeyle bir “boşluğun” bulunması halinde gündeme gelir. Boşluk, tarafların yetkileri içinde olmakla beraber, sözleşmenin içeriği ile ilgili bir hususu hiç veya tam olarak düzenlememiş olmaları halidir⁵¹.

Birlikte var olma sözleşmesinde boşluk bulunması halinde, bu sözleşmenin kendine has özellikleri olan bir sözleşme olması nedeniyle kanunlarda düzenlenen diğer sözleşmelere ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz. Bu noktada, sözleşmenin içeriğini belirleme, yani sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle, öncelikle tarafların sözleşmede belirledikleri hükümlere bakılması gerekir⁵². Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk tespit edilmesi durumunda, tescilli bir markanın sağladığı korumaya ilişkin hükümlerin SMK’da düzenlenmesi nedeniyle taraf iradelerine aykırı olmamak ve niteliğine uygun olduğu ölçüde bu hükümler uygulanabilecektir.

Bu hükümlerin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk tespit edilmesi durumunda, TBK’nın genel hükümleri, yani düzenleyici hukuk kuralları uygulanır⁵³. Bu hükümler uygulanırken sözleşmenin amacının ve taraf menfaatlerinin dikkate alınması gerekir⁵⁴. TBK’nın genel hükümlerinin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk bulunması halinde, TBK’nın özel kısmındaki hükümleri doğrudan uygulanamaz. Çünkü birlikte var olma sözleşmesinin esaslı unsurları TBK’da düzenlenmemiştir. Yine TBK’nın özel hükümlerinde düzenlenen sözleşme tiplerinin herhangi birinin esaslı unsurlarıyla birlikte var olma sözleşmesinin unsurlarının örtüşmemesi nedeniyle somut uyuşmazlıktaki boşluk TBK’nın özel hükümleriyle de doldurulamaz⁵⁵.

Türk Ticaret Kanunu m. 4/1-d hükmünde, fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklan işlerin ticari iş olduğu düzenlenmiştir. Marka hakkının devrini veya kullandırılmasını konu edinen birlikte var olma sözleşmesi, ticari iş olması nedeniyle bu sözleşmeyle ilgili boşluğun doldurulmasında ticari örf ve adet kurallarının uygulanması gerekir (TTK m. 1). Ticari örf ve adet, ticaret âleminde uyulması gerektiği kabul edilen yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. TBK’nın genel hükümlerinin uygulanmasına rağmen boşluğun doldurulmaması halinde, hâkim, TTK m. 1/2 hükmü gereğince ticari örf ve adet kurallarına göre, burada dahi kural bulunmaması halinde genel hükümlere göre boşluğu dolduracaktır. Bu durumda, hakim TMK m. 1 hükmü uyarınca, sözleşmenin özelliklerini de dikkate alarak özellikle örf ve adet hukukunda oluşmuş, sözleşmeyi tamamlamaya elverişli kuralları uygulayabilecektir⁵⁶. Hâkim, ticaret hayatında bu sözleşmeler için oluşmuş teamülleri de dikkate alır⁵⁷. Örf ve adet hukukunda uyuşmazlığı çözmeye elverişli bir hüküm bulunmazsa, TMK 1. ve 4 maddeleri gereğince hakim, sözleşmedeki boşluğu kendi koyacağı kurala göre dolduracak ve uyuşmazlığı sonuçlandırabilecektir⁵⁸.

45 Kuntalp, s. 187.

46 Kuntalp, s. 187.

47 Kuntalp, s. 195; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 279; Özel, s. 115.

48 Kuntalp, s. 197; Özel, s. 114.

49 Özdoğan, Dalcı Nurcihan (2017) “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, InonuUniversityLawReviewInULR Vol:8 No:1, s. 38.

50 Kuntalp, s. 199.

51 Kuntalp, s. 201; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 279.

52 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 294; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 275.

53 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 295.

54 Eren, Özel Hükümler, s. 893.

55 Eren, Özel Hükümler, s. 893.

56 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 295.

57 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Özsoy, s. 92.

58 Eren, Özel Hükümler, s. 894; Kuntalp, s. 295.

III.SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A.Sözleşmenin Konusu

Birlikte var olma sözleşmesi, daha önce tescilli veya tescilsiz bir marka ile aynı veya benzer başka bir markanın, tescil edilerek veya tescilsiz olarak birlikte kullanılmasını konu edinir. Birlikte var olma hakkını veren, hakkı alana, hukuken mutlak olarak korunan maddi olmayan bir mal üzerindeki haktan yararlanma yetkisini süreli veya süresiz olarak devretmek zorundadır⁵⁹. Birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması halinde, taraflar kararlaştırmışlarsa, birlikte var olma hakkını alanın yükümlülüğü hakkı verene karşı edim olarak bir ücretin ödenmesi gerekir⁶⁰.

Olası hak ihlallerin önlenmesi amacıyla birlikte var olma sözleşmesinde taraflar, markalarını form, stil, sunum gibi yönlerden nasıl kullanacakları, markaların hangi mal veya hizmet sınıfında kullanılacağı, markayı kimin hangi bölgede kullanacağı, olası karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmak için markaların ne şekilde birbirinden ayırt edici hale getirebilecekleri gibi konuları da kararlaştırmaları gerekir⁶¹.

B. Markanın Tesciline Muvafakat Etme

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin mutlak veya nispi ret nedenleri açısından değerlendirilmesinde yarar vardır. Tescilli marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescili SMK'da hem mutlak hem de nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1-ç, 6/1). Bunun sebebi, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanıyarak, Kurumun değerlendirmede gözden çıkardığı ret sebebinin ilgili üçüncü kişiler tarafından tekrar ileri sürülmesini sağlamaktır⁶².

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/1-ç hükmüne göre, aynı veya

aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak "tescil edilmiş" ya da daha önceki tarihte "tescil başvurusu yapılmış" marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin tescil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin son fıkrasında marka başvurusu, önceki marka sahibinin "başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini" gösteren noter onaylı belgenin sunulması hâlinde (ç) bendine aykırılık nedeniyle Kurumca reddedilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Tescil amacıyla birlikte var olma sözleşmesinin, tescil başvurusunun mutlak ve nispi ret nedenlerinin incelendiği aşamada ancak başvurunun Kurumca ret edilmeden önce yapılması gerekir.

Aynen kullanma, başkasının sahibi olduğu bir markanın tamamen aynı (kopya) olacak şekilde kullanılmasıdır. Ayırt edilmeyecek kadar aynı olan markada iltibas⁶³ tehlikesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilir, ayrıca iltibasın ispatına gerek yoktur⁶⁴. Ancak SMK m. 5/2 hükmü ile mutlak ret nedenine istisna getirilmiştir; "Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez". Bu istisnai hükümdeki temel unsur, "kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma"dır. Bu halde ayırt edici nitelik kazanmış marka tescil edilebilecektir.

Ayırt edilmeyecek kadar aynen kullanma halinde ise başkasına ait markanın, aynen değil de aynı denecek kadar veya ayırt edilmeyecek kadar az değiştirilerek kullanılması söz konusudur⁶⁵. Gerek az değiştirmenin kesin olarak sınırlarını ve ölçütünü belirlemede ve gerek aynı olmanın ne anlama geldiği konusunda SMK'da açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, bu hususun tespiti ilmi veya kazai içtihatlarla belirlenecektir⁶⁶.

Mutlak ret nedenleri, marka olarak seçilmiş olan işaretin niteliğinden kaynaklanan ve işaretin

59 Eren, Özel Hükümler, s. 928.

60 Eren, Özel Hükümler, s. 929.

61 Çolak, s. 265; Yargıtay'ın 11.HD. 02.03.2011 tarihli, E:2012/2009/8708 ve K:2011/2089 sayılı tescilli "Kent" ve "Kent Boringer" ibareli markayla benzer "Mahir Kent + Şekil" markasının tesciline ilişkin YIDK kararının iptali ile markanın hükümsüzlüğü talebini konu edinen kararında özetle, "...markalar arasında iltibas ve benzerlik bulunmadığı, davalının 'Mahir Kent' ibareli markasının 2003 yılından bu yana aynı sınıflarda tescilli olduğu, markaların bu halleriyle uzun yıllardır piyasada birlikte kullanıldıkları ve aralarında karıştırma ihtimali bulunmadığına..." hükmütmüştür.

62 Karahan, Sami (2003) Marka Hükümsüzlük Davalar, Konya, Mimoza Yayınları, s. 32; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 401-402.

63 Karahan, Hükümsüzlük, s. 39. İltibas, karışıklık meydana getirmek suretiyle bir başkasının müşteri çevresinden haksız olarak yararlanmaktır. Dönmez, İrfan (1992) Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, İstanbul, s. 77; Öçal, Akar (1967) Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara, s. 108.

64 Arkan, C.I, s. 75; Kırca, İsmail (2004) "Türkiye'de Markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar, Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırma) Kavramı ve Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka", Türkiye'de Fikri ve Sinai Mülkiyet Haklarının Etkin Uygulanması Sempozyumu, İstanbul, s. 1.

65 Karahan, Hükümsüzlük, s. 32; Öçal, s. 105.

66 Karahan, Hükümsüzlük, s. 32.

marka oluşturma özelliği ile yakından ilgili olup, esas itibarıyla, herhangi bir ayırt etme gücü bulunmayan veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken işaretlerin ya da halkı yanıltıcı, kamu düzenine, dini değerlere ve genel ahlâka aykırı düşen markaların tescil edilmesini önlemeye yönelik itirazlardır⁶⁷. Mutlak ret nedenlerinin dayanağı kamu menfaati ve kamu düzenidir. Mutlak ret nedenleri Kurum tarafından resen dikkate alınması gereken kurallar olup aksine hareketin bir çeşit hizmet kusuru oluşturacağı doktrin tarafından kabul edilmektedir⁶⁸. Bu nedenle, herhangi bir kişinin itirazına gerek olmaksızın, mutlak ret nedenleri Kurum tarafından resen incelenir (SMK m. 16).

Kurum, mutlak ret nedenlerine dayalı yaptığı incelemede, gözden kaçırdığı hususlar olabilir. Bu halde ilgili kişilere, tescil başvurusunun yayınlanmasından sonra mutlak ret nedenlerine dayanarak iki ay içinde itiraz etme imkânı tanınmıştır (SMK m. 18). İlgili kişi esas itibarıyla daha önceki bir tarihte tescil edilmiş ya da tescil konusunda başvuruda bulunmuş bir markanın sahibi veya tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış kişidir⁶⁹.

Nispi ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 6/1 hükmünde, *“tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedileceği”* belirtilmiştir. Nispi ret nedenleri, herhangi bir işaretin üzerinde başka bir kişinin, herhangi bir sebebe dayanan bir hakkı bulunduğu için, bu işaretin marka olarak tescilinin mümkün görülmediği halleri içerir⁷⁰. Nispi ret, tescil başvurusu yapılmış marka üzerinde ilgili kişilerin herhangi bir hakka sahip olmasından kaynaklanmaktadır. İlgili kişiler, tescil başvurusu yapılmış markanın nispi ret nedeniyle tescil edilmemesi veya başvurunun kötüniyetle yapıldığı itirazında bulunabilirler. Nispi ret nedenleri Kurum tarafından resen nazara alınmaz⁷¹. Markaların piyasada uzun süreden beri bir arada bulunuyor olması, sessiz kalma

nedeniyle hak kaybı bir yana, bunlar arasında iltibas tehlikesinin bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir⁷².

Aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescilinin hem mutlak hem de nispi ret nedenleri arasında gösterilmesi marka hakkının korunmasının yani sınai mülkiyet hakları sisteminin tabi bir sonucudur. Aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretlerin tescil başvurusunun yapılması halinde, Kurum tescil başvurusunu mutlak ret nedene dayalı olarak resen inceleyebileceği gibi tescilli marka sahibi de nispi ret sebeplerine dayalı olarak tescil başvurusuna itiraz edebilir. Tescilli marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescilinin önlenmesinde hem kamu menfaati hem de tescilli marka sahibinin kişisel menfaati bulunmaktadır. Tescilli marka sahibinin işaretin tesciline rıza göstermesi, nispi ret nedenlerinden feragat etmesi sonucunu doğurur.

SMK, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin sınai mülkiyet haklarının korunmasını düzenlemektedir. SMK m. 22 hükmüne göre, marka üzerindeki hak tescille doğar. Marka hakkının korunmasının maddi ve şekli şartı tescildir (m. 7/1). Bu nedenle tescil kurucu etkiye sahiptir. Birlikte var olma hakkının devredilmesinin sonucu olarak işaretin marka olarak tescil edilmesi, marka sahibine SMK m. 7 hükmünde düzenlenen hakları sağlar. Bu kapsamda aynı veya benzer iki marka sınai mülkiyet hakkının sağladığı korumadan eşit bir şekilde yararlanacaktır. Ancak önceki marka sahibi, tescille elde ettiği sınai mülkiyet haklarının bir kısmını birlikte var olma hakkını devrettiği markaya karşı kullanamayacaktır. Birlikte var olma sözleşmelerinde her zaman bir tarafın diğerine yaptığı bir devir söz konusu değildir. Genellikle böyle olsa da, iki markanın birbirine karşı ileri sürebileceği haklar bulunabilir, her iki marka yekdiğerinin tehdidi altında bulunabilir, bu nedenle

67 **Bozbel**, s. 379; **Karahan**, Hükümsüzlük, s. 7; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 400.

68 **Karahan**, Hükümsüzlük, s. 8; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 400.

69 **Arkan**, C.I, s. 96.

70 **Bozbel**, s. 406; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 419.

71 **Bozbel**, s. 406; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 419.

72 Yargıtay 11.HD. 03.06.2013 tarihli, E: 2012/8617, K:2013/11464 sayılı tescilli “SAKA” markasıyla benzer “SAKAĞLU” markasının tesciline ilişkin YİDK kararının iptali ile markanın hükümsüzlüğü ve sicilden terkinini talebini konu edinen kararı: “...‘SAKA’ ibareli markalarının özellikle ‘içme suyu/kaynak suyu’ emtiasında belirli bir kullanım yoğunluğu ve ayırt ediciliğe ulaşmış olmakla beraber, davalının da ‘SAKAĞLU’ ibaresini özellikle ‘Çay’ emtiasında uzun süreli olarak kullandığı, tüketicinin ‘SAKA’ ve ‘SAKAĞLU’ markalarının ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırma ihtimalinin bulunmadığı, esasen bunun taraflar arasında uzun süredir birlikte piyasada bulunan bu mallar nedeniyle bir uyumsuzluk doğmaması vakası ile de tutarlı bulunduğu, dolayısıyla 556 sayılı KHK’nin 8/1-b maddesi anlamında markaların piyasada birlikte var olmasının iltibas yaratmayacağı, davalı başvurusunda farklı mal/hizmet bulunmadığından KHK’nin 8/4 hükmünün somut olayda uygulama yeri bulunmadığı...”

sözleşme bir nevi iki marka sahibi arasında yapılan bir “*sulh*” niteliği de taşıyor olabilir.

Tescil edilen her iki markadan hangisine üstünlük tanınacağına dair SMK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla tescilli her iki markanın tescille kazandığı hakları birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı hangi şartlar altında kullanacakları konusunda açıklık bulunmaktadır⁷³. İki markanın birlikte var olması sadece sözleşme kapsamıdadır. Sözleşme dışında kalan hususlar bakımından markalara ilişkin genel hükümler cari olacaktır. Öte yandan, üçüncü kişinin bunlardan herhangi biri karşısında ihlal oluşturan davranışı aynı zamanda her ikisi bakımından da ihlal niteliği taşıyabilir.

C. Tescilsiz Markanın Kullanılmasına Muvafakat Etme

Birlikte var olma sözleşmesi, tescil amacı haricinde de yapılabilir. Bu durumda tescilli marka sahibi, tescilsiz markanın aynı veya benzer marka olarak aynı veya farklı bölgede kullanılmasına izin verebilir. Taraflar, sözleşmede tescilli marka hakkını ihlal eden bazı fiillere rıza gösterebilir. Bunlar; tescilsiz markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilsiz markanın mal veya ambalaj üzerine konulması, tescilsiz markayı taşıyan malların piyasaya sürülmesi, tescilsiz markaya konu malın ithal ya da ihraç edilmesi, tescilsiz markanın evrak ve reklamlarında kullanılması, tescilsiz markanın aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması ve tescilsiz markanın ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasıdır (SMK m. 7-8). Sözleşmeye uygun olduğu sürece bu fiiller nedeniyle tescilsiz marka aleyhine hukuki koruma yollarına müracaat edilemeyecektir.

73 Yargıtay 11. HD. T: 16/11/1995, E: 1995/491, K: 1995/8600 sayılı kararında; aynı veya benzer markaların her ikisinin herhangi bir engellemele uğramadan tescil edildiği, tarafların markaları tescilli olduğundan markalardan birisi sicil den terkin edilmedikçe kanuni himaye altındaki markanın tescil edilmiş biçimiyle piyasaya sürülen mallarda yer alması yoluyla oluşan haksız rekabetin giderilmesinin istenmeyeceğini ancak tescilli markaların başkalarının markasıyla iltibasa neden olmayacak biçim, renk, ebat ve ambalaj kompozisyonu içinde kullanılması gerektiği tespitlerine yer verilmiştir.

IV. SÖZLEŞMENİN TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Markaların birlikte var olma sözleşmesi, tescil amacıyla yapılan ve tescil amacıyla yapılmayan olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

B. Tescil Amacıyla Yapılan Birlikte Var Olma Sözleşmesi

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde, tescilli marka sahibi, tescilli marka ile aynı veya benzer marka başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ederse marka başvurusunun reddedilmeyeceği düzenlenmiştir. Sonraki markanın tesciliyle, her iki marka piyasada aynı anda farklı kişilerce kullanılabilir ve SMK’nın sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

SMK’da markanın tesciline izin verme işleminin tek taraflı irade açıklaması şeklinde yapılması gerektiği düzenlenmiş ancak tescile rıza göstermenin bir sözleşme olarak yapılmasıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemiştir⁷⁴. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak taraflar, tescile muvafakat etme işlemiyle eş zamanlı olarak birlikte var olma sözleşmesini yapmalarına engel bir hal bulunmamaktadır. Bu şekilde yapılan sözleşmeye markaların tescili amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi, diyebiliriz. Sözleşmenin konusu, tescilli markanın aynı veya benzerinin tesciline rıza gösterme ile kararlaştırılmışsa bedelin ödenmesidir. Sonraki markanın tescili neticesinde her iki marka piyasada birlikte var olacaktır.

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi üç ihtimalde görülebilir. Birincisi, tescilli marka sahibinin, üçüncü kişinin marka tescil başvurusuna izin vermesidir. Bu durumda tescilli marka hakkı sahibi, sonraki marka tescil başvurusunu engelleyebilecekken bunu yapmamaktadır. Bu halde bir markanın aynısı, ayırt edilmeyecek kadar benzeri veya iltibasa yol açacak kadar benzerinin genellikle benzer mallar için tesciline imkan sağlanmaktadır. Örneğin tescilli marka gıda ürünleri için tescilli iken, turizm hizmetlerinde tescile müsaade edilmektedir. SMK gereğince önceki tescilli marka

74 Horton/Fan, s. 1, “Çin’de markaların birlikte var olma sözleşmeleri hakkında mevzuatta bir düzenlenme bulunmamaktadır ancak bu sözleşmelerin sayıları ticari hayatta giderek artmaktadır. Özellikle bu sözleşmeler Çin Ticari Marka Gözden Geçirme ve Yargılama Kurulu (TRAB) tarafından kabul edilmektedir.”

sahibi sonraki marka başvurusuna itiraz ederek tescilli önleme hakkına sahip iken, temelde ve gerçekte müşteri çevresinin farklılığından dolayı bir arada yaşamaya razı olmaktadır. Bu halde tescilli marka sahibi, gerçek ticari bir fedakârlıkta bulunarak birlikte var olma olgusunu gerçekleştirmiş olmaktadır.

İkinci ihtimalde, tescilli tanınmış marka sahibinin, üçüncü kişinin marka tescil başvurusuna izin vermesi halinde söz konusu olur. Bu durumda, birinci ihtimalde olduğu gibi her iki marka da aynı veya farklı müşteri çevresinde birlikte var olmaktadır.

Üçüncü ihtimalde ise, tescilsiz marka sahibinin, sonraki tescil başvurusuna sesiz kalması veya izin vermesi halidir. Bu durumda önceki hak sahibi itiraz ile bir marka başvurusunu engelleme imkânına sahip iken bunu yapmayarak her iki markanın birlikte var olmasına imkân sağlamaktadır.

C. Tescil Amacıyla Yapılmayan Birlikte Var Olma Sözleşmesi

SMK m. 5/3 hükmünde markaların birlikte var olma hakkı, sonraki markanın tesciline başvuru aşamasında alınacak rızanın varlığına bağlı olarak düzenlenmiştir. Tescilli markayla aynı veya benzer markanın piyasada tescilli veya tescilsiz olarak kullanılması halinde, marka hakkının bir gereği olarak tescilli marka sahibi SMK kapsamında markasının korunması için gereken hukuki yollara başvurabilir. Marka hakkına tecavüz fiili, daha sonra tescil edilmiş aynı veya benzer bir marka ile olabileceği gibi tescilsiz bir markayla da yapılabilir. Ancak tescilli marka sahibi, markasının korunması yerine aynı veya benzer marka sahibiyile bir anlaşma yaparak markaların piyasada birlikte kullanılmasını kararlaştırabilir. Bu durumda yapılan sözleşme, tescil amacıyla yapılmayan markaların birlikte var olma sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Sözleşmenin konusu, tescilli markayla aynı veya benzer markanın aynı veya farklı piyasalarda kullanılması ile kullanım karşılığında bir bedelin ödenmesidir.

Tescil amacıyla yapılmayan birlikte var olma sözleşmesi iki ihtimalde görülebilir. Birinci ihtimalde, farklı zamanlarda tescil edilen iki tescilli markanın birlikte var olma sözleşmesi ile bir biri ile çekişmesiz, sulh içinde yaşamasına zemin oluşturulması halinde görülmektedir. Bu durumda her iki marka aynı veya farklı müşteri çevresinde ticari olarak birlikte var olmaktadır.

İkinci ihtimalde ise tescilsiz marka ile tescilli veya tescilsiz markanın birlikte var olma sözleşmesi ile sulh içinde yaşamlarına olanak sağlanmaktadır. Bu durumda her iki marka birlikte aynı veya farklı piyasada birlikte varlık gösterebilmektedir.

V. SÖZLEŞMENİN KURULMASI, TARAFLARI, ŞEKLİ VE TESCİLİ

A. Sözleşmenin Kurulması ve Tarafları

Birlikte var olma sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak SMK'da ayrıntılı hükümler düzenlenmemiştir. Bu sözleşme, diğer sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmelerin geçerlilik koşullarına uygun olarak yapılmalıdır. Sözleşmenin geçerlilik koşulları; tarafların hukuki işlem ehliyeti, irade beyanlarının sağlıklı olması, muvazaa, şekle uygunluk, sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması ile imkânsız olmaması olarak anlaşılır.

Birlikte var olma sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikle TBK m. 2 hükmü gereğince, tarafların, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları gerekir. Sözleşmenin esaslı unsurları, aynı veya benzer markanın tesciline veya kullanılmasına muvafakat etme ile devir bedelidir⁷⁵. Bu iki unsurun sözleşmede belirlenmiş olması yahut en azından belirlenebilir hale getirilmiş olması şarttır. Aksi halde sözleşmenin kurulmamış olduğu kabul edilecektir⁷⁶. Buna göre gerekli şartlara uygun olmayan birlikte var olma sözleşmesi hükümsüzlük yaptırımlarına tabi olacaktır.

B. Sözleşmenin Şekli

TBK m. 12/1 hükmüne göre, sözleşmelerde asıl olan şekil serbestisidir. SMK'da, birlikte var olma sözleşmesinin adı yazılı şekilde, tescile muvafakatin ise resmi yazılı şekilde yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Sınai mülkiyet hakkının hukuki işlemlere konu olmasının düzenlendiği SMK m. 148/1 hükmüne göre; sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu

75 Lisans sözleşmesinin esaslı unsuru lisans ve lisans bedelidir, **Onan**, s. 66.

76 Yargıtay 11.HD. T: 03/04/2001, E: 2001/752, K: 2011/3930: "Somut olayda, anılan KHK'nin 16. maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp, imzalanmış bir sözleşmeye dayalı olarak marka devri bahis konusu değildir. Keza taraflar arasında KHK'nin 20. ve müteakip maddelerde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi de yapılmamıştır. Bu bakımdan ihtilafın genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, çözülmesi gereklidir."

ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin ve riblebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya “diğer hukuki işlemlere” konu olabilir. SMKm. 148/4 hükmünde ise sınai mülkiyet hakkını konu olan tüm hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla tescil amacıyla yapıp yapılmadığına bakılmaksızın markaların birlikte var olma sözleşmesinin geçerliliği, marka lisans sözleşmesinde olduğu gibi, yazılı (kanuni)⁷⁷ şekil şartına bağlanmıştır⁷⁸. Bu kapsamda taraflar, birlikte var olma sözleşmesinde, tescilli markanın aynı veya benzer başka bir markanın tesciline ya da kullanılmasına rıza gösterme ile bunun karşısında belirlenen bedelin ödenmesine ilişkin irade beyanlarını yazılı olarak imzalamaları neticesinde yazılı şekil şartı gerçekleştirilmiş olur⁷⁹. Ancak taraflar, sözleşmeyi resmi yazılı şekilde de yapabilirler⁸⁰.

Birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması halinde, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için ayrıca SMK m. 5/3 hükmü gereğince önceki marka sahibinin sonraki marka başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren “*noter onaylı belgenin*” sunulması gerekir. Kanun tescile muvafakatin resmi şekilde yapılmasını zorunlu kılmıştır. Kanunda birlikte var olma sözleşmesinden bahsedilmemiş ancak marka başvurusunun tesciline muvafakat düzenlemiş ve muvafakate ilişkin usul ve esasların ise yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda kanun koyucu, tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, marka tesciline kayıtsız ve şartsız muvafakati gösterir noter onaylı belgenin varlığını zorunlu kılmıştır.

Birlikte var olma sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır. TBK m. 12/2 hükmü gereğince kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil şartı, geçerlik şeklindedir. Bu kapsamda kanunun aradığı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler hükümsüz olacaktır.

SMK m. 148/5 hükmünde, sınai mülkiyet hakkını konu edinen hukuki işlemler, taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilip bültende yayımlanacağı, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan hakların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Birlikte var olma sözleşmesi, tarafların talebi, Kurumca belirlenen ücretin ödenmesi ve sınai mülkiyet siciline tescil edilmesiyle durum bültende yayımlanır. Sözleşmenin tescili, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir⁸¹. Tescilin yapılmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sözleşmenin sicile kaydedilmesi neticesinde birlikte var olma hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir⁸².

VI. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Birlikte Var Olma Hakkını Veren Borçları

Taraflar, birlerine karşı hak ve borç altına girmeksizin sadece tescilin yapılmasına rıza gösterme veya dava açmama gibi hususları sözleşmede kararlaştırabilirler. Taraflar yine sözleşme ile birbirlerine karşı bir kısım yükümlülükler getirebilirler.

Birlikte var olma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması halinde, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşmenin karakteristik edimi birlikte var olma hakkını veren edimidir⁸³. Birlikte var olma hakkını veren yükümlülüklerine ilişkin ikili bir ayırım yapılarak bu yükümlülüklerin olumlu ya da olumsuz niteliklerinin ortaya çıkarılması gerekir. Hakkı veren olumlu yükümlülüğü, tescilli markayla aynı veya benzer markanın tesciline veya piyasada kullanılmasına rıza göstermektir. Olumsuz yükümlülüğü ise, tescilin marka hakkı sahibine sağladığı mutlak haktan kaynaklanan inhisari yetkilerini, sözleşmeye aykırılık

77 **Eren**, Genel Hükümler, s. 283.

78 **Ongan**, s. 68; **Özel**, s. 63; **Tekinalp**, s. 469; Yargıtay 11. HD. T: 30.05.2014, E: 2013/4103, K: 2014/10174; “...*isim hakkı kullanım bedeli*” göstermek suretiyle, davalı tarafca davacıya bir sınai hakkın kullanımı için lisans verildiği, her ne kadar taraflar arasında yazılı bir sözleşme mevcut değil ise de, taraflar arasındaki hukuki ilişki, fiili kullanım ve tarafların beyanlarına göre fatura konusu olan *isim hakkı kullanım bedeli*’nin, davacı adına tescilli markasının kullanımına ilişkin bir izin olduğunun kabulünün zorunlu olduğu, taraflar arasında yazılı şekilde düzenlenmiş bir marka lisans sözleşmesi bulunmadığı, bu nedenle davalı şirketin, 556 sayılı KHK’nın 21. maddesi anlamında bir *lisans alan* olarak kabulünün mümkün olmadığı, 556 sayılı KHK’nın 15 ve 21. maddelerine uygun bir marka lisans sözleşmesinden söz edilemeyeceği...”

79 **Eren**, Genel Hükümler, s. 287.

80 **Eren**, Genel Hükümler, s. 299.

81 **Tekinalp**, s. 446.

82 **Ongan**, s. 68; **Özsoy**, s. 116; **Tekinalp**, s. 437. Yargıtay 11.HD. T: 20/02/2013, E:2011/2136, K: 2013/3051: “...*önceki marka sahibi M.Tic. A.Ş. ile 11.06.2003 tarihinde Marka Lisans Sözleşmesi yaparak ‘M’ ibareli markanın modellerinin ‘M’ markası altında imal, pazarlama, satma ve kullanma hak ve yetkilerini hukuki vebeleriyle birlikte devir aldığı, sözleşmeyi usulüne uygun olarak yaptıktan sonra 01.04.2004 tarihinde TPE Markalar Dairesi Başkanlığı nezdindeki markalar siciline şerh ve ilan verildiği, böylelikle lisans sözleşmesinden davacının da haberdar olduğu. ...*” Yargıtay 11.HD. T: 09.07.2009, E: 2007/13745, K:2009/8497: “...*lisans sicile kayıt edilmediği müddetçe iyiniyetli 3.kişilere karşı ileri sürülemeyeceği...*”

83 **Arbek**, s. 174; **Özsoy**, s. 125; **Özdemir**, Sınai Haklara, s. 64; Modiano, Giovanna (1980), “*International Patent Licensing Agreement and Conflict of Laws*”, Northwestern Journal of International Law & Business, 2:1, s. 19-20.

hali hariç, birlikte var olma hakkını alana karşı kullanılmaktan kaçınması ve tescilli markanın sağladığı hakların sonraki marka hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanmasıdır.

Taraflar sözleşmede birbirlerine karşı rekabet etmemeyi kararlaştırabilirler. Bu halde rekabet etmeme yükümlüğü birlikte var olma sözleşmesinin her iki tarafı açısından bulunmaktadır. Sözleşmesinin yapılmasının bir sonucu olarak birlikte var olma hakkı verenin, hakkı alanla rekabet etmeme yükümlülüğü, özellikle aynı veya bezer markanın aynı veya farklı piyasada kullanılmasına rıza göstermesi, buna karşılık ve her iki taraf birbirleri aleyhine sonuç doğuracak diğer eylemlerden kaçınması gerekir.

B. Birlikte Var Olma Hakkını Alanın Borçları

Birlikte var olma sözleşmesinde, taraflar kararlaştırmışlarsa birlikte var olma hakkını alanın bedel ödeme, tescil veya kullanma izni verilenin markanın sözleşmeye uygun olarak mal veya hizmetlerde ya da belirlenen bölgede kullanılması ile taraflar kararlaştırmışlarsa birlikte var olma hakkını verene karşı rekabet etmeme borcu bulunmaktadır.

Birlikte var olma hakkını alanın asli yükümlülüklerinden biri, taraflar kararlaştırmışlarsa, sözleşmeyle elde ettiği tescil veya kullanma hakkının karşılığı olarak bir bedelin ödenmesidir. Taraflar, tescil veya kullanma bedeli olarak bir miktar para ya da başka bir ivaz kararlaştırabilir. Taraflar, tescil veya kullanma bedelinin belirlenmesi yöntemini sözleşmede kararlaştırmalıdır. Tescil veya kullanım bedeli, sabit bir bedel olarak belirlenebileceği gibi iş hacmi veya kazançta göre nispi olarak da belirlenmesi mümkündür. Bedel parça başına, ciroya katılım, kâra katılım yöntemleriyle nispi olarak da belirlenebilir.

Taraflar kararlaştırmış ise birlikte var olma hakkını alanın, hakkı verenle rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁴. Hakkı alanın, ilk tescil edilen marka aleyhine sonuç doğuracak ve rekabeti bozacak nitelikteki eylemlerden kaçınması gerekir.

Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması halinde, sorunun hem sözleşmeler hukuku, hem de marka hukuku kuralları çerçevesinde çö-

zümlemesi gerekir. Sözleşmenin tescil amacıyla yapılması halinde, muvafakat nedeniyle tescil edilen marka SMK'nın sağladığı korumadan yararlanacağından ilk tescil edilen marka SMK'nın verdiği hakları sonradan tescil edilen markaya karşı tam olarak kullanamayacaktır. Bu ihtimalde, ilk tescil edilen marka sahibi, sonra tescil edilen marka hakkı sahibine karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle TTK ve TBK'da düzenlenen kurala uyarınca haklarını kullanabilecektir⁸⁵.

Taraflar sözleşmede birbirlerine karşı rekabet etmemeyi kararlaştırmışlarsa, birlikte var olma sözleşmesinin kullanma amacıyla yapılması ve kullanma izni verilen markanın, marka hakkına aykırı davranması durumunda, tescilli marka sahibi tescilsiz markaya karşı ihlal nedeniyle SMK, TTK ve TBK'da düzenlenen rekabet hukuku kurallarına göre haklarını ileri sürebilecektir⁸⁶.

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin ihlalini konu edinen İngiltere Yüksek Mahkemesinin 08/05/2006 tarihli Apple Computers ve Apple Corps kararının incelemesinde konunun anlaşılması bakımından yarar vardır. Amerika Birleşik Devletleri menşeli Apple Computers, masaüstü bilgisayar ve bilgisayar ürünleri satan dünyadaki en büyük teknoloji şirkettir⁸⁷. İngiltere menşeli Apple Corps, 1968'de Londra'da Beatles üyeleri tarafından kurulan müzik ve multimedia şirkettir. Apple Records Apple Corps'un iştirakidir. Bu iki şirket, arasında 1978-2006 yıllarında bir dizi uyuşmazlık meydana gelmiştir. Apple Corps ilk davayı 1978 yılında marka ihlali nedeniyle Apple Computer'a karşı açmış ancak dava 1981 yılında anlaşmayla çözülmüştür. Anlaşmada, Apple Computer müzik işine, buna karşılık Apple Corps da bilgisayar işine girmemesi kararlaştırılmıştır. Her iki şirket, Apple Computer'ın kendi markalarını elektronik eşyalar, bilgisayar yazılımlar, veri işleme ve veri iletim hizmetleri üzerinde veya bunlarla bağlantılı olarak kullanma hakkına sahip olması koşuluyla, birlikte var olma sözleşmesi yapmışlardır.

84 Haksız rekabet, olağan yarışın, normal rekabetin kötü ve onaylanmayan biçimde, hukuka aykırı olarak yapılmasıdır. Haksız rekabet hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız; **Odabaşı Karaman**, Fatma (2015) Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 45.

85 **Nanayakkara**, Tamara "Independent Existence or Coexistence of Identical or Similar Trademarks", http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/trademarks_identical.pdf; Apple Corps v. Apple Computer, 1978-2006, <http://sites.udel.edu/cisc356/2014/04/21/apple-corps-v-apple-computer-1978-2006/>; Karara bkz. <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Apple-Corps-Ltd-v-Apple-Computer-Inc-ChD-8-May-2006.pdf>; Thomsen, s. 30.

86 **Çolak**, s. 265.

87 <https://www.forbes.com/powerful-brands/list/>

Apple Corps, 1991 yılında bilgisayarlarına ses ekleyen Apple Computer'a 1981 tarihli sözleşmenin ihlali iddiasıyla tekrar dava açmış, bu sefer taraflar tekrar anlaşma yoluna gitmişlerdir. Anlaşmada Apple Computer, tazminat ile CD gibi herhangi bir fiziksel müzik materyalini paketlememeyi, satmamayı veya dağıtmamayı kabul etmiştir. Apple Computer Eylül 2003'te iTunes'u piyasaya sürdükten sonra Apple Corps, bir kez daha birlikte var olma sözleşmesini ihlalinden dolayı dava açmıştır. Londra Yüksek Mahkemesi, 2006 yılında verdiği kararında Apple Computer'un sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Apple Corps, iTunes müzik mağazasının müzik işi olduğunu ileri sürerek sözleşmenin ihlal edildiğini iddiasında bulunmuştur. iTunes, kişisel bilgisayarlar ve iPod'lar gibi dijital aygıtlarda çalınabilen müzik parçalarının satışının yapıldığı bir bilgisayar programıdır. Şarkılar dijital cihaza indirilir, fiziksel araç CD değil yazılımın kendisidir. Bu davada asıl uyumsuzluk konusu Apple Computer'ın dijital müziği satma eyleminin taraflar arasındaki orijinal anlaşmayı ihlal edip etmediğidir. Bu davadaki davacı (Apple Records), dijital müziğin bir fiziksel müzik dağıtım biçimi olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Davalı (Apple Computer), dijital müziğin satışının önceki anlaşmanın şemsiyesi altında kategorize edilmemesi gerektiğini iddia etmiştir. Apple Computer markası, Apple Corps ve Records'dan sonra 1976 yılında tescil edilmiştir. Apple Corps kayıtları, Beatles grubu tarafından oluşturulmuştur. Sözleşmede müziğin dijital olarak satılmasının düzenlenmemesi nedeniyle Apple Computer, müziği dijital olarak satma hakkına sahipti. Birlikte var olma sözleşmesinin yapıldığı 1981 tarihinde Apple Corps, teknolojideki her yeni gelişmeyi sözleşmeye ekleme imkânına sahip değildi. Mahkeme, konuyu tüketici açısından değerlendirerek Apple Computers logosunun, müzik hizmeti değil yazılımla bağlantılı olarak kullanıldığı için, sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edilmediğini kabul etmiştir.

VII.SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A.Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri

1.Sözleşme Süresinin Bitmesi Nedeniyle Sona Erme

Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki birlikte var olma sözleşmesi kural olarak belirli bir süre için yapılır. Belirlenen sürenin dolmasıyla sözleşme sona erer. Sürenin belirlenmediği durumlarda ise genel yorum kuralları uygulanmak suretiyle süre belirlenebilir. Marka hakkı, on yıl süreyle korunması ne-

deniyle birlikte var olma sözleşmesinin, korumaya konu marka hakkının yasal koruma süresi boyunca yapıldığı kabul edilir. Koruma süresi sona erdiğinde, sözleşme sona erer. Ancak öğretilde, tescilli markanın koruma süresinin on yıl olması nedeniyle sözleşmenin on yıllığına yapıldığına ilişkin yaklaşımın doğru olmadığı, zira koruma süresinin kolaylıkla onar yıllık dönemler halinde uzatılabileceği ileri sürülmektedir⁸⁸.

2. Sözleşme Konusu Hakkın Koruma Süresinin Sona Ermesi

Birlikte var olma hakkının konusu marka hakkının koruma süresinin dolması veya markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesiyle sözleşme sona erer. Marka tescilinin yenilenmemesi bu hakkı konu alan birlikte var olma sözleşmesini de sona erdirecektir⁸⁹. Diğer taraftan marka hakkı sahibinin bu haktan vazgeçmesiyle de bu hak sona ereceğinden, bu hakkı konu alan birlikte var olma sözleşmesi de sona erecektir.

3. Sözleşmenin Geçersizliği Nedeniyle Sona Ermesi

Borçlar hukukundaki tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartları birlikte var olma sözleşmeleri için de aranmaktadır. Bu bağlamda sözleşme ehliyetinin olması, muvazaanın olmaması ve şekil zorunluluğuna uyulması gerekmektedir. Sözleşmenin geçerlilik koşullarına uyulmamasının sonucu olarak sözleşme hükümsüz olacaktır.

4. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Fesih, sürekli borç ilişkilerinde, sözleşme taraflarından birinin ilişkinin kurulduğu zamanda var olmayan bir sebebe dayanarak kullanacağı bozucu nitelikte bir beyan ile sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁹⁰. Fe-

88 Özel, s. 201.

89 Yargıtay 11.HD. T: 01.02.2010, E: 2008/10204, K: 2010/1014; "...marka lisans sözleşmesine konu marka tescilinin marka sahibi davacı tarafından yenilenmediği için lisans alan diğer davacının bu markaya dayalı dava açma hakkının bulunmadığı..."

90 Eren, Genel Hükümler, s. 165; Nomer, s. 371; Oğuzman/Öz, s. 436. Yargıtay 11.HD. T: 04.06.2014, E:2014/1898, K: 2014/10526; "Dava, taraflar arasındaki franchise sözleşmesinin feshine rağmen davacıya ait marka, isim ve logoların kullanılmasından kaynaklanan tecavüzün önlenmesi, tazminat ve alacak istemlerine ilişkindir. Fesih, feshin haklı olup olmamasına göre davalı tarafın buna ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, feshine ilişkin iradenin karşı tarafa ulaşması ile sonuç"

sih beyanının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için karşı tarafa ulaşması gerekir; ancak karşı tarafın kabulüne ihtiyaç göstermeyen tek taraflı bir hukuki işlemdir. Birlikte var olma sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle fesih yoluyla sona erdirilebilir. Taraflar fesih sebeplerini sözleşmede kararlaştırabilecekleri gibi, aynı zamanda kanundan kaynaklanan sebeplerle de fesih yapılabilir⁹¹. SMK'da birlikte var olma sözleşmesinin feshine ilişkin düzenleme yapılmadığından, sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmelere ilişkin kanuni fesih sebepleri bu sözleşmelere de uygulanabilecektir.

5. Sözleşmeden Dönme

Dönme, geçerli şekilde kurulmuş ve kural olarak tarafların borçlarını ifa etmeleri ile sona erecek olan iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özel olarak ortadan kaldırılması yöntemi olarak nitelendirilmektedir⁹². Buna göre tarafların sahip olduğu hakka dayanarak, geçerli bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesine dönme denir⁹³. Birlikte var olma sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin önceye etkili olarak sona erdirilmesi, yani sözleşmeden dönme, kural olarak birlikte var olma sözleşmesine uymaktadır. Ancak önemli nedenlere bağlı olarak fesih hakkının kullanımı söz konusu olabilir.

C. Sona Ermenin Sonuçları

Birlikte var olma sözleşmesi, sözleşmenin sona ermesinden sonra da taraflara borç yükleyen sözleşmelerdendir⁹⁴. Sürekli borç ilişkisi doğuran birlikte var olma sözleşmesi, hangi sebeple sona ererse ersin, ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Yani sözleşmenin sona erdiği andan önceki döneme ait edimler geri istenmeyecektir⁹⁵. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte hakkı verenin ve alanın bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

Birlikte var olma hakkını alanın en önemli yükümlüğü sözleşme konusu markanın kullanmaması yükümlülüğüdür⁹⁶. Sözleşmenin sona ermesinden sonra birlikte var olma hakkını alan marka hakkını kullanmaya devam etmesi halinde bu durum marka hakkının ihlali olarak kabul edilir. Bu durumda, hakkı veren sözleşmenin sona ermesinden itibaren sınırsız olarak markadan doğan haklarını birlikte var olma hakkını alana karşı kullanabilir.

Son olarak, sözleşmenin her iki tarafı açısından, TMK m. 2 hükmünde temelini bulan iyiniyet ve dürüstlük kuralı gereğince ve sözleşme ilişkisi çerçevesinde, sözleşme süresince ve sözleşmenin bitiminden sonra da taraflar öğrendikleri bilgileri saklamakla yükümlüdürler⁹⁷. Sır saklama yükümlüğüne aykırı davranılması, sözleşmenin ihlalini gündeme getirebilecektir.

SONUÇ

Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi başlıklı çalışmamızda, birlikte var olma sözleşmesi genel olarak ele alınmış, konuların ve sorunların tamamına değinilememiştir. Zira birlikte var olma sözleşmesi, birçok disiplinin çakışma alanında olması nedeniyle sınırların belirlenmesinde güçlükleri beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda; marka hakkı, birlikte var olma kavramı, birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşmenin kurulması, tarafları, şekli ve tescili, tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin sona erme sebeplerine ilişkin çeşitli konular ve sorunlar üzerinde tespitlerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Birlikte var olma sözleşmesi birçok ülke hukukunda uygulama alanı olan ve yargı kararlarına konu olan bir sözleşme olmasına rağmen sözleşme hakkında günümüzde istenilen oranda akademik çalışma yapılmamıştır.

Türk hukukunda marka hakkıyla ilgili getirilen

doğuracağından bu andan itibaren taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi son bulur. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra davalının davalıya ait marka, isim ve logoları kullanması ise izinsiz kullanım olacağından davalının taleplerinden tecavüzün durdurulması ve önlenmesi talebi hakkında kabul kararı vermek gerekirken, bu talep yönünden de red kararı verilmesi doğru olmamıştır."

91 **Ongan**, s. 136.

92 **Oğuzman/Öz**, s. 436, 395; **Özsoy**, s. 184; **Özel**, s. 203.

93 **Oğuzman/Öz**, s. 436; **Nomer**, s. 371.

94 **Özdemir**, Sınai Haklara, s. 97.

95 **Özsoy**, s. 190.

96 **Ongan**, s. 139. Yargıtay 11.HD. T:20.11.2012, E:2011/12934, K:2012/ 18665; "Taraflar arasında düzenlenen lisans sözleşmesinin sözleşme şartlarına uygun olarak feshedildiği, davalının markayı kullanım hakkı tanımadığı, feshikten sonra kullanımın yasal olmadığı gerekçesi ile mülkiyeti davacıya ait markanın davalı şirket tarafından kullanılmasının önlenmesine (taraflar arasındaki anlaşma sona erdiğinden) bu nedenle markanın her türlü basılı evrak, kartvizit, v.s. her türlü markasal kullanımının engellenmesine karar verilmiştir."

97 **Özel**, s. 222.

önemli yeniliklerden biri olan markaların birlikte var olması sözleşmesine, ilk olarak marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde yer verilmiştir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının SMK'da düzenlenmemesi nedeniyle başta sözleşmeye uygulanacak hükümler olmak üzere, bu alandaki belirsizlikler, sözleşme açısından çeşitli sorunları gündeme getirmiştir.

Birlikte var olma sözleşmesi, birlikte var olma hakkını verenin, hakkı alana tescilli veya tescilsiz marka ile aynı veya benzer markanın tesciline veya kullanılmasına izin verilmesi borcunu, sözleşmede kararlaştırılmış ise hakkı alanın da tescil veya kullanma hakkı karşılığında bedel ödemesi borcunu yükümlendiği sözleşmedir. SMK'da düzenlenen birlikte var olma hakkına ilişkin hükümde, birlikte var olma sözleşmesinin niteliğini belirleyecek bir tanımın yapılmaması, sözleşme hükümleri açısından yeterli açıklıkta kurallara yer verilmemesi ve en önemlisi sözleşmenin esaslı unsurlarının düzenlenmemesi nedeniyle birlikte var olma sözleşmesini, kendine has özellikleri olan isimsiz bir sözleşme olarak kabul edebiliriz.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak hukuk hayatında ortaya çıkan birlikte var olma sözleşmesi potansiyel hak ihlallerini önleyerek markaların piyasada sulh içinde varlık göstermesine imkân vermesi bakımından önemli işlevi olan bir sözleşmedir. Sözleşmeyle taraflar, marka hakkına tecavüz iddiasıyla bir dava tehdidinde maruz kalmadan, markalarını, kendi belirleyecekleri şartlarda kullanma hakkını elde etmektedir.

KAYNAKÇA

Abrek, Ömer (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku, C. I, Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Arkan, Sabih (1998) “Marka Hakkının Tüketilmesi” Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Auleytner Aleksandra, Zwierzynska Agnieszka and Kuba IskiJakub (2011) “Nature of Licensing Agreements”, International Licensing, Center for International Legal Studies, Rel. 28.

Başlar, Yusuf (2012) “Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68.

Bozbel, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Calbolis, Irene (2007) “The Sunset Of Quality Control In Modern Trademark Licensing”, Marquette University Law School Legal Studies Research-Paper No. 07-09.

Çolak, Uğur (2014) Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Dönmez, İrfan (1992) Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, İstanbul.

Ishida, Masayasu (2011) “Technology Transfer and Licensing” Japan Patent Office Asia-Pacific Industrial Property Center.

İşıktaç, Yasemin (2014), Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Hermida, Julian (2004) “Convergence Of Civil Law And Common Law Contracts In The Space Field”, Hong Kong LawJournal, Vol. 34, Issue 2.

Horton Headington, Lucy/Fan, Susan (2013) Business Law Bulletins: Intellectual Property.

Karahan, Sami (2003) Marka Hükümsüzlük Davalar, Konya, Mimoza Yayınları.

Kıratlı, Metin (2015) “Marka Lisans Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23.

Kırca, İsmail (2004) “Türkiye’de Markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar, Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırma) Kavramı ve Paris Sözleşmesi’nin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Etkin Uygulanması Sempozyumu, İstanbul.

Kuntalp, Erden (2013) Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, Batider Yayınları.

Lawson, Marie Martens (2009) Trademark Coexistence Agreements in the EU from an Interdisciplinary Perspective, Master Thesis, Aarhus School of Business.

Modiano, Giovanna (1980), “International Patent Licensing Agreements and Conflict of Laws”, Northwestern Journal of International Law&Business, 2:1.

Moss, Marianna (2005) “Trademark Coexistence Agreements: Legitimate Contract Tools Of Consumer Deception?”

Nanayakkara, Tamara “Independent Existence or Coexistence of Identical or Similar Trademarks”.

Nomer, Haluk N. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Odabaşı-Karaman, Fatma (2015) Uygulama da Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara, Adalet Yayınevi.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ongan, Burak (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Öçal, Akar (1967) Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara.

Özdemir Oktay, Saibe (2002) Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları (Kısaca; Sınai Haklara).

Özdemir Oktay, Saibe (1995) “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHF, C. LV, S. 1-2. (Kısaca İsimsiz Sözleşmeler)

Özdoğan Dalcı, Nurcihan (2017) “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, Inonu University Law Review In ULR, Vol:8 No:1.

Özel, Çağlar (2015) Marka Lisans Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Özsoy, Hande Saadet (2011) Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.

Thomsen, Carin (2012) “TrademarkCo-Existence Agreements in the Perspective of EU CompetitionLaw”, Master’s Thesis, University of Gothenburg.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ünal, Mücahit (2007) Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, Seçkin Yayınları.

**ROLES OF UNFAIR COMPETITION AND PROTECTION OF COMPETITION RULES IN THE
ATTAINMENT OF SOCIAL MARKET ECONOMY IN TURKEY***

**TÜRKİYE’DE SOSYAL PİYASA EKONOMİSİNİN SAĞLANMASINDA HAKSIZ REKABET İLE
REKABETİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ROLÜ**

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR & Dr. Elif Cemre HAZIROĞLU*****

ÖZET

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası karma ekonomiyi benimsemiş olup, Anayasa’nın 2. maddesi de Türkiye Cumhuriyeti’nin bir sosyal hukuk devleti olduğunu ifade etmektedir. Sosyal devlet olmak, bu niteliğin, diğer alanların yanı sıra ekonomiye de yansıtılmasını gerektirir. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Anayasası’nın rekabet politikası bağlamında sosyal piyasa ekonomisini tercih ettiğini söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

Rekabet hukuku ve haksız rekabet hukuku hükümleri, piyasa aktörleri ve toplum refahı için piyasanın rekabet ihlallerine karşı korunması hedefinde birleşmekte ve bu amaç açısından birbirlerini tamamlayıcı özellik göstermektedir. Rekabet hukuku, rekabet ortamını ihlallere karşı korurken, haksız rekabet hukuku, dürüstlük kuralına aykırı ticari davranışları yasaklamak suretiyle adil rekabet ortamının sağlanmasına hizmet eder. Türk hukukunun, rekabet hukukuna ve haksız rekabet hukukuna ilişkin hükümlerine genel olarak bakılması, söz konusu düzenlemelerin aynı amaca yöneldiğinin anlaşılma- sı için yeterlidir.

Sosyal piyasa ekonomisi üzerine inşa edilmiş bir sistemde, rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku hükümlerinin işbirliği, özgür rekabet ortamının sağlanması ve korunması açısından büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Karma ekonomi, sosyal piyasa ekonomisi, devlet müdahalesi, rekabetin korunması, haksız rekabet, rekabet serbestisi.*

ABSTRACT

Turkish Constitution embraces a mixed economy, and Article 2 of the Turkish Constitution states that the Turkish Republic is a social law state. The latter characterization requires, among other things, the enactment of laws that are able to project the “social” aspect of the State to the economy. Consequently, it would not be misleading to assert that the constitutional regulation of Turkey indicates the preference of social market economy as the institutional order of competition.

Competition and unfair competition law rules are complementary to each other with the aim of protection of competition against infringements, to the benefit of market agents and public welfare. While competition law protects freedom of competition against breaches, unfair competition law protects fair competition against unfair commercial practices. A bird’s eye view of the rules regarding Protection of Competition and Unfair Competition in Turkish Law is sufficient to realize that they comprise of provisions that have consentaneous aims.

In a system established upon social market economy, competition law and unfair competition law together play a significant role in the attainment of freedom of competition and maintenance of competitiveness of the market.

Keywords: *Mixed economy, social market economy, state intervention, protection of competition, unfair competition, freedom of competition.*

* This article is an updated and altered version of the paper presented by the authors in the Law and Economics Conference held in Ankara at Bilkent Hotel on 25-26 April 2014.

** Assistant Professor at Bilkent University Faculty of Law Commercial Law Department (hpinar@bilkent.edu.tr)

*** Research Assistant at Bilkent University Faculty of Law Commercial Law Department (hazioglu@bilkent.edu.tr)
(Geliş Tarihi : 08.12.2017 / Kabul Tarihi : 10.12.2017)

I. INTRODUCTION

Competition is the subject of both law and economics. Competition and market, as economic phenomena, have also become the subject matter of law as a result of the introduction of laws that aim to protect competition.¹

In order to realize the Customs Union, which has been the most important stage of Turkey's full membership process to the EU, the first law with regard to competition has been enacted in Turkey on 7 December 1994, along with other legal arrangements concerning intellectual property. Thus, aside from the unfair competition law rules in the Commercial Law, competition law has been regulated by a separate and independent law.²

It has been accepted that both competition and unfair competition laws serve to the constitution of free and fair, in other words, undistorted competition in the market. Especially in Turkish Law, competition law and unfair competition law are often confused by the actors of the market.³ The reason for this is, above all, the misunderstanding of the aims, perspectives and provisions of the two fields of law.

II. ECONOMIC SYSTEMS, LAW AND FREEDOM OF COMPETITION

Constitutional law determines the degree of freedom in a country, and consequently characterizes the economy. Civil rights protection rules and general regulatory legislation together establish an

institutional order of competition, which may then be categorized within market economy, social market economy or socialist/communist state-directed economy.⁴

It has been asserted that Turkish Constitution had embraced mixed economy, and thus there is a need for an amendment to the Constitution to establish a more competitive environment and provide entrepreneurs more freedom.⁵ EU Commission has confirmed in the Progress Report of 2016 that Turkey could be accepted as a functioning market economy.

Article 2 of the Turkish Constitution states that the Turkish Republic is a social law state. This characterization requires, among other things, the enactment of laws that are able to project the "social" aspect of the State to the economy.⁶ Moreover, when "fiscal and economic provisions" of the Constitution are taken into consideration, it could be observed that the State is equipped with both regulatory and supervisory functions in the economy. Consequently, it would not be misleading to assert that the constitutional regulation of Turkey indicates the preference of social market economy as the institutional order of competition.

The term "social market economy" may strike as an oxymoron at first sight: Market economy connotes an economic system in which goods and services are made, sold, and shared, and prices set by the balance of supply and demand.⁷ Hence, there is no room for state intervention in such a system. However, experiences have shown that an application of a pure market economy is not feasible, since the system had proven to be insufficient in preventing the emergence of obstacles that would hamper its operation as well as achieving and maintaining social justice. Social market economy materializes as a tool to remedy the shortcomings of market economy system and to ensure its functioning in accordance with social justice, while providing a fair share to all from national income.⁸

1 **Immenga, Ulrich & Mestmäcker**, Ernst-Joachim (Editör) (2012) *Wettbewerbsrecht: Band 1. EU/Teil 1*, 5. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, D. Der "stärkerwirtschaftliche Ansatz" in der Leitlinienpolitik der Kommission, Nr. 1.

2 Provisions regarding competition law has been laid down in Art. 31 of Decision 1/95 of Turkey – EC Association Council Art. 31 *et seq.* These provisions are almost the same with the fundamental competition law provisions of the European Community Law at the time (Art. 81 *et seq.* EC Treaty, Art. 101 *et seq.* TFEU). Art. 39 of Decision 1/95 obliges Turkey to enact provisions that include prohibitions parallel to those in Art. 81 and 82 EC Treaty (Art. 101 and 102 TFEU) in its domestic law. Moreover, it has been stated in Art. 35 of Decision 1/95 that, "any practices contrary to Articles 32, 33 and 34 shall be assessed on the basis of criteria arising from the application of the rules of Articles 85, 86 and 92 of the Treaty establishing the European Community and its secondary legislation". See: **Pinar**, Hamdi (2006), "Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku" *Rekabet Dergisi*, Issue 23, p. 57 *et seq.* Consequently, TCA and Council of State have taken into consideration the principles derived from EU case law. Nevertheless, the decisions of the CJEU are of course not binding for Turkey, for it is not yet a Member State. See: **Gürzumar**, Osman Berat (2006) *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, p. 38, note 18.

3 **Türkkan**, Erdal (2009) *Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?*, Ankara, Rekabet Kurumu, p. 263.

4 **Dornis**, Tim W. (2017) *Trademark and Unfair Competition Conflicts, Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, Cambridge, United Kingdom; New York: Cambridge University Press, p. 275, 276.

5 For discussions, see: **Tan, Turgut**: *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, Ankara 2010, p. 28 *et seq.*

6 **Türk**, Hikmet Sami (1985), "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi" *BATİDER*, V. XIII, Issue 2, p. 123.

7 *Cambridge Dictionary* (<https://dictionary.cambridge.org>)

8 **Türk**, s. 120.

The initial definition of social market economy does not attain its “social” characteristic through the imposition of artificially social elements such as favoring particular groups in society in an otherwise free market system. The “social” aspect manifests itself through the functions of economic competition and technological progress leading to economic growth processes that allow a socially just distribution of income increases.⁹ However, during the progression of the system, solidarity concept has also arisen as one of the system’s basic principles, bringing in its wake an obligation to establish mechanisms that support the disadvantaged who cannot sufficiently participate in market processes.¹⁰ Thus, in a social market economy, the rules of economy must be complemented with legal rules in order to achieve a properly functioning system.¹¹

There are two main risks inherent in a market economy: 1. The abuse of the right to compete (unfair competition), 2. Restriction or elimination of competition through economic concentration. The laws step in to prevent either of these from happening. For the prevention of the first risk, the State prescribes certain rules and then recedes, expecting the market players to abide by them, and if/when the rules are breached, then it acts as an impartial mediator to resolve the conflict. This constitutes the essential content of the legal rules on unfair competition. The second risk requires the State to take on a more active role, where it constantly supervises the behaviors of market players to determine whether the rules are being followed, and where it interferes to the process if need be.¹² Legal rules regarding the protection of competition enable the State to fulfill this duty.

Freedom of competition is a ‘freedom’ bounded by the law. The right to compete freely does not include a right to compete unfairly.¹³ In this case, freedom of competition could only be realized through conducts that have been allowed by the law. Thus, whether a conduct is a fair competitive conduct must be determined through a consideration

of the spirit of the Constitution,¹⁴ the contemporary economic order and especially the proxies of cartel law.¹⁵

While the determination of the competitive order requires a macroperspective as presented above, in case of unfair competition law, macrostructures are only indirectly relevant. Unfair competition law concerns itself with the evolution of competition within macrostructures, hence, with the concrete individual market activities of market players.¹⁶

III. LEGAL PROVISIONS REGARDING COMPETITION

Competition, being the subject matter of economics, has also become a topic of law as a result of the enactment of provisions regarding its protection. Competition theory is comprised of the presence, conditions and functions of competition in market economy, whereas the science of law considers competition as an economic phenomenon, and aims to establish or correct the competitive process itself, its conditions or its effects through normative criteria. Thus, unlike economics, the law comes forward with legal rules which aim to protect competition.¹⁷

9 **Ahrens**, Joachim (2008) *Transition Towards a Social Market Economy: Limits and Opportunities* PFH Forschungspapiere/Research Papers, Private Fachhochschule Göttingen, No. 2008/01, p. 2.

10 **Ahrens**, p. 3.

11 **Türk**, p. 121.

12 **Türk**, p. 123, 124, 127.

13 **Callmann**, Rudolf (1968) “Unfair Competition and Antitrust: Coexistence Within Complementary Goals”, *Antitrust Bulletin*, V. 13, Issue 4, p. 1339.

14 In *Lüth* decision of German Constitutional Court (1958), fundamental rights and liberties have been for the first time taken into consideration in private law, and this has been regarded as “the reflection effect” (*Ausstrahlungswirkung*). Provisions regarding fundamental rights and liberties had in essence been foreseen to protect individuals against the state. Nevertheless, it has been stated in the decision that general provisions in private law, such as good faith (Art. 2 of Turkish Civil Code, Art. 54 of TCL), may not be interpreted in a manner that would restrict fundamental rights and liberties (for instance, freedom of thought), thus should be interpreted in accordance with the Constitution. In the interpretation of general provisions of all fields of law, the spirit of Constitution must be taken into consideration, and consequently, their application must also be brought in line with it [Köhler, Helmut & Bornkamm, Joachim & Feddersen, Jörn (Editör) (2017) *Beck’sche Kurz-Kommentare*; Band 13a, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV*, Aufl. 35, Verlag C.H. Beck, Einleitung Nr. 1.45]. The most recent example to this is Benetton I (2000) and II (2003) decisions of German Constitutional Court. The facts in these cases were the utilization of advertisement campaigns by the Italian company Benetton, of fear, pity, violence and sexual connotations, which had no relevance to its textile products. German Constitutional Court has, due to an individual communication, reviewed the decisions of German BGH which had concluded that the advertisements were infringing unfair competition law and prohibited them. The Court has decided that the BGH judgments were against the law for they infringed freedoms of thought and press. (For the decisions, see; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/suche.html - s.e.t.16.4.2014>).

15 **Köhler & Bornkamm**, Einleitung Nr. 1.27.

16 **Dornis**, p. 276.

17 **Immenga & Mestmäcker**, D. Der “stärker wirtschaftliche Ansatz” in der Leitlinienpolitik der Kommission, Nr. 1.

A. AIMS OF PROVISIONS REGARDING COMPETITION¹⁸

Great significance is ascribed to the aims of legal provisions in their interpretation.¹⁹ Consequently, once the aim of a provision is appropriately determined, its interpretation would also be more accurate. To begin with, the relationship between competition and unfair competition law must be truly determined from the perspective of their aims: competition and unfair competition law rules are complementary to each other with the aim of protection of competition against infringements, to the benefit of market agents and public welfare.²⁰ Thus, protection of free competition and protection of fair competition in a market economy is not contradictory.²¹ The difference in method between the two fields should not be perceived as a result of contrasting aims, for the ultimate aim of both fields is to establish and maintain free and fair competition in the market. Despite this well-settled stance in competition law, the Turkish doctrine, inappropriately speaks of “contrasting aims” while explaining the relationship between fields.²² While competition law protects freedom of competition against breaches, unfair competition law protects fair competition against unfair commercial practices.²³

Competition law and unfair competition law, despite the difference in their methods, essentially guard competition,²⁴ which is a task not only considered as a means but also as an end in itself.²⁵

Court of Justice of the European Union (CJEU) has underlined in many of its decisions that the aim of competition law provisions is not only to protect the interests of competitors or consumers, but also to protect market structure, and thus the competitive process itself.²⁶

Competition law does not take into consideration the existence of a direct damage to consumers as it intervenes to infringements such as cartel agreements or abuse of dominant position. Interests of consumers as participants of the market would be protected through the constitution of an undistorted competitive system.²⁷ Consequently, competition law and unfair competition law must be regarded as parts of a comprehensive competition regulation that is directed towards free, fair and undistorted competition.²⁸

Competition law aims, politico-economically, the realization of an economic order in which market economy and competition is present; and socio-politically, the establishment of a free platform for all participants of the market.²⁹ Hence, it prohibits cartel agreements between undertakings and abuse of dominant position. Since unfair competition laws purpose is the establishment of fair and undistorted competition in the market to the benefit of all participants, conducts of undertakings in a competitive environment constitute the subject matter of both laws, and rules of competition and unfair competition law could be applied simultaneously in numerous instances.³⁰

All in all, competition law and unfair competition law comprise of provisions that have consentaneous aims, and in order to realize these, the provisions must be interpreted and applied in a manner that would prevent the emergence of contradictory criteria or values.³¹

18 **Pinar**, Hamdi (2014) “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi” *Rekabet Dergisi*, V. 15, Issue. 2, p. 66-69.

19 **Immenga & Mestmäcker**, D. Der “stärker wirtschaftliche Ansatz” in der Leitlinienpolitik der Kommission, Nr. 5.

20 Also see, **Ertan**, Füsün Nomer (2016) *Haksız Rekabet Hukuku* (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 5, 6.

21 **Köhler**, Helmut (2005) “Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen”, *WRP*, p. 645.

22 **İnan**, Nurkut (1999) “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi” *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, V. 1, p. 10; **Erdem**, Ercüment (2002) “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi” *Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı*, V. 1, p. 385.

23 **Köhler & Bornkamm & Feddersen**, Einleitung Nr. 6.11.

24 **Köhler & Bornkamm & Feddersen**, Einleitung Nr. 6.13; **Immenga & Mestmäcker**, D. Der “stärker wirtschaftliche Ansatz” in der Leitlinienpolitik der Kommission, Nr. 5; **Berger**, Mathis (1995) “Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz” *Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht zur Emeritierung von Walter R. Schlupe*, p. 49 *et seq.*

25 **Aşçıoğlu Öz**, Gamze (2000) *Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No: 4, 2000, p. 19; **Erdem**, s. 379 *et seq.*; **Jung**, Peter & **Spitz**, Philippe (2010) *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern, Stämpfli Verlag, Art. 1, Nr. 6.

26 CJEU C-8/08 *T Mobile Netherlands decision* (4.6.2009), Nr. 38; CJEU C-501/06 *GlaxoSmithKline decision* (6.10.2009), Nr. 63; CJEU C-52/09 *TeliaSoneraSverige decision* (17.2.2011), Nr. 24.

27 **Immenga & Mestmäcker**, D. Der “stärker wirtschaftliche Ansatz” in der Leitlinienpolitik der Kommission, Nr. 5 *et seq.*; **Köhler & Bornkamm & Feddersen**, Einleitung Nr. 6.11.

28 **Emmerich**, Volker (2009) *Unlauterer Wettbewerb*, 8. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, p. 57.

29 **Emmerich**, Volker (2008) *Kartellrecht*, 11. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, p. 3 *et seq.*

30 **Emmerich**, *Wettbewerb*, p. 56 *et seq.*

31 **Köhler & Bornkamm & Feddersen**, Einleitung Nr. 6.11-13.

B. REGULATIONS REGARDING UNFAIR COMPETITION AND PROTECTION OF COMPETITION IN TURKISH LAW

1. Unfair Competition Regulations in Turkish Law

Turkish Commercial Code Nr. 6762 of year 1957 has been entirely renewed by the coming into force of the Turkish Commercial Code Nr. 6102 on 1 July 2012 (TCC). The preference of the lawmaker was, as it had been in the previous Code, to enact laws regarding unfair competition within TCC (Art. 54 – 63), rather than collecting such rules in a separate Code. Unfair competition laws of the TCC are adapted from the “Federal Law Against Unfair Competition” (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb –UWG-, dated 1988) code of Swiss law. Therefore, the rules in the previous TCC of 1957 has also been amended, since those laws referenced the former Swiss unfair competition code’s rules (Bundesgesetz vom 30. September 1943 über den unlauteren Wettbewerb).

Unlike the two-separate-article arrangement of the Swiss UWG, the TCC foresees both the aim and the principle of the unfair competition rules in one article, namely, Art. 54 TCC. While this article describes unfair competition as behaviors breaching the good faith principle, Art. 55 TCC exemplifies these instances, parallel to the Swiss reference law, under six sub-categories. Other rules include those that prescribe various opportunities for the party that is injured or in danger of being injured as a result of unfair competition, such as, legal responsibility for the violator (Art. 56 TCC), interim injunction and confiscation at customs (Art. 61 TCC) and conditional penal sanctions (Art. 62 TCC).

2. Protection of Competition Regulations in Turkish Law

Law on the Protection of Competition Nr. 4054 has been enacted on 7.12.1994, as a part of the preparation process to Customs Union between the EU and Turkey (31.12.1995). The Law has essentially adopted the principles of Art. 85, 86 EEC (now Art. 101, 102 TFEU) and Regulation (EEC) 17/62 (now Regulation (EC) 1/2003). Later on, various block exemption regulations have also been implemented to Turkish law, in accordance with the developments in EU law.

Art. 1 of Law Nr. 4054 forbids agreements and concerted practices between undertakings, and decisions and practices of associations of undertakings which have as their object or effect or likely effect the prevention, distortion or restriction of competition directly or indirectly in a particular market for goods or services. The aforementioned law, which has adopted a normative system regarding block exemptions, has formulated individual exemption in Art. 5. According to the said article, the four conditions of individual exemption are; efficiency, benefit of the consumer, proportionality and non-elimination of competition. Art. 6 of the Law on the Protection of Competition prohibits the “abuse” of dominant position rather than the state of “being” in dominant position, parallel to Art. 102 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Art. 7 lays down the rules for the control of concentrations. There are also secondary regulations regarding mergers and acquisitions that require permission. The Law further includes rules on the operation of the Turkish Competition Authority and its procedures, as well as penal and civil liabilities in cases of violation of the principles of competition.

C. FUNCTIONAL COOPERATION BETWEEN COMPETITION LAW AND UNFAIR COMPETITION LAW

Competition law and unfair competition law have a functional common ground. Both branches of law are directed to the same phenomenon, namely, competition, and they interact in the prevention of abusive conducts.³² Both protect public and private interests through different perspectives, and thus, complement each other.³³ Competition law protects free competition on a macro level, whereas unfair competition law performs the same task on a micro level. Consequently, competition law and unfair competition law serve to the supervision of market structure, and unfair commercial practices,

³² Piper, Henning & Ohly, Ansgar & Sosnitza, Olaf (Editör) (2010) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., München, Verlag C.H. Beck, Einleitung D, Nr. 71; Berger, s. 49; Köhler & Bornkamm & Feddersen, Einleitung Nr. 6.12.

³³ Consequently, some authors have asserted that a market law converging the regulations in both fields should be enacted. See; Baudenbacher, Carl (2001) Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 1, Nr. 65 et seq.

respectively.³⁴ Hence, in many countries, the fields are regarded as being independent and regulated by separate laws.³⁵

Boycott practices are situated in the intersection of competition law and unfair competition law, whereas unfair law prohibition of deceptive advertising which would not by any means affect market structure, and competition law prohibition of concentrations, which would never be a subject matter of unfair competition remain outside the scope of the intersection.³⁶

The interplay between the fields could be exemplified through an analogy of a soccer game, though it would be a simplistic analogy that is not capable of covering any of the fields in every respect.³⁷ In the context of a soccer game, competition law rules would ensure the score of the game being a result of the teams' performance, instead of it being a predetermined one through the agreement of the teams (game-fixing). On the contrary, unfair competition law rules would be those that should be observed by the players during the game, which are supervised by the referee (e.g. fault, playing with hand). From this perspective, it is evident that game-fixing between clubs constitutes a subject matter for competition law, for the clubs have attempted to determine the score in advance by way of an agreement, instead of leaving it to factors such as power, talent and chance, and thus, distorting the free competitive structure of the league. Conversely, corrupting a player of the opposing club,³⁸ and for instance, making him give away a goal would be a conduct that infringes fair competition rules, thus falling within the scope of unfair competition law rules. By the same token, individual disobedience of the players to the rules would also give way to the application of rules of unfair competition. If a player faults, plays with hand, attempts to deceive the referee through throwing himself on the floor at the penalty area of the opposing team, he would only be acting against the good faith principle. In the end, the aim of both fields is the realization of the game in a platform

where the conditions of free and fair competition apply, and the result of the contest being one that would be undoubtedly accepted by all actors of the market.

D. COMPETITION OF RIGHTS

Both fields of law have a few common, intersecting areas. For instance, a call for boycott by an undertaking could be the subject of both competition and unfair competition law. The rules of unfair competition law could be applied simultaneously in the case of call for boycott,³⁹ while they could also be applied in some other areas where competition law would not be concerned for the lack of the existence of a dominant position. Thus, provisions of both fields could be regarded as being complementary to, but also in competition with each other. As a result, it could be stated that the provisions of one field do not prevent the application of the provisions of the other, but instead, the rights enfranchised by both fields would compete.⁴⁰ Consequently, it is possible to utilize the protections foreseen in both laws, if a conduct satisfies the conditions of infringement in both competition and unfair competition law.⁴¹

E. QUERY OF AN INTERDEPENDENCE BETWEEN INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW AND UNFAIR COMPETITION

Another discussion regarding the interplay between the two laws is whether the infringement of Competition Law would also be considered as an infringement of Article 55(e) of TCC.

Article 55(e) of TCC, which is among the provisions regulating unfair competition law, states that disobeying business conditions, especially those that are imposed, either by law or agreement, to all competitors, or those that are considered commonplace in a certain profession or region, would constitute a behavior contrary to good faith, and consequently an unfair conduct (e.g. disobedience to the rules set by relevant professional organizations regarding the implementation of discounts to sales at certain periods of the year).

34 **Piper & Ohly & Sosnitza**, Einleitung D, Nr. 71.

35 Nevertheless in some countries both fields are regulated under one single market law. See; **Baudenbacher**, Art. 1, Nr. 65 *et seq.*

36 **Piper & Ohly & Sosnitza**, Einleitung D, Nr. 71.

37 **Piper & Ohly & Sosnitza**, Einleitung D, Nr. 71.

38 For details regarding the corruption of operation personnel within the framework of unfair competition law, see; **Şenocak**, Kemal (2001) "İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi" *AÜHFED*, V. 50, Issue 2, p. 193 *et seq.*

39 For details, see; **Şenocak**, Kemal (2009) "Haksız Rekabet Açısından Boykot" *BATİDER*, V. 25, Issue 1, p. 67 *et seq.*

40 **Baudenbacher**, Art. 1, Nr. 68; **Piper & Ohly & Sosnitza**, Einleitung D, Nr. 72.

41 **Piper & Ohly & Sosnitza**, Einleitung D, Nr. 73.

The Court of Cassation has regarded certain infringements of environmental and food laws as unfair competition in accordance with Article 55(e) of TCC. However, the answer to the question of whether unfair competition constitutes an infringement of competition law differs from the position taken by the Court of Cassation in cases concerning environmental and food law infringements, for the latter aim environmental protection or food safety, and not the regulation of the market. Additionally, those infringements could also lead to competitive advantage of infringers. Consequently, it would not be problematic in this context that unfair competition law rules are applied to protect especially competitors, among other participants. Conversely, as regards the competition law rules that aim to protect the free market structure, their infringement would not always lead to an infringement of unfair competition law, within the scope of Article 55(e) of TCC. As previously mentioned, competition law and unfair competition law are two laws of which the purpose is to establish free and fair competition in the market, and in cases of infringement of Competition Law, the sanctions include both administrative fines and a possible demand of damages by the aggrieved party. There are more serious sanctions foreseen for the infringements Competition Law, compared to unfair competition law rules in the TCC. Hence, it would be more appropriate to demand damages in accordance with the Competition Law, once the infringing party is sanctioned with an administrative fine.

IV. CONCLUSION

Turkey, pursuant to the Constitution of 1982, has a system based on the principle of market economy. The Constitution contains provisions that lay down fundamental principles required for the presence of a free and fair competition in a market economy. Besides the constitutional principles, laws have also been enacted through the actions taken in accordance with the requirements of the Customs Union, which has been the most significant step towards Turkey's accession process to the EU. For this purpose, along with legal arrangements regarding intellectual property, the first law with regard to competition law has been enacted in Turkey on 7 December 1994, and in 2012, Turkish Commercial Code has been entirely renewed. Thus, Turkey has virtually established the legal infrastructure for the attainment of free and fair competition.

In addition to the existence of competition, freedom of competition must also be present in the market, and in a system established upon social market economy, competition law and unfair competition law together play a significant role in the acquisition of abovementioned constituents. In Turkish Law, the source of competition law is the law of the EU, hence, the EU standards and criteria must be taken into consideration in the application of rules of competition law. It is inevitable that troubles will arise in the application of new provisions, and the confusion of market actors with regard to the scopes of application of competition and unfair competition laws is one of these.

The approach to be adopted with respect to the two laws' application must be the complementary nature of competition and unfair competition law rules that aim to protect competition from infringements in the market, to the benefit of all participants and the public, for the attainment and maintenance of a free and fair market structure.

BIBLIOGRAPHY

- Ahrens**, Joachim (2008) Transition Towards a Social Market Economy: Limits and Opportunities PFH Forschungspapiere/Research Papers, Private Fachhochschule Göttingen, No. 2008/01.
- Aşçıoğlu Öz**, Gamze (2000) Avrupa Topluluğu ve Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu Yayınları, Lisansüstü Tez Serisi No: 4, 2000.
- Baudenbacher**, Carl (2001) Lauterkeitsrecht, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Berger**, Mathis (1995) “Über das Verhältnis zwischen dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und dem Kartellgesetz” Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht zur Emeritierung von Walter R. Schluemp, 31 ff.
- Callmann**, Rudolf (1968) “Unfair Competition and Antitrust: Coexistence Within Complementary Goals”, Antitrust Bulletin, V. 13, Issue 4, p. 1335-1346.
- Dornis**, Tim W. (2017) Trademark and Unfair Competition Conflicts, Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives, Cambridge, United Kingdom; New York: Cambridge University Press.
- Emmerich**, Volker (2008) Kartellrecht, 11. Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Emmerich**, Volker (2009) Unlauterer Wettbewerb, 8.Aufl., München, Verlag C.H. Beck (abb: Wettbewerb).
- Erdem**, Ercüment (2002) “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi” Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, V. 1, p. 377-398.
- Ertan**, Füsün Nomer (2016) Haksız Rekabet Hukuku (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Gürzumar**, Osman Berat (2006) Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Immenga**, Ulrich & **Mestmäcker**, Ernst-Joachim (Editör) (2012) Wettbewerbsrecht: Band 1. EU/Teil 1, 5. Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- İnan**, Nurkut (1999) “Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi” Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, V. 1, p. 3-30.
- Jung**, Peter & **Spitz**, Philippe (2010) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern, Stämpfli Verlag.
- Köhler**, Helmut (2005) “Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen”, WRP, p. 645 – 654.
- Köhler**, Helmut & **Bornkamm**, Joachim & **Feddersen**, Jörn (Editör) (2017) Beck’sche Kurz-Kommentare; Band 13a, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, Aufl. 35, Verlag C.H. Beck.
- Pınar**, Hamdi (2006), “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku” Rekabet Dergisi, Issue 23, p. 30-86.
- Pınar**, Hamdi (2014) “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi” Rekabet Dergisi, V. 15, Issue. 2, p. 59-87.
- Piper**, Henning & **Ohly**, Ansgar & **Sosnitza**, Olaf (Editör) (2010) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Şenocak**, Kemal (2001) “İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m. 56 vd.) Değerlendirilmesi” AÜHFD, V. 50, Issue 2, p. 193-246.
- Şenocak**, Kemal (2009) “Haksız Rekabet Açısından Boykot” BATİDER, V. 25, Issue 1, p. 67-95.
- Türk**, Hikmet Sami (1985), “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi” BATİDER, V. XIII, Issue 2, p. 119-132.
- Türkkan**, Erdal (2009) Nasıl Bir Rekabet Vizyonu?, Ankara, Rekabet Kurumu.

IF YOU DON'T TRUST JUDGES, LET THE SCHOLARS DECIDE: THE PRIMACY OF THE MALAYSIAN SHARIAH ADVISORY COUNCIL ON ISLAMIC FINANCE***HAKİMLERE GÜVENMİYORSANIZ AKADEMİSYENLER KARAR VERSİN: MALEZYA İSLAM HUKUKU DANIŞMA KONSEYİNİN İSLAM FİNANSINDAKİ ÜSTÜNLÜĞÜ****Prof. Dr. Farid Sufian SHUAIB******ABSTRACT**

Malaysia adopts the principle of separation of powers where the function of the legislature is to enact laws, the executive to govern in accordance with the law and the court to decide disputes and to apply the law. It is an aberration when the law provides that a court of law has to revert to a body of scholars in determining what the law in deciding disputes between parties is. However, this occurs in Malaysia in the area of Islamic finance where the law establishes a Shariah Advisory Council consisting of scholar of Islamic finance under the auspices of the Malaysian Central Bank. The decision of the Shariah Advisory Council is final and binding upon any arbitration bodies and courts. This paper adopts a doctrinal analysis approach in examining this issue from the perspective of the constitution and the legal system, and seeks to reconcile this aberration with the reality of the practice of law and the practice of Islamic finance in Malaysia. The paper then examines alternative to this mechanism.

Keywords: *Separation of powers, Islamic finance, constitution*

* This paper was presented at the "III. International Symposium on Commercial Law" held on 26 th May 2017.

** Faculty of Laws International Islamic University Malaysia 53100 Jalan Gombak Kuala Lumpur Malaysia, (farid@iiu.edu.my)
(Geliş Tarihi: 24.05.2017 / Kabul Tarihi:26.10.2017)

INTRODUCTION

Malaysia aspires to be the hub of Islamic finance, which is considered to be one of the engine of growth of the country. Global Islamic financial assets are estimated at USD2 trillion and growing at 10-12 percent annually.¹ Islamic finance is regarded as a mainstream sector in the global financial system. In the race towards achieving this goal, Malaysia has encountered few obstacles, including the need to confront the differences of opinions regarding interpretation and implementation of Islamic finance. Aggrieved customers of the Islamic financial institutions who were brought to court in default of the payments sometime challenged the legality of the Islamic finance products itself. The courts seem to be more than ready to entertain such a question and to make determination involving Shariah questions. This is not welcome by certain sectors and consequently the Shariah Advisory Council was made the sole authority in ascertaining Shariah questions on Islamic finance. This paper looks at this issue to consider the background and the appropriateness of such strategy.

MALAYSIA IN BRIEF

A brief introduction on Malaysia should be helpful in this discussion. Eleven of the thirteen states under Malaysia situated at the Malay Peninsula, which is bounded by Thailand in the north and by Singapore in the south. The remaining two states of Malaysia, namely Sabah and Sarawak are in the north-western part of the island of Borneo. Malaysia is a multi-religious and multi-ethnic society with the estimated number of population of 31.7 million in 2016. Muslims are the largest population at 61.3 percent of the population, followed by Buddhists (19.8%), Christians (9.2%), Hindus (6.3%) and Confucianists and Taoists (1.3%). On the ethnic grouping, indigenous ethnic groups (including the Malay) constitute 67.3 percent, Chinese at 24.5 percent, Indians at 7.3 percent and others at 0.9 percent. Malaysia is quite a young population, but transitioning towards an aging population with those below the age of 15 years old at 27.6 percent, 15-64 years old at 67.3 percent. In this Muslim majority country that Islamic finance has a strong foothold and aim to be the leader at the international level.

SEPARATION OF POWERS

This paper looks at the dispute resolution in the operation of Islamic finance from the constitutional perspective and would not delve into the substantive questions on Islamic finance itself. Malaysia subscribes to the political doctrine of separation of powers under which the government is divided into three organs, namely the legislature, the executive and the judiciary. The Federal Constitution establishes these 3 distinct organs of government and embodies it with 3 distinct powers.² A division of the government into 3 different branches enable the exercise of checks and balances between these 3 organs of government and reducing the risk of abuse of powers by one body through concentration of powers in one person or one organ.³

The implementation of the separation of powers, however is not absolute and is of varying degrees.⁴ The Westminster style of government, for instance, as practice in England, has a high degree of overlap of membership between the legislature and the executive. The head of the executive, namely the Prime Minister and the members of the administration, namely the cabinet, must be from members of the legislature. In Malaysia the Prime Minister is appointed by the King from members of the House of Representative who in his opinion command the confidence of the majority of the House. The Prime Minister then chooses members of his cabinet from members of the legislature.

Although the membership of the legislature and the executive overlaps and not much of independence of the legislature could be hoped from the executive, the judiciary is a branch whose peculiarity and independence are strongly guarded. The Malaysian constitution protects the independence of the judiciary by providing a security of tenure and shielding judges from unwarranted and undue attack from other branches of government. For instance a judge may only be removed by a recommendation from a tribunal consisting of his peers and the Parliament could not discuss the conduct of a judge without passing a motion to debate it.⁵

¹ A figure from the World Bank obtained from <http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/islamic-finance> accessed on 21/5/2017.

² Articles 38, 40, 121 of the Federal Constitution.

³ Baron de Montesquieu, *The Spirit of Laws*, (Thomas Nugent, Trans.). Kitchener: Batoche Books, 2001.

⁴ *Public Prosecutor v Kok Wah Kuan* [2008] 1 MLJ 1, FC.

⁵ Articles 125 and 127 of the Federal Constitution.

In another context, the judiciary is vested with the judicial power, namely the power to hear and to decide dispute. This power is jealously guarded by the judiciary to ensure that decisions over disputing parties are made by a competent and independent body. To this end, the judiciary is conferred with the power to punish for contempt of court against parties who fail to abide by its order.⁶

LEGAL FRAMEWORK OF ISLAMIC BANKING AND FINANCE

In Malaysia, the Central Bank that was created in 1959 has the responsibility to manage the money and credit system.⁷ The Central Bank is the “apex of the monetary and banking structure” of Malaysia which is entrusted among others “to promote monetary stability and a sound financial structure”.⁸ In dispensing its function, the Central Bank is conferred with legal powers under, *inter alia*, the Central Bank of Malaysia Act 2009, the Financial Services Act 2013 (FSA), the Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA). FSA clearly provides the Central Bank with powers to supervise and regulate institutions involve in deposit-taking and to those involve in providing finance and credit.

Islamic banking and finance is quite unique where the influence of religion is pivotal for its development and its acceptance by consumers. This is in contrast with conventional finance, which does not concern itself with religious requirements. Thus, consumers have to be convinced that the Islamic banking and finance business is run in accordance with Shariah for them to participate. Among the fundamental features of Islamic finance are the prohibitions of usury or interest, uncertainty and speculation or gambling. Thus, it is important that a proper legal regime is put in place for the industry to develop properly. The specific legal regime for Islamic banking and finance was provided for under the repealed Islamic Banking Act 1983 which came into effect on 7th April 1983. This Act was replaced by the Islamic Financial Services Act in 2013.⁹ Nevertheless, one has to be mindful of the general su-

pervisory and regulatory regime under the Financial Services Act 2013 in discussing even Islamic banking. Thus, Islamic banking has to conform to both the Islamic Financial Services Act 2013 (IFSA) and the Financial Services Act 2013 (FSA) where relevant. For conventional banks, it could offer Islamic banking products through Islamic banking windows under the Interest-free Banking Scheme once approved by the Central Bank.¹⁰ Such banks also have to conform to the relevant regulations under IFSA.

As could be seen from the history of Islamic banking and finance, the basic thrust of the Islamic banking business is that the business must be conducted in accordance with Shariah. IFSA reiterates this point in its definition of Islamic banking business as the business of “accepting Islamic deposits on current account, deposit account, savings account or other similar account...provision of finance...and other business”. IFSA further defines “Islamic deposit” to be “a sum of money accepted or paid in accordance with Shariah”.¹¹ Although commercial transactions could be said to exist from the time of the Prophet Mohammad more than one and a half century ago and thus provides adequate principles and instruments to be used in existing financial transactions, it is still at its infancy in the modern financial world. Thus, there are many Shariah-compliant issues that need to be resolved by the industry and this sometime has proven to be problematic.¹²

In the years after laying out the foundation of Islamic banking and finance under various legislations, several cases have shown the uncertainties about certain aspects of Islamic banking. Among the questions raised are core to the business of Islamic finance such as the legitimacy of some of the Islamic banking products, and the amount an Islamic bank can claim from a client who failed to make timely repayment. These cases raised doubts as to the validity of Islamic financial transactions and created uncertainty on the long standing Islamic financial products and practices. In *Affin Bank Bhd*, the Court questioned the practice of demanding the full amount under the financial product of *al-Bai Bithaman Ajil* (sale by deferred payment) inclusive

6 Article 126 of the Federal Constitution.

7 Section 3 of the Central Bank of Malaysia Act 2009 which refers to the Central Bank of Malaysia 1958.

8 Bank Negara Malaysia, Money and Banking in Malaysia, Bank Negara Malaysia: Kuala Lumpur: 1994, at 83.

9 For a description under the previous legislations, see, *Halsbury's Laws of Malaysia*, Vol. 14, Kuala Lumpur: Malayan Law Journal Sdn Bhd, 2002, at 254-255.

10 Section 14 of the Islamic Banking and Financial Act 2013.

11 Section 2 of the Islamic Financial Services Act 2013.

12 See for instance Siti Faridah Abd Jabbar, “The Shari’a Supervisory Board: A Potential Problem in Islamic Finance” (2008) *Company Lawyer* 29.

of the profit margin for the unexpired tenure of the facility when the customer defaulted.¹³ The judge commented that a borrower under a conventional loan “is far better off” than a customer of an Islamic financial product and reduced the amount that the bank could recover. The case in *Arab-Malaysian Finance Bhd* went even further by stating the obvious that since the law requires Islamic financial products must be free from elements that are contrary to Shariah, it is the duty of the courts to determine whether such facilities are Shariah-compliant.¹⁴ The same judge as in the case of *Affin Bank Bhd* reiterated the observation that “if a conventional loan must be avoided because of the prohibition of [interest], surely the alternative must result in a consequence that is less burdensome than a default in the conventional loan with prohibited interest”. In this case the court ruled that the Islamic finance transaction is contrary to Shariah. However the appellate court reversed the decision and reiterated the validity of existing Islamic financial products and consequently managed to calm the player in the Islamic finance industry.¹⁵

The sustainability of Islamic finance was questioned because of the readiness of the civil courts to form a different opinion from Islamic bankers and Shariah advisory bodies which the court as the final arbiter of disputes is entitled to do. The solution adopted for this problem in the pursuit of sustaining Islamic finance industry is to strengthen the Shariah Advisory Council and to put it above the civil courts. The strengthening of Shariah Advisory Council in 2003 was cemented in 2009 with the enactment of the new Central Bank of Malaysia Act 2009.

These developments provide two layers of supervision in respect of the Shariah aspect of the banking business, namely the Shariah Advisory Committee and the Shariah Advisory Council.

SHARIAH ADVISORY BODIES

Islamic financial institutions have to at all times comply with Shariah.¹⁶ To ensure that Islamic banks conform to the Shariah requirement in its business, Islamic financial institutions have to comply

with the ruling of the Shariah advisory bodies. In this regard, there are two relevant Shariah advisory bodies, namely the Shariah Advisory Council at the Central Bank's level and the Shariah Advisory Committee at the individual financial institution's level. If the Islamic financial institutions are aware that its businesses are not in compliance with Shariah or the advice of the advisory bodies, the institutions have to immediately notify the Central Bank and to immediately cease carrying the activities.¹⁷

The main advisory body is the Shariah Advisory Council (SAC) established under the Central Bank of Malaysia Act 2009 which is the sole authority for the ascertainment of Islamic law in respect of Islamic financial services.¹⁸ The function of the Shariah Advisory Council is to ascertain Islamic law on any financial matter, to advise the Central Bank on Islamic financial business, and to provide advice to Islamic financial institutions.¹⁹ In furtherance of the general functions of the Shariah Advisory Council, the Central Bank has to consult the Council in matters that requires the ascertainment of Islamic law.²⁰ Furthermore, in relation to the present paper, the court or the arbitrator has to refer Shariah questions on Islamic financial business to the Council and its ruling is binding on the court or the arbitrator.²¹

The second Shariah advisory body is the Shariah Committee which is an internal body of the bank. The function of the committee is to advise the bank to ensure its business, affairs and activities comply with Shariah.²² Members of the committee must have the qualification or the necessary knowledge, expertise or experience in Islamic jurisprudence or Islamic commercial law.²³ The financial institution itself should have an officer – “preferably a person with knowledge in Shariah” – to act as the secretariat to the Committee.

To ensure independence and to avoid conflict of interest there are restrictions imposed on members of the Shariah Committee. A member could not at the same time be a member of the Shariah Ad-

13 *Affin Bank Bhd v Zulkifli bin Abdullah* [2006] 3 MLJ 67.

14 *Arab-Malaysian Finance Bhd v Taman Ihsan Jaya Sdn Bhd & Ors* [2008] 5 MLJ 631.

15 *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839, CA.

16 Section 28(1) of the Islamic Financial Services Act 2013.

17 Section 28(3) of the Islamic Financial Services Act 2013.

18 Section 51 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.

19 Section 52 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.

20 Section 53 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.

21 Sections 56 and 57 of the Central Bank of Malaysia Act 2009.

22 Section 30 of the Islamic Financial Services Act 2013.

23 Guidelines on the Governance of Shariah Committee for the Islamic Financial Institutions, 2005. BNM/RH/GL/012-1.

visory Council under the Central Bank. A person also cannot be a member of a Committee of more than one Islamic financial institution in the same industry. This means that a person cannot be a member of more than one Shariah Committee of Islamic banks or conventional financial institutions offering Islamic banking products. He could, on the other hand, be a member of a Committee in a financial institution in the Takaful industry or the fund management industry.

DENYING THE COURTS AS THE FINAL ARBITER

The above description of the position of the Shariah Advisory Council is pertinent in juxtaposing it with the position of the courts. The cardinal functions of the judiciary are to interpret laws and to decide on legal questions. A court is an adjudicatory body that decides between parties who have conflicting rights and the court is the final authority in those matters.²⁴ The courts would not be willing to shackle its own hands and to demurely defer to another body, even to a body of experts.²⁵

We could see the same perspective adopted by the courts in other jurisdiction such as in *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* where the English courts are not keen to be bound by views of experts on Shariah or to be bound by Shariah in determining the validity of a working capital facility, although the agreement provides that the agreement is subject to “the Glorious Shariah”.²⁶

In some circumstances, the power to decide rights and liabilities may be given to other bodies, for instance tribunals. Domestic tribunals for instance decide on disciplinary matters of employees; and the Consumer Claims Tribunal decides on complaints made by consumers against retailers or service providers. However, in all these instances, the courts still retain the supervisory power which

means the courts may change the decisions of the tribunals if the decisions are flawed.

Looking from the perspective of the judicial power, it would go against the accepted principles to confer to another body – namely the Shariah Advisory Council – the power to decide with finality the rights and liabilities albeit limited to the question of Islamic finance. The courts are not only effectively forbid from deciding issues on Islamic finance, but also are required to accept the decision of the Council.

However, the case law shows that the courts do not necessarily have any problem with this arrangement. The courts do not consider the function of the Shariah Advisory Council as making the determination of the dispute of the parties given that their duty is only to ascertain the applicable Islamic law principles.²⁷ It is up to the courts then to apply the ascertained Islamic law to the facts of the case. According to the courts, it is the courts that finally determine the case, not the council. Thus, the Shariah Advisory Council does not perform a judicial or quasi-judicial function and consequently there is no question of the Council usurping the function of the courts.

This approach taken by the courts is problematic since the function of the courts is not only to apply the law, but before that to ascertain the law. If there is no Shariah Advisory Council, it would fall upon the courts to ascertain what the applicable law is, and proceed to apply the ascertained law. In ascertaining the law, competing parties to the dispute will submit before the courts their own view of what is the law. The courts, after hearing submissions from competing parties will finally determine the law and this is fall under the judicial function of the court. If what the Council is expected to do is not judicial or quasi judicial function, the alternative left is to categorise its function as merely assisting the courts by providing expert opinions. However, this is again troublesome because firstly, expert opinions would generally not bound the courts and secondly, Islamic law being the law of Malaysia and thus not a foreign law, is not suppose to be proffered as expert opinions but should be propounded by the judges.²⁸

24 See for instance *Majlis Amanah Rakyat v Bass bin Lai* [2009] 2 CLJ 433.

25 See for instance in medical negligence where the courts in Malaysia slowly but surely unshackling itself from the opinion of medical experts to be able to form its own opinion rather than always deferring to opinions of medical experts on medical issues. See Farid Sufian Shuaib & Ibrahim Lutfi Shuaib, “Does Doctor always Knows Best? The recent Trend in Medical Negligence” (2009) 5:1 *Biomedical Imaging and Intervention Journal* e12.

26 *Shamil Bank of Bahrain v Beximco Pharmaceuticals Ltd* [2004] 1 WLR 1784. See also *The Investment Dar Company KSCC v Blom Development Bank SAL* [2009] EWHC 3545 (Ch).

27 *Tan Sri Abdul Khalid Ibrahim v Bank Islam (M) Bhd* [2013] 3 MLJ 269, CA; *Mohd Alias bin Ibrahim v RHB Bank Bhd & Anor* [2011] 3 MLJ 26.

28 *Ramah Binti Ta'at v Laton Binti Malim Sutan* (1927) 6 FMSLR 128.

SUITABILITY OF THE SHARIAH ADVISORY COUNCIL AS DETERMINER OF FACTS AND LAWS

Another aspect which is problematic with having Shariah Advisory Council as the body to ascertain Shariah questions on Islamic financial business is its competency and suitability as determiner of facts and laws. The courts or bodies established to resolve dispute have developed procedures to ensure they could distil facts from a gamut of evidence tendered. The requirement of authenticated documents for instance, and the necessity of such documents to be disclosed to the opposite parties help the courts to determine authenticity of documents relied by the parties. In determining the relevant principles and how to apply it to the facts the courts also have procedures for submissions to be made by the parties before the courts. The courts give opportunities for opposing parties to argue the existence of the principles and how the principles should be applied.

The Shariah Advisory Council on the other hand is a body of experts whose main function is to ascertain Islamic law matters relating to Islamic banking and finance. It is a body of experts to ascertain legal principles to be applied in the Malaysian Islamic banking sector through robust discussions. Although the Shariah Advisory Council may determine its own procedure, what form of procedure is not readily available.²⁹ The rights and liabilities of the parties should be based on clear footing. Even if the Shariah Advisory Council only ascertains the law, not the facts, the ascertainment still requires robust deliberation involving disputing parties. The courts took another route in avoiding this conclusion by saying that the Shariah Advisory Council does not perform a judicial or quasi-judicial function, and thus there is no question for the Council to be the determiner of facts and laws.³⁰

WHY LET THE SCHOLARS DECIDE

The impetus in putting up the Shariah Advisory Council as the final authority in ascertainment of Islamic finance matters is to resolve the uncertainties created by various decisions of the courts. This anxiety over the uncertainties was first tampered by amending the law to give discretion to the courts to

refer Islamic finance matters to the Shariah Advisory Council and a ruling from the Council may be taken into consideration by the courts. The decisions of various cases put into doubt the validity of *al-Bai Bithaman Ajil* (sale by deferred payment) or the operation of such facility, an established Islamic banking product in Malaysia, further exacerbated the uncertainties in the Islamic financial industry.³¹ The appellate court reversed the decision and observed that “judges in civil court should not take upon themselves to declare whether a matter is in accordance with the religion of Islam or otherwise”.³²

To compound the problem, one of the reasons for the court to conclude that the Islamic finance facility of *al-Bai Bithaman Ajil* to be against “the religion of Islam” is because such facility is not accepted by *all* schools of law (*mazhab*) in Islam.³³ This is contrary to accepted principles on differences of opinions in Islam. The crassness of such reasoning probably led the leadership in the regulatory and policy bodies of Islamic finance to conclude that a drastic and urgent measure is required, which include elevation of the Shariah Advisory Council as the sole authority in Islamic finance. It is unfortunate that the usual course of correction of aberrant judgement namely the appeal process is not left to take its usual course.

Following the Court of Appeal’s decision in *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe*, the Central Bank of Malaysia Act 1958 was repealed and the Central Bank of Malaysia Act 2009 was put in place.³⁴ The discretion given to the courts to refer Islamic finance questions to the Council was changed to a mandatory reference and the effect of such a ruling was made binding on the courts.

Another reason why it is necessary to let the jurists ascertain the Shariah questions is the inclination of judges to use principles of common law and equity in deciding the issue.³⁵ Most of the judges are not trained under Shariah but were trained or exposed to English law. Thus, in case of doubt, the judges refer to unwritten principles they are famil-

29 See a reference to an approved procedure without details of the procedure in the report of the Shariah Advisory Council’s 172nd Meeting, http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_about&pg=en_sac_updates&ac=510.

30 *Affin Bank Bhd v Zulkfli bin Abdullah* [2006] 3 MLJ 67; *Arab-Malaysian Finance Bhd v Taman Ihsan Jaya Sdn Bhd & Ors* [2008] 5 MLJ 631.

31 *Affin Bank Bhd v Zulkfli bin Abdullah* [2006] 3 MLJ 67; *Arab-Malaysian Finance Bhd v Taman Ihsan Jaya Sdn Bhd & Ors* [2008] 5 MLJ 631; *Malayan Banking Bhd v Ya’kup bin Oje & Anor* [2007] 6 MLJ 389.

32 *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839, CA.

33 *Affin Bank Bhd v Zulkfli bin Abdullah* [2006] 3 MLJ 67.

34 *Bank Islam Malaysia Bhd v Lim Kok Hoe & Anor and other appeals* [2009] 6 MLJ 839, CA.

35 Hakimah Yaacob, “The Central Bank of Malaysia Act 2009 (Act 701): Enhancing the Integrity and Role of the Shariah Advisory Council (SAC) in Islamic Finance”, Research Paper (No. 6/2010), International Shari’ah Research Academy for Islamic Finance (ISRA).

iar with, namely English common law and equity. In *Bank Kerjasama Rakyat Malaysia v Emcee Corporation* the court opined that since the matter of a charge over a land in an Islamic finance facility is brought before the court, the court will apply principles applicable under conventional banking facilities which include the principles of common law and equity.³⁶ This resulted in non-application of Shariah principles in ascertaining matters of Islamic finance.

Looking at the various reasoning as discussed above of why the courts are regarded as ill-equipped to deliver justice in Islamic finance, one could conclude that the underlying reason is competency or lack of competency of the courts to ascertain Shariah principles. The law has to provide for a council of jurists to ascertain Islamic law matters because of the anomaly between the competency of civil court judges and the status of Islamic law as the law of the land.³⁷ Although Islamic law is the applicable law in Malaysia, most of civil courts judges, either trained in Malaysia or abroad, lack the training on Islamic law. This anomaly was recognised by the courts much earlier as can be seen in *Ramah v Laton*.³⁸ Later courts also recognise the inadequacy of judges on Shariah knowledge.³⁹ Unfortunately not much has been done to correct the situation except a few for instance by providing an integrated curriculum of both civil law and Shariah in the law school as conducted by the law faculty of the International Islamic University Malaysia.

CONCLUSION

The provisions under the new Central Bank of Malaysia Act 2009 put primacy on a council of jurists in the matter of Islamic finance. If this is the case, it creates jurisprudential and constitutional discordance in dispute resolution mechanism. However, the decision of the courts seems to say that such provisions do not take away the judicial power

of the courts as the Shariah Advisory Council merely ascertain and not determine Shariah questions. These distinctions and narrowing down of the function and power of the Council help evade the issue of usurpation of judicial power.

However, this band aid approach does not address the crux of the problem, namely the lack of competency of the judges in determining Shariah questions on Islamic finance disputes. The judges may be legally competent to decide on Islamic finance disputes which involve Shariah issues, but they lack the legitimacy to handle the same because of their lack of mastery of Shariah. The desire of Malaysia to be the leader in Islamic finance industry force her to take the short cut by using a body of experts to decide on Shariah questions whose decision bind the courts. Although such desperate mechanism may be understandable, it may hinder the ability of opposite parties to present their case on relevant Shariah questions before a court of law.

One should also be mindful that the criticisms of lack of fairness against the operation of Islamic finance when compared with conventional banking such as the absence of rebate for early settlement of the Islamic finance facility that were raised in the series of judgements by the High Court judges are effective in prompting changes. This can be seen subsequently by publication of research result conducted by a research institution affiliated to the Central Bank and by rulings by the Shariah Advisory Council.⁴⁰ Others regard this as vindication of the judicial criticisms against the operators of Islamic finance that need the prodding from outsiders to re-evaluate and to improve.⁴¹ The dynamic processes between the courts, the policy makers and the legislatures are always in place in the legal system. The courts may apply the law, but at the same time express unhappiness or an agreement with the counsels regarding the perceived unfairness of the law and this may prompt policy or legal changes. This dynamic seems to be designed to be muted with the compulsory reference to the Shariah Advisory Council and the bindingness of its rulings.

36 *Bank Kerjasama Rakyat Malaysia v Emcee Corporation* [2003] 1 CLJ 625.

37 See *Ramah Binti Ta'at v Laton Binti Malim Sutan* (1927) 6 FMSLR 128; Zainur Zakaria, "The Determination of Questions of Islamic law or Hukum Syarak by the Civil Court and the Admissibility of Expert Opinion" (1995) 24 INSAF 98. See also Farid Sufian Shuaib, Tajul Aris Ahmad Bustami, *Administration of Islamic Law in Malaysia: Texts and Material*, 2nd Ed., Petaling Jaya: LexisNexis, 2010, at 27-30.

38 *Ramah Binti Ta'at v Laton Binti Malim Sutan* (1927) 6 FMSLR 128.

39 In *Arab-Malaysian Merchant Bank Bhd v Silver Concept Sdn Bhd* [2005] 5 MLJ 210 Justice Suriyadi observed that "in the event any litigation is commenced, it must be appreciated that not every presiding judge is a Muslim, and even if so, may not be sufficiently equipped to deal with the matters, which ulamaks [Islamic scholars] take years to comprehend". See also Ruzian Markom et al., "Adjudication of Islamic Banking and Finance Cases in the Civil Courts of Malaysia" (2013) 36 Eur J Law Econ 1.

40 See for instance Asyraf Wajdi Dusuki & Mohamed Fairouz Abdul Khir & Marjan Muhammad, *Implementasi Ibra' dalam Produk berasaskan Harga Tangguh dalam Sistem Perbankan Islam: Analisis dari Perspektif Operasi Perbankan dan Maqasid Syariah*, Research Paper (No: 16/2010), Kuala Lumpur: International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance, 2010.

41 Abdul Hamid Mohamad, "Some Observations on the Role of Judges in Settlement of Disputes in Islamic Finance Cases, SAC, Order 42 Rule 12A ROC 2012 and Ibra'", in *Financial Sector Seminar Series for Judges*, organised by the Central Bank of Malaysia, 28-29 June 2013, Kuala Lumpur.

BIBLIOGRAPHY

- Abd Jabbar, Siti Faridah (2008) "The Shari'a Supervisory Board: A Potential Problem in Islamic Finance" *Company Lawyer* 29.
- Bank Negara Malaysia (1994) *Money and Banking in Malaysia*, Bank Negara Malaysia: Kuala Lumpur.
- Dusuki, Asyraf Wajdi *et al.* (2010) *Implementasi Ibra' dalam Produk berasaskan Harga Tangguh dalam Sistem Perbankan Islam: Analisis dari Perspektif Operasi Perbankan dan Maqasid Syariah*, Research Paper (No: 16/2010), Kuala Lumpur: International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance.
- Markom, Ruzian *et al.* (2013) "Adjudication of Islamic Banking and Finance Cases in the Civil Courts of Malaysia" 36 *Eur J Law Econ* 1.
- Mohamad, Abdul Hamid (2013) "Some Observations on the Role of Judges in Settlement of Disputes in Islamic Finance Cases, SAC, Order 42 Rule 12A ROC 2012 and Ibra'", in *Financial Sector Seminar Series for Judges*, organised by the Central Bank of Malaysia, 28-29 June 2013, Kuala Lumpur.
- Montesquieu, Baron (2001) *The Spirit of Laws*, (Thomas Nugent, Trans.). Kitchener: Batoche Book.
- Shuaib, Farid Sufian *et al.* (2010) *Administration of Islamic Law in Malaysia: Texts and Material*, 2nd Ed., Petaling Jaya: LexisNexis.
- Shuaib, Farid Sufian & Shuaib, Ibrahim Lutfi (2009) "Does Doctor always Knows Best? The recent Trend in Medical Negligence" 5:1 *Biomedical Imaging and Intervention Journal* e12.
- Yaacob, Hakimah (2010) "The Central Bank of Malaysia Act 2009 (Act 701): Enhancing the Integrity and Role of the Shariah Advisory Council (SAC) in Islamic Finance", Research Paper (No. 6/2010), International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance (ISRA).
- Zakaria, Zainur (1995) "The Determination of Questions of Islamic law or Hukum Syarak by the Civil Court and the Admissibility of Expert Opinion" 24 *INSAF* 98.